
*Przegląd
Prawa
i Administracji*

Tom CXXXV

ACTA UNIVERSITATIS WRATISLAVIENSIS No 4211

*Przegląd
Prawa
i Administracji*

Tom CXXXV

Pod redakcją
MARIUSZA JABŁOŃSKIEGO

Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego

Komitet Redakcyjny

RYSZARD BALICKI, EMILIO CASTORINA (Włochy), JOAN GOUFALEAN (Rumunia),
MICHAEL HOLOUBEK (Austria), MARIUSZ JABŁOŃSKI (przewodniczący),
ANDREAS JANKO (Niemcy), UWE KIRSCHER (Niemcy), JAROSŁAW KUNDERA,
PIOTR MACHNIKOWSKI, MACIEJ MARSZAŁ, TOMASZ MILEJ (Niemcy),
ANDRÉS OLLERO (Hiszpania), MARIAN J. PTAK, DRINOCZI TIMEA (Węgry)

Rada Redakcyjna

JOLANTA Blicharz, EMILIO CASTORINA (Włochy), MARIUSZ JABŁOŃSKI,
SYLWIA JAROSZ-ŻUKOWSKA, UWE KIRSCHER (Niemcy),
MACIEJ MARSZAŁ, ANDRÉS OLLERO (Hiszpania), KRZYSZTOF WÓJTOWICZ

Redaktor naczelny

MARIUSZ JABŁOŃSKI

Sekretarz Redakcji

SYLWIA JAROSZ-ŻUKOWSKA

Czasopismo jest recenzowane.

Lista stałych recenzentów znajduje się na stronie <http://wuwr.pl/ppa/reviewers>

© Autorzy, Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego
oraz Wydawnictwo „Szermierz” sp. z o.o., Wrocław 2024

ISSN 0239-6661 (AUWr) ISSN 0137-1134 (PPiA)

Wersją pierwotną czasopisma jest wersja drukowana

Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego
50-137 Wrocław, pl. Uniwersytecki 15
tel. 71 3752474, e-mail: wydawnictwo@uwr.edu.pl

Wydawnictwo „Szermierz” sp. z o.o.
50-137 Wrocław, pl. Uniwersytecki 15
tel. 71 3752474, e-mail: sekretariat@wuwr.com.pl

SPIS TREŚCI

FUNKCJONOWANIE RYNKU APTECZNEGO

PAWEŁ BORSZOWSKI, Stawka podatku od nieruchomości dla budynków (ich części) związanych z udzielaniem świadczeń zdrowotnych (działalność w zakresie prowadzenia aptek)	11
PAWEŁ CHRUPEK, Rękojmia prowadzenia apteki jako przesłanka przeniesienia zezwolenia na prowadzenie apteki ogólnodostępnej przez nabywającego przedsiębiorstwo. Uwagi na tle wyroku WSA w Warszawie z 3 lipca 2022 roku (sygn. akt V SA/Wa 113/22)	21
MARIUSZ JABŁOŃSKI, Nowelizacje przepisów ustawy z 6 września 2001 roku — Prawo farmaceutyczne z perspektywy respektowania standardów demokratycznego procesu stanowienia ustaw — analiza krytyczna	31
TOMASZ KOWOLIK, Zmiana zezwolenia na prowadzenie apteki ogólnodostępnej a zmiana lokalizacji apteki	49
WOJCIECH KRAJEWSKI, Usytuowanie prawno-organizacyjne Państwowej Inspekcji Farmaceutycznej w kontekście planowanych zmian organizacyjnych	61
MICHAŁ RADUŁA, Odpowiedzialność odszkodowawcza za wydanie decyzji nadzorczej w zakresie reklamy produktów leczniczych	75
BOGUSŁAW SOŁTYS, Ocena aptecznych zakazów reklamowych w świetle wartości konstytucyjnych	87
EMILIA SZYSZKOWSKA, “Pharmacy for the pharmacist” or for the patient? On different trajectories of regulation on pharmacy markets across the CEE region	101
DARIUSZ WASIAK, Rynek usług aptecznych a polski system przeciwdziałania praniu pieniędzy. Zarys problematyki	117

ZAGADNIENIA PRAWA PRYWATNEGO I PUBLICZNEGO

RAFAŁ CZACHOR, Konstytucyjne naruszenie zasady trójpodziału władzy w państwach nie-demokratycznych. Kazusy Federacji Rosyjskiej, Republiki Białoruś i Republiki Kazachstan	133
ANNA Ćwiąkała-Małys, IWONA PIOTROWSKA, Verification of a foreign business partner based on examples of chosen public open-source registers in the context of due diligence	149
MAŁGORZATA GIEŁDA, Jak spółdzielnia mieszkaniowa unika legalnej lustracji, czyli „związek rewizyjny” w służbie prezesa spółdzielni mieszkaniowej	161
RAFAŁ KOWALCZYK, Wybrane problemy ewoluowania statusu prawnego społecznych inicjatyw mieszkaniowych	173

PAWEŁ KUCZMA, Funkcja europejska Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej	183
JOANNA KUŹMICKA-SULIKOWSKA, Dochowanie terminu na złożenie oświadczenia o przyjęciu lub odrzuceniu spadku w imieniu małoletniego	195
RADOSŁAW MIESZAŁA, Ryzyko w kontekście odpowiedzialności administratora danych osobowych i podmiotu przetwarzającego a zawarcie zapisów w umowie powierzenia przetwarzania danych osobowych w celu ograniczenia odpowiedzialności w zakresie nakładania administracyjnych kar pieniężnych w rozumieniu artykułu 83 RODO	209
RAFAŁ MIKOWSKI, Bezpieczeństwo fizyczne broni palnej przechowywanej w warunkach gospodarstwa domowego	223
BEATA PAWLAK-ALECHNO, Podstawy prawne partycypacji inwestora prywatnego w budowie lub przebudowie infrastruktury drogowej	235
ANNA ROGACKA-ŁUKASIK, ANNA WARSTON, Transkrypcja zagranicznego dokumentu stanu cywilnego a klauzula porządku publicznego — uwagi wybrane na przykładzie zagranicznego aktu urodzenia dzieci par jedнопłciowych	253
MARTA SAGAN-MARTKO, Zadania gminy w zakresie zapobiegania bezdomności zwierząt i opieki nad bezdomnymi zwierzętami	269
KATARZYNA TOMASZEWSKA, Rola BIP w świetle uregulowań ustawy z dnia 14 czerwca 1960 roku — Kodeks postępowania administracyjnego	279
FILIP WYSZYŃSKI, Transformacje paradygmatu prawa i gospodarki. Trzy tezy prof. S. Sołtyskińskiego vs. uwagi uaktualniające i polemiczne	297

VARIA

JUSTYNA MIELCZAREK-MIKOŁAJÓW, MICHAŁ RADUŁA, Sprawozdanie ze spotkania przedstawicieli konsorcjum w ramach projektu GOSPOSTRATEG9/001G/22 w dniu 8 listopada 2023 roku	317
--	-----

CONTENTS

THE FUNCTIONING OF THE PHARMACEUTICAL MARKET

PAWEŁ BORSZOWSKI, Real estate tax rate for buildings (parts thereof) related to the provision of health services (activities in the field of running pharmacies)	11
PAWEŁ CHRUPEK, Guarantee of proper operation of a pharmacy as a condition for a transfer of permit to operate a public pharmacy by the acquiring enterprise: Comments based on the judgment the Provincial Administrative Court in Warsaw of July 3, 2022 (V SA/WA 113/22)	21
MARIUSZ JABŁOŃSKI, Amendments to the provisions of the Act of 6 September 2001 — Pharmaceutical Law from the perspective of respecting the standards of the democratic process of law-making: A Critical analysis	31
TOMASZ KOWOLIK, Amendment of license for operating public pharmacies and change of location of a pharmacy	49
WOJCIECH KRAJEWSKI, The legal and organizational position of the State Pharmaceutical Inspectorate	61
MICHAŁ RADUŁA, Damages liability in case of review decision on advertising of medicinal products	75
BOGUSŁAW SOŁTYS, Assessment of pharmacy advertising bans in light of constitutional values	87
EMILIA SZYSZKOWSKA, “Pharmacy for the pharmacist” or for the patient? On different trajectories of regulation on pharmacy markets across the CEE region	101
DARIUSZ WASIAK, The pharmacy services market and the Polish anti-money laundering regime: Outline of the issues	117

ISSUES OF PRIVATE AND PUBLIC LAW

RAFAL CZACHOR, Constitutional violation of the separation of power in non-democratic states: Cases of the Russian Federation, Republic of Belarus, and Republic of Kazakhstan	133
ANNA CŹWIĄKAŁA-MALYS, IWONA PIOTROWSKA, Verification of a foreign business partner based on examples of chosen public open-source registers in the context of due diligence	149
MALGORZATA GIELDA, How a housing cooperative avoids legal scrutiny, or the “revision association” serving the president of the housing cooperative	161
RAFAL KOWALCZYK, Selected issues of the evolving legal status of social housing initiatives	173

PAWEŁ KUCZMA, The European function of the President of the Republic of Poland	183
JOANNA KUŹMICKA-SULIKOWSKA, Meeting the deadline for submitting a declaration of acceptance or rejection of inheritance on behalf of a minor	195
RADOSŁAW MIESZAŁA, Risk in the context of the liability of the data controller and data processor and the inclusion of provisions in the data processing agreement to limit liability for the imposition of administrative fines under Article 83 of the GDPR . . .	209
RAFAŁ MIKOWSKI, Physical security of firearm stored in household conditions	223
BEATA PAWŁAK-ALECHNO, Legal grounds for private participation in the construction or expansion of road infrastructure	235
ANNA ROGACKA-ŁUKASIK, ANNA WARSTON, Transcription of a foreign civil status document and the public policy clause: Selected comments on the example of a foreign birth certificate of children of same-sex couples	253
MARTA SAGAN-MARTKO, Tasks of the commune in the field of preventing homeless animals and caring for homeless animals	269
KATARZYNA TOMASZEWSKA, The role of the Public Information Bulletin in light of the regulations of the Act of 14 June 1960 — Code of Administrative Procedure	279
FILIP WYSZYŃSKI, Paradigm shifts in law an economy: Three theses of Prof. S. Sołtysiński vs. updating and polemical remarks	297

VARIA

JUSTYNA MIELCZAREK-MIKOŁAJÓW, MICHAŁ RADUŁA, Report of the meeting of representatives of the consortium of the project Gospostrateg9/001G/22 that took place on November 8, 2023	317
--	-----

FUNKCJONOWANIE RYNKU APTECZNEGO

PAWEŁ BORSZOWSKI
ORCID: 0000-0003-3570-2101
Uniwersytet Wrocławski

STAWKA PODATKU OD NIERUCHOMOŚCI DLA BUDYNKÓW (ICH CZĘŚCI) ZWIĄZANYCH Z UDZIELANIEM ŚWIADCZEŃ ZDROWOTNYCH (DZIAŁALNOŚĆ W ZAKRESIE PROWADZENIA APTEK)

Abstrakt: W artykule poddano analizie konstrukcję normatywną preferencyjnej stawki podatku od nieruchomości. Chodzi o stawkę podatku od nieruchomości dla budynków lub ich części związanych z udzielaniem świadczeń zdrowotnych. Konstrukcja ta składa się w rezultacie z dwóch elementów, to jest, po pierwsze, tego, który można określić jako związaną z udzielaniem świadczeń zdrowotnych, a po drugie, zwrotu doprecyzowującego. Zwrot doprecyzowujący dotyczy przesłanki zajęcia przez podmioty udzielające tych świadczeń zdrowotnych. Rozważania te pozwoliły na odniesienie się do istotnego zagadnienia, to jest — relacji tak określonej stawki podatku do działalności w zakresie prowadzenia aptek między innymi z tego względu, że wynika to z samej treści ustawy podatkowej, a ponadto — z odniesienia do pojęcia świadczenia zdrowotnego. W artykule sformułowano także postulaty zmiany sposobu regulacji tej stawki podatku od nieruchomości.

Słowa kluczowe: podatek od nieruchomości, stawka podatku, działalność aptek

1. UWAGI OGÓLNE

Jednym z istotnych zagadnień w obszarze regulacji podatku od nieruchomości jest opodatkowanie budynków lub ich części związanych z udzielaniem świadczeń zdrowotnych. Jest to zagadnienie istotne zarówno z punktu widzenia teorii, jak i praktyki podatkowej. Chodzi bowiem, z jednej strony, o odpowiedź na pytanie, w jaki sposób ustalić zakres znaczeniowy odpowiadający ustawowemu sformułowaniu, w ramach którego normodawca wykorzystuje charakterystyczną dla całej konstrukcji podatku od nieruchomości relację związania z określoną działalnością, a zatem w tym przypadku — udzielaniem świadczeń zdrowotnych. Z drugiej zaś strony, należy zauważyć, że poprzez zastosowanie tej regulacji z art. 5 ust. 1 pkt 2 lit. d Ustawy z dnia 12 stycznia 1991 roku o podatkach

i opłatach lokalnych¹ ustawodawca wprowadza *de facto* preferencyjną stawkę podatkową, co ma niewątpliwie istotne znaczenie zarówno dla funkcjonowania określonych podatników, jak również budżetów gmin.

Trzeba bowiem zauważyć, że wykorzystanie przez ustawodawcę w tym przypadku sformułowania opartego na określeniu nieostrym odnoszącym się do związania z działalnością gospodarczą może w praktyce podatkowej powodować wątpliwości dotyczące w rezultacie zakresu owego związania, a tym samym odniesienia tego wyrażenia ustawowego do przykładowo działalności w zakresie prowadzenia aptek. Należy bowiem nadmienić, że analizowane wyrażenie, na którym ustawodawca podatkowy opiera tę preferencyjną stawkę podatkową, jest jednym z przykładów ujęcia przez normodawcę podatkowych skutków działalności gospodarczej. Stąd też prawodawca wykorzystuje w tym przypadku zwrot, który jest potwierdzeniem dążenia w pewnym sensie do zapewnienia elastyczności przepisów prawa podatkowego. Jednocześnie trzeba mieć jednakże na względzie konieczność „dopasowania” tej elastyczności do wymogów wynikających z administracyjnoprawnej metody regulacji w prawie podatkowym i zasady wyłączności regulacji ustawowej podatku².

Celem niniejszego opracowania jest zatem wskazanie sposobu rozumienia zwrotu normatywnego, na podstawie którego ustawodawca wprowadził stawkę podatkową podatku od nieruchomości w art. 5 ust. 1 pkt 2 lit. d u.p.o.l.

2. KONSTRUKCJA NORMATYWNA STAWKI Z ART. 5 UST. 1 PKT 2 LIT. D U.P.O.L.

Jak zauważono, konstrukcja normatywna stawki podatku od nieruchomości wyrażonej w art. 5 ust. 1 pkt 2 lit. d u.p.o.l. jest oparta na „relacji związania” charakterystycznej dla całej regulacji tego podatku, gdzie ustawodawca wprowadził definicję gruntów, budynków i budowli związanych z prowadzeniem działalności gospodarczej. Posłużenie się takim zabiegiem legislacyjnym należy kwalifikować jako potwierdzenie dążenia przez ustawodawcę do pewnego kompromisu pomiędzy wartością elastyczności prawa odniesioną do unormowań prawa podatkowego i wartością pewności tego prawa. Normatywnym wyrazem tego kompromisu jest niewątpliwie definicja legalna gruntów budynków i budowli związanych z prowadzeniem działalności gospodarczej wprowadzona w art. 1a ust. 1 pkt 3 u.p.o.l. Definicję tę można bowiem określić jako ograniczającą nieostrość przepisów prawa podatkowego³. Jednocześnie należy również podkreślić, że mimo

¹ T.j. Dz. U. z 2023 r., poz. 70 (dalej: u.p.o.l.).

² Zgodnie z art. 217 *Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 roku* (Dz. U. z 1997 r. Nr 78, poz. 483).

³ W kwestii tej definicji P. Borszowski, *Definicja legalna służąca ograniczeniu obszaru nieostrości w prawie podatkowym (założenia modelu)*, [w:] *Współczesne problemy prawa podatkowego. Teoria i praktyka*, t. 1, Warszawa 2019, s. 76 i n.

wprowadzenia takiego typowego środka techniki legislacyjnej, który ma postać definicji legalnej, nadal powstają istotne wątpliwości co do zakresu jej rozumienia, czego wyraźnym potwierdzeniem jest wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 24 lutego 2021 roku (SK 39/19)⁴. Wątpliwości te są bowiem konsekwencją dynamiki rozwoju rzeczywistości społeczno-gospodarczej, której skutki ustawodawca stara się ujmować w języku ustaw podatkowych. Jednakże regulacje podatkowe nie zawsze „wytrzymują próbę czasu”, gdyż tradycyjna relacja pomiędzy rozwojem prawa a rozwojem rzeczywistości społeczno-gospodarczej w obszarze prawa podatkowego nabiera szczególnego wymiaru. Stąd też można stwierdzić pewne opóźnianie się rozwiązań tego prawa w stosunku do dynamiki rozwoju tej rzeczywistości, czego przykładem jest chociażby przywołana definicja legalna z art. 1a ust. 1 pkt 3 u.p.o.l.

W przypadku stawki podatkowej z art. 5 ust. 1 pkt 2 lit. d u.p.o.l. ustawodawca nie zdecydował się na wprowadzenie definicji legalnej. Jednocześnie należy mieć na uwadze przede wszystkim to, że na konstrukcję tej stawki składają się dwa uzupełniające się zakresy. Pierwszy z nich, który możemy nazwać wyjściowym, dotyczy budynków lub ich części związanych z udzielaniem świadczeń zdrowotnych w rozumieniu przepisów o działalności leczniczej. Kwalifikacja tego zakresu jako wyjściowego jest konsekwencją zarówno ustawowego sformułowania w początkowej części tego unormowania, ale jednocześnie celu regulacji. Chodzi bowiem o wskazanie tych sytuacji, które można objąć zbiorczym określeniem stawek dla budynków lub ich części związanych z udzielaniem świadczeń zdrowotnych w rozumieniu przepisów o działalności leczniczej. Preferencja ustawowa w ramach tej stawki podatkowej jest więc motywowana udzielaniem tego typu świadczeń.

Drugi z umownie wyróżnionych zakresów możemy nazwać dookreślającym. W ramach bowiem stosunkowo szeroko wyrażonego zakresu związania z udzielaniem świadczeń zdrowotnych chodzi o te, które są zajęte przez podmioty udzielające tych świadczeń. Zastosowanie obu tak wyróżnionych zakresów pozwala w konkretnym przypadku wskazać na obowiązującą stawkę. Można w tym względzie przyjąć założenie, że także poprzez taką konstrukcję analizowanej stawki podatkowej ustawodawca stara się zapewnić niezbędny kompromis pomiędzy wartością elastyczności przepisów prawa podatkowego, którą realizuje poprzez wprowadzenie tak określonej relacji związania z udzielaniem świadczeń zdrowotnych, i wartością pewności tego prawa wyrażoną poprzez jej doprecyzowanie w końcowej części art. 5 ust. 1 pkt 2 lit. d u.p.o.l.

⁴ W wyroku tym Trybunał stwierdził, że art. 1a ust. 1 pkt 3 u.p.o.l., rozumiany w ten sposób, że o związaniu gruntu, budynku lub budowli z prowadzeniem działalności gospodarczej decyduje wyłącznie posiadanie gruntu, budynku lub budowli przez przedsiębiorcę lub inny podmiot prowadzący działalność gospodarczą, jest niezgodny z art. 64 ust. 1 w związku z art. 31 ust. 3 i art. 84 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej. Stąd też w praktyce podatkowej konieczne staje się poszukiwanie kryteriów mających potwierdzić zakres związania z prowadzoną działalnością gospodarczą.

3. OBSZAR POJĘCIOWY ZWIĄZANIA Z UDZIELANIEM ŚWIADCZEŃ ZDROWOTNYCH (ZAKRES WYJŚCIOWY)

Ustawodawca podatkowy nieprzypadkowo zatem posługuje się takim sformułowaniem, poprzez które wprowadza szeroki obszar pojęciowy. Skoro bowiem chodzi o budynki lub ich części związane z udzielaniem świadczeń zdrowotnych, zaś prawodawca nie posługuje się konkretnym rodzajem związku, a więc przykładowo bezpośrednim, nie można w związku z tym, w ramach ustalania obszaru pojęciowego odpowiadającego temu wyrażeniu, eliminować takich sytuacji, które będą kwalifikowane jako pośrednio związane z udzielaniem tych świadczeń. Kluczowe bowiem dla tego zakresu wyjściowego stają się dwa elementy, to jest — związanie danego budynku lub jego części z udzielaniem świadczeń zdrowotnych, a także kwalifikacja tych świadczeń przez przepisy o działalności leczniczej. Normatywne sformułowanie odnoszące się do przepisów o tej działalności oznacza, że ustawodawca podatkowy nie skorzystał z pewnego stopnia swojej autonomii poprzez wprowadzenie własnej definicji tego pojęcia, co jest prawidłowym rozwiązaniem z punktu widzenia systemu prawnego, a zatem w zgodzie z zupełnością i spójnością tego systemu⁵. Należy zatem zastosować definicję świadczenia zdrowotnego określoną w art. 2 ust. 1 pkt 10 Ustawy z dnia 15 kwietnia 2011 roku o działalności leczniczej⁶. Chodzi zatem o budynki lub ich części związane z udzielaniem tych świadczeń zdrowotnych, które zostały wymienione w przepisach niniejszej ustawy. Jednocześnie należy podkreślić, że posłużenie się szerokim sformułowaniem odnoszącym się do relacji związku nie powinno być rozumiane w taki sposób, aby doprowadzić do „oderwania” budynku czy też jego części od udzielania danego świadczenia zdrowotnego. Inaczej mówiąc, nie należy tego ustawowego sformułowania rozumieć w taki sposób, aby objąć jego zakresem znaczeniowym budynki lub ich części, w których nie są wykonywane świadczenia zdrowotne, jeżeli można ustalić jakikolwiek związek danego budynku (jego części) z udzielaniem świadczenia zdrowotnego w innym budynku. Ustawowe sformułowanie, na którym opiera się analizowana stawka podatkowa, dotyczy bowiem związku z udzielaniem świadczenia zdrowotnego rozumianego w taki sposób, aby konkretne świadczenie zdrowotne było udzielane z wykorzystaniem budynku lub jego części. Przy czym związek ten pozwala na pewne rozszerzenie możliwości zastosowania tej stawki nie tylko na te części budynku, w których

⁵ Na temat autonomii prawa podatkowego R. Mastalski, *Autonomia prawa podatkowego a spójność i zupełność systemu prawa*, „Przeгляд Podatkowy” 2003, nr 10.

⁶ T. j. Dz.U. z 2023 r. poz. 991. Zgodnie z tą regulacją świadczenie zdrowotne to działania służące zachowaniu, ratowaniu, przywracaniu lub poprawie zdrowia oraz inne działania medyczne wynikające z procesu leczenia lub przepisów odrębnych regulujących zasady ich wykonywania. Przy czym ustawodawca w przepisach tej ustawy wskazuje na rodzaje świadczeń zdrowotnych w ramach określenia działalności leczniczej, to jest — zgodnie z art. 8 tej ustawy chodzi o 1) stacjonarne i całodobowe świadczenia zdrowotne: a) szpitalne, b) inne niż szpitalne, 2) ambulatoryjne świadczenia zdrowotne.

jest udzielane dane świadczenie zdrowotne, lecz także na pozostałe jego części. Należy bowiem podkreślić, że nie chodzi jedynie o związek z udzielaniem danego świadczenia zdrowotnego, lecz taki, który „rozciąga się” na dany budynek lub jego część. Dlatego też ten umownie określony zakres wyjściowy został doprecyzowany w orzecznictwie sądów administracyjnych⁷.

4. ZAKRES DOPRECYZOWUJĄCY

Jak podkreślono, stosunkowo szeroki obszar znaczeniowy odpowiadający pojęciu budynków lub ich części związanych z udzielaniem świadczeń zdrowotnych został doprecyzowany przez ustawodawcę z wykorzystaniem innej, także charakterystycznej relacji dla tego podatku, to jest — relacji zajęcia. W tym zatem przypadku chodzi o takie budynki, czy też ich części, które nie tylko są związane z udzielaniem świadczeń zdrowotnych, lecz jednocześnie zajęte przez podmioty udzielające tychże. Wykorzystanie przez ustawodawcę w ramach jednej konstrukcji stawki podatkowej dwóch charakterystycznych relacji dla podatku od nieruchomości jest rozwiązaniem prawidłowym i odpowiadającym wymogom techniki legislacyjnej, biorąc pod uwagę zarówno zapewnienie niezbędnego stopnia elastyczności przepisów prawa podatkowego, jak również jej ograniczenia poprzez przesłankę zajęcia budynku lub jego części przez konkretny podmiot, który udziela świadczenie zdrowotne.

Jednakże mając na względzie wątpliwości interpretacyjne powstające w ramach ścisłego rozgraniczenia tych dwóch relacji, które dotyczą ich odniesienia do działalności gospodarczej⁸, można pokusić się o stwierdzenie, że również w tym

⁷ W wyroku z dnia 11 grudnia 2020 roku (II FSK 1968/18) Naczelny Sąd Administracyjny zasadnie zatem stwierdził, że „przesłanka przedmiotowa z art. 5 ust. 1 pkt 2 lit. d u.p.o.l. zostanie również spełniona w odniesieniu do pomieszczeń, które co prawda nie są wykorzystane bezpośrednio do działalności leczniczej, lecz z jej prowadzeniem są powiązane, a zatem jej pośrednio służą” (LEX nr 3122021).

⁸ Z tego też względu granica obszaru znaczeniowego pojęć zajęty i związany z prowadzeniem działalności gospodarczej jest coraz trudniejsza do uchwycenia. Warto zatem w tym zakresie przywołać wyrok NSA z 15 grudnia 2021 roku (III FSK 4059/21, nsa.gov.pl), gdzie Naczelny Sąd Administracyjny doprecyzował pojęcie związania z działalnością gospodarczą, uznając, że „za związane z działalnością gospodarczą w rozumieniu art. 1a ust. 1 pkt 3 Ustawy z dnia 12 stycznia 2021 roku o podatkach i opłatach lokalnych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1170 ze zm.) można uznać nieruchomości stanowiące własność podatnika (znajdujące się w posiadaniu samoistnym albo użytkowaniu wieczystym), które są w posiadaniu przedsiębiorcy (innego podmiotu prowadzącego działalność gospodarczą) oraz jednocześnie:

1) wchodzi w skład prowadzonego przez niego przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 551 Kodeksu cywilnego, w szczególności gdy podatnik ujął te składniki majątkowe w prowadzonej ewidencji środków trwałych wartości niematerialnych i prawnych, bez względu na to, czy nieruchomość jest wykorzystywana na prowadzenie działalności gospodarczej

lub

przypadku mogą pojawiać się problemy interpretacyjne dotyczące rozgraniczenia obszarów tych dwóch wyrażen. Przy czym wydaje się, że w mniejszym stopniu z uwagi na to, że w tym przypadku ustawodawca posługuje się jedynie relacją zajęcia i związania, którą nie odnosi do jednorodnych wyrażen w takim sensie, jaki czyni to w przypadku zajęcia i związania z prowadzeniem działalności gospodarczej.

Sformułowanie ustawowe, poprzez które możemy wyróżnić zakres doprecyzowujący, odnosi się zatem do budynków lub ich części zajętych przez podmioty, udzielając świadczeń zdrowotnych w rozumieniu przepisów o działalności leczniczej. Stąd też dopiero spełnienie zakresu doprecyzowującego pozwