



Prokuratura i Prawo

NR 10/październik 2022



ISSN 1233-2577

Prokuratura Krajowa

Spis treści
Table of contents

Artykuły/*Articles*

prof. dr hab. Zbigniew R. Kmiecik, Katedra Postępowania Administracyjnego WPiA Uniwersytetu Marii Curie-Skłodowskiej w Lublinie	
Prawo do dysponowania własnym ciałem	5
<i>The right to dispose of one's own body</i>	31
Karol Künstler, prokurator Prokuratury Okręgowej w Bydgoszczy delegowany do Prokuratury Krajowej	
Problematyka zagadnień prawnych rozstrzyganych przez Sąd Najwyższy w trybie art. 390 § 1 k.p.c. oraz art. 398¹⁷ § 1 k.p.c. w kontekście udziału prokuratora – analiza na przykładzie uchwały Sądu Najwyższego z dnia 25 maja 2018 r., sygn. III CZP 108/17	33
<i>Legal issues decided by the Supreme Court under Article 390(1) or Article 398¹⁷(1) of the Code of Civil Procedure in the context of prosecutor participation: analysis with the Supreme Court resolution of 25 May 2018, ref. no. III CZP 108/17, serving as an example</i>	49
dr Anita Gałęska-Śliwka, Uniwersytet Mikołaja Kopernika w Toruniu Collegium Medicum im. L. Rydygiera w Bydgoszczy	
Ekspertyzacje medyczne po nowelizacji ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentysty – wybrane zagadnienia	50
<i>Medical experiments following amendments to the Act on Professions of Physician and Dentist: select issues</i>	77
dr Karol Borchólski, prokurator Prokuratury Okręgowej w Ostrołęce delegowany do Prokuratury Krajowej	
Przekazanie przez prokuratora zajętych w toku postępowania przedmiotów jako skuteczne „narzędzie” wspierania instytucji dbających o ochronę zdrowia i bezpieczeństwo państwa (art. 232b k.p.k.)	78
<i>Prosecutorial transfer of items seized during proceedings as an effective “tool” to support health care and state security institutions (Code of Criminal Procedure, Article 232b)</i>	91
Aleksandra Nieprzecka, doktorantka Uniwersytetu Jagiellońskiego w Krakowie, Uniwersytetu w Hamburgu, adwokat Krakowskiej Izby Adwokackiej	
Odpowiedzialność karna za popełnienie zbrodni międzynarodowej w świetle koncepcji sprawstwa przyjętej w orzecznictwie MTK	93
<i>Criminal responsibility for the commission of an international crime in the light of the concept of perpetration adopted in ICC jurisprudence</i>	121

dr Przemysław Domagała, współpracownik Katedry Prawa Międzynarodowego i Europejskiego Uniwersytetu Kardynała Stefana Wyszyńskiego, sędzia;	
dr Krzysztof Masło, adiunkt w Katedrze Prawa Międzynarodowego i Euro- pejskiego Uniwersytetu Kardynała Stefana Wyszyńskiego, prokurator	
Prawne aspekty stosunków polsko-tajwańskich	123
<i>Legal aspects of Polish-Taiwanese relations</i>	143
 <i>Materiały szkoleniowe/Training material</i>	
Beata Rodak, absolwentka UMK w Toruniu, aplikant adwokacki	
Pozapprocesowe i procesowe uzyskiwanie danych internetowych	145
<i>Internet data acquisition in judicial or extrajudicial proceedings</i>	169
 <i>Z historii Prokuratury/Prosecutor's office: historical overview</i>	
Bronisław Paweł Sobolewski Minister Sprawiedliwości i Prokurator Naczelny	170

RADA NAUKOWA

Przewodniczący – **Dariusz BARSKI**
Członkowie: Janina BŁACHUT, Władysław CZAPLIŃSKI, Romuald KMIECIK, Grzegorz OCIECZEK, Lech K. PAPRZYCKI, Emil PŁYWACZEWSKI, Wojciech RADECKI, Sławomir STEINBORN, Bogusław SYGIT, Andrzej ZYBERTOWICZ

KOLEGIUM REDAKCYJNE

Przewodniczący – **Marek SADOWSKI**
Członkowie: Beata HŁAWACZ, Jacek MOTAWSKI, Paweł OPITEK, Przemysław OSTOJSKI, Martyna PIESZCZEK, Tomasz SZAFRAŃSKI, Marek WOŹNIAK, Adam ZBIERANEK

REDAKCJA

Redaktor Naczelny – **Marek SADOWSKI**
Z-ca Redaktora Naczelnego – Adam ZBIERANEK
Sekretarz Redakcji – Wojciech KOTOWSKI

Współpraca: Justyna KRAKOWIAK

WYDAJE PROKURATURA KRAJOWA

Adres Redakcji:
02-676 Warszawa, ul. Postępu 3
Tel. 22 12 51 549
e-mail: Redakcja.pk@prokuratura.gov.pl

Projekt okładki

Studio Karandasz

Skład i korekta:

Wydawnictwo Instytutu Ekspertyz Sądowych
31-033 Kraków, ul. Westerplatte 9
tel. 12 422 87 55, fax 12 422 38 50
e-mail: wydawnictwo@ies.krakow.pl
www.ies.krakow.pl/wydawnictwo/prokuratura/index.php

Druk i dystrybucja:

Wydawnictwo Diecezjalne i Drukarnia w Sandomierzu
27-600 Sandomierz, ul. Żeromskiego 4
tel. 15 649 97 00
e-mail: marketing@wds.com.pl
www.wds.pl

ISSN 1233-2577 nakład 800 egz.

Wersją podstawową (referencyjną) czasopisma jest wersja papierowa

ARTYKUŁY

Zbigniew R. Kmiecik¹

Prawo do dysponowania własnym ciałem

Streszczenie

Liberalne doktryny filozoficzne roją się od sloganów o godności człowieka, ale koncepcję tę wykorzystują często w wątpliwych moralnie celach, jak zgoda na nieograniczoną aborcję lub całkowity zakaz kary śmierci, nawet wobec sprawców bestialskich zbrodni. Nie dostrzegają natomiast kwestii godności, a raczej ignorują ją, hołdując rozmaitym paternalistycznym rozwiązaniom prawnym przyjmowanym w różnych dziedzinach życia społecznego. Niniejszy artykuł poddaje analizie przejawy niedopuszczalnego paternalizmu w sferze jednego z najbardziej podstawowych praw naturalnych człowieka, jakim jest prawo do własnego ciała i dysponowania nim według uznania. W tym kontekście autor porusza kwestie prawa do samodzielnego leczenia się, dysponowania swoimi organami, surogacji, eutanazji i aborcji.

Słowa kluczowe

Prawa naturalne, prawo do ciała, prawo do leków, samoleczenie, płatne dawstwo narządów, surogacja, eutanazja, aborcja, paternalizm.

1. Wprowadzenie

Zwolennicy paternalizmu, jako przykład ilustrujący słuszność ich podejścia, powołują się często na postawę, jaką powinien zajmować dobry oj-

¹ Prof. dr hab. Zbigniew R. Kmiecik, Katedra Postępowania Administracyjnego WPiA Uniwersytetu Marii Curie-Skłodowskiej w Lublinie, ORCID: 0000-0002-1066-0075.

ciec. W końcu termin „paternalizm” pochodzi od łacińskiego słowa *pater*, czyli „ojciec”. Dobry ojciec mianowicie powinien interweniować, gdy jedno z jego dzieci (starsze) wykorzystuje niewiedzę młodszego, np. dokonując z nim krzywdzącej transakcji, polegającej na wymianie kilku efektownych wizualnie, ale mało wartościowych przedmiotów (np. elementów jakiejś kolekcji) na jeden niepozorny z wyglądu, ale bardzo cenny przedmiot. Powinien ustanowić zasadę, w myśl której żadna transakcja nie jest ważna, dopóki nie zostanie przez niego zaaprobowana i nie pozwalać na wykorzystywanie przez starsze dziecko swojej przewagi nad młodszym².

Inny przykład ilustrujący rzekomo celowość paternalizmu państwowego to niemiła przygoda, jaka spotkała pewną dotkniętą demencją wdowę w Chicago. Kobieta miała w swoim domu przeciekającą toaletę i wynajęła hydraulika, który zorientowawszy się, że ma do czynienia z osobą o ograniczonej poczytalności, zażądał za naprawę muszli... 50 000 USD. Kobieta podpisała umowę, w której zobowiązała się zapłacić żadaną kwotę. Intryga została wykryta, gdy staruszka poszła do banku, aby pobrać 25 000 USD zaliczki. Kasjer, widząc nieporadność klientki, przytomnie zapytał, po co jej tak duża kwota, w odpowiedzi na co kobieta wyjaśniła, że musi zapłacić hydraulikowi za usługę. Kasjer powiadomił policję, która aresztowała nieuczciwego robotnika za próbę wyłudzenia³.

Zwolennicy poglądu, że zgoda czy umowa to za mało, przytaczają powyższe przykłady, aby poprzeć tezę, że zgoda *eo ipso* nie wystarcza do stworzenia wiążącego moralnie prawa. A skoro moralnie nie, to także prawnie nie powinna wystarczać. Znamienne jednak, że w obu powyższych przypadkach niesprawiedliwych kontraktów – powoływanych do poparcia twierdzenia, że *consent is not enough* – niesprawiedliwe kontrakty dotknięte są wadami oświadczenia woli przynajmniej jednej ze stron umowy (błąd, oszustwo, brak zdolności do czynności prawnych). Pośrednio więc przeciwnicy kontraktarianizmu sami przyznają, że chcą traktować wszystkich ludzi jak dzieci lub osoby niepełnosprawne intelektualnie.

2. Eutanazja, płatne dawstwo narządów, surogacja

W przedstawionych wyżej przypadkach chodziło o wolne dysponowanie swoimi dobrami materialnymi. A co z dysponowaniem swoim ciałem i życiem, jak w przypadkach eutanazji, dawstwa narządów czy surogacji?

² M. J. S a n d e l, *Justice: What's the Right Thing to Do?*, New York 2009, s. 145.

³ Tamże, s. 145–146.

Rzymianie twierdzili, że *volenti non fit iniuria*. To jest najprostszy i najbardziej oczywisty argument, który właściwie powinien kończyć dyskusję. Ponieważ jednak nie dla każdego jest wystarczający, podnoszone są także argumenty innego rodzaju, np. odwołujące się do utilitaryzmu. Przykładowo, w obronie odpłatnego przekazywania narządów podkreśla się zazwyczaj, że poszanowanie wolności dawców i biorców narządów wyeliminowałoby niedobór sztucznych narządów i uratowało tysiące istnień ludzkich każdego roku. W miarę przeprowadzania większej liczby przeszczepów dokonywano by nowych odkryć, powodujących przyspieszenie innowacji technologicznych. Podobnie jak w przeszłości, takie postępy umożliwiłyby medycynie ratowanie tych, którym wcześniej nie można było pomóc. Zakaz płatnego dawstwa opóźnia te odkrycia i opóźnia innowacje. W rezultacie działa na niekorzyść nie tylko obecnych, ale i przyszłych pokoleń⁴.

Przeciwnicy „handlowania organami” odwołują się do względów etycznych i ideologicznych. Amerykański filozof polityczny Michael J. Sandel pisze: „Wyobraźmy sobie, że ubogi rolnik pragnie zapewnić swojemu dziecku lepszy byt i posłać swoje dziecko na studia. Żeby zdobyć na to pieniądze, sprzedaje jedną ze swych nerek bogatemu biznesmenowi potrzebującemu nerki do transplantacji. Kilka lat później, gdy drugie dziecko rolnika skończyło szkołę średnią, inny kupiec pojawia się w jego wiosce i oferuje znaczną cenę za jego drugą nerkę. Czy rolnik powinien mieć możliwość sprzedaży także drugiej swojej nerki, mimo że pozbycie się drugiej nerki zabije go? Jeśli moralny argument za handlem organami opiera się na koncepcji bycia właścicielem siebie, odpowiedź musi być pozytywna. Byłoby bowiem dziwaczne sądzić, że rolnik jest właścicielem jednej swojej nerki, ale drugiej już nie. Ktoś mógłby zaprotestować, twierdząc, że nikt nie powinien być nakłaniany (namawiany) do rezygnacji z życia dla pieniędzy. Ale jeśli jesteśmy właścicielami naszego ciała i życia, to rolnik ma święte prawo sprzedać także swoją drugą nerkę, nawet jeśli oznacza to jego śmierć. Ten scenariusz nie jest całkowicie hipotetyczny. W latach 90. pewien kalifornijski więzień chciał oddać swoją jedyną nerkę córce wymagającej przeszczepu. Komisja etyczna szpitala odmówiła jednak przeprowadzenia zabiegu”⁵. Sandel zdaje się nie dostrzegać istotnej różnicy między podanymi przez niego przykładami: hipotetycznym i rzeczywistym. W przypadku, który miał miejsce w kalifornijskim więzieniu, nie chodziło

⁴ M. F. Cannon, M. D. Tanner, *Healthy Competition: What's Holding Back Health Care and How to Free It*, Washington 2007, s. 134.

⁵ M. J. Sandel, *Justice...*, s. 71–72.

o wykorzystanie czyjejs trudnej sytuacji ekonomicznej, więc argument natury etycznej nie miał racji bytu i nie powinien być podnoszony.

Jest oczywiście możliwe przyzwalanie na sprzedaż organów tylko w celu ratowania życia i tylko pod warunkiem, że nie zagraża to życiu dawcy. Ale taka polityka nie będzie opierać się na zasadzie suwerenności jednostki (czyli na koncepcji, w myśl której jesteśmy właścicielami i dysponentami naszego ciała i życia). Jeśli naprawdę nimi jesteśmy, to powinno zależeć wyłącznie od nas, czy sprzedamy część naszego ciała, w jakim celu i jakim kosztem dla naszego zdrowia lub życia⁶.

Głównym zarzutem ideologicznym wobec odpłatnego uzyskiwania narządów jest to, że byłoby to nieegalitarne: zniesienie zakazu mogłoby doprowadzić do sytuacji, w której transakcje przebiegają jednokierunkowo: biedni ludzie sprzedają swoje narządy bogatym. Zapewne właśnie tak się dzieje na międzynarodowym rynku żywych nerek⁷. Jednym ze sposobów złagodzenia tego sprzeciwu byłoby umożliwienie płatności tylko za narządy ze zwłok. Takie postępowanie zmniejszyłoby popyt na żywe narządy, które napędzają międzynarodowy czarny rynek⁸. Innym czynnikiem, który może rozwiać wspomniane obiekcje, jest wynik takich transakcji. Kiedy bogaty odbiorca kupuje nerkę od biednego dostawcy, rezultatem są dwie żywe istoty ludzkie. Alternatywą jest często jeden żywy i jeden martwy człowiek. Ten utylitarystyczny argument osłabia jednak fakt, że człowiek mający tylko jedną nerkę jest bardziej podatny na jej niewydolność niż człowiek mający dwie nerki. Jednym ze sposobów ochrony przed tym ryzykiem mogłoby być wykupienie przez odbiorców ubezpieczenia pokrywającego wszelką przyszłą opiekę medyczną, której dostawca może potrzebować w wyniku operacji⁹.

Prawdziwy problem – choć innej natury – istnieje natomiast tam, gdzie pobieranie narządów nie jest na ogół kwestionowane, mianowicie przy ich pobieraniu od zmarłych – ze względu na możliwe nadużycia przy stwierdzaniu zgonu potencjalnego dawcy, zwłaszcza gdy podstawą takiego stwierdzenia jest tzw. śmierć mózgu¹⁰. Odrębnym zagadnieniem jest kwestia estetyki przeszczepu narządów. Na przykład wybitny filozof

⁶ Tamże, s. 72.

⁷ N. Sheper-Hughes, *Organs without Borders*, *Foreign Policy* 2005, vol. 146, nr 1–2, s. 27.

⁸ M. F. Cannon, M. D. Tanner, *Healthy Competition...*, s. 132.

⁹ Tamże.

¹⁰ Skandal na naukowym sympozjum. Prof. Jan Talar: Pobieramy narządy od osoby żyjącej, Fakty TVN, <https://tvn24.pl/polska/skandal-na-naukowym-sympozjum-prof-jan-talar-pobieramy-narzady-od-osoby-zyjacej-ra360444-3448250> (dostęp: 7 kwietnia 2022 r.).

Bogusław Wolniewicz uważał transplantację za rodzaj ludożerstwa i zagrożenie dla cywilizacji¹¹.

Z niejednoznaczną oceną powinna się spotkać także inna kontrowersyjna praktyka dotycząca rozporządzania swoim ciałem, mianowicie przyjmowanie roli tzw. surogatki (matki zastępczej), jednak nie ze względu na możliwe negatywne skutki dla psychiki matki zastępczej (zgodnie z zasadą *volenti non fit iniuria*¹²), tylko ze względu na możliwość takich skutków dla urodzonego w ten sposób dziecka.

3. Prawo do samodzielnego leczenia się

3.1. Uwagi wstępne

Pandemia choroby nazwanej COVID-19, a ściślej reakcje na nią ze strony środowiska medycznego w Polsce i na świecie ukazały z całą wyrazistością zasadność pytań o prawidłowość – tj. słuszność, celowość i legalność (w sensie zgodności z Konstytucją) – dwóch grup rozwiązań prawnych dotyczących leczenia ludzi: 1) rozwiązań ograniczających możliwość korzystania z leków oraz 2) rozwiązań ograniczających możliwość wykonywania zawodu lekarza. Pierwsze ograniczenie znajduje swój wyraz w konieczności uzyskania recepty na określone leki, drugie – w konieczności uzyskania prawa wykonywania zawodu (licencji) lekarza.

Pierwsze ograniczenie w jaskrawy sposób narusza jedno z najbardziej elementarnych praw człowieka – prawa do swojego ciała, z którego wynika „gwarantowane” przez Konstytucję RP prawo do ochrony zdrowia (art. 68 Konstytucji); drugie – również „gwarantowaną” przez Konstytucję wolność wyboru i wykonywania zawodu (art. 65 Konstytucji). Mówiąc o gwarancjach konstytucyjnych, opatruję to słowo cudzysłowem, ponieważ w zdecydowanej większości przypadków są to gwarancje pozorne. Konstytucja z góry bowiem przewiduje odstępstwa (wyjątki) od deklarowanych praw i wolności, jednak sama tych wyjątków nie formułuje, ani

¹¹ B. Nakonieczny, Prof. Bogusław Wolniewicz: Nie oddałbym nerki nawet własnej córce, Super Express, <https://www.se.pl/wiadomosci/polityka/prof-bogusaw-wolniewicz-nie-oddabym-nerki-nawet-wasnej-corce-aa-uxW7-frp7-2MHw.html> (dostęp: 7 kwietnia 2022 r.).

¹² Dotyczy to także surogacji motywowanej względami ekonomicznymi (odpłatnej), mimo podnoszonych zarzutów, że w takich przypadkach nie można mówić o w pełni „wolnym” wyborze matki zastępczej, gdyż jest on zdeterminowany trudną sytuacją materialną. Teza ta ma jednak populistyczny charakter, ponieważ każda decyzja jest umotywowana taką lub inną pobudką lub celem i w tym sensie nie do końca wolna.

nawet nie określa sytuacji, w jakich takie odstępstwa są dopuszczalne. Odsyłając w tym zakresie do ustaw zwykłych, daje w istocie prawodawcy wolną rękę w ograniczaniu deklarowanych praw i wolności.

Należy dodać, że ograniczenia podstawowych praw i wolności są usprawiedliwione, a nawet niezbędne jedynie w przypadku takich praw (zwłaszcza obywatelskich), których realizacja może naruszać inne, również „podstawowe”, a przy tym często ważniejsze prawa innych osób. Na przykład prawo gromadzenia się (art. 57 Konstytucji RP) może naruszać i właściwie w praktyce zawsze narusza prawo innych osób do korzystania z dróg publicznych. Nie ma natomiast usprawiedliwienia dla wprowadzania ograniczeń praw naturalnych człowieka (a więc takich, które Konstytucja może jedynie potwierdzać, a nie przyznawać), których realizacja nie wiąże się z potencjalną kolizją z jakimikolwiek prawami innych osób. Takim prawem jest naturalne, elementarne prawo do własnego ciała.

W kontekście każdej choroby jako problemu społecznego rysują się trzy podstawowe cele (zadania): 1) zapobieganie chorobie (w przypadku chorób zakaźnych – zminimalizowanie liczby zakażeń); 2) zapobieganie ciężkiemu przebiegowi choroby oraz 3) leczenie choroby.

W kwestii sposobów realizacji powyższych celów występują często kontrowersje w środowiskach lekarskich, np. co do tego, które leki są skuteczne i bezpieczne (wolne od znacznego ryzyka ciężkich skutków ubocznych i działań niepożądanych), a które nie spełniają jednego bądź żadnego z powyższych warunków. Jest oczywiste, że wobec tego rodzaju kontrowersji pacjenci powinni mieć możliwość wyboru takiej metody leczenia, jaką uważają za najlepszą – kierując się np. rekomendacją specjalisty, do którego żywią zaufanie, albo uzyskaną skądinąd wiedzą lub tylko wiarą, że jest skuteczna. Niestety, takiej możliwości są często pozbawieni. Dostępny lekarz może odmówić pacjentowi podania lub przepisania pożądanego leku, ponieważ preferuje odmienną koncepcję leczenia albo ma ją narzuconą odgórnie pod groźbą odpowiedzialności dyscyplinarnej i – w skrajnych przypadkach – pozbawienia prawa wykonywania zawodu. Taka postawa lekarza nie stanowiłaby dla pacjenta dużego problemu, gdyby mógł pójść do apteki (albo zlecić to osobie bliskiej) i – bez pośrednictwa lekarza – kupić taki lek, jakim chce się leczyć. Niestety, nie może kupić, gdyż jego kupno wymaga recepty.

Negatywne skutki reglamentacji leków znalazły swój szczególny wyraz w czasie pandemii COVID-19, nie tylko w braku możliwości wyboru środków leczenia tej choroby, ale także w ograniczeniu możliwości korzystania z reglamentowanych lekarstw przy leczeniu innych chorób. Jest niekwestionowanym faktem, że w czasie pandemii dostęp do służby

zdrowia z innych powodów niż zakażenie wirusem SARS-CoV-2 był bardzo utrudniony lub wręcz niemożliwy. Wiele osób zmarło z powodu braku dostępu do lekarza lub do szpitala. Stwierdzając ten dramatyczny fakt, mamy jednak na myśli zazwyczaj wyłącznie brak dostępu do szpitalnej aparatury medycznej i niemożność skorzystania z ambulatoryjnej porady lub pomocy medycznej. Tymczasem brak dostępu do lekarza oznaczał także brak możliwości otrzymania leków, niekiedy niezbędnych dla życia. Zgonów spowodowanych tym ostatnim czynnikiem można było uniknąć, gdyby pacjent mógł pójść do apteki i kupić bez recepty leki, które regularnie przepisywał mu lekarz.

3.2. Recepty a godność człowieka

W 1901 roku słynny pisarz i myśliciel amerykański Mark Twain, podczas płomiennego, ale nasyconego sarkazmem i ironią przemówienia przed Komisją Zgromadzenia ds. Zdrowia Publicznego w sprawie tzw. ustawy Seymoura, dotyczącej licencjonowania osteopatów, stwierdził:

„Chciałbym mieć prawo eksperymentować z własnym ciałem do woli. (...) Zauważyłem, że spod przepisów ustawy wyłączone są ludowe uzdrowicielki¹³. To słuszne rozwiązanie, bo one i tak by praktykowały. Właściwie wszyscy wiemy, że nasza populacja jest tak naprawdę podzielona na dwie szkoły medyczne – zwykłych lekarzy i znachorki. Proszę więc tylko o taką samą wolność, jaką dajecie znachorce. (...)

Kiedy moja dusza choruje, państwo przyznaje mi nieograniczoną swobodę leczenia. Dlaczego zatem nie miałbym mieć równej wolności w odniesieniu do mojego ciała, które jest o wiele mniej ważne? (...)

Pragnę tu dowieść, że moje ciało należy do mnie, przynajmniej zawsze miałem takie wrażenie. Jeśli eksperymentując z nim, wyrządę mu krzywdę, to ja ucierpię, a nie państwo. I jeśli pofolguję za bardzo z niebezpiecznymi eksperymentami, to ja umrę, a nie państwo. Zapewniam o tym”¹⁴.

Trudno wierzyć w szlachetne motywy regulacji ograniczających dostęp do leków, gdy jednocześnie żadne przepisy nie zabraniają chirurgom plastycznym przeprowadzania operacji, które nie tylko – w skrajnych

¹³ Na przełomie XIX i XX w. w trudno dostępnych, zwłaszcza górskich regionach USA znachorki (*grandmother practitioners, granny women*) stanowiły w zasadzi jedyną opcję, jeśli chodzi o opiekę medyczną i cieszyły się wielkim szacunkiem społeczności. Zob. N. Madison, What Are Granny Women?, <https://www.wise-geek.com/what-are-granny-women.htm> (dostęp: 15 kwietnia 2022 r.).

¹⁴ M. Twain, Osteopath, Appears at Public Hearing Before Assembly Committee. His Personal Liberty Plea: Wants to Try Everything That Comes Along – Adam, He Says, Was Unjustly Criticised, *The New York Times* z dnia 28 lutego 1901 r., <http://www.twainquotes.com/19010228.html> (dostęp: 20 marca 2022 r.).

przypadkach – przekształcają ludzi w wizualne monstra, ale także zagrażają ich zdrowiu lub życiu i niejednokrotnie prowadzą do śmierci.

Czy państwo powinno traktować swoich obywateli jak osobników ograniczonych umysłowo, których trzeba chronić przed nimi samymi, żeby nie zrobili sobie krzywdy? Czy nie należałoby powrócić do jednej z naczelnych zasad prawa rzymskiego, w myśl której chcącemu nie dzieje się krzywda¹⁵? Nadmierny paternalizm, którym prześiknięte są współczesne europejskie systemy prawne i leżące u ich podstaw ideologie, uwłacza ludzkiej inteligencji, urąga godności człowieka, podając w wątpliwość jego samowiedzę (samoświadomość), zdolność do samodyscypliny i poczucie odpowiedzialności, oraz krępuje jednostki o tzw. wolnym duchu. Zakrawa więc na hipokryzję fakt, że środowiska hołdujące paternalizmowi to w zdecydowanej większości te same środowiska, które jako najwyższą wartość – przyrodzoną, niezbywalną, nienaruszalną etc. – uznają godność człowieka. Pośród ograniczeń dotyczących praw naturalnych człowieka paternalistyczne roszczenie sobie przez państwo praw do ciała obywatela godzi w jego godność w stopniu szczególnie wysokim. Ograniczenia innych praw wynikają bowiem na ogół z potrzeby dbania o inne prawa innych osób, co przez egoistyczne jednostki może być odbierane jako przykre, ale nie upokarzające – wszak chodzi o zabezpieczenie interesów innych. Tylko paternalistyczne ograniczenia nie mają u swoich podstaw – przynajmniej oficjalnie – takiej motywacji. Jedyną motywacją jest zabezpieczenie jednostki przed tym, aby nie zrobiła sobie krzywdy albo by nie naruszyła swojej godności. Prawodawca zakłada zatem, że jest bardziej przezorny, bardziej inteligentny, bardziej moralny niż poszczególni członkowie społeczeństwa. Takie podejście prawodawcy jest wyrazem arogancji i niczym nieuzasadnionego poczucia wyższości.

Jeśli tego nie zmienimy, stworzymy społeczeństwo osobników o mentalności niewolniczej, jak pewien dziennikarz znanej, etosowej gazety, który za swoje uzależnienie od leków obarczył winą państwo, a konkretnie brak prowadzenia przez rząd centralnego elektronicznego rejestru wystawionych recept, co umożliwiło mu zatajanie swojej historii leczenia farmakologicznego i wyłudzenie leków od coraz to nowych lekarzy.

Wybitny amerykańsko-żydowski psychiatra i obrońca naturalnych praw człowieka Thomas Szasz twierdził, że wolne społeczeństwo nie może przetrwać, jeśli państwo traktuje dorosłych jak wagarujące dzieci, a jego obywatele odrzucają wartości samodyscypliny i odpowiedzialności

¹⁵ Oryginalne brzmienie paremii, której autorstwo przypisane jest Ulpianowi, to: *Nulla iniuria est, quæ in volentem fiat* („Żadna krzywda nie jest wyrządzona temu, kto wyraża zgodę.”). Zob. *Digesta Iustiniani* 47.10.1,5.

osobistej¹⁶. Rozwijając tę myśl, apelował, aby pamiętać, że „istotą wolności jest wybór, a wybór ten implikuje możliwość dokonania złego wyboru, czyli «nadużycia» wolności i poniesienia konsekwencji”. Do średnio-wiecznych poszukiwaczy Świętego Graala porównywał współczesnych filozofów politycznych szukających prawidłowej odpowiedzi na absurdałne – jego zdaniem – pytanie, jak możemy zmniejszyć lub wyeliminować ryzyko i niepożądane konsekwencje wolności, zachowując jej dobrodziejstwa i korzyści. „Fakt, że nie możemy tego zrobić, nie powstrzymał ludzi, zwłaszcza «demokratycznych socjalistów» i innych optymistycznych etatystów, przed próbami. W rzeczy samej, historia nowoczesnych państw opiekuńczych jest po części historią tego samobójczego wysiłku”¹⁷.

W odniesieniu do rozważanej w niniejszym artykule kwestii Szasz zauważył trafnie, że „nie obwiniamy za otyłość osób z nadwagą ludzi, którzy zapewniają im jedzenie, ale za nałogi osób uzależnionych obwiniamy tych, którzy dostarczają im leki czy narkotyki.” I skonstatował: „Jeśli próbujemy przedefiniować pojęcie wolności w taki sposób, że nie mamy do czynienia z wolnością, jeżeli jej skutki nie są indywidualnie i zbiorowo «zdrowe» – co w przypadku leków oznacza zapewnienie nam skutecznych i niedrogich metod leczenia chorób oraz ochronę nas przed nadużyciami w stosowaniu leków zarówno przez pacjentów, jak i lekarzy – oszukujemy tylko tych, którzy są na tyle głupi, by wierzyć w takie cuda. Czasami ta kategoria obejmuje większość. Mówimy wtedy, zwykle z perspektywy czasu, o szaleństwie tłumu”¹⁸.

3.3. Względy celowościowe

Nawet jeśli narzucone przez rząd wymagania dotyczące recept są w ostatecznym rachunku korzystne *per saldo*, nadal naruszają prawo każdej osoby do decydowania o tym, co dzieje się z jej ciałem.

Tak jak szanujemy prawo ludzi do odmowy leczenia, nawet jeśli korzystają z niego w sposób, który szkodzi ich zdrowiu, powinniśmy szanować ich prawo do samoleczenia, nawet jeśli korzystają z niego w sposób, który szkodzi ich zdrowiu. Innymi słowy, nawet jeśli zmuszanie ludzi lub doprowadzanie ich innymi sposobami (zatajenie prawdy, wprowadzenie w błąd) do poddania się niechcianym zabiegom medycznym poprawiłoby ich zdrowie, oszukiwanie lub zmuszanie ich do leczenia jest błędem. Podobnie, nawet jeśli przyjmowanie pewnych leków zaszkodziłoby zdrowiu pacjentów, nie należy uniemożliwiać czy zakazywać im ich

¹⁶ T. Szasz, *Our Right to Drugs: The Case for a Free Market*, Syracuse 1996, s. 44–46.

¹⁷ Tamże, s. 12.

¹⁸ Tamże, s. 12–13.

zażywania, jeśli świadomi skutków tego pragną¹⁹. Amerykańska bioetyczka Jessica Flanigan argumentuje logicznie, że jeśli ludzie mają prawo otrzymać lek, który spowoduje ich śmierć – to znaczy prawo wyboru samobójstwa wspomaganego przez lekarza – to muszą mieć również prawo dostępu do każdego leku, który stwarza znacznie mniejsze ryzyko dla ich zdrowia²⁰. Oczywiście argument ten ma rację bytu tylko w odniesieniu do krajów, które uznają eutanazję.

Po drugie, jakkolwiek ciężar dowodu na słuszność głoszonej tezy powinien spoczywać nie na tych, którzy opowiadają się za wolnością samodzielnego leczenia się, ale na tych, którzy popierają stosowanie przymusu rządowego, mającego powstrzymać ludzi przed przyjmowaniem leków, których chcą zażywać. To ci, którzy chcą kontrolować ciała innych ludzi i ich decyzje medyczne, powinni wykazać, że preferowane przez nich rozwiązania przechodzą pozytywnie test kosztów i korzyści. Tymczasem zwolennicy narzucanych przez rząd wymagań dotyczących wypisywania recept nigdy nie przeprowadzili takiej analizy, ani przed, ani po pozbawieniu konsumentów swobody samodzielnego leczenia się. Naleganie na analizę kosztów i korzyści przed uchynieniem takich przepisów, nie zaś przed ich wprowadzeniem w życie, jest nieuzasadnionym odwróceniem reguły ciężaru dowodu, nieuczciwym nie tylko wobec neutralnych obserwatorów, ale także względem osób, które uwierzyły w skuteczność narzuconych przez rząd wymogów dotyczących recept i popierają takie rozwiązania²¹.

Zdaniem amerykańskiego ekonomisty Samuela Peltzman, wymóg posiadania recepty odwołuje się do leczenia się na własną rękę, ale intensyfikuje takie leczenie za pomocą łagodniejszych leków. Profesjonalne leczenie zmniejsza przewidywany koszt toksyczności poszczególnych jednostek spożycia, ale jednocześnie powoduje u pacjenta wzrost tzw. moralnego (subiektywnego) ryzyka²², tj. pokusy nadużywania przepisanej przez lekarza, na ogół silniejszego leku. Z powyższych względów całko-

¹⁹ J. A. Singer, M.F. Cannon, *Drug Reformation: End Government's Power to Require Prescriptions*, Massachusetts 2020, s. 38.

²⁰ J. Flanigan, *Pharmaceutical Freedom: Why Patients Have a Right to Self Medicate*, New York 2017, s. 68–69.

²¹ J. A. Singer, M. F. Cannon, *Drug Reformation...*, s. 38.

²² Teoria „moralnego ryzyka” (*moral hazard*) mówi, że człowiek zwolniony od odpowiedzialności albo chroniony przed ryzykiem nastąpienia niepożądanego zdarzenia zachowuje się inaczej – mniej ostrożnie i odpowiedzialnie – niż w sytuacji, gdy byłby narażony na poniesienie pełnych skutków tego zdarzenia.

wity wpływ omawianych regulacji na zdrowie i bezpieczeństwo konsumenta jest niemożliwy do przewidzenia *a priori*²³.

S. Peltzman zwraca też uwagę na relacje między reglamentacją leków za pomocą recept a dwoma rodzajami błędów, jakie często popełniają konsumenci. Pierwszy błąd polega na niestosowaniu dobroczynnego leku. Bardziej profesjonalne porady przypuszczalnie zmniejszają ryzyko popełniania tego błędu, ale odcięcie osób samoleczących się od leków na receptę je zwiększa. Drugi błąd polega na tym, że konsument zażywa niewłaściwy lek albo niewłaściwą ilość stosownego leku, co jest szczególnie niebezpieczne w przypadku silniejszych leków. *Prima facie* wydaje się, że ograniczenie samoleczenia powinno zmniejszać to niebezpieczeństwo, ale z drugiej strony należy mieć na uwadze efekt pokusy nadużycia profesjonalnego leczenia, który bez wątpienia je zwiększa²⁴.

Z pragmatycznego (teleologicznego i konsekwencjalistycznego) punktu widzenia pacjentom należy powierzyć samodzielne dokonywanie wyborów, ponieważ na ogół mają największą wiedzę na temat tego, która decyzja będzie sprzyjać ich interesom. Patrząc zaś na problem z perspektywy praw człowieka (w tym zwłaszcza prawa do prywatności), należy zauważyć, że decyzje medyczne są często intymnymi i osobistymi wyborami, które mają szczególne znaczenie dla pacjentów. Co więcej, nawet jeśli kwestia leczenia określonej choroby nie jest postrzegana przez danego pacjenta jako intymna, osobista lub szczególnie istotna, to – ujmując rzecz bardziej ogólnie – należy respektować prawo jednostki do wyboru sposobu życia (w tym leczenia się) bez poddawania się życiowej ingerencji lekarzy lub urzędników publicznych²⁵.

Inny argument natury etycznej dotyczy moralnej odpowiedzialności państwa za śmierć pacjentów. Kiedy pacjenci umierają, ponieważ świadomie i dobrowolnie stosowali niebezpieczny środek farmaceutyczny, producenci leków nie są winni śmierci pacjentów, ponieważ pacjenci zgadzają się na ryzyko związane z niebezpiecznymi lekami. Jednak kiedy pacjenci umierają, ponieważ zabroniono im dostępu do leku, ci, którzy stoją im na drodze, są moralnie odpowiedzialni za ich śmierć. Argument ten odwołuje się do moralnego rozróżnienia między powodowaniem czyjejś śmierci (choćby przez zaniechanie) a nieprzeszkadzaniem komuś w pozabawieniu się życia. Jeśli przyjmiemy to rozróżnienie, powinniśmy dojść do wniosku, że urzędnicy państwowi powodują śmierć części ludzi,

²³ S. Peltzman, The Health Effects of Mandatory Prescriptions, *Journal of Law & Economics* 1987, vol. XXX, nr 2, s. 212.

²⁴ Tamże.

²⁵ J. Flanigan, *Pharmaceutical Freedom...*, s. 1–31.

pozbawiając ich wolnego dostępu do leków. Wymóg recepty oznacza, że przyjmujemy rozwiązanie niemoralne (powodowanie śmierci jakiejś liczby osób przez uniemożliwianie im dostępu do leków) po to, aby wyeliminować stan obojętny moralnie, tj. stan, w którym ktoś może sam pozbawić się życia (przez przyjęcie zbyt dużej dawki leku). Teza ta dodatkowo wspiera prawo do samodzielnego leczenia się, a zwłaszcza prawo do wypróbowania leku na własną rękę²⁶.

Postulując wolną sprzedaż leków, apeluje się także o konsekwencję w działaniu. Brak takiej konsekwencji rodzi bowiem w sposób naturalny słuszne oskarżenia o hipokryzję i podwójne standardy oraz niepozbawione podstaw podejrzenia o nieczyste intencje. Te same względy, które uzasadniają prawo do tzw. świadomej zgody (*informed consent*), będącej obecnie niekwestionowaną zasadą lekarską, uzasadniają również prawo do samoleczenia, ponieważ autonomia medyczna jest ważną wartością niezależnie od kontekstu. Jak pisze J. Flanigan, „paternalizm jest zły zarówno w aptece, jak i w gabinecie lekarskim”, dlatego państwa powinny chronić prawa pacjentów przed niechcianymi interwencjami medycznymi ze strony lekarzy oraz przed niechcianymi ograniczeniami dostępu do leków nakładanymi przez urzędników państwowych²⁷. Doktryna świadomej zgody i prawo do samoleczenia są ze sobą nierozzerwalnie związane. Każdy argument za tym, że jednostki nie mają prawa do samoleczenia, z konieczności podważa doktrynę świadomej zgody. Nie da się naruszyć jednego, nie zagrażając drugiemu. Jeśli jeden jest ważny, drugi też. Jeśli ktoś popiera doktrynę świadomej zgody, musi logicznie szanować prawo do samoleczenia²⁸.

Można wreszcie podnieść argument o braku symetrii, gdy chodzi o „pokrzywdzenie” zwolenników jednego lub drugiego rozwiązania w przypadku funkcjonowania rozwiązania przeciwnego do preferowanego. O ile funkcjonujące obecnie rozwiązania krzywdzą osoby chcące mieć dostęp do leków bez recepty, zmuszając ich do tracenia czasu i pieniędzy, w dodatku bez gwarancji osiągnięcia celu, o tyle rozwiązanie przeciwnie nie pogarsza sytuacji osób chcących korzystać z konsultacji medycznej przed każdorazową kuracją farmakologiczną. Jak pisze J. Flanigan, „nawet jeśli urzędnicy państwowi przyjęliby zasady respektujące prawa pacjenta do samodzielnego leczenia się, osoby, które obawiają się niebezpieczeństw związanych z używaniem środków farmaceutycznych, nadal mogą przed użyciem leku skonsultować się z lekarzem

²⁶ Tamże, s. 108–141.

²⁷ Tamże, s. 3.

²⁸ J. A. Singer, M. F. Cannon, *Drug Reformation...*, s. 5.

³⁰ Tamže, s. 205–229.

³² Jak twierdzi wybitny

Jeśli więc mimo powyższego ryzyka nie jest reglamentowane podawanie szczepionek przeciwko takim wirusom (wręcz przeciwnie – jest propagowane), to tym bardziej nie powinno być reglamentowane wydawanie antybiotyków. Tym bardziej – bo o ile szczepienia stosowane są na ogół profilaktycznie, o tyle nikt zapobiegawczo (ani dla przyjemności) nie przyjmuje antybiotyków. Zakres ich używania nie wzrósłby zatem istotnie, gdyby sprzedawane były bez recepty.

Poza tym szczegółowe i wieloaspektowe badania przeprowadzone przez S. Peltzmana nie potwierdzają obaw J. Flanigan dotyczących wolnej sprzedaży antybiotyków. Ogólny wniosek z tych badań jest taki, że „nie ma różnicy w tempie spadku śmiertelności z powodu chorób zakaźnych od lat 50. między krajami, które wprowadziły przepisy wymagające recept, a tymi, które tego nie robią. (...) Wszystkie kraje odniosły pokaźne korzyści z wprowadzenia antybiotykowych technologii, a te, które wprowadziły przepisy dotyczące recept, nie osiągnęły tych korzyści wyraźnie szybciej lub w większym stopniu niż te, które nie wprowadziły takich regulacji³³.”

Również T. Szasz zaznacza, że dostrzega potrzebę ograniczania wolnego rynku leków, tak jak dostrzega potrzebę ograniczania wolnego rynku wielu innych towarów. Uzasadnionym miejscem dla tego limitu jest jednak sytuacja, w której swobodny dostęp do określonego produktu stanowi „wyraźne i aktualne zagrożenie” dla bezpieczeństwa innych. Na tej podstawie państwo kontroluje rynek materiałów wybuchowych i na tej podstawie może legalnie kontrolować rynek plutonu lub radioaktywnych chemikaliów stosowanych w medycynie. Ale to nie jest – zdaniem autora – podstawa naszych obecnych kontroli leków³⁴.

3.5. Arbitralność reglamentacji leków

Mocnym, zasługującym na osobne omówienie argumentem za zniesieniem recept na leki jest arbitralność ich reglamentacji. Interesujące badania porównawcze w tym zakresie przeprowadzili amerykańscy badacze Jeffrey A. Singer i Michael F. Cannon. Autorzy zbadali dostępność siedmiu popularnych produktów farmaceutycznych w 21 krajach na

mbshell-nobel-prize-winner-reveals-covid-vaccine-is-creating-variants/ (dostęp: 20 marca 2022 r.). Odmienne rzecz się przedstawia w przypadku wirusów wolno mutujących (wirusów DNA), jak np. wirusy ospy wietrznej i prawdziwej, i tzw. wirusów antygenowo monotypowych, jak np. wirus odry, które mimo częstego mutowania zachowują taki sam antygen. Zob. E. Krawczyk, Odra – katastrofa jest coraz bliżej, *Neuropsychologia*, <http://neuropsychologia.org/odra-%E2%80%93-katastrofa-jest-coraz-bli%C5%BCej> (dostęp: 20 marca 2022 r.).

³³ S. Peltzman, *The Health Effects...*, s. 232–234.

³⁴ T. Szasz, *Our Right...*, s. 7.

wszystkich kontynentach. W badaniu uwzględniono: pigułki antykoncepcyjne „po”, insulinę, lek opioidowy Nalokson (stosowany m.in. w leczeniu uzależnień), nitroglicerynę (stosowaną w napadach bólu wieńcowego), pigułki antykoncepcyjne codziennego użycia, lek na migrenę Sumatryptan oraz Salbutamol, stosowany w leczeniu astmy oskrzelowej i przewlekłych chorób płuc. Badanie wykazało znaczne różnice w wymaganiach dotyczących recepty. Zdecydowana większość (17) krajów pozwala konsumentom kupować „awaryjne” środki antykoncepcyjne bez recepty, podczas gdy tylko cztery wymagają recepty. W przypadku środków antykoncepcyjnych codziennego użycia sytuacja jest odwrotna: 18 krajów wymaga recepty; tylko trzy – nie. W sześciu krajach (wszystkie europejskie) „awaryjne” środki antykoncepcyjne są jedynymi spośród siedmiu badanych leków dostępnymi bez recepty. Hongkong i Tanzania przeciwstawiają się trendowi, wymagając recepty na antykoncepcję awaryjną, ale nie na codzienną antykoncepcję doustną. Belgia to jedyny kraj, który wymaga recept na oba; jest to zresztą jedyny kraj, który wymaga recept na całą siódemkę leków. Australia i Kanada pozwalają konsumentom na kupowanie czterech z siedmiu leków bez recepty, co jest najbardziej liberalnym wynikiem spośród wszystkich krajów uwzględnionych w badaniu. Jednak Australia i Kanada wymagają recepty na codzienną antykoncepcję doustną, a Australia wymaga recepty na insulinę. Tylko cztery kraje zezwalają na sprzedaż insuliny bez recepty (Kanada, Singapur, Tanzania, USA), przy czym Stany Zjednoczone zezwalają na taką sprzedaż tylko niektórych form insuliny. Inne cztery uwzględnione w badaniu kraje (Australia, Kanada, Francja, Włochy) umożliwiają kupno bez recepty Naloksonu³⁵.

Ogromne zróżnicowanie przyjętych na świecie rozwiązań w zakresie sprzedaży leków dowodzi, że wymóg recepty przypisywany jest poszczególnym lekom w sposób arbitralny, na podstawie niemających merytorycznego uzasadnienia decyzji. Gdyby powody takiego wymogu miały merytoryczny charakter, to panowałaby względna zgodność co do tego, które leki sprzedawane są na receptę, a które bez recepty. Natomiast przedstawiona mozaika przyjętych w różnych krajach rozwiązań wskazuje na to, że nie stoją za nimi żadne naukowe badania ani nawet prognozy.

Drugi wniosek, jaki się nasuwa po analizie wyników powyższych badań, jest taki, że nie ma merytorycznych przeszkód, aby wszystkie poddane badaniu leki mogły być sprzedawane bez recepty w każdym kraju. Żaden z nich bowiem nie jest reglamentowany w każdym kraju. Jeśli zatem jego wolna sprzedaż nie pociąga za sobą negatywnych konsekwencji,

³⁵ J. A. Singer, M. F. Cannon, *Drug Reformation...*, s. 36–37.

cji zdrowotnych dla obywateli kraju, w którym taka sprzedaż ma miejsce, to można stwierdzić z przekonaniem graniczącym z pewnością, że nie będzie szkodzić także mieszkańcom innych krajów. Poszczególne narody nie różnią się przecież aż tak bardzo między sobą, żeby jednym wolna sprzedaż danego medykamentu miała zagrażać zdrowotnie, a innym nie.

3.6. Kwestia licencjonowania lekarzy

Należy pamiętać, że przepisy dotyczące leków na receptę, na których w głównej mierze zasadza się skomplikowany mechanizm kontroli leków, wiążą się nieodłącznie z licencjonowaniem przez państwo zawodu lekarza³⁶. Przy braku licencjonowania nie miałyby one racji bytu. Ten, jeszcze bardziej niż reglamentowanie leków „nietykalny” temat, jakim jest licencjonowanie medyczne, porusza w swoim głównym dziele *Kapitalizm i wolność* Milton Friedman, poddając wymóg licencji (nie tylko medycznych) zdecydowanej krytyce. Twierdzi, że jeśli ktoś chce okazjonalnie np. wyciąć sobie wyrostek robaczkowy, powinien mieć możliwość zwrócenia się o wykonanie zabiegu do osoby, którą wybierze, bez względu na to, czy posiada ona licencję na przeprowadzanie tego rodzaju operacji czy nie. Wprawdzie faktem jest, że większość ludzi chce mieć pewność co do kompetencji swojego lekarza, ale takich informacji może dostarczyć rynek. Friedman sugeruje, że zamiast polegać na państwowych licencjach lekarzy, pacjenci mogą korzystać z prywatnych usług ratingowych, takich jak raporty konsumenckie³⁷. Nie trzeba zresztą uciekać się do tego typu rankingów czy opinii, obecnie głównie internetowych. Najbardziej oczywistym potwierdzeniem kompetencji lekarza jest dyplom ukończenia studiów medycznych, dyplom specjalisty, stopień naukowy itp. Jeśli jednak ktoś chce leczyć się pod okiem znachora, państwo nie powinno mu tego uniemożliwiać.

Krótko mówiąc, tak jak kwalifikacje prawnicze nie warunkują zasadniczo – poza sprawami karnymi – możliwości reprezentowania stron w postępowaniach przed sądami i organami administracji ani pełnienia w nich funkcji mediatora, tak kwalifikacje lekarskie nie powinny warunkować możliwości leczenia, w tym zwłaszcza leczenia siebie. Podobnie, w sprawach prawnych o większej wadze i większym stopniu skomplikowania osoba zainteresowana i tak zazwyczaj skorzysta z usług prawnika, a w sprawach cięższych lub trudnych do zdiagnozowania i leczenia chorób – skorzysta z usług lekarza specjalisty.

Jak zauważają M. F. Cannon i M. D. Tanner, celem przepisów ograniczających możliwość świadczenia usług opieki zdrowotnej (nie tylko po-

³⁶ T. Szasz, *Our Right...*, s. 7.

³⁷ M. Friedman, *Capitalism and Freedom*, Chicago 1962, s. 137–160.

przez zakaz podejmowania zawodu lub świadczenia określonych usług przez osoby niemające licencji, ale także poprzez np. wprowadzanie morderiów na tworzenie lub rozbudowę szpitali specjalistycznych), może być eliminowanie konkurencji. Nie zmienia to faktu, że takie przepisy ograniczają swobodę jednostek w zakresie wyboru zawodu i wyboru świadczeniodawców opieki zdrowotnej. W związku z tym – podobnie jak w przypadku recept – ciężar wykazania, że bariery ograniczające możliwość wejścia na rynki opieki zdrowotnej skutkują lepszymi wynikami zdrowotnymi, spada na tego, kto je wprowadza i podtrzymuje. Osoby odpowiedzialne za istniejący stan rzeczy nie zdołały jednak wywiązać się z tego obowiązku. Co więcej, zdaniem wspomnianych autorów, „przekonujące dowody” sugerują, że takie bariery zwiększają koszty opieki zdrowotnej i albo nie mają wpływu, albo mają negatywny wpływ na jakość opieki zdrowotnej³⁸.

Lekarz, lecząc, powinien (móc) kierować się dokładnie tym samym, czym sędzia, sądząc – własnym sumieniem. Możliwość pociągnięcia do odpowiedzialności dyscyplinarnej lekarza, który za zgodą lub wręcz na prośbę pacjenta stosuje niezalecane odgórnie leki, i w efekcie pozbawienia go prawa wykonywania zawodu, jest dodatkową negatywną konsekwencją wymogów licencyjnych i argumentem za rozważeniem ich zniesienia.

Taka praktyka prowadzi do obniżenia zaufania do służby zdrowia i lekarzy, co przybrało wręcz dramatyczne rozmiary w okresie pandemii COVID-19.

4. Prawo do aborcji?

4.1. Koncepcje humanistyczne (antropocentryczne)

Prawo do dysponowania własnym ciałem pojawia się dość często jako argument za dopuszczalnością aborcji na żądanie kobiety. Takie stanowisko zajmuje np. popularna publicystka feministyczna Magdalena Środa. Autorka domaga się prawa do aborcji w imię samostanowienia kobiety³⁹. Mówienie o samostanowieniu w kontekście macierzyństwa jest jednak obarczone błędem logicznym polegającym na wewnętrznej sprzeczności. Samostanowienie bowiem to decydowanie o własnym losie. Tymczasem aborcja decyduje nie tylko o losie matki, ale także o losie poczętego dziecka, a zatem wykracza poza samostanowienie, jest ingerencją w cudzy los. „Samostanowienie o macierzyństwie” zatem to klasyczny oksymoron.

³⁸ M. F. Cannon, M. D. Tanner, *Healthy Competition...*, s. 134.

³⁹ Zob. np. M. Środa, *Kobiety i władza*, Warszawa 2009, s. 417–419.

Jednocześnie M. Środa opowiada się przeciwko karze śmierci, uzasadniając swoje stanowisko m.in. obawą przed przyznaniem państwu takiego narzędzia oraz względami humanitarnymi („Uznanie pewnych sposobów karania za barbarzyńskie jest miarą postępu naszej cywilizacji”)⁴⁰.

Ostrą krytykę takiej postawy – zarzucając jej hipokryzję i brak konsekwencji – wyraża amerykańska libertarianka Camille Paglia:

„Zakrawa na ironię to, że ci sami ludzie, którzy sprzeciwiają się karze śmierci, walczą o aborcję na żądanie, wykazując osobliwą dyskryminację w sprawach pozbawiania życia. Feministki, przeczulone na punkcie ich humanitarnego obrazu siebie, posługują się zawiłą kazuistyką, aby zdefiniować usunięty z łona płód w kategoriach czysto materialnych jako bezwładną, skutecznie wypłukaną tkankę.

Moje poglądy są bardziej konsekwentne: popieram karę śmierci za szokujące przestępstwa, takie jak zabójstwo polityczne czy seryjny gwałt, i jestem gorliwą zwolenniczką aborcji (określenie *pro-choice* to tchórzliwy eufemizm). (...)

Okrutne stereotypizowanie przeciwników aborcji jako «przeciwników kobiet» lub «skrajnie prawicowych fanatyków» było jednym z najbardziej żalosnych zwyczajów feministycznego establishmentu. (...) Ze swoim propagandowym nastawieniem feministyczne liderki nigdy nie przyznały, że ich przeciwnicy mogą być w równym stopniu motywowani etyką. W rzeczywistości, w tej debacie etyczna przewaga może leżeć po drugiej stronie. My, kobiety pracujące zawodowo, uzasadniamy naszą postawę względami celowościowymi: rodzenie niechcianego dziecka jest niewygodne lub uciążliwe osobiście i zawodowo. Natomiast ruch w obronie życia argumentuje, że każde poczęcie jest święte, a społeczeństwo ma obowiązek chronić bezbronnych. (...)

Musimy filozoficznie wzmocnić teorię feministyczną, aby mogła przyznać, że aborcja jest aktem agresywnym, że jest formą eksterminacji. Współczesna kobieta stała się agentką darwinowskiej selekcji⁴¹.

Wobec oczywistej absurdalności argumentu o samostanowieniu kobiety w kontekście aborcji wysuwana bywa teza, w myśl której płód nie jest człowiekiem. Przy takim założeniu kobieta, dokonując aborcji, wykracza wprawdzie poza samostanowienie, ale nie decyduje o losie innego człowieka, tylko o losie „organizmu”. Taki „organizm” bywa przyrównywany do pasożyta. Autorka bodaj najsłynniejszego tekstu w obronie aborcji Judith

⁴⁰ Taż (w:) H. Bortnowska, M. Sopyło (red.), *Przeciw karze śmierci*, Warszawa 2011, s. 18–19.

⁴¹ C. Paglia, *No Law in the Arena: A Pagan Theory of Sexuality*, (w:) *te j e, Vamps and Tramps: New Essays*, New York 1994, s. 38–40.

J. Thomson twierdziła m.in., że ciężarna kobieta nie ma prawa zabić płodu, tylko ma prawo pozbyć się go ze swojego łona – tak jak miałyby prawo usunąć go z domu, gdyby rozwinął się na jej dywanie z nasienia ludzkiego zawleczonego przez wiatr, mimo stosowanych środków zapobiegawczych w postaci siatek w oknach⁴². Argumentacja J. J. Thomson, pełna ekwilibristyki słownej i myślowej oraz nieadekwatnych analogii i eufemizmów, jest podręcznikowym przykładem „zawilej kazuistyki” uprawianej w obronie aborcji, o której mówi C. Paglia, i razi swoim populizmem.

Powyższa, antropocentryczno-liberalna (w odróżnieniu od humanistyczno-teologicznej) koncepcja jest jednak przede wszystkim sprzeczna z forsowaną przez te same – liberalne – środowiska koncepcją godności człowieka.

Według myślicieli chrześcijańskich (duchownych i świeckich) o wyjątkowości człowieka wśród innych bytów stanowi przede wszystkim posiadanie duszy, która jest źródłem jego władz osobowych, w tym zwłaszcza rozumu i woli. Chodzi o wolę przejawiającą się na dwa szczególne sposoby: a) w „rozumnym chceniu”, wykraczającym poza czysto biologiczne popędy (pragnienie szczęścia, a nie tylko zaspokojenia), oraz b) w „chceniu” skierowanym ku wieczności i absolutowi (absolutna prawda, doskonała sprawiedliwość, wieczna miłość, nieśmiertelne życie, trwanie po śmierci itp.)⁴³.

Według myślicieli świeckich (wierzących i niewierzących) o wyjątkowości człowieka wśród innych bytów stanowi to, że posiada on godność. Chodzi tu o godność ontyczną, a nie kulturową. Godność ontyczna przysługuje wszystkim ludziom i jest z samej definicji wartością przyrodzoną, uniwersalną, bezwzględną, niestopniowalną, nienaruszalną i niezniszczalną (tzn. niederogowalną, niezbywalną i nieutralną)⁴⁴. Jest to jednak definicja nominalna, a nie realna; nie określa więc stanu rzeczy, czegoś, co obiektywnie jest (nie określa obiektywnie istniejących cech godności ontycznej), tylko określa, jak mamy rozumieć termin „godność”. W dodatku jest to definicja projektująca, a więc arbitralna⁴⁵. Godność ontyczna jest

⁴² Zob. J. J. Thomson, *A Defence of Abortion*, *Philosophy & Public Affairs* 1971, vol. 1, nr 1, s. 47–66.

⁴³ Z. Pańpuch, *Kara śmierci*, (w:) *Encyklopedia białych plam*, t. IX, Radom 2002, s. 133.

⁴⁴ W. Dziedzic, *Godność człowieka jako podstawa sprawiedliwości*, *Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska, sectio G* 2019, vol. LXVI, nr 1, s. 77, 89; A. Bronk, *Kategoria godności człowieka*, *Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska, sectio I* 2010, vol. XXXV, s. 85.

⁴⁵ Por. A. Bronk, *Kategoria godności...*, s. 84–85.

więc np. nieutralna nie z samej swej natury (dlatego, że faktycznie nie można jej utracić), tylko dlatego, że nadajemy jej taką cechę.

Godność jest zatem nierozzerwalnie związana z faktem bycia człowiekiem i przez to w zasadzie równoznaczna z „naturą ludzką”, „istotą człowieka” czy „człowieczością” (nie mylić z „człowieczeństwem”⁴⁶). Myśliciele świeccy opowiadający się za ontycznie rozumianą godnością człowieka powołują się zwykle na to, że jest on istotą rozumną i wolną, a zatem na zbliżone cechy do tych, które świadczą o wyjątkowości człowieka według przedstawicieli koncepcji teologicznej. O ile jednak dla antropocentrystów „teologicznych” rozum i wola są przejawami tego, co czyni człowieka wyjątkowym, a więc posiadania duszy, o tyle dla filozofów świeckich rozum i wolność są przesłankami tego, co czyni człowieka wyjątkowym, a więc posiadania godności.

Andrzej Bronk wylicza wady takiej argumentacji:

- 1) po pierwsze, przypisywanie człowiekowi obu tych własności – rozumu i wolności – bynajmniej nie jest dla wszystkich oczywiste,
- 2) po drugie, należałoby ujawnić przesłanki prowadzące od tezy o rozumności i wolności człowieka do tezy o jego – wyróżnionej – godności. „Nie wydaje się bowiem, by z pozycji, która operuje czysto biologicznym rozumieniem człowieka, istniała jakaś zasadnicza (ontyczna) racja do radykalnego przeciwstawienia go reszcie przyrody i istotnego «wywyższania»”,
- 3) po trzecie wreszcie, budzi wątpliwości przejście od – wątpliwej – tezy faktograficznej, że człowiekowi przysługuje godność, i związanej z nią warstwy aksjologicznej do wyprowadzanych z niej nakazów i zakazów⁴⁷.

Według wyznawców wszystkich koncepcji antropocentrycznych życie jest fundamentalnym dobrem dla każdego, ponieważ warunkuje wszelkie inne jego dobra⁴⁸. Ma też najwyższą wartość, co jest konsekwencją wspomnianej wyżej wyjątkowości człowieka, związanej z posiadaniem duszy lub godności.

Z tego, że życie człowieka ma największą wartość, można jednak wyprowadzać różne wnioski co do dopuszczalności aborcji. Różnice te wy-

⁴⁶ „Człowieczość” to biologiczna strona człowieka, kształtująca się głównie przed urodzeniem; cechy „człowieczeństwa” zaś człowiek nabywa dopiero po urodzeniu, w procesie socjalizacji (R. Tokarczyk, *Prawa narodzin, życia i śmierci*, Warszawa 2012, s. 214).

Por. A. Bronk, *Kategoria godności...*, s. 88.

⁴⁷ A. Bronk, *Kategoria godności...*, s. 80–82.

⁴⁸ M. Czachorowski, *Aborcja*, (w:) *Encyklopedia białych plam*, t. I, Radom 2000, s. 26.

nikają z braku zgody co do momentu, od którego należy uznać, że istota ludzka jest człowiekiem.

Katolik powie z reguły, że od momentu poczęcia. Zgodnie z dominującym obecnie poglądem o równoczesnej animacji dusza pojawia się wraz z poczęciem⁴⁹. Powodowanie śmierci jest złe, bo jest wkraczaniem w kompetencje samego Boga. Bóg ma bowiem dla każdego człowieka sobie tylko znane zamiary i przeznaczenia, łącznie z czasem zakończenia jego życia ziemskiego⁵⁰.

Antropocentryści niewierzący wyznają różne teorie początku ludzkiego istnienia, wskazując na ogół określony moment (etap) w ludzkim rozwoju (następujący po poczęciu) jako decydujący o byciu człowiekiem. Mamy więc teorie oparte o kryterium momentu narodzin, uzyskania zdolności do samodzielnego istnienia, powstania świadomości, ukształtowania się kory mózgowej czy uzyskania zdolności do ruchu. Są to jednocześnie momenty, które według wyznawców poszczególnych teorii stanowią górną granicę dopuszczalności przerwania ciąży.

Takie teorie początku ludzkiego życia są jednak sprzeczne z teorią człowieka jako istoty posiadającej godność. Jeśli bowiem źródeł godności upatrujemy w posiadaniu takich atrybutów, jak rozumność, wolność, kreatywność, to mamy dwie możliwości: albo uznajemy, że chodzi o potencjalne posiadanie tych walorów (jak przyjmują osoby wiążące początek życia ludzkiego z poczęciem, zwłaszcza oczywiście antropocentryści wierzący), albo – że chodzi o realne. Tymczasem moment przyznania istocie ludzkiej prawa do życia przez większość „ateistów” nie wiąże się ani z potencjalnym uzyskaniem tych właściwości, ani z realnym, tylko z jakimś arbitralnie wyznaczonym momentem pośrednim. A zatem zachodzi niezgodność między deklarowanym przez nich powodem wyróżniania życia człowieka spośród innych istnień a postulowaną praktyką w zakresie ochrony życia.

4.2. Koncepcja personalistyczno-utylistyczna

Wolna od powyższej sprzeczności jest koncepcja, którą określam jako personalistyczno-utylistyczną. Koncepcja ta zakłada, że ochronie podlega życie osoby, niekoniecznie zaś człowieka i nie każdego człowieka.

Osobą jest jednostka (nie tylko istota ludzka – przedstawiciel gatunku *Homo sapiens*) posiadająca samoświadomość (w danym momencie,

⁴⁹ Nie zawsze tak sądzono. Zob. np. M. Czachorowski, *Aborcja*, s. 25; R. Tokarczyk, *Prawa narodzin...*, s. 211; J. Hurst, *Historia aborcji w Kościele katolickim*, Warszawa 1991, <http://www.humanizm.net.pl/wspol.htm> (dostęp: 2 lutego 2021 r.).

⁵⁰ Z. Pańpuch, *Kara śmierci*, s. 133.

a nie tylko potencjalnie lub w przeszłości) i zdolna do myślenia. Osobą jest więc np. szympanś czy goryl (albo delfin lub wieloryb), ale nie jest nią istota ludzka głęboko upośledzona umysłowo albo dotknięta demencją. Nie jest nią też niemowlę ani tym bardziej płód⁵¹.

Dlatego np. takie podejście chroni życie morderców (bo są osobami), a nie chroni życia płodów ludzkich (które nie są osobami). Z tych samych powodów zwolennicy takiego podejścia domagają się coraz większych praw dla zwierząt, zwłaszcza człokształtnych, bo co do nich przypuszcza się, że mają samoświadomość i myślą, a więc są osobami⁵². Z tych samych powodów też niektórzy filozofowie należący do tego nurtu uważają, że pozbawienie życia niemowlęcia nie powinno być traktowane jako zabójstwo, ponieważ niemowlę nie ma samoświadomości ani racjonalności, więc nie jest osobą. Jego uśmiercenie to tzw. eutanazja adobrowolna, a nie zabójstwo⁵³. Wzdryganie się przed zabijaniem noworodków jest bezrefleksyjną emocją, która nie ma żadnego racjonalnego uzasadnienia, jeśli jednocześnie dopuszczamy aborcję⁵⁴.

Takie podejście reprezentują m.in. współcześni wyznawcy utilitaryzmu (tzw. utilitaryzmu preferencji). Utilitaryzm preferencji nie ocenia czynów na podstawie ich tendencji do zmaksymalizowania przyjemności i zminimalizowania bólu (jak klasyczny utilitaryzm), tylko według stopnia, do jakiego czyny są w zgodzie z preferencjami jakichkolwiek istot dotkniętych przez czyn lub jego konsekwencje.

W związku z tym utilitaryści różnicują wartość życia ludzkiego w zależności od poziomu rozwoju samoświadomości i racjonalności, dzięki którym istota ludzka może mieć jakiejkolwiek preferencje. Pozbawienie życia osoby jest gorsze niż pozbawienie życia jakiejkolwiek innej istoty, ponieważ przeciwstawia się jej preferencji, przede wszystkim preferencji kontynuowania życia⁵⁵.

⁵¹ P. Singer, *Etyka praktyczna*, przeł. A. Sagan, Warszawa 2003, s. 92–93, 113–119.

⁵² Wyniki eksperymentów mających potwierdzać posiadanie przez niektóre zwierzęta samoświadomości (zwłaszcza tzw. testu lustra) i zdolności do myślenia (zwłaszcza dotyczących używania narzędzi) są jednak różnie interpretowane przez naukowców. Zob. np. D. J. Povinelli, *Folk Physics for Apes. The Chimpanzee's Theory of How the World Works*, Oxford 2000; List of Animals That Have Passed the Mirror Test, *Animal Cognition*, <http://www.animalcognition.org/2015/04/15/list-of-animals-that-have-passed-the-mirror-test/> (dostęp: 17 marca 2021 r.).

⁵³ P. Singer, *Etyka praktyczna*, s. 174–175.

⁵⁴ M. Tooley, *Abortion and Infanticide*, *Philosophy & Public Affairs* 1972, vol. 2, nr 1, s. 39–40.

⁵⁵ Tamże, s. 99.

Wydaje się, że takie stanowisko jest logiczne i konsekwentne przy założeniu, że prawo do życia przysługuje tylko osobie. Główny przedstawiciel omawianej koncepcji Peter Singer nie zachowuje jednak konsekwencji do końca. Wprawdzie według jego doktryny także „już-nie-osoby” utraciły rzeczywiste prawo do życia (podobnie jak nie mają go „jeszcze-nie-osoby”), ale są tolerowane, aby ich zabijanie nie budziło strachu, a więc z powodów utylitarystycznych.

Eduard Picker w swojej kompleksowej krytyce koncepcji Singera zwraca uwagę nie tylko na jej oczywistą niekonsekwentność, ale także na inne jej słabości: „uderzający oportunizm” oraz pogubienie się w „utyli-tarystycznym rachunku”. Jest prawdą, że członkowie społeczeństwa, które godzi się na aborcję z dowolnych powodów, a nawet na dzieciobójstwo, nie muszą się obawiać zemsty ze strony embrionów i noworodków, natomiast potencjalne „nie-osoby” w czasie, w którym cieszą się jeszcze pełnią sił, mogłyby zorganizować sobie ochronę, której odmawia im społeczeństwo. A zatem z czystego oportunizmu – „społecznej roztropności i politycznej ostrożności” – Singer czyni koncesje sprzeczne z jego własną teorią⁵⁶. Mimo to „utyli-tarystyczny rachunek” tej teorii i tak się nie sprawdza, gdyż propagowane przez nią środki mające zapewnić szczęście właśnie owemu szczęściu stają na przeszkodzie. Nie usuwa bowiem pierwotnego strachu człowieka przed jego bliźnimi, tylko przeciwnie – wywołuje go i zaostrza. Jako doktryna utylitarystyczna nie jest więc „utyli-tarystycznie” spójna⁵⁷.

4.3. Koncepcja aksjologiczna

Najbardziej spójna w kwestii ochrony życia jest koncepcja, którą można określić jako aksjologiczna. Ma ona swoje źródło w przekonaniu, że życie nie jest najwyższą wartością. Odnosi się to także do życia człowieka, a zwłaszcza człowieka w sensie jedynie biologicznym, genetycznym czy psychologicznym (personalistycznym). Ważniejsze od życia są np. człowieczeństwo, honor, sprawiedliwość, wolność i jakość (godność) życia.

Koncepcja ta wyraża szacunek wobec życia człowieka, ale chodzi tu o człowieka w znaczeniu filozoficzno-aksjologicznym. Człowiek według tej koncepcji nie jest tożsamy z przedstawicielem (osobnikiem) gatunku *Homo sapiens* (podobnie jak według wcześniej przedstawionej koncepcji „osoba” nie jest tożsama z osobnikiem gatunku *Homo sapiens*).

⁵⁶ E. Picker, *Godność człowieka a życie ludzkie*, przeł. J. Merecki, Warszawa 2007, s. 108–109, 114.

⁵⁷ Tamże, s. 112, 115.

Jednak człowiek w rozumieniu tej koncepcji nie jest odpowiednikiem osoby w rozumieniu poprzedniej koncepcji. Poza różnymi kryteriami przynależności do klas oznaczanych obu terminami „człowieka” w omawianym rozumieniu odróżnia od „osoby” stosunek obu nazw do nazwy „przedstawiciel gatunku *Homo sapiens*”. W przypadku osoby jest to stosunek krzyżowania się (są przedstawiciele *Homo sapiens* niebędące osobami i odwrotnie – są osoby niebędące przedstawicielami *Homo sapiens*); w przypadku człowieka jest to stosunek podrzędności: każdy człowiek jest przedstawicielem gatunku *Homo sapiens*, ale nie każdy przedstawiciel gatunku *Homo sapiens* jest człowiekiem⁵⁸.

Co oznacza zatem człowiek w ujęciu aksjologicznym? Człowiekiem w takim ujęciu jest przedstawiciel gatunku *Homo sapiens*, któremu można przypisać człowieczeństwo. Człowieczeństwo poniekąd można chyba utożsamić z godnością. Różnica względem koncepcji humanistycznej czy liberalnej polega na tym, że według tej koncepcji godność jest przyrodzona, ale nie nieutralna. Nikt nie może pozbawić nikogo godności, ale można pozbawić się jej samemu – poprzez czyny, których ohyda przekracza granice człowieczeństwa. Sam fakt bycia osobą (jednostką samoswiadomą i racjonalną) nie przesądza bowiem o człowieczeństwie.

Za patrona duchowego aksjologicznej koncepcji człowieka należy uznać Immanuela Kanta. Kant twierdził, że każdy ma godność bez względu na pozycję czy klasę (warstwę) społeczną, do której należy, ale nie bez względu na wszystko, w tym także poziom moralny i czyny; przeciwnie – ma godność tylko o tyle, o ile postępuje moralnie⁵⁹.

Nie przyznając życiu ludzkiemu najwyższej wartości, koncepcja aksjologiczna nie wyklucza dopuszczalności aborcji. Dopuszcza ją, tyle że nie na żądanie (w każdym przypadku) i nie z tego powodu, że płód nie jest osobą czy człowiekiem.⁶⁰ Dopuszcza ją z tego powodu, że są wartości –

⁵⁸ Matematyk powiedziałby, że zbiory desygnatów nazw „osoba” (w rozumieniu np. P. Singera) i „przedstawiciel gatunku *Homo sapiens*” mają niepusty iloczyn (niepustą część wspólną), natomiast zbiory desygnatów nazw „człowiek” (w rozumieniu omawianej teraz koncepcji) i „przedstawiciel gatunku *Homo sapiens*” pozostają w relacji inkluzji (pierwszy zbiór zawiera się w drugim, jest jego podzbiorem).

⁵⁹ Zob. I. Kant, *Uzasadnienie metafizyki moralności*, przeł. M. Wartenberg, Kęty 2017, s. 51, 56; tenże, *Metafizyczne podstawy nauki prawa*, przeł. W. Galewicz, Kęty 2006, s. 136, 139.

⁶⁰ Kwestia początku człowieczeństwa – także w kontekście dopuszczalności aborcji – ma drugorzędne znaczenie z punktu widzenia zwolenników koncepcji aksjologicznej. Nie ma zresztą wśród nich zgody w tej kwestii. Por. np. J. Hołówa, *Etyka w działaniu*, Warszawa 2002, s. 194 („Do 19 tygodnia rozwoju płodu jego usunięcie z macicy powoduje jego śmierć, ale nie jest tożsame z zabiciem człowieka. Nie do końca rozwinięty organizm biologiczny należy do gatunku ludzkiego, ale nie jest jednostką ludzką.

w ocenie jej wyznawców – cenniejsze niż dalsze życie człowieka nienarodzonego, jak: 1) życie człowieka „dającego życie”, 2) swoboda poczęcia, czy 3) wolność od cierpienia człowieka mającego się urodzić (poczętego).

Z pierwszego powodu dopuszczalna wydaje się aborcja, gdy zagrożone jest życie lub zdrowie matki; z drugiego powodu (poszanowanie wolności) – gdy ciąża jest wynikiem przemocy; z trzeciego powodu (tzn. ze względu na miłosierdzie) – gdy płód jest poważnie uszkodzony. Ludzi powinno się chronić przed cierpieniem, a nie skazywać na nie. Innymi słowy, uzasadnienie miłosierdziem aborcji z powodów eugenicznych opiera się na hipotetycznym założeniu, że gdyby płód miał samoświadomość, wyobraźnię i racjonalność, to nie wybrałby życia.

Jacek Hołówka uważa, że także prawo do życia pod opieką kochających, troskliwych rodziców, do wzrastania w przekonaniu, że jest się dzieckiem upragnionym, jest ważniejsze niż prawo do życia. Takie podejście daje zgodę na aborcję w zasadzie bez żadnych ograniczeń: wystarczy, że dziecko jest niechciane⁶¹. Autor uzasadnia ją jednak nie względem na dobro kobiety, tylko względem na dobro dziecka.

Prawa kobiety mogą więc przeważać nad prawem płodu do życia. Wydaje się jednak grubym błędem moralnym twierdzenie, że jakiegokolwiek prawa kobiety.

Bibliografia

1. Bortnowska H., Sopyło M. (red.), *Przeciw karze śmierci*, Warszawa 2011.
2. Bronk A., *Kategoria godności człowieka*, *Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska, sectio I* 2010, vol. XXXV.
3. Cannon M. F., Tanner M. D., *Healthy Competition: What's Holding Back Health Care and How to Free It*, Washington 2007.
4. Czachorowski M., *Aborcja*, (w:) *Encyklopedia białych plam*, t. I, Radom 2000
5. *Digesta Iustiniani*.

(...) Umrzeć może tylko jednostka ludzka, która wcześniej istniała jako człowiek.”); B. Wołniewicz, *Barbarzyństwo w szacie humanizmu*, *Rzeczpospolita* nr 6 z 8 stycznia 2001 r. („Człowiek przybiera w swym rozwoju osobniczym kilka postaci po kolei; zarodkową, płodową, noworodkową, niemowlęcą, dziecięcą, dojrzałą i starczą. Embrion jest pierwszą z nich: jest to człowiek w zarodkowym stadium swego życia.”).

⁶¹ J. Hołówka, *Etyka w działaniu*, s. 196–197.

6. Dziędziak W., Godność człowieka jako podstawa sprawiedliwości, *Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska, sectio G* 2019, vol. LXVI, nr 1.
7. Flanigan J., *Pharmaceutical Freedom: Why Patients Have a Right to Self Medicate*, New York 2017.
8. Friedman M., *Capitalism and Freedom*, Chicago 1962.
9. Hołówka J., *Etyka w działaniu*, Warszawa 2002.
10. Hurst J., *Historia aborcji w Kościele katolickim*, Warszawa 1991, <http://www.humanizm.net.pl/wspol.htm> (dostęp: 2 lutego 2021 r.).
11. Kant I., *Metafizyczne podstawy nauki prawa*, przeł. W. Galewicz, Kęty 2006.
12. Kant I., *Uzasadnienie metafizyki moralności*, przeł. M. Wartenberg, Kęty 2017.
13. Krawczyk E., Odra – katastrofa jest coraz bliżej, *Neuropsychologia*, <http://neuropsychologia.org/odra-%E2%80%93-katastrofa-jest-coraz-bliżej-C5%BCej> (dostęp: 20 marca 2022 r.).
14. List of Animals That Have Passed the Mirror Test, *Animal Cognition*, <http://www.animalcognition.org/2015/04/15/list-of-animals-that-have-passed-the-mirror-test/> (dostęp: 17 marca 2021 r.).
15. Madison N., What Are Granny Women?, <https://www.wise-geek.com/what-are-granny-women.htm> (dostęp: 15.04.2022).
16. Mark Twain, Osteopath, Appears at Public Hearing Before Assembly Committee. His Personal Liberty Plea: Wants to Try Everything That Comes Along – Adam, He Says, Was Unjustly Criticised, *The New York Times* z dnia 28 lutego 1901 r., <http://www.twainquotes.com/19010228.html> (dostęp: 20 marca 2022 r.).
17. Nakonieczny B., Prof. Bogusław Wolniewicz: Nie oddałbym nerki nawet własnej córce, *Super Express*, <https://www.se.pl/wiadomosci/polityka/prof-bogusaw-wolniewicz-nie-oddabym-nerki-nawet-wasnej-corce-aa-uxW7-frp7-2MHw.html> (dostęp: 7 kwietnia 2022 r.).
18. Nal R., Bombshell: Nobel Prize Winner Reveals – Covid Vaccine is 'Creating Variants', *RAIR Foundation USA*, [https://web.archive.org/web/20210526061554/https://rairfoundation.com/web/20210526061554/https://rairfoundation.com/bombshell-nobel-prize-winner-reveals-covid-vaccine-is-creating-variants/](https://web.archive.org/web/20210526061554/https://rairfoundation.com/web/20210526061554/https://rairfoundation.com/web/20210526061554/https://rairfoundation.com/bombshell-nobel-prize-winner-reveals-covid-vaccine-is-creating-variants/) (dostęp: 20 marca 2022 r.).
19. Paglia C., *No Law in the Arena: A Pagan Theory of Sexuality*, (w:) *tejże, Vamps and Tramps: New Essays*, New York 1994.
20. Pańpuch Z., *Kara śmierci*, (w:) *Encyklopedia białych plam*, t. IX, Radom 2002.

21. Peltzman S., The Health Effects of Mandatory Prescriptions, *Journal of Law & Economics* 1987, vol. XXX, nr 2.
22. Picker E., *Godność człowieka a życie ludzkie*, przeł. J. Merecki, Warszawa 2007.
23. Povinelli D. J., *Folk Physics for Apes. The Chimpanzee's Theory of How the World Works*, Oxford 2000.
24. Sandel M. J., *Justice: What's the Right Thing to Do?*, New York 2009.
25. Sheper-Hughes N., *Organs without Borders*, *Foreign Policy* 2005, vol. 146, nr 1–2.
26. Singer J. A., Cannon M. F., *Drug Reformation: End Government's Power to Require Prescriptions*, Massachusetts 2020.
27. Singer P., *Etyka praktyczna*, przeł. A. Sagan, Warszawa 2003.
28. Skandal na naukowym sympozjum. Prof. Jan Talar: Pobieramy narządy od osoby żyjącej, *Fakty TVN*, <https://tvn24.pl/polska/skandal-na-naukowym-sympozjum-prof-jan-talar-pobieramy-narzady-od-osoby-zyjacej-ra360444-3448250> (dostęp: 7 kwietnia 2022 r.).
29. Szasz T., *Our Right to Drugs: The Case for a Free Market*, Syracuse 1996.
30. Środa M., *Kobiety i władza*, Warszawa 2009.
31. Thomson J. J., A Defence of Abortion, *Philosophy & Public Affairs* 1971, vol. 1, nr 1.
32. Tokarczyk R., *Prawa narodzin, życia i śmierci*, Warszawa 2012.
33. Tooley M., Abortion and Infanticide, *Philosophy & Public Affairs* 1972, vol. 2, nr 1.
34. Wolniewicz B., *Barbarzyństwo w szacie humanizmu*, *Rzeczpospolita* nr 6 z 8 stycznia 2001 r.

The right to dispose of one's own body

Abstract

Liberal philosophical doctrines swarm with slogans about human dignity, but they often use this concept for morally questionable purposes, such as consenting to unlimited abortion or the total prohibition of the death penalty, even against the perpetrators of horrific crimes. However, they do not see the issue of dignity, or rather ignore it, adhering to various paternalistic legal regulations adopted in various areas of social life.

This article analyzes the manifestations of unacceptable paternalism in the sphere of one of the most basic natural human rights, which is the right to one's own body and to dispose of it at one's discretion. In this context, the author addresses the issues of the right to self-medication, disposing of one's organs, surrogacy, euthanasia and abortion.

Key words

Natural rights, the right to one's body, the right to drugs, self-medication, paid organ donation, surrogacy, euthanasia, abortion, paternalism.

Karol Künstler¹

Problematyka zagadnień prawnych rozstrzyganych przez Sąd Najwyższy w trybie art. 390 § 1 k.p.c. oraz art. 398¹⁷ § 1 k.p.c. w kontekście udziału prokuratora – analiza na przykładzie uchwały Sądu Najwyższego z dnia 25 maja 2018 r., sygn. III CZP 108/17

Streszczenie

Artykuł dotyczy udziału prokuratora w tzw. postępowaniu wpadkowym w przedmiocie rozstrzygnięcia przez Sąd Najwyższy zagadnień prawnych budzących poważne wątpliwości, które zostały przekazane do rozstrzygnięcia temu Sądowi przez sąd odwoławczy w trybie art. 390 § 1 k.p.c., albo przez sąd kasacyjny na podstawie art. 398¹⁷ § 1 k.p.c. W treści zaprezentowano instytucje związane z aktywnością Sądu Najwyższego sprowadzającą się do podejmowania uchwał rozstrzygających wątpliwości interpretacyjne w zakresie prawa cywilnego. W odniesieniu do instytucji pytań prawnych z art. 390 § 1 k.p.c. oraz art. 398¹⁷ § 1 k.p.c., autor wskazuje na istotny charakter rudymen tarnej przesłanki kierowania pytań prawnych do Sądu Najwyższego, czyli poważnych wątpliwości związanych z danym zagadnieniem prawnym. Następnie na konkretnym przykładzie sprawy o sygn. III CZP 108/17 zaprezentowano wagę problemów prawnych związanych z zagadnieniami rozstrzyganymi we wspomnianych trybach. Ponadto wskazano na dopuszczalność i przesłankowy charakter udziału prokuratora w tego typu postępowaniach, jego rolę oraz przykładową zawartość stanowiska prokuratora na przykładzie konkretnego postępowania.

Słowa kluczowe

Sąd Najwyższy, uchwała, zagadnienie prawne, instytucja pytań prejudycjalnych, postępowanie cywilne.

¹ Karol Künstler, Prokurator Prokuratury Okręgowej w Bydgoszczy, delegowany do Prokuratury Krajowej.

W niniejszym opracowaniu przedstawiono zarys tytułowej problematyki wraz z egzemplifikacją działalności prokuratorskiej ściśle związanej z aktywnością orzeczniczą Sądu Najwyższego w kwestii rozstrzygania zagadnień prawnych budzących poważne wątpliwości.

Aktywność przejawiana w postępowaniach wpadkowych, których celem jest rozstrzygnięcie przez Sąd Najwyższy zagadnień prawnych z zakresu prawa cywilnego, jest jedną z form działalności udziałem prokuratorów wykonujących obowiązki służbowe w Wydziale do spraw Cywilnych i Administracyjnych Prokuratury Krajowej.

Jednocześnie, przybierając formę pisemnych stanowisk, udział prokuratora w postępowaniach inicjowanych w ramach art. 390 § 1 k.p.c. oraz art. 398¹⁷ § 1 k.p.c., jest okazją, aby również pogląd Prokuratury na dane kwestie cywilistyczne, został przedstawiony i stał się dostrzegalny dla Sądu Najwyższego i pozostałych uczestników postępowania. Powody, dla których formułowane są przedmiotowe stanowiska stanowią konieczność ujednolicenia orzecznictwa oraz przesłanki z art. 7 k.p.c., tj. ochrona praworządności, interesu społecznego oraz praw obywateli.

Jak zobrazowano na przykładzie materii uchwały Sądu Najwyższego z dnia 25 maja 2018 r., sygn. III CZP 108/17, problematyka poruszana w ramach wydawałoby się postępowań ubocznych, głównie mających znaczenie dla konkretnej sprawy, na kanwie której dana wątpliwość prawna powstała, częstokroć staje się na tyle doniosła, że jak *ad casum*, staje się w obszarze prawa cywilnego fundamentem obrotu prawnego.

Rozstrzyganie zaś przez Sąd Najwyższy wątpliwości prawnych m.in. w trybach wyżej wymienionych staje się niejako okazją, aby pogląd swój na problemy jurydyczne wyraził i prokurator, posiłkując się tak doktryną, jak i orzecznictwem w danym przedmiocie.

Wstępnie zwrócić należy uwagę, że wymieniona aktywność Sądu Najwyższego przejawiana jest w dwojaki sposób.

I tak zgodnie z regulacją *stricte* dedykowaną funkcjonowaniu Sądu Najwyższego, tj. w myśl m.in. art. 83 § 1 ustawy z dnia 8 grudnia 2017 r. o Sądzie Najwyższym (dalej zwaną ustawą o SN)², jeżeli w orzecznictwie sądów powszechnych, sądów wojskowych lub Sądu Najwyższego ujawnią się rozbieżności w wykładni przepisów prawa będących podstawą ich orzekania, Pierwszy Prezes Sądu Najwyższego lub Prezes Sądu Najwyższego może, w celu zapewnienia jednolitości orzecznictwa, przedstawić wniosek o rozstrzygnięcie zagadnienia prawnego Sądowi Najwyższemu w składzie 7 sędziów lub innym odpowiednim składzie, tj. całej

² Tekst jedn. Dz. U. z 2021 r., poz. 1904 ze zm.

danej Izby, dwóm lub większej liczbie Izb, albo też pełnemu składowi Sądu Najwyższego.

Zgodnie z art. 86 § 1 ustawy o SN rozstrzygnięcie danego zagadnienia prawnego następuje poprzez podjęcie uchwały.

Jak z wynika z brzmienia art. 83 § 1 ww. ustawy, inicjatywa uchwałodawcza znajduje się w tym wypadku po stronie organów własnych Sądu Najwyższego, zaś rozstrzygnięcie danej problematyki musi mieć charakter abstrakcyjny, czyli oderwany od realiów konkretnej sprawy. Ta okoliczność nie stoi w sprzeczności z tym, że wyłonienie się danego zagadnienia następuje w związku z napotkanymi wątpliwościami w konkretnej sprawie.

Inicjatywa podjęcia uchwały o charakterze abstrakcyjnym lokowana jest również, zgodnie z art. 83 § 2 ustawy o SN, po stronie m.in. Prokuratora Generalnego, który może złożyć wniosek o podjęcie uchwały celem ujednolicenia praktyki orzeczniczej.

Tym samym również i ten podmiot, przy założeniu wystąpienia przesłanki z art. 83 § 1, tj. ujawnienia się w orzecznictwie rozbieżności w wykładni przepisów prawa będących podstawą orzekania wymienionych w tym przepisie sądów, z jednoczesnym wystąpieniem motywacji w postaci działania w celu zapewnienia jednolitości orzecznictwa, może wystąpić z wnioskiem o wydanie przez Sąd Najwyższy uchwały o charakterze abstrakcyjnym.

Z kolei zgodnie z art. 82 § 1 ustawy o SN, Sąd ten w sytuacji powzięcia poważnych wątpliwości co do wykładni przepisów prawa będących podstawą wydanego rozstrzygnięcia przy rozpoznawaniu kasacji lub innego środka prawnego, może odroczyć rozpoznanie sprawy i przedstawić zagadnienie prawne do rozstrzygnięcia składowi siedmiu sędziów tego sądu.

W tym wypadku ewentualnie podjęta uchwała będzie miała charakter konkretny, a zatem wystąpi *junctim* danej problematyki prawnej ze sprawą rozpatrywaną przez Sąd Najwyższy.

Dostrzegalnym jest *prima facie* różnica, co do przesłanki warunkującej w obu ww. sytuacjach aktywność Sądu Najwyższego. Na marginesie wspomnieć należy o odrębnej instytucji z art. 88 ustawy o SN, czyli odstąpienia przez jakikolwiek skład Sądu Najwyższego od zasady prawnej, której nie należy utożsamiać w szczególności z rozstrzyganiem rozbieżności w wykładni przepisów prawa z art. 83 § 1 ustawy o SN. Skutkiem tego może być uzyskanie przez uchwałę usuwającą wymienione rozbieżności mocy zasady prawnej. Odstąpienie od niej nie będzie zatem usuwaniem wskazanych rozbieżności co do wykład-

ni, bo ta w konsekwencji podjęcia uchwały, następnie uzyskującej moc zasady prawnej, już nie występuje, lecz odrębnym *sui generis* aktem jurysdykcyjnym.

Przechodząc dalej wskazać należy, iż w zakresie rozstrzygania problematyki abstrakcyjnej jest to wynikająca z dbałości o jednolitość orzeczniczą potrzeba uzyskania pewnego rozstrzygnięcia, wyważenia pomiędzy rozbieżnymi, a często przeciwstawnymi liniami orzeczniczymi. Co istotne, jako wystąpienie rozbieżności w orzecznictwie nie jest pojmowane odnotowanie jedynie pojedynczych, incydentalnych odstępstw od ugruntowanej linii orzeczniczej³. Nadmienić należy, że rozbieżność między orzecznictwem, a poglądami przyjętymi w literaturze przedmiotu nie może również być podstawą do wystąpienia z wnioskiem o rozstrzygnięcie zagadnienia prawnego⁴.

Tym samym dojść należy do przekonania, że art. 83 ustawy o SN stanowi realizację celu wynikającego z art. 1 pkt 1 a) ustawy o SN, czyli zapewnienia zgodności z prawem i jednolitości orzecznictwa sądów powszechnych i sądów wojskowych, w tym poprzez podejmowanie uchwał rozstrzygających zagadnienia prawne.

Co istotne, cel ten pośrednio również jest osiągany poprzez działalność Sądu Najwyższego wymienioną w art. 82 ustawy o SN, bowiem niewątpliwie poważna wątpliwość co do wykładni przepisów praw będących podstawą wydanego rozstrzygnięcia może i często-kroć wynika z funkcjonowania dwóch przeciwstawnych linii orzecznich. Zatem uchwała składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego, jak to *explicite* wynika z art. 82 § 1 ustawy o SN, ale również składów ustalonych na zasadzie art. 86 § 2 tej ustawy, tj. całej izby na skutek przedstawienia przez skład 7 sędziów zagadnienia prawnego w razie uznania przezeń, że znaczenie dla praktyki sądowej lub powaga występujących wątpliwości to uzasadnia; składowi dwóch lub większej liczby połączonych izb albo pełnemu składowi Sądu Najwyższego – w sytuacji, gdy uzna tak izba.

W tym miejscu, zważywszy na tematykę opracowania, zwrócić należy baczniejszą uwagę na przesłankę wymienioną w art. 82 § 1 ustawy o SN, warunkującą przedstawienie zagadnienia prawnego w ramach rozpoznawania konkretnego środka prawnego przez Sąd Najwyższy, a zatem

³ K. Szczucki, Ustawa o Sądzie Najwyższym. Komentarz, wyd. II, WKP 2021, komentarz do art. 83, teza 3; postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 14 października 2015 r., sygn. I KZP 10/15, OSNKW 2015, nr 11 poz. 89.

⁴ K. Szczucki, Ustawa o Sądzie Najwyższym..., komentarz do art. 83, teza nr 4; uchwała SN z dnia 29 października 2012 r., sygn. I KZP 17/12, OSNKW 2012, nr 12, poz. 123.

w ramach jednej z odsłon orzecznictwa uchwałodawczego charakteru *in concreto*. Mianowicie z ww. przepisu wynika, że Sąd Najwyższy w przytoczonych tamże warunkach ma powziąć poważne wątpliwości co do wykładni przepisów prawa będących podstawą wydanego rozstrzygnięcia i wskutek tego przedstawić zagadnienie prawne do rozstrzygnięcia składowi 7 sędziów tego sądu.

Pytanie prawne zadane w trybie art. 82 § 1 ustawy o SN w obecnym stanie prawnym może dotyczyć przepisów, które stały się podstawą wydania orzeczenia kwestionowanego przy pomocy wymienionych w tym przepisie środków prawnych, nie zaś wszystkich przepisów mających zastosowanie w danej sprawie. Przykładowo, w trybie tym nie można zadać pytania prawnego dotyczącego wykładni przepisu o charakterze procesowym, który będzie ewentualnie zastosowany w postępowaniu przed Sądem Najwyższym wywołanego wniesionym ww. środkiem prawnym. W tym zakresie występuje zatem ograniczenie zakresu, którego dotyczyć mogą poważne wątpliwości.

Ponadto zwrócić należy uwagę, że w trybie art. 82 § 1 ustawy o SN można przedstawić zagadnienie prawne związane z wykładnią każdego przepisu prawa, stanowiącego podstawę wydanego rozstrzygnięcia, a zatem nie tylko rangi ustawowej (*a contrario* m.in. do art. 390 § 1 k.p.c.).

Jak podkreśla się w piśmiennictwie przedmiotu⁵ warunkiem sformułowania pytania prawnego w trybie art. 82 § 1 ustawy o SN, nie jest wystąpienie jakichkolwiek wątpliwości co do ww. kwestii, lecz tylko do poważnych, a więc takich, które biorą się „m.in. z wiedzy, doświadczenia, umiejętności krytycznego spojrzenia na każdą wypowiedź”⁶.

W orzecznictwie⁷ również odniesiono się do skali wątpliwości towarzyszących wykładni danego przepisu prawa, będącego podstawą wydanego rozstrzygnięcia, zwracając uwagę, na różnicę wagi napotkanych problemów interpretacyjnych przez sąd odwoławczy w trybie art. 441 k.p.k.

Warto w tym miejscu zwrócić uwagę, że w odróżnieniu od wspomnianej regulacji z art. 441 § 1 k.p.k. wskazującej wymóg zasadniczej wykładni ustawy jako przesłankę sformułowania zagadnienia prawnego przedstawianego do rozstrzygnięcia Sądowi Najwyższemu, regulacja cywilnoprawna dotycząca analogicznego przedmiotu, tj. art. 390

⁵ K. Szczucki..., komentarz do art. 82, teza 5.

⁶ K. Szczucki..., komentarz do art. 82, teza 5, za M. Pilarską-Gumny, Konkretnie pytania prawne do Sądu Najwyższego w sprawach karnych, *Ius Novum* 2013, nr 2, s. 69.

⁷ Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 20 października 2020 r., sygn. II DZP 3/20, LEX nr 3068824.

§ 1 k.p.c., przewiduje, podobnie jak art. 82 § 1 ustawy o SN, jako warunek przedstawienia pytania prawnego Sądowi Najwyższemu, wystąpienie zagadnienia prawnego budzącego poważne wątpliwości. Dodać należy, że w taki sam sposób ujęto przesłankę przedstawienia zagadnienia prawnego w trybie art. 398¹⁷ § 1 k.p.c. przez Sąd Najwyższy rozpoznający skargę kasacyjną.

Wylania się zatem w tym miejscu pewien problem interpretacyjny.

W przytoczonej literaturze i orzecznictwie, ale w kontekście uprawnień sądu pytającego wynikającego w sprawach karnych z art. 441 k.p.k., sformułowano tezę, że skala wątpliwości odnoszących się do wykładni danego przepisu, a warunkujących możliwość wystąpienia z pytaniem prawnym o rozstrzygnięcie danego zagadnienia, ma różnić się w zależności od tego, czy zagadnienie formułuje sąd odwoławczy, czy też Sąd Najwyższy. Czy zatem na gruncie art. 390 § 1 k.p.c., wobec literalnie tożsamego sformułowania przesłanki przedstawienia zagadnienia prawnego jak w art. 82 § 1 ustawy o SN i w art. 398¹⁷ § 1 k.p.c., lecz pomimo tego, również jak w sposób analogiczny jak w relacji art. 82 § 1 ustawy o SN z art. 441 § 1 k.p.k. zachodzi różnica w skali wątpliwości interpretacyjnych uzasadniających przedstawienie zagadnienia prawnego z jednej strony przez sąd odwoławczy, z drugiej zaś przez Sąd Najwyższy.

Zgodnie z poglądami wyrażonymi w literaturze przedmiotu⁸ art. 398¹⁷ § 1 k.p.c. postrzegany jest jako odpowiednik art. 82 § 1 ustawy o SN.

Jednocześnie doktryna wskazuje, że art. 398¹⁷ k.p.c. jest odpowiednikiem art. 390 k.p.c.⁹

Powyższe wskazywałoby na utożsamienie wagi przesłanki „poważnych wątpliwości interpretacyjnych” tak w art. 398¹⁷ § 1 k.p.c., jak i w art. 390 § 1 k.p.c. Przemawia za tym identyczne literalne jej brzmienie, co z kolei w myśl dyrektywy wykładni *lege non distinguente nec nostrum distinguere*, przemawia za spójnym postrzeganiem wspomnianego warunku.

Dodatkowo w literaturze przedmiotu zwrócono uwagę na interesujący aspekt funkcjonalności przepisu art. 390 k.p.c. Mianowicie wyrażono pogląd, iż instytucja ta ma m.in. zapobiegać ujemnym skutkom

⁸ Tak m.in. M. Manowska, (w:) M. Manowska (red.), Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz. Tom I. Art. 1–477 (16), wyd. IV, WKP 2021, komentarz do art. 398¹⁷, teza 1, T. Wiśniewski, (w:) T. Wiśniewski (red.), Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz. Tom II. Artykuły 367–505(39), WKP 2021, komentarz do art. 398¹⁷ teza nr 4.

⁹ T. Ereciński, (w:) T. Ereciński (red.), Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz. Tom III. Postępowanie rozpoznawcze, wyd. V, WK 2016, komentarz do art. 398¹⁷, teza 1.

ograniczenia dopuszczalności zaskarżania niektórych rodzajów orzeczeń sądów drugiej instancji w drodze skargi kasacyjnej¹⁰. A zatem w sprawach niekasacyjnych umożliwia on mimo tego przejawienie przez Sąd Najwyższy aktywności zmierzającej do zapewnienia prawidłowości i spójności orzecznictwej. W tym znaczeniu, zwłaszcza do czasu wejścia w życie instytucji skargi nadzwyczajnej, była to jedyna forma swoistej ingerencji Sądu Najwyższego w procedowanie w danej sprawie, czy też ściślej – wpływ na prawomocne rozstrzygnięcie w danej sprawie, w sprawach niekasacyjnych.

Stąd też dalej wnioskując, skoro art. 390 § 1 k.p.c. był wówczas jedyną podstawą do uzyskania w danej sprawie tzw. niekasacyjnej poglądu Sądu Najwyższego na daną materię prawną, to okoliczności warunkujące wystąpienie z pytaniem prawnym winny być rozumiane podobnie, jak te wskazujące na celowość przyjęcia do rozpoznania skargi kasacyjnej, w tych sprawach, gdzie było to dopuszczalne. Tamże z kolei, czyli w art. 398⁹ § 1 k.p.c., w pkt 2 wymienia się m.in. istnienie potrzeby wykładni przepisów prawnych budzących poważne wątpliwości lub wywołujących rozbieżności w orzecznictwie sądów. Zatem dostrzegalnym jest, iż w obu wskazanych przepisach, tj. w art. 390 § 1 k.p.c. oraz w art. 398⁹ § 1 pkt 2 k.p.c. ustawodawca posłużył się sformułowaniem „poważnych wątpliwości”, tyle, iż w tym ostatnim w odniesieniu do przepisów prawnych budzących je, nie zaś do zagadnienia prawnego.

W tym wypadku zwrócić należy uwagę na pogląd, że art. 398⁹ § 1 pkt 2 k.p.c. nawiązuje do brzmienia m.in. art. 59 ustawy z dnia 23 listopada 2002 r. o Sądzie Najwyższym¹¹ (dalej zwaną dawną ustawą o SN)¹². Przepis ten od obecnie funkcjonującego art. 82 § 1 ustawy o SN różnił się ujęciem przesłanki wystąpienia z pytaniem prawnym, bowiem wskazywał na występowanie poważnych wątpliwości co do wykładni prawa, nie zaś co do przepisów prawa będących podstawą wydanego rozstrzygnięcia. Tym samym odpowiadał szerszemu desygnatowi, jednak w kwestii wagi potencjalnych wątpliwości obie wskazane jednostki redakcyjne należy rozumieć w sposób tożsamy. Z powyższego można wyciągnąć wniosek, że sformułowanie z art. 398⁹

¹⁰ T. Wiśniewski, (w:) T. Wiśniewski (red.), Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz. Tom II. Artykuły 367–505(39), WKP 2021, komentarz do art. 390, teza 3.

¹¹ Tekst jedn.: Dz. U. z 2016 r., poz. 1254 ze zm.

¹² T. Ereciński, (w:) T. Ereciński (red.), Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz. Tom III. Postępowanie rozpoznawcze. wyd. V, WK 2016, komentarz do art. 398⁹ k.p.c., teza 5.

§ 1 pkt 2 k.p.c. w postaci „przepisów prawnych budzących poważne wątpliwości” traktuje o wadze dostrzegalnych problemów interpretacyjnych tożsamej z tą wspomnianą w art. 59 dawnej ustawy o SN i współcześnie, art. 82 § 1 ustawy o SN.

Przypomnieć należy, że sformułowanie „poważne wątpliwości” wykorzystano również w konstruowaniu przesłanki przedstawienia zagadnienia prawnego przez Sąd Najwyższy przy okazji rozpoznawania skargi kasacyjnej, w art. 398¹⁷ § 1 k.p.c.

Czy w związku z tym waga danego problemu prawnego może być odmiennie pojmowana na gruncie art. 390 § 1 k.p.c. i art. 398¹⁷ § 1 k.p.c. Wydaje się, iż na to pytanie należy udzielić odpowiedzi przeczącej. Z wyżej przedstawionego rozumowania wynika bowiem, że pojęcie „poważnych wątpliwości” w toku wykładni literalnej, systemowej oraz funkcjonalnej nie należy interpretować w sposób odmienny, w zależności od tego, stwierdzając wprost, na jakim etapie dana sprawa cywilna pozostaje.

Odmienne zatem od przyjmowanego w sprawach karnych, tj. w relacji art. 441 k.p.k. do art. 82 § 1 ustawy o SN różnego stopnia powagi występującego w sprawie zagadnienia prawnego, w odniesieniu do procedowania w sprawach cywilnych waga problemu, aby stała się przedmiotem deliberacji przed Sądem Najwyższym, w każdym przypadku musi być w takim samym stopniu doniosła, czyli sformułowanie „poważne wątpliwości” w każdym przypadku pojmować należy w jeden i ten sam sposób. Różnica występuje jedynie w etapie postępowania. Tej samej wagi wątpliwości stają się zatem udziałem sądu pytającego, jeśli pozostać przy art. 390 § 1 k.p.c., elementem tzw. przedsądu kasacyjnego, gdy mowa o art. 398⁹ § 1 pkt 2 k.p.c., i wreszcie Sądu Najwyższego rozpoznającego daną skargę kasacyjną, jak w art. 398¹⁷ § 1 k.p.c. W tym wypadku prymat wykładni językowej, przy wzięciu pod uwagę znaczenia art. 390 § 1 k.p.c., zwłaszcza dawnego, dla spraw „tzw. niekasacyjnych”, wyklucza przyjmowanie przez analogię rozumowania odnoszącego się do różnej wagi wątpliwości co do wykładni w sprawach karnych, porównując art. 441 k.p.k. oraz art. 82 § 1 ustawy o SN.

Zasadniczo zwrócić również należy uwagę na to, że poważne wątpliwości towarzyszące zagadnieniu prawnemu oznaczają konieczność sformułowania go ogólnie, w sposób nieprowadzący do rozstrzygnięcia konkretnej sprawy. Przy tym pojęcie „poważnych wątpliwości” winno być interpretowane szeroko, przez wzgląd na to, iż instytucja pytań prawnych jest przede wszystkim środkiem prewencyjnym z punktu widzenia zapo-

biegania uprawomocnieniu się wadliwych orzeczeń sądowych¹³. A zatem przedmiotowe sformułowanie winno być pojmowane jako obiektywnie występujące (milczenie doktryny i orzecznictwa, albo ich rozbieżność), ale też subiektywnie (z punktu widzenia sądu II instancji)¹⁴.

Przy tym ogólność sformułowania pytania prawnego ma na celu umożliwienie Sądowi Najwyższemu udzielenia odpowiedzi uniwersalnej, niezastępującej orzeczenia w danej sprawie¹⁵.

Powaga wątpliwości wywołanych danym zagadnieniem prawnym rozumiana jest również wprost jako ich istotność oraz zasadniczość dla wyniku sprawy¹⁶.

Zwracając uwagę na cel instytucji rozstrzygania przez Sąd Najwyższy pytań prawnych, wskazać należy, że jest to zapewnienie prawidłowej wykładni i doprowadzenie do jednolitości orzecznictwa sądów powszechnych, o czym wcześniej już wspomniano.

Dodatkowo, w przypadku rozstrzygnięć zagadnień prawnych Sądu Najwyższego *in concreto* jest dopuszczalne jedynie, gdy istnieje rzeczywista potrzeba wyjaśnienia wątpliwości. Jest tak tylko wtedy, gdy od rozstrzygnięcia zagadnienia prawnego zależy rozstrzygnięcie sprawy. Musi zatem wystąpić związek przyczynowy między przedstawionym zagadnieniem prawnym, a podjęciem decyzji w sprawie, w której powstały poważne wątpliwości¹⁷. Zacytowane orzeczenie odnosiło się wprost do regulacji z art. 390 § 1 k.p.c., niemniej jednak wybrzmiewa ono w sposób uniwersalny, dość aby postrzegać je w sposób analogiczny choćby do instytucji z art. 398¹⁷ § 1 k.p.c.

W innych judykatach Sąd Najwyższy zwraca uwagę na dość częste problemy przy formułowaniu pytań prawnych, tj. przykładowo sprowadzające się do rozstrzygnięcia wątpliwości faktycznych albo dotyczących aktu subsumpcji¹⁸, zapytania o sposób rozstrzygnięcia sprawy¹⁹ oraz

¹³ T. Ereciński..., komentarz do art. 390 k.p.c., teza 4.

¹⁴ T. Ereciński..., komentarz do art. 390, teza 4.

¹⁵ T. Wiśniewski, (w:) T. Wiśniewski (red.), Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz. Tom II. Artykuły 367–505(3), WKP 2021, komentarz do art. 390, teza 2.

¹⁶ T. Wiśniewski..., komentarz do art. 390, teza 1.

¹⁷ Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 18 maja 2011 r., sygn. III CZP 17/11, LEX nr 897708; Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 5 stycznia 2011 r., sygn. III CZP 110/10, LEX nr 736483.

¹⁸ Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 23 lutego 2018 r., sygn. III CZP 97/17, OSNC 2019, nr 1, poz. 12.

¹⁹ Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 22 czerwca 2016 r., sygn. III CZP 22/16, LEX nr 2122491; postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 10 maja 2007 r., sygn. III UZP 1/07, OSNP 2008, nr 3–4, poz. 49.

w sposób wskazujący na chęć uzyskania afirmacji danego, z góry przyjętego poglądu prawnego²⁰.

W postępowaniu przed Sądem Najwyższym, zainicjowanym w trybie art. 390 § 1 k.p.c. zgłosić udział może prokurator, niewystępujący w danej sprawie na prawach strony. Następuje to w myśl art. 7 k.p.c. w zw. z art. 60 § 1 k.p.c., ze względu na wystąpienie samodzielnie ocenianych przez prokuratora przesłanek jego udziału w postaci konieczności ochrony praworządności, praw obywateli, czy też interesu społecznego.

Dopuszczalność powyższego wynika również z art. 5 ustawy z dnia 28 stycznia 2016 r. Prawo o prokuraturze²¹ (dalej zwaną ustawą o prokuraturze), odnoszącego się do bardziej generalnego ujęcia problematyki udziału prokuratora w postępowaniach, w tym nie tylko sądowych, z zastrzeżeniem niewystąpienia w tej kwestii wyraźnego ustawowego zakazu.

Jednocześnie zgodnie z art. 17 § 2 ustawy o prokuraturze, do podstawowych zadań Prokuratury Krajowej należy również zapewnienie udziału prokuratora w postępowaniach m.in. przed Sądem Najwyższym. Zatem to prokurator pełniący obowiązki służbowe (zarówno prokurator Prokuratury Krajowej, jak i prokurator tamże delegowany, zgodnie z art. 85 § 3 ustawy o SN) bierze udział w postępowaniu w przedmiocie rozstrzygnięcia zagadnienia prawnego, przedstawionego w trybie art. 390 § 1 k.p.c.

Z kolei podmiotem mającym uprawnienie do zgłoszenia udziału w postępowaniu wywołanym przekazaniem na podstawie art. 398¹⁷ § 1 k.p.c. zagadnienia prawnego przez Sąd Najwyższy rozpoznający skargę kasacyjną jest Prokurator Generalny. Udział ten w sposób analogiczny następuje na zasadzie art. 7 k.p.c. w zw. z art. 60 § 1 k.p.c. W taki też sposób możliwe jest zgłoszenie przez Prokuratora Generalnego udziału w samym postępowaniu kasacyjnym zainicjowanym skargą innego podmiotu od prawomocnego orzeczenia Sądu II instancji co do istoty w sprawie, w której prokurator nie brał udziału na prawach strony. Zgłoszenie to ma charakter niezależny od skorzystania przez Sąd Najwyższy z uprawnienia wynikającego z art. 398⁸ § 1 k.p.c., tj. zwrócenia się o przedstawienie w sprawie stanowiska Prokuratora Generalnego, co może skutkować zgłoszeniem przezeń udziału w postępowaniu, a jest zależne wyłącznie od jego decyzji.

²⁰ Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 30 listopada 2016 r., sygn. III CZP 75/16, LEX nr 223721.

²¹ Tekst jedn.: Dz. U. z 2022 r., poz. 2147 ze zm.

Dodać jednakże należy, że kwestia dopuszczalności udziału Prokuratora Generalnego w każdej sprawie kasacyjnej budzi jednak kontrowersje w doktrynie²².

Niezależnie od powyższego i w zakresie w jakim należy analogicznie traktować dopuszczalność udziału Prokuratora Generalnego w samym postępowaniu kasacyjnym, gdzie w relewantnym postępowaniu przed sądami powszechnymi nie brał udziału prokurator, koniecznym jest wskazanie, że co do samego postępowania zainicjowanego w trybie art. 398¹⁷ § 1 k.p.c. wydaje się, iż samoistną i wystarczającą podstawą możliwości zgłoszenia udziału przez ten podmiot jest norma z art. 85 § 1 i 2 ustawy o SN. Wskazane jednostki redakcyjne formułują obowiązek zawiadamiania Prokuratora Generalnego *explicite* o posiedzeniu pełnego składu Sądu Najwyższego lub składu izby albo połączonych izb, zaś pośrednio²³ o posiedzeniu mniej licznych osobowo składów Sądu Najwyższego. Takie zaś ujęcie wskazanej kwestii daje Prokuratorowi Generalnemu możliwość zgłoszenia udziału, a co za tym idzie przedstawienia swego stanowiska, w każdym postępowaniu inicjowanym w trybie art. 398¹⁷ § 1 k.p.c.

Na zasadzie art. 85 § 3 ustawy o SN w posiedzeniu Sądu Najwyższego w ww. kategorii spraw, w zastępstwie Prokuratora Generalnego może brać udział również prokurator Prokuratury Krajowej lub prokurator innej jednostki organizacyjnej prokuratury, delegowany do wykonywania czynności w Prokuraturze Krajowej.

W tym miejscu wskazać należy, że instytucja z art. 398¹⁷ § 1 k.p.c. znajduje odpowiednie zastosowanie w postępowaniu wywołanym złożeniem skargi nadzwyczajnej, tj. na zasadzie art. 95 pkt 1 ustawy o SN. W tego rodzaju sprawach Prokurator Generalny ma zatem również możliwość zgłoszenia udziału w postępowaniach odrębnych sprowadzających się do przedstawienia zagadnienia prawnego powiększonemu składowi Sądu Najwyższego, w sytuacji wyłonienia się takowego zagadnienia budzącego poważne wątpliwości przy okazji rozpoznawania skargi nad-

²² Przeciwnego zdania z uwagi na szczególny charakter regulacji z art. 398⁸ k.p.c. względem art. 7 k.p.c. i art. 60 § 1 k.p.c. są T. Ereciński, (w:) T. Ereciński (red.), Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz. Tom III. Postępowanie rozpoznawcze, wyd. V, WK 2016, komentarz do art. 398⁸ k.p.c., teza 5; M. Manowska, (w:) M. Manowska (red.), Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz. Tom I. Art. 1–477 (16), wyd. IV, WKP 2021, komentarz do art. 398⁸ k.p.c.; postawę aprobującą przejawiał M. Wójcik, (w:) A. Jakubicki (red.), Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz aktualizowany. Tom I. Art. 1–729, LEX/el. 2019, komentarz do art. 398⁸ k.p.c., teza 2.

²³ K. Szczucki, (w:) Ustawa o Sądzie Najwyższym. Komentarz, wyd. II, WKP 2021, komentarz do art. 85, teza 1.

zwyczajnej, nawet jeśli Prokurator Generalny nie wywodził tego środka prawnego w danej sprawie.

Przechodząc od zagadnienia formalnej dopuszczalności zgłoszenia udziału do determinantów zgłoszenia udziału w konkretnych postępowaniach w praktyce, podnieść należy, że stanowiska prokuratorskie w kwestii rozpatrywanych przez Sąd Najwyższy zagadnień prawnych są prezentowane w szerokim spektrum spraw, z uwzględnieniem szczególnej wagi danego zagadnienia dla praktyki prokuratorskiej oraz obrotu cywilnoprawnego.

Jednym z głównych obszarów, na których koncentruje się wzmiankowana aktywność, pozostaje tematyka relacji instytucji właściwych prawu karnemu oraz prawu cywilnemu, a zatem również problematyka dualistycznego postrzegania danego zachowania jako czynu zabronionego przez ustawę karną i jednocześnie jako zachowania, którego następstwem jest cywilnoprawna odpowiedzialność deliktowa.

Tytułem przykładu można tutaj wskazać na sprawę Sądu Najwyższego o sygn. III CZP 108/17, gdzie w trybie art. 398¹⁷ § 1 k.p.c. rozstrzygano zagadnienie prawne o następującej treści:

„Czy art. 442¹ § 2 k.c. ma zastosowanie, gdy wobec ustalonego sprawcy czynu niedozwolonego, ponoszącego odpowiedzialność na podstawie art. 436 § 1 k.c., zachodzą okoliczności wskazane w art. 31 § 1 k.k., które stanowiły podstawę umorzenia postępowania karnego na podstawie art. 17 § 1 pkt 2 k.p.k.”

Rozważana kwestia ma doniosłe znaczenie dla praktyki dochodzenia roszczeń z deliktu, co do którego co najmniej po stronie przedmiotowej nie tyle potwierdzono charakter zbrodni, czy też występku, ale takowego charakteru definitywnie nie wykluczono. Takie ujęcie ściślej odpowiada jednak wzajemnej, bazowej niezależności postępowań cywilnego i karnego. Literalnie z art. 442¹ § 1 i 2 k.c. wynika, że ustalenie przestępnego charakteru deliktu na potrzeby tego przepisu określa, czy długość terminu przedawnienia roszczeń zeń wynikających wynosić będzie lat 20, czy też maksymalnie 10 od daty popełnienia czynu.

Powyższe ma również i znaczenie, że podobnie jak miało to miejsce na gruncie ustaleń faktycznych przedmiotowej konkretnej sprawy, determinuje również doniosłość w czasie roszczeń kierowanych przez poszkodowanego danym czynem niedozwolonym wobec ubezpieczyciela w świetle art. 819 § 3 k.c. w zw. z art. 442¹ § 2 k.c.

W uzasadnieniu rozstrzygnięcia z dnia 25 maja 2018 r. stanowiącego pozytywną odpowiedź na wskazany w przytoczonym wyżej pytaniu prawnym dylemat, Sąd Najwyższy zwrócił uwagę na kwestię, czy

wobec prawomocnego postanowienia sądu umarzającego postępowanie karne na podstawie art. 17 § 1 pkt 2 k.p.k. w zw. z art. 31 § 1 k.k. sąd rozstrzygający o roszczeniu odszkodowawczym w postępowaniu cywilnym może samodzielnie ustalić, czy szkoda wynikła ze zbrodni albo występku, o których mowa w art. 442¹ § 1 2 k.c. oraz skoncentrował się na ujmując to wprost – na ile czyn, wobec którego toczące się postępowanie karne umorzono z powołaniem się na ww. podstawę prawną odpowiada desygnatowi pojęcia przestępstwa w rozumieniu art. 442¹ § 2 k.c., tj. na potrzeby ustalenia długości terminu przedawnienia dochodzenia roszczeń z nim związanych.

Sąd Najwyższy w przedmiotowej sprawie, z powołaniem się na treść uchwały siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z dnia 21 listopada 1967 r., sygn. III PZP 34/67 wskazał, że sąd cywilny nie jest związany ustaleniami i oceną sądu w postępowaniu karnym, w którym nie doszło do skazania, może zatem dokonać własnych, odmiennych ustaleń w tym zakresie. Na marginesie podnieść należy, że już racjonalna wykładnia, ale i dosłowne brzmienie art. 11 k.p.c. wskazującego na związanie sądu cywilnego wyrokiem skazującym sądu karnego co do popełnienia danego przestępstwa, sekunduje temu pogładowi.

Nadto trafnie Sąd Najwyższy w uzasadnieniu przedstawionej uchwały podniósł, iż przesłanką stosowania art. 442¹ § 2 k.c. nie jest stwierdzenie zbrodni lub występku wyrokiem karnym, lecz potrzeba zbadania skutków cywilnoprawnych, których to z kolei przesłankę stanowi przestępność czynu wyrządzającego szkodę. Zatem w tym wypadku Sąd Najwyższy przywołał autonomiczność postępowania cywilnego względem czynności karnoprosesowych wręcz ich, wynikającą z art. 11 k.p.c., dychotomię. W tym miejscu wskazać jednak należy za Sądem Apelacyjnym w Łodzi²⁴, że kognicją sądu cywilnego objęte jest badanie, czy źródłem szkody było przestępstwo w prawnokarnym rozumieniu, ale tylko w wypadku braku przesądzenia tej okoliczności przez uprawnione do tego organy w postępowaniu karnym i tylko w kontekście oceny upływu terminu przedawnienia roszczeń cywilnoprawnych oraz w razie tego konieczności wynikającej z nieustalenia sprawcy czynu²⁵, czy też nieprzeprowadzenia postępowania karnego

²⁴ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Łodzi z dnia 21 maja 2021 r., sygn. I ACa 229/21, LEX nr 3262155.

²⁵ Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 29 października 2013 r., sygn. III CZP 50/13, OSNC 2014, nr 4, poz. 35.

w ogóle²⁶ oraz, co jest rezultatem analizowanej uchwały, w sytuacji umorzenia postępowania karnego ze względu na niepoczytalność sprawcy. Przypomnieć w tym miejscu należy, że uchwała Sądu Najwyższego z dnia 21 listopada 1967 r., sygn. III PZP 34/67 przewidywała dużo większą swobodę sądu cywilnego w kwestii czynienia ustaleń co do przestępności danego czynu przy dokonywaniu oceny upływu terminu przedawnienia roszczeń. Naówczas w sytuacji uniewinnienia danej osoby w postępowaniu karnym, umorzenia postępowania karnego wobec stwierdzenia braku znamion czynu zabronionego, czy też wobec nieudowodnienia winy, orzeczenie takie było jednym z dowodów, który sąd cywilny winien wziąć pod uwagę czyniąc własne ustalenia w sprawie.

Dalej Sąd zwrócił uwagę na zarysowującą się tendencję w kierunku oderwania wydłużonego terminu przedawnienia przewidzianego w art. 442¹ § 2 k.c. od karnoprawnej koncepcji przestępstwa, co zwięźle zostało uzasadniane koncepcją zakładającą ustalenie przestępności czynu przy jednoczesnym braku ustalenia jego sprawcy.

Nieustalenie bowiem sprawcy czynu, a przyjmowanie jego przestępnego charakteru, jak wynika to z zaprezentowanego wyводу, stanowi zjawisko właściwie wręcz tożsame z sytuacją odpowiadającą karnoprocesowej reakcji przewidzianej w art. 17 § 1 pkt 2 k.p.k. w zw. z art. 31 § 1 k.k., tu bowiem choć sprawca z konieczności pozostaje ustalony, to aspekt podmiotowości przestępstwa i jego strony przedmiotowej w ujęciu materialnoprawnym wyklucza przyjęcie zaistnienia przestępstwa.

Jak przedstawiono to w analizowanym uzasadnieniu, cywilna odpowiedzialność deliktowa wysuwa na pierwszy plan osobę poszkodowanego i konieczność naprawienia szkody. Można zatem powiedzieć, że przez wzgląd na brak dominacji w Kodeksie cywilnym systemu odpowiedzialności opartej na zasadzie winy, wprost ze znacznymi koncesjami na rzecz reguły ryzyka i słuszności, wskazać należy, że osoba sprawcy ma co do zasady w ramach odpowiedzialności deliktowej znaczenie drugorzędne wobec samego deliktu. Tym samym prawu deliktowemu bliżej do koncepcji w naukach penalnych nazywanej prawem karnym czynu, niżli prawem karnym sprawcy.

Powyższe koresponduje z kolejną konstatacją Sądu w przedmiotowej sprawie, że kwalifikowanie danego czynu stanowiącego źródło szkody w celu określenia terminu przedawnienia roszczenia odszkodowawczego, nie jest związane z procesem podejmowania represji

²⁶ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 21 listopada 2001 r., sygn. II UKN 633/00, OSNP 2003, nr 17, poz. 422.

karnej wobec sprawcy, lecz realizacją jego odpowiedzialności deliktowej. W ten sposób, jak zauważa Sąd Najwyższy, dochodzi do obiektywizacji wykorzystanych w redakcji art. 442¹ § 2 k.c. pojęć „zbrodnia”, „występek” i „przestępstwo”.

Stąd obiektywizacja kwalifikacji czynu decydującego o stosowaniu wydłużonego terminu przedawnienia deliktowych roszczeń odszkodowawczych, także w związku z niemożnością przypisania winy z powodu istnienia okoliczności wymienionych w art. 31 § 1 k.k. pozostaje tendencją prawidłową. Natomiast dopuszczenie do odmiennego traktowania sytuacji braku ustalenia w ogóle sprawcy danego czynu, a mimo to przyjmowania jego przestępczości i właśnie sytuacji, w której sprawca danego czynu jest ustalony, lecz jego odpowiedzialność prawnokarna pozostaje wyłączona z uwagi na niepoczytalność, byłoby sprzeczne z regułami wnioskowania, w tym *ad minori ad maius*.

A zgodnie choćby z uchwałą Sądu Najwyższego z dnia 29 października 2013 r., sygn. III CZP 50/13 roszczenie pokrzywdzonego o naprawienie szkody, wynikłej ze zbrodni lub występku, wyrządzonej w okolicznościach uzasadniających odpowiedzialność cywilną posiadacza pojazdu mechanicznego lub kierującego pojazdem mechanicznym, których tożsamości nie ustalono²⁷, przedawnia się na podstawie art. 442¹ § 2 k.c.

Jednocześnie Sąd Najwyższy w uzasadnieniu przedmiotowej uchwały zwrócił uwagę, że wydłużenie terminu przedawnienia z art. 442¹ § 2 k.c. nie stanowi rodzaju sankcji dla sprawcy deliktu, lecz ma na celu ochronę poszkodowanych dotkniętych kwalifikowaną ingerencją w dobra prawnie chronione. Zatem nie służy ono represji i jest jednolite bez względu na funkcjonujące w prawie karnym, zgodnie z art. 101 § 1 k.k. związanie długości przedawnienia z zagrożeniem karą.

Powyższa argumentacja przyjęta przez Sąd Najwyższy jako uzasadnienie dla uchwały z dnia 25 maja 2018 r., sygn. III CZP 108/17 zasadniczo odpowiadała pogładowi przedstawionemu w tej sprawie w stanowisku prokuratorskim²⁸.

Tamże zwrócono uwagę na kwestię obiektywizacji pojęcia przestępstwa zawartego w art. 442¹ § 2 k.c., sprowadzając jego desygnat do

²⁷ Patrz również: art. 98 ust. 1 pkt 1 i 2 w związku z art. 109a ustawy z dnia 22 maja 2003 r. o ubezpieczeniach obowiązkowych, Ubezpieczeniowym Funduszu Gwarancyjnym i Polskim Biurze Ubezpieczycieli Komunikacyjnych, (tekst jedn. Dz. U. z 2013 r., poz. 392 ze zm.).

²⁸ Stanowisko prokuratorskie w sprawie o sygn. III CZP 108/17 Sądu Najwyższego z dnia 27 lutego 2018 r., sygn. PK IV Zpc 30.2017 Prokuratury Krajowej.

zachowań, które w swojej stronie przedmiotowej odpowiadają czynom stypizowanym w części szczególnej Kodeksu karnego oraz pozostałych ustaw karnych.

Dodatkowo prokurator wskazał na irrelewantność cech podmiotowych sprawcy deliktu, tj. konieczności jego zawinienia w działaniu, czy też zaniechaniu. Wyeksponowano także cel funkcjonowania regulacji odpowiedzialności deliktowej, tj. zrekompensowanie szkody, nie zaś represjonowanie sprawcy.

Dostrzeżono również okoliczność tego, że ewentualnie przyjmowany krótszy termin dochodzenia roszczeń z art. 442¹ § 1 k.c., wobec ustalenia wskutek przeprowadzenia szeregu czasochłonnych czynności dowodowych podstaw do umorzenia postępowania przygotowawczego z uwagi na stwierdzenie u podejrzanego niepoczytalności w czasie popełnienia czynu zabronionego, jest niewystarczający z punktu widzenia interesu poszkodowanego.

Podobnie jak w sprawie o sygn. III CZP 108/17, Sąd Najwyższy również w sprawach o sygn. III CZP 116/17 oraz III CZP 117/17 podjął także w dniu 25 maja 2018 r. uchwały o tożsamej treści, tj. wskazujące na zastosowanie wspomnianego art. 442¹ § 2 k.c. do sytuacji, gdy wobec sprawcy czynu niedozwolonego, ponoszącego odpowiedzialność na podstawie art. 436 § 1 k.c. zachodzą okoliczności wskazane w art. 31 § 1 k.k., które stanowiły podstawę umorzenia postępowania karnego na zasadzie art. 17 § 1 pkt 2 k.p.k.

Takie też stanowisko zajął Sąd Najwyższy w późniejszych judykatach²⁹.

Przyjęty w ww. postępowaniach pogląd prawny na obowiązywanie art. 442¹ § 2 k.c., w kontekście dochodzenia roszczeń wynikających z czynu niedozwolonego, wobec którego sprawcy tego czynu umorzono postępowanie karne na zasadzie art. 17 § 1 pkt 2 k.p.k. z uwagi na niepoczytalność określoną w art. 31 § 1 k.k., jest obecnie dominujący w orzecznictwie, zaś rozstrzygnięcie prezentowanego zagadnienia prawnego w trzech ww. uchwałach z dnia 25 maja 2018 r. wydaje się stanowić jego ugruntowanie na przyszłość.

²⁹ Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 16 kwietnia 2019 r., sygn. I CSK 535/18, LEX nr 2647172 oraz w wyrokach z dnia 9 listopada 2018 r., wydanych w sprawach o sygn. V CSK 590/16, LEX nr 2577472 i V CSK 591/16, LEX nr 2577473. Przy tym wskazać należy, że w sprawie o sygn. V CSK 591/16 Sąd Najwyższy wydał wyrok po uprzednim rozstrzygnięciu przedstawianego zagadnienia prawnego w sprawie o sygn. III CZP 108/17, OSNC 2018, nr 12, poz. 111, zaś w sprawie o sygn. V CSK 590/16, po analogicznym rozstrzygnięciu podjętym w sprawie o sygn. III CZP 116/17, OSNC 2018, nr 12, poz. 112.

Tytułem podsumowania wskazać należy, że z przedstawionego przykładu wynika, iż udział prokuratora ma miejsce w sprawach, w których rozstrzygane są zagadnienia prawne w trybie art. 390 § 1 k.p.c. oraz art. 398¹⁷ § 1 k.p.c., o znacznej społecznej doniosłości. W sprawie o sygn. III CZP 108/17, podjęta w dniu 25 maja 2018 r. przez Sąd Najwyższy uchwała stanowiła przejaw opowiedzenia się po stronie poszkodowanych czynami niedozwolonymi, odpowiadającymi w swych znamionach strony przedmiotowej czynom stypizowanym w ustawodawstwie karnym. Zaproponowana bowiem wykładnia użytych w art. 442¹ § 2 k.c. pojęć występku, zbrodni i przestępstwa nastąpiła w sposób odmienny, aniżeli ta funkcjonująca na gruncie prawa karnego, tj. z pominięciem w strukturze tych pojęć podmiotu oraz strony podmiotowej. Ma to ten skutek, iż umożliwia poszkodowanemu dochodzenie zadośćuczynienia oraz odszkodowania pomimo, iż postępowanie karne toczące się przeciwko sprawcy deliktu zostało umorzone.

I w ten właśnie sposób na gruncie analizowanej sprawy dostrzegalnym jest udzielenie przez Sąd Najwyższy, a także w stanowisku prokuratorskim w sprawie, prymatu interesowi poszkodowanego.

**Legal issues decided by the Supreme Court
under Article 390(1) or Article 398¹⁷(1)
of the Code of Civil Procedure
in the context of prosecutor participation:
analysis with the Supreme Court resolution
of 25 May 2018,
ref. no. III CZP 108/17, serving as an example**

Abstract

This paper deals with the participation of a prosecutor in secondary proceedings seeking the Supreme Court's decision on legal issues that raise serious doubts, which issues have been referred to the Court by an appellate court under Article 390(1) of the Code of Civil Procedure, or by a court of cassation under Article 398¹⁷(1) of the Code of Civil Procedure. Measures connected with the Supreme Court's activity, which comes down to adopting resolutions that decide

interpretative doubts of civil law, are presented. As far as the measure in the form of questions of law under Article 390(1) or Article 398¹⁷(1) of the Code of Civil Procedure is concerned, an essential nature of a fundamental prerequisite for any such question submitted to the Supreme Court, i.e. serious doubts about a particular legal issue, is pointed out. Then, using the specific example of the case with reference no. III CZP 108/17, this paper presents the importance of legal problems connected with issues decided under the said Articles. Moreover, it shows the admissibility and conditional nature of the participation of a prosecutor in such proceedings, a role of a prosecutor, and sample content of a prosecutor's position with the specific proceedings serving as an example.

Key words

Supreme Court, resolution, legal issue, institution of preliminary questions, civil proceedings.

Anita Gałęska-Śliwka¹

Eksperymenty medyczne po nowelizacji ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentysty – wybrane zagadnienia

Streszczenie

Problematyka eksperymentów medycznych jest zagadnieniem z pogranicza medycyny i prawa. Tworząc ramy ochrony dla uczestników eksperymentów, dbając o ich bezpieczeństwo, należy pamiętać zarówno o historycznych uwarunkowaniach, w jakich tworzone były pierwsze regulacje dedykowane tej tematyce, ale także o ciągłej potrzebie rozwoju, która towarzyszy człowiekowi od zarania dziejów i jest cechą wpisaną w każde rozwijające się społeczeństwo. Niniejszy artykuł stanowi analizę rozwiązań prawnych sfery eksperymentów medycznych po 1 stycznia 2021 r. podkreślając wieloznaczność stosowanych przez ustawodawcę terminów i wybrane niejasności interpretacyjne.

Słowa kluczowe

Eksperyment medyczny, eksperyment badawczy, eksperyment leczniczy, komisja bioetyczna, odpowiedzialność cywilna, podmiot przeprowadzający eksperyment medyczny, uczestnik eksperymentu medycznego.

1. Eksperymenty medyczne po nowelizacji ustawy o zawodzie lekarza i lekarza dentysty – problemy interpretacyjne

Każdego roku w Polsce przeprowadza się setki eksperymentów medycznych². Doświadczenia historyczne jednoznacznie pokazują jak łatwo

¹ Dr Anita Gałęska-Śliwka, Katedra Podstaw Prawa Medycznego, Uniwersytet Mikołaja Kopernika w Toruniu, Collegium Medicum im. L. Rydygiera w Bydgoszczy.

² Eksperymenty medyczne są szeroko opisywane w literaturze prawniczej, medycznej oraz w literaturze z zakresu bioetyki, zob. np. A. Wnukiewicz-Kozłowska, Eksperyment medyczny na organizmie ludzkim w prawie międzynarodowym i europejskim, Warszawa 2004; J. Umiastowski, Ochrona ludzkiego genomu, problemy klonowa-

o nadużycia podczas projektowania czy realizacji takich eksperymentów³. Istotne jest więc, aby przepisy je regulujące były stabilne, precyzyjne oraz odpowiadały najlepiej rozumianemu interesowi zarówno uczestników, jak i prowadzących⁴.

Aktem prawnym, który w szeroki sposób nakreśla zasady prowadzenia eksperymentów medycznych w Polsce jest ustawa o zawodach lekarza i lekarza dentysty (dalej: u.z.l.l.d.)⁵. Niniejszej problematyce poświęcony został rozdział 4 ustawy.

Niedawna nowelizacja u.z.l.l.d.⁶ przyniosła wiele zmian w zasadach prowadzenia eksperymentów medycznych, które wywołały liczne problemy interpretacyjne i obnażyły wady oraz niedociągnięcia zaproponowanych rozwiązań.

Dnia 1 stycznia 2021 r. weszły w życie znowelizowane przepisy ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentysty, które regulują sferę ekspery-

nia, (w:) Bioetyczne aspekty eksperymentów medycznych, materiały z Sympozjum Bioetyczne aspekty eksperymentów medycznych 18 kwietnia 1998 r., Akademia Medyczna w Bydgoszczy, s. 14–17; G. Drewa, Znaczenie eksperymentu w biologii i medycynie, (w:) Bioetyczne aspekty eksperymentów medycznych, materiały z Sympozjum Bioetyczne aspekty eksperymentów medycznych 18 kwietnia 1998 r., Akademia Medyczna w Bydgoszczy, s. 27–29; R. Ossowski, Psychologia a problem eksperymentów medycznych, (w:) Bioetyczne aspekty eksperymentów medycznych, materiały z Sympozjum Bioetyczne aspekty eksperymentów medycznych 18 kwietnia 1998 r., Akademia Medyczna w Bydgoszczy, s. 37–42; T. Brzeziński, Rozwój poglądów na istotę choroby, (w:) T. Brzeziński (red.), Historia medycyny, Warszawa 1988, B. Bujalowska, Spontaniczny rozwój medycyny od empirii do medycyny kapłańskiej. Medycyna jako przedmiot kultu, (w:) T. Brzeziński (red.), Historia medycyny, Warszawa 1988.

³ Zob. szerzej np.: A. Wnukiewicz-Kozłowska, Eksperyment medyczny na organizmie ludzkim w prawie międzynarodowym i europejskim, Warszawa 2004; A. Tuffs, Nazi war and medicine 50 years on, *Lancet* 1996, nr 348; M. Śliwka, A. Gałęska-Śliwka, Świadoma zgoda pacjenta i uczestnika eksperymentu medycznego w aspekcie historycznym, *Annales Academiae Bydgosiensis* 2004, nr 18/2; V. Spitz, Doktorzy z piekła rodem. Przeróżające świadectwo nazistowskich eksperymentów na ludziach, Zakrzewo, 2013 r.; W. Szumowski, Historia medycyny, Warszawa 1994; A. Gałęska-Śliwka, M. Śliwka, Eksperyment medyczny jako okoliczność uchylająca bezprawność czynu – geneza zjawiska, (w:) Złota Księga Jubileuszowa prof. zw. dr. hab. doktora *honoris causa* Brunona Hołysta, Łódź 2015; H. W. Heiss, Werner Forssmann: A German problem with the Nobel Prize, *Clin. Cardiol.* 1992, nr 15; J. Homer, Retreat from Nuremberg: can we prevent unethical medical research?, *Public Health*, nr 113; H. J. Lang, Kobiety z bloku 10. Eksperymenty medyczne w Auschwitz, Warszawa 2019.

⁴ M. Safjan, Prawo wobec wyzwań współczesnej medycyny, Warszawa 1998, s. 9–21.

⁵ Ustawa z dnia 5 grudnia 1996 r. (tekst jedn. Dz. U. z 2021 r., poz. 790).

⁶ Ustawa o zmianie ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentysty oraz niektórych innych ustaw z dnia 16 lipca 2020 r. (Dz. U. z 2020 r., poz. 1291).

mentów medycznych⁷. Wprowadzone zmiany ujmują kompleksowo zagadnienia związane z zasadami prowadzenia eksperymentów medycznych. Nie obyło się jednak bez problemów interpretacyjnych i licznych wątpliwości, które zgłaszano już na etapie konsultacji publicznych i opiniowania projektu niniejszej ustawy. Niestety, owe wątpliwości szybko zaczęły o sobie dawać znać, kiedy wraz z wejściem w życie nowych przepisów teoria musiała zmierzyć się z praktyką. W rezultacie okazało się, że już nawet sam sposób definiowania eksperymentu medycznego rodzi istotne problemy⁸. Wedle stanowiska wyrażonego przez ustawodawcę w art. 21 ust. 1 eksperymentem medycznym przeprowadzanym na ludziach może być eksperyment leczniczy albo eksperyment badawczy. Przy czym, za eksperyment leczniczy uznaje się wprowadzenie nowych albo tylko częściowo wypróbowanych metod diagnostycznych, leczniczych lub profilaktycznych w celu osiągnięcia bezpośredniej korzyści dla zdrowia osoby chorej. Może być on przeprowadzony, jeżeli dotychczas stosowane metody nie są skuteczne albo jeżeli ich skuteczność nie jest wystarczająca (art. 21 ust. 2 u.z.l.l.d.). Natomiast eksperyment badawczy, wedle treści art. 21 ust. 3, ma na celu przede wszystkim rozszerzenie wiedzy medycznej i może być przeprowadzony zarówno na osobie zdrowej jak i chorej, a jego przeprowadzenie jest dopuszczalne, o ile uczestnictwo w takim eksperymencie nie jest związane z ryzykiem albo ryzyko jest minimalne i nie pozostaje w dysproporcji do możliwych pozytywnych rezultatów takiego eksperymentu. Przyjęte w projekcie u.z.l.l.d. ramy definicyjne tylko nieznacznie różniły się od wcześniejszej treści ustawy i nie spełniały oczekiwań środowiska medycznego. Naczelna Rada Lekarska, na etapie prac nad nowelizacją u.z.l.l.d., zaproponowała m.in. wprowadzenie nowej definicji eksperymentu medycznego⁹ sugerując, że za eksperyment medyczny uznać należałoby „medyczne badanie naukowe prowadzone z udziałem ludzi, w którym warunki badania są ściśle określone w protokole eksperymentu, celowo dobrane, precyzyjnie kontrolowane, szczegółowo udokumentowane i dające się powtórzyć w celu zbadania trafności postawionej hipotezy badawczej (...) interwencje o nieudowodnionej skuteczności w praktyce klinicznej należy

⁷ Ustawa z dnia 5 grudnia 1996 r. (Dz. U. z 2021 r., poz. 790).

⁸ Szeroko o eksperymentach medycznych we wcześniej obowiązującym ujęciu u.z.l.l.d. zob. M. Czarkowski, J. Różyńska, Świadoma zgoda na udział w eksperymencie medycznym, Warszawa 2008, s. 13-19.

⁹ W u.z.l.l.d. eksperyment medyczny nie jest zdefiniowany. Wprowadzony został tylko w art. 21 ust. 1 podział eksperymentu medycznego przeprowadzanego na ludziach na eksperyment leczniczy albo badawczy, a ustawa zawiera wyłącznie definicje eksperymentu leczniczego i badawczego.

wyłączyć z definicji eksperymentu leczniczego”¹⁰. Ministerstwo Zdrowia nie zdecydowało się jednak na zmiany w projekcie u.z.l.l.d. bowiem, jak podkreślono „wymagałoby to gruntownego przepracowania rozdziału IV ustawy oraz innych przepisów np. prawa farmaceutycznego”¹¹.

O krok dalej poszła Odwoławcza Komisja Bioetyczna i zaproponowała odstąpienie od utrwalonego już podziału eksperymentów na badawcze i lecznicze sugerując, że art. 21 ust. 1 powinien brzmieć: „Zastosowanie nowych albo tylko częściowo wypróbowanych metod diagnostycznych, leczniczych, zdrowotnych lub profilaktycznych w celu osiągnięcia bezpośredniej korzyści dla zdrowia osoby chorej może być przeprowadzone przez lekarza, jeżeli dotychczas stosowane metody nie są skuteczne albo jeżeli ich skuteczność nie jest wystarczająca (...)” a ust. 2 „Jeżeli zastosowanie metod, o których mowa w ust. 1 powtarza się, powinno ono odbywać się na zasadach dotyczących eksperymentu badawczego”; ust. 3 „Eksperyment badawczy ma na celu rozszerzenie wiedzy medycznej. Może być on przeprowadzany zarówno na osobie chorej, jak i zdrowej. Przeprowadzanie eksperymentu badawczego jest dopuszczalne wówczas, gdy uczestnictwo w nim nie jest związane z ryzykiem albo też ryzyko nie pozostaje w dysproporcji do możliwych pozytywnych rezultatów takiego eksperymentu”¹². Podobnie jak w przypadku uwag zgłaszanych przez Naczelną Radę Lekarską, także i w tym przypadku Ministerstwo Zdrowia nie zdecydowało się na wprowadzenie do projektu u.z.l.l.d. proponowanych zmian, tłumacząc swoją decyzję ugruntowanym od 70 lat podziałem eksperymentów medycznych przeprowadzanych na ludziach na eksperymenty badawcze i lecznicze. Ponadto podkreślono, że podział ten uzasadniony jest zróżnicowanymi celami takich badań, bowiem celem eksperymentu leczniczego jest ratowanie życia i zdrowia uczestnika, a eksperymentu badawczego – poszerzenie wiedzy medycznej. Różne cele determinują zróżnicowane przesłanki legalności¹³.

Warto jednak nadmienić, że ustawodawca, pod wpływem zgłaszanych uwag, zdecydował się na doprecyzowanie poziomu ryzyka jakie może towarzyszyć eksperymentowi badawczemu. Naczelna Rada Lekarska zasugerowała, iż najbardziej właściwym terminem będzie „ryzyko minimalne”, które powinno być rozumiane jako „ryzyko, którego prawdopodo-

¹⁰ Załącznik nr 2 do OSR – Raport z konsultacji publicznych i opiniowania do projektu ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentyisty oraz niektórych innych ustaw (UD 27) dotyczący eksperymentu medycznego, s. 1.

¹¹ *Ibidem*, s. 1.

¹² *Ibidem*, s. 10.

¹³ *Ibidem*, s. 9.

bieństwo wystąpienia i wielkość możliwej do przewidzenia szkody w danym eksperymencie medycznym nie są większe od tego jakie towarzyszy w życiu codziennemu lub rutynowym badaniom lekarskim, laboratoryjnym lub psychologicznym (...)"¹⁴.

Istotnym *novum* w zakresie klasyfikowania i definiowania eksperymentów medycznych jest wprowadzenie do u.z.l.l.d. przepisu art. 21 ust. 4 zgodnie z którym „Eksperymentem medycznym jest również przeprowadzenie badań materiału biologicznego, w tym genetycznego pobranego od osoby do celów naukowych”. Ustawa o zawodach lekarza i lekarza dentysty, we wcześniej obowiązującym brzmieniu, nie wyodrębniała tego typu eksperymentu, a jego pojawienie się w projektowanej ustawie wzbudziło liczne kontrowersje. Wprowadzenie art. 21 ust. 4 wywołało niejasności interpretacyjne, które dotyczyły zagadnień podstawowych np. samej zasadności nakładania reżimu eksperymentu medycznego na badania materiału biologicznego. Uniwersytet Medyczny we Wrocławiu na etapie konsultacji i opiniowania projektu u.z.l.l.d., zwrócił uwagę, że „(...) Zapis taki wprowadza poddanie badań prowadzonych na ludziach i ludzkich próbkach biologicznych jak i biobankowania takiemu samemu reżimowi prawnemu co prowadzenie eksperymentu bezpośrednio na ludziach. Wprowadzenie tego reżimu w odniesieniu do pobranego materiału biologicznego nie znajduje żadnego uzasadnienia. Prowadzenie badań na ludzkich próbkach biologicznych i materiale genetycznym nie powoduje zagrożeń takich jak prowadzenie eksperymentu na żywym człowieku (...). Badania na próbkach materiału biologicznego nie są interwencją na człowieku, a samo pobranie próbek ma charakter w znikomym stopniu inwazyjny. Ponadto, w chwili uzyskania próbki, nie ma możliwości poinformowania dawcy tych próbek o każdym późniejszym ich wykorzystaniu do badań (...). Nie ma również możliwości uzyskania w przyszłości zgody na każdy konkretny projekt badawczy, w którym mogą być wykorzystane próbki materiału biologicznego.(...)”¹⁵. Podobne wątpliwości zgłaszała także prof. dr hab. M. M. Sasiadek – konsultant krajowy w dziedzinie genetyki klinicznej podkreślając, że art. 21 ust. 4 u.z.l.l.d. sprawia, że kolejne artykuły u.z.l.l.d., w zakresie w jakim dotyczą eksperymentów medycznych, stają się nieadekwatne. Jako przykład, przywoływała m.in. art. 23c ust. 1 – wprowadzający obowiązek zawarcia umowy ubezpieczenia OC podmiotu przeprowadzającego eksperyment medyczny. Zwracała uwagę, na wątpliwości związane z zakresem umowy ubez-

¹⁴ *Ibidem*, s. 1–2.

¹⁵ *Ibidem*, s. 28–29.

pieczenia, w przypadku osoby, od której został pobrany materiał biologiczny i która wyraziła zgodę na jego wykorzystanie dla celów naukowych. Jednocześnie zasugerowała, że wprowadzenie niniejszych przepisów doprowadzi do zablokowania w Polsce badań naukowych prowadzonych z wykorzystaniem materiału biologicznego, w tym genetycznego¹⁶. W takim samym duchu wypowiedziała się także Polska Koalicja Medycyny Personalizowanej sugerując, że „Eksperyment medyczny w prawie polskim jest zawsze eksperymentem na człowieku – polega on bowiem na podawaniu uczestnikowi eksperymentalnych substancji, wykorzystywaniu określonych metod badawczych, a więc zawsze na interwencji na ciele człowieka – naruszeniu integralności. Ryzyka zatem związane z eksperymentem medycznym to realne zagrożenie dla życia i zdrowia uczestnika takiego eksperymentu. Z tego względu w prawie polskim przyjęto, że eksperyment taki jest możliwy (...) m.in. po uzyskaniu zgody uczestnika, ale również po wydaniu zgody przez podmiot niezależny zarówno od uczestnika, jak i mającego zamiar przeprowadzić eksperyment jakim jest komisja bioetyczna”¹⁷. Jednocześnie podkreślono, że standardy międzynarodowe nie utożsamiają badań na próbkach biologicznych z eksperymentem medycznym z uwagi na to, że badanie na próbkach materiału biologicznego nie odnosi się bezpośrednio do interwencji na organizm człowieka, a samo pobranie próbki ma charakter mało inwazyjny. Ponadto, w chwili pobrania próbki nie ma możliwości, aby poinformować dawcę o każdym późniejszym zakresie badań, jakie mogą być podejmowane na owej próbce, w rezultacie nie ma możliwości uzyskania od dawcy zgody *in concreto* na każdy kolejny projekt badawczy. Nadmieniono także, że każdorazowe uzyskiwanie zgody Komisji Bioetycznej sprawi nie tylko problemy organizacyjne, ale też wpłynie na znaczne wydłużenie całej procedury badawczej, ale także pozbawi sensu prowadzenie biobanków¹⁸. Ministerstwo Zdrowia ustosunkowało się do tych wątpliwości stwierdzając, że art. 21 ust. 4 u.z.l.l.d. nie dotyczy biobankowania. Jednocześnie podkreślono, że zagadnienia te w przyszłości będą podlegały regulacjom odmiennej ustawy. W zakresie, w jakim środowiska medyczne kwestionowały celowość i zasadność zawarcia przez podmiot przeprowadzający eksperyment medyczny umowy ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej dla eksperymentów medycznych wskazanych w art. 21 ust. 4 u.z.l.l.d. podkreślono, że ubezpieczenie takie „jest w interesie probanta, jak i badacza, który może dzięki niemu uniknąć ko-

¹⁶ *Ibidem*, s. 30–31.

¹⁷ *Ibidem* s. 5.

¹⁸ *Ibidem*, s. 5–6.

nieczności wypłaty odszkodowania lub zadośćuczynienia. W wypadku prac na materiale biologicznym roszczenia mogą dotyczyć np. wykorzystania tego materiału do celów innych niż dawca się zgadzał, udostępnienia danych poufnych itp.”¹⁹ Ponadto podkreślono, że uwagi kwestionujące zasadność wprowadzenia do u.z.l.l.d. eksperymentu medycznego polegającego na przeprowadzeniu badań materiału biologicznego, w tym genetycznego, pobranego od osoby dla celów naukowych nie mogą zostać uwzględnione bowiem „poddanie badań na materiale pochodzącym od człowieka przepisom o eksperymentach medycznych jest konieczne ze względu na ochronę dóbr i praw dawców takiego materiału”²⁰.

Kolejną zmianą, która weszła w życie wraz ze nowelizowaną treścią u.z.l.l.d. jest doprecyzowanie kwalifikacji lekarza kierującego eksperymentem medycznym oraz rozstrzygnięcie, kto może odpowiadać za część niemedyczną eksperymentu badawczego oraz kto może kierować eksperymentem medycznym, o którym mowa w art. 21 ust. 4 u.z.l.l.d., tj. eksperymentem medycznym polegającym na przeprowadzeniu badań materiału biologicznego, w tym genetycznego, pobranego od osoby dla celów naukowych.

Wedle wcześniej obowiązujących przepisów eksperymentem medycznym mógł kierować jedynie lekarz posiadający odpowiednio wysokie kwalifikacje. Zarówno środowisko medyczne, jak i prawnicze podnosiło zarzut nieprecyzyjności tego terminu. Trudno było bowiem jednoznacznie wskazać konkretny punkt w poziomie kwalifikacji, po przekroczeniu którego owe kwalifikacje stawały się odpowiednio wysokie i tym samym uprawniały do kierowania eksperymentem medycznym. Ustawodawca, wychodząc naprzeciw zgłaszanym postulatam, zdecydował się więc w art. 23 ust. 1 znowelizowanej u.z.l.l.d. przyjąć, iż eksperymentem medycznym kierować może lekarz posiadający specjalizację w dziedzinie medycyny, która jest szczególnie przydatna ze względu na charakter lub przebieg eksperymentu, oraz odpowiednio wysokie kwalifikacje zawodowe i badawcze. Niniejsze doprecyzowanie idzie w dobrym kierunku i stanowi zapewne przejaw troski o bezpieczeństwo uczestników eksperymentu i jednocześnie stanowi próbę zagwarantowania najwyższej jakości pracy naukowo-badawczej. Niemniej jednak, warto zauważyć, że poczyniona zmiana zamknęła dostęp do kierowania eksperymentami medycznymi lekarzom (często będącym na ścieżce doktorskiej, dla których eksperyment medyczny był elementem pracy doktorskiej) wymagając od nich w pierwszej kolejności, pozyskania tytułu specjalisty. Dotychczas,

¹⁹ *Ibidem*, s. 30.

²⁰ *Ibidem*, s. 28.

w środowisku medycznym powszechną praktyką był jednoczasowy rozwój specjalizacyjny oraz naukowo-badawczy a zakończenie przewodu doktorskiego i uzyskanie stopnia naukowego doktora następowało często wcześniej, aniżeli uzyskanie tytułu specjalisty²¹.

Zaistniałe problemy dostrzeżono już na etapie konsultacji publicznych, na co uwagę zwracała m.in. Science Pharma Sp. z o.o. oraz Konferencja Dziekanów Wydziałów Przyrodniczych Uniwersytetów Polskich. Zgłaszane wątpliwości nie zostały jednak uwzględniane w ostatecznej wersji opublikowanej u.z.l.l.d. Ministerstwo Zdrowia stwierdziło, że „Eksperyment medyczny jako wykraczający poza standardową procedurę, musi być kierowany przez wysoko wykwalifikowaną osobę, a więc specjalistę w danej dziedzinie. Zagwarantuje to poprawność metodologiczną badań oraz bezpieczeństwo uczestników”²².

Ustawodawca zdecydował się nie tylko na zmianę przepisów w zakresie lekarza kierującego eksperymentem medycznym, ale także, co stanowi *novum* w stosunku do wcześniej obowiązującej u.z.l.l.d., wprowadził do art. 23 ust. 2 i 3, gdzie ust. 2 stanowi: „W przypadku eksperymentu badawczego zawierającego część niemedyczną lekarz kierujący takim eksperymentem współpracuje z inną osobą posiadającą kwalifikacje niezbędne do przeprowadzenia części niemedycznej, która nadzoruje przebieg tej części”²³. Natomiast, w przypadku eksperymentów medycznych opisanych w art. 21 ust. 4 u.z.l.l.d., czyli badań materiału biologicznego, w tym genetycznego, pobranego od osoby dla celów naukowych zastosowanie znajduje art. 23 ust. 3, zgodnie z którym badaniami takim kierować może osoba inna niż lekarz, o ile posiada kwalifikacje niezbędne do ich przeprowadzenia. W przypadku gdy badania te zawierają część medyczną, osoba kierująca badaniami współpracuje z lekarzem posiadającym kwalifikacje określone w art. 23 ust. 1, który nadzoruje część medyczną²⁴.

²¹ Podobne wątpliwości zgłosiła Naczelna Rada Lekarska w swoim stanowisku z dnia 31 stycznia 2020 r. w sprawie projektu ustawy o zmianie ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentysty oraz niektórych innych ustaw.

²² Załącznik nr 2 do OSR – Raport z konsultacji publicznych i opiniowania do projektu ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentysty oraz niektórych innych ustaw (UD 27) dotyczący eksperymentu medycznego, s. 9.

²³ Do oceny kwalifikacji zastosowanie znajduje art. 29 ust. 22 pkt 3 u.z.l.l.d., który nakłada obowiązek dołączenia do wniosku kierowanego do Komisji Bioetycznej dokumentów potwierdzających doświadczenie zawodowe i naukowe.

²⁴ Art. 29 ust. 23 pkt 2 u.z.l.l.d. nie przewiduje konieczności dołączenia do wniosku o wydanie opinii w sprawie eksperymentu medycznego załączenia dokumentów potwierdzających doświadczenie zawodowe i naukowe osoby wskazanej w art. 23 ust. 4 kierującej badaniami z art. 21 ust. 4.

2. Rola i zadania Komisji Bioetycznej po nowelizacji ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentysty – wybrane zagadnienia

Wraz z nowelizacją u.z.l.l.d. znacznie rozbudowano regulacje dotyczące zasad powoływania i funkcjonowania komisji bioetycznych oraz zasady postępowania w sprawie wydania opinii o projekcie eksperymentu medycznego²⁵.

W aktualnym brzmieniu u.z.l.l.d. wyraźnie podkreślono (art. 29 u.z.l.l.d.), że eksperyment medyczny może być przeprowadzony wyłącznie po wyrażeniu pozytywnej opinii o projekcie przez niezależną komisję bioetyczną. Podkreślono także, że opinia taka nie stanowi decyzji administracyjnej, a wyrażając opinię o projekcie eksperymentu medycznego komisja bioetyczna zbadać powinna m.in. warunki przeprowadzenia eksperymentu, kryteria etyczne dotyczące prowadzenia eksperymentów z udziałem człowieka oraz celowość i wykonalność projektu.

Ponadto w art. 29 ust. 4 u.z.l.l.d. zmodyfikowano grono podmiotów uprawnionych do powoływania komisji bioetycznej wskazując na: okręgową radę lekarską, rektora uczelni prowadzącej kształcenie w zakresie nauk medycznym lub nauk o zdrowiu, a także dyrektora instytutu badawczego nadzorowanego przez ministra właściwego do spraw zdrowia oraz dyrektora instytutu Polskiej Akademii Nauk należącego do Wydziału Nauk Medycznych.

W aktualnym brzmieniu u.z.l.l.d. wprost wymaga się, aby osoby powoływane do składu komisji spełniały konkretne warunki, tj. posiadały wysoki autorytet moralny, wysokie kwalifikacje specjalistyczne oraz znaczące doświadczenie w sprawach z zakresu eksperymentów medycznych (art. 29 ust. 4 u.z.l.l.d.). Podmiotem dokonującym oceny powyższych warunków powinien być podmiot powołujący.

Członkiem komisji bioetycznej nie może zostać osoba skazana prawomocnym wyrokiem sądu za przestępstwo umyślne ścigane z oskarżenia publicznego lub umyślne przestępstwo skarbowe lub prawomocnie skazana na karę pozbawienia prawa wykonywania zawodu albo karę zawieszenia prawa wykonywania zawodu (art. 29 ust. 8 u.z.l.l.d.), a kandydat na członka komisji bioetycznej przed powołaniem zobowiązany jest do pisemnego wyrażenia zgody na wzięcie udziału w pracach komisji oraz złożenie pisemnego oświadczenia o zachowaniu bezstronności

²⁵ Szeroką analizę historyczną powołania i zakresu kompetencji komisji etycznych opiniujących projekty badań na ludziach opracował M. C z a r k o w s k i, *Analiza działalności polskich komisji bioetycznych opiniujących projekty eksperymentów medycznych*, Warszawa 2010, s. 11–22.

i poufności (art. 29 ust. 9 u.z.l.l.d.). Obowiązek poufności pozostaje w ścisłym związku z art. 58 ust. 6 u.z.l.l.d zgodnie z którym, członek komisji bioetycznej albo Odwoławczej Komisji Bioetycznej, który wbrew przyjętemu na siebie zobowiązaniu ujawnia lub wykorzystuje informacje, z którymi zapoznał się w związku z pełnieniem swojej funkcji, podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo karze pozbawienia wolności do lat 2.

W ustawie szczegółowo uregulowano także formę i zakres wniosku do komisji bioetycznej o wydanie opinii o projekcie eksperymentu medycznego. Wniosek taki zawierać musi:

- oznaczenie osoby lub innego podmiotu zamierzającego przeprowadzić eksperyment medyczny, a w przypadku eksperymentu prowadzonego w dwóch lub więcej podmiotach – także nazwy wszystkich pozostałych podmiotów, w których eksperyment ma być przeprowadzony;
- tytuł eksperymentu medycznego i uzasadnienie co do jego celowości i wykonalności;
- dane (imię, nazwisko, adres), kwalifikacje zawodowe i naukowe osoby, która ma kierować eksperymentem medycznym;
- informacje o warunkach ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej uczestników eksperymentu;
- dane o spodziewanych korzyściach leczniczych i poznawczych oraz ewentualnie przewidywanych innych korzyściach dla uczestników.

Do wniosku należy dołączyć:

- szczegółowy opis eksperymentu medycznego, wraz z przewidywaną liczbą uczestników, miejscem i czasem realizacji eksperymentu;
- planowane procedury, warunki włączenia oraz wykluczenia uczestnika z udziału w eksperymentcie medycznym;
- przyczyny przerwania eksperymentu;
- planowane wykorzystanie wyników eksperymentu medycznego;
- dokumenty potwierdzające doświadczenie naukowe i zawodowe osoby, która ma kierować eksperymentem medycznym i osoby odpowiedzialnej za przeprowadzenie części niemedycejszej eksperymentu badawczego;
- wzór informacji przeznaczonej dla uczestnika eksperymentu medycznego zawierająca dane wskazane w art. 24 ust. 2 u.z.l.l.d.;
- wzór formularza zgody uczestnika²⁶;

²⁶ We wzorze formularza zgody uczestnika zawarte powinny być co najmniej stwierdzenia dotyczące: dobrowolnego wyrażenia zgody na poddanie się eksperymentowi medycznemu po zapoznaniu się z wcześniejszą informacją; potwierdzenia możliwości zadawania pytań prowadzącemu eksperyment medyczny i otrzymywania odpowiedzi na nie;

- wzór oświadczenia o przyjęciu przez uczestnika warunków ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej;
- wzór oświadczenia składanego przez uczestnika, w którym wyraża zgodę na przetwarzanie swoich danych związanych z udziałem w eksperymencie medycznym przez osobę lub podmiot przeprowadzający eksperyment;
- zgodę wyrażoną przez kierownika podmiotu, w którym planowane jest przeprowadzenie eksperymentu medycznego.

Nie wszystkie zagadnienia dotyczące funkcjonowania komisji bioetycznej oraz Odwoławczej Komisji Bioetycznej zostały szczegółowo rozwinięte w u.z.l.l.d. Część, na mocy art. 29 ust. 26 u.z.l.l.d., została delegowana Ministrowi do spraw zdrowia, który został zobowiązany do opracowania rozporządzenia regulującego szczegółowy tryb powoływania oraz sposób działania komisji bioetycznej oraz Odwoławczej Komisji Bioetycznej, wzoru oświadczenia o zachowaniu bezstronności i poufności, a także szczegółowego sposobu postępowania z wnioskiem o wyrażenie opinii w sprawie eksperymentu medycznego.

Warto nadmienić, że regulacje zawarte w u.z.l.l.d. w zakresie w jakim dotyczą komisji bioetycznych, odbiły się szerokim echem w środowisku naukowo-badawczym. Podnoszono zarzut niewłaściwej regulacji. Naczelna Rada Lekarska już na etapie konsultacji nad projektem u.z.l.l.d. wskazywała, że „art. 29 ust. 1 zawęża krąg osób mogących zostać powołanymi do składu komisji bioetycznej na skutek przewidzenia, iż osoby te oprócz posiadania wysokiego autorytetu moralnego i wysokich kwalifikacji specjalistycznych muszą dodatkowo posiadać znaczące doświadczenie w sprawach z zakresu eksperymentów medycznych. Cecha ta, jak podkreślała Naczelna Rada Lekarska, mogłaby być co najwyżej pożądana, aby nie zawężać znacząco kręgu osób uprawnionych. Zdaniem NRL przepis powinien zostać zmieniony i w ostatecznej wersji brzmieć „Do składu komisji powołuje się osoby posiadające wysoki autorytet moralny, wysokie kwalifikacje specjalistyczne oraz doświadczenie z zakresu etyki badań naukowych”²⁷. W odpowiedzi na zgłoszone przez NRL uwagi, Ministerstwo Zdrowia stwierdziło, iż nie zasługują one na uwzględnienie bowiem „przepis ma na celu włączenie do składu komisji osoby, które zajmują się eksperymentami medycznymi. Tylko takie osoby mogą bowiem dokonać po-

uzyskania informacji o możliwości odstąpienia od udziału w eksperymencie medycznym w każdym jego stadium. (art. 29 ust. 23 pkt 4 lit. a–c u.z.l.l.d.).

²⁷ Załącznik nr 2 do OSR – Raport z konsultacji publicznych i opiniowania do projektu ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentysty oraz niektórych innych ustaw (UD 27) dotyczący eksperymentu medycznego, s. 2–3.

prawnej, profesjonalnej oceny projektu badawczego. Samo doświadczenie w zakresie etyki badań naukowych nie jest wystarczające”²⁸.

Wkrótce po wejściu w życie znowelizowanej u.z.l.l.d. rozpoczęto prace nad rozporządzeniem, o którym ustawodawca wspominał w art. 29 ust. 26 u.z.l.l.d., którego celem było uregulowanie szczegółowego trybu powoływania oraz sposobu funkcjonowania komisji bioetycznych oraz Odwoławczej Komisji Bioetycznej. W rezultacie podjętych prac przygotowany został projekt rozporządzenia Ministra Zdrowia z dnia 28 grudnia 2021 r. w sprawie komisji bioetycznej oraz Odwoławczej Komisji Bioetycznej (dalej: projekt rozporządzenia).

W projekcie rozporządzenia określono szczegółowy tryb powoływania komisji bioetycznej, sposób jej działania, kryteria jakie powinien spełniać kandydat na członka komisji bioetycznej oraz okres pełnienia funkcji w komisji bioetycznej. Wyliczono także katalog zawodów reprezentowanych przez członków komisji bioetycznej związanych z systemem ochrony zdrowia i reprezentujących dyscyplinę naukową²⁹. Podkreślono, że w skład komisji bioetycznej wchodzić mają także przedstawiciele innych zawodów mających bezpośrednie zastosowanie w pracach komisji, którzy reprezentują dyscyplinę naukową: filozofia (filozof), nauki teologiczne (teolog), a także reprezentujący nauki prawne – osoby wykonujące zawód prawniczy. Doprecyzowano także kwalifikacje członków komisji bioetycznej związane z ich wiedzą i doświadczeniem zawodowym. Wedle niniejszego projektu członkiem komisji bioetycznej mogłaby zostać osoba posiadająca wykształcenie wyższe i co najmniej tytuł zawodowy magistra lub równorzędny w wymaganej dziedzinie lub dyscyplinie i odpowiednie doświadczenie zawodowe³⁰.

W analizowanym projekcie rozporządzenia przewidziano także, że członek komisji bioetycznej, który wykonuje zawód lekarza, lekarza dentystry, farmaceuty, pielęgniarki, położnej lub diagnosty laboratoryjnego legitymować się musi co najmniej 10-letnim doświadczeniem w wykonywaniu zawodu i co najmniej 5-letnią praktyką w prowadzeniu badań naukowych w dziedzinie nauk medycznych i nauk o zdrowiu³¹. W przypadku członków komisji bioetycznej którzy nie wykonują zawodu medycznego

²⁸ *Ibidem*, s. 2.

²⁹ Nauki medyczne, nauki farmaceutyczne lub nauki o zdrowiu, lekarz lub lekarz dentysta, farmaceuta, pielęgniarka lub położna, diagnosta laboratoryjny.

³⁰ Uzasadnienie do projektu rozporządzenia Ministra Zdrowia w sprawie komisji bioetycznych oraz Odwoławczej Komisji Bioetycznej z dnia 28 grudnia 2021, s. 1–2.

³¹ Nie jest wskazane jakie ma być źródło pochodzenia owej wiedzy (prowadzenie eksperymentów medycznych, ukończenie kursu lub studiów podyplomowych w niniejszej dziedzinie).

(filozof, teolog) – min. 7-letnie doświadczenie zawodowe oraz wiedza w zakresie bioetyki, a w przypadku przedstawiciela zawodu prawniczego – min. 7-letnie doświadczenie w zakresie stosowania prawa medycznego.

Ponadto, w projekcie rozporządzenia określono liczebność komisji na poziomie 11–15 członków³², jednocześnie doprecyzowując, iż w składzie komisji bioetycznej powinno być nie więcej niż 11 członków reprezentujących zawody medyczne, maksymalnie 2 wykonujących zawód filozofa, teologa i maksymalnie 2 wykonujących zawód prawniczy, przy jednoczesnym zaznaczeniu, że min. 70% osób zasiadających w składzie komisji powinno wykonywać zawód lekarza lub lekarza dentystry i nie więcej niż 30% powinni stanowić członkowie wykonujący inne zawody.

W przypadku Odwoławczej Komisji Bioetycznej wybór członków jest poprzedzony zasięgnięciem opinii Naczelnej Rady Lekarskiej. Wniosek do NRL o wydanie opinii o danym kandydacie powinien uwzględniać w szczególności dane z zakresu doświadczenia zawodowego oraz praktyki w prowadzeniu eksperymentów medycznych. W przypadku członków Odwoławczej Komisji Bioetycznej, podobnie jak ma to miejsce w przypadku pozostałych komisji bioetycznych, przewiduje się konieczność spełnienia określonych wymogów. W przypadku filozofa, teologa, prawnika – min. 7-letnie doświadczenie zawodowe i wiedza z zakresu bioetyki (teolog, filozof) albo stosowania prawa medycznego (prawnik) oraz posiadanie co najmniej stopnia naukowego doktora. W przypadku członków wykonujących zawody medyczne przewiduje się wymóg posiadania co najmniej stopnia naukowego doktora w dziedzinie nauki medycznej, nauki farmaceutycznej, nauki o zdrowiu oraz min. 10-letnie doświadczenie w wykonywaniu zawodu i co najmniej 5-letnią praktykę w prowadzeniu badań naukowych w dziedzinie nauk medycznych i nauk o zdrowiu.

Projekt rozporządzenia określa liczebność składu Odwoławczej Komisji Bioetycznej na poziomie 11–13 członków, przy czym 9 – reprezentować powinno zawód lekarza lub lekarza dentystry, farmaceuty, pielęgniarki, położnej lub diagnosty laboratoryjnego; 2 – filozofa, teologa; 2 – zawód prawniczy. Jednocześnie 70% składu stanowić muszą członkowie wykonujący zawód lekarza lub lekarza dentystry, a 30% pozostali członkowie.

Kadencja zarówno komisji bioetycznej, jak i Odwoławczej Komisji Bioetycznej trwać ma cztery lata, a ta sama osoba będzie mogła zostać powołana do składu komisji nie więcej niż przez dwie następujące po sobie kaden-

³² Taka sama liczba członków komisji bioetycznej jest wskazana w aktualnie obowiązującym rozporządzeniu tj. rozporządzeniu Ministra Zdrowia i Opieki Społecznej z dnia 11 maja 1999 r. w sprawie szczegółowych zasad powoływania i finansowania oraz trybu działania komisji bioetycznych (Dz. U. z 1999 r., poz. 480).

cje. Jednocześnie podkreślono, że po przerwie (trwającej jedną kadencję) możliwe będzie ponowne powołanie do składu komisji bioetycznej³³.

Przepisy projektowanego rozporządzenia przewidują, że komisja bioetyczna, która wydała negatywną opinię o projekcie eksperymentu medycznego będzie mogła skorzystać z instytucji ponownego rozpatrzenia wniosku. W przypadku, gdy komisja bioetyczna, która wydała uchwałę wyrażającą negatywną opinię o projekcie eksperymentu medycznego uzna, że odwołanie wniesione przez uprawniony podmiot zasługuje w całości na uwzględnienie, będzie mogła wydać nową opinię, w terminie 30 dni od otrzymania odwołania (§ 14 ust. 7 projektu rozporządzenia).

Uchwała komisji bioetycznej ma być przekazywana wnioskodawcy bez zbędnej zwłoki, w terminie nie dłuższym niż miesiąc od dnia jej podjęcia.

Projektowane rozporządzenie odnosi się także do zasad finansowania Odwoławczej Komisji Bioetycznej. Kwota przysługującego członkom wynagrodzenia ma być zróżnicowana w zależności od pełnionej funkcji i ciężaru realizowanych zadań. Wedle założeń projektu, Przewodniczącemu Odwoławczej Komisji Bioetycznej przysługiwać ma wynagrodzenie na poziomie 40% przeciętnego miesięcznego wynagrodzenia w sektorze przedsiębiorstw.³⁴ Zastępcy przewodniczącego oraz sekretarzowi naukowemu – 30% wspomnianego wcześniej wynagrodzenia, a pozostałym członkom 20%. Członkom Odwoławczej Komisji Bioetycznej wynagrodzenie ma być wypłacane jednorazowo do 15 grudnia danego roku, a ekspertom za sporządzenie opinii (20% wynagrodzenia według zasad obliczania właściwych dla członków Odwoławczej Komisji Bioetycznej) nie później niż w ciągu dwóch miesięcy od daty jej sporządzenia³⁵.

W przywoływanym projekcie zastrzeżono, że komisje bioetyczne powołane przed wejściem w życie rozporządzenia będą mogły pełnić swoje funkcje w dotychczasowych składach, nie dłużej niż przez okres trzech miesięcy od momentu wejścia w życie niniejszych przepisów³⁶. Jednocześnie podkreślono, że do spraw wszczętych i niezakończonych przed dniem wejścia w życie zastosowanie znajdą dotychczasowe przepisy³⁷.

³³ Uzasadnienie do projektu rozporządzenia Ministra Zdrowia w sprawie komisji bioetycznych oraz Odwoławczej Komisji Bioetycznej z dnia 28 grudnia 2021 r., s. 3–5.

³⁴ Bez wypłaty nagród z zysku za ubiegły rok, ogłoszonego w drodze obwieszczenia przez Prezesa GUS w Dzienniku Urzędowym Rzeczypospolitej Polskiej „Monitor Polski”.

³⁵ § 18 ust. 2 i 3 projektu rozporządzenia.

³⁶ § 20 projektu rozporządzenia.

³⁷ § 19 projektu rozporządzenia.

Głos w temacie analizowanego projektu zabrała Naczelna Rada Lekarska, stwierdzając m.in., że³⁸:

- wprowadzenie zasady dwukadencyjności może negatywnie wpłynąć na możliwość wyłonienia i powołania do komisji bioetycznej osób z odpowiednim doświadczeniem, a wprowadzenie takiej zasady wykracza poza zakres upoważnienia zawartego w art. 29 ust. 26 pkt 1 u.z.l.l.d. Zachowanie przepisu o dwukadencyjności wymaga doprecyzowania, czy ograniczenie to dotyczy osób będących członkami komisji bioetycznych i Odwoławczej Komisji Bioetycznej powołanych na podstawie dotychczasowych przepisów;
- w odniesieniu do członków komisji bioetycznej wykonujących zawód lekarza lub lekarza dentystry wprowadzenie wymogu posiadania odpowiedniego doświadczenia w prowadzeniu badań naukowych wydaje się zbędny. Istotne jest bowiem posiadanie odpowiedniego doświadczenia w wykonywaniu zawodu lekarza lub lekarza dentystry;
- projekt nie określa jednoznacznie zakresu zadań sekretarza naukowego w Odwoławczej Komisji Bioetycznej. Nie jest też jasne, czy sekretarz naukowy jest jednocześnie sekretarzem komisji, o którym mowa w art. 29 ust. 13 pkt 3 u.z.l.l.d oraz kto odpowiada za obsługę komisji bioetycznej – w szczególności za przygotowanie i prowadzenia dokumentacji dla potrzeb komisji bioetycznej;
- 14-dniowy termin na wydanie opinii kandydatów na członków Okręgowej Komisji Bioetycznej jest zbyt krótki, nie uwzględnia bowiem ani kolegialnego charakteru NRL ani faktu, że NRL obraduje na posiedzeniach, które odbywają się cyklicznie. Okres na sporządzenie opinii wynosić powinien min. 21 dni;
- projekt rozporządzenia przewiduje możliwość prowadzenia posiedzeń komisji bioetycznej zdalnie, z wykorzystaniem środków komunikacji elektronicznej na odległość, ale nie określa kto i w jaki sposób ma podpisać uchwałę komisji bioetycznej w sytuacji, gdy będzie w formie dokumentu elektronicznego;
- niejasne wydaje się także, wprowadzenie możliwości wydania przez komisję bioetyczną warunkowej opinii o projekcie eksperymentu medycznego w sytuacji, kiedy dokumentacja wymaga uzupełnienia lub usunięcia uchybień, które nie uzasadniają odrzucenia wniosku. Do-

³⁸ Stanowisko Nr 4/22/P-VIII Prezydium Naczelnej Rady Lekarskiej z dnia 10 stycznia 2022 r. w sprawie projektu rozporządzenia Ministra Zdrowia w sprawie komisji bioetycznej oraz Odwoławczej Komisji Bioetycznej.

precyzowania wymaga określenie, o jakie uzupełnienia lub usunięcia uchybień może chodzić;

- nie jest wskazane źródło pochodzenia środków finansowych przeznaczonych na finansowanie działalności komisji bioetycznych, w szczególności nie wskazano, że środki te pochodzą z opłat wnoszonych przez podmiot zamierzający przeprowadzić eksperyment medyczny. Brakuje także informacji, z której wynikać powinno, że wszczęcie postępowania na podstawie wniosku o wydanie opinii przez komisję bioetyczną uzależnione jest od wniesienia opłaty;
- 3 miesięczny okres przewidziany na powołanie nowych komisji bioetycznych i Odwoławczej Komisji Bioetycznej jest zbyt krótki, co może skutkować niewyłonieniem składów i rezultacie niedochowanie terminów rozpoznania wniosków.

Należy zwrócić uwagę także na niespójność przepisu art. 29 ust. 3 u.z.l.l.d. wedle którego „Komisje bioetyczne i Odwoławcza Komisja bioetyczna wydają także opinie dotyczące badań naukowych, jeżeli inne ustawy tak stanowią, w zakresie określonym w tych ustawach” a tymczasem z § 13 ust. 2 projektu rozporządzenia wynika, że „Wniosek, który nie stanowi projektu eksperymentu medycznego, nie będzie podlegał rozpatrzeniu przez komisję bioetyczną. Przewodniczący komisji bioetycznej w przypadku wątpliwości będzie mógł skierować wniosek na posiedzenie komisji bioetycznej z rekomendacją do jego odrzucenia”.

Wątpliwości jakie się rysują na tle tych przepisów, szczególnie odbić się mogą na uczelniach kształcących w zakresie nauk medycznych lub nauk o zdrowiu, gdzie powszechną praktyką jest wnioskowanie do komisji bioetycznej o wydanie opinii w sprawie projektów prac magisterskich czy licencjackich, które nie spełniają warunków eksperymentów medycznych, a ich opiniowanie ma na celu ocenę celowości, zasadności i kryteriów etycznych planowanych prac.

3. Odpowiedzialność cywilna podmiotu przeprowadzającego eksperyment – wybrane zagadnienia

Zgodnie z treścią art. 23c ust. 1 ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentysty eksperyment medyczny może być przeprowadzony po zawarciu przez podmiot przeprowadzający eksperyment medyczny umowy ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej na rzecz jego uczestnika oraz osoby, której skutki eksperymentu mogą bezpośrednio dotknąć. Przyjęty przez ustawodawcę sposób regulacji wzbudził duże zainteresowanie środowiska ubezpieczeniowego. Polska Izba Ubezpieczeń odnosząc się

do nowelizacji u.z.l.l.d. stwierdziła m.in., że „Istotą ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej jest ochrona podmiotu ubezpieczonego przed odpowiedzialnością cywilną za skutki jego działań/zaniechań. Zwrot „na rzecz jego uczestnika....” może prowadzić do trudnego do zaakceptowania wniosku, że przedmiotowe ubezpieczenie ma być zawarte w celu ochrony odpowiedzialności cywilnej uczestnika. Oczywistym jest jednak, że to podmiot przeprowadzający eksperyment medyczny podejmuje działania, które mogą narazić go na odpowiedzialność cywilną wobec uczestnika badania, nie odwrotnie. Zatem podmiot przeprowadzający eksperyment medyczny zawiera ww. umowę ubezpieczenia na własny rachunek, aby chronić go przed odpowiedzialnością wobec uczestnika eksperymentu medycznego. Trudno uznać, że inny był cel wprowadzonej regulacji”³⁹.

Ustawodawca w art. 23 c ust. 3 u.z.l.l.d. zawarł delegację, powierzając ministrowi właściwemu do spraw instytucji finansowych w porozumieniu z ministrem właściwym do spraw zdrowia, po zasięgnięciu opinii Polskiej Izby Ubezpieczeń, obowiązek określenia w drodze rozporządzenia, szczegółowego zakresu ubezpieczenia obowiązkowego, terminu powstania obowiązku ubezpieczenia oraz minimalną sumę gwarancyjną.

W następstwie niniejszej delegacji wydane zostało rozporządzenie Ministra Finansów, Funduszy i Polityki Regionalnej z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie obowiązkowego ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej podmiotu przeprowadzającego eksperyment medyczny⁴⁰, które w § 2 określa zakres obowiązkowego ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej podmiotu przeprowadzającego eksperyment medyczny. Wedle niniejszej regulacji ubezpieczeniem OC objęta jest odpowiedzialność cywilna podmiotu przeprowadzającego eksperyment medyczny (dalej: ubezpieczony), za szkody wyrządzone jego działaniem lub zaniechaniem, uczestnikowi eksperymentu medycznego (art. 21 ust. 5 u.z.l.l.d.) oraz osobie, której skutki eksperymentu mogą bezpośrednio dotknąć, w związku z przeprowadzaniem eksperymentem medycznym, które to działanie lub zaniechanie miało miejsce w okresie ubezpieczenia. Z zakresu niniejszego ubezpieczenia wyłączona została odpowiedzialność za szkody wyliczone § 2 ust. 2 i 3 wspomnianego powyżej rozporządzenia tj. szkody:

- polegające na uszkodzeniu, zniszczeniu lub utracie rzeczy;

³⁹ <https://piu.org.pl/blogpiu/zmienione-zasady-przeprowadzania-eksperymentow-medycznych- stanowisko-piu/> (dostęp: 10 stycznia 2022 r.); zob. odpowiedź Polskiej Izby Ubezpieczeń z dnia 24 lutego 2020 (203/2020) na pismo SPS-WP-173-19/20 z dnia 21 stycznia 2020 r.

⁴⁰ Dz. U. z 2020 r., poz. 2412.

- wyrządzone przez osobę biorącą udział w przeprowadzaniu eksperymentu medycznego bez wymaganych prawem uprawnień lub kwalifikacji albo w okresie ich zawieszenia;
- powstałe wskutek przeprowadzania eksperymentu medycznego bez uzyskania pozytywnej opinii komisji bioetycznej albo Odwoławczej Komisji Bioetycznej, albo wbrew jej warunkom;
- powstałe wskutek przeprowadzania eksperymentu medycznego, którym kieruje osoba niespełniająca wymagań określonych w art. 23 ustawy o zawodzie lekarza i lekarza dentystry;
- powstałe wskutek działań wojennych, rozruchów i zamieszek, a także aktów terroru;
- uszczerbek majątkowy polegający na zapłacie kary umownej.

Treść rozporządzenia dalece odbiegała od kształtu regulacji zaproponowanej w art. 23c ust. 1 u.z.l.l.d. wzbudzając kolejne kontrowersje. W efekcie przyjętej regulacji ochrona ubezpieczeniowa jest udzielana na podstawie przepisów właściwych dla prawa cywilnego, w tym art. 415 Kodeksu cywilnego⁴¹, co oznacza, że szkoda musi być zawiniona przez ubezpieczonego i może nie powstać ochrona za szkody powstałe na skutek eksperymentu medycznego, opisane w informacji dla uczestnika eksperymentu medycznego w sytuacji, gdy na takie ryzyko wyraził on zgodę przystępując do udziału w eksperymencie medycznym. Wątpliwości budzić może także wyłączenie z zakresu ubezpieczenia szkód, na które uczestnik eksperymentu czy osoba, której skutki eksperymentu mogą bezpośrednio dotknąć, nie ma wpływu i nad którymi nie sprawuje kontroli np. weryfikacja uprawnień lub kwalifikacji osoby biorącej udział w przeprowadzaniu eksperymentu medycznego czy prowadzenie eksperymentu medycznego bez uzyskania pozytywnej opinii komisji bioetycznej, albo szkód powstałych wskutek przeprowadzania eksperymentu, którym kieruje osoba niespełniająca wymagań wskazanych w art. 23 u.z.l.l.d., a także powstałych wskutek działań wojennych, zamieszek czy aktów terroru. Wątpliwości zgłaszała w tym względzie m.in. Naczelna Rada Lekarska podkreślając m.in., że „zakres obowiązkowego ubezpieczenia OC podmiotu przeprowadzającego eksperyment medyczny (§ 2 rozporządzenia) nie obejmuje działań, które są niezawinione i wynikają z nowatorskiego charakteru prowadzonego eksperymentu medycznego. W ocenie Prezydium NRL uczestnik eksperymentu powinien mieć zapewnioną realną możliwość uzyskania odszkodowania za szkody zdrowotne poniesione w związku z udziałem w eksperymencie medycz-

⁴¹ Tekst jedn. Dz. U. z 2020 r., poz. 1740.

nym, a zatem także za szkody, które nie powstały w wyniku działania lub zaniechania podmiotu przeprowadzającego eksperyment medyczny. Znacznie częściej odszkodowanie będzie należało się uczestnikom eksperymentów medycznych oraz osobom, których skutki eksperymentu mogą bezpośrednio dotknąć z powodów innych niż te, które obejmuje swoim zakresem każde ubezpieczenie odpowiedzialności cywilnej⁴².

Innym utrudnieniem, przy aktualnej treści rozporządzenia, na jakie może natknąć się uczestnik eksperymentu lub osoba, której skutki eksperymentu mogą bezpośrednio dotknąć jest konieczność udowodnienia faktu poniesienia szkody (art. 6 k.c.), co w świetle złożoności eksperymentów medycznych może okazać się niezwykle trudne.

Problematyczna pozostaje także wysokość minimalnej sumy gwarancyjnej ubezpieczenia OC zaproponowana w przywoływanym rozporządzeniu (50 tys. Euro – w przypadku eksperymentu leczniczego, o którym mowa w art. 21 ust. 2 u.z.l.l.d i 100 tys. Euro – w przypadku eksperymentu badawczego, o którym mowa w art. 21 ust. 3 u.z.l.l.d)⁴³. Zdaniem Naczelnej Rady Lekarskiej, która zwracała uwagę na rażąco wygórowaną minimalną sumę gwarancyjną przewidzianą dla eksperymentów badawczych, przy jednoczesnej dużo niższej minimalnej sumie gwarancyjnej przewidzianej dla eksperymentów leczniczych, „Zgodnie z definicją zawartą w ustawie o zawodach lekarza i lekarza dentysty (art. 21 ust. 3), przeprowadzenie eksperymentu badawczego jest dopuszczalne wówczas, gdy uczestnictwo w nim nie jest związane z ryzykiem albo ryzyko jest niewielkie i nie pozostaje w dysproporcji do możliwych pozytywnych rezultatów takiego eksperymentu. Z treści ww. przepisu jasno wynika, że istnieją eksperymenty badawcze, w których uczestnik nie jest narażony na żadne ryzyko. Dlatego przyjęcie minimalnej sumy gwarancyjnej w wysokości 100.000 euro dla eksperymentu badawczego, w którym uczestnicy nie są narażeni na żadne ryzyko, jest nieuzasadnionym działaniem na korzyść towarzystw ubezpieczeniowych i ze szkodą dla rozwoju nauki, badań naukowych prowadzonych z udziałem ludzi oraz dla społeczeństwa, które może zostać pozbawione tego rodzaju działalności naukowej w wyniku braku środków finansowych przez podmiot realizujący eksperyment na opłacenie składki z tytułu bardzo wysokiej i niczym nieu-

⁴² Stanowisko nr 139/20/P-VIII Naczelnej Rady Lekarskiej z dnia 4 grudnia 2020 r. w sprawie projektu rozporządzenia Ministra Finansów, Funduszy i Polityki Regionalnej w sprawie obowiązkowego ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej podmiotu przeprowadzającego eksperyment medyczny, tekst dostępny: <https://nil.org.pl/aktualnosci/5202-stanowisko-podjete-przez-pnrl-w-dniu-4-grudnia-2020-r> (dostęp: 10 stycznia 2022 r.).

⁴³ Zob. np. stanowisko Polskiej Izby Ubezpieczeń czy Naczelnej Rady Lekarskiej.

zasadnionej wysokości sumy gwarancyjnej obowiązkowego ubezpieczenia OC. W związku z powyższym wskazane jest znaczące obniżenie wysokości minimalnej sumy gwarancyjnej dla eksperymentu badawczego, w tym do wysokości 1000 euro w odniesieniu do eksperymentów badawczych, w których uczestnik i osoby, których skutki eksperymentu mogą bezpośrednio dotknąć nie są narażone na żadne ryzyko. Niezależnie od powyższego zdaniem Prezydium NRL zasadne jest dokonanie nowelizacji ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentysty poprzez rozszerzenie art. 23c o zwolnienie z obowiązku zawarcia umowy OC w przypadku eksperymentu badawczego, w którym uczestnicy nie są narażeni na żadne ryzyko. Aktualny stan prawny zobowiązuje podmiot realizujący eksperyment badawczy, w którym uczestnicy nie są narażeni na żadne ryzyko, do wykupienia polisy ubezpieczeniowej⁴⁴.

W sprawie głos zabrała także Polska Izba Ubezpieczeń, podkreślając, że „(...) Zakres przeprowadzanych eksperymentów medycznych jest na tyle szeroki i zróżnicowany, podobnie jak czas ich trwania, że praktycznie jest niemożliwe ustalenie wysokości sumy gwarancyjnej, która byłaby odpowiednia dla każdego jednostkowego eksperymentu medycznego (...)”⁴⁵.

Zgłaszane uwagi nie zostały uwzględnione, co z chwilą wejścia w życie znowelizowanej u.z.l.l.d oraz rozporządzenia regulującego obowiązek ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej podmiotu przeprowadzającego eksperyment medyczny, doprowadziło do wielu niejasności interpretacyjnych, które przez kolejne miesiące były przedmiotem dyskusji środowisk medycznych, prawniczych i ubezpieczeniowych.

Część spośród wspomnianych wyżej niejasności, Ministerstwo Zdrowia starało się wyjaśnić publikując dnia 12 lutego 2021 r. Komunikat Ministra Zdrowia w sprawie stosowania rozporządzenia Ministra Zdrowia, Funduszy i Polityki Regionalnej z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie obowiązkowego ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej podmiotu przeprowadzającego eksperyment oraz odpowiedzi z dnia 29 marca 2021 r. na pytania skierowane do Ministerstwa Zdrowia przez dr n. med. Jerzego Badowskiego – zastępcę Dyrektora ds. Lecznictwa Wojewódzkiego Wielospecjalistycznego Centrum Onkologii i Traumatologii im. M. Kopernika w Łodzi.

⁴⁴ Stanowisko nr 139/20/P-VIII Naczelnej Rady Lekarskiej z dnia 4 grudnia 2020 r. w sprawie projektu rozporządzenia Ministra Finansów, Funduszy i Polityki Regionalnej w sprawie obowiązkowego ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej podmiotu przeprowadzającego eksperyment medyczny, tekst dostępny: <https://nil.org.pl/aktualnosci/5202-stanowisko-podjete-przez-pnrl-w-dniu-4-grudnia-2020-r> (dostęp: 10 stycznia 2022 r.).

⁴⁵ Odpowiedź Polskiej Izby Ubezpieczeń z dnia 24 lutego 2020 r. (203/2020) na pismo SPS-WP-173-19/20 z dnia 21 stycznia 2020 r.

4. Prawo, a praktyka – wyjaśnienie wątpliwości

Rozwiązania prawne nie zawsze odzwierciedlają oczekiwania grup, dla których są projektowane. Jednak dobrze, kiedy są przemyślane i spójne. Nowelizacja ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentysty, w zakresie w jakim dotyczy to analizowanego na łamach niniejszego artykułu problemu, z całą pewnością wywołała sporo niejasności interpretacyjnych. Większość z nich podnoszona była już na etapie prac nad projektem ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentysty oraz rozporządzenia w sprawie obowiązkowego ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej podmiotu przeprowadzającego eksperyment medyczny. Chaos potęgował szczególnie art. 23 c ust. 1 u.z.l.l.d. wedle którego, „Eksperyment medyczny, może być przeprowadzony po zawarciu przez podmiot przeprowadzający eksperyment medyczny umowy ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej na rzecz jego uczestnika oraz osoby, której skutki eksperymentu mogą bezpośrednio dotknąć” i rozporządzenie Ministra Finansów, Funduszy i Polityki Regionalnej z dnia 23.12.2020 r. w sprawie obowiązkowego ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej podmiotu przeprowadzającego eksperyment medyczny, które weszło w życie 1 stycznia 2021 r.⁴⁶

W następstwie, tak licznych trudności interpretacyjnych środowisko, medyczne, prawnicze i ubezpieczeniowe przez pierwsze miesiące toczyło spory o właściwą interpretację wprowadzonych przepisów. Niektóre wątpliwości miały tak istotne znaczenie, że dnia 12 lutego 2021 r. Ministerstwo Zdrowia opublikowało komunikat w sprawie stosowania rozporządzenia Ministra Finansów, Funduszy i Polityki Regionalnej z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie obowiązkowego ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej podmiotu przeprowadzającego eksperyment medyczny⁴⁷.

Pierwszym problemem poruszonym w komunikacie była kwestia zakresu przedmiotowego rozporządzenia regulującego obowiązek ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej podmiotu przeprowadzającego eksperyment. Wedle komunikatu, zakresem przedmiotowym niniejszego rozporządzenia objęte zostały eksperymenty medyczne, o których mowa w art. 21 ust. 1 u.z.l.l.d., tj. eksperymenty lecznicze i badawcze, z wyłączeniem przepisów określających odmienne zasady i tryb przeprowadzania badań klinicznych lub badań genetycznych, o czym stanowi wprost art. 29a u.z.l.l.d. Podkreślono także, że eksperyment medyczny będący bada-

⁴⁶ Dz. U. poz. 2412.

⁴⁷ RKN.07.21.2021.EO.

niem klinicznym podlega regulacjom zawartym w ustawie z dnia 6 września 2021 r. Prawo farmaceutyczne⁴⁸.

W nawiązaniu do zakresu podmiotowego rozporządzenia Ministerstwo Zdrowia wyjaśniło, że dotyczy ono jednostek, które przeprowadzają eksperymenty medyczne, a zazwyczaj należą do nich jednostki organizacyjne uczelni i instytutów badawczych, ale też podmiotów leczniczych. Podkreślono, że „Na gruncie polskiej praktyki naukowej w dziedzinie nauk medycznych i nauk o zdrowiu, instytucjonalną bazą do realizacji ww. działalności naukowo-medycznej są podmioty ujęte w art. 7 ustawy z dnia 20 lipca 2018 r. – Prawo o szkolnictwie wyższym i prowadzące działalność w dziedzinie nauk medycznych i nauk o zdrowiu. Toteż te uznaje się za podmioty przeprowadzające eksperymenty medyczne w rozumieniu instytucjonalnym. W przypadku gdy eksperyment medyczny jest przeprowadzany bezpośrednio przez podmiot leczniczy (np. szpital), to wówczas pełni on podwójną funkcję, tj. podmiotu przeprowadzającego eksperyment medyczny i zarazem podmiotu, w którym eksperyment jest przeprowadzany. Za wyodrębnieniem tej funkcji decyduje jednoznacznie zadekretowanie eksperymentu medycznego – jako projektu naukowo-badawczego do określonej jednostki. Z kolei podmiotami, w których przeprowadza się eksperymenty medyczne, są podmioty lecznicze z uwagi na posiadaną infrastrukturę medyczną i dostęp do pacjentów o określonym profilu schorzeń rekrutowanych do eksperymentów medycznych”⁴⁹.

Wyjaśnienia Ministerstwa okazały się niewystarczające. Nadal bowiem wracały wątpliwości dotyczące zakresu przedmiotowego rozporządzenia, tzn. obowiązku objęcia ubezpieczeniem z art. 23 c ust. 1 eksperymentów medycznych wyodrębnionych w art. 21 ust. 4 u.z.i.l.d., czyli eksperymentów medycznych polegających na przeprowadzeniu badań materiału biologicznego, w tym genetycznego, pobranego od osoby dla celów naukowych oraz odpowiedzi na pytanie, kim jest „osoba, której skutki eksperymentu mogą bezpośrednio dotknąć”, na rzecz której (obok uczestnika eksperymentu medycznego) zawarta ma zostać umowa ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej przez podmiot przeprowadzający eksperyment⁵⁰.

⁴⁸ Dz. U. z 2020 r., poz. 944 z późn. zm.

⁴⁹ Komunikat Ministra Zdrowia z dnia 12 lutego 2021 r. w sprawie stosowania rozporządzenia Ministra Finansów, Funduszy i Polityki Regionalnej z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie obowiązkowego ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej podmiotu przeprowadzającego eksperyment medyczny, s. 2.

⁵⁰ Osoba, której skutki eksperymentu mogą bezpośrednio dotknąć pojawia się także w § 2 rozporządzenia Ministra Finansów, Funduszy i Polityki Regionalnej z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie obowiązkowego ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej pod-

W rezultacie, dnia 29 marca 2021 r. Ministerstwo Zdrowia opublikowało odpowiedź na pismo dr n. med. Jerzego Badowskiego – zastępcę Dyrektora ds. Lecznictwa Wojewódzkiego Wielospecjalistycznego Centrum Onkologii i Traumatologii im. M. Kopernika w Łodzi, ustosunkowując się w nim do powyższych wątpliwości.

Ministerstwo Zdrowia w powyższej odpowiedzi stwierdziło „(...) Odnosząc się do kwestii dotyczącej obowiązku zawarcia, na podstawie art. 21 ust. 4 u.z.l.l.d., umowy ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej w zakresie eksperymentów medycznych w postaci badań materiału biologicznego, w tym genetycznego, pobranego dla celów, zaznaczyć należy że każde postępowanie, dotyczące sytuacji opisanej w wyżej wymienionym artykule, wymaga zawarcia umowy ubezpieczenia, jako że operowanie dla celów naukowych pobranym materiałem biologicznym/genetycznym wymaga nadzoru i szczególnej kontroli. (...) Bezwzględnie wymagane jest (...) dopełnienie obowiązku zawarcia umowy ubezpieczenia, ponieważ przedmiotem ochrony są szczególne unikatowe dane – dane genetyczne uczestnika, będące nośnikiem informacji wrażliwych o pacjencie (uczestniku badania) i jego rodzinie. Ustawodawca reprezentuje bowiem pogląd, że może zaistnieć poważne ryzyko doznania szkody poprzez niewłaściwą ochronę materiału biologicznego i nadanych genetycznych w związku z jego pobraniem”⁵¹. Należy się jednak spodziewać, że przywołana powyżej interpretacja ma charakter tymczasowy, bowiem jak podkreślono w cytowanym piśmie „(...) co do badań genetycznych nie ma na obecną chwilę regulacji rangi ustawowej (...). Dlatego przepisy niniejszej ustawy mają aktualnie również zastosowanie do badań genetycznych w rozumieniu eksperymentu medycznego”⁵². Oznacza to zapewne, że wraz z pojawieniem się ustawy regulującej problematykę badań genetycznych oraz biobanków stworzone zostaną odrębne ramy ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej dla eksperymentów medycznych ujętych w art. 21 ust. 4 u.z.l.l.d. Podobnie jak ma to miejsce w przypadku badań klinicznych.

miotu przeprowadzającego eksperyment medyczny. § 2 rozporządzenia „Ubezpieczeniem OC jest objęta odpowiedzialność cywilna podmiotu przeprowadzającego eksperyment medyczny, zwanego dalej „ubezpieczonym”, za szkody wyrządzone jego działaniem lub zaniechaniem, uczestnikowi, o którym mowa w art. 21 ust. 5 ustawy z dnia 5 grudnia 1996 r. o zawodach lekarza i lekarza dentysty, zwanej dalej „ustawą”, oraz osobie, której skutki eksperymentu mogą bezpośrednio dotknąć, w związku z przeprowadzaniem eksperymentem medycznym, które to działanie lub zaniechanie miało miejsce w okresie ubezpieczenia”.

⁵¹ RKN.07.28.2021.EO, s. 2.

⁵² RKN.07.28.2021.EO, s. 2.

Wyjaśnienia Ministerstwa nie kończą dyskusji na temat zakresu przedmiotowego przywoływanego rozporządzenia, bowiem przyjęcie owych wyjaśnień generuje kolejne wątpliwości. W § 4 ust. 1 rozporządzenia przewiduje się tylko dwie możliwe minimalne sumy gwarancyjne ubezpieczenia OC, tj. 50 tys. euro w przypadku eksperymentu leczniczego, o którym mowa w art. 21 ust. 2 u.z.l.l.d. i 100 tys. euro w przypadku eksperymentu badawczego, o którym mowa w art. 21 ust. 3 u.z.l.l.d. W rozporządzeniu brak jest jednoznacznych odniesień do eksperymentów medycznych, o których mowa w art. 21 ust. 4 u.z.l.l.d. Gdybyśmy jednak starali się „wpasować” w interpretację zaproponowaną przez Ministerstwo Zdrowia przyjąć by należało, że eksperymenty medyczne, o których mowa w art. 21 ust. 4 u.z.l.l.d. nie stanowią samodzielnego, odrębnego typu eksperymentu medycznego, a są rodzajem eksperymentu badawczego. Przyjmując taki punkt widzenia warto zwrócić uwagę na dwie pojawiające się wątpliwości. Po pierwsze, dlaczego minimalna suma gwarancyjna przewidziana dla eksperymentów badawczych jest zasadniczo wyższa, niż ta przewidziana dla eksperymentów leczniczych, które z założenia wiążą się przecież z ryzykiem z uwagi na wprowadzenie nowych lub tylko częściowo wypróbowanych metod diagnostycznych, leczniczych lub profilaktycznych w celu osiągnięcia bezpośredniej korzyści dla zdrowia osoby chorej, gdy tymczasem przeprowadzenie eksperymentu badawczego jest dopuszczalne, gdy uczestnictwo w nim nie jest związane z ryzykiem albo ryzyko jest minimalne i nie pozostaje w dysproporcji do możliwych pozytywnych rezultatów? I po drugie, jeżeli przyjąć (choćby tylko dla potrzeb wskazania minimalnej sumy gwarancyjnej), że eksperymenty medyczne, o których mowa w art. 21 ust. 4 u.z.l.l.d. stanowią eksperyment badawczy, to jak w kontekście definicji eksperymentu badawczego zawartej w art. 21 ust. 3, interpretować wyjaśnienia ministerstwa, w których jako jedną z przesłanek przemawiających za objęciem obowiązkowym ubezpieczeniem odpowiedzialności cywilnej podmiotu przeprowadzającego eksperyment medyczny, także eksperymentów z art. 21 ust. 4 u.z.l.l.d, przemawia to że, jak twierdzi Ministerstwo Zdrowia, „może zaistnieć poważne ryzyko doznania szkody przez niewłaściwą ochronę materiału biologicznego i danych genetycznych w związku z jego pobraniem”? Wyjaśnienia wydają się być niespójne i pozostawać w sprzeczności z zapisami ustawy rodząc kolejne problemy interpretacyjne.

W zakresie, w jakim wątpliwości dotyczą zdefiniowania osoby, której skutki eksperymentu mogą bezpośrednio dotknąć, a która nie jest uczestnikiem eksperymentu, Ministerstwo Zdrowia stwierdziło, w swoich wyjaśnieniach, że „Krąg osób, które nie są uczestnikami eksperymentu

medycznego, a które mogą dotknąć jego skutki, są do określenia w projekcie eksperymentu medycznego przedkładanym właściwej komisji bioetycznej. (...) Sytuacja z pobieraniem materiału genetycznego wskazuje na osoby spokrewnione, ale w przypadku eksperymentu o innym charakterze, niezwiązanego z pobieraniem materiału genetycznego, do kręgu takich osób można by zaliczyć osoby pozostające w najbliższej relacji/więzi emocjonalno-fizycznej-interpersonalnej. Wskazanie osoby, której skutki mogą dotknąć jest uwarunkowane specyfiką danego eksperymentu medycznego i nie da się tych czynników skatalogować w sposób szczegółowy w akcie prawnym jakim jest ustawa⁵³.

W wymiarze praktycznym, oznacza to więc, iż na etapie projektowania eksperymentu medycznego kierownik projektu powinien określić krąg osób, których skutki eksperymentu mogą bezpośrednio dotknąć. Wydaje się, że jest to obowiązek znacznie wykraczający poza sferę *stricte* medyczną eksperymentu, wymagający od osoby nim kierującej rozległej wiedzy na temat indywidualnej sytuacji życiowej i rodzinnej uczestnika eksperymentu. Nakreślenie przez ustawodawcę ram prawnych dla niniejszego obowiązku byłoby więc wskazane.

5. Podsumowanie

Niestety, pomimo podejmowanych prób wyjaśnienia niejasności, jakie powstały na tle wprowadzonych przepisów oraz upływu ponad roku od daty ich wejścia w życie, nadal nie wszystkie rozwiązania wydają się spójne i uzasadnione.

Powyższa analiza wyraźnie pokazuje jak wiele jeszcze musi się wydarzyć, aby można było przepisy regulujące zasady prowadzenia eksperymentów medycznych, uznać za jednoznaczne i w pełni gwarantujące bezpieczeństwo i zabezpieczające interesy uczestników oraz prowadzących te eksperymenty. Poczynione dotychczas zmiany idą w dobrym kierunku jednak niekonsekwencja i chaos jaki im towarzyszy należy ocenić negatywnie. Niespójność terminologiczna i swego rodzaju niestaranność legislacyjna sprawiają, że praktyczne zastosowanie wprowadzonych rozwiązań bywa znacznie utrudnione.

Podkreślając znaczenie wprowadzonych zmian oraz doniosłość tematu, której dotyczą, a także historyczne uwarunkowania warto zasugerować, aby kolejne zmiany projektowane były w oparciu o pogłębioną debatę ze specjalistami i praktykami tak, aby ostateczna wersja propo-

⁵³ RKN.07.28.2021.EO, s. 2.

wych zmian odpowiadała nie tylko potrzebom teoretyków, ale także praktyków, którym z tymi zmianami przyjdzie się mierzyć w codziennej pracy zawodowej oraz naukowo-badawczej.

Bibliografia

1. Brzeziński T., Rozwój poglądów na istotę choroby, (w:) T. Brzeziński (red.), Historia medycyny, Warszawa 1988.
2. Czarkowski M., Różyńska J., Świadoma zgoda na udział w eksperymencie medycznym, Warszawa 2008.
3. Czarkowski M., Analiza działalności polskich komisji bioetycznych opiniujących projekty eksperymentów medycznych, Warszawa 2010.
4. Drewa G., Znaczenie eksperymentu w biologii i medycynie, (w:) Bioetyczne aspekty eksperymentów medycznych, materiały z Sympozjum Bioetyczne aspekty eksperymentów medycznych 18 kwietnia 1998 r., Akademia Medyczna w Bydgoszczy 1998.
5. Gałęska-Śliwka A., Śliwka M., Eksperyment medyczny jako okoliczność uchylająca bezprawność czynu – geneza zjawiska, (w:) Złota Księga Jubileuszowa prof. zw. dr. hab. doktora *honoris causa* Brunona Hołysty, Łódź 2015.
6. Heiss H. W., Werner Forssmann: A German problem with the Nobel Prize, Clin. Cardiol. 1992, nr 15.
7. Homer J., Retreat from Nuremberg: can we prevent unethical medical research?, Public Health, nr 113.
8. Lang H. J., Kobiety z bloku 10. Eksperymenty medyczne w Auschwitz, Warszawa 2019.
9. Ossowski R., Psychologia a problem eksperymentów medycznych, (w:) Bioetyczne aspekty eksperymentów medycznych, materiały z Sympozjum Bioetyczne aspekty eksperymentów medycznych 18 kwietnia 1998 r., Akademia Medyczna w Bydgoszczy 1998.
10. Spitz V., Doktorzy z piekła rodem. Przerażające świadectwo nazistowskich eksperymentów na ludziach, Zakrzewo 2013.
11. Szumowski W., Historia medycyny, Warszawa 1994.
12. Śliwka M., Gałęska-Śliwka A., Świadoma zgoda pacjenta i uczestnika eksperymentu medycznego w aspekcie historycznym, Annales Academiae Bydgosiensis 2004, nr 18/2.
13. Tuffs A., Nazi war and medicine 50 years on, Lancet 1996, nr 348.
14. Umiastowski J., Ochrona ludzkiego genomu, problemy klonowania, (w:) Bioetyczne aspekty eksperymentów medycznych, materiały

- z Sympozjum Bioetyczne aspekty eksperymentów medycznych
18 kwietnia 1998 r., Akademia Medyczna w Bydgoszczy 1998.
15. Wnukiewicz-Kozłowska A., Eksperyment medyczny na organizmie
ludzkim w prawie międzynarodowym i europejskim, Warszawa 2004.

Medical experiments following amendments to the Act on Professions of Physician and Dentist: select issues

Abstract

Medical experimentation issues lie somewhere between medicine and law. While creating a protective framework for human subjects and taking care of subjects' safety, both a historical background for first medical experimentation regulations, and a constant need for development, which need has accompanied mankind since the dawn of time and is inherent in every developing society, should be borne in mind. This paper analyses legal solutions for medical experimentation after 1 January 2021, highlighting inexactness of terms used by the lawmaker as well as some select interpretative ambiguities.

Key words

Medical experiment, research experiment, therapeutic experiment, bioethics committee, civil liability, operator conducting a medical experiment, medical experiment participant.

Karol Borchólski¹

Przekazanie przez prokuratora zajętych w toku postępowania przedmiotów jako skuteczne „narzędzie” wspierania instytucji dbających o ochronę zdrowia i bezpieczeństwo państwa (art. 232b k.p.k.)

Streszczenie

Przedmiotem artykułu jest art. 232b wprowadzony do kodeksu postępowania karnego w marcu 2020 r. Autor dokonuje jego analizy poprzez omówienie sytuacji, w których prokurator może przekazać zabezpieczone w toku postępowania przedmioty enumeratywnie wymienionym podmiotom. W artykule wskazano również praktyczne zastosowanie przepisu 232b k.p.k. na przykładzie postępowań prowadzonych przez Wydziały Zamiejscowe Departamentu do Spraw Przestępczości Zorganizowanej i Korupcji Prokuratury Krajowej. Autor postuluje wprowadzenie podobnych rozwiązań na stałe do kodeksu postępowania karnego, co zapobiegłoby marnowaniu zajętych w toku postępowania przedmiotów, samochodów itp., które mogłyby zostać wykorzystane przez służby w celu ochrony zdrowia, jak również dla zapewnienia porządku i bezpieczeństwa publicznego.

Kluczowe słowa

Covid-19, stan zagrożenia epidemicznego, stan epidemii, epidemia, przypadek, przekazanie, prokurator, Wydział Zamiejscowy Departamentu do Spraw Przestępczości Zorganizowanej i Korupcji Prokuratury Krajowej, podmiot leczniczy, Państwowa Straż Pożarna, Siły Zbrojne Rzeczypospolitej Polskiej, Policja, Straż Graniczna, instytucje państwowe i samorządowe.

¹ Dr Karol Borchólski, prokurator Prokuratury Okręgowej w Ostrołęce delegowany do Prokuratury Krajowej, wykładowca KSSiP.

Do Kodeksu postępowania karnego art. 232b został wprowadzony ustawą 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. Artykuł ten przewiduje, że w czasie zagrożenia epidemicznego lub w stanie epidemii można nieodpłatnie przekazać zajęte w toku postępowania przedmioty enumeratywnie wymienionym podmiotom. Rozwiązanie to umożliwiające prokuratorom szybkie i skuteczne działanie spotkało się z krytyką niektórych przedstawicieli doktryny oraz wymiaru sprawiedliwości, którzy prawdopodobnie nie do końca zrozumieli cel i sens wprowadzenia takich rozwiązań.

Ustawa o zapobieganiu oraz zwalczaniu zakażeń i chorób zakaźnych u ludzi określa m.in zasady i tryb zapobiegania oraz zwalczania zakażeń i chorób zakaźnych u ludzi, w tym zasady i tryb rozpoznawania i monitorowania sytuacji epidemiologicznej oraz podejmowania działań przeciwepidemicznych i zapobiegawczych w celu unieszkodliwienia źródeł zakażenia, przecięcia dróg szerzenia się zakażeń i chorób zakaźnych oraz uodpornienia osób podatnych na zakażenie. Ponadto ustawa określa również zadania organów administracji publicznej w zakresie zapobiegania oraz zwalczania zakażeń i chorób zakaźnych u ludzi, jak również uprawnienia i obowiązki świadczeniodawców oraz osób przebywających na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej w zakresie zapobiegania oraz zwalczania zakażeń i chorób zakaźnych u ludzi².

Zgodnie z ustawą przez epidemię należy rozumieć wystąpienie na danym obszarze zakażeń lub zachorowań na chorobę zakaźną w liczbie wyraźnie większej niż we wcześniejszym okresie albo wystąpienie zakażeń lub chorób zakaźnych dotychczas niewystępujących. Stan zagrożenia epidemicznego jest wprowadzany na danym obszarze w związku z ryzykiem wystąpienia epidemii w celu podjęcia określonych w ustawie działań zapobiegawczych. Natomiast stan epidemii jest wprowadzany na danym obszarze w związku z wystąpieniem epidemii w celu podjęcia określonych w ustawie działań przeciwepidemicznych i zapobiegawczych dla zminimalizowania skutków epidemii³.

Stan zagrożenia epidemicznego lub stan epidemii na obszarze województwa lub jego części ogłasza i odwołuje wojewoda w drodze rozporządzenia, na wniosek państwowego wojewódzkiego inspektora sa-

² Art. 1 ustawy z dnia 5 grudnia 2008 r. o zapobieganiu oraz zwalczaniu zakażeń i chorób zakaźnych u ludzi Dz. U. z 2020 r., poz. 1845.

³ Art. 2 jw.

nitarnego. Natomiast jeżeli zagrożenie epidemiczne lub epidemia występuje na obszarze więcej niż jednego województwa (np. na terenie całego kraju lub kilku województw) zarówno stan zagrożenia epidemicznego jak i stan epidemii ogłasza i odwołuje, w drodze rozporządzenia, minister właściwy do spraw zdrowia w porozumieniu z ministrem właściwym do spraw administracji publicznej, na wniosek Głównego Inspektora Sanitarnego⁴.

W rozporządzeniach można ustanowić czasowe ograniczenie określonego sposobu przemieszczania się, czasowe ograniczenie lub zakaz obrotu i używania określonych przedmiotów lub produktów spożywczych, czasowe ograniczenie funkcjonowania określonych instytucji lub zakładów pracy, zakaz organizowania widowisk i innych zgromadzeń ludności, obowiązek wykonania określonych zabiegów sanitarnych, jeżeli wykonanie ich wiąże się z funkcjonowaniem określonych obiektów produkcyjnych, usługowych, handlowych lub innych obiektów, nakaz udostępnienia nieruchomości, lokali, terenów i dostarczenia środków transportu do działań przeciwepidemicznych przewidzianych planami przeciwepidemicznymi⁵. Na podstawie rozporządzenia Ministra Zdrowia od 14 marca 2020 r. wprowadzono na obszarze Rzeczypospolitej Polskiej stan zagrożenia epidemicznego w związku z zakażaniem wirusem SARS–Cov–2, który następnie został 16 maja 2022 r. zmieniony na stan zagrożenia epidemicznego⁶.

W uzasadnieniu projektu 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 ustaw wskazano, że niszczenie lub przechowywanie zajętych substancji pochodzących z przestępstwa, w sytuacji zagrożenia epidemicznego stanowiłoby trwonienie zasobów, mających znaczenie dla bezpieczeństwa publicznego i nosiłoby znamiona marnotrawstwa. Jednocześnie pozostawienie tych środków w depozycie również nie znajduje uzasadnienia wobec charakteru zagrożenia epidemicznego. Wskazano, że postępowanie w tej kwestii wymaga stanowczych i szybkich działań w kie-

⁴ Art. 46 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 5 grudnia 2008 r. o zapobieganiu oraz zwalczaniu zakażeń i chorób zakaźnych u ludzi Dz. U. z 2020 r., poz. 1845.

⁵ Art. 46 ust. 4 ustawy z dnia 5 grudnia 2008 r. o zapobieganiu oraz zwalczaniu zakażeń i chorób zakaźnych u ludzi Dz. U. z 2020 r., poz. 1845.

⁶ Rozporządzenie Ministra Zdrowia z dnia 12 maja 2022 r. w sprawie ogłoszenia na obszarze Rzeczypospolitej Polskiej stanu zagrożenia epidemicznego Dz. U. z 2022 r., poz. 1028.

runku przejścia i przekazania do wykorzystania zasobów, które mogą być zużyte w celu natychmiastowego podniesienia poziomu bezpieczeństwa publicznego⁷. Niewątpliwie przedmioty zabezpieczone w toku postępowania mogą zostać wykorzystane do ochrony bezpieczeństwa publicznego czego przykładem jest spirytus, alkohol lub środki chemiczne, które mogą posłużyć do dezynfekcji. Wśród przedmiotów mających znaczenie dla zdrowia przedstawiciele doktryny wskazują lekarstwa, maski i rękawiczki chirurgiczne. Natomiast wśród środków mających znaczenie dla bezpieczeństwa publicznego są m.in. kombinezony ochronne, środki odkażające. Przedmioty te mogą być wykorzystane, nawet w sytuacji gdy zostały wyprodukowane dla innych celów jak przykładowo alkohol wyprodukowany dla celów spożywczych może być wykorzystany do dezynfekcji⁸.

Wprowadzony na podstawie tej ustawy art. 232b k.p.k. przewiduje możliwość przekazania przedmiotów zajętych w toku postępowania podmiotom leczniczym, Państwowej Straży Pożarnej, Siłom Zbrojnym Rzeczypospolitej Polskiej, Policji, Straży Granicznej oraz instytucjom państwowym i samorządowym. Nieodpłatne przekazanie może mieć miejsce na rzecz zarówno jednego, jak i kilku wymienionych powyżej podmiotów⁹. Zgodnie z ustawą o działalności leczniczej podmiotami leczniczymi są m.in. samodzielne publiczne zakłady opieki zdrowotnej, instytuty badawcze, fundacje i stowarzyszenia, których celem statutowym jest wykonywanie zadań w zakresie ochrony zdrowia i których statut dopuszcza prowadzenie działalności leczniczej, osoby prawne i jednostki organizacyjne działające na podstawie przepisów o stosunku Państwa do Kościoła Katolickiego w Rzeczypospolitej Polskiej, o stosunku Państwa do innych kościołów i związków wyznaniowych oraz o gwarancjach wolności sumienia i wyznania, jednostki wojskowe. Wymogiem uznania wymienionych instytucji za podmioty lecznicze jest wykonywanie działalności leczniczej¹⁰. Zgodnie z ustawą o Policji do podstawowych jej zadań należą m.in. ochrona życia i zdrowia ludzi oraz mienia przed bezprawnymi zamachami naruszającymi te dobra, jak

⁷ Uzasadnienie do projektu 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 ustaw Dz. U. poz. 568.

⁸ A. Sakowicz (red.), Kodeks postępowania karnego. Komentarz, wyd. 9, Warszawa 2020, Legalis

⁹ K. Eichstaedt, Komentarz aktualizowany do art. 232(b) Kodeksu postępowania karnego, D. Świecki (red.), LEX 2021, nr 11285.

¹⁰ Ustawa z dnia 15 kwietnia 2011 r. o działalności leczniczej Dz. U. z 2021 r., poz. 711.

również ochrona bezpieczeństwa i porządku publicznego, w tym zapewnienie spokoju w miejscach publicznych oraz w środkach publicznego transportu i komunikacji publicznej, w ruchu drogowym i na wodach przeznaczonych do powszechnego korzystania¹¹. Natomiast zgodnie z ustawą o Straży Granicznej do jej zadań należy m.in. ochrona granicy państwowej na lądzie i morzu, zapobieganie przeciwdziałaniu nielegalnej migracji, rozpoznawanie, zapobieganie i wykrywanie przestępstw i wykroczeń oraz ściganie ich sprawców, w zakresie właściwości Straży Granicznej, zapewnienie bezpieczeństwa w komunikacji międzynarodowej i porządku publicznego w zasięgu terytorialnym przejścia granicznego, a w zakresie właściwości Straży Granicznej – także w strefie nadgranicznej¹². Krąg podmiotów wskazanych w art. 232b k.p.k. jest zamknięty. Zabezpieczonych przedmiotów nie można zatem przekazać innym podmiotom w tym podmiotom prywatnym¹³.

Postanowienie o nieodpłatnym przekazaniu przedmiotów wydaje w postępowaniu przygotowawczym prokurator, a po wniesieniu aktu oskarżenia sąd właściwy do rozpoznania sprawy. Na postanowienie prokuratora lub sądu przysługuje zażalenie. Zgodnie z treścią art. 232b § 3 k.p.k. można uznać, że w przypadku zażalenia na postanowienie prokuratora o przekazaniu zajętych przedmiotów będzie mieć zastosowanie art. 236 k.p.k. zatem zażalenie zostanie rozpoznane przez sąd rejonowy, w okręgu którego prowadzone jest postępowanie. Natomiast w sytuacji gdy postanowienie wyda sąd właściwy do rozpoznania sprawy, zażalenie na zasadach ogólnych będzie przysługiwało do sądu II instancji¹⁴. Jak wskazuje Natalia Krej prawdopodobnie z uwagi na potrzebę jak najszybszego przekazania zajętych przedmiotów podmiotom uprawnionym wynikającą z konieczności ratowania życia ludzkiego i ochrony bezpieczeństwa publicznego, wniesienie zażalenia na postanowienie prokuratora, nie wstrzymuje wykonania zaskarżonego postanowienia¹⁵. Artykuł 232b k.p.k. przewiduje odpowiednie stosowanie

¹¹ Ustawa z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji Dz. U. z 2020 r., poz. 360 Zob. też komentarz do art. 1 ust. 2 ustawy o Policji, (w:) Ł. Czebotar, Z. Gądzik, A. Łyżwa, A. Michałek, A. Świerczewska-Gąsiorowska, M. Tokarski, Komentarz. Ustawa o Policji, Wydawnictwo Wolters Kluwer, Warszawa 2015, s. 27–33.

¹² Ustawa z dnia 12 października 1990 r. o Straży Granicznej Dz. U. z 2021 r., poz. 1486.

¹³ A. Sakowicz (red.), Kodeks postępowania karnego. Komentarz, wyd. 9, Warszawa 2020 Legalis.

¹⁴ C. Kulesza, Kodeks postępowania karnego. Komentarz, wyd. II, K. Dudka (red.), Wydawnictwo Wolters Kluwer 2020, s. 460.

¹⁵ N. Krej, COVID–19. Ustawy antykrzysowe. Zbiór przepisów z omówieniem, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2020, Legalis.

art. 192 k.k.w. Przepis ten wskazuje, że w razie uchylenia orzeczenia o przepadku, (w zakresie przepisu z art. 232 b należy mieć na myśli przekazanie) darowaniu lub zwolnieniu rzeczy w wyniku wniesionego powództwa, odebrane rzeczy zwraca się uprawnionemu podmiotowi. W przypadku gdyby fizyczny zwrot rzeczy nie był możliwy odpowiedzialność odszkodowawczą ponosi Skarb Państwa.

Jak wskazał Sąd Apelacyjny w Katowicach okoliczność, że na podstawie skazującego wyroku sądu karnego, następnie uchylonego, odebrano osobie trzeciej określone składniki majątkowe, uzasadnia roszczenie jego spadkobiercy, wynikające z art. 192 § 1 k.k.w. W ocenie sądu nie ma znaczenia dla rozstrzygnięcia (...) kwestia rozróżnienia takich pojęć prawnych, jak konfiskata mienia czy przepadek mienia od przepadku przedmiotu (art. 45 k.k.). Artykuł 192 k.k.w. odnosi się do każdego przejęcia składnika majątkowego skazanego na podstawie wyroku skazującego, następnie uchylonego. Odmienne stanowisko prowadziłoby do stwierdzenia istnienia luki prawnej wobec uchylenia wcześniejszych regulacji prawnokarnych, normujących to zagadnienie¹⁶.

Sąd Najwyższy już w wyroku z dnia 3 marca 2006 r. wskazał, że podstawą odpowiedzialności Skarbu Państwa jest w art. 192 k.k.w. Przepisy tego artykułu przewidują, w razie uchylenia orzeczenia o przepadku, obowiązek zwrotu uprawnionemu składników przejętego mienia, a w razie niemożności zwrotu – powstanie odpowiedzialności Skarbu Państwa za szkodę poniesioną przez uprawnionego, przy odpowiednim zastosowaniu przepisów Kodeksu cywilnego. Odpowiedzialność na podstawie art. 192 k.k.w., która została ukształtowana na zasadzie ryzyka, ma szczególny charakter w stosunku do przepisów art. 417 i nast. k.c., co przejawia się zwłaszcza w tym, że jej przesłanką nie jest obecnie ani niezgodne z prawem działanie lub zaniechanie przy wykonywaniu władzy publicznej (art. 417 § 1 k.c.), ani niezgodność z prawem prawomocnego orzeczenia sądu (art. 417¹ § 2 k.c.). Zgodnie natomiast ze stosowanymi odpowiednio przepisami Kodeksu cywilnego muszą być spełnione dwie podstawowe przesłanki odpowiedzialności odszkodowawczej, mianowicie szkoda i związek przyczynowy (art. 361 § 1 i 2 k.c.). Zgodnie z art. 6 k.c. obowiązek udowodnienia tych przesłanek spoczywa na powodzie. Powód musi zatem wykazać nie tylko istnienie szkody w rozumieniu art. 361 § 2 k.c., ale również wysokość odszkodowania, która stosownie do art. 363 § 2 k.c. powinna być ustalona według cen z daty ustalenia od-

¹⁶ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 18 sierpnia 2006 r., sygn. I ACa 529/06, Biuletyn SA w Katowicach 2007, nr 3, poz. 21.

szkodowania, chyba że szczególne okoliczności wymagają przyjęcia za podstawę cen istniejących w innej chwili¹⁷.

Pamiętać należy, że instytucja nieodpłatnego przekazania zajętych w toku postępowania przedmiotów została przewidziana w rozdz. 25 „Zatrzymanie rzeczy. Przeszukanie”. Kwestia zasadności i prawidłowości przeprowadzenia tych czynności będzie miała charakter ocenny, związany z okolicznościami konkretnej sprawy, aczkolwiek zawsze zobiektywizowany¹⁸.

O skuteczności i potrzebie wprowadzenia podobnych rozwiązań na stałe do kodeksu postępowania karnego świadczy jego zastosowanie w praktyce w toku prowadzonych śledztw, czego najlepszym przykładem jest działalność prokuratorów z Wydziałów Zamiejscowych Departamentu do Spraw Przestępczości Zorganizowanej i Korupcji Prokuratury Krajowej. Ten wyspecjalizowany w zwalczaniu przestępczości zorganizowanej pion Prokuratury Krajowej ma na koncie sukcesy w postaci przekazania na podstawie art. 232 b k.p.k. znacznej ilości sprzętu zabezpieczonego w ramach prowadzonych postępowań. Pierwsze takie przekazanie miało miejsce w styczniu 2021 roku. Wówczas prokurator Zachodniopomorskiego Wydziału Zamiejscowego Departamentu do Spraw Przestępczości Zorganizowanej i Korupcji Prokuratury Krajowej w Szczecinie przekazał czterem szpitalom z woj. zachodniopomorskiego i CBŚP sprzęt o wartości ponad 3 milionów złotych. Wszystkie zabezpieczone przedmioty zostały zajęte w toku postępowania dotyczącego działalności zorganizowanej grupy przestępczej wyłudzającej podatek VAT. Wśród przedmiotów był zarówno sprzęt elektroniczny, przekazany na wyposażenie szpitalnych oddziałów covidowych, jak również samochody przekazane policji, przede wszystkim w celu zapewnienia bezpieczeństwa publicznego. Postanowienie prokuratora o przekazaniu przedmiotów nie zostało zaskarżone. Śledztwo w ramach którego zabezpieczono powyższe przedmioty jest prowadzone w sprawie międzynarodowej zorganizowanej grupy przestępczej, której członkowie dopuszczali się przestępstw karnych i karnoskarbowych związanych z wystawianiem nierzetelnych i poświadczających nieprawdę faktur VAT. Z ustaleń postępowania wynikało, że grupa wprowadziła do obrotu faktury o wartości co najmniej pół miliarda złotych i doprowadziła do uszczuplenia VAT w wysokości co najmniej 127 milionów złotych. W przestępczym procede-

¹⁷ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 3 marca 2006 r., sygn. II CSK 81/05.

¹⁸ R. Łyżwa, Przeszukanie w celu wykrycia lub zatrzymania albo przymusowego doprowadzenia osoby podejrzanej, *Studia Prawnoustrojowe UWM* Nr 40/2018, s. 306.

rze brało udział kilkaset podmiotów gospodarczych. Kilkadziesiąt osób usłyszało ponad 170 zarzutów. Prokuratorzy pionu PZ swoim śledztwem, objęli około 300 podmiotów gospodarczych z terenu całego kraju¹⁹. Kolejne przekazanie nastąpiło już w marcu 2021 roku kiedy to prokurator Dolnośląskiego Wydziału Zamiejscowego Departamentu do Spraw Przestępczości Zorganizowanej i Korupcji Prokuratury Krajowej we Wrocławiu przekazał szpitalom sprzęt zabezpieczony w śledztwie dotyczącym działalności zorganizowanej grupy przestępczej zajmującej się nielegalną produkcją tytoniu. Wśród przekazanych przedmiotów był agregat prądotwórczy i kompresory. Przedmioty zostały przekazane dwóm opolskim szpitalom, w celu zwiększenia bezpieczeństwa i zapewnienia zasilania urządzeń wykorzystywanych w celu diagnostyki i leczenia pacjentów. Przekazanie nastąpiło na podstawie prawomocnego postanowienia prokuratora. W toku śledztwa ustalono, że zorganizowana grupa przestępcza prowadziła nielegalną produkcję papierosów, a następnie wprowadzała je do obrotu. W wyniku działalności grupy doszło do uszczuplenia należności publiczno-prawnych w wysokości ponad 67 milionów złotych. Z ustaleń śledztwa wynikało, że grupa mogła wprowadzić do obrotu 99 milionów sztuk papierosów o wartości prawie 70 milionów złotych. Zarzuty w sprawie usłyszało 11 osób²⁰.

Natomiast w lipcu 2021 roku Podlaski Wydział Zamiejscowy Departamentu do Spraw Przestępczości Zorganizowanej i Korupcji Prokuratury Krajowej w Białymstoku przekazał Straży Pożarnej przedmioty w postaci generatora prądu, agregatu prądotwórczego, kompresorów powietrza i pompy próżniowej²¹. Wszystkie przedmioty są niezwykle istotne z punktu widzenia wykonywanych przez Straż Pożarną zadań wynikających z ustawy o Państwowej Straży Pożarnej w szczególności dotyczących organizowania i prowadzenia akcji ratowniczych w czasie pożarów, klęsk żywiołowych jak i wykonywania pomocniczych czynności ratowniczych w zakresie klęsk żywiołowych lub likwidacji miejscowych zagrożeń przez inne służby ratownicze²². Przekazane przedmioty stanowiły istotne wsparcie logistyczne dla Straży Pożarnej w szczególności, że moc generatorów i agregatów była wystarczająca do zasilenia

¹⁹ <https://pk.gov.pl/aktualnosci/aktualnosci-prokuratury-krajowej/prokurator-przekazal-szpitalom-i-policji-sprzet-odebrany-mafii-vat-owskiej/>.

²⁰ <https://pk.gov.pl/aktualnosci/aktualnosci-prokuratury-krajowej/prokurator-przekazal-szpitalom-sprzet-odebrany-mafii-tytoniowej/>.

²¹ <https://pk.gov.pl/aktualnosci/aktualnosci-prokuratury-krajowej/prokurator-pionu-pz-przekazal-strazy-pozarnej-sprzet-odebrany-mafii-tytoniowej/>.

²² Ustawa z dnia 24 sierpnia 1991 r. o Państwowej Straży Pożarnej, Dz. U. z 2020 r., poz. 1123.

małej szkoły lub szpitala. Na postanowienie prokuratora o przekazaniu przedmiotów nie zostało złożone zażalenie. Sprzęt został zabezpieczony w śledztwie prowadzonym przez Podlaski Wydział Zamiejscowy Departamentu do Spraw Przestępczości Zorganizowanej i Korupcji Prokuratury Krajowej w Białymstoku dotyczącym zorganizowanej grupy przestępczej, która prowadziła nielegalną produkcję papierosów, a następnie zajmowała się wprowadzaniem ich do obrotu. Działalność grupy doprowadziła do uszczuplenia należności publiczno-prawnych w wysokości ponad 88 milionów złotych. Z ustaleń śledztwa wynika, że grupa mogła wprowadzić do obrotu ponad 97 milionów sztuk papierosów o wartości prawie 68 milionów złotych. Zarzuty w tej sprawie usłyszało ponad dwadzieścia osób²³.

Kolejne uderzenie tym razem w przestępczości narkotykową we wrześniu 2021 roku przeprowadzili prokuratorzy z Pomorskiego Wydziału Zamiejscowego Departamentu do Spraw Przestępczości Zorganizowanej i Korupcji Prokuratury Krajowej w Gdańsku. W śledztwie dotyczącym zorganizowanej grupy przestępczej zajmującej się przemytem i handlem narkotykami prokuratorzy dokonali zabezpieczenia dwóch samochodów w tym jednego luksusowej marki. Pojazdy zostały przekazane Zarządowi w Gdańsku Centralnego Biura Śledczego Policji w celu zapewnienia bezpieczeństwa publicznego. Na postanowienie prokuratora o przekazaniu zajętych przedmiotów nie zostało złożone zażalenie. Śledztwo prowadzone przez Pomorski Wydział Zamiejscowy Departamentu do Spraw Przestępczości Zorganizowanej i Korupcji Prokuratury Krajowej w Gdańsku dotyczy zorganizowanej grupy przestępczej, która dokonywała przemytu narkotyków w postaci haszyszu z Hiszpanii do krajów skandynawskich. Następnie narkotyki na terenie tych krajów były rozprowadzane. W toku postępowania prokurator ustalił, że grupa działała do 2017 roku i w tym czasie mogła dokonać przemytu nawet 4,5 tony haszyszu²⁴.

W doktrynie podnosi się argumentację, że orzeczenie o nieodpłatnym przekazaniu zajętych przedmiotów podmiotom leczniczym nie przewiduje wprost przepadku rzeczy, ale jest do niego zbliżone. Niektórzy przedstawiciele doktryny wskazują, że przepis ten stanowi wprost ingerencję w prawo własności i powołują się na art. 46 Konstytucji RP, który stanowi, że przepadek rzeczy może nastąpić tylko w przypadkach

²³ <https://pk.gov.pl/aktualnosci/aktualnosci-prokuratury-krajowej/prokurator-pionu-pz-przekazal-strazy-pozarnej-sprzet-odebrany-mafii-tytoniowej/>.

²⁴ <https://www.gov.pl/web/prokuratura-krajowa/prokurator-pionu-pz-odebral-handlarzom-narkotykow-samochody-i-przekazal-je-cbsp>.

określonych w ustawie i tylko na podstawie prawomocnego orzeczenia sądu²⁵. Należy jednak wprost zauważyć, że art. 232 b k.p.k. nie odnosi się do przypadku przedmiotów tylko do ich przekazania enumeratywnie wyliczonym podmiotom, które mają znaczenie dla zdrowia lub bezpieczeństwa publicznego w celu konkretnego wykorzystania, a mianowicie szybkiej pomocy i wparcia instytucji odpowiadających za bezpieczeństwo powszechne i zdrowie publiczne. W ocenie A. Łozińskiej-Piekarskiej mechanizm przyjęty w ramach art. 232b k.p.k. jest rozwiązaniem tymczasowym ponieważ do przekazania przedmiotów dochodzi w ramach toczącego się postępowania. Tym samym autorka wskazuje, że nie stanowi ono ostatecznego rozstrzygnięcia co do praw majątkowych przysługujących osobom i dlatego nie może stanowić formy przypadku w rozumieniu art. 46 Konstytucji RP²⁶. Nie jest to ostateczne rozstrzygnięcie co do praw majątkowych przysługujących osobom uprawnionym względem przekazywanych przedmiotów – tym samym nie może być uznane za przypadek rzeczy w rozumieniu art. 46 Konstytucji RP. Ostateczne rozstrzygnięcie co do przekazywanych przedmiotów ma miejsce dopiero w orzeczeniu kończącym sprawę lub w postanowieniu o zmianie, uchyleniu zabezpieczenia, postanowieniu o wydaniu rzeczy jako zbędnej procesowo²⁷.

W zakresie przypadku stanowisko zajął Trybunał Konstytucyjny w wyroku z dnia 3 czerwca 2008 r. o sygn. P 4/06, który wyraził pogląd, że przekazanie orzekania przypadku rzeczy wyłącznej kompetencji sądowej ma zapewnić jednostce ochronę przed arbitralnością organów administracji publicznej. W ocenie Trybunału oznacza to, że nie do przyjęcia jest sytuacja, w której pozbawienie własności rzeczy następuje poprzez spełnienie tylko przesłanek formalnych, określonych ustawowo, a orzeczenie w tym przedmiocie przez sąd ma charakter jedynie deklaratoryjny. Trybunał stwierdził, że udział sądu nie może bowiem sprowadzać się wyłącznie do niejako automatycznego orzekania o pozbawieniu własności. Jest to niezgodne z celem wprowadzonego wymogu, jakim było zapewnienie sprawiedliwego i wnikliwego rozpatrzenia sprawy, co jest możliwe tylko przy dokonaniu przez sąd meryto-

²⁵ K. Eichstaedt, Komentarz aktualizowany do art. 232(b) Kodeksu postępowania karnego, D. Świecki (red.), LEX 2021 nr 11285.

²⁶ A. Łozińska-Piekarska, Zasadność zawężenia stosowania przepisów o nieodpłatnym przekazaniu przedmiotów dokonywanym na podstawie art. 232b k.p.k., *Studia Iuridica Toruniensia*, Tom XXVIII, s. 74–75.

²⁷ M. Nawacki, Komentarz do art. 232b k.p.k., *Kodeks postępowania karnego. Tom I. Komentarz. Art. 1–424*, D. Drajewicz (red.), Warszawa 2020, Legalis.

rycznej oceny sprawy. Jest zatem rzeczą oczywistą, że sąd, orzekając o przeпадku rzeczy, powinien zbadać merytorycznie wszystkie aspekty takiej sprawy. Tym samym jego orzeczenie winno mieć charakter konstytutywny. Przeпаdek rzeczy może bowiem być orzeczony przez sąd dopiero w kończącym sprawę, prawomocnym rozstrzygnięciu²⁸. W praktyce problemem jest czas oczekiwania na prawomocne rozstrzygnięcie sądu, który rozpoznaje sprawę przez wiele lat i zanim dojdzie do jej zakończenia zabezpieczone przedmioty nie będą nadawały się do użycia, ponieważ dojdzie do ich samoistnej degradacji lub zniszczenia.

Mając na uwadze powyższe orzeczenie należy podzielić stanowisko Trybunału w zakresie poszanowania prawa własności oraz ochrony praw jednostki. Ustawodawca słusznie zauważył jednak, że w przypadku zajęcia przedmiotów, które mogą okazać się przydatne w czasie epidemii lub stanu epidemiologicznego najważniejsze jest jak najszybsze przekazanie zabezpieczonych przedmiotów. Należy zwrócić uwagę na charakter spraw w których dokonuje się zabezpieczenia przedmiotów oraz czas w jakim ten przeпаdek na który powołuje się w swoim orzeczeniu Trybunał Konstytucyjny jest orzekany. Niestety w przypadku spraw dotyczących zorganizowanych grup przestępczych, spraw wieloosobowych, wielowątkowych ich czas trwania od momentu wszczęcia śledztwa do ich prawomocnego zakończenia wynosi kilka lat, a czasami nawet dłużej. Oczekiwanie w takiej sytuacji na prawomocny wyrok Sądu orzekający przeпаdek przedmiotów zabezpieczanych w toku postępowania jest niecelowe, nieadekwatne i nieuzasadnione w sytuacji obowiązywania nadzwyczajnych okoliczności jakimi są stan epidemii lub stan zagrożenia epidemicznego. W takich sytuacjach niezbędne jest szybkie i skuteczne wykorzystanie dostępnych sił i środków. Wprowadzony przepis art. 232b k.p.k. jest zatem skutecznym rozwiązaniem, dającym możliwość szybkiego przekazania zabezpieczonych przedmiotów podmiotom, które są w stanie wykorzystać je w celu zapewnienia ochrony zdrowia obywateli oraz bezpieczeństwa powszechnego. Przechowywanie tych przedmiotów i wieloletnie oczekiwanie na ich przeпаdek, po prawomocnym zakończeniu postępowania, jest sprzeczne ze standardami wymiaru sprawiedliwości w XXI wieku.

Abstrahując od stanu epidemii oraz zagrożenia epidemicznego w jakich wprowadzony został przepis art. 232 b k.p.k. należy stwierdzić, że w przypadku zniesienia tych stanów należałoby rozważyć wprowadzenie do kodeksu postępowania karnego podobnego unormowania, które mo-

²⁸ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 3 czerwca 2008 r. w sprawie o sygn. P 4/06, OTK-A 2008, nr 5, poz. 76.

głoby obowiązywać na stałe, nie tylko w czasie epidemii lub zagrożenia epidemicznego. Jest to w szczególności uzasadnione możliwością wykorzystania wielu przedmiotów zabezpieczonych w toku śledztwa, które mogłyby pomóc w bieżącej pracy służbie zdrowia czy organom odpowiedzialnym za bezpieczeństwo i porządek publiczny. Wówczas można dokonać nieznacznej zmiany brzmienia art. 232 b k.p.k. wprowadzając uregulowania mówiące przykładowo, że „prokurator może przekazać do bezpłatnego używania sprzęt zabezpieczony w toku postępowania, który może być wykorzystywany przez Policję, Straż Graniczną Straż Pożarną do zapewniania bezpieczeństwa i porządku powszechnego”. Po zakończeniu wieloletniego procesu, w przypadku skazania, Sąd orzekałby przepadek przedmiotów na rzecz podmiotów, którym przekazano je do nieodpłatnego korzystania. Wprowadzenie powyższych unormowań lub podobnych przepisów, ale które umożliwiałyby szybkie przekazanie zajętych w toku postępowania przedmiotów jest w dzisiejszych czasach niemal niezbędne. Przechowywanie sprzętu komputerowego i innych rzeczy w magazynach dowodów rzeczowych lub wieloletnie przetrzymywanie pojazdów na depozytowych parkingach policyjnych jest ewidentnym marnowaniem środków, które mogą być dużo lepiej wykorzystane przez służbę zdrowia lub organy odpowiedzialne za bezpieczeństwo publiczne. Należy z całą stanowczością podkreślić, że unormowania te powinny przewidywać odpowiedzialność odszkodowawczą Skarbu Państwa, aby zabezpieczyć prawa jednostki w przypadku wydania ewentualnego wyroku uniewinniającego. Obecne uregulowania art. 232b k.p.k. wprost wskazują, że art. 192 k.k.w. stosuje się odpowiednio.

Podsumowując należy stwierdzić, że wprowadzenie do kodeksu postępowania karnego art. 232b k.p.k. należy uznać za słuszne rozwiązanie mające na celu wykorzystanie bieżących środków i zasobów do działań zapewniających bezpieczeństwo i porządek publiczny. Podobne uregulowania powinny zostać na stałe wprowadzone do kodeksu postępowania karnego, co z jednej strony doprowadziłoby do lepszego wyposażenia określonych instytucji, a z drugiej strony zapobiegłoby wielomilionowym stratom polegającym na niszczeniu i trwonieniu przedmiotów, które dzięki przekazaniu szpitalom, Policji i innym podobnym służbom mogą być dużo lepiej wykorzystane.

Bibliografia

Literatura

1. Czebotar Ł., Gądzik Z., Łyżwa A., Michałek A., Świerczewska-Gąsiorowska A., Tokarski M., Komentarz. Ustawa o Policji, Wydawnictwo Wolters Kluwer, Warszawa 2015.
2. Eichstaedt K., Komentarz aktualizowany do art. 232(b) Kodeksu postępowania karnego, Dariusz Świecki (red.), LEX 2021, nr 11285.
3. Krej N., COVID-19. Ustawy antykryzysowe. Zbiór przepisów z omówieniem, Wydawnictwo C. H. Beck, Warszawa 2020, Legalis.
4. Kulesza C., Kodeks postępowania karnego. Komentarz, wydanie II, K. Dudka (red.), Wydawnictwo Wolters Kluwer 2020.
5. Łozińska-Piekarska A., Zasadność zawężenia stosowania przepisów o nieodpłatnym przekazaniu przedmiotów dokonywanym na podstawie art. 232b k.p.k., *Studia Iuridica Toruniensia*, Tom XXVIII.
6. Łyżwa R., Przeszukanie w celu wykrycia lub zatrzymania albo przymusowego doprowadzenia osoby podejrzanej, *Studia Prawnoustrojowe UWM* Nr 40/2018.
7. Drajewicz D., Kodeks postępowania karnego. Tom I. Komentarz. Art. 1–424, Warszawa 2020, Legalis.
8. Sakowicz A. (red.), Kodeks postępowania karnego. Komentarz, wyd. 9, Warszawa 2020.

Internet i publikacje prasowe

1. <https://pk.gov.pl/aktualnosci/aktualnosci-prokuratury-krajowej/prokurator-przekazal-szpitalom-i-policji-sprzet-odebrany-mafii-vat-owskiej/>.
2. <https://pk.gov.pl/aktualnosci/aktualnosci-prokuratury-krajowej/prokurator-przekazal-szpitalom-sprzet-odebrany-mafii-tytoniowej/>.
3. <https://pk.gov.pl/aktualnosci/aktualnosci-prokuratury-krajowej/prokurator-pionu-pz-przekazal-strazy-pozarnej-sprzet-odebrany-mafii-tytoniowej/>.
4. <https://pk.gov.pl/aktualnosci/aktualnosci-prokuratury-krajowej/prokurator-pionu-pz-przekazal-strazy-pozarnej-sprzet-odebrany-mafii-tytoniowej/>.
5. <https://www.gov.pl/web/prokuratura-krajowa/prokurator-pionu-pz-odebral-handlarzom-narkotykow-samochody-i-przekazal-je-cbsp>.

Akty normatywne

1. Ustawa z dnia 5 grudnia 2008 r. o zapobieganiu oraz zwalczaniu zakażeń i chorób zakaźnych u ludzi.
2. Ustawa z dnia 15 kwietnia 2011 r. o działalności leczniczej.
3. Ustawa z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji.

4. Ustawa z dnia 12 października 1990 r. o Straży Granicznej.
5. Ustawa z dnia 24 sierpnia 1991 r. o Państwowej Straży Pożarnej.
6. Rozporządzenie Ministra Zdrowia z dnia 12 maja 2022 roku w sprawie ogłoszenia na obszarze Rzeczypospolitej Polskiej stanu zagrożenia epidemicznego Dz. U. z 2022 r., poz. 1028.

Orzecznictwo

1. Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 3 czerwca 2008 r. w sprawie P 4/06 sygn. OTK-A 2008, nr 5, poz. 76.
2. Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 3 marca 2006 r., sygn. II CSK 81/05.
3. Wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 18 sierpnia 2006 r., sygn. I ACa 529/06.

Prosecutorial transfer of items seized during proceedings as an effective “tool” to support health care and state security institutions (Code of Criminal Procedure, Article 232b)

Abstract

This paper focuses on the provision of Article 232b introduced to the Code of Criminal Procedure in March 2020. The provision is analysed through a discussion of circumstances in which prosecutors can transfer items seized during proceedings to exhaustively listed institutions. Practical uses of the provision of Article 232b of the Code of Criminal Procedure are also identified based on examples of proceedings conducted by National Prosecutor's Office, Branch Divisions of the Department for Organized Crime and Corruption. This paper opts for similar solutions to be permanently introduced into the Code of Criminal Procedure so that things such objects or cars seized during proceedings could be used by relevant services to protect health as well as to ensure public order and safety instead of just being wasted.

Key words

Covid-19, state of epidemic emergency, state of epidemic, epidemic, forfeiture, transfer, public prosecutor, Branch Division of the Department for Organised Crime and Corruption of the National Public Prosecutor's Office, healthcare entity, State Fire Service, Armed Forces of the Republic of Poland, Police, Border Guard, state and local government institutions.

Aleksandra Nieprzecka¹

Odpowiedzialność karna za popełnienie zbrodni międzynarodowej w świetle koncepcji sprawstwa przyjętej w orzecznictwie MTK²

Streszczenie

W art. 25 (3) (a) Statutu Rzymskiego przewidziane zostały, podobnie jak w niemieckim kodeksie karnym, trzy odmiany sprawstwa: bezpośrednie, pośrednie oraz współsprawstwo. Dokonując wykładni tego przepisu MTK konsekwentnie odrzuca zarówno obiektywne, jak i subiektywne ujęcie sprawstwa, odwołując się do koncepcji control over crime, która zakłada, że sprawcą zbrodni jest osoba, która sprawuje władztwo nad popełnionym czynem. Szczegółowa analiza orzecznictwa MTK wskazuje jednak na to, że istotą koncepcji control over crime jest w tym wypadku nie tyle kontrola nad popełnieniem zbrodni, tj. nad procesem realizacji jej znamion, a nad zorganizowaną hierarchiczną strukturą, która miała zostać wykorzystana do popełnienia zbrodni, co zasługuje na bardziej pogłębioną analizę.

Słowa kluczowe

Międzynarodowy Trybunał Karny, współsprawstwo, sprawstwo pośrednie, współdziałanie przestępne.

1. Wprowadzenie

Rosyjska agresja na Ukrainę skłania do stawiania fundamentalnych pytań o możliwość pociągnięcia wysokich przedstawicieli Federacji Rosyj-

¹ Aleksandra Nieprzecka, doktorant, Katedra Prawa Karnego, Wydział Prawa i Administracji, Uniwersytet Jagielloński, Wydział Prawa, Uniwersytet w Hamburgu (*Fakultät für Rechtswissenschaft, Universität Hamburg*); adwokat Krakowskiej Izby Adwokackiej, ORCID: 0000-0002-9413-3298.

² Opracowanie powstało w wyniku realizacji projektu badawczego o nr 2017/27/N/HS5/00994, finansowanego ze środków Narodowego Centrum Nauki.

skiej do odpowiedzialności karnej za zbrodnie międzynarodowe popełniane na terytorium Ukrainy. Zagadnienie to można rzecz jasna analizować na wielu płaszczyznach, zarówno w perspektywie normatywnej, jak i w kontekście realnej możliwości poprowadzenia tego rodzaju postępowań karnych teraz i w przyszłości. Wydaje się przy tym oczywiste, że ta ostatnia perspektywa musiałaby także uwzględniać uwarunkowania o charakterze politycznym. Pozostając natomiast w sferze rozważań usytuowanych na płaszczyźnie prawa wskazać należy, że oświadczenie Prokuratora Międzynarodowego Trybunału Karnego w Hadze – Karima A. A. Khana o otwarciu śledztwa w sprawie sytuacji w Ukrainie³ uczyniło z przepisów Statutu Rzymskiego MTK⁴ jeden z głównych punktów odniesienia dla rozważań dotyczących ścigania zbrodni popełnianych na terytorium Ukrainy.

Już na wstępie zaznaczyć przy tym należy, że również na gruncie Statutu Rzymskiego próba udzielenia odpowiedzi na pytanie o dopuszczalność i możliwość pociągnięcia do odpowiedzialności karnej sprawców zbrodni popełnianych na terytorium Ukrainy wymagałaby złożonej analizy prawnej, która ze swej istoty uwikłana byłaby w niezwykle sporne kwestie dotyczące jurysdykcji MTK oraz dopuszczalności sprawy przed tym organem⁵, a dalej w niemniej skomplikowane (tak na poziomie elementów definicji zbrodni, jak i form przestępnego współdziałania) zagadnienia prawnomaterialne. Z oczywistych zatem względów przedstawienie rozważań o charakterze *quasi*-subsumcyjnym wykraczałoby poza ramy niniejszego opracowania, a jednocześnie ze względu na dynamiczny przebieg działań zbrojnych na terytorium Ukrainy i ograniczony zakres informacji, które trafiają do opinii publicznej i mogłyby stanowić asumpt dla sformułowania jednoznacznych wniosków, analiza tego rodzaju byłaby obarczona dużym ryzykiem błędu i mogłaby się szybko zdezaktualizować.

³ Zob. <https://www.icc-cpi.int/news/statement-icc-prosecutor-karim-aa-khan-qc-situation-ukraine-i-have-decided-proceed-opening> (dostęp: 22 kwietnia 2022 r.).

⁴ Dz. U. z 2003 r., Nr 78, poz. 708.

⁵ Zob. H. Kuczyńska, Odpowiedzialność przed Międzynarodowym Trybunałem Karnym za zbrodnie prawa międzynarodowego popełnione w czasie konfliktu w Ukrainie, *Palestra* 2022, nr 4, s. 7–27; E. Wilmshurst, *The International Criminal Court*, (w:) R. Cryer, H. Friman, D. Robinson, E. Wilmshurst, *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, Cambridge 2018, s. 146–180; W. Schabas, G. Pecorella, *Preconditions to the exercise of jurisdiction*, (w:) O. Triffterer, K. Ambos (red.), *Rome Statute of the International Criminal Court. A Commentary*, Monachium 2016, s. 672–702; R. Rastan, *Jurisdiction*, (w:) C. Stahn (red.), *The Law and Practice of the International Criminal Court*, Oxford 2015, s. 141–178; R. Rastan, *The jurisdictional scope of situations before the International Criminal Court*, *Criminal Law Forum* 2012, nr 23, s. 1–34.

Z całą jednak pewnością nie tracą na aktualności rozważania dotyczące dogmatycznego modelu wykorzystywanego w postępowaniach o zbrodnie podlegające jurysdykcji MTK, który z jednej strony w istotnym stopniu różni się od rozwiązań przyjmowanych w tym zakresie w porządkach krajowych (co wydaje się oczywiste zważywszy na to, że regulacje krajowe tworzone są zasadniczo z myślą o przestępczości powszechnej, a nie o szczególnej kategorii zbrodni międzynarodowych zaliczanych do kategorii *international core crimes*)⁶, z drugiej nie stanowi prostego powielenia rozwiązań, które wypracowano i stosowano w praktyce orzeczniczej trybunałów *ad hoc* – dla byłej Jugosławii oraz dla Rwandy⁷. Autonomiczny charakter regulacji zawartych w Statucie Rzymskim MTK uwidacznia się przede wszystkim w odniesieniu do form przestępnego współdziałania, w szczególności na płaszczyźnie przyjętej koncepcji sprawstwa (*crime's commission*), której poświęcone jest niniejsze opracowanie.

O ile trybunały dla byłej Jugosławii i dla Rwandy, a za nimi również (choć nie bez pewnych znaczących odrębności) Specjalne Izby Wschodniego Timoru (*the Special Panels of East Timor*), Sąd Specjalny dla Sierra Leone (*the Special Court for Sierra Leone*) oraz Nadzwyczajne Izby Sądów w Kambodży (*the Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia*)⁸, interpretowały sprawstwo przez pryzmat tzw. związku przestępnego (*joint criminal enterprise*)⁹, o tyle MTK – odwołując się do wąskiej,

⁶ Zob. C. Damgaard, *Individual Criminal Responsibility for Core International Crimes. Selected Pertinent Issues*, Berlin–Heidelberg 2008, s. 56–86; K. Ambos, *Treatise on International Criminal Law. Volume I: Foundations and General Part*, Oxford 2013, s. 81–101.

⁷ Zob. K. Ambos, *Treatise on International Criminal Law. Volume I: Foundations and General Part*, Oxford 2013, s. 19–22; 120–179.

⁸ Zob. C. Damgaard, *Individual Criminal Responsibility for Core International Crimes. Selected Pertinent Issues*, Berlin–Heidelberg 2008, s. 136–182; L. Marsh, M. Ramsden, *Joint Criminal Enterprise: Cambodia's Reply to Tadić*, *International Criminal Law Review* 2011, nr 11, s. 137–154; K. Ambos, *Treatise on International Criminal Law. Volume I: Foundations and General Part*, Oxford 2013, s. 135–141.

⁹ Zob. m.in. *Prosecutor v. Maximilien Turinabo, Anselme Nzabonimpa, Jean de Dieu Ndagijimana, Marie Rose Fatuma, Dick Prudence Munyeshuli*, Case No. MICT-18-116-PT, Decision on Prosecution Appeal against Decision on Challenges to Jurisdiction, 28 June 2019, par. 10; *Prosecutor v. Yussuf Munyakazi*, Case No. ICTR-97-36A-A, Judgement on the appeal, 28 September 2011, par. 163; *Prosecutor v. Momčilo Krajišnik*, Case No. IT-00-39-A, Judgement on the appeal, 17 March 2009, par. 215–216; *Prosecutor v. Blagoje Simić*, Case No. IT-95-9-A, Judgement on the appeal, 28 November 2006, par. 20; *Prosecutor v. Milan Milutinović, Nikola Šainović & Dragoljub Ojdanić*, Case No. IT-99-37-AR72, Decision on Dragoljub Ojdanić's Motion Challenging Jurisdiction – Joint Criminal Enterprise, 21 May 2003, par. 21–26; *Prosecutor v. Moinina Fofana, Allieu Kondewa*, Case No. SCSL-04-14-T, 2 Judgement, 2 August

wyjątkowej (na tle statutów innych międzynarodowych trybunałów i sądów karnych) definicji sprawstwa z art. 25 (3) (a) Statutu Rzymskiego – konsekwentnie odcina się od tego modelu wykładni¹⁰.

W swoim orzecznictwie Międzynarodowy Trybunał Karny konsekwentnie rozwija koncepcję sprawstwa nawiązującą do teorii władztwa nad czynem (*control over crime*), choć już na wstępie zaznaczyć, że w praktyce teoria ta aplikowana była przez Trybunał w sposób twórczy i dostosowany do szczególnej specyfiki zbrodni podlegających jurysdykcji MTK. Na pierwszy plan wysuwają się zwłaszcza rozważania, które dotyczą popełnienia czynu przez zorganizowane struktury państwa (takie jak wojsko, policja i służby specjalne) lub organizacje podporządkowane, ściśle powiązane z władzą państwową. Istota sprowadza się przy tym do sformułowania przesłanek, które pozwalałyby na przypisanie odpowiedzialności głowie państwa oraz dowódcom wojskowym i cywilnym za popełnienie takich zbrodni, w których wykonanie nie byli bezpośrednio zaangażowani. Ta ostatnia perspektywa wydaje się szczególnie relewantna w kontekście postępowań dotyczących sytuacji na Ukrainie.

2. Sprawcze formy współdziałania opisane w Statucie MTK

Na przedpolu dalszych rozważań wskazać należy, że w art. 25 (3) Statutu Rzymskiego MTK zawarta została rozbudowana regulacja dotycząca form przestępnego współdziałania, które mogą stanowić podstawę przypisania odpowiedzialności karnej w postępowaniu przed Trybunałem. Szczególną podstawę dla przypisania odpowiedzialności karnej przewidziano również w art. 28 Statutu, który odnosi się do subsydiarnej – w sto-

2007, par. 207–208; Prosecutor v. Alex Tamba Brima, Brima Bazzy Kamara, Santigie Borbor Kanu, Case No. SCSL04-16-T, Judgement, 20 June 2007, par. 66–85, 778; Prosecutor v. Alex Tamba Brima, Brima Bazzy Kamara, Santigie Borbor Kanu, Case No. SCSL04-16-A, Judgement on the appeal, 22 February 2008, par. 72–86; Prosecutor v. Chea Nuon, Sary Ieng, Thirith Ieng, Samphan Khieu, Case No. 002/19-09-2007/ECCC/TC, Decision on the Applicability on Joint Criminal Enterprise, 12 September 2011; Prosecutor v. Kaing Guek Eav alia Duch, Case No. 001/18-07-2007/ECCC/TC, Judgement, 26 July 2010, par. 511–517; Prosecutor v. Thirith Ieng, Sary Ieng, Samphan Khieu, Case No. 002-19-09-2007-ECCC/OCIJ (PTC38), Decision on the Appeals Against the Co-Investigative Judges Order on Joint Criminal Enterprise, 20 May 2010.

¹⁰ Zob. m.in. Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Case No. ICC-01/04-01/06, Decision on the confirmation of charges, 29 January 2007, par. 329–339; Prosecutor v. Germain Katanga, Case No. ICC-01/04-01/07, Judgment pursuant to article 74 of the Statute, 7 March 2014, par. 1390–1393.

sunku do form współdziałania opisanych w art. 25 (3) Statutu – odpowiedzialności karnej dowódców wojskowych i cywilnych¹¹. Charakter tego przepisu jest jednak w literaturze sporny, w szczególności wątpliwość dotyczy tego, czy art. 28 Statutu Rzymskiego można uznać za formę przestępnego współdziałania, czy też przepis ten określa tylko przesłanki, które umożliwiają przypisanie dowódcy wojskowemu lub cywilnemu odpowiedzialności karnej za czyn zrealizowany przez jego podwładnych¹².

W odniesieniu do sprawstwa zbrodni (*crime's commission/perpetration*)¹³ warto podkreślić, że Statut Rzymski istotnie różni się od regulacji statutów trybunałów *ad hoc* oraz sądów mieszanych. Co prawda we wspomnianych aktach prawnych również występował termin „popełnienie zbrodni” (*crime's commission*) jako jedna z alternatywnie ujętych podstaw dla przypisania odpowiedzialności karnej, jednak pojęcie to nie zostało w żaden sposób zdefiniowane¹⁴, co pozostawiało bardzo szerokie pole dla prawotwórczej

¹¹ Zob. Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, Case No. ICC-01/05-01/08, Judgment pursuant to Article 74 of the Statute, 21 March 2016, par. 173–213; Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, Case No. ICC-01/05-01/08 A, Judgment on the appeal of Mr Jean-Pierre Bemba Gombo against Trial Chamber III's "Judgment pursuant to Article 74 of the Statute", 8 June 2018, par. 16–192; Prosecutor v. Laurent Gbagbo and Charles Blé and Charles Blé Goudé, Case No. ICC-02/11-01/15-1263-AnxC-Red, Public Redacted Version of Dissenting Opinion Judge Herrera Carbuccia, 16 July 2019, par. 492–537.

¹² Zob. M. Damaska, The Shadow Side of Command Responsibility, The American Journal of Comparative Law 2001, t. 49, s. 455–496; G. Werle, Principles of International Criminal Law, Haga 2009, s. 187–197; K. Ambos, Treatise on International Criminal Law. Volume I: Foundations and General Part, Oxford 2013, s. 206–228.

¹³ Na potrzeby niniejszego opracowania utożsamiam ze sobą pojęcia *crime's commission* oraz *perpetration*, traktując oba te pojęcia jako anglojęzyczne odpowiedniki „sprawstwa”, „popełnienia czynu”. Warto jednak zwrócić uwagę na zdanie odrębne Sędziego MTK Chile Eboe-Osuji do wyroku Izby Odwoławczej w sprawie Ntagandy, w którym zwracał on uwagę na to, że pojęcie *perpetration* jest w istocie neologizmem, który nie ma oparcia w tekście Statutu Rzymskiego, gdyż Statut pokazuje się wyłącznie terminem *crime's commission*. Zob. Prosecutor v. Bosco Ntaganda, Case No. ICC-01/04-02/06 A A2, Judgment on the appeals of Mr Bosco Ntaganda and the Prosecutor against the decision of Trial Chamber VI of 8 July 2019 entitled 'Judgment'. Annex 5: Partly concurring opinion of Judge Chile Eboe-Osuji, 30 March 2021, par. 14–20.

¹⁴ W świetle art. 7 (1) Statutu Trybunału Jugosłowiańskiego odpowiedzialności karnej podlegała osoba, która zaplanowała, nakłoniła do popełnienia, rozkazała, popełniła lub udzieliła pomocy w planowaniu, przygotowaniu lub wykonaniu zbrodni podlegających jurysdykcji tego Trybunału (A person who planned, instigated, ordered, committed or otherwise aided and abetted in the planning, preparation or execution of a crime referred to in articles 2 to 5 of the present Statute, shall be individually responsible for the crime). Analogiczne wyliczenie zawarte było w art. 6 (1) Statutu Międzynarodowego Trybunału Karnego dla Rwandy. Analogiczne przepisy zawierały również akty założycielskie Sądu Specjalnego dla Sierra Leone oraz Nadzwyczajnych Izb Sądów w Kam-

interpretacji tego pojęcia rozwijanej przede wszystkim przez Trybunał Jugosłowiański. Na tym tle przepisy Statutu Rzymskiego z całą pewnością wyróżniają się precyzyjnym określeniem form sprawstwa.

Z art. 25 (3) (a) Statutu Rzymskiego wynika, że zbrodnię można popełnić samodzielnie, wspólnie z inną osobą lub za pośrednictwem/przez inną osobę (*commits a crime as an individual, jointly with another person or through another person*). Nie ulega wątpliwości, że formuła ta do złudzenia wręcz przypomina ujęcie sprawstwa na gruncie niemieckiego kodeksu karnego¹⁵, z tym jednak istotnym zastrzeżeniem, iż na gruncie przepisów Statutu Rzymskiego przyjęto *explicite*, że sprawca pośredni odpowiada niezależnie od tego, czy bezpośredni sprawca ponosi odpowiedzialność czy też nie. Językowe znaczenie przepisów Statutu Rzymskiego pozwala zatem na wyróżnienie trzech odmian sprawstwa (popełnienia zbrodni), tj. sprawstwa bezpośredniego, współsprawstwa i sprawstwa pośredniego. Podkreślić przy tym należy, że o ile istota sprawstwa bezpośredniego nie nastręcza większych trudności (jako że sprowadza się do własnoręcznego wypełnienia wszystkich znamion (elementów) danej zbrodni przez tę samą osobę)¹⁶, o tyle rekonstrukcja elementów współsprawstwa oraz sprawstwa pośredniego okazała się procesem dalece bardziej skomplikowanym.

W tym względzie praktykę MTK bezsprzecznie zdominowała koncepcja *control over crime*, choć do dziś budzi ona pewne wątpliwości nawet wśród samych sędziów MTK, czego dowodem są rozbudowane

bodży. Zob. UN Security Council, Statute of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, 25 May 1993; UN Security Council, Statute of the International Criminal Tribunal for Rwanda, 8 November 1994; UN Security Council, Statute of the Special Court for Sierra Leone, 16 January 2002; Law on the Establishment of the Extraordinary Chambers, with inclusion of amendments as promulgated on 27 October 2004 (NS/RKM/1004/006).

¹⁵ Zob. F. Jessberger, J. Geneuss, On the Application of a Theory of Indirect Perpetration in Al Bashir, *Journal of International Criminal Justice* 2008, nr 6, s. 853–869; G. Werle, Individual Criminal Responsibility in Article 25 ICC Statute, *Journal of International Criminal Justice* 2007, nr 5, s. 953–975; G. Werle, B. Burghardt, Foreword, *Journal of International Criminal Justice* 2011, nr 9, s. 85–89. W odniesieniu do niemieckiej koncepcji sprawstwa zob. m.in. P. Kardas, *Teoretyczne podstawy odpowiedzialności karnej za przestępne współdziałanie*, Kraków 2001, s. 240–307; A. Liszewska, *Współdziałanie przestępne w polskim prawie karnym. Analiza dogmatyczna*, Łódź 2004, s. 79–84.

¹⁶ Zob. K. Ambos, Article 25. Individual Criminal Responsibility, (w:) O. Triffterer, K. Ambos (red.), *Rome Statute of the International Criminal Court. A Commentary*, Monachium 2016, s. 987–988; K. Ambos, *Treatise on International Criminal Law. Volume 1: Foundations and General Part*, Oxford 2013, s. 148–149.

argumentacyjnie zdania odrębne¹⁷. W koncepcji tej MTK poszukiwał kryterium odróżnienia sprawstwa od innych form przestępnego współdziałania i swoistej „trzeciej drogi” między obiektywistycznym oraz subiektywistycznym rozumieniem sprawstwa¹⁸. To pierwsze ujęcie zostało przez Trybunał odrzucone jako niedające się pogodzić z koncepcją sprawstwa pośredniego ze względu na to, że sprawca pośredni nie realizuje znamion czynu własnoręcznie¹⁹. Przeciwno subiektywistycznemu rozumieniu sprawstwa przytaczano zaś dwojakiego rodzaju argumenty. Z jednej strony wskazywano bowiem na to, że zamiar popełnienia zbrodni charakteryzuje także inne niż sprawstwo formy współdziałania, a w konsekwencji nie stanowi on miarodajnego oraz uniwersalnego kryterium dla rozdzielenia sprawców od współdziałających w formach niesprawczych²⁰. Gdyby przyjąć, że sprawcą zbrodni jest każdy kto się do niej przyczynia z zamiarem jej popełnienia, to za sprawstwo należałoby uznać również oraz zachowania opisane w art. 25 (3) Statutu Rzymskiego wyraźnie wyłączone z kategorii sprawstwa²¹. To zaś byłoby sprzeczne z wyraźnym brzmieniem i syntaktyką tego przepisu. Z drugiej strony zwracano uwagę na podobieństwo subiektywistycznej koncepcji sprawstwa do doktryny *joint criminal enterprise*²². Wskazywano przy tym nie bez racji, że gdyby w ten sposób miało być rozumiane spraw-

¹⁷ Zob. Prosecutor v. Mathieu Ngudjolo, Case No. ICC-01/04-02/12, Judgment pursuant to article 74 of the Statute. Concurring Opinion of Judge Christine Van den Wyngaert, 18 December 2012; Prosecutor v. Bosco Ntaganda, Case No. ICC-01/04-02/06 A A2, Judgment on the appeals of Mr Bosco Ntaganda and the Prosecutor against the decision of Trial Chamber VI of 8 July 2019 entitled 'Judgment'. Annex 5: Partly concurring opinion of Judge Chile Eboe-Osuji, 30 March 2021; Prosecutor v. Bosco Ntaganda, Case No. ICC-01/04-02/06 A A2, Judgment on the appeals of Mr Bosco Ntaganda and the Prosecutor against the decision of Trial Chamber VI of 8 July 2019 entitled 'Judgment'. Annex 2: Separate opinion of Judge Howard Morrison on Mr Ntaganda's appeal, 30 March 2021.

¹⁸ Zob. Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Case No. ICC-01/04-01/06, Decision on the confirmation of charges, 29 January 2007, par. 327–332; Prosecutor v. Germain Katanga, Case No. ICC-01/04-01/07, Judgment pursuant to article 74 of the Statute, 7 March 2014, par. 1391–1394.

¹⁹ Zob. Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Case No. ICC-01/04-01/06, Decision on the confirmation of charges, 29 January 2007, par. 327–332; Prosecutor v. Germain Katanga, Case No. ICC-01/04-01/07, Judgment pursuant to article 74 of the Statute, 7 March 2014, par. 1391–1394.

²⁰ Zob. Prosecutor v. Germain Katanga, Case No. ICC-01/04-01/07, Judgment pursuant to article 74 of the Statute, 7 March 2014, par. 1392.

²¹ Zob. Prosecutor v. Germain Katanga, Case No. ICC-01/04-01/07, Judgment pursuant to article 74 of the Statute, 7 March 2014, par. 1392.

²² Zob. Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Case No. ICC-01/04-01/06, Decision on the confirmation of charges, 29 January 2007, par. 335.

stwo, to twórcy Statutu przesądziłoby o tym wyraźnie w jego brzmieniu²³ (ujmując tę koncepcję w definicji sprawstwa w miejsce zakorzenionego w tradycji niemieckiej trójpodziału odmian sprawstwa na sprawstwo bezpośrednie, współsprawstwo i sprawstwo pośrednie)²⁴. Tymczasem formę zbliżoną do doktryny *joint criminal enterprise* przewidziano w art. 25 (3) (d) Statutu MTK traktując ją jako pewną subsydiarną (w stosunku do form opisanych we wcześniejszych jednostkach redakcyjnych tego przepisu), rezydualną formę współdziałania²⁵.

Z tych względów koncepcja *control over crime* uznana została przez MTK za najbardziej adekwatną i spójną z literalnym brzmieniem art. 25 (3) (a) Statutu MTK²⁶. Wskazywano przy tym jednocześnie, że w zależności od formy sprawstwa kontrola (władztwo) nad realizowanym czynem może się przejawiać w tym, że sprawca wyczerpuje swoim zachowaniem wszystkie znamiona zbrodni, w łącznym władztwie sprawowanym przez co najmniej dwie osoby (jak w przypadku współsprawstwa) lub władztwie nad osobą, która własnym zachowaniem zrealizowała wszystkie znamiona zbrodni przez „zawładnięcie jej wolą” (*subjugating one's will*)²⁷. Ta ostatnia forma władztwa miałaby rzecz jasna charakteryzować sprawstwo pośrednie oraz specyficzne złożenie ze sobą konstrukcji współsprawstwa oraz sprawstwa pośredniego określanej w doktrynie jako *indirect co-perpetration*²⁸, które zdominowało najnowsze orzecznictwo MTK²⁹.

²³ Zob. Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Case No. ICC-01/04-01/06, Decision on the confirmation of charges, 29 January 2007, par. 335.

²⁴ Zob. C. Damgaard, Individual Criminal Responsibility for Core International Crimes. Selected Pertinent Issues, Berlin–Heidelberg 2008, s. 255–258; K. Ambos, Treatise on International Criminal Law. Volume 1: Foundations and General Part, Oxford 2013, s. 160–164; M. Olewiński, Konstrukcja związku przestępnego (*joint criminal enterprise*) a Statut Rzymski Międzynarodowego Trybunału Karnego, Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych 2015, nr 4, s. 58–84.

²⁵ Zob. Prosecutor v. Callixte Mbarushimana, ICC-01/04-01/10, Decision on the confirmation of charges, 16 December 2011, par. 277; Prosecutor v. William Samoei Ruto, Henry Kiprono Kosgey and Joshua Arap Sang, ICC-01/09-01/11, Decision on the Confirmation of Charges Pursuant to Article 61(7)(1) and (b) of the Rome Statute, 23 January 2012, par. 354.

²⁶ Zob. Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Case No. ICC-01/04-01/06, Decision on the confirmation of charges, 29 January 2007, par. 330–332.

²⁷ Zob. Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Case No. ICC-01/04-01/06, Decision on the confirmation of charges, 29 January 2007, par. 333; Prosecutor v. Dominic Ongwen, ICC-02/04-01/15, Trial Judgment, 4 February 2021, par. 2783–2786.

²⁸ Zob. S. Eldar, Indirect Co-Perpetration, Crim Law and Philos 2014, t. 8, s. 605–617.

²⁹ Zob. Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui, Case No. ICC-01/04-01/07, Decision on the confirmation of charges, 30 September 2008, par. 484–539; Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir, Case No. ICC-02/05-01/09, Decision on

3. Współsprawstwo

Warto w tym kontekście nadmienić, że koncepcja *control over crime* nie jest w tym przypadku jedynie teoretycznym punktem odniesienia służącym oddaniu istoty każdej z odmian sprawstwa. Przeciwnie – koncepcja ta ma doniosłe znaczenie praktyczne w procesie rekonstrukcji elementów, które charakteryzują każdą z odmian sprawstwa, czy wręcz funkcjonuje *per se* jako jeden z elementów poszczególnych odmian sprawstwa (rzecz jasna z wyłączeniem sprawstwa bezpośredniego, które sprowadza się do aktu osobistego wykonania czynu z wymaganym dla danej zbrodni zamiarem bez konieczności odwołania się do żadnych innych przesłanek). Powyższe twierdzenie można zilustrować na przykładzie współsprawstwa.

W orzecznictwie MTK wielokrotnie powtarza się stwierdzenie, że nie jest konieczne, by każdy ze współdziałających osobiście chociażby częściowo wyczerpał znamiona zbrodni, ani by był on obecny na miejscu popełnienia czynu, pod warunkiem, że zostanie wykazane, iż sprawował on wspólnie z innymi osobami władztwo nad czynem³⁰. Władztwo to miałyby się zaś przejawiać w koniecznym wkładzie w realizację porozumienia (*essential contribution*), przy czym owa konieczność sprowadzana

the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir, 4 March 2009, par. 210–223; Prosecutor v. Bahar Idriss Abu Garda, Case No. ICC-02/05-02/09, Decision on the Confirmation of Charges, 8 February 2010, par. 160–219; Prosecutor v. Muammar Mohammed Abuminyar Gaddafi, Saif Al-Islam Gaddafi and Abdullah Al-Senussi, Case No. ICC-01/11-01/11, Decision on the "Prosecution's Application Pursuant to Article 58 as to Muammar Mohammed Abu Minyar Gaddafi, Saif Al-Islam Gaddafi and Abdullah Al-Senussi", 27 June 2011, par. 68–80; Prosecutor v. Germain Katanga, Case No. ICC-01/04-01/07, Judgment pursuant to article 74 of the Statute, 7 March 2014, par. 1398–1416; Prosecutor v. Bosco Ntaganda, Case No. ICC-01/04-02/06, Judgment, 8 July 2019, par. 774–857; Prosecutor v. Dominic Ongwen, Case No. ICC-02/04-01/15, Trial Judgment, 4 February 2021, par. 2783–2787–2788; 2850–2874; 2909–2918; 3088–3095; 3105–3111.

³⁰ Zob. Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Case No. ICC-01/04-01/06 A5, Judgment on the appeal of Mr Thomas Lubanga Dyilo against his conviction, 1 December 2014, par. 469–473; Prosecutor v. Al Hassan Ag Abdoul Aziz Ag Mohamed Ag Mahmoud, Case No. ICC-01/12-01/18, Decision on the Prosecutor's Application for the Issuance of a Warrant of Arrest for Al Hassan Ag Abdoul Aziz Ag Mohamed Ag Mahmoud, 22 May 2018, par. 170; Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, Aimé Kilolo Musamba, Jean-Jacques Mangenda Kabongo Fidèle Babala Wandu and Narcisse Arido, Case No. ICC-01/05-01/13, Judgment on the appeals of Mr Jean-Pierre Bemba Gombo, Mr Aimé Kilolo Musamba, Mr Jean-Jacques Mangenda Kabongo, Mr Fidèle Babala Wandu and Mr Narcisse Arido against the decision of trial Chamber VII entitled "Judgment pursuant to Article 74 of the Statute", 8 March 2018, par. 824.

jest do możliwości udaremnienia popełnienia zbrodni, gdyby współsprawca nie zrealizował przypisanej mu roli³¹. Jakkolwiek powyższe rozumowanie bez wątpienia przywodzi na myśl materialno-obiektywną koncepcję współsprawstwa oraz wymóg „istotnego wkładu” formułowany w orzecznictwie krajowym³², to jednak w praktyce koncepcja współdziałonego władztwa nad czynem przyjęta przez MTK jest o wiele bardziej pojemna i bezspornie rozszerzyła granice współsprawstwa, co rzecz jasna stanowi źródło kontrowersji³³.

Podkreślić w tym kontekście należy, że konieczny wkład nie ogranicza się tylko do fazy wykonawczej związanej z realizacją znamion zbrodni przez bezpośrednich wykonawców, lecz rozciąga się także na planowanie oraz przygotowanie zbrodni³⁴, czyli na etapy poprzedzające kryminalizowane na gruncie Statutu MTK usiłowanie i popełnienie zbrodni (odpowiednio art. 25 (3) (f) i (a) Statutu). W zasadzie można by wręcz stwierdzić, że chodzi tu nie tyle o konieczny wkład w popełnienie zbrodni, co o przyczynienie się do realizacji zawartego porozumienia. Jako przejaw koniecznego wkładu traktuje się bowiem chociażby udział w tworzeniu strategii lub planu, który wprost zakłada popełnienie zbrodni podlegających jurysdykcji MTK albo z którego wynika, że wcielenie w życie przyjętego planu w zwyczajnym przebiegu zdarzeń (z tzw. wirtualną pewnością) doprowadzi do realizacji czynu³⁵. Nie budzi zarazem wątpliwości, że takie rozumienie koniecznego wkładu jest podyktowane próbą rozcią-

³¹ Zob. *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Case No. ICC-01/04-01/06 A5, Judgment on the appeal of Mr Thomas Lubanga Dyilo against his conviction, 1 December 2014, par. 468–488.

³² Zob. postanowienie SN z dnia 15 października 2020 r., sygn. IV KK 406/20, LEX nr 3277270; wyrok SA we Wrocławiu z dnia 18 czerwca 2019 r., sygn. II AKa 153/19, LEX nr 2720021.

³³ Zob. *Prosecutor v. Mathieu Ngudjolo*, Case No. ICC-01/04-02/12, Judgment pursuant to article 74 of the Statute. Concurring Opinion of Judge Christine Van den Wyngaert, 18 December 2012.

³⁴ Zob. *Prosecutor v. Lubanga*, Case No. ICC-01/04-01/06-A5, Judgement on the appeal, 1 December 2014, par. 473; *Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo et al.*, Case No. ICC-01/05-01/12 A, Judgement on the appeal, 8 March 2018, par. 810; *Prosecutor v. Paul Gicheru*, Case No. ICC-01/09-01/20, Decision on the confirmation of charges, 15 July 2021, par. 174.

³⁵ Zob. *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Case No. ICC-01/04-01/06, Decision on the confirmation of charges, 29 January 2007, par. 344; *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Case No. ICC-01/04-01/06 A5, Judgment on the appeal of Mr Thomas Lubanga Dyilo against his conviction, 1 December 2014, par. 451; *Prosecutor v. Al Hassan Ag Abdoul Aziz Ag Mohamed Ag Mahmoud*, Case No. ICC-01/12-01/18, Decision on the Prosecutor's Application for the Issuance of a Warrant of Arrest for Al Hassan Ag Abdoul Aziz Ag Mohamed Ag Mahmoud, 22 May 2018, par. 168–169.

gnięcia konstrukcji współsprawstwa na osoby, które choć nie brały osobistego udziału w popełnieniu zbrodni, to jednak zdecydowały o zainicjowaniu działań zbrojnych i wprowadzeniu określonej polityki, które zaowocowały popełnieniem czynu.

Istotne jest przy tym, że równolegle nie stawia się dodatkowego wymogu, by współsprawca czuwał nad wykonaniem czynu, ani – na poziomie strony podmiotowej – aby miał on wiedzę o szczegółach popełnianych zbrodni. Innymi słowy, w świetle tej koncepcji współsprawca zbrodni nie musi znać miejsca oraz czasu jej popełnienia, ani nawet mieć pewności, że zbrodnie te zostały ostatecznie popełnione. Wystarczy świadomość, że realizacja porozumienia z tzw. wirtualną pewnością doprowadziłoby do popełnienia określonych zbrodni³⁶. Nie sposób więc oprzeć się wrażeniu, że o samym popełnieniu (realizacji) zbrodni współsprawca wiedzieć może stosunkowo niewiele lub uzyskać tę wiedzę dopiero po fakcie, o ile możliwe okaże się dowodowe ustalenie, że porozumienie współdziałających obejmowało też popełnienie zbrodni. Dla spełnienia wymogu dotyczącego koniecznego wkładu wystarczające jest wszak złożenie ze sobą elementu planowania, tworzenia strategii czy planu oraz wiedzy (nawet uzyskanej *ex post*) o tym, że zbrodnie objęte porozumieniem zostały popełnione³⁷.

Znamienne jest przy tym, że porozumienie – na gruncie przepisów Statutu Rzymskiego postrzegane jako obiektywny element współsprawstwa³⁸ – nie ogranicza się bynajmniej wyłącznie do wyraźnych porozumień i planów związanych bezpośrednio z popełnieniem zbrodni³⁹. Porozumienie może mieć równie dobrze charakter milczący, jak też można wnioskować

³⁶ Zob. Prosecutor v. Bosco Ntaganda, Case No. ICC-01/04-02/06 A A2, Judgment on the appeals of Mr Bosco Ntaganda and the Prosecutor against the decision of Trial Chamber VI of 8 July 2019 entitled 'Judgment', 30 March 2021, par. 1065.

³⁷ Zob. Prosecutor v. Dominic Ongwen, ICC-02/04-01/15, Trial Judgment, 4 February 2021, par. 2912.

³⁸ Zob. Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Case No. ICC-01/04-01/06, Decision on the confirmation of charges, 29 January 2007, par. 343–344; Prosecutor v. Abdallah Banda Abakaer Nourain and Saleh Mohammed Jerbo Jamus, Case No. ICC-02/05-03/09, Corrigendum of the "Decision on the confirmation of Charges", 7 March 2011, par. 129. Odmienne Gerhard Werle, Individual Criminal Responsibility in Article 25 ICC Statute, *Journal of International Criminal Justice* 2007, nr 5, s. 958; Prosecutor v. Mathieu Ngudjolo, Case No. ICC-01/04-02/12, Judgment pursuant to article 74 of the Statute. Concurring Opinion of Judge Christine Van den Wyngaert, 18 December 2012, par. 32–34.

³⁹ Zob. Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Case No. ICC-01/04-01/06, Decision on the confirmation of charges, 29 January 2007, par. 345.

o jego istnieniu w oparciu o skoordynowane działania współuczestników⁴⁰. Warto przy tym nadmienić, że popełnienie zbrodni nie musi stanowić głównego czy nadrzędnego celu porozumienia. W orzecznictwie MTK wskazuje się jedynie na to, że porozumienie powinno zawierać element przestępczości (*element of criminality*), który istnieje między innymi wtedy, gdy realizacja planu z wirtualną pewnością doprowadziłaby do popełnienia zbrodni⁴¹. To kryterium dotyczy sytuacji, w których w oparciu o okoliczności konkretnej sprawy można stwierdzić, że wypełnienie porozumienia prowadziłoby do popełnienia zbrodni. Dla przykładu wskazywano, że atak licznych i dobrze uzbrojonych oddziałów na stosunkowo niewielką misję pokojową ze swej istoty pozwala przyjąć z wirtualną pewnością, że atak ten doprowadzi do śmierci innych osób objętych ochroną⁴².

W najnowszym orzecznictwie zwraca się przy tym uwagę, że przesłankę dotyczącą koniecznego wkładu oceniać należy w sposób holistyczny przy uwzględnieniu tego, jakie zachowania objęte były porozumieniem między współdziałającymi⁴³. Rzecz jednak w tym, że jak wskazano wyżej istnienie i zakres porozumienia mogą być rekonstruowane w oparciu o sekwencję skoordynowanych zachowań współdziałających,

⁴⁰ Zob. Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Case No. ICC-01/04-01/06, Decision on the confirmation of charges, 29 January 2007, par. 345; Prosecutor v. Abdallah Banda Abakaer Nourain and Saleh Mohammed Jerbo Jamus, Case No. ICC-02/05-03/09, Corrigendum of the "Decision on the confirmation of Charges", 7 March 2011, par. 129; Prosecutor v. William Samoei Ruto, Henry Kiprono Kosgey and Joshua Arap Sang, ICC-01/09-01/11, Decision on the Confirmation of Charges Pursuant to Article 61(7)(1) and (b) of the Rome Statute, 23 January 2012, par. 301; Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, Aimé Kilolo Musamba, Jean-Jacques Mangenda Kabongo Fidèle Babala Wandu and Narcisse Arido, ICC-01/05-01/13, Judgment on the appeals of Mr Jean-Pierre Belba Gombo, Mr Aimé Kilolo Musamba, Mr Jean-Jacques Mangenda Kabongo, Mr Fidèle Babala Wandu and Mr Narcisse Arido against the decision of trial Chamber VII entitled "Judgment pursuant to Article 74 of the Statute", 8 March 2018, par. 764.

⁴¹ Zob. Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Case No. ICC-01/04-01/06, Decision on the confirmation of charges, 29 January 2007, par. 343–344; Prosecutor v. William Samoei Ruto, Henry Kiprono Kosgey and Joshua Arap Sang, ICC-01/09-01/11, Decision on the Confirmation of Charges Pursuant to Article 61(7)(1) and (b) of the Rome Statute, 23 January 2012, par. 301; Prosecutor v. Al Hassan Ag Abdoul Aziz Ag Mohamed Ag Mahmoud, Case No. ICC-01/12-01/18, Decision on the Prosecutor's Application for the Issuance of a Warrant of Arrest for Al Hassan Ag Abdoul Aziz Ag Mohamed Ag Mahmoud, 22 May 2018, par. 168–169.

⁴² Zob. Prosecutor v. Abdallah Banda Abakaer Nourain and Saleh Mohammed Jerbo Jamus, Case No. ICC-02/05-03/09, Corrigendum of the "Decision on the confirmation of Charges", 7 March 2011, par. 156.

⁴³ Zob. Prosecutor v. Bosco Ntaganda, Case No. ICC-01/04-02/06 A A2, Judgment on the appeals of Mr Bosco Ntaganda and the Prosecutor against the decision of Trial Chamber VI of 8 July 2019 entitled 'Judgment', 30 March 2021, par. 1067.

a więc z perspektywy *ex post* (niekoniecznie zaś na podstawie dowodów wskazujących na to, jakie ustalenia co do podziału ról zostały przyjęte przez realizacją czynu). W tym przypadku istnienie i zakres porozumienia ustalany jest zatem wtórnie na podstawie tych samych zachowań, które następnie ewaluowane są przez pryzmat tego, czy stanowiły one konieczny wkład w realizację czynu. Co przy tym wyznacza granice holistycznej oceny przesłanki koniecznego wkładu? Porozumienie między współdziałającymi, o którym wnioskuje się w oparciu o te same obiektywnie zrealizowane zachowania. Rozumowanie to musi budzić istotne wątpliwości i skłania do wniosku, że w ramach owej holistycznej ewaluacji zachowań współdziałających wszystko może zostać uznane za konieczny wkład w realizację porozumienia, a co za tym idzie za realizację znamion współsprawstwa.

Coraz bardziej oddala to istotę zachowania współsprawcy od popełnienia samej zbrodni, czyli czynu, który miał on współrealizować⁴⁴. Nie wiele przy tym wyjaśnia stwierdzenie, że wspólna kontrola nad czynem polega na tym, że niewykonanie przypisanego zadania przez współsprawcę mogłoby udaremnić popełnienie zbrodni⁴⁵. Jak trafnie zauważył bowiem w zdaniu odrębnym do wyroku Izby Odwoławczej w sprawie Ntagandy Sędzia MTK H. Morrison w przypadku zbrodni podlegających jurysdykcji Trybunału, które charakteryzują się wielością czynów i wielością sprawców istnieje zbyt wiele czynników, by sensownie rozważać, co wydarzyłoby się, gdyby jeden ze współdziałających nie zrealizował swojego zachowania⁴⁶. Innymi słowy – istnieje zbyt wiele zmiennych, które uniemożliwiają realną ocenę tego, czy wkład danego współdziałającego

⁴⁴ Zob. Prosecutor v. Bosco Ntaganda, Case No. ICC-01/04-02/06 A A2, Judgment on the appeals of Mr Bosco Ntaganda and the Prosecutor against the decision of Trial Chamber VI of 8 July 2019 entitled 'Judgment'. Annex 5: Partly concurring opinion of Judge Chile Eboe-Osuji, 30 March 2021, par. 45, 77–78.

⁴⁵ Zob. Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Case No. ICC-01/04-01/06 A5, Judgment on the appeal of Mr Thomas Lubanga Dyilo against his conviction, 1 December 2014, par. 468–488; Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, Aimé Kilolo Musamba, Jean-Jacques Mangenda Kabongo Fidèle Babala Wandu and Narcisse Arido, Case No. ICC-01/05-01/13, Judgment on the appeals of Mr Jean-Pierre Bemba Gombo, Mr Aimé Kilolo Musamba, Mr Jean-Jacques Mangenda Kabongo, Mr Fidèle Babala Wandu and Mr Narcisse Arido against the decision of trial Chamber VII entitled "Judgment pursuant to Article 74 of the Statute", 8 March 2018, par. 822.

⁴⁶ Zob. Prosecutor v. Bosco Ntaganda, Case No. ICC-01/04-02/06 A A2, Judgment on the appeals of Mr Bosco Ntaganda and the Prosecutor against the decision of Trial Chamber VI of 8 July 2019 entitled 'Judgment'. Annex 2: Separate opinion of Judge Howard Morrison on Mr Ntaganda's appeal, 30 March 2021, par. 29.

można uznać za konieczny, co niesie za sobą arbitralność oceny prawnej dokonywanej w oparciu o to kryterium.

Nie bez racji wskazuje się jednocześnie, że dominująca w orzecznictwie MTK koncepcja współsprawstwa oparta na koncepcji współdzielonego władztwa nad czynem prowadzi do zatarcia różnic między sprawstwem, a innymi formami współdziałania opisanymi w art. 25 (3) Statutu MTK. Za konieczny wkład w realizację porozumienia uznawane zostały bowiem zachowania sprowadzające się do nakłaniania do popełnienia zbrodni, wydawania instrukcji i rozkazów czy dostarczenia broni i wyposażenia⁴⁷. Jest oczywiste, że tego rodzaju zachowania z powodzeniem mogłyby być traktowane jako jedna z form przestępnego współdziałania opisanych w art. 25 (3) (b–d) Statutu Rzymskiego i stanowić wystarczającą podstawę dla przypisania odpowiedzialności karnej⁴⁸. Koncepcja *control over crime* doprowadziła zaś w praktyce do „usprawczenia” tych zachowań.

4. Sprawstwo pośrednie

Jeszcze więcej zastrzeżeń sformułować można w kontekście przyjętego przez MTK rozumienia sprawstwa pośredniego. W kolejnych orzeczeniach MTK powielane jest twierdzenie, że sprawca pośredni kontroluje osobę, która własnoręcznie realizuje znamiona zbrodni poprzez zdominowanie jej woli⁴⁹. Wskazuje się w tym kontekście, że właśnie owo zawładnięcie wolą innej osoby (bezpośredniego wykonawcy) stanowi element, który odróżnia sprawstwo pośrednie od odpowiedzialności karnej za wydanie rozkazu przewidzianej w art. 25 (3) (b) Statutu Rzymskiego⁵⁰. W literaturze nie brakuje jednak również głosów, że wydanie rozka-

⁴⁷ Zob. Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui, Case No. ICC-01/04-01/07, Decision on the confirmation of charges, 30 September 2008, par. 7.

⁴⁸ Zob. Prosecutor v. Bosco Ntaganda, Case No. ICC-01/04-02/06 A A2, Judgment on the appeals of Mr Bosco Ntaganda and the Prosecutor against the decision of Trial Chamber VI of 8 July 2019 entitled 'Judgment'. Annex 5: Partly concurring opinion of Judge Chile Eboe-Osuji, 30 March 2021, par. 45, 77–78; Prosecutor v. Bosco Ntaganda, Case No. ICC-01/04-02/06 A A2, Judgment on the appeals of Mr Bosco Ntaganda and the Prosecutor against the decision of Trial Chamber VI of 8 July 2019 entitled 'Judgment'. Annex 2: Separate opinion of Judge Howard Morrison on Mr Ntaganda's appeal, 30 March 2021, par. 29.

⁴⁹ Zob. Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Case No. ICC-01/04-01/06, Decision on the confirmation of charges, 29 January 2007, par. 333; Prosecutor v. Dominic Ongwen, ICC-02/04-01/15, Trial Judgment, 4 February 2021, par. 2783–2786.

⁵⁰ Zob. Prosecutor v. Dominic Ongwen, ICC-02/04-01/15, Trial Judgment, 4 February 2021, par. 2783.

zu popełnienia zbrodni (jakkolwiek wymienione wprost w art. 25 (3) (b) Statutu jako akcesoryjna niesprawcza forma współdziałania) jest tak naprawdę formą popełnienia zbrodni przez inną osobę⁵¹, a w konsekwencji stanowiłoby wystarczającą podstawę dla przypisania odpowiedzialności za sprawstwo pośrednie.

Wyeksponować przy tym należy, że na gruncie przepisów Statutu ta forma sprawstwa charakteryzowana jest w orzecznictwie jako zawładnięcie zachowaniem innej osoby lub osób do tego stopnia, że wola sprawcy bezpośredniego staje się irrelevantna, a co za tym idzie jego zachowanie może zostać przypisane sprawcy pośredniemu tak jakby stanowiło jego własny czyn⁵². Dodaje się przy tym, że odpowiedzialność za sprawstwo pośrednie jest niezależna od tego, czy bezpośredni wykonawca ponosi odpowiedzialność karną za swój czyn, czy też nie. Nie ulega wątpliwości, że to ostatnie twierdzenie jest zgodne z literalnym brzmieniem art. 25 (3) (a) Statutu Rzymskiego *in fine*, choć zarazem jest ono problematyczne na płaszczyźnie przyjętej przez MTK koncepcji *control over crime*.

Zauważyć bowiem należy, że o ile w przypadku braku odpowiedzialności sprawcy bezpośredniego (czy to ze względu na wiek – jak w przypadku tzw. dziecięcych żołnierzy wykorzystywanych do popełnienia zbrodni jako członkowie organizacji zbrojnych, czy też z uwagi na niepoczytalność albo przymus)⁵³ można wnioskować o tym, że sprawca pośredni zdominował wolę bezpośredniego wykonawcy do tego stopnia, że ta ostatnia stała się właściwie irrelevantna, a właściwe władztwo nad czynem niejako „przejął” sprawca pośredni, o tyle rozumowanie to wydaje się mniej przekonujące w przypadku w pełni odpowiedzialnego bezpośredniego sprawcy. W tym układzie sytuacyjnym – również w świetle założeń koncepcji *control over crime* – przedstawianych w orzecznictwie – sprawca bezpośredni nie traci władztwa nad czynem, co przejawia się we własnoręcznym zrealizowaniu przez niego wszystkich elementów zbrodni w warunkach umożliwiających

⁵¹ K. Ambos, Article 25. Individual criminal responsibility, (w:) O. Triffterer, K. Ambos (red.), Rome Statute of the International Criminal Court. A Commentary, Monachium 2016, s. 1002.

⁵² Zob. Prosecutor v. Dominic Ongwen, ICC-02/04-01/15, Decision on the confirmation of charges against Dominic Ongwen, 23 March 2016, par. 39–41; Prosecutor v. Dominic Ongwen, ICC-02/04-01/15, Trial Judgment, 4 February 2021, par. 2783.

⁵³ Zob. A. Eser, Grounds for excluding criminal responsibility, (w:) O. Triffterer, K. Ambos (red.), Rome Statute of the International Criminal Court. A Commentary, Monachium 2016, s. 1128–1160; O. Triffterer, R. Clark, Exclusion of jurisdiction over persons under eighteen, (w:) O. Triffterer, K. Ambos (red.), Rome Statute of the International Criminal Court. A Commentary, Monachium 2016, s. 1030–1036.

pociągnięcie go do odpowiedzialności karnej⁵⁴. Trudno więc zakładać, że sprawca pośredni „przejmuje” kontrolę nad czynem, a z jakichś względów bezpośredni wykonawca tę kontrolę traci.

Nie można tracić z pola widzenia, że niezależnie od potrzeby pociągnięcia do odpowiedzialności karnej osoby (często formalnego lub nieformalnego dowódcy czy zwierzchnika), która niejako stoi za sprawcą bezpośrednim nie sposób deprecjonować czy pomijać znaczenia czynu tego ostatniego. To on ostatecznie decyduje o tym, w jaki sposób i w jakich okoliczności popełniona zostanie zbrodnia, własnoręcznie realizuje jej znamiona i to on ma bezpośredni kontakt z ofiarą. Zbrodnie podlegające jurysdykcji MTK cechują się szczególnym okrucieństwem i brutalnością, którą wykazują się konkretni sprawcy bezpośredni. Jeśli więc mamy do czynienia ze sprawcą, który może ponosić odpowiedzialność karną za swój czyn nie ma żadnych powodów, by zakładać, że traci on władztwo nad zrealizowanym czynem. Trudno także twierdzić, że wola sprawcy bezpośredniego staje się w tego rodzaju sytuacjach irrelevantna – wszak finalnie to ona ma decydujące znaczenie dla sposobu popełnienia czynu.

Nasuwa się zatem wniosek, że w przypadku popełnienia zbrodni przez zdanego do poniesienia odpowiedzialności bezpośredniego wykonawcę (niezależnie, czy *in casu* wykonawca ów poniesie odpowiedzialność czy też nie) władztwo nad czynem sprawowane jest jednocześnie przez co najmniej dwie osoby, choć odmiennie niż w przypadku współsprawstwa nie mamy tu do czynienia ze współdzieloną kontrolą nad czynem, której podstawą jest co najmniej konkludentne porozumienie współdziałających. W przypadku sprawcy bezpośredniego władztwo nad czynem przejawia się we własnoręcznym wykonaniu czynu (co nie budzi wątpliwości), ale konstrukcja sprawstwa pośredniego wskazuje, że jednocześnie staje się on „ludzkim narzędziem”, instrumentem w rękach sprawcy pośredniego. Pozostaje odpowiedzieć na pytanie, w czym przejawia się w tym wypadku władztwo nad czynem sprawowane przez sprawcę pośredniego.

Wydaje się bezsporne, że sprawstwo pośrednie wymaga specyficznej podległości sprawcy bezpośredniego wobec sprawcy pośredniego, choć w mojej ocenie podległość ta nie musi mieć formalnego charakteru. Bez wątplenia jednak sprawstwo pośredni powinien dysponować możliwością kontrolowania oraz wpływania na przebieg akcji przestępnej, wydawania

⁵⁴ Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, ICC-01/04-01/06, Decision on the confirmation of charges, 29 January 2007, par. 332; Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui, ICC-01/04-01/07, Decision on the confirmation of charges, 30 September 2008, par. 488.

instrukcji i poleceń bezpośredniemu wykonawcy. Innymi słowy, by przyjąć, że sprawca pośredni równolegle do sprawcy bezpośredniego sprawował kontrolę nad realizowanym przez tego ostatniego czynem, oddziaływanie sprawcy pośredniego powinno rozciągać się na fazę wykonania zbrodni. To właśnie na wykonanie czynu, a więc *par excellence* popełnienie zbrodni sprawca pośredni powinien mieć realny wpływ. Samo natomiast wydanie rozkazu (pozbawione późniejszej kontroli nad sposobem wykonania tego rozkazu, która przejawiać się może choćby w osobistym udziale w ataku prowadzonym na podstawie rozkazu) powinno być zaś kwalifikowane na podstawie art. 25 (3) (b) Statutu Rzymskiego, w którym wymieniono wprost wydanie rozkazu jako jedną z alternatywnie ujętych podstaw przypisania odpowiedzialności.

Zauważyć należy, że wszystkie opisane w art. 25 (3) (b) Statutu formy współdziałania mają akcesoryjny charakter, a odpowiedzialność karna wydającego rozkaz popełnienia zbrodni uzależniona jest od tego, czy zbrodnia weszła co najmniej w fazę usiłowania. Klauzula akcesoryjności odwołuje się przy tym wyraźnie do zbrodni usiłowanych oraz dokonanych, co pośrednio potwierdza, że w zamierzeniu twórców Statutu Rzymskiego wydanie rozkazu miało być kwalifikowane na podstawie art. 25 (3) (b) i to zarówno w przypadku zbrodni popełnionej, jak i usiłowanej. Traktowanie wydania rozkazu jako odmiany sprawstwa pośredniego nie znajduje także uzasadnienia w perspektywie możliwej do wymierzenia kary – granice kary są bowiem jednakowe zarówno dla sprawstwa, jak i dla wydania rozkazu jej popełnienia. Nie ma więc przeszkód, by społeczną szkodliwość danego zachowania adekwatnie odzwierciedlić na poziomie kary.

Prowadzi to do wniosku, że wydanie rozkazu popełnienia zbrodni może świadczyć o popełnieniu zbrodni w formie sprawstwa pośredniego, o ile rozkazowi temu towarzyszy zaangażowanie na etapie wykonawczym tej zbrodni (np. wydawanie instrukcji, podejmowanie istotnych decyzji, stały kontakt z wykonawcami), co z uwagi na charakter zbrodni podlegających jurysdykcji MTK nie jest bynajmniej kryterium niemożliwym do spełnienia. Wiele z tych zbrodni sprowadza się do bezprawnego ataku na określony cel lub popełnianych jest w trakcie trwającego już ataku. Nie należy tym samym do rzadkości sytuacja, w której potencjalny sprawca pośredni jest obecny na szeroko rozumianym miejscu popełnienia zbrodni (choć może niekoniecznie w tej samej części atakowanej dzielnicy czy miejscowości), pozostaje z podległymi mu oddziałami w stałym kontakcie oraz decyduje o rozpoczęciu, kontynuowaniu czy zakończeniu akcji przestępnej.

W takich przypadkach rola potencjalnego sprawcy pośredniego nie sprowadza się tylko i wyłącznie do wydania rozkazu, czy zaangażowania

na etapie przygotowania ataku, lecz możliwe jest zidentyfikowanie bardzo konkretnych przejawów władztwa nad czynem na kluczowym etapie, tj. na moment realizacji znamion. Nie można przy tym tracić z pola widzenia, że zasadniczo faza wykonawcza zbrodni międzynarodowych jest procesem rozciągniętym w czasie i o ile nie sposób oczekiwać, by sprawca pośredni był wręcz onnipotentny i kontrolował zachowanie każdego z wykonawców zbrodni (co w konfiguracjach wielopodmiotowych byłoby niemożliwe), to jednak jeśli istota sprawstwa pośredniego sprowadza się do swoistej instrumentalizacji roli sprawcy bezpośredniego, który osobiście wypełnia znamiona zbrodni, zachowanie sprawcy bezpośredniego nie powinno się ograniczać jedynie do wydania rozkazu przed popełnieniem czynu oraz działań podjętych na przedpolu.

Jakkolwiek w orzecznictwie MTK nie budzi zasadniczych wątpliwości, że dla przyjęcia sprawstwa pośredniego nie jest wystarczające samo wydanie rozkazu popełnienia zbrodni⁵⁵, nie udało się jak do tej pory wypracować w sposób kompleksowy zestawu kryteriów czy czynników, które powinny być brane pod uwagę w ramach oceny, czy zachowanie danej osoby stanowiło już sprawstwo pośrednie, czy też powinno być kwalifikowane na podstawie art. 25 (3) (b) Statutu Rzymskiego jako wydanie rozkazu lub inna z form zbliżonych do podżegania. Z perspektywy subsumcyjnej ogólne założenie, że sprawca pośredni sprawuje władztwo nad czynem przez zawładnięcie wolą sprawcy bezpośredniego jak się wydaje niesie za sobą ograniczoną wartość poznawczą. Pewnych wskazań co do rozumienia tego założenia można co prawda poszukiwać w orzeczeniach dotyczących popełnienia czynu za pośrednictwem organizacji (*Organisationsherrschaft*), jednakże nie są to kryteria uniwersalne dla całej koncepcji sprawstwa pośredniego, lecz dotyczące wyłącznie jednej z jego odmian⁵⁶, której dopuszczalność stanowi *notabene* źródło dodatkowych kontrowersji w praktyce MTK.

5. Sprawstwo pośrednie przez wykorzystanie organizacji

Fundamentem tej odmiany sprawstwa pośredniego jest przekonanie, że zawarte w art. 25 (3) (a) Statutu Rzymskiego określenie „przez inną

⁵⁵ Zob. Prosecutor v. Dominic Ongwen, Case No. ICC-02/04-01/15, Trial Judgment, 4 February 2021, par. 2783.

⁵⁶ Zob. Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui, Case No. ICC-01/04-01/07, Decision on the confirmation of charges, 30 September 2008, par. 498–502; Prosecutor v. Dominic Ongwen, Case No. ICC-02/04-01/15, Trial Judgment, 4 February 2021, par. 2784.

osobę” można również interpretować jako „za pośrednictwem zorganizowanej struktury”/„przez organizację”⁵⁷, w nawiązaniu do Roxinowskiej koncepcji „sprawcy za sprawcą” (*der Täter hinter dem Täter*)⁵⁸. Choć założenie to bezsprzecznie zdominowało praktykę orzeczniczą Trybunału, to jednak dla porządku zaznaczyć należy, że od samego początku część Sędziów MTK podchodziła do tego założenia z dużą ostrożnością⁵⁹ argumentując między innymi, że koncepcja popełnienia zbrodni przez podległą sprawcy organizację nie znajduje oparcia w przepisach Statutu Rzymskiego⁶⁰. Ten sceptycyzm towarzyszy zresztą tej koncepcji do dziś, o czym świadczą zdania odrębne złożone do wyroku Izby Odwoławczej w sprawie Ntagandy wydanego w 2021 r.

Już samo określenie „sprawstwo za pośrednictwem organizacji” sugeruje, że kontrola nad popełnieniem zbrodni ma być w tym wypadku sprawowana poprzez pewną zorganizowaną strukturę zrzeszającą jednostki. Struktura ta musi się przy tym cechować odpowiednim stopniem zorganizowania, liczebnością⁶¹ oraz – jak określa się to w orzecnictwie – hierarchicznym aparatem władzy⁶². Wykluczone wydaje się przy tym ujęciu

⁵⁷ Zob. Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui, Case No. ICC-01/04-01/07, Decision on the confirmation of charges, 30 September 2008, par. 498–502; Prosecutor v. Dominic Ongwen, Case No. ICC-02/04-01/15, Trial Judgment, 4 February 2021, par. 2784.

⁵⁸ Zob. F. Jessberger, J. Geneuss, On the Application of a Theory of Indirect Perpetration in Al Bashir, *Journal of International Criminal Justice* 2008, nr 6, s. 859–868; C. Roxin, Crimes as Part of Organized Power Structures, *Journal of International Criminal Justice* 2011, nr 9, s. 193–205; T. Weigend, Perpetration through an Organization, *Journal of International Criminal Justice* 2011, nr 9, s. 91–111. Zob. także Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui, Case No. ICC-01/04-01/07, Decision on the confirmation of charges, 30 September 2008, par. 496–499; Prosecutor v. Germain Katanga, Case No. ICC-01/04-01/07, Judgment pursuant to article 74 of the Statute, 7 March 2014, par. 1404–1415.

⁵⁹ Zob. Prosecutor v. Bosco Ntaganda, Case No. ICC-01/04-02/06 A A2, Judgment on the appeals of Mr Bosco Ntaganda and the Prosecutor against the decision of Trial Chamber VI of 8 July 2019 entitled ‘Judgment’. Annex 2: Separate opinion of Judge Howard Morrison on Mr Ntaganda’s appeal, 30 March 2021, par. 5–11.

⁶⁰ Zob. Prosecutor v. Mathieu Ngudjolo, Case No. ICC-01/04-02/12, Judgment pursuant to article 74 of the Statute. Concurring Opinion of Judge Christine Van den Wyngaert, 18 December 2012, par. 7–14.

⁶¹ Zob. Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui, Case No. ICC-01/04-01/07, Decision on the confirmation of charges, 30 September 2008, par. 516.

⁶² Zob. Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui, Case No. ICC-01/04-01/07, Decision on the confirmation of charges, 30 September 2008, par. 514–515; Prosecutor v. Muammar Mohammed Abuminyar Gaddafi, Saif Al-Islam Gaddafi and Abdullah Al-Senussi, Case No. ICC-01/11-01/11, Decision on the “Prosecution’s Application Pursuant to Article 58 as to Muammar Mohammed Abu Minyar Gaddafi, Saif Al-

sprawstwo pośrednie poprzez wykorzystanie organizacji o spłaszczonej, poziomej strukturze. To właśnie hierarchiczność relacji i podporządkowanie osób pozostających w strukturze danej organizacji pozwala na przypisanie odpowiedzialności karnej za zbrodnie popełniane przez członków tych organizacji. W tym kontekście wskazuje się, że dominacja pośredniego sprawcy nad popełnieniem zbrodni jest zabezpieczone przez automatyzm „napędzany” poprzez hierarchiczną władzę funkcjonującą w ramach organizacji⁶³. Hierarchiczność stosunków w ramach istniejącej struktury gwarantuje bowiem, że zbrodnie zostaną popełnione – jeśli nie przez jednego członka grupy, to przez innego (*interchangeability*)⁶⁴. Warunek „zastępowalności” wykonawców jest przy tym wzmacniany przez wymóg, by organizacja miała odpowiednią liczebność, która zapewnia możliwość wyboru ostatecznych wykonawców i ich wymiany w razie potrzeby.

Nie sposób nie zgodzić się z twierdzeniem, że w istocie takie hierarchiczne struktury, charakteryzujące się rozbudowanymi mechanizmami służącymi wymuszeniu posłuchu wskazują na instrumentalizację roli bezpośredniego wykonawcy, który potencjalnie może być zastąpiony przez jakiegokolwiek innego członka organizacji. W tym sensie bezpośrednim sprawcą może stać się każdy, działając jako „trybik w cudzej maszynie”⁶⁵ i z perspektywy sprawcy pośredniego jest w zasadzie całkowicie anonimowym żołnierzem, wykonawcą cudzej woli. Rzecz jednak w tym, że to ujęcie przenosi akcent z kontroli nad popełnieniem zbrodni, czyli nad aktem realizacji jej znamion na charakterystykę konkretnej organizacji czy struktury, która miała zostać wykorzystana do popełnienia tej zbrodni i opisanie roli, którą dana osoba pełniła w ramach tej struktury. Nieuchronnie zbliża to takie rozumienie sprawstwa pośredniego do odpowiedzialności karnej za zaangażowanie w działalność organizacji

Islam Gaddafi and Abdullah Al-Senussi”, 27 June 2011, par. 69; Prosecutor v. Francis Kirimi Muthaura, Uhuru Muigai Kenyatta and Mohammed Hussein Ali, Case No. ICC-01/09-02/11, Decision on the Confirmation of Charges Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute, 23 January 2012, par. 407; Prosecutor v. Bosco Ntaganda, Case No. ICC-01/04-02/06, Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Bosco Ntaganda, 9 June 2014, par. 104.

⁶³ Zob. Prosecutor v. Germain Katanga, Case No. ICC-01/04-01/07, Judgment pursuant to article 74 of the Statute, 7 March 2014, par. 1408.

⁶⁴ Zob. Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui, Case No. ICC-01/04-01/07, Decision on the confirmation of charges, 30 September 2008, par. 514–515; Prosecutor v. Germain Katanga, Case No. ICC-01/04-01/07, Judgment pursuant to article 74 of the Statute, 7 March 2014, par. 1408.

⁶⁵ Zob. Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui, Case No. ICC-01/04-01/07, Decision on the confirmation of charges, 30 September 2008, par. 514–515.

przestępczej⁶⁶. Szczególnego znaczenia nabiera bowiem w tym przypadku istnienie określonej organizacji, jej wewnętrzna struktura, hierarchia i cele, mechanizmy wymuszania posłuszeństwa oraz ewentualny system nagród i kar, zaś właściwe popełnienie zbrodni, która podlega jurysdykcji MTK staje się elementem, który „jedynie” tego obrazu dopełnia. Dopełnienie takie istnieje przy tym ilekroć sprawca bezpośredni był członkiem organizacji albo osobą z nią związaną, zaś zbrodnia była wpisana w działalność lub cele szerszej struktury.

Sprawca pośredni nie musi w takim układzie znać wykonawców czynu – można by wręcz powiedzieć, że im dalej usytuowany jest on w hierarchii od wykonawcy, tym bardziej przekonujące zdawać się może twierdzenie, że bezpośredni sprawca traktowany był przez sprawcę pośredniego jako „ludzkie narzędzie” wykorzystane instrumentalnie do popełnienia czynu. W takim układzie sprawca nie musi również znać szczegółów popełnienia zbrodni, choć rzecz jasna musi wypełniać znamiona strony podmiotowej zarzuconej zbrodni⁶⁷. Wskazuje się przy tym, że sprawca pośredni używa intencjonalnie co najmniej części podległego mu aparatu władzy po to, by nakierować go na popełnienie zbrodni, nie pozostawiając podwładnym wyboru co do tego, czy dojdzie do popełnienia zbrodni, czy też nie⁶⁸. Wciąż jednak charakteryzuje to w mojej ocenie raczej wewnętrzną strukturę oraz stosunki w ramach organizacji (struktury hierarchicznej), aniżeli sposób popełnienia zbrodni. Rzecz jasna zbrodnia podlegająca jurysdykcji MTK musi zostać obiektywnie dokonana, jednak okoliczności jej popełnienia opisuje się w sposób podobny do tego, w jaki dowodowo weryfikuje się popełnienie zbrodni przy warunku akcesoryjności, mianowicie – oceniając czy oddziały lub struktury podległe potencjalnemu sprawcy pośredniemu dopuściły się popełnienia zbrodni. Jego udział czy zaangażowanie w fazie wykonawczej (np. poprzez wydawanie instrukcji wykonawcom czy kontakt z nimi w czasie popełniania zbrodni) nie są niezbędne dla przypisania odpowiedzialności.

Wskazany model przypisania ma jeszcze pewną dodatkową modalność w postaci wspomnianego na wstępie współsprawstwa pośredniego (*indirect co-perpetration*), które stanowi kombinację elementów konstytutywnych dla sprawstwa pośredniego oraz współsprawstwa. Forma ta –

⁶⁶ Zob. K. A m b o s, *Treatise on International Criminal Law. Volume I: Foundations and General Part*, Oxford 2013, s. 113–120.

⁶⁷ Zob. *Prosecutor v. Dominic Ongwen*, ICC-02/04-01/15, Trial Judgment, 4 February 2021, par. 2789.

⁶⁸ Zob. *Prosecutor v. Dominic Ongwen*, ICC-02/04-01/15, Trial Judgment, 4 February 2021, par. 2784.

podobnie jak w przypadku współsprawstwa – zakłada istnienie porozumienia między dwoma lub więcej osobami, przy czym jak była o tym mowa powyżej to porozumienie może być również zawarte konkludentnie i nie musi mieć *stricte* przestępnego charakteru⁶⁹. Wystarczy, że zrealizowanie zawartego porozumienia skutkowałoby popełnieniem zbrodni⁷⁰. Istota pośredniego charakteru współsprawstwa sprowadza się w tym wypadku do tego, że konieczny wkład w popełnienie zbrodni realizowany jest poprzez władztwo nad czynem wykonanym przez sprawcę bezpośredniego (a przy odmianie zakładającej wykorzystanie organizacji do popełnienia przestępstwa – poprzez kontrolę nad hierarchicznie zorganizowaną podległą strukturą). Innymi słowy, konieczny wkład polega na popełnieniu zbrodni przez inną osobę, która własnoręcznie popełnia zbrodnię i nie jest stroną zawartego porozumienia⁷¹.

Można by więc krótko skonstatować, że w przypadku tej formy popełnienia zbrodni istnieją dwa rodzaje współzależności między sprawcami – z jednej strony współsprawcy pośredni są ze sobą połączeni węzłem porozumienia i działają w oparciu o przyjęty podział ról, z drugiej ze względu na to, na czym polega rola przypisana każdemu z nich współsprawcy pośredni zasadniczo nie działają w porozumieniu z osobami, które własnoręcznie popełniają zbrodnie, lecz instrumentalnie wykorzystują wykonawców do popełnienia czynu. Jest to jednak tylko pewne uproszczenie – nie można bowiem wykluczyć, że współsprawca pośredni może być jednocześnie co najmniej częściowo zaangażowany w wykonanie konkretnych zbrodni (np. brać czynny udział w ataku na jeden z wybranych celów czy osobiście brać udział w przesłuchaniach bezprawnie zatrzymanych osób i poddawać je nieludzkiemu traktowaniu), a tym samym konieczny wkład

⁶⁹ Zob. Prosecutor v. William Samoei Ruto, Henry Kiprono Kosgey and Joshua Arap Sang, ICC-01/09-01/11, Decision on the Confirmation of Charges Pursuant to Article 61(7)(1) and (b) of the Rome Statute, 23 January 2012, par. 301.

⁷⁰ Zob. Prosecutor v. Muammar Mohammed Abuminyar Gaddafi, Saif Al-Islam Gaddafi and Abdullah Al-Senussi, Case No. ICC-01/11-01/11, Decision on the "Prosecution's Application Pursuant to Article 58 as to Muammar Mohammed Abu Minyar Gaddafi, Saif Al-Islam Gaddafi and Abdullah Al-Senussi", 27 June 2011, par. 69; Prosecutor v. Dominic Ongwen, ICC-02/04-01/15, Trial Judgment, 4 February 2021, par. 2787.

⁷¹ Zob. Prosecutor v. Muammar Mohammed Abuminyar Gaddafi, Saif Al-Islam Gaddafi and Abdullah Al-Senussi, Case No. ICC-01/11-01/11, Decision on the "Prosecution's Application Pursuant to Article 58 as to Muammar Mohammed Abu Minyar Gaddafi, Saif Al-Islam Gaddafi and Abdullah Al-Senussi", 27 June 2011, par. 69; Prosecutor v. William Samoei Ruto, Henry Kiprono Kosgey and Joshua Arap Sang, ICC-01/09-01/11, Decision on the Confirmation of Charges Pursuant to Article 61(7)(1) and (b) of the Rome Statute, 23 January 2012, par. 292; Prosecutor v. Dominic Ongwen, ICC-02/04-01/15, Trial Judgment, 4 February 2021, par. 2787.

współsprawcy pośredniego w popełnienie zbrodni może polegać częściowo na realizacji zbrodni przez inne osoby, a więc pośrednio; z drugiej zaś na osobistym wypełnieniu co najmniej części znamion zbrodni⁷².

W perspektywie współczesnych wyzwań, przed którymi bezsprzecznie stoi międzynarodowe prawo karne szczególnego znaczenia nabiera kwestia w orzecznictwie MTK przekonanie, że wspomnianą „organizacją”, która wykorzystywana jest przez sprawcę pośredniego do popełnienia zbrodni może być państwo i struktury związane z państwem⁷³. Ujmując to od innej strony – za sprawcę pośredniego może zostać uznana osoba sprawująca władzę w państwie, której kontrola rozciąga się na najważniejsze sfery funkcjonowania państwa (takie jak wojskowość, wywiad, siły specjalne, policja, wymiar sprawiedliwości, ale również gospodarka oraz logistyka)⁷⁴. Chodzi przy tym nie tyle o formalnie powierzoną funkcję (głowy państwa, członków rządu etc.), lecz o faktyczną i rzeczywistą władzę w państwie⁷⁵, czemu nie zawsze towarzyszy oficjalnie przypisana funkcja. Tym samym, podstawowa trudność sprowadza się do zrekonstruowania rzeczywistej sfery wpływów danej osoby i instrumentów pozwalających na wymuszenie posłuszeństwa.

Ten układ sytuacyjny wydaje się o tyle interesujący, że państwo pozostaje podmiotem prawa międzynarodowego i samo w sobie nie jest strukturą stworzoną czy przeznaczoną do popełniania przestępstw. Jednocześnie nie budzi wątpliwości, że państwo, a raczej wchodzącego w jego skład struktury polityczne i militarne, mogą zostać wykorzystane do popełnienia zbrodni. W ramach każdego państwa istnieją zarazem struktury o ściśle zhierarchizowanym charakterze takie jak armia, policja, służby ochrony państwowej, których prawidłowe funkcjonowanie wymaga dyscypliny oraz posłuszeństwa wydawanym rozkazom. Bez tego żadna taka struktura nie mogłaby istnieć i należycie pełnić swojej roli. Można by wręcz twierdzić, że z istoty rzeczy armia państwa stanowi strukturę, która spełnia wszystkie sformułowane w orzecznictwie MTK przesłanki przyję-

⁷² Zob. S. El d a r, *Indirect Co-Perpetration*, *Crim Law and Philos* 2014, t. 8, s. 605–617.

⁷³ Zob. *Prosecutor v. Muammar Mohammed Abuminyar Gaddafi, Saif Al-Islam Gaddafi and Abdullah Al-Senussi*, Case No. ICC-01/11-01/11, Decision on the “Prosecution’s Application Pursuant to Article 58 as to Muammar Mohammed Abu Minyar Gaddafi, Saif Al-Islam Gaddafi and Abdullah Al-Senussi”, 27 June 2011, par. 71–76.

⁷⁴ Zob. *Prosecutor v. Muammar Mohammed Abuminyar Gaddafi, Saif Al-Islam Gaddafi and Abdullah Al-Senussi*, Case No. ICC-01/11-01/11, Decision on the “Prosecution’s Application Pursuant to Article 58 as to Muammar Mohammed Abu Minyar Gaddafi, Saif Al-Islam Gaddafi and Abdullah Al-Senussi”, 27 June 2011, par. 72–73.

⁷⁵ Zob. *Prosecutor v. Mathieu Ngudjolo*, Case No. ICC-01/04-02/12, Judgment pursuant to article 74 of the Statute, 18 December 2012, par. 430–442.

cia tej szczególnej odmiany sprawstwa pośredniego. Jest to bowiem zawsze struktura o dużej liczebności, a zarazem o sformalizowanej i wielopoziomowej strukturze. Jej funkcjonowanie opiera się na wydawanych rozkazach, a jednocześnie w odniesieniu do struktur takich jak armia niemal zawsze spełniony jest wspomniany wyżej warunek „zastępowalności”. Z drugiej jednak strony są to cechy efektywnie funkcjonującej armii państwowej i tak długo, jak nie jest ona wykorzystywana do realizacji przestępnych przedsięwzięć trudno kwestionować taką charakterystykę struktur wojskowych państwa. To zaś skłania do wniosku, że w przypadku sprawstwa pośredniego, które miało być realizowane za pośrednictwem struktur państwa chodzi tak naprawdę o nadużycie państwowych struktur i o wypaczenie ich istoty oraz celów.

Z orzecznictwa MTK można przy tym odczytać – choć w sposób pośredni – pewne dodatkowe elementy, które ujawniają się w przypadku struktur militarnych lub paramilitarnych wykorzystywanych dla popełniania zbrodni. W pierwszej kolejności zwraca uwagę przymusowy pobór do wojska (w tym wcielanie do oddziałów zbrojnych ludności cywilnej, w tym dzieci), któremu towarzyszą brutalne rytuały inicjacyjne nakierowane na to, by już od samego początku wymusić bezwzględne posłuszeństwo. Nie należą przy tym do rzadkości przypadki zmuszania osób wcielonych do oddziałów zbrojnych do dokonywania brutalnych zabójstw i innych aktów przemocy i prezentowania im publicznych egzekucji⁷⁶. Działaniom takim towarzyszą przemówienia, które mają na celu wzbudzenie nienawiści w stosunku do potencjalnych ofiar oraz „zmobilizowanie” żołnierzy do jak największego zaangażowania (przez które rozumie się jak największe bestialstwo), zaś szkolenie wojskowe prowadzone jest z pogwałceniem fundamentalnych standardów obowiązujących w czasie trwania konfliktu zbrojnego⁷⁷. Za brak podporządkowania rozkazom grożą przy tym nie tyle typowe sankcje dyscyplinarne, co kary mutilacyjne i kara śmierci; natomiast popełnianie zbrodni i brutalność (zwłaszcza w stosunku do jeńców i ludności cywilnej) spotyka się z nagrodą w postaci awansu w hierarchii⁷⁸.

W odniesieniu do ukształtowanych w ten sposób struktur militarnych oraz paramilitarnych, zdeprawowanych przez swoje zwierzchnictwo wojskowe oraz cywilne, konstrukcja sprawstwa pośredniego realizowa-

⁷⁶ Zob. Prosecutor v. Dominic Ongwen, ICC-02/04-01/15, Trial Judgment, 4 February 2021, par. 2856.

⁷⁷ Zob. Prosecutor v. Dominic Ongwen, ICC-02/04-01/15, Trial Judgment, 4 February 2021, par. 2856.

⁷⁸ Zob. Prosecutor v. Mathieu Ngudjolo, Case No. ICC-01/04-02/12, Judgment pursuant to article 74 of the Statute, 18 December 2012, par. 434.

nego poprzez organizację (zorganizowaną strukturę) nie wydaje się budzić aż tak daleko idących kontrowersji. Bezspornie bowiem na płaszczyźnie aksjologicznej i kryminalno-politycznej ujęcie takie wydawać się może uzasadnione czy wręcz pożądane, choć wątpliwości natury dogmatycznej wydają się trudne do wyeliminowania. Elementy charakterystyczne dla tej formy sprawstwa pośredniego nie znajdują bowiem żadnego potwierdzenia w Statucie MTK. Problematyczne na każdym poziomie pozostaje jednocześnie to, czy za strukturę spełniającą wykreowane w doktrynie i orzecznictwie przesłanki tej formy sprawstwa pośredniego mogą zostać uznane zhierarchizowane struktury państwa, nawet jeśli w ramach tych struktur nie były stosowane oczywiście bezprawne sposoby wymuszania posłuszeństwa.

Nadmienić przy tym należy, że choć koncepcja sprawstwa pośredniego (współsprawstwa pośredniego) poprzez wykorzystanie zorganizowanych struktur funkcjonuje w orzecznictwie MTK od lat, to jednak nie doczekała się systematycznego opracowania. Wykorzystuje się ją w praktyce po to, aby przypisać odpowiedzialność karną osobom usytuowanym na szczycie hierarchii w danej strukturze (zwierzchnikom cywilnym oraz wojskowym), jednak stosunkowo niewiele uwagi poświęca się przy tym zwierzchnikom średniego i niższego szczebla, którzy również wydają rozkazy i pozostają w relacjach zarówno z bezpośrednimi wykonawcami, jak i najwyższym zwierzchnictwem. Koncepcja *control over crime* zakłada, że w przypadku popełnienia zbrodni poprzez zorganizowaną strukturę sprawca pośredni przez kontrolę nad strukturą sprawuje władztwo nad popełnieniem samej zbrodni. Oczywiście jest zarazem, że między najwyższym zwierzchnictwem a bezpośrednimi wykonawcami może istnieć wiele szczebli pośrednich, na których usytuowani są dowódcy i urzędnicy średniego i niskiego szczebla, którzy albo bezpośrednio wydają instrukcje osobom zaangażowanym w wykonanie zbrodni albo przekazują je swoim podwładnym, którzy wydają bardziej szczegółowe rozkazy wykonawcom.

Co do zasady ta kategoria zwierzchników również nie popełnia zbrodni „własnoręcznie”, a w konsekwencji sprawstwo pośrednie wydaje się *prima facie* najbardziej adekwatną konstrukcją normatywną dla ewaluacji ich zachowania. Jednocześnie jednak zwierzchnicy ci nie są usytuowani na szczycie hierarchii, nie są „pomysłodawcami” popełnienia zbrodni i sami pozostają w określonej relacji podległości w stosunku do najwyższego zwierzchnictwa. Z jednej więc strony na pewno mają oni większą swobodę decyzyjną niż bezpośredni wykonawcy i wydają im wiążące instrukcje, ale z drugiej nie są podmiotami całkowicie samodzielnymi, którzy kreują całe „przedsięwzięcie przestępne”. Rozwijana w orzecznictwie MTK koncepcja

control over crime niestety nie pozwala udzielić jednoznacznej odpowiedzi na pytanie o to, w jaki sposób oceniać zachowanie osób usytuowanych na poszczególnych szczeblach w hierarchii (za wyjątkiem bezpośrednich wykonawców, w przypadku których kwalifikacja prawna jest oczywista). Jeśli przyjąć, że zwierzchnicy wojskowi i cywilni średniego oraz niskiego szczebla odpowiadać powinni za sprawstwo pośrednie, to tym samym najwyższe zwierzchnictwo sprawowałoby swoje władztwo nie tyle nad bezpośrednimi wykonawcami, co nad sprawcami pośrednimi, którzy są usytuowani na niższym szczeblu w hierarchii. Prowadziłoby to w istocie do powstania kaskadowej struktury sprawstwa pośredniego nad sprawcą pośrednim usytuowanym niżej w hierarchii. W tym wypadku należałoby skonstatować, że nie tyle mamy tu do czynienia z przejęciem władztwa nad czynem przez sprawcę pośredniego (jak uznaje się w orzecznictwie MTK), co – jak sygnalizowano powyżej – ze współlistnieniem różnych form władztwa nad czynem, przy czym sprawcy pośredni różniliby zakresem realnie sprawowanej kontroli stosownie do uprawnień przypisanych do szczebla, na którym zostali usytuowani w hierarchii.

Alternatywnie można by argumentować, że sprawstwo pośrednie opisuje w istocie wyłącznie relacje między bezpośrednimi wykonawcami, a ich zwierzchnictwem (niezależnie od szczebla w hierarchii). Osoby, które nie popełniają zbrodni własnoręcznie powinny być natomiast traktowane w relacjach wewnętrznych jako współsprawcy działający w ramach szeroko rozumianego porozumienia istniejącego między zwierzchnictwem różnych szczebli. Takie porozumienie miałoby jednak wyjątkowo szeroki zakres, co koniec końców prowadziłoby do wniosku, że głowa państwa albo zwierzchnik sił zbrojnych działał w porozumieniu z dowódcą dywizji, plutonu czy brygady, którego być może nigdy osobiście nie poznał, co wydaje się rozwiązaniem cokolwiek nieintuicyjnym. Z drugiej jednak strony trudno przyjąć, że to najwyższe zwierzchnictwo jako sprawcy pośredni sprawowało wyłączną kontrolę nad realizacją zbrodni, podczas gdy w praktyce wiele decyzji (np. wyborze celów bojowych, miejscu i godzinie operacji, liczbie wysyłanych żołnierzy, amunicji, metodach ataku) zapaść mogło na niższych szczeblach i stanowiło emanację kontroli nad zbrodnią sprawowaną przez inne osoby (również niezaangażowane bezpośrednio w wykonanie zbrodni).

6. Podsumowanie

Podsumowując powyższe uwagi wskazać należy, że choć zawarta w art. 25 (3) (a) Statutu Rzymskiego definicja sprawstwa wykazuje *prima*

facie duże podobieństwo do regulacji zawartej w niemieckim kodeksie karnym, a dominująca w orzecznictwie MTK koncepcja sprawstwa nawiązuje bez wątpienia do dorobku niemieckiej doktryny, to jednak rozważania prawne prezentowane w orzecznictwie Trybunału mają charakter w dużej mierze autonomiczny. Zawarta w Statucie definicja sprawstwa funkcjonuje wszak w zgoła odmiennym otoczeniu normatywnym i uzupełniana jest przez takie formy współdziałania, które nie są znane niemieckiemu ustawodawstwu. Nie można tracić z pola widzenia, że to, co w sądownictwie krajowym miało charakter wyjątku od klasycznego rozumienia sprawstwa pośredniego i nie weszło na stałe do praktyki, na gruncie orzecznictwa MTK stanowi zasadę aplikowaną do zbrodni we wszystkich stadiach postępowania.

Fundamentalnego znaczenia nabiera zatem wskazanie jednoznacznych kryteriów, które umożliwiają przypisanie odpowiedzialności za sprawstwo pośrednie i współsprawstwo. Niewątpliwą słabością koncepcji sprawstwa pośredniego przy wykorzystaniu zorganizowanej struktury (organizacji), jak i współsprawstwa pośredniego (*indirect co-perpetration*) jest w tym kontekście to, że przesłanki przypisania odpowiedzialności karnej nie mają bezpośredniej podstawy w tekście Statutu Rzymskiego, lecz są owocem prawotwórczej działalności Trybunału⁷⁹. Wnikliwa analiza tych przesłanek wskazuje, że mają one charakter ocenny i w dużej mierze zależne są od tego, w jaki sposób ukształtowane są przedstawione przez Prokuratora i zatwierdzone przez Izbę Przygotowawczą zarzuty. To one określają to, jak rekonstruowane będzie porozumienie (przy współsprawstwie pośrednim i bezpośrednim) oraz jak ustalony zostanie krąg potencjalnych sprawców bezpośrednich i pośrednich w ramach istniejącej struktury.

Nie sposób również oprzeć się wrażeniu, że koncepcja *control over crime* choć odnosi się do władztwa, to jednak nie nad popełnieniem zbrodni, której sprawstwo jest *in casu* przypisywane, lecz raczej nawiązuje do dominacji nad określoną organizacją lub strukturą, co wydaje się aktualne zwłaszcza w odniesieniu do przyjętego w orzecznictwie MTK rozumienia sprawstwa pośredniego. W praktyce prowadzi to przede wszystkim do „usprawczenia” zachowań, które w wielu przypadkach zostały już wprost wskazane w Statucie Rzymskim (m.in. wydawanie rozkazów, dostarczanie środków do popełnienia zbrodni, przekazywanie instrukcji, namawianie do popełnienia zbrodni). Warto jednocześnie

⁷⁹ Zob. Prosecutor v. Bosco Ntaganda, Case No. ICC-01/04-02/06 A A2, Judgment on the appeals of Mr Bosco Ntaganda and the Prosecutor against the decision of Trial Chamber VI of 8 July 2019 entitled ‘Judgment’. Annex 5: Partly concurring opinion of Judge Chile Eboe-Osuji, 30 March 2021, par. 16.

zauważyć, że art. 25 (3) Statutu Rzymskiego zawiera niezwykle szczegółową regulację dotyczącą form współdziałania, która pozwala na zróżnicowanie ról pełnionych przez każdego ze współuczestników i to zarówno na poziomie przypisania, jak i wymiaru kary. Fundamentalne pytanie sprowadza się natomiast do tego, czy prawidłowa ocena prawna i kategoryzacja zachowań poszczególnych uczestników (określana niekiedy w orzecznictwie oraz literaturze jako *fair labelling*)⁸⁰ wymaga „usprawczenia” zachowań władz politycznych oraz wojskowych, czy wystarczające jest zakwalifikowanie tych zachowań na podstawie właściwych przepisów art. 25 (3) (b–d) oraz art. 28 Statutu Rzymskiego. Dotychczasowa praktyka Trybunału zdaje się wspierać pierwszą z tych perspektyw, choć błędem byłoby założenie, że po ponad 10 latach funkcjonowania koncepcji *control over crime* w orzecznictwie MTK ujęcie to nie budzi już fundamentalnych wątpliwości.

Bibliografia

1. Ambos K., Article 25. Individual Criminal Responsibility, (w:) O. Triffterer, K. Ambos (red.), Rome Statute of the International Criminal Court. A Commentary, Monachium 2016.
2. Ambos K., Treatise on International Criminal Law. Volume I: Foundations and General Part, Oxford 2013.
3. Damaska M., The Shadow Side of Command Responsibility, The American Journal of Comparative Law 2001, t. 49.
4. Damgaard C., Individual Criminal Responsibility for Core International Crimes. Selected Pertinent Issues, Berlin–Heidelberg 2008.
5. Eser A., Grounds for excluding criminal responsibility, (w:) O. Triffterer, K. Ambos (red.), Rome Statute of the International Criminal Court. A Commentary, Monachium 2016.
6. Jessberger F., Geneuss J., On the Application of a Theory of Indirect Perpetration in Al Bashir, Journal of International Criminal Justice 2008, nr 6.
7. Kardas P., Teoretyczne podstawy odpowiedzialności karnej za przestępne współdziałanie, Kraków 2001.
8. Kuczyńska H., Odpowiedzialność przed Międzynarodowym Trybunałem Karnym za zbrodnie prawa międzynarodowego popełnione w czasie konfliktu w Ukrainie, Palestra 2022, nr 4.

⁸⁰ Zob. Prosecutor v. Ahmad Al Faqi Al Mahdi, Case No. ICC-01/12-01/15, Judgment and Sentence, 27 September 2016, par. 60.

9. Liszewska A., Współdziałanie przestępne w polskim prawie karnym. Analiza dogmatyczna, Łódź 2004.
10. Marsh L., Ramsden M., Joint Criminal Enterprise: Cambodia's Reply to Tadić, *International Criminal Law Review* 2011, nr 11.
11. Olewiński M., Konstrukcja związku przestępnego (*joint criminal enterprise*) a Statut Rzymski Międzynarodowego Trybunału Karnego, *Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych* 2015, nr 4.
12. Rastan R., Jurisdiction, (w:) C. Stahn (red.), *The Law and Practice of the International Criminal Court*, Oxford 2015.
13. Rastan R., The jurisdictional scope of situations before the International Criminal Court, *Criminal Law Forum* 2012, nr 23.
14. Roxin C., Crimes as Part of Organized Power Structures, *Journal of International Criminal Justice* 2011, nr 9.
15. Schabas W., Pecorella G., Preconditions to the exercise of jurisdiction, (w:) O. Triffterer, K. Ambos (red.), *Rome Statute of the International Criminal Court. A Commentary*, Monachium 2016.
16. Triffterer O., Clark R., Exclusion of jurisdiction over persons under eighteen, (w:) O. Triffterer, K. Ambos (red.), *Rome Statute of the International Criminal Court. A Commentary*, Monachium 2016.
17. Weigend T., Perpetration through an Organization, *Journal of International Criminal Justice* 2011, nr 9.
18. Werle G., Burghardt B., Foreword, *Journal of International Criminal Justice* 2011, nr 9.
19. Werle G., Individual Criminal Responsibility in Article 25 ICC Statute, *Journal of International Criminal Justice* 2007, nr 5.
20. Werle G., *Principles of International Criminal Law*, Haga 2009.
21. Wilmschurst E., *The International Criminal Court*, (w:) R. Cryer, H. Friman, D. Robinson, E. Wilmschurst, *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, Cambridge 2018.

Criminal responsibility for the commission of an international crime in the light of the concept of perpetration adopted in ICC jurisprudence

Abstract

Article 25(3)(a) of the Rome Statute, like the German Criminal Code, provides for three types of perpetration: direct, indirect and co-

perpetration. When interpreting this provision the ICC consistently rejects both objective and subjective approach towards perpetration, referring to the concept of control over crime, which assumes that the perpetrator of a crime is the person who exercises authority over the committed act. However, a detailed analysis of the ICC case law indicates that the essence of the control over crime concept in this case is not so much about the control over the commission of the crime, i.e. the process of implementing its elements, but about dominance over the organised hierarchical structure that was to be used to commit the crime. The latter with no doubt deserves a more in-depth analysis.

Key words

International Criminal Court, co-perpetration, indirect perpetration, criminal co-operation (participation in crime).

Przemysław Domagała¹, Krzysztof Masło²

Prawne aspekty stosunków polsko-tajwańskich³

Streszczenie

Zasadniczo rzecz biorąc w obrocie międzynarodowym jako podmioty terytorialne mogą funkcjonować tylko państwa. W praktyce występują jednak także podmioty, które sprawują kontrolę nad terytorium, ale za państwa nie są uznawane. Jednym z nich jest Tajwan uznawany przez Chińską Republikę Ludową za zbuntowaną prowincję. Od 1971 r., kiedy to ONZ uznała rząd ChRL za jedynego uprawnionego przedstawiciela Chin przy ONZ międzynarodowe uznanie państwowości Tajwanu systematycznie maleje. W szczególności nie jest on uznawany przez Polskę. Nie przeszkadza to Tajwanowi w faktycznym udziale w obrocie międzynarodowym, z tym że w specyficzny sposób. Nie jest reprezentowany przez placówki dyplomatyczne a „biura przedstawicielskie”. Biura te zawierają porozumienia ze swoimi zagranicznymi odpowiednikami. Takie porozumienia nie są umowami międzynarodowymi (w związku z czym z punktu widzenia prawa polskiego wymagają transpozycji do krajowego porządku prawnego). Biura przedstawicielskie Polski i Tajwanu zawarły porozumienia dotyczące pracy wakacyjnej, współpracy w zakresie farmaceutyków i wyrobów medycznych, usług lotniczych, uznawania praw jazdy, unikania podwójnego opodatkowania, nauki i szkolnictwa wyższego, współpracy w sprawach karnych. Nadto funkcjonują polsko-tajwańskie memoranda o współpracy służb celnych, patentowych, finansowych (w zakresie nadzoru nad sektorem Fintech). Brak uznania Tajwanu nie stanowi zatem przeszkody w nadaniu współpracy z tym podmiotem adekwatnych do potrzeb ram prawnych.

¹ Dr Przemysław Domagała, współpracownik Katedry Prawa Międzynarodowego i Europejskiego Uniwersytetu Kardynała Stefana Wyszyńskiego, sędzia.

² Dr Krzysztof Masło, adiunkt w Katedrze Prawa Międzynarodowego i Europejskiego Uniwersytetu Kardynała Stefana Wyszyńskiego, prokurator.

³ Artykuł wyraża wyłącznie osobiste poglądy autorów.

Kluczowe słowa

Tajwan, Tajpej, Chiny, współpraca międzynarodowa, umowy międzynarodowe, memorandum o współpracy.

1. Wstęp

W prawie międzynarodowym mogą funkcjonować tylko te jednostki, które są uważane za podmioty tego prawa. Prawo międzynarodowe nie zawiera jednoznacznych warunków, w oparciu o które można określić, czy w danym przypadku mamy do czynienia z podmiotem prawa międzynarodowego⁴. Prof. J. Gilas uznaje za podmiot prawa międzynarodowego publicznego te podmioty występujące w stosunkach międzynarodowych, których postępowanie reguluje bezpośrednio prawo międzynarodowe, a więc które są zdolne do nabywania praw i zaciągania bezpośrednio zobowiązań międzynarodowych⁵. Autor ten wyklucza z kręgu podmiotów prawa międzynarodowego te podmioty, które nie posiadają zdolności prawnej, ale równocześnie wskazuje (przywołując przykład Niemiec z okresu po II wojnie światowej), że podmiot prawa międzynarodowego może nie posiadać zdolności do działań prawnych⁶. Dość powszechnie zalicza się do podmiotów prawa międzynarodowego państwa oraz podmioty nieterytorialne takie jak: organizacje międzynarodowe międzyrządowe, Stolicę Apostolską, Suwerenny Zakon Kawalerów Maltańskich, naród walczący o niepodległość, powstańców i strony wojujące.

W praktyce obrotu międzynarodowego występują też inne podmioty nieterytorialne, których status prawno-międzynarodowy jest wątpliwy (np. korporacje międzynarodowe, osoby fizyczne⁷, międzynarodowe grupy terrorystyczne), ale także podmioty niepaństwowe i władze terytorialne, które sprawują kontrolę nad terytorium, ale nie są uznawane za państwa przez wielu członków społeczności międzynarodowej. Przykładem tego

⁴ C. Mik, *Fenomenologia regionalnej integracji państw. Studium prawa międzynarodowego. Tom II. Regionalne organizacje integracyjne z perspektywy analitycznej prawa międzynarodowego*, Warszawa 2019.

⁵ J. Gilas, *Prawo międzynarodowe*, Toruń 1999, s. 114.

⁶ *Ibidem*.

⁷ Należy zauważyć, że część doktryny prawa międzynarodowe przyznaje ograniczoną podmiotowość prawną osobom fizycznym – J. Białocerkiewicz, *Prawo międzynarodowe publiczne. Zarys wykładu*, Toruń 2007, s. 140, M. N. Shaw, *International law*, Cambridge et al. 2017, s. 204–205.

rodzaju podmiotów niepaństwowych jest Tajwan⁸, jakkolwiek w doktrynie prawa międzynarodowego pojawiają się też głosy uznające Tajwan za *de iure* niepodległe państwo⁹.

Tezą artykułu jest to, że polityczne ograniczenia wynikające z braku prawno-międzynarodowego uznania Tajwanu nie wykluczają nawiązania z tym podmiotem stosunków politycznych, gospodarczych i społecznych w adekwatne do potrzeb współpracy ramy prawne. Co więcej, współpraca ta może być prowadzona w efektywny, uporządkowany i – przede wszystkim – korzystny dla obydwu stron sposób. Nie musi też prowadzić do zerwania lub ochłodzenia stosunków z Chińską Republiką Ludową, uznającą Tajwan za „zbuntowaną prowincję”. Dla zrozumienia stosunków polsko-tajwańskich niezbędne jest – skrótowe chociażby – naszkicowanie historii Tajwanu, a w szczególności sytuacji tego terytorium po zakończeniu II wojny światowej w kontekście powstania Chińskiej Republiki Ludowej (ChRL). W drugiej kolejności Tajwan scharakteryzowano jako uczestnika stosunków międzynarodowych i omówiono stosunek RP do Tajwanu. W ostatniej części artykułu zaprezentowano obrót prawny z Tajwanem.

2. Rys historyczny

Historycznie, wyspa Tajwan (zwana także Formosą) należała do Chin od XVII w., kiedy rozpoczęło się chińskie osadnictwo wyspy. W traktacie pokojowym Shimonoseki kończącym wojnę z Japonią z lat 1884–1885 (tzw. pierwsza wojna chińsko-japońska) dokonano cesji Tajwanu na rzecz Cesarstwa Japonii¹⁰. Oprócz cesji wyspy traktat ten przewidywał,

⁸ W języku angielskim powszechnie funkcjonuje pisownia „Taiwan” (zob. m.in. <https://unstats.un.org/unsd/tradekb/Knowledgebase/Taiwan-Province-of-China-Trade-data> (dostęp: 25 lipca 2022 r.)). Natomiast w języku polskim występuje zarówno pisownia „Tajwan”, jak i „Taiwan”. Słownik języka polskiego posługuje się terminem „Tajwańczyk” na określenie kogoś, kto pochodzi z Tajwanu (M. Bańko (red.), *Inny słownik języka polskiego*, Warszawa 2000, s. 802). Także Główny Urząd Geodezji i Kartografii w opracowaniu „Urzędowy wykaz nazw państw i terytoriów niesamodzielnych” z 2017 r. posługuje się terminem „Tajwan”, a na określenie stolicy – „Tajpej” (http://www.gugik.gov.pl/data/assets/pdf_file/0005/24935/Urzedowy-wykaz-panstw.pdf, (dostęp: 25 lipca 2022 r.)). Zatem w języku polskim poprawne jest posługiwanie się tylko nazwą „Tajwan”.

⁹ D. G. Palmer Jr, *Taiwan: De Jure or Not De Jure? That is the Question. An Analysis of Taiwan's Legal Status Within the International Community*, John F. Kennedy University Law Review 1996, tom 7, s. 69.

¹⁰ S. Oda, *Taiwan as sovereign and independent state – status of Taiwan under international law*, Japanese Yearbook of International Law 2011, tom 54, s. 387.

że mieszkańcy Tajwanu, którzy nie chcieli przyjąć obywatelstwa japońskiego, w ciągu dwóch lat mogli wrócić na kontynentalną część Chin¹¹.

Kwestia Tajwanu pojawiła się podczas Konferencji w Kairze (22–26 listopada 1943 r.). W oświadczeniu wydanym na jej zakończenie przywódcy USA, Wielkiej Brytanii i Republiki Chińskiej podkreślili potrzebę odebrania Japonii wszystkich wysp na Pacyfiku, które zostały przez nią zajęte lub okupowane i przywrócenie Republice Chińskiej takich terytoriów, jak Mandżuria, Formoza i Peskadory¹². Okres rządów Japonii na Tajwanie zakończył się wraz z bezwarunkową kapitulacją Japonii we wrześniu 1945 r. Rządząca wówczas Chinami Partia Narodowa (Kuomintang) zajęła zbrojnie wyspę, deportując mieszkających na niej Japończyków. Rozpoczął się okres chińskiej okupacji wyspy.

Po zakończeniu II wojny światowej trwająca w Chinach kontynentalnych od 1927 r. wojna domowa przechyliła szalę zwycięstwa na rzecz chińskich komunistów¹³. Po zdobyciu przez siły komunistyczne Nankinu (siedziby rządu Republiki Chińskiej) w kwietniu 1949 r. oraz opanowaniu przez chińską armię czerwoną do grudnia 1949 r. całego terytorium ówczesnych Chin kontynentalnych (tzw. *mainland China*), Czang Kaj-szek uciekł na Tajwan, czyniąc tymczasową stolicę Republiki Chińskiej w Tajpej¹⁴. Warto odnotować, że razem z Czang Kaj-szekiem na Tajwan ewakuowano około 2 mln ludzi – żołnierzy walczących z komunistami, członków rządzącej Partii Narodowej oraz elity intelektualne i biznesowe. Czang Kaj-szek wywiózł na Tajwan część dzieł sztuki (które do dziś można podziwiać w Muzeum Narodowym z Tajpei) oraz większość rezerw złota. Równocześnie na wyspie proklamowano – trwający bez przerwy do 1987 r. – stan wojenny, a w kraju rozpoczął się tzw. biały terror. Dopiero śmierć Czang Kai-szeka w 1975 r. i erozja stworzonego przez niego autorytarnego systemu władzy w latach 80. XX wieku zapoczątkowała przemiany demokratyczne na Tajwanie¹⁵.

Proklamowanie powstania z dniem 1 października 1949 r. Chińskiej Republiki Ludowej przeniosło spór o wyspę Tajwan z płaszczyzny lokalnego, japońsko-chińskiego sporu terytorialnego na płaszczyznę polityki międzynarodowej. Rządząca Chinami do 1949 r. Partia Narodowa utraci-

¹¹ *Ibidem*.

¹² Conference of President Roosevelt, Generalissimo Chiang X-m-Shek, and Prime Minister Churchill in North Africa, Supplement to the American Journal of International Law 1944, tom 38, s. 8–9.

¹³ J. Crawford, *The Creation of States in International Law*, Oxford 2006, s. 199.

¹⁴ D. G. Palmer Jr, *op. cit.*, s. 72.

¹⁵ *Ibidem*, s. 74.

ła na rzecz chińskich komunistów kontrolę nad znaczną częścią terytorium Chin, a do reprezentowania Chin i narodu chińskiego na płaszczyźnie międzynarodowej – obok rządu w Tajpei – pretensje zgłaszał także rząd ChRL. Mimo to w 1949 r. większość państw świata, w tym USA, uznało rząd w Tajpei za pełnoprawnego reprezentanta Chin¹⁶.

Spory o reprezentację między rządem Kuomintangu w Tajpei a rządem komunistycznym w Pekinie przyczyniły się do tego, że Chiny nie były reprezentowane podczas rozmów pokojowych z Japonią w San Francisco. Ostatecznie traktat pokojowy z Japonią z 1951 r.¹⁷ nie został podpisany (ani nigdy ratyfikowany) ani przez rząd Kuomintangu na Tajwanie, ani ChRL. Dla Chin (a w szczególności dla Tajwanu) traktat ten miał tymczasem zasadnicze znaczenie, gdyż Japonia zrzekła się w nim wszelkich praw, tytułów i roszczeń wobec Formosy, jak wówczas określano wyspę Tajwan, i Pescadores (art. 2 lit. (b)). Traktat ten uchylał zatem cesję terytorialną poczynioną przez Chiny na rzecz Japonii pod koniec XIX wieku i tym samym kończył – trwającą od 1945 r. – chińską okupację wyspy Tajwan.

Rząd w Tajpei 28 kwietnia 1952 r.¹⁸ podpisał z Japonią własny, dwustronny traktat pokojowy, zwany traktatem z Tajpei. Traktat ten formalnie zakończył tzw. drugą wojnę chińsko-japońską (lata 1937–1945) i potwierdzał ustalenie traktatu z San Francisco. Japonia zrzekła się w nim wszelkich praw, tytułów i roszczeń do Tajwanu (Formosy) i Penghu (Pescadores) oraz do wysp Spratly i Paracel (art. 2). Traktat uznał też za wygasłe – jako skutek wojny – wszystkie traktaty, konwencje i porozumienia zawarte przed 9 grudnia 1941 r. między Chinami i Japonią. Formalnie zatem kładł kres traktatowi Shimonoseki, w oparciu o który dokonano cesji Tajwanu na rzecz Japonii.

Traktat z Tajpei obowiązywał do 1972 r., gdy został jednostronnie wypowiedziany przez Japonię na skutek nawiązania dwustronnych stosunków z ChRL¹⁹. Oprócz tego w 1972 r. Japonia uznała rząd ChRL jako jedyny legalny rząd Chin i zapewniła, że w pełni szanuje stanowisko rządu ChRL, zgodnie z którym Tajwan jest niezbywalną częścią terytorium ChRL, a także zerwała stosunki dyplomatyczne z Tajwanem i ustanowiła

¹⁶ D. G. Palmer Jr., *op. cit.*, s. 73.

¹⁷ Treaty of Peace with Japan, 8 września 1951 r., UNTS vol. 136, p. 45; traktat wszedł w życie 28 kwietnia 1952 r.

¹⁸ Treaty of Peace between the Republic of China and Japan, 28 kwietnia 1952 r., UNTS vol. 138, p. 3.

¹⁹ T. Yamashita, *Do Ius Cogens Norms Invalidate State Immunity? International Restorative Justice and Japanese War Compensation Cases*, Chinese (Taiwan) Yearbook of International Law and Affairs 2013, tom 31, s. 173.

stosunki dyplomatyczne z ChRL²⁰. W zamian za to ChRL zrezygnowała z reparacji wojennych od Japonii²¹. Wkrótce potem rozpoczęły się też oficjalne negocjacje dotyczące chińsko-japońskiego traktatu o przyjaźni, zakończone 12 kwietnia 1978 r. podpisaniem przez ChRL i Japonię traktatu o pokoju i przyjaźni²². Nie był to jednak typowy traktat pokojowy, kończący między obu państwami II wojnę światową, lecz traktat regulujący pokojowe współistnienie obu państw na przyszłość.

Bez względu na obowiązywanie traktatu z Tajpej w mocy pozostawał traktat pokojowy z Japonią z 1951 r., zatem należy, że w 1952 r. wyspa Tajwan formalnie powróciła do Chin. Trudność tkwiła jednak w tym, że w 1952 r. naród Chiński posiadał dwóch reprezentantów: proklamowaną 1 października 1949 r. Chińską Republikę Ludową oraz mianujący się Republiką Chińska i uważający się za kontynuatora Chin rząd w Tajpei²³. Ani traktat pokojowy z 1951 r., ani traktat z Tajpej nie rozstrzygnęły kwestii przynależności wyspy Tajwan²⁴.

Omawiając kwestie historyczne nie można zapomnieć, że Republika Chińska, reprezentowana przez rząd Kuomintangu, uczestniczyła w konferencji założycielskiej Narodów Zjednoczonych w San Francisco w 1945 r. Republika Chińska była więc państwem założycielskim ONZ i od chwili utworzenia ONZ Chiny były reprezentowane w tej organizacji przez rząd Kuomintangu, który zasiadał także w Radzie Bezpieczeństwa jako członek stały²⁵. Stabilizacja władzy komunistycznej w Pekinie uświadomiły społeczności międzynarodowej, że ma ona charakter trwały i efektywny. Ukoronowaniem zabiegów ChRL było przyjęcie w 1971 r. przez Zgromadzenie Ogólne ONZ rezolucji 2758, która uznała Chińską Republikę Ludową (ChRL) za „jedynego uprawnionego przedstawiciela Chin przy ONZ”, a ChRL za jednego z pięciu stałych członków Rady Bezpieczeństwa²⁶. Rezolucja została przyjęta większością 76 głosów przy 35 głosach przeciwnych i 17 wstrzymujących się.

²⁰ Joint Communique of the Government of Japan and the Government of the People's Republic of China, <https://www.mofa.go.jp/region/asia-paci/china/joint72.html> (dostęp: 25 lipca 2022 r.).

²¹ *Ibidem*.

²² Treaty on Peace and Friendship between Japan and the People's Republic of China, 12 sierpnia 1978, UNTS vol. 1225.

²³ J. Crawford, *op. cit.*, s. 208.

²⁴ T. Lee, The International Legal Status Of The Republic Of China On Taiwan, UCLA Journal of International Law and Foreign Affairs 1996, tom 1, s. 356.

²⁵ S. Oda, *op. cit.*, s. 394.

²⁶ Restoration of the lawful rights of the People's Republic of China in the United Nations, A/RES/2758(XXVI).

W kolejnych latach Tajwan usunięto także z organizacji wyspecjalizowanych działających w systemie Narodów Zjednoczonych: Światowej Organizacji Zdrowia (WHO), Organizacji Narodów Zjednoczonych do spraw Wyżywienia i Rolnictwa (FAO), Międzynarodowego Funduszu Walutowego (IMF), Banku Światowego (WB) i Światowego Stowarzyszenia Rozwoju (IDA)²⁷.

Wkrótce po uchwaleniu rezolucji 2758 ChRL odwiedził w lutym 1972 r. prezydent USA Richard Nixon, oficjalnie uznając reżim komunistyczny w Pekinie²⁸. W 1972 r. Stany Zjednoczone Ameryki wydały oświadczenie, że „wszyscy Chińczycy po obu stronach Cieśniny Tajwańskiej utrzymują, że są tylko jedno Chiny i że Tajwan jest częścią Chin. Rząd Stanów Zjednoczonych nie kwestionuje tego stanowiska”²⁹. Podobne oświadczenie wydał rząd Zjednoczonego Królestwa Wielkiej Brytanii i Irlandii Północnej zgadzając się ze stanowiskiem rządu chińskiego, że Tajwan jest jedną z prowincji ChRL i stanowi wewnętrzną sprawę Chin, która powinna zostać rozwiązana przez samych Chińczyków³⁰. Warto też zauważyć, że rząd USA z dniem 1 stycznia 1979 r. ustanowił stosunki dyplomatyczne z ChRL i potwierdził, że istnieją tylko jedno Chiny, których częścią jest Tajwan³¹.

Relacje polityczne między Chińską Republiką Ludową a Tajwanem były i są napięte, a między stronami niejednokrotnie dochodziło do incydentów wojskowych. Obie strony nie utrzymują także oficjalnych stosunków dyplomatycznych. Generalną zasadę rządzącą od 1949 r. stosunkami między ChRL a Tajwanem określa się mianem polityki „jednych Chin”³². Zakłada ona istnienie tylko jednego państwa chińskiego, składającego się z Chin kontynentalnych, Hongkongu, Makau i Tajwanu. Była ona stosowana tak przez ChRL, jak i przez Tajwan od 1949 r., przy czym obie strony rozumieją ją w sposób odmienny. ChRL twierdzi, że narody świata powinny uznawać Tajwan za część ChRL jako konse-

²⁷ M. T. Mencil, Czynniki kształtowania relacji polsko-tajwańskich, *Studia Gdańskie. Wizje i rzeczywistość* 2015, t. XII, s. 380–381.

²⁸ S. Oda, *op. cit.*, s. 395.

²⁹ Joint Communiqué of the United States of America and the People's Republic of China (Shanghai Communiqué), U.S.-PRC, *International Legal Materials* 1972, tom 11, s. 443.

³⁰ E. Lauterpacht, *The Contemporary Practice of the United Kingdom in the Field of International Law, International and Comparative Law Quarterly* 1958, tom 6, s. 506.

³¹ Communiqué on the Establishment of Diplomatic Relations Between the U.S. and the P.R.C., *International Legal Materials* 1979, tom 18, s. 272.

³² Joint Communiqué of the United States of America and the People's Republic of China (Shanghai Communiqué), U.S.-PRC, *International Legal Materials* 1972, tom 11, s. 443.

kwencję uznania ChRL jako jedyne legalnego rządu reprezentującego naród chiński³³. W związku z niepodległościowymi aspiracjami tajwańskiego prezydenta Chen Shui-biana, jawnie opowiadającego się za secesją Tajwanu, w 2008 r. Chińska Republika Ludowa wyraźnie zaostrzyła politykę „jednych Chin” uznając ją za niepodlegającą jakimkolwiek negocjaczom. Po 2008 r. ChRL szczególnie ostro sprzeciwia się niepodległości Tajwanu, polityce dwóch Chin oraz członkostwu Tajwanu w ONZ i organizacjach międzynarodowych, jak również próbom nawiązywania z Tajwanem stosunków *quasi-dyplomatycznych*³⁴. Według Tajwanu w 1949 r. Chiny zostały podzielone na odrębnie administrowane jednostki polityczne³⁵. Tajwan jest zatem częścią Republiki Chińskiej, a rząd w Tajpei wykonuje suwerenność *de iure* nad Tajwanem i Chinami kontynentalnymi (tzw. *mainland China*)³⁶. Należy przy tym zauważyć, że Tajwan uznaje swoją jurysdykcję wyłącznie nad wyspami Tajwan, Penghu, Kinmen i Matsuj.

3. Tajwan jako aktor stosunków międzynarodowych

Chociaż Tajwan posiada określone terytorium zamieszkałe przez ludność, wobec której wykonywana jest władza brak uznania międzynarodowego powoduje, że nie ma zdolności do wchodzenia w tradycyjne relacje międzypaństwowe, tak jak zawieranie konwencji międzynarodowych, utrzymywanie stosunków dyplomatycznych, czy uczestniczenie w organizacjach międzynarodowych. W większości doktryna prawa międzynarodowego odmawia mu statusu państwa, chociaż pojawiają się głosy, że Tajwan jest *de jure* państwem³⁷. Nie sposób zaprzeczyć, że – mimo braku uznania międzynarodowego – Tajwan wykonuje na arenie międzynarodowej pewne uprawnienia, które przysługują państwom i innym podmiotom prawa międzynarodowego. Na skutek jednak specyficznego statusu prawnomiędzynarodowego uprawnienia te uległy modyfikacji i zostały dostosowane do specyfiki Tajwanu.

Tajwan utrzymuje relacje gospodarcze, kulturalne i prawne nie tylko z państwami, które go uznają, ale także z tymi, które uznały rząd ChRL.

³³ T. Lee, *op. cit.*, s. 374.

³⁴ W. J. Dziak, K. Gawlikowski, *Perspektywy normalizacji stosunków ChRL z Tajwanem – szanse i zagrożenia*, (w:) W. J. Dziak, K. Gawlikowski, M. Ławacz (red.), *Chiny w XXI wieku. Perspektywy rozwoju*, Warszawa 2012.

³⁵ *Ibidem*.

³⁶ Tzu-wen Lee, *op. cit.*, s. 374.

³⁷ D. G. Palmer Jr., *op. cit.*, s. 103.

Obecnie Tajwan jest uznawany przez 15 państw oraz Stolicę Apostolską³⁸. Tajwan utrzymuje natomiast nieformalne relacje gospodarcze, handlowe i kulturalne z ponad 50 państwami³⁹.

Tajwan podpisał kilka porozumień o wolnym handlu. Jeszcze w 2003 r. taka umowa została zawarta z Panamą⁴⁰, a w 2005 r. – z Gwatemalą⁴¹. W 2006 r. Tajwan podpisał porozumienie o wolnym handlu z Nikaragwą⁴², a w 2007 r. z Hondurasem i Salwadorem⁴³. W lipcu 2013 r. Tajwan podpisał umowy o współpracy gospodarczej z Nową Zelandią⁴⁴. Podobne umowy zostały podpisane z Singapurem w listopadzie 2013 r.⁴⁵ i z Paragwajem w lutym 2019 r.⁴⁶ Warto zauważyć, że porozumienie z Nową Zelandią zostało zawarte nawet mimo braku oficjalnych stosunków dyplomatycznych i uznania Tajwanu przez władze nowozelandzkie.

³⁸ Wyspy Marshalla, Republika Nauru, Palau, Tuvalu, Eswatini, Stolica Apostolska, Belize, Gwatemala, Haiti, Honduras, Nikaragua, Paragwaj, St Kitts and Nevis, St. Lucia, St. Vincent and Grenadines, <https://www.mofa.gov.tw/en/AlliesIndex.aspx?n=DF6F8F246049F8D6&sms=A76B7230ADF29736> (dostęp: 25 lipca 2022 r.).

³⁹ *Ibidem*.

⁴⁰ Free Trade Agreement between The Republic of China and The Republic of Panama, 21 sierpnia 2003 r., traktat wszedł w życie 1 stycznia 2004 r. http://www.sice.oas.org/trade/panrc/panrc_e.asp (dostęp: 25 lipca 2022 r.).

⁴¹ The free trade agreement between Guatemala and Taiwan, 22 września 2005 r., traktat wszedł w życie 1 lipca 2006 r., http://www.sice.oas.org/Trade/GTM_TWN_s/Index_s.asp (dostęp: 25 lipca 2022 r.).

⁴² The Free Trade Agreement between The Republic of China (Taiwan) and The Republic of Nicaragua, 16 czerwca 2006 r., traktat wszedł w życie 1 stycznia 2008 r., http://www.sice.oas.org/Trade/NIC_TWN/NIC_TWN_e/index_e.asp (dostęp: 25 lipca 2022 r.).

⁴³ The Free Trade Agreement between the Republic of China (Taiwan), the Republic of El Salvador and the Republic of Honduras, 7 maja 2007 r., traktat wszedł w życie wobec Tajwanu 1 stycznia 2008, Salwadoru 1 marca 2008 r., Hondurasu 5 sierpnia 2008 r., http://www.sice.oas.org/trade/SLV_HND_TWN_FTA_e/Index_e.asp (dostęp: 25 lipca 2022 r.).

⁴⁴ Agreement between New Zealand and the Separate Customs Territory of Taiwan, Penghu, Kinmen and Matsu on Economic Cooperation, 10 lipca 2013 r., traktat wszedł w życie 1 grudnia 2013 r., <https://www.treaties.mfat.govt.nz/search/details/t/3795/100> (dostęp: 25 lipca 2022 r.).

⁴⁵ Agreement between Singapore and the Separate Customs Territory of Taiwan, Penghu, Kinmen and Matsu on Economic Partnership, 7 listopada 2013 r., traktat wszedł w życie 19 kwietnia 2014 r., https://www.mofa.gov.tw/en/News_Content.aspx?n=1E53CEE4045643F&sms=C2D71E282D50644B&s=4255B85DA1615092 (dostęp: 25 lipca 2022 r.).

⁴⁶ Agreement on Economic Cooperation between The Republic of China (Taiwan) and The Republic of Paraguay, 12 lipca 2017 r., traktat wszedł w życie 28 lutego 2018 r., <https://law.moj.gov.tw/ENG/LawClass/LawAll.aspx?pcode=Y0070661> (dostęp: 25 lipca 2022 r.).

Władze w Tajpej zawarły też kilkadziesiąt dwustronnych porozumień o ochronie inwestycji⁴⁷, a także umów o unikaniu podwójnego opodatkowania i zapobieganie uchylaniu się od płacenia podatków dochodowych, w tym z 11 państwami UE⁴⁸, oraz o współpracy w zakresie promocji inwestycji⁴⁹. Porozumienia te nie mają jednak waloru umowy międzynarodowej podlegającej prawu międzynarodowemu, a Tajwan występuje w nich jako „obszar celny” lub „Tajwan prowincja Chin”. Umowy te są nie tylko wyrazem dążenia Tajwanu do pogłębienia integracji gospodarczej z państwami regionu Azji i Pacyfiku, lecz wpisują się przede wszystkim w strategię zawierania porozumień z państwami, które oficjalnie utrzymują stosunki dyplomatyczne i prowadzą relacje handlowe w ChRL⁵⁰. Są też wyrazem dużej skuteczności dyplomacji tajwańskiej i uznaniem potencjału gospodarczego Tajwanu, gdyż umowy gospodarcze w regionie Azji i Pacyfiku są prawie wyłącznie zawierane w relacjach międzypaństwowych⁵¹.

Tajwan zawarł też kilka porozumień o współpracy w sprawach karnych z państwami, które go nie uznają, m.in. z USA⁵², Filipinami⁵³ i Republiką Południowej Afryki⁵⁴.

Mimo napiętych relacji Tajwan zawiera też porozumienia z ChRL. Jeszcze w 2009 r. Tajwan podpisał z ChRL trzy porozumienia mające

⁴⁷ <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/countries/205/taiwan-province-of-china> (dostęp: 25 lipca 2022 r.).

⁴⁸ Francja, Niemcy, Austria, Belgia, Dania, Holandia, Luksemburg, Słowacja, Szwecja, Węgry, Wielka Brytania; dostęp do tekstów porozumień przez stronę <https://law.moj.gov.tw/ENG/Law/LawSearchAgree.aspx> (dostęp: 25 lipca 2022 r.).

⁴⁹ Belgia, Czechy, Hiszpania, Irlandia, Litwa, Niemcy, Węgry, Szwecja; dostęp do tekstów porozumień przez stronę: <https://law.moj.gov.tw/ENG/Law/LawSearchAgree.aspx> (dostęp: 25 lipca 2022 r.).

⁵⁰ J. Young, *Space for Taiwan in regional economic integration: Cooperation and partnership with New Zealand and Singapore*, Political science, (Wellington, N.Z.) 2014, tom 66, s. 12.

⁵¹ *Ibidem*, s. 5.

⁵² Agreement on Mutual Legal Assistance in Criminal Matters between the Taipei Economic and Cultural Representative Office in the United States and the American Institute in Taiwan, 26 marca 2020 r., porozumienie weszło w życie 26 marca 2020 r., <https://www.moj.gov.tw/cp-1173-116274-eea50-095.html> (dostęp: 25 lipca 2022 r.).

⁵³ Agreement on Mutual Legal Assistance in Criminal Matters between the Taipei Economic and Cultural Office in the Philippines and the Manila Economic and Cultural Office in Taiwan, 19 kwietnia 2013, porozumienie weszło w życie 12 sierpnia 2013 r., <https://www.moj.gov.tw/cp-1173-116273-510ae-095.html> (dostęp: 25 lipca 2022 r.).

⁵⁴ Arrangement between the Taipei Liaison Office in the Republic of South Africa and the South African Liaison Office in Taipei on Mutual Legal Assistance in Criminal Matters, 24 lipca 2013 r., porozumienie weszło w życie 28 listopada 2014 r., <https://www.moj.gov.tw/cp-1173-116272-db999-095.html> (dostęp: 25 lipca 2022 r.).

na celu poprawę stosunków między oboma krajami: umowę dodatkową w sprawie zaopatrzenia ruchu lotniczego przez Cieśninę Tajwańską, umowę w sprawie współpracy finansowej w Cieśninie Tajwańskiej oraz porozumienie w sprawie wzajemnej pomocy prawnej w sprawach karnych⁵⁵. W 2010 r. Tajwan podpisał umowę ramową o współpracy gospodarczej z ChRL⁵⁶. Warto zaznaczyć, że porozumienia te unikają jakichkolwiek odniesień do państwowości Tajwanu i formalnie zostały podpisane przez podmioty prywatne. Ich celem jest usprawnienie współpracy w Cieśninie Tajwańskiej.

Zgodnie z polityką „jednych Chin” utrzymywanie stosunków dyplomatycznych z jednym z państw chińskich oznacza brak uznania dla drugiego z nich. Ani Tajwan, ani państwa utrzymujące nieformalne relacje z Tajwanem nie ustanowiły u siebie oficjalnych przedstawicielstw dyplomatycznych, a ich relacje nie podlegają konwencji wiedeńskiej z 1961 r. o stosunkach dyplomatycznych. W większości przypadków ustanawiane są gospodarcze i kulturalne biura przedstawicielskie (nazywane TECRO – Taipei Economic and Cultural Representative Offices)⁵⁷. Ani dyrektorowi biura, ani jego personelowi nie przysługuje jednak status szefa misji i przedstawicieli dyplomatycznych, a co za tym idzie nie przysługują im przywileje i immunitety przedstawiciela dyplomatycznego wynikające z prawa międzynarodowego. Pomieszczeniom biura nie przysługuje prawo posługiwania się flagą, ani przywilej nietykalności.

Obecnie Tajwan jest członkiem tych organizacji międzynarodowych, które umożliwiają przystępowanie jednostkom niebędącym państwem. Jest to konsekwencja rezolucji 2758, w oparciu o którą Tajwan został usunięty nie tylko z organów ONZ, ale także z organizacji wyspecjalizowanych ONZ. Jeszcze w 1992 Tajwan uzyskał status obserwatora w GATT, a następnie w 1995 r. – status obserwatora w Światowej Organizacji Handlu. Wysiłki dyplomacji tajwańskiej doprowadziły do uzyskania w 2002 r. członkostwa w Światowej Organizacji Handlu jako „Wydzielony obszar celny Tajwanu, Pescadorów, wysp Kinmen i Matsu”⁵⁸.

⁵⁵ Cross-Strait Joint Crime-Fighting and Judicial Mutual Assistance Agreement, 26 kwietnia 2019 r., <https://www.moj.gov.tw/cp-1173-116271-692c7-095.html> (dostęp: 25 lipca 2022 r.).

⁵⁶ Cross-Straits Economic Cooperation Framework Agreement, 29 czerwca 2010 r., traktat wszedł w życie 1 września 2010 r., <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/treaties-with-investment-provisions/3287/china---taiwan-province-of-china-framework-agreement-2010-> (dostęp: 25 lipca 2022 r.).

⁵⁷ T. L e e, *op. cit.*, s. 387.

⁵⁸ Accession of The Separate Customs Territory of Taiwan, Penghu, Kinmen And Matsu, 23 listopada 2001, WT/L/433.

Od 1966 r. Tajwan uczestniczy w Azjatyckim Banku Rozwoju (ADB) jako jeden z założycieli Banku⁵⁹. Pierwotnie Tajwan występował w Banku jako Republika Chińska. W 1986 r. do ADB przystąpiła ChRL, jednak nie wiązało się to z wykluczeniem Tajwanu z tej organizacji. ADB jednakże jednostronnie zmieniła w 1986 r. nazwę, pod którą Tajwan uczestniczył w tej organizacji na „Tajpej, Chiny”. Warto zauważyć, że zgodnie z art. 3 Konstytucji ADB członkiem Banku może być tylko państwo będące członkiem Komisji Gospodarczej ONZ dla Azji i Dalekiego Wschodu, ONZ lub jej organizacji wyspecjalizowanej.

Od 1991 r. Tajwan należy do Współpracy Gospodarczej Azji i Pacyfiku (APEC), występując pod nazwą „Chińskie Tajpej”⁶⁰. APEC nie jest jednak organizacją międzynarodową, lecz luźną formą współpracy 21 gospodarek regionu Azji i Pacyfiku.

4. Stosunek RP do Tajwanu

Relacje polsko-chińskie sięgają jeszcze okresu dwudziestolecia międzywojennego. Chiny uznały Rzeczpospolitą Polskę 27 marca 1920 r.⁶¹, jednakże oficjalne stosunki dyplomatyczne oba kraje nawiązały dopiero w 1933 r. W 1929 r. w Nankinie został podpisany pierwszy traktat przyjaźni, handlowy i nawigacyjny⁶². Ponadto w 1930 r. podpisano protokół dodatkowy do tego traktatu⁶³. Po drugiej wojnie światowej rząd Kuoamintangu uznał za legalny Tymczasowy Rząd Jedności Narodowej, który już 4 października 1949 r. uznał jako legalnego reprezentanta narodu chińskiego Chińską Republikę Ludową i zerwał oficjalne stosunki z Tajwanem.

⁵⁹ Agreement establishing the Asian Development Bank, 4 grudnia 1965, UNTS vol. 124, p. 571.

⁶⁰ <https://www.apec.org/About-Us/About-APEC> (dostęp: 25 lipca 2022 r.).

⁶¹ M. Nowak-Kiełbikowa, Japonia i Chiny w dyplomacji II Rzeczypospolitej (Próba zarysu), *Dzieje Najnowsze* 1981, Rocznik XIII, nr 1–2, s. 243.

⁶² Traktat przyjaźni, handlowy i nawigacyjny pomiędzy Rzeczpospolitą Polską a Republiką Chińską, 19 września 1929 r., Dz. U. z 1931 r., Nr 62, poz. 499.

⁶³ Zob. oświadczenie Rządowe z dnia 24 czerwca 1931 r. w sprawie ratyfikacji traktatu przyjaźni, handlowego i nawigacyjnego pomiędzy Rzeczpospolitą Polską a Republiką Chińską, podpisanego wraz z protokołem końcowym w Nankinie dnia 18 września 1929 r., i dołączonych do traktatu tego: 1) dwóch not, wymienionych w Nankinie pomiędzy Rządem Polskim a Rządem Chińskim dnia 18 września 1929 r., w sprawie wzajemnego udzielania opieki kulturalnej i religijnej oraz 2) protokołu dodatkowego, podpisanego w Nankinie dnia 1 lipca 1930 r. do powyższego traktatu przyjaźni, handlowego i nawigacyjnego, Dz. U. z 1931 r., Nr 62, poz. 500.

Obecnie w swoich relacjach z ChRL Polska uznaje zasadę „jednych Chin”. We Wspólnym Komunikacie Chińskiej Republiki Ludowej i Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 17 listopada 1997 r. Polska oświadcza, że uznaje, iż na świecie istnieją tylko jedno Chiny i jest to Chińska Republika Ludowa oraz, że Tajwan jest nierozłączną częścią terytorium Chin, a Rząd Chińskiej Republiki Ludowej jest jedynym legalnym rządem reprezentującym całe Chiny⁶⁴. Oznacza to, że rząd RP nie uznaje Tajwanu jako państwa odrębnego od Chin, ani władz w Tajwanie sprawujących efektywną kontrolę nad wyspą Tajwan i wyspami sąsiadującymi jako rządu Chin. Konsekwencją tego jest brak oficjalnych stosunków dyplomatycznych i konsularnych między Polską a Tajwanem.

Relacje Polski z Tajwanem mogą być prowadzone tylko na szczeblu nieoficjalnym i roboczym, co nie wyklucza współpracy gospodarczo-handlowej, kulturalnej, czy naukowej w sytuacjach uzasadnionych interesem RP. Współpraca gospodarcza między Unią Europejską a Tajwanem jest bardzo dobrze rozwinięta, a obroty handlowe UE z Tajwanem stanowiły w 2018 r. 1,3% całości obrotów handlowych UE. Tajwan jest siódmym partnerem handlowym UE w Azji, zaś UE jest piątym partnerem handlowym Tajwanu na świecie (po Chinach, ASEAN, USA i Japonii). Tylko w 2017 r. obroty towarowe pomiędzy UE a Tajwanem wzrosły o 9,8% (do poziomu 50,2 mld EUR). Unia Europejska jest największym źródłem bezpośrednich inwestycji zagranicznych na Tajwanie. Polska zajmuje dziewiąte miejsce wśród państw UE pod względem wysokości obrotu handlowego z Tajwanem (1,25 mld USD). Tajwan jest natomiast siódmym polskim partnerem handlowym w Azji. Polska jest też atrakcyjnym dla Tajwańczyków miejscem kształcenia, głównie w zakresie nauk medycznych. Obecnie na polskich uczelniach medycznych kształci się około 1000 studentów pochodzących z Tajwanu⁶⁵.

Bezpośrednie kontakty w sferach handlowych i wymiany młodzieży wymuszają współpracę Polski z Tajwanem. Złożony status prawnomiędzynarodowy Tajwanu powoduje, że między Polską a Tajwanem nie ma prawnej możliwości zawarcia traktatu w rozumieniu Konwencji wiedeńskiej z dnia 23 maja 1969 r. o prawie traktatów. Natomiast Tajwan zawiera z państwami, które go nie uznają, porozumienia o współpracy podpisywane między dyrektorami biur handlowych Tajwanu i zainteresowanego państwa. Także Polska skorzystała z takiej możliwości i jak do

⁶⁴ Komunikat dostępny na stronie Ambasady ChRL w Polsce: <http://pl.china-embassy.org/pol/zbqx/t129135.htm> (dostęp: 25 lipca 2022 r.).

⁶⁵ Powyższe dane za <https://informatorekonomiczny.msz.gov.pl/pl/azja/tajwan/> (dostęp: 25 lipca 2022 r.).

tej pory podpisała z Tajwanem kilka tego rodzaju memorandumów: o wymiany informacji finansowych, o przeciwdziałania oszustwom celnym, o współpracy dotyczącej chorób zakaźnych, o współpracy w dziedzinie nauki i szkolnictwa wyższego, o unikania podwójnego opodatkowania oraz o współpracy prawnej w sprawach karnych.

W Polsce działa Biuro Przedstawicielskie Tajpej w Polsce (poprzednio do 1 sierpnia 2018 r. – Biuro Kulturalno-Gospodarcze Tajpej w Warszawie)⁶⁶, zaś w Tajpej działa Biuro Polskie, które podlega Ministerstwu Spraw Zagranicznych, a którym kieruje Dyrektor Generalny⁶⁷. Polscy pracownicy zatrudnieni w Biurze Polskim w Tajpej wykonują w praktyce funkcje konsulów, o których mowa w polskiej ustawie z 2015 r. prawo konsularne. Biuro Polskie w Tajpej jest uznawane za „placówkę zagraniczną” w rozumieniu ustawy o służbie zagranicznej.

Polska uznaje paszporty wydane przez Tajwan za dokumenty uprawniające do przekroczenia granicy i podlegające wizowaniu⁶⁸. Posiadacze paszportów wydanych przez władze Tajwanu, w których figuruje numer dowodu tożsamości, są zwolnieni z obowiązku wizowego⁶⁹. W praktyce osoba legitymująca się takim paszportem jest uznawana za osobę, której tożsamość można ustalić. W relacjach z Tajwanem istnieje także możliwość uwierzytelnienia dokumentu urzędowego, w sytuacjach, gdy prawo polskie stawia taki wymóg⁷⁰.

5. Obrót prawny z Tajwanem

Polska nie uznaje państwowości Tajwanu, zatem nie zawiera z nim umów międzynarodowych. Tym niemniej Biura przedstawicielskie Polski i Tajwanu podpisały osiem porozumień (niektóre z nich zwane są „Memorandami o Porozumieniu”) o współpracy polsko-tajwańskiej. Dotyczą

⁶⁶ https://www.taiwanembassy.org/pl_pl/index.html (dostęp: 25 lipca 2022 r.).

⁶⁷ <https://poland.tw/web/taiwan/biuro> (dostęp: 25 lipca 2022 r.).

⁶⁸ Lista dokumentów podróży, które upoważniają posiadacza do przekraczania granic zewnętrznych i mogą być wizowane została sporządzona przez Komisję Europejską i jest dostępna: <https://www.consilium.europa.eu/prado/pl/prado-recognised-documents.html> (dostęp: 25 lipca 2022 r.).

⁶⁹ Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2018/1806 z dnia 14 listopada 2018 r. wymieniające państwa trzecie, których obywatele muszą posiadać wizy podczas przekraczania granic zewnętrznych, oraz te, których obywatele są zwolnieni z tego wymogu, OJ L 303, 28 listopada 2018, p. 39–58.

⁷⁰ P. Czubiak, Dokumenty z państw nieuznanych w obrocie cywilnoprawnym, Problemy Współczesnego Prawa Międzynarodowego, Europejskiego i Porównawczego 2009, tom VII, s. 125.

one: pracy wakacyjnej („Program Pracuj i Zwiedzaj”), współpracy w zakresie farmaceutyków i wyrobów medycznych, usług lotniczych, uznawania praw jazdy, unikania podwójnego opodatkowania, nauki i szkolnictwa wyższego, współpracy w sprawach karnych (to ostatnie jeszcze nie weszło w życie). Nadto w 2015 r. podpisano Memorandum o Porozumieniu między Służbą Celną Rzeczypospolitej Polskiej a Służbą Celną Tajwanu w sprawie zwalczania nadużyć celnych, w 2017 r. Porozumienie między Urzędem Patentowym Rzeczypospolitej Polskiej a Urzędem Własności Intelktualnej Tajwanu (TIPO) w sprawie przyspieszonych procedur patentowych, a w 2018 r. Porozumienie między polską i tajwańską Komisją Nadzoru Finansowego o współpracy w zakresie sektora Fintech. Co do zasady porozumienia polsko-tajwańskie nie są publikowane w Dzienniku Ustaw. Nie są także dostępne w Internetowej Bazie Traktatowej MSZ, choć zawiera ona także dokumenty niebędące traktatami w rozumieniu Konwencji wiedeńskiej o prawie traktatów. Informacje o ich treści można jednak znaleźć na stronach polskiego i tajwańskiego MSZ.

W listopadzie 2014 r. weszło w życie porozumienie o pracy wakacyjnej (Program „Pracuj i Zwiedzaj”), zgodnie z którym młodym Polakom i Tajwańczykom przyznawane są ułatwienia przy wjeździe i podejmowaniu krótkoterminowej pracy w czasie podróży turystycznych⁷¹.

W marcu 2015 r. weszło w życie porozumienie o transporcie lotniczym. Z praktycznego punktu widzenia Porozumienie zrównuje wskazane przez stronę tajwańską linie lotnicze z liniami lotniczymi pochodzącymi z uznawanych przez Polskę państw trzecich. Umożliwia wskazanym przez stronę polską lub tajwańską liniom lotniczym świadczenie usług lotniczych odpowiednio na Tajwanie i Polsce, pod warunkiem uzyskania stosownego zezwolenia drugiej strony. Zezwolenie to ma być udzielone tak szybko jak to możliwe, na podstawie prawa krajowego i nie będzie uzależnione od innych wymogów niż zwykle i rozsądnie stosowane w międzynarodowym transporcie lotniczym. Porozumienie pozwala też liniom lotniczym na swobodny transfer zysków z ich działalności, przewiduje wzajemne uznawanie zaświadczeń i certyfikatów lotniczych oraz potwierdza zobowiązania Polski i Tajwanu do zapewnienia bezpieczeństwa ruchu lotniczego. W szczególności strony polska i tajwańska zobowiązały się do udzielania sobie – na wniosek – wszelkiej koniecznej pomocy przy zapobieganiu czynom skierowanych przeciwko bezpieczeństwu ruchu lotniczego. Zawarcie porozu-

⁷¹ <https://www.roc-taiwan.org/uploads/sites/167/2014/12/Przewodnik-po-programie-o-Umowie-o-Pracy-Wakacyjnej-na-Tajwanie-dla-m%C5%82odych-Polak%C3%B3w.pdf> (dostęp: 25 lipca 2022 r.).

mienia usuwa przeszkody prawne w ustanowieniu bezpośrednich połączeń lotniczych między Polską a Tajwanem⁷².

We wrześniu 2015 r. weszło w życie porozumienie o zwalczaniu nadużyć celnych. Przewiduje możliwość wymiany informacji o nadużyciach celnych (w tym imporcie i eksporcie towarów, w którym brać może udział organizacja terrorystyczna) i stosowania przewidzianych prawem krajowym uproszczonych procedur celnych wobec wiarygodnych podmiotów polskich i tajwańskich. Wynika z niego, że współpraca odbywać się będzie zgodnie z mającym zastosowanie prawem Polski i Tajwanu.

W styczniu 2016 r. weszło w życie porozumienie o współpracy w zakresie farmaceutyków i wyrobów medycznych. Umożliwia ono współpracę polskiego Urzędu Rejestracji Produktów Leczniczych, Wyrobów Medycznych i Produktów Biobójczych i tajwańskiego Urzędu ds. Żywności i Leków w zakresie rozwijania dostępności do skutecznych oraz bezpiecznych produktów leczniczych i wyrobów medycznych a także poszerzania wiedzy na ich temat, badań klinicznych leków i wyrobów medycznych, ich inspekcji oraz nadzoru nad bezpieczeństwem farmakoterapii. Ponadto urzędy mogą wymieniać informacje na temat dopuszczenia do obrotu produktów leczniczych i wyrobów medycznych oraz ich wycofania⁷³.

W lutym 2016 r. weszło w życie porozumienie o uznawaniu praw jazdy. Porozumienie przewiduje, że posiadacz polskiego lub tajwańskiego prawa jazdy po uiszczeniu opłat administracyjnych może bez zdawania jakichkolwiek egzaminów wymienić posiadane prawo jazdy na prawo jazdy drugiego terytorium⁷⁴. Dnia 4 kwietnia 2017 r., w celu wdrożenia porozumienia do prawa krajowego⁷⁵ Minister Infrastruktury i Budownictwa, działając na podstawie art. 14 ustawy z 5 stycznia 2011 r. o kierujących pojazdami⁷⁶ wydał rozporządzenie w sprawie warunków i trybu wydawania polskiego prawa jazdy osobom posiadającym tajwańskie prawo

⁷² https://poland.tw/pl/aktualnosci/tytul_strony_3 (dostęp: 25 lipca 2022 r.).

⁷³ Raport roczny Prezesa Urzędu Rejestracji Produktów Leczniczych, Wyrobów Medycznych i Produktów Biobójczych za rok 2016, s. 18.

⁷⁴ https://www.roc-taiwan.org/pl_pl/post/2884.html (dostęp: 25 lipca 2022 r.).

⁷⁵ <https://legislacja.rcl.gov.pl/projekt/12292101/katalog/12389985#12389985> (dostęp: 25 lipca 2022 r.).

⁷⁶ Dz. U. z 2016 r. poz. 627, z późn. zm. („Art. 14 ust. 3. W stosunku do obywateli niektórych państw można określić, na zasadach wzajemności, warunki i tryb wydawania praw jazdy, odmienne niż te, o których mowa w ust. 1. 4. Minister właściwy do spraw transportu może określić, w drodze rozporządzenia, warunki i tryb wydawania praw jazdy, o których mowa w ust. 3”). Z treści upoważnienia do wydania rozporządzenia wynika, że polskiej praktyce legislacyjnej pojęcie „państwo” nie ogranicza się do państw uznawanych przez Polskę na podstawie prawa międzynarodowego. Jest to wyraz pragmatyzmu polskiego ustawodawcy.

jazdy, w praktyce zrównując ich status ze statusem osób posiadających prawo jazdy wydane przez państwa uznawane przez Polskę⁷⁷.

W styczniu 2017 r. weszło w życie porozumienie o unikaniu podwójnego opodatkowania. Zawiera standardowe w międzynarodowych stosunkach gospodarczych rozwiązania dotyczące unikania podwójnego opodatkowania, gdyż oparto je na Modelowej Konwencji Organizacji Współpracy Gospodarczej i Rozwoju. Z uwagi na to, że chociaż jego zakres przedmiotowy jest tożsamy z zakresem przedmiotowym umów międzynarodowych, nie jest ono umową międzynarodową a uzgodnieniem biur przedstawicielskich, wymagało transpozycji do polskiego prawa krajowego. Dokonano jej uchwalając ustawę z dnia 15 grudnia 2016 r. o zasadach unikania podwójnego opodatkowania oraz zapobiegania uchylaniu się od opodatkowania w zakresie podatków od dochodu stosowanych przez Rzeczpospolitą Polską i terytorium, do którego stosuje się prawo podatkowe należące do właściwości Ministra Finansów Tajwanu⁷⁸. Porozumienie stanowi załącznik do ustawy. Tym samym formalnie rzecz biorąc organy polskie nie stosują Porozumienia tylko ustawę (załącznik do niej). Wprawdzie do Porozumienia nie mają zastosowania art. 91 ust. 1 i 2 Konstytucji⁷⁹, ale z praktycznego punktu widzenia nie ma to znaczenia, gdyż pierwszeństwo zasad określonych w Porozumieniu w stosunku do ogólnych przepisów podatkowych wynika z zasady *lex specialis derogat legi generali*.

W sierpniu 2017 r. weszło w życie porozumienie w sprawie przyspieszonej procedury patentowej – Program PPH (Patent Prosecution Highway). Na podstawie porozumienia zgłaszający może wnosić o zastosowanie procedury przyspieszonej w urzędzie polskim lub tajwańskim na podstawie dokonanego wcześniej zgłoszenia odpowiednio w urzędzie tajwańskim lub polskim, co pozwala na znaczące skrócenie czasu oczekiwania na uzyskanie patentu⁸⁰.

W marcu 2018 r. weszło w życie porozumienie o współpracy w zakresie innowacji finansowych (*Fintech*) zawarte między polską Komisją Nadzoru Finansowego a jej tajwańskim odpowiednikiem (*Financial Supe-*

⁷⁷ Dz. U. z 2017 r., poz. 761.

⁷⁸ Dz. U. z 2016 r., poz. 2244 Uzasadnienie projektu ustawy: <https://legislacja.rcl.gov.pl/docs//2/12293259/12400090/12400091/dokument263620.pdf> (dostęp: 25 lipca 2022 r.).

⁷⁹ Art. 91. 1. Ratyfikowana umowa międzynarodowa, po jej ogłoszeniu w Dzienniku Ustaw Rzeczypospolitej Polskiej, stanowi część krajowego porządku prawnego i jest bezpośrednio stosowana, chyba że jej stosowanie jest uzależnione od wydania ustawy. 2. Umowa międzynarodowa ratyfikowana za uprzednią zgodą wyrażoną w ustawie ma pierwszeństwo przed ustawą, jeżeli ustawy tej nie da się pogodzić z umową.

⁸⁰ <https://www.uprp.pl/uprp-tipo/Lead05,888,19264,4,index,pl,text/> (dostęp: 25 lipca 2022 r.).

visory Commission). Na jego podstawie możliwa jest wymiana informacji i prowadzenie wspólnych projektów. Innowacyjne przedsiębiorstwa (start-upy) z Polski i Tajwanu otrzymają wsparcie umożliwiające lepsze zrozumienie reżimu regulacyjnego Polski i Tajwanu, co umożliwi im płynne wejście na rynek drugiej strony. Porozumienie ułatwi też obu organom nadzoru współpracę dotyczącą sektora *Fintech*⁸¹.

W lipcu 2018 r. weszło w życie porozumienie o współpracy w zakresie nauki i szkolnictwa wyższego. Porozumienie otwiera nowe⁸² możliwości współpracy pomiędzy szkołami wyższymi, jednostkami badawczo-rozwojowymi, laboratoriami czy przedsiębiorstwami. Przewiduje ułatwienia organizacyjne w zakresie przygotowywania wspólnych badawczych projektów bilateralnych i wymiany naukowej studentów, doktorantów, post-doktorantów i innych badaczy⁸³.

Szczególną uwagę poświęcić należy współpracy z Tajwanem w sprawach karnych. Nie jest ona zbyt ożywiona, jednak dotyczy spraw o dużym ciężarze gatunkowym (najczęściej oszustw bankowych i komputerowych). Polska dąży do tego, by postrzegano ją jako kraj aktywnie angażujący się w zwalczanie przestępczości transgranicznej, w tym cyberprzestępczości. Należy się też spodziewać intensyfikacji relacji z Tajwanem w aspekcie międzyludzkim i gospodarczym, co siłą rzeczy spowoduje intensyfikację obrotu prawnego, w tym w sprawach karnych.

Stan obecny, w którym współpraca prowadzona jest w oparciu o zasadę wzajemności, nie sprzyja efektywności realizacji wniosków o udzielenie pomocy prawnej. Beneficjentem jej poprawy byłaby przede wszystkim strona polska, ponieważ to ona kieruje większą liczbę wniosków niż tajwańska i jest niestety narażona na długotrwałe oczekiwanie na realizację. Poziom korupcji na Tajwanie jest niski a sytuacja w zakresie przestrzegania na Tajwanie zasad demokracji, praw człowieka i rządów prawa pozwala na przyjęcie, iż strona tajwańska przeprowadza czynności

⁸¹ https://www.knf.gov.pl/knf/pl/komponenty/img/Porozumienie_Tajwan_MoU_2018_61205.pdf (dostęp: 25 lipca 2022 r.).

⁸² Poprzednio współpraca naukowa odbywała się tylko w trybie i na zasadach określonych w Porozumieniu z dnia 12 grudnia 2012 r. między Narodowym Centrum Badań i Rozwoju a Narodową Radą Naukową Tajwanu o współpracy naukowej i technologicznej (<https://www.ncbr.gov.pl/en/programmes/international-programmes/bilateral-cooperation/taiwan/poland-taiwan-scientific-cooperation/>) (dostęp: 25 lipca 2022 r.).

⁸³ <https://www.gov.pl/web/nauka/porozumienie-polsko-tajwanskie-o-wspolpracy-naukowej> (dostęp: 25 lipca 2022 r.).

procesowe w sposób niesprzeczny z zasadami porządku prawnego w Rzeczypospolitej Polskiej w rozumieniu art. 587 k.p.k.⁸⁴

Uwzględniając powyższe okoliczności w czerwcu 2019 r. podpisano porozumienie o współpracy prawnej w sprawach karnych⁸⁵ (wzajemna pomoc prawna, ekstradycja, przekazywanie osób skazanych, udzielanie informacji o prawie i praktyce jego stosowania, udzielanie informacji dotyczących ścigania i zapobiegania przestępstwom)⁸⁶. Ma ono przede wszystkim przyspieszyć i uprościć obrót wprowadzając zasadę bezpośredniego porozumiewania się odpowiedzialnych za współpracę prawną organów centralnych Polski i Tajwanu, z pominięciem drogi dyplomatycznej. Dla wejścia w życie porozumienie wymaga przyjęcia ustawy transponującej (model implementacyjny podobny do zastosowanego na potrzeby porozumienia o unikaniu podwójnego opodatkowania).

6. Zakończenie

Współpraca Polski z Tajwanem ma charakter nieoficjalny. Mobilność przepływu towarów i usług, a także coraz częściej osób, nie może funkcjonować w próżni prawnej. Relacje gospodarcze, społeczne i kulturalne mają szansę rozwinąć się tylko wtedy, gdy towarzyszy im w miarę stabilne otoczenie prawne. Tajwan jawi się jako wiarygodny aktor stosunków międzynarodowych, a zawierane przez niego porozumienia świadczą nie tylko o chęci uczestnictwa w stosunkach międzynarodowych, lecz także o możliwości dostosowania wzajemnych relacji do potrzeb wynikających

⁸⁴ <https://www.state.gov/j/drl/rls/hrrpt/humanrightsreport/index.htm#wrapper> (dostęp: 25 lipca 2022 r.).

⁸⁵ <https://www.gov.pl/web/sprawiedliwosc/polsko-tajwanskie-porozumienie-o-wspolpracy-prawnej-w-sprawach-karnych> (dostęp: 25 lipca 2022 r.). Zawarcie porozumienia o współpracy w sprawach cywilnych jest niemożliwe, gdyż kwestia ta należy do wyłącznej kompetencji UE.

⁸⁶ Porozumienie nie obejmuje kwestii immunitetu dyplomatycznego i konsularnego oraz pomocy konsularnej. Choć byłoby to prawnie dopuszczalne, Polska i Tajwan nie zdecydowały się nadać swoim przedstawicielstwom i przedstawicielom przywilejów i immunitetów takich jak dyplomatyczne i konsularne. W zakresie pomocy konsularnej dla osób pozbawionych wolności dotychczasowe dobre praktyki nie wymagały formalizacji (w Polsce pracownicy przedstawicielstwa Tajwanu są informowani o pozbawieniu wolności Tajwańczyków i dopuszczaniu do kontaktu z nimi nie na podstawie przepisów o pomocy konsularnej (art. 105 § 2, 211 § 2, 215 § 1a k.k.w., § 240, 301, 315 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z 23 grudnia 2015 r. Regulamin urzędowania sądów powszechnych (Dz. U. z 2015 r., poz. 2316 z późn. zm.), ale na zasadach ogólnych, tj. jako „inne osoby”, które można zawiadomić o zatrzymaniu lub aresztowaniu i dopuścić do kontaktu z zatrzymanym lub aresztowanym (art. 261 § 2 k.p.k.).

z obrotu i prowadzonej przez większość państw polityki „jednych Chin”. Rosnące obroty handlowe i wymiana osobowa między Polską a Tajwanem powinny implikować po obu stronach rozwój regulacji prawnych, choć rozwijanych i utrzymywanych na szczeblu nieoficjalnym i roboczym. Nie może przy tym budzić wątpliwości, że istotnym i decydującym kryterium takiej współpracy powinna być jej zgodność z polityką międzynarodową Polski, w tym niepodważanie polityki „jednych Chin” i dbałość o właściwą relację z ChRL.

Bibliografia

1. Bańko M. (red.), *Inny słownik języka polskiego*, Warszawa 2000.
2. Białocerkiewicz J., *Prawo międzynarodowe publiczne. Zarys wykładu*, Toruń 2007.
3. Crawford J., *The Creation of States in International Law*, Oxford 2006.
4. Czubik P., *Dokumenty z państw nieuznanych w obrocie cywilnoprawnym, Problemy Współczesnego Prawa Międzynarodowego, Europejskiego i Porównawczego 2009*, tom VII.
5. Dziak W. J., Gawlikowski K., Ławacz M. (red.), *Chiny w XXI wieku. Perspektywy rozwoju*, Warszawa 2012.
6. Gilas J., *Prawo międzynarodowe*, Toruń 1999, s. 114.
7. Lauterpacht E., *The Contemporary Practice of the United Kingdom in the Field of International Law, International and Comparative Law Quarterly 1958*, tom 6.
8. Lee T., *The International Legal Status Of The Republic Of China On Taiwan, UCLA Journal of International Law and Foreign Affairs 1996*, tom 1.
9. Mik C., *Fenomenologia regionalnej integracji państw. Studium prawa międzynarodowego. Tom II. Regionalne organizacje integracyjne z perspektywy analitycznej prawa międzynarodowego*, Warszawa 2019.
10. Nowak-Kiełbikowa M., *Japonia i Chiny w dyplomacji II Rzeczypospolitej (Próba zarysu), Dzieje Najnowsze 1981, Rocznik XIII, nr 1–2*.
11. Oda S., *Taiwan as sovereign and independent state – Status of Taiwan under International Law, Japanese Yearbook of International Law 2011*, tom 54.
12. Oda S., *Taiwan as sovereign and independent state – status of Taiwan under international law, Japanese Yearbook of International Law 2011*, tom 54.

13. Palmer D. G. Jr, Taiwan: De Jure or Not De Jure? That is the Question. An Analysis of Taiwan's Legal Status Within the International Community, John F. Kennedy University Law Review 1996, tom 7.
14. Shaw M. N., International law, Cambridge *et al.* 2017.
15. Yamashita T., Do Ius Cogens Norms Invalidate State Immunity? International Restorative Justice and Japanese War Compensation Cases, Chinese (Taiwan) Yearbook of International Law and Affairs 2013, tom 31.
16. Young J., Space for Taiwan in regional economic integration: Cooperation and partnership with New Zealand and Singapore, Political science, (Wellington, N.Z.) 2014, tom 66.

Legal aspects of Polish-Taiwanese relations

Abstract

In principle – as far as territorial entities are concerned – only states can take part in the international relations. Nevertheless, in practice, there are territorial entities that exercise effective control over a certain territory, but are not recognized as states. One of them is Taiwan, considered by the government of the People's Republic of China (PLC), to be a rebelled province. Since 1971, when UN recognized the PLC's government as the only legitimate representative of China in the UN, international recognition for the Taiwanese government systematically decreases. It does not hinder Taiwan from taking part in the international relations, but the participation takes a peculiar form. Taiwan is represented not by diplomatic missions but by the „representative offices”. Such offices conclude accords with their foreign counterparts, because economic, social and cultural relations can be developed only under a firm legal framework. Such accords are not international treaties (therefore according to the Polish law they require transposition to the national law). Representative offices of Poland and Taiwan concluded accords on “work and travel” program, cooperation in the area of the pharmaceuticals and medical products, air transport, recognition of driving licenses, science and higher educa-

tion, cooperation in criminal matters. Furthermore there are Polish-Taiwanese memoranda on cooperation of customs services, patent authorities, financial authorities (supervision of a fintech sector). Therefore non-recognition of Taiwan by Poland is not an obstacle for establishing adequate legal framework for cooperation.

Key words

Taiwan, Taipei, China, international cooperation, international treaties.

MATERIAŁY SZKOLENIOWE

Beata Rodak¹

Pozapprocesowe i procesowe uzyskiwanie danych internetowych

Streszczenie

W artykule poruszono kwestię uzyskiwania danych internetowych w trybie pozapprocesowym oraz procesowym. Przedstawiono główne problemy związane z udostępnianiem tych danych, omówiono przesłanki uzyskiwania danych oraz wskazano podmioty legitymowane do uzyskiwania danych internetowych. Przedstawiono także standardy konstytucyjne oraz europejskie uzyskiwania danych z powołaniem się na najważniejsze orzeczenia.

Słowa kluczowe

Dane internetowe, cyberprzestrzeń, cyberbezpieczeństwo, Internet.

1. Wstęp

Dane internetowe stanowią źródło istotnych informacji, które mogą okazać się pomocne w toku czynności operacyjno-rozpoznawczych oraz w procesie karnym. Pojęcie danych internetowych mieści w swym zakre-

¹ Beata Rodak, mgr prawa, absolwentka Wydziału Prawa i Administracji UMK w Toruniu, aplikant adwokacki III roku przy ORA w Łodzi. Autorka pracy magisterskiej pt. „Pozapprocesowe i procesowe uzyskiwanie danych internetowych”, przedstawionej do Konkursu o nagrodę I Zastępcy Prokuratora Generalnego – Prokuratora Krajowego w 2021 r. ORCID: 0000-0003-3114-5061.

sie dane osobowe oraz tzw. dane eksploatacyjne, które odnoszą się do sposobu korzystania z usługi przez usługobiorcę.

Zagadnienie uzyskiwania danych internetowych wzbudza kontrowersje. Z jednej strony należy zważyć, że odebranie służbom możliwości pozyskiwania danych internetowych prowadziłoby do trudnych do rozwiązania sytuacji, z drugiej zaś strony należy mieć na uwadze, iż możliwość uzyskiwania danych internetowych stanowi ingerencję w prawa i wolności jednostki, gwarantowane jej na gruncie Konstytucji RP oraz prawa europejskiego. Orzecznictwo i praktyka wykształciły standardy, które demokratyczne państwo musi spełniać, aby efektywnie chronić takie wartości, jak chociażby bezpieczeństwo i porządek publiczny, a jednocześnie w jak najmniejszym stopniu i w sposób najmniej dotkliwy ingerować i naruszać prawo do prywatności jednostki.

2. Gwarancje konstytucyjne i europejskie a uzyskiwanie danych internetowych

Konstytucja RP nie odnosi się wprost do funkcjonowania człowieka w wirtualnej rzeczywistości². *De lege lata* nie istnieje przepis rangi konstytucyjnej, który statuowałby szczególne regulacje przewidziane dla usługobiorców korzystających z sieci Internet. Ustrojodawca zrezygnował z wyodrębnienia przepisów dotyczących użytkowników Internetu. Nie oznacza to jednak, że ochrona konstytucyjnych praw i wolności jednostki w związku z korzystaniem z sieci Internet podlega zróżnicowaniu w stosunku do ochrony przewidzianej dla tradycyjnych form komunikowania się. Tym samym, nie sposób traktować danych przekazywanych internetowo jako funkcjonujących niejako obok konstytucyjnej ochrony praw i wolności jednostki.

Ustrojodawca konkretyzuje, które sfery życia podlegają ochronie na gruncie ustawy zasadniczej. Wśród wskazanych w Konstytucji sfer podlegających ochronie, znajdują się m.in.: tajemnica komunikowania się oraz autonomia informacyjna, stanowiące komponent prawa do prywatności³. Wspomniane gwarancje mają niebagatelne znaczenie również dla uzyskiwania danych internetowych, bowiem zakres omawianych wolności i dopuszczalne ingerencje oraz ograniczenia tych gwarancji, stanowią wyznacznik legalnego uzyskiwania danych internetowych oraz determinują możliwość ich gromadzenia przez uprawnione do tego podmioty.

² Wyrok TK z dnia 30 lipca 2014 r., sygn. K 23/11, Legalis nr 994752.

³ *Ibidem*.

Zasada wykreowana przez art. 49 Konstytucji RP polega na zapewnieniu wolności i ochrony tajemnicy komunikowania się każdej jednostki. Ta wolność implikuje jednocześnie istnienie zakazu zmuszania adresatów do ujawnienia treści korespondencji, jak również zakazu podejmowania prób ingerencji w tajemnicę komunikowania się bez zgody osób komunikujących się⁴. Ponadto tajemnica ta zakresem swym obejmuje poufność co do faktu bycia adresatem określonych treści oraz przekazów⁵. Warto przy tym wskazać, że omawiana gwarancja chroni nie tylko treść przekazywanych informacji, ale także wszelkie dane uczestników procesu komunikowania się, dane o wybieranych numerach telefonów, przeglądanych stronach internetowych, dane obrazujące czas i częstotliwość połączeń oraz umożliwiające lokalizację geograficzną uczestników rozmowy, wreszcie dane o numerze IP⁶, a zatem również dane internetowe. Z konstrukcji ochrony tajemnicy komunikowania się można wyinterpretować zasadę, w myśl której żaden podmiot poza osobami, które się komunikują, nie powinien mieć dostępu do informacji stanowiących przedmiot komunikatu, jak również co do informacji dotyczących samego faktu komunikowania się przez określone osoby, jak również nie powinien czynić z tych informacji użytku⁷. Władza publiczna jest obowiązana do stworzenia mechanizmów zapewniających gwarancję tej ochrony.

Wolność i ochrona tajemnicy komunikowania się nie ma jednak charakteru bezwzględnego. Wynika to z drugiego zdania analizowanego przepisu, choć stanowi ono *superfluum*, ponieważ już z brzmienia art. 31 ust. 3 Konstytucji RP wynika, że prawa i wolności jednostek gwarantowane przez Konstytucję mogą podlegać ograniczeniom. Ustrojodawca nie zdecydował się na uczynienie z tej wolności *ius infinitum*. Ograniczenie wskazanej wolności może nastąpić jedynie w przypadkach wskazanych w ustawie oraz w sposób w niej określony.

W szczególności uzasadnione jest wprowadzenie ograniczeń w sytuacji, w której korzystanie z wolności prowadziłoby do naruszenia innych praw i wolności oraz wartości, które chroni Konstytucja⁸. Podkreśla się

⁴ P. Sarnecki, Komentarz do art. 49, (w:) L. Garlicki, M. Zubik (red.), Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej, Komentarz. Tom II, Warszawa 2016, s. 260–263.

⁵ *Ibidem*.

⁶ Wyrok TK z dnia 30 lipca 2014 r., sygn. K 23/11...

⁷ B. Opaliński, Tajemnica komunikowania się w Konstytucji RP, (w:) P. Brzeziński (red.), Gromadzenie i udostępnianie danych telekomunikacyjnych, Warszawa 2016, s. 7.

⁸ B. Banaszak, Konstytucja RP. Komentarz do art. 49, Warszawa 2012, s. 306. Zob. też: W. Skrzydło, Komentarz do art. 49 KRP, (w:) W. Skrzydło (red.), Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz, SIP LEX 2019.

również, że regulacje mające za przedmiot ograniczanie praw i wolności jednostek, powinny być poddawane kontroli ze strony sądu⁹.

Kolejną gwarancją konstytucyjną, istotną z uwagi na możliwość uzyskiwania danych internetowych jest autonomia informacyjna określona w art. 51 ust. 1–2 Konstytucji RP, statuująca z jednej strony wolność jednostki do decydowania o tym, czy, komu i jakie dane dotyczące swojej osoby ujawni, a z drugiej kreująca zakaz po stronie innych podmiotów do żądania udzielenia informacji na temat danej jednostki bez podstawy prawnej. *Expressis verbis* wskazano władze publiczne, zakazując im pozyskiwania, gromadzenia oraz udostępniania innych informacji niż niezbędne w demokratycznym państwie.

Uwzględnienia wymaga różnica zakresu podmiotowego. Artykuł 51 ust. 1 Konstytucji stanowi bowiem, że nikt nie może być obowiązany inaczej niż na podstawie ustawy do ujawniania danych o sobie. Oznacza to, że beneficjentem omawianej gwarancji jest w istocie każda jednostka niezależnie od tego, czy posiada obywatelstwo polskie, czy status cudzoziemca. Jest to rozwiązanie znamienne dla właściwie każdej z wolności gwarantowanych konstytucyjnie. Wyjątek stanowi regulacja art. 51 ust. 2 KRP. Ustrojodawca wskazał, że władze publiczne nie mogą zbierać danych dotyczących obywateli. Nie sposób jednakże wysnuwać z treści przepisu przyzwolenia na pozyskiwanie, gromadzenie i udostępnianie informacji przez władze publiczne o cudzoziemcach. Ochrony należy wszak upatrywać w regulacji art. 47 KRP. Przyjąć należy, że cudzoziemcom również przysługiwać będzie gwarancja niemożności pozyskiwania zbędnych danych dotyczących wskazanych wyżej osób. Ograniczenia omawianej wolności, podobnie jak w odniesieniu do art. 49 KRP, muszą czynić zadość wymogom określonym w przepisie artykułu 31 Konstytucji RP. Ograniczenia te nie mogą jednakże naruszać istoty wolności i praw. Przepisy powinny określać przypadki, w jakich może nastąpić ograniczenie, a także wskazywać, w jaki sposób ograniczenie to należałoby realizować¹⁰. Jest to związane z optymalizacyjnym charakterem zasad konstytucyjnych¹¹. Nietrudno bowiem wyobrazić sobie sytuację, w której ochrona praw i wolności określonych osób może wymagać ingerencji w tożsame prawa i wolności innych osób.

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ Wyrok TK z dnia 12 stycznia 2000 r., sygn. P 11/98, OTK 2000, nr 1, poz. 3.

¹¹ Opinia RPO do projektu ustawy o zmianie ustawy o Policji oraz niektórych innych ustaw (druk sejmowy nr 154), https://www.rpo.gov.pl/sites/default/files/Do_Marszalka_Sejmu.pdf (dostęp: 11 lutego 2022 r.).

Rzecznik Praw Obywatelskich, dalej: Rzecznik, zakwestionował zgodność z Konstytucją przepisów dotyczących uzyskiwania przez służby danych abonenckich. Zarzucił im przede wszystkim brak precyzji, co do celu gromadzenia danych. Rzecznik podnosił ponadto, że regulacje te nie odnoszą się do kategorii osób, co do których warunkiem koniecznym jest respektowanie tajemnicy zawodowej. Rzecznik zwrócił również uwagę, że przepisy regulujące pracę służb nie czynią zadość zasadzie subsidiarności, adekwatności i proporcjonalności. Krytykował ponadto brak wystarczającej kontroli nad uzyskiwaniem danych. RPO zwrócił uwagę również na nieokreśloność regulacji dotyczących uzyskiwania danych przez służby, które – jako ingerujące w sferę prywatności jednostki – muszą być unormowane w sposób właściwy w ustawie. Ponadto, słusznie zauważono, że uzyskiwanie danych internetowych przez służby powinno stanowić *ultima ratio*. Kwestionowanie zgodności z Konstytucją RP przepisów dotyczących uzyskiwania danych abonenckich przez służby było również przedmiotem wniosku Prokuratora Generalnego¹², który, podobnie jak Rzecznik, zarzucał przepisom regulującym pracę służb nieproporcjonalną ingerencję w podstawowe prawa i wolności jednostek.

Trybunał Konstytucyjny w wyroku z dnia 30 lipca 2014 r., sygn. K 23/11 stwierdził niezgodność z Konstytucją przepisów dotyczących uzyskiwania danych przez uprawnione służby. Przede wszystkim swoje rozstrzygnięcie oparł na braku niezależnej kontroli nad uzyskiwaniem danych internetowych. Trybunał nie zakwestionował konieczności uzyskiwania danych, podkreślając, że stanowi to istotne narzędzie w walce z przestępczością, jednak regulacja nie jest regulacją bez wad i konieczne są zmiany¹³.

W systemie prawa Rady Europy również nie przewidziano przepisów odnoszących się odrębnie do funkcjonowania jednostki w Internecie. Europejska Konwencja Praw Człowieka, dalej: EKPC¹⁴ gwarantuje w ramach prawa do prywatności, prawo do poszanowania korespondencji prywatnej. Wolność ta, wyrażona w art. 8 EKPC interpretowana jest jako gwarancja niezakłóconej i niecenzurowanej komunikacji między jednost-

¹² Wniosek Prokuratora Generalnego do TK w sprawie stwierdzenia niezgodności z Konstytucją przepisów dotyczących uzyskiwania danych telekomunikacyjnych przez służby, dołączony do sprawy o sygn. K 23/11, https://ipo.trybunal.gov.pl/ipo/dok?dok=F1770459731%2FK_29_11_Wns_2011_08_01.pdf (dostęp: 11 lutego 2022 r.).

¹³ Wyrok TK z dnia 30 lipca 2014 r., sygn. K 23/11...

¹⁴ 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).

kami¹⁵. Konwencja ustanowiła niezwykle wysoki próg ochrony poszanowania korespondencji, ponieważ nie obowiązuje w tym zakresie reguła *de minimis* i każda ingerencja stanowi naruszenie wolności komunikowania się¹⁶. Prawo, które statuuje art. 8 EKPC, ma przede wszystkim za zadanie ochronę jednostek przed arbitralną ingerencją władz¹⁷.

Prawo do prywatności oraz związane z nim prawo do poszanowania korespondencji, nie mają jednakże na gruncie EKPC charakteru absolutnego i mogą podlegać ograniczeniom. Wynika to wprost z brzmienia art. 8 ust. 2 EKPC. Na gruncie art. 8 ust. 1 EKPC ukształtowało się bogate orzecznictwo. Analiza judykatów dotyczących wskazanej regulacji pozwala ustalić zakres oraz treść tajemnicy korespondencji w systemie prawa Rady Europy. Warto zwrócić uwagę, że Europejski Trybunał Praw Człowieka (dalej: ETPC) nie zanegował dopuszczalności niejawnego pozyskiwania przez władze publiczne informacji o jednostkach¹⁸, dostrzegł konieczność ingerowania w tę wolność z uwagi na ochronę bezpieczeństwa oraz instytucji demokratycznego państwa prawa¹⁹. Trybunał jednocześnie wskazał, że regulacje ingerujące w prawo wykreowane na gruncie art. 8 EKPC powinny być wysoce precyzyjne, zarówno w odniesieniu do podstaw, jak i zakresu ingerencji. Co więcej, ETPC podniósł, że państwa powinny regulować omawiane kwestie w sposób klarowny. Bogate orzecznictwo ETPC wykreowało minimalne standardy dotyczące ingerowania przez władze publiczne w proces komunikowania się²⁰.

Po pierwsze, ETPC podkreślił, że elementem koniecznym do ingerowania w prawo do poszanowania prywatności, jest wskazanie rodzaju przestępstw, w odniesieniu do których możliwe jest uzyskiwanie danych dotyczących jednostki²¹. W sprawie *Lordachi i in. przeciwko Mołdawii*²², ETPC stwierdził naruszenie art. 8 EKPC, ponieważ na gruncie mołdawskiego prawodawstwa niejawne uzyskiwanie danych było możliwe w celu zapobiegania poważnym, bardzo poważnym i wyjątkowo poważnym przestępstwom. W ocenie ETPC rozwiązanie to było niewystarczające z uwagi

¹⁵ I. Roagna, Ochrona prawa do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego w Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka, Strasburg 2012, s. 34.

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ M. Nowicki, Komentarz do Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności. Komentarz do art. 8, (w:) M. Nowicki (red.), Wokół Konwencji Europejskiej. Komentarz do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka, Warszawa 2017, s. 625.

¹⁸ M. Rogalski, Kontrola..., s. 62.

¹⁹ *Ibidem*.

²⁰ *Ibidem*.

²¹ *Ibidem*.

²² Wyrok ETPC z dnia 10 lutego 2009 r., skarga nr 25198/02, Legalis nr 129445.

na jakość regulacji²³. Trybunał w przywołanym wyroku podkreślił, że niewystarczającym jest wskazanie, iż chodzi o poważne przestępstwa, nawet jeśli ustawa definiuje to pojęcie²⁴. ETPC postulował, by regulacje możliwie jak najdokładniej określały katalog przestępstw, których popełnienie uzasadnia sięganie po dane przez służby oraz niejawną inwigilację jednostek.

ETPC wskazał również, że koniecznym jest określenie kategorii podmiotów, w odniesieniu do których możliwe jest pozyskiwanie informacji. W sprawie Amman przeciwko Szwajcarii²⁵, Trybunał zwrócił uwagę na to, że choć ustawa wskazywała, jakie podmioty mogą być objęte kontrolą, to nie zawierała jakichkolwiek środków ostrożności, co stanowiło naruszenie konwencyjnego wymogu zgodności z prawem. W ocenie ETPC konieczne jest uregulowanie procedury dotyczącej uzyskiwania danych przez służby w taki sposób, by uniemożliwiała ona ingerencję w prawa i wolności osób, co do których uzyskiwanie danych nie jest możliwe. Z całą pewnością może być tu mowa o podmiotach, które związane są tajemnicą zawodową, jak chociażby adwokaci, radcowie prawni czy lekarze. Ponadto, ETPC wskazał, że należy dokładnie określić maksymalny czas stosowania niejawnej kontroli wobec jednostki.

Ponadto, ETPC zwrócił uwagę na konieczność prawidłowego uregulowania procedury wyrażenia zgody na stosowanie środka niejawnej kontroli, która powinna mieć charakter aprioryczny i nie może ograniczać się jedynie do kwestii statystycznych czy *stricte* formalnych. Zgoda powinna pochodzić od niezależnego organu. Kontrola o charakterze aposterorycznym nie jest wystarczająca i nie czyni zadość wymogom stawianym przez ETPC. Trybunał podniósł także konieczność wprowadzenia regulacji określających środki ostrożności, które wykluczają dowolne i niekompletne przekazywanie danych przez uprawnione służby.

W sprawie Association for European Integration and Human Rights and Ekimdzhiiev przeciwko Bułgarii²⁶, ETPC stwierdził, że ustawodawstwo Bułgarii nie spełniało konwencyjnego wymogu jakości prawa, ponieważ nie regulowało w dostatecznym stopniu kwestii dotyczących postępowania z zebranymi danymi i informacjami, jak również należytego ich zabezpieczania i sposobu niszczenia.

²³ Decyzja ETPC z dnia 5 kwietnia 2005 r. w sprawie Lordachi i in. przeciwko Mołdawii, skarga nr 25198/02.

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ Wyrok Wielkiej Izby z dnia 16 lutego 2000 r., nr skargi 27798/95, <https://www.legal-tools.org/doc/6e49ed/pdf/> (dostęp: 17 lutego 2022 r.).

²⁶ Wyrok ETPC z dnia 28 czerwca 2007 r., nr skargi 62540/00, Legalis nr 122649.

Minimalny standard konwencyjny to również konieczność poinformowania osoby, której dane uzyskano o tym fakcie. Zwraca się jednak uwagę, że poinformowanie o prowadzonych działaniach może nastąpić wówczas, gdy nie stanowi zagrożenia dla celów stosowanego środka, często więc będzie możliwe *ex post*, aczkolwiek rozwiązanie takie należy ocenić pozytywnie, gdyż uprzednie poinformowanie o prowadzonych działaniach przez służby wobec konkretnej osoby, może uniemożliwić realizację celu, dla którego działania są prowadzone.

Warto zauważyć, że w ocenie ETPC, ochrona wynikająca z art. 8 ust. 1 EKPC, rozciąga się również na informacje dotyczące dat oraz długości przychodzących połączeń. W sprawie *Malone przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*²⁷, ETPC stwierdził, że bezprawne użycie danych z billingu może być postrzegane jako naruszenie prawa wynikającego z art. 8 ust. 1 EKPC, gdyż dane tam zawarte stanowią integralny element procesu komunikowania się.

Warto poświęcić uwagę również tzw. Cyberkonwencji²⁸, dalej: Konwencja, umowa międzynarodowa, regulującej szereg zagadnień związanych z danymi internetowymi. Przywołana Konwencja została ratyfikowana przez Polskę w 2015 r. Cyberkonwencja ma na celu utworzenie jednolitych rozwiązań dotyczących przeciwdziałania cyberprzestępczości. Omawiana umowa międzynarodowa nie tylko kreuje katalog przestępstw komputerowych, ale zawiera też rozwiązania procesowe, w tym, w szczególności, precyzuje zasady współpracy międzynarodowej. Cyberkonwencja ogranicza przeszkodę podwójnej karalności przy stosowaniu pomocy prawnej między państwami. Ma to ogromne znaczenie z uwagi na fakt, że w przypadku niespełnienia wymogu podwójnej karalności, uzyskanie dowodów od innego państwa, w którym czyn nie jest penalizowany, jest często utrudnione²⁹. Rozwiązaniem zasługującym na szczególną uwagę, jest zawarty w umowie wymóg dotyczący utworzenia czynnych 24/7 ośrodków, których celem ma być zapewnienie pomocy w sprawach dotyczących cyberprzestępczości. Co interesujące, również na gruncie tej umowy deklaruje się konieczność prowadzenia niezależnej kontroli nad zabezpieczonymi danymi oraz należycie uzasadniać ingerencję w podstawowe wolności obywatelskie w procesie zabezpieczania i gromadzenia danych cyfrowych. Konwencja nie przesądza, jakiego rodzaju środki mają przedsię-

²⁷ Decyzja ETPC z dnia 23 maja 2002 r., nr skargi 39026/97, Legalis nr 201560.

²⁸ Konwencja Rady Europy o cyberprzestępczości, sporządzona w Budapeszcie dnia 23 listopada 2001 r. (Dz. U. z 2015 r., poz. 728).

²⁹ A. L a c h, Karnoprocesowe instrumenty zwalczania pedofilii i pornografii dziecięcej w Internecie, *Prok. i Pr.* 2005, nr 10, s. 52–62.

wziąć państwa będące jej stronami. Stanowi jedynie o „odpowiednich środkach”, pozostawiając dużą swobodę państwom.

Na gruncie prawa UE zagwarantowano jednostce ochronę życia prywatnego, w tym komunikowania się oraz ochronę danych osobowych.

W myśl art. 16 ust. 1 Traktat o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej, dalej: TFUE³⁰ każda jednostka ma prawo do ochrony danych osobowych. Przepis ten dotyczy przetwarzania danych osobowych zarówno w sektorze prywatnym, jak i publicznym, w tym także w zakresie policyjnej współpracy³¹. Regulacja ta koresponduje z uregulowaniem art. 8 Karty Praw Podstawowych Unii Europejskiej, dalej: KPPUE³² stojącym na straży ochrony danych osobowych jednostki, których przetwarzanie jest możliwe za zgodą osoby, której dane dotyczą lub na uzasadnionej podstawie przewidzianej przez przepis ustawy. Ponadto, na gruncie art. 7 KPPUE prawodawca unijny zapewnia każdemu prawo do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego, domu i komunikowania się.

W odniesieniu do prawa wtórnego UE, na szczególną uwagę zasługuje dyrektywa z dnia 12 lipca 2002 r.³³ Dyrektywa ta zapewnia ochronę podstawowych praw i wolności, w szczególności życia prywatnego, poufności komunikacji oraz ochrony danych osobowych w sektorze łączności elektronicznej. Gwarantuje ona również swobodny przepływ danych związanych z łącznością elektroniczną w UE. W myśl art. 5 ust. 1 dyrektywy o łączności, państwa członkowskie zapewniają na gruncie ustawodawstwa krajowego poufność komunikacji i związanych z nią danych o ruchu za pośrednictwem publicznie dostępnej sieci łączności i publicznie dostępnych usług łączności elektronicznej. W szczególności zakazuje się słuchania, nagrywania, jak również przechowywania lub innych rodzajów przejęcia lub nadzoru komunikatów i związanych z nimi danymi o ruchu bez zgody użytkowników. Z kolei art. 6 dyrektywy o łączności kreuje nakaz usunięcia lub zanonimizowania danych zbędnych. Od przywołanych regulacji istnieje jednakże wyjątek, który statuuje art. 15

³⁰ Traktat o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej (Dz. Urz. UE C 326/47).

³¹ A. Grzelak, Prawo do ochrony danych osobowych a konieczność walki z przestępczością. Uwagi na tle art. 16 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, (w:) S. Dudzik, N. Półtorak (red.), *Prawo Unii Europejskiej a prawo konstytucyjne państw członkowskich*, Warszawa 2013, s. 407.

³² Karta Praw Podstawowych Unii Europejskiej z dnia 7 grudnia 2000 r. (Dz. Urz. UE C Nr 83 z 2010 r. ze zm.).

³³ Dyrektywa o łączności, dyrektywa z dnia 12 lipca 2002 r. – Dyrektywa 2002/58/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 12 lipca 2002 r. dotycząca przetwarzania danych osobowych i ochrony prywatności w sektorze łączności elektronicznej (dyrektywa o prywatności i łączności elektronicznej) (Dz. Urz. UE. L 201 z 2002 r., s. 37–47).

ust. 1 tego aktu prawnego, a mianowicie państwom członkowskim zostało przyznane uprawnienie do ograniczenia ustawowego zakresu praw i obowiązków wynikających z regulacji art. 5 i 6 dyrektywy pod warunkiem, że ograniczenia są niezbędne oraz proporcjonalne a ponadto właściwe dla społeczeństwa demokratycznego do zapewnienia bezpieczeństwa państwa, obronności, bezpieczeństwa publicznego oraz zapobiegania, dochodzenia, wykrywania i karania przestępstw kryminalnych lub niedozwolonego używania systemów łączności elektronicznej. Artykuł 15 ust. 1 upoważnia ponadto państwa członkowskie do uchwalenia środków ustawodawczych, na podstawie których możliwe będzie przechowywanie danych przez uzasadniony czas. Jednocześnie wskazuje się, że środki te powinny być zgodne z ogólnymi zasadami prawa UE³⁴.

Duże znaczenie należy przypisać wyrokowi w sprawie *Digital Rights Ireland*³⁵. Na kanwie przywołanej sprawy Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej, dalej: TSUE stwierdził nieważność dyrektywy retencyjnej. Podstawą takiego rozstrzygnięcia było przede wszystkim to, że zdaniem TSUE dyrektywa nie respektowała w sposób należyty zasady subsydiarności³⁶. TSUE podkreślił w wyroku szereg mankamentów dyrektywy retencyjnej, zwróciwszy uwagę na zbyt szeroki zakres zarówno podmiotowy dyrektywy i gromadzonych na jej podstawie danych, a tym samym brak wyłączeń podmiotowych wobec osób, które są objęte tajemnicą zawodową, przez brak kryteriów określenia najpoważniejszych przestępstw, które uzasadniałyby dostęp do danych oraz wymogów dotyczących apriorycznej kontroli, co implikowało w istocie brak gwarancji ochrony przed nadużyciami³⁷. W Zjednoczonym Królestwie do brytyjskiego Sądu Najwyższego wpłynął wniosek o zbadanie zgodności z przepisami regulacji dotyczącej obowiązku retencyjnego. Decyzją Prezesa TSUE sprawę tę połączono ze sprawą C-203/15. Wyrok ten ma duże znaczenie, ponieważ aktualizuje on konieczność zweryfikowania, jakie przestępstwa powinny legalizować i umożliwiać korzystanie ze zgromadzonych danych. Konieczność ta jest wynikiem wymogu proporcjonalności. Kluczowym okazuje się przeanaliz-

³⁴ Opinia w sprawie zgodności z prawem UE poselskiego projektu ustawy o zmianie ustawy o Policji oraz niektórych innych ustaw, <http://orka.sejm.gov.pl/Druki8ka.nsf/0/B30BB05699C73CE8C1257F310040516D/%24File/154-001.pdf> (dostęp: 11 lutego 2022 r.), s. 5.

³⁵ Wyrok TSUE z dnia 8 kwietnia 2014 r., <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/PDF/?uri=CELEX:62012CJ0293&from=EN> (dostęp: 11 lutego 2022 r.).

³⁶ A. L a c h, Obowiązek retencji danych telekomunikacyjnych i udostępniania tych danych organom ścigania, *MoP* 2017, nr 11, s. 612.

³⁷ Uwagi Helsińskiej Fundacji Praw Człowieka, *op. cit.*

zowanie przydatności uzyskiwania danych internetowych, gromadzonych przez służby i organy.

TSUE wskazał ponadto, że ustawodawstwo krajowe musi spełniać szereg warunków, by móc ingerować w prawo do prywatności jednostek. W ocenie Trybunału ustawodawstwo krajowe powinno opierać się na obiektywnych dowodach, które są powiązane z daną grupą osób i służą zwalczaniu poważnej przestępczości i poważnych zagrożeń. TSUE w sposób stanowczy odniósł się również do konieczności uregulowania przesłanek materialnych i formalnych dotyczących postępowania z danymi. Za niewystarczające uznano odwołanie się wyłącznie do jednego z celów wykreowanych na gruncie art. 15 dyrektywy o łączności. TSUE zwrócił szczególną uwagę na kwestię zagwarantowania organom państwowym dostępu do danych. W ocenie Trybunału, aby warunki te zostały spełnione, dostęp do danych uzyskiwanych przez te organy powinien być poddawany uprzedniej kontroli sądu. Obowiązek kontroli dezaktualizuje się wyłącznie w wypadkach niecierpiących zwłoki. Ponadto TSUE podkreślił, że należy informować osobę, której dane zgromadzono, możliwie jak najszybciej, by zagwarantować należytą ochronę jej praw³⁸.

3. Pozapprocesowe uzyskiwanie danych internetowych

Ustawodawca legitymował do uzyskiwania danych internetowych w ramach czynności operacyjno-rozpoznawczych służby o charakterze wywiadowczym, kontrwywiadowczym, policyjnym, skarbowym i specjalnym, a uprawnienie to zostało każdorazowo wykreowane na gruncie poszczególnych pragmatyk. Możliwość uzyskiwania danych internetowych, oprócz Policji (art. 20c ustawy o Policji³⁹) przysługuje jeszcze Straży Granicznej (art. 10b ustawy o Straży Granicznej⁴⁰), Krajowej Administracji Skarbowej (art. 114 ust. 1 ustawy o Krajowej Administracji Skarbowej⁴¹), Żandarmerii Wojskowej (art. 30 ust. 1 Ustawy o Żandarmerii Wojskowej⁴²), Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz

³⁸ A. L a c h, Obowiązek..., s. 613.

³⁹ Ustawa z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji (tekst jedn. Dz. U. z 2021 r., poz. 1882, 2333, 2447, 2448).

⁴⁰ Ustawa z dnia 12 października 1990 r. o Straży Granicznej (tekst jedn. Dz. U. z 2021 r., poz. 1486, 1728, 1898, 2191, 2333).

⁴¹ Ustawa z dnia 16 listopada 2016 r. o Krajowej Administracji Skarbowej (tekst jedn. Dz. U. z 2021 r., poz. 422, 464, 694, 802, 815, 954, 1003, 1005, 1718, 2076, 2105).

⁴² Ustawa z dnia 24 sierpnia 2001 r. o Żandarmerii Wojskowej i wojskowych organach porządkowych (tekst jedn. Dz. U. z 2021 r., poz. 1214).

Agencji Wywiadu (art. 28 ust. 1 Ustawy o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu⁴³), Służbie Kontrwywiadu Wojskowego oraz Służbie Wywiadu Wojskowego (art. 32 ust. 1 Ustawy o Służbie Kontrwywiadu Wojskowego oraz Służbie Wywiadu Wojskowego⁴⁴), Centralnemu Biurowi Antykorupcyjnemu (art. 18 ust. 1 ustawy o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym⁴⁵), Służbie Ochrony Państwa (art. 57 ust. 1 ustawy o Służbie Ochrony Państwa⁴⁶).

W piśmiennictwie wskazuje się, że tryb uzyskiwania danych internetowych w toku czynności operacyjno-rozpoznawczych wymaga od Policji rzetelności, sumienności, ale również postuluje się szybkość działania ze strony usługodawców świadczących usługi drogą elektroniczną⁴⁷.

Artykuł 20c ustawy o Policji był przedmiotem częstych nowelizacji. Początkowo, na gruncie analizowanego przepisu, ustawodawca statutował wyłącznie przesłankę zapobiegania i wykrywania przestępstw⁴⁸. Przesłanka wykrywania i zapobiegania przestępstwom skarbowym pojawiła się dopiero w wyniku wejścia w życie ustawy o ochronie danych osobowych przetwarzanych w związku z zapobieganiem i zwalczaniem przestępczości⁴⁹.

Już *prima facie*, daje się zauważyć ogólny charakter tych przesłanek oraz – przede wszystkim – brak zamkniętego katalogu przestępstw, których popełnienie uzasadniałoby sięgnięcie przez Policję po dane internetowe. Przyjąć zatem należy, że na gruncie art. 20c ustawy o Policji, mowa jest o każdym przestępstwie, jakie zostało stypizowane w k.k. oraz w k.k.s. Bez znaczenia pozostaje ustawowe zagrożenie karą, jak również to, czy przestępstwo stanowi występki, czy jest ono zbrodnią. Uzyskiwa-

⁴³ Ustawa z dnia 24 maja 2002 r. o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu (tekst jedn. Dz. U. z 2021 r., poz. 2333).

⁴⁴ Ustawa z dnia 9 czerwca 2006 r. o Służbie Kontrwywiadu Wojskowego oraz Służbie Wywiadu Wojskowego (tekst jedn. Dz. U. z 2021 r., poz. 2333).

⁴⁵ Ustawa z dnia 9 czerwca 2006 r. o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym (tekst jedn. Dz. U. z 2021 r., poz. 1671, 2333).

⁴⁶ Ustawa z dnia 8 grudnia 2017 r. o Służbie Ochrony Państwa (tekst jedn. Dz. U. z 2019 r., poz. 2333).

⁴⁷ W. K o t o w s k i, Ustawa o Policji. Komentarz praktyczny, Warszawa 2004, s. 409.

⁴⁸ J. W ó j c i k, Przeciwdziałanie przestępczości zorganizowanej. Zagadnienia prawne, kryminologiczne i kryminalistyczne, Warszawa 2011, s. 195.

⁴⁹ Ustawa z dnia 14 grudnia 2018 r. o ochronie danych osobowych przetwarzanych w związku z zapobieganiem i zwalczaniem przestępczości (Dz. U. z 2019 r., poz. 125 ze zm.).

nie danych internetowych nie jest jednakże możliwe w celu zapobiegania lub wykrywania wykroczeń⁵⁰.

Analiza pierwszej z przesłanek prowadzi do konkluzji, że uzyskanie danych internetowych przez Policję na podstawie art. 20c ustawy o Policji musi być celowe i prowadzić do wykrycia lub zapobieżenia przestępstwu. Przepis nie statuuje wymogu uzyskiwania danych internetowych wyłącznie w uzasadnionych przypadkach obawy popełnienia przestępstwa.

Kolejna przesłanka wprowadzona przez ustawodawcę na gruncie art. 20c to przesłanka ratowania życia lub zdrowia ludzkiego. I w tym przypadku ustawodawca zastosował alternatywę łączną i rozwiązanie to należy ocenić pozytywnie, gdyż, gdyby przyjąć dla analizowanej treści alternatywę rozłączną, rozwiązanie to dotknięte byłoby błędem logicznym. Przez czasownik „ratować”, którego użyto w omawianej regulacji, należy rozumieć udzielanie komuś pomocy w niebezpieczeństwie lub trudnej sytuacji⁵¹. Ponadto, przesłanka ta zazębia się w pewnym zakresie z przesłanką zapobiegania przestępstwom, gdyż ratowanie życia lub zdrowia ludzkiego może polegać na odparciu niebezpieczeństwa polegającego na popełnieniu przestępstwa. Jednakże przesłanka ta ma w istocie szerszy zakres, gdyż należy mieć na względzie, iż ratowanie życia lub zdrowia ludzkiego może również polegać na odparciu niebezpieczeństwa, które nie zostało spowodowane w wyniku popełnienia przestępstwa.

Regulacja przepisu art. 20c ustawy o Policji kreuje jeszcze jedną przesłankę, zgodnie z którą Policja może żądać udostępnienia danych internetowych w celu wsparcia działań poszukiwawczych lub ratowniczych. Warto podkreślić, że ustawa o Policji nie definiuje pojęcia takich działań, jak również nie odsyła w tym zakresie do innych przepisów. Definicja działań ratowniczych została zawarta w ustawie o ochronie przeciwpożarowej⁵². Zgodnie z art. 2 pkt 2 wspomnianej ustawy, działania ratownicze stanowią każdą czynność podjętą w celu ochrony życia, zdrowia, mienia lub środowiska, a także likwidację przyczyn powstania pożaru, wystąpienia klęski żywiołowej lub innego miejscowego zagrożenia. Z kolei działania poszukiwawcze, są prowadzone w sprawach poszukiwania osób ukrywających się przed organami ścigania i wymiaru sprawiedliwości w postępowaniach prowadzonych przez ABW oraz zaginionych w niewyjaśnionych okoliczno-

⁵⁰ Z. Gądzik, *Tajemnica telekomunikacyjna*, (w:) Ł. Czebotar i in. (red.), *Komentarz. Ustawa o Policji*, Warszawa 2015, s. 286–292.

⁵¹ S. Dubisz, *Uniwersalny słownik języka polskiego*, t. 3, P–Ś, Warszawa 2003, s. 889–890.

⁵² Ustawa z dnia 24 sierpnia 1991 r. o ochronie przeciwpożarowej (tekst jedn. Dz. U. 2021, poz. 869, 2490).

ściach, jeżeli zaginięcie może stwarzać zagrożenie dla bezpieczeństwa państwa (§ 1 pkt 2 zarządzenia Szefa ABW⁵³).

Warto zwrócić uwagę, że ustawodawca nie przewidział w omawianym przepisie jakichkolwiek ograniczeń podmiotowych, oznacza to, że Policja może uzyskiwać dane internetowe dotyczące każdej osoby, nie wyłączając osób związanych tajemnicą zawodową, jak np. adwokaci czy radcowie prawni oraz lekarze.

Ustawodawca wykreował na gruncie omawianego przepisu dwa sposoby uzyskiwania danych internetowych przez Policję. Szczegółowe wymagania co do wniosków, sprzętu oraz oprogramowania są przedmiotem decyzji KGP⁵⁴.

Konkretyzując, pierwszy ze sposobów polega na tym, że usługodawca udostępnia dane internetowe policjantowi wskazanemu w pisemnym wniosku jednego z komendantów albo osoby przez nich upoważnionej bądź na ustne żądanie policjanta posiadającego pisemne upoważnienie wskazanych wyżej osób⁵⁵.

Ponadto uzyskiwanie danych internetowych może odbywać się za pomocą sieci telekomunikacyjnej, w sposób zdalny poza siedzibą usługodawcy, bez udziału pracowników usługodawcy bądź przy ich niezbędnym udziale, który winien być ograniczony do minimum⁵⁶. W ten sposób uzyskiwać dane może policjant wyposażony w pisemne upoważnienie KGP, Komendanta CBŚP, Komendanta BSWP i komendanta wojewódzkiego.

Przepisy nie precyzują, w jakim terminie udostępnienie ma nastąpić, jednakże należy przyjąć, że powinno to nastąpić bez zbędnej zwłoki, w możliwie najkrótszym czasie, tak, by nie narazić danych na zniekształcenie bądź ich utratę, tak by skutecznie zwalczyć przestępczość oraz udzielić pomocy osobom znajdującym się w niebezpieczeństwie. Co więcej, przepis wskazuje, że usługodawca udostępnia dane na żądanie organu Policji, oznacza to zatem obligatoryjne udostępnienie tych danych. Ustawodawca uniemożliwił usługodawcy odmowę udostępnienia danych.

Zgodnie z treścią art. 20c ust. 8 ustawy o Policji, udostępnienie tej formacji danych internetowych za pośrednictwem sieci telekomunikacyj-

⁵³ Zarządzenie nr 5 Szefa ABW z dnia 17 marca 2010 r. w sprawie form i metod wykonywania przez Samodzielną Sekcję Poszukiwawczą Departamentu Postępowań Karnych ABW czynności poszukiwawczych (Dz. Urz. ABW.2010.1.3).

⁵⁴ Decyzja nr 34 KGP z dnia 19 lutego 2018 r. zmieniająca decyzję w sprawie uzyskiwania i przetwarzania przez Policję danych telekomunikacyjnych, pocztowych oraz internetowych (Dz. Urz. poz.27).

⁵⁵ B. Opaliński i in., Zakres uprawnień Policji. Komentarz do art. 20c, (w:) B. Opaliński i in. (red.), Ustawa o Policji. Komentarz, Warszawa 2015, s. 156–164.

⁵⁶ B. Opaliński i in., Zakres..., s. 156–164.

nej jest możliwe, jeśli możliwość taką przewiduje porozumienie zawarte między KGP a usługodawcą.

Ponadto, by uzyskanie danych mogło odbyć się za pomocą bezpiecznego łącza, wymagane jest, by sieci zapewniały możliwość ustalenia tożsamości osoby uzyskującej dane, rodzaj uzyskiwanych danych oraz czas, w którym zostały pobrane. Wymaga się również, by sieci te były odpowiednio zabezpieczone, tak technicznie, jak i organizacyjnie. Zabezpieczenie powinno uniemożliwiać osobie nieuprawnionej dostęp do danych. Dostęp do danych za pomocą sieci telekomunikacyjnej jest ponadto możliwy, jeżeli jest to uzasadnione specyfiką lub zakresem zadań wykonywanych przez jednostki organizacyjne Policji albo prowadzonych przez nie czynności⁵⁷.

Ustawodawca nałożył obowiązek na KGP, Komendanta CBŚP, Komendanta BSWP i komendanta wojewódzkiego Policji prowadzenia w formie elektronicznej rejestrów wystąpień o uzyskanie danych internetowych. Rejestry muszą być prowadzone z zachowaniem przepisów o ochronie informacji niejawnych.

Kontrolę nad uzyskanymi danymi internetowymi sprawuje sąd okręgowy właściwy miejscowo dla siedziby organu Policji, który dane uzyskał. W ramach kontroli, organ Policji, któremu udostępniono dane składa sądowi sprawozdanie. Takie sprawozdanie organ Policji jest zobligowany przedkładać sądowi w półrocznych okresach. W sprawozdaniu należy wskazać liczbę przypadków pozyskania danych internetowych oraz rodzaj tych danych, a także kwalifikacje prawne czynów, w związku z zaistnieniem których wystąpiono o dane albo informacje o pozyskaniu danych w celu ratowania życia lub zdrowia ludzkiego bądź wsparcia działań poszukiwawczych lub ratowniczych. Sąd okręgowy może jednakże zapoznać się z materiałami w ramach kontroli, gdy uzna to za konieczne. Sąd w ciągu 30 dni informuje organ Policji o wynikach kontroli. Przepisy jednakże nie konkretyzują, czy i jakiego rodzaju konsekwencje ponieść może organ Policji, który zwrócił się po dane lub je wykorzystał w sytuacji, gdy kontrola zakończy się wynikiem negatywnym.

4. Uzyskiwanie danych internetowych w trybie procesowym

Analiza przepisów ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks postępowania karnego⁵⁸ pokazuje, że ustawodawca nie poświęcił należytej

⁵⁷ M. Rogalski, *Kontrola...*, s. 208–232.

⁵⁸ Tekst jedn. Dz. U. z 2021 r., poz. 534 ze zm., dalej k.p.k.

uwagi kwestii uzyskiwania danych internetowych na potrzeby procesu karnego. Próżno bowiem szukać w k.p.k. przepisu, który mógłby odnosić się do omawianej kwestii. Oczywistym jest jednak, że pewna ułomność regulacji nie może oznaczać, iż uzyskiwanie danych internetowych w toku procesu karnego jest niemożliwe. Warto jednak zwrócić uwagę na istnienie luki prawnej w tej materii. Dla porównania, kwestia uzyskiwania danych telekomunikacyjnych została uregulowana przez ustawodawcę wprost w przepisie art. 218 k.p.k. Ustawodawca zawarł tam zamknięty katalog podmiotów obowiązanych do udostępnienia danych, pomijając usługodawców w rozumieniu ustawy o świadczeniu usług drogą elektroniczną⁵⁹.

Należy zatem podjąć rozważania, czy odpowiednie stosowanie art. 218 k.p.k. w zw. z art. 236a k.p.k., mogłoby stanowić podstawę do wystąpienia z żądaniem udostępnienia danych internetowych. Przepis art. 218 k.p.k. wprost wskazuje na obowiązek udostępnienia danych przez enumeratywnie wskazane w nim podmioty. Z uwagi na powyższe, nie ma możliwości odpowiedniego zastosowania tego przepisu w zw. z art. 236a k.p.k. do danych internetowych. Stosowanie takiej podstawy uzyskiwania danych internetowych prowadziłoby do niedopuszczalnego rozszerzenia zamkniętego katalogu podmiotów obowiązanych do ich udostępnienia. Obecnie najwłaściwszym wydaje się więc upatrywanie podstawy do uzyskiwania danych internetowych w oparciu o przepis art. 217 k.p.k. w zw. z art. 236a k.p.k. Przepis art. 217 k.p.k. stanowi wprost o rzeczach, jednakże jego zastosowanie w zw. 236a k.p.k., w odniesieniu do danych internetowych, jawi się jako trafne rozwiązanie.

Na gruncie regulacji art. 217 k.p.k. ustawodawca jako główną przesłankę zatrzymania rzeczy przewidział aspekt dowodowy⁶⁰, a zatem uzyskiwanie danych możliwe jest w przypadku posiadania przez uprawniony organ informacji, że mają one znaczenie dla ustaleń faktycznych w toczącym się postępowaniu karnym. Należy przy tym zaznaczyć, że w omawianej regulacji nie zapisano, iż zachodzi uzasadniona podstawa do twierdzenia, że dane podlegające zatrzymaniu mają pożądaną wartość dowodową. Warto, dla porównania wskazać chociażby regulację art. 219 k.p.k., gdzie ustawodawca napisał wprost, że przeprowadzenie przesłuchania może mieć miejsce w przypadku zaistnienia uzasadnionej podstawy pozwalającej przypuszczać, że rzeczy znajdują się w konkretnym

⁵⁹ Ustawa z dnia 18 lipca 2004 r. o świadczeniu usług drogą elektroniczną (tekst jedn. Dz. U. z 2020 r., poz. 344).

⁶⁰ D. Jagiełło, *Taktyka kryminalistycznych czynności dowodowych*, Warszawa 2019, s. 145.

miejscu⁶¹. Zupełna dowolność w gromadzeniu danych niepowiązanych ze śledztwem groziłaby odpowiedzialnością dyscyplinarną lub karną osobie, która działałaby w taki sposób.

Należy jednak zwrócić uwagę, że przed uzyskaniem danych internetowych organy procesowe *de facto* nie mają pełnej wiedzy dotyczącej ich treści, jak również brak im pewności, czy konkretne dane internetowe będą mogły stanowić dowód w sprawie. Na podstawie innych środków lub źródeł dowodowych zakładają natomiast, że konkretne informacje mają znaczenie dla sprawy. W przypadku uzyskiwania danych internetowych na potrzeby procesu karnego, będzie konieczna dwuetapowa ocena ich przydatności. Pierwsza – aprioryczna, gdy organ poweźmie informację, że dane internetowe mogą pomóc w ustaleniu istotnych okoliczności popełnienia przestępstwa, a nawet doprowadzić do ujęcia sprawcy i jego skazania oraz druga – ocena aposterioryczna, polegająca na wnikliwej analizie uzyskanych danych oraz stwierdzeniu ich przydatności, jeśli posiadają walor dowodu lub chociażby wykrywczy⁶².

Z uwagi na regulację zawartą w art. 217 k.p.k., warunkiem *sine qua non* wystąpienia przez uprawnione podmioty z żądaniem udostępnienia danych internetowych, jest toczące się postępowanie karne oraz związek danych internetowych (nawet hipotetyczny) z tymże postępowaniem. Nieuzasadnione będzie wystąpienie z takim żądaniem przed wszczęciem postępowania, jak i po jego prawomocnym zakończeniu. Należy wskazać, że w chwili wystąpienia z żądaniem udostępnienia danych musi istnieć stan zawisłości sprawy (*lis pendens*). Bez znaczenia pozostaje jednakże, czy postępowanie jest w fazie *in rem*, czy *ad personam*.

Regulacja art. 227 k.p.k. przewiduje konieczność zachowania umiaru przy dokonywaniu czynności zatrzymania danych. Zatrzymanie powinno odbyć się zgodnie z celem tej czynności oraz w sposób, który nie wyrządzi niepotrzebnych szkód i dolegliwości. To pozytywne rozwiązanie, gdyż łączy naczelnym zasadom, jakie powinny towarzyszyć ingerencji w prawa i wolności jednostki, tj. zasadzie celowości oraz adekwatności. Oznacza to, że podmioty uprawnione do uzyskiwania danych internetowych powinny mieć na uwadze te wytyczne i nie stosować instytucji uzyskiwania danych internetowych, gdy nie jest to podyktowane sytuacją konieczną.

W aspekcie podjętego tematu wspomnieć należy o rudymenarnych zasadach, tj. zasadzie subsydiarności i proporcjonalności. Dane internetowe mogące mieć znaczenie dla sprawy powinny być pozyskiwane do-

⁶¹ R. Zdybel, Funkcja wykrywcza i dowodowa postępowania karnego, Warszawa 2016, s. 216.

⁶² M. Rogalski, Kontrola..., s. 91.

piero w przypadku, gdy okoliczności faktyczne badanego zdarzenia nie sposób ustalić bez ich wykorzystania⁶³. Ponadto, działanie takie musi charakteryzować celowość, która oznacza, że udostępnienie wspomnianych danych jest dokonywane wyłącznie dla realizacji celu ustawowego, jakim jest wykrycie sprawcy i pociągnięcie go do odpowiedzialności za popełnione przestępstwo. Oprócz celowości, uzyskiwanie danych internetowych charakteryzować musi konieczność i adekwatność. Konieczność oznacza, że bez uzyskania takich informacji osiągnięcie realizacji opisanego ustawowego celu nie jest możliwe; adekwatność zachodzi wtedy, gdy działanie jest dopuszczalne, bowiem mniej inwazyjne środki uniemożliwiają rozstrzygnięcie o przedmiocie postępowania⁶⁴.

Konsekwencją przyjęcia jako podstawy prawnej do uzyskiwania danych internetowych w trybie procesowym art. 217 k.p.k. w zw. z art. 236a k.p.k., jest poszerzenie katalogu podmiotów uprawnionych do uzyskiwania danych internetowych w porównaniu do art. 218 k.p.k., statuującego podstawę do uzyskiwania m.in. danych telekomunikacyjnych. Ustawodawca wskazał wprost w przepisie art. 217 k.p.k., że podmiotami uprawnionymi do żądania wydania rzeczy są sąd i prokurator. Uprawnienie do wystąpienia z żądaniem udostępnienia danych przez sąd i prokuratora nie jest skorelowane z koniecznością wystąpienia wypadku niecierpiącego zwłoki. Z kolei w wypadkach niecierpiących zwłoki, uprawnienie to przysługuje także Policji i innym organom. Należy zaznaczyć, że w przypadku uzyskiwania danych internetowych, uprawnienie Policji będzie aktualizowało się często, z uwagi na podatność danych internetowych na manipulację oraz łatwość ich utraty, co niejednokrotnie będzie stanowiło ów wypadek niecierpiący zwłoki. Dodać należy, że przypadek niecierpiący zwłoki będzie równie często podyktowany celami wykrywczymi, tj. dążeniem do niezwłocznego ujęcia sprawcy po popełnieniu przez niego przestępstwa, a przynajmniej jego ustalenia.

Należy jednak z całą stanowczością podkreślić, że uprawnienie to jest uprawnieniem ograniczonym i ma charakter warunkowy. Legitymacja ta dotyczy zatem ekstraordynaryjnych sytuacji. Za wypadek niecierpiący zwłoki uznać należy sytuację, w której zachodzi niebezpieczeństwo utraty lub zniekształcenia dowodu. Oprócz Policji, uprawnienie to przysługiwać będzie, w oparciu o art. 312 § 1 k.p.k., również następującym organom: Straży Granicznej, Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego, Krajowej Administracji Skarbowej, Centralnemu Biurowi Antykorupcyjnemu,

⁶³ J. Skorupka, Komentarz do art. 217 k.p.k., (w:) J. Skorupka (red.), Kodeks postępowania karnego. Komentarz, SIP Legalis 2019.

⁶⁴ *Ibidem*.

Żandarmerii Wojskowej. Ponadto, oprócz wskazanych *expressis verbis* organów, należy wskazać, że uprawnienia te przysługują również innym podmiotom na podstawie ustaw szczególnych.

De lege lata uzyskiwanie danych internetowych w trybie procesowym jest możliwe przez odpowiednie stosowanie przepisów rozdziału 25 k.p.k. i może mieć miejsce w odniesieniu do dysponenta i użytkownika systemu informatycznego na podstawie art. 236a k.p.k.⁶⁵

Przepis art. 217 k.p.k. przewiduje dwie formy wydania rzeczy: dobrowolne wydanie rzeczy przez osobę, w której władztwie się znajduje oraz przymusowe odebranie rzeczy w razie odmowy wydania⁶⁶. Z uwagi jednakże na odpowiednie stosowanie tej regulacji w zw. z art. 236a k.p.k. oraz mając na względzie ustawowy obowiązek udostępnienia danych internetowych organom prowadzącym postępowanie, należy przyjąć, iż w praktyce dochodzi najczęściej do dobrowolnego udostępnienia danych przez usługodawcę.

Procedurę uzyskiwania danych internetowych w procesie karnym inicjuje powzięcie informacji, że dane takie istnieją i kto jest w ich posiadaniu, co skwitowane zostaje wydaniem stosownego postanowienia skierowanego do dostawcy usługi sieciowej.

Żądanie to, w omawianej sytuacji będzie przybierać formę postanowienia. W wypadkach niecierpiących zwłoki z żądaniem może wystąpić Policja lub inny uprawniony organ⁶⁷, niebędący uprawnionym do wydawania postanowień. Wówczas usługodawca może żądać niezwłocznego sporządzenia i doręczenia mu postanowienia o zatwierdzeniu uzyskania danych. Usługodawcę należy pouczyć o przysługującym mu prawie. Niemniej, w razie wystąpienia przez usługodawcę z żądaniem wydania postanowienia, jego doręczenie powinno nastąpić w ciągu 14 dni (art. 217 § 4 k.p.k.). Postanowienie to jest zaskarżalne. Zażalenie przysługuje stronom na zasadach ogólnych oraz osobom, których prawa zostały na-

⁶⁵ A. Lach, Gromadzenie dowodów elektronicznych po nowelizacji kodeksu postępowania karnego, PiP 2003, nr 25, s. 16-25.

⁶⁶ J. Skorupka, *op. cit.*, (w:) J. Skorupka (red.), Kodeks postępowania karnego. Komentarz, SIP Legalis.

⁶⁷ W myśl regulacji § 66 pkt 3 wytycznych nr 1 KGP (Dz. Urz. KGP z dnia 24 lipca 2015 r.): „W razie konieczności dokonania na podstawie art. 217 § 1 k.p.k. w zw. z art. 236a k.p.k. zatrzymania rzeczy, danych informatycznych lub nośników zawierających dane informatyczne (...) kierownik jednostki Policji może wystawić nakaz wydania rzeczy lub nośników zawierających dane informatyczne (...), w którym wskazuje: 1) cel czynności, ze wskazaniem rzeczy lub nośników zawierających dane informatyczne, które mają być odnalezione lub zatrzymane (...) 3) nazwę i adres instytucji, w której ma być przeprowadzona czynność”.

ruszone. Oznacza to w istocie, że możliwość zaskarżenia postanowienia o zatrzymaniu danych internetowych powinien mieć zarówno usługobiorca (nawet jeśli nie ma statusu strony w postępowaniu), jak i usługodawca. Zażalenie jest rozpoznawane przez sąd rejonowy, w którego okręgu prowadzone jest postępowanie. Jeżeli uzyskanie danych internetowych zostało dokonane bez polecenia sądu lub prokuratora oraz nie zatwierdzono tej czynności w ciągu 7 dni, organ, który dane uzyskał jest obowiązany do ich zwrócenia bądź zniszczenia, chyba, że usługodawca nie złożył wniosku o sporządzenie postanowienia.

Postanowienie powinno zawierać dokładne określenie danych internetowych, których wydania żąda organ, podmiotu dysponującego artefaktami, określić należy przedział czasowy ich wytworzenia. Decyzja musi spełniać ponadto ogólne wymogi, które określa kodeks postępowania karnego, tj. wskazanie organu, który wydał postanowienie, datę jego wydania, sygnaturę sprawy i krótki opis, czego dotyczy śledztwo/dochodzenie. Postanowienie wymaga uzasadnienia, a więc wskazania okoliczności uzasadniające przypuszczenie, że dane te mogą służyć jako dowód w sprawie i mają znaczenie dla toczącego się postępowania. Postanowienie w przedmiocie żądania udostępnienia danych internetowych doręcza się użytkownikowi, którego dane dotyczą. Co istotne, doręczenie można wstrzymać na czas oznaczony, jednakże nie później niż do prawomocnego zakończenia postępowania⁶⁸.

Udostępnienie przez usługodawcę danych wskazanych w postanowieniu może w praktyce napotkać na trudności. UŚUDE nie nakłada bowiem na usługodawcę obowiązku retencji danych w taki sposób, jak przedsiębiorca telekomunikacyjny musi gromadzić metadane w zakresie połączeń telefonicznych. Taki stan rzeczy w sposób oczywisty może utrudniać pracę organów ścigania, bowiem od wewnętrznych ustaleń (regulaminów) poszczególnych usługodawców oraz przepisów RODO będzie uzależniona retencja danych internetowych. Zatem usługodawca może udostępnić na żądanie organu tylko takie dane, które posiada w chwili zgłoszenia żądania przez sąd lub prokuratora⁶⁹.

Z uwagi na specyfikę danych internetowych, ich zatrzymanie może polegać także na skopiowaniu śladów cyfrowych⁷⁰. Decyzja o formie przekazania danych internetowych leży w kompetencji organu występującego z żądaniem. Sąd, prokurator lub inny uprawniony organ może ża-

⁶⁸ J. Skorupka, *op. cit.*, (w:) J. Skorupka (red.), Kodeks postępowania karnego. Komentarz, SIP Legalis 2019.

⁶⁹ K. Chałubińska-Jentkiewicz, J. Taczowska-Olszewska, *op. cit.*

⁷⁰ A. Lach, Gromadzenie...

dać udostępnienia danych w formie elektronicznej na nośniku bądź w formie wydruku. Forma przekazania danych będzie istotna z punktu widzenia możliwości ich późniejszego wykorzystania przy czym uzyskanie śladów w formie cyfrowej jest najbardziej pożądane, bowiem umożliwia dalsze, efektywne ich wykorzystanie (np. wprowadzenie do bazy danych i przetwarzanie w ramach analizy kryminalnej). Po otrzymaniu postanowienia usługodawca jest obowiązany udostępnić dane na nośniku lub zapewnić warunki dostępu i utrwalania tych danych⁷¹. W ostatnim z wymienionych przypadków uprawniony podmiot będzie mógł samodzielnie skopiować dane, których wydania żąda.

Kluczowym zagadnieniem dotyczącym procedury uzyskiwania danych internetowych jest ich zabezpieczenie. Zgodnie z art. 218a § 1 k.p.k. urzędy, instytucje i podmioty prowadzące działalność telekomunikacyjną lub świadczące usługi drogą elektroniczną oraz dostawcy usług cyfrowych obowiązani są niezwłocznie zabezpieczyć, na żądanie sądu lub prokuratora zawarte w postanowieniu, na czas określony, nieprzekraczający jednak 90 dni, dane informatyczne przechowywane w urządzeniach zawierających te dane na nośniku lub w systemie informatycznym. W sprawach o przestępstwa określone w art. 200b k.k. (propagowanie pedofilii), art. 202 § 3, 4, 4a, 4b k.k. (publiczne prezentowanie treści pornograficznych) lub art. 255a k.k. (rozpowszechnianie lub publiczne prezentowanie treści mogących ułatwić popełnienie przestępstwa o charakterze terrorystycznym) oraz w rozdziale 7 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii⁷² przewidziano dla organu prowadzącego postępowanie możliwość połączenia zabezpieczenia danych informatycznych z obowiązkiem usunięcia tych danych⁷³. W art. 218b k.p.k. znajduje się ustawowa delegacja dla właściwych ministrów do określenia sposobu technicznego przygotowania systemów i sieci oraz zabezpieczania danych informatycznych. Kwestia ta została uregulowana w rozporządzeniu Ministra Sprawiedliwości z dnia 18 czerwca 2021 r. w sprawie sposobu technicznego przygotowania systemów i sieci służących do przekazywania informacji, do gromadzenia danych informatycznych oraz danych niestanowiących treści rozmowy telefonicznej lub innego przekazu informacji, a także sposobów ich zabezpieczania w urządzeniach zawierających te dane oraz w systemach i na informatycznych nośnikach danych⁷⁴.

⁷¹ *Ibidem*.

⁷² Tekst jedn. Dz. U. z 2020 r., poz. 2050 ze zm.

⁷³ K. Eichstaedt, (w:) D. Świecki (red.), Kodeks postępowania karnego. Tom I. Komentarz aktualizowany, LEX/el. 2022, art. 218(a).

⁷⁴ Dz. U., poz. 1101.

Zgodnie z tym rozporządzeniem usługodawca jest obowiązany do zapewnienia stałej gotowości, polegającej na możliwości sporządzania wykazów danych niezwłocznie w ciągu doby (§ 2). Zabezpieczenia danych dokonuje się przy użyciu środków technicznych, w sposób umożliwiający ich późniejsze odtworzenie przy użyciu urządzeń odtwarzających. (§ 4 ust. 1). Zabezpieczenie to musi być dokonane przez osobę uprawnioną przez usługodawcę, przy użyciu środków technicznych podmiotu obowiązowanego, w urządzeniach zawierających te dane, w systemie lub na nośniku informatycznym (§ 4 ust. 2). Z czynności zabezpieczenia danych sporządza się notatkę (§ 5 ust. 1). Określone dane przechowuje się w warunkach zabezpieczających przed ich utratą, zniekształceniem lub nieuprawnionym ujawnieniem oraz zniszczeniem lub uszkodzeniem nośnika informatycznego (§ 7). W przypadku stwierdzenia nieprzydatności danych, należy je niezwłocznie zwolnić spod zabezpieczenia lub dokonać ich zniszczenia w sposób uniemożliwiający ich odtworzenie. Należy przy tym pamiętać, że instytucja zwrotu rzeczy (uzyskanych danych internetowych) nie będzie miała zastosowania w omawianym przypadku. Zwrot taki nie jest konieczny, ponieważ usługodawca wciąż posiada dane, które udostępnił, zbędnym więc wydaje się zwrócenie mu kopii. Tym bardziej bezzasadnym byłoby zwrócenie danych usługobiorcy niebędącemu właścicielem kopii⁷⁵.

5. Podsumowanie

Celem niniejszego artykułu było przedstawienie problematyki uzyskiwania danych internetowych w trybie pozaprocesowym oraz procesowym. Analiza regulacji prowadzi do kilku wniosków. Przede wszystkim, dane internetowe stanowią źródło cennych informacji o człowieku, zatem kwestia ich uzyskiwania, zarówno w toku procesu, jak i w ramach czynności operacyjno-rozpoznawczych powinna być uregulowana w sposób konkretny i precyzyjny. Czynności pozyskiwania opisanych informacji wkraczają bowiem w podstawowe prawa i wolności osoby ludzkiej, takie jak przede wszystkim prawo do prywatności, ochrony tajemnicy korespondencji, czy wreszcie prawo do autonomii informacyjnej. Taki stan rzeczy wymaga, aby ingerencja w prawa i wolności jednostki stanowiła *ultima ratio*, a regulacje czyniły zadość zasadom proporcjonalności, subsidiarności oraz celowości i adekwatności.

⁷⁵ M. Rogalski, Kontrola..., s. 298.

Nie można wszak zrezygnować z możliwości uzyskiwania danych internetowych przez określone podmioty. Należy skupić się w pierwszej kolejności na precyzyjnym określeniu przesłanek legitymujących służby do uzyskiwania danych internetowych oraz zrewidować system kontroli nad uzyskiwaniem danych internetowych w toku czynności operacyjno-rozpoznawczych. Warto mieć również na uwadze, że uzyskiwanie danych internetowych w toku procesu jest możliwe przez odpowiednie stosowanie przepisu art. 217 k.p.k. w zw. z art. 236a k.p.k.

Bibliografia

1. Banaszak B., Konstytucja RP. Komentarz, wyd. 2., Warszawa 2012.
2. Chałubińska-Jentkiewicz K., Taczkowska-Olszewska J., Świadczenie usług drogą elektroniczną. Komentarz, Warszawa 2019.
3. Eichstaedt K., (w:) D. Świecki (red.), Kodeks postępowania karnego. Tom I. Komentarz aktualizowany, LEX/el. 2022, art. 218(a).
4. Fleszer D., Zakres przetwarzania danych osobowych w działalności gospodarczej, Warszawa 2008.
5. Gądzik Z., Tajemnica telekomunikacyjna, (w:) Ł. Czebotar i in. (red.), Komentarz. Ustawa o Policji, Warszawa 2015.
6. Gołaczyński J., Ustawa o świadczeniu usług drogą elektroniczną. Komentarz, wyd. 1, Warszawa 2009.
7. Grzelak A., Prawo do ochrony danych osobowych a konieczność walki z przestępczością. Uwagi na tle art. 16 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, (w:) S. Dudzik, N. Półtorak (red.), Prawo Unii Europejskiej a prawo konstytucyjne państw członkowskich, Warszawa 2013.
8. Grzeszczyk W., Kodeks postępowania karnego. Komentarz, Warszawa 2014.
9. Jagiełło D., Problematyka dowodów elektronicznych, (w:) T. Gardocka, D. Jagiełło (red.), Zagadnienia dowodowe w procesie karnym, Warszawa 2017.
10. Kakarenko K., Sobczak J., Odpowiedzialność za przestępstwa popełnione w sieci a kwestia prywatności, (w:) Sobczak J. i in. (red.), Prawo prywatności jako reguła społeczeństwa informacyjnego, Warszawa 2017.
11. Kłafkowska-Waśniowska K., Komentarz do art. 18 ustawy o świadczeniu usług drogą elektroniczną, (w:) Lubasz D., Namysłowska M. (red.), Świadczenie usług drogą elektroniczną oraz dostęp warunkowy. Komentarz do ustaw, Warszawa 2011.

12. Kotowski W., Ustawa o Policji. Komentarz praktyczny, wyd. 1, Warszawa 2004.
13. Lach A., Gromadzenie dowodów elektronicznych po nowelizacji kodeksu postępowania karnego, Prok. i Pr. 2003, nr 25.
14. Lach A., Obowiązek retencji danych telekomunikacyjnych i udostępniania tych danych organom ścigania, MoP 2017, nr 11.
15. Lach A., Uzyskiwanie dowodów w ramach kontroli korespondencji w procesie karnym, (w:) Opaliński B., Rogalski M. (red.), Kontrola korespondencji. Zagadnienia wybrane, Warszawa 2018.
16. Nowicki M. (red.), Wokół Konwencji europejskiej. Komentarz do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka, wyd. 7., Warszawa 2017.
17. Opaliński B., Tajemnica komunikowania się w Konstytucji RP, (w:) P. Brzeziński (red.), Gromadzenie i udostępnianie danych telekomunikacyjnych, Warszawa 2016.
18. Opaliński B. i in. (red.), Ustawa o Policji. Komentarz, wyd. 1, Warszawa 2015.
19. Roagna I., Ochrona prawa do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego w Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka, Strasburg 2012.
20. Rogalski M., Kontrola korespondencji, Warszawa 2016.
21. Rogalski M., Obowiązujące w Polsce przepisy w zakresie gromadzenia i udostępniania danych telekomunikacyjnych, (w:) P. Brzeziński, B. Opaliński, M. Rogalski (red.), Gromadzenie i udostępnianie danych telekomunikacyjnych, Warszawa 2016.
22. Sarnecki P., Komentarz do art. 49, (w:) L. Garlicki, M. Zubik (red.), Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej, Komentarz. Tom II, Warszawa 2016.
23. Skorupka J. (red.), Kodeks postępowania karnego. Komentarz, SIP Legalis.
24. Skrzydło W. (red.), Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz, SIP LEX.
25. Wójcik J., Przeciwdziałanie przestępczości zorganizowanej. Zagadnienia prawne, kryminologiczne i kryminalistyczne, Warszawa 2011.
26. Zdybel R., Funkcja wykrywcza i dowodowa postępowania karnego, Warszawa 2016.

Internet data acquisition in judicial or extrajudicial proceedings

Abstract

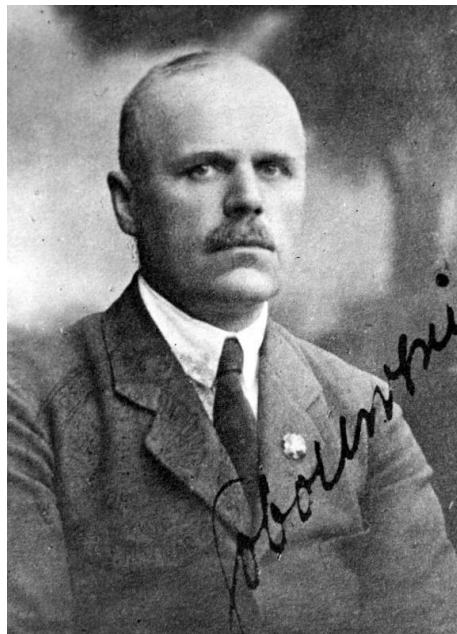
This paper deals with the Internet data acquisition that is done as part of, or outside the course of regular judicial proceedings. Major issues in providing access to such data are presented, prerequisites for obtaining data are discussed, and bodies entitled to acquire Internet data are specified. Constitutional and European standards for obtaining data are also presented, with reference to key rulings.

Key words

Internet data, cyberspace, cyber security, Internet.

Z HISTORII PROKURATURY

Bronisław Paweł Sobolewski
Minister Sprawiedliwości i Prokurator Naczelny
w okresach:
od 2 września 1919 r. do 9 grudnia 1919 r.,
od 19 września 1921 r. do 5 marca 1922 r.
i od 10 marca 1922 r. do 6 czerwca 1922 r.



Fotografia portretowa Bronisława Sobolewskiego.

Źródło: https://www.ipsb.nina.gov.pl/userfiles/image/articles/scaled_56c3047b1b67fnac%201%20-%20org.jpg.

Bronisław Sobolewski, syn Bronisława i Jadwigi z Dowiattów, urodził się 25 czerwca 1870 r. we wsi Jatwież nad Niemnem (wówczas w powie-

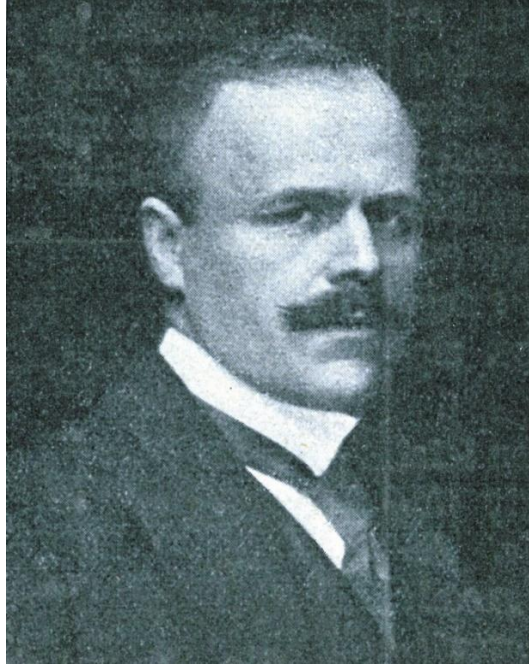
cie augustowskim, obecnie w obwodzie grodzieńskim na Białorusi). Z małżeństwa z Anielą z Rudowskich miał córkę i syna Jerzego, urodzonego w 1913 r., który poszedł w ślady ojca i po zdobyciu wykształcenia prawniczego, pracował jako sędzia w Sądzie Okręgowym w Warszawie.

Naukę w gimnazjum w Suwałkach Bronisław Sobolewski ukończył w 1890 r. Studia prawnicze na Wydziale Prawa Cesarskiego Uniwersytetu Warszawskiego rozpoczął w 1891 r., a ukończył w 1895 r. Następnie odbył aplikację w Izbie Sądowej w Warszawie, gdzie współpracował z Henrykiem Ettingerem (znanym Warszawskim adwokatem, wielokrotnym członkiem Naczelnej Rady Adwokackiej, który po odzyskaniu przez Polskę niepodległości brał udział w kodyfikacji Kodeksu Karnego, później nazywanego Kodeksem Makarewicza z 1932 r.). Po pomyślnym zdaniu egzaminu adwokackiego od 1901 r. był adwokatem przysięgłym i prowadził własną kancelarię. Główną częścią jego praktyki zawodowej były sprawy o charakterze kryminalnym, ale podejmował się również prowadzenia spraw politycznych przed Warszawskim Sądem Wojskowym, będąc członkiem Koła Obronców Politycznych w Warszawie.

Po opuszczeniu przez rosyjskie wojska Warszawy, w sierpniu 1915 r. Bronisław Sobolewski został członkiem Sądu Głównego w Warszawie oraz był zaangażowany w organizowanie polskich sądów obywatelskich (pokoju). Inicjatywa ta, głównie warszawskiej adwokatury, trwała zaledwie miesiąc, ponieważ okupacyjne władze niemieckie już 2 września 1915 r. rozporządzeniem (zakomunikowanym Komitetowi Obywatelskiemu m. st. Warszawy 9 września 1915 r.) zawiesiły działalność sądów obywatelskich, a na terenie Królestwa Polskiego wprowadziły sądownictwo okupacyjne oparte o Ordynację Hindenburga. 11 września 1915 r. ogólne zebranie adwokatury stołecznej podjęło jednomyślnie uchwałę „odmawiającą przyjęcia udziału dobrowolnie w organizacji sądownictwa niemieckiego w charakterze sędziów lub urzędników sądowych”. Bronisław Sobolewski był uczestnikiem tego zebrania i po odmowie uczestniczenia w sądownictwie okupacyjnym wrócił do adwokatury. Był również członkiem utworzonej 16 września 1915 r. Delegacji Adwokatury Warszawskiej, która faktycznie zarządzała stołeczną adwokatą, a jej głównym zadaniem było reprezentowanie Adwokatury w sprawach zawodowych oraz decydowanie o bieżących kwestiach. Delegacja odmówiła współpracy w tworzoną przez niemiecką władzę okupacyjną sądownictwie. Na początku listopada Bronisław Sobolewski został powołany do jednego z dwóch komitetów w nowo utworzonym Sądzie Dyscyplinarnym dla adwokatów.

W 1916 r. został członkiem Komitetu Sądowego, następnie przekształconego w Radę Zrzeszeń Prawniczych i kolejno w Stałą Delegację

Zrzeszeń Instytucji Prawniczych, mającego zająć się opracowaniem listy prawników, która miała być podstawą kadry sądownictwa polskiego.



Zdjęcie Bronisława Sobolewskiego opublikowane w 1917 r. w „Tygodniku Ilustrowanym”.

Źródło: [https://www.ipsb.nina.gov.pl/userfiles/image/articles/563b6e39ad85e15.SobolewskiBronis%C5%82aw%20\(1\)%20org.jpg](https://www.ipsb.nina.gov.pl/userfiles/image/articles/563b6e39ad85e15.SobolewskiBronis%C5%82aw%20(1)%20org.jpg).

Na początku 1917 r. Bronisław Sobolewski został członkiem Rady Departamentu Sprawiedliwości Tymczasowej Rady Stanu. Do jego obowiązków należało przewodniczenie w Komisji Więziennej i Komisji Instrukcji dla Prokuratorów. Ponadto był członkiem Komisji Prawa Karnego, Komisji Egzaminacyjnej dla Urzędników Sądowych i Komisji Kierowniczej Kursów dla Urzędników Sądowych. Brał także udział w pracach Komisji Redakcyjnej Ustaw Przechodnich z prawa cywilnego i karnego. W okresie od maja do czerwca wyładał prawo karne i postępowanie karne na kursach dla urzędników sądowych. W drugiej połowie roku niemieckie władze okupacyjne wyraziły zgodę na polonizację sądownictwa polskiego. 1 września 1917 r. w Pałacu Rzeczypospolitej w Warszawie odbył się uroczysty akt otwarcia Sądów Królewsko-Polskich, podczas którego Bro-

nisław Sobolewski został powołany na stanowisko prokuratora przy Sądzie Apelacyjnym w Warszawie. Następnie od października 1918 r., po powołaniu przez Radę Regencyjną, pełnił funkcję prezesa tego sądu. Jeszcze w tym samym miesiącu Bronisław Sobolewski zarządził zjazd prokuratorów okręgów apelacji warszawskiej i lubelskiej. Na spotkaniu określono pierwsze wytyczne dotyczące praktyki śledztwa wstępnego oraz czynności prokuratorskich.

W wyborach do Sejmu Ustawodawczego w styczniu 1919 r. był generalnym komisarzem wyborczym. W okresie od 2 września 1919 r. do 9 grudnia 1919 r. po raz pierwszy sprawował urząd Ministra Sprawiedliwości w rządzie Ignacego J. Paderewskiego. 10 października 1919 r. wziął udział w inauguracji prac Komisji Kodyfikacyjnej, której zadaniem było przygotowanie jednolitego ustawodawstwa. Po ustąpieniu z urzędu wraz z rządem 9 grudnia 1919 r. wrócił do praktyki adwokackiej i został członkiem Naczelnej Rady Adwokackiej. Przez krótki okres piastował stanowisko sędziego Sądu Apelacyjnego w Warszawie. Po raz drugi sprawował urząd Ministra Sprawiedliwości w okresie od 19 czerwca 1921 r. do 6 czerwca 1922 r., początkowo w rządzie Wincentego Witosa (od 19 czerwca 1921 r. do 13 września 1921 r.), a następnie w dwu kolejnych rządach Antoniego Ponikowskiego (od 19 września 1921 r. do 5 marca 1922 r. i od 10 marca 1922 r. do 6 czerwca 1922 r.)

W listopadzie 1921 r. Bronisław Sobolewski wniósł do sejmu projekt ustawy, zainicjowany wnioskiem klubu poselskiego Związku Ludowo-Narodowego, dotyczący przestępstw zmierzających do przewrotu społecznego. Celem projektu była walka z agitacją komunistyczną. Projekt został skrytykowany przez lewicę oraz Polską Ligę Praw Człowieka i Obywatela i ostatecznie nie uzyskał wystarczającej liczby głosów. Jeszcze w 1921 r. Bronisław Sobolewski podjął współpracę ze Stefanią Sempołowską, autorką memorandum dotyczącego złego traktowania więźniów politycznych osadzonych w polskich więzieniach. W miejsce obowiązujących wówczas restrykcyjnych przepisów rosyjskich Bronisław Sobolewski zlecił opracowanie tymczasowego regulaminu więziennego powołanej w tym celu grupie warszawskich prokuratorów. Podjęto również decyzję o konieczności zapoznania się ze wzorcami zachodnimi, dlatego też w Ministerstwie Sprawiedliwości podjęto decyzję o wysłaniu Stefanii Sempołowskiej do Paryża. Nowy regulamin został podpisany przez następcę Bronisława Sobolewskiego, ministra Wacława Makowskiego.

W czerwcu 1922 r. Bronisław Sobolewski został prokuratorem II Izby Sądu Najwyższego, a stanowisko to piastował aż do tragicznej śmierci w 1924 r. Wraz z Kazimierzem Rudnickim, który wówczas sprawował

stanowisko prokuratora w sądzie okręgowym (oskarżał on m.in. Eligiusza Niewiadomskiego skazanego na karę śmierci za zabójstwo Prezydenta RP Gabriela Narutowicza, a w 1923 r. był wiceministrem sprawiedliwości), odegrał ważną rolę w kształtowaniu polskiej prokuratury. Bronisław Sobolewski był zdecydowanym przeciwnikiem obowiązującej wówczas kary śmierci i wygłaszał na ten temat publiczne odczyty.

Dekretem z 2 maja 1923 r. Bronisław Sobolewski został odznaczony Krzyżem Komandorskim z Gwiazdą Orderu Odrodzenia Polski.

Bronisław Sobolewski zmarł 4 lutego 1924 r. w Warszawie na atak serca w czasie wygłaszania swojego wystąpienia na sali sądowej. Został pochowany na cmentarzu Powązkowskim, kwatera 169–6–10.



Miejsce pochówku Bronisława Sobolewskiego, fot. M. Wolff-Zdzienicki.

Ministerstwo Sprawiedliwości w dniu 7 marca 1925 r. zorganizowało uroczyste obchody upamiętniające Bronisława Sobolewskiego. Udział w nich wzięli między innymi ministrowie Stanisław Thugutt, Antonii Żychliński oraz prezesi Sądu Najwyższego i Prokuratorzy.

Po latach prokurator Kazimierz Rudnicki wspominał Bronisława Sobolewskiego jako człowieka „bystrego i ludzkiego”. Stefania Sempołowska w książce swojego autorstwa „W więzieniach” z 1928 r. pozytywnie opisała

jego inicjatywę znowelizowania przepisów dotyczących polskiego więzienia, oraz stwierdziła że „był ostatnim ministrem, który (...) postępował tak, jak mu rozum, moralność ludzka i obywatelska nakazywała”.

Źródła

1. Biogram opublikowany w latach 1999–2000 w XXXIX tomie Polskiego Słownika Biograficznego.
2. <https://www.ipsb.nina.gov.pl/a/biografia/bronislaw-pawel-sobolewski-1870-1924-prawnik-minister> (dostęp: 16 sierpnia 2022 r.).
3. Stanisław Janczewski, *Adwokatura warszawska w dobie walki o niepodległość*, *Palestra* 40/11–12(467–468), 109–124, Muzeum Historii Polski, 1996.
4. [https://bazhum.muzhp.pl/media/files/Palestra/Palestra-r1996-t40-n11_12\(467_468\)/Palestra-r1996-t40-n11_12\(467_468\)-s109-124/Palestra-r1996-t40-n11_12\(467_468\)-s109-124.pdf](https://bazhum.muzhp.pl/media/files/Palestra/Palestra-r1996-t40-n11_12(467_468)/Palestra-r1996-t40-n11_12(467_468)-s109-124/Palestra-r1996-t40-n11_12(467_468)-s109-124.pdf) (dostęp: 16 sierpnia 2022 r.).
5. https://pl.wikipedia.org/wiki/Bronis%C5%82aw_Sobolewski (dostęp: 16 sierpnia 2022 r.).
6. https://cmentarze.um.warszawa.pl/pomnik.aspx?pom_id=4446 (dostęp: 16 sierpnia 2022 r.).
7. *Order Odrodzenia Polski: trzechlecie pierwszej kapituły: 1921–1924, Warszawa 1926*, <https://kpbc.ukw.edu.pl/dlibra/plain-content?id=87843>, s. 16 (dostęp: 16 sierpnia 2022 r.).
8. https://www.ipsb.nina.gov.pl/userfiles/image/articles/scaled_56c3047b1b67fnac%201%20-%20org.jpg (dostęp: 16 sierpnia 2022 r.).
9. [https://www.ipsb.nina.gov.pl/userfiles/image/articles/563b6e39ad85e15.SobolewskiBronis%C5%82aw%20\(1\)%20org.jpg](https://www.ipsb.nina.gov.pl/userfiles/image/articles/563b6e39ad85e15.SobolewskiBronis%C5%82aw%20(1)%20org.jpg) (dostęp: 16 sierpnia 2022 r.).

Wiadomości dla Autorów i Czytelników

Redakcja z prawdziwą przyjemnością zawiadamia naszych Autorów, że zgodnie z treścią komunikatu Ministra Edukacji i Nauki z 1.12.2021 r. miesięcznikowi „Prokuratura i Prawo” przyznano za publikację artykułów naukowych **40 punktów**. Nasze czasopismo posiada unikatowy identyfikator **201078** w pozycji **32262** wykazu czasopism, który można odnaleźć na stronie internetowej: <https://www.gov.pl/web/edukacja-i-nauka/komunikat-ministra-edukacji-i-nauki-z-dnia-1-grudnia-2021-r-w-sprawie-wykazu-czasopism-naukowych-i-recenzowanych-materiałow-z-konferencji-miedzynarodowych>.

Ponadto informujemy, że czasopismo pozytywnie przeszło proces oceny i jest indeksowane w bazie **ICI Journals Master List za rok 2021**. Wartość wskaźnika *Index Copernicus Value* **ICV 2021 = 39,45**. Wyznaczona ocena jest widoczna na liście <https://journals.indexcopernicus.com/search/formjml> oraz w Paszporcie <https://journals.indexcopernicus.com/search/details?id=4169&lang=pl>

Nasze czasopismo od stycznia 2005 r. nie jest dostępne w prenumeracie. Równocześnie na stronie internetowej Prokuratury Krajowej pod adresem www.pk.gov.pl, w zakładce „Prokuratura i Prawo/opublikowane numery”, udostępniliśmy pełne teksty miesięcznika od początku jego istnienia, to znaczy od stycznia 1995 r. do chwili obecnej.

Warunki publikacji

Redakcja prosi o nadsyłanie artykułów i innych materiałów przeznaczonych do publikacji wyłącznie w formie elektronicznej w edytorze Word 97, dla następujących ustawień: strona niestandardowa (szerokość 21 cm, wysokość 29,7 cm), marginesy: górny 5 cm, boczne (lewy i prawy) 4,2 cm i dolny 6,5 cm, czcionka Arial w rozmiarze 11 (dla przypisów dolnych 9) oraz pojedynczy odstęp między wierszami. Jednocześnie informujemy, że ramy artykułu nie powinny przekraczać 30 stron znormalizowanego tekstu, a pozostałych opracowań – 20 stron.

Na pierwszej stronie należy zamieścić: imię i nazwisko autora (autorów), tytuł pracy, krótkie (kilkuzdaniowe) streszczenie ujmujące główne tezy opracowania oraz słowa kluczowe, a na ostatniej alfabetyczny wykaz wykorzystanej literatury. Na końcu pracy należy podać: adres (adresy) autora (autorów), nr telefonu, adres e-mail, informacje o statusie profesjonalnym autora (autorów), z wyszczególnieniem posiadanych tytułów naukowych, nazwy instytucji zatrudniającej oraz zajmowanego stanowiska, a także ORCID. Od studentów, doktorantów i aplikantów wymagana jest opinia dotycząca wartości merytorycznej przedstawionego artykułu (głosy) – rekomendacja opiekuna naukowego i odpowiednio zawodowego. W przypadku asesora oraz asystenta prokuratora oczekuje się rekomendacji kierownika jednostki organizacyjnej, a asystenta sędziego – przewodniczącego wydziału.

Materiały należy przysyłać na adresy e-mail: wojciechkotowski@poczta.onet.pl
lub justyna.krakowiak@prokuratura.gov.pl

Redakcja zastrzega sobie prawo dokonywania w nadesłanych materiałach zmian tytułów, skrótów, poprawek stylistyczno-językowych oraz innych przeróbek technicznych. Redakcja przyjmuje prace dotychczas niedrukowane. Niewykorzystane materiały zwracane są na wyraźne życzenie autora.

Zgodnie z decyzją Kolegium Redakcyjnego od nr 6/16 nie publikujemy na naszych łamach recenzji książek oraz sprawozdań z konferencji.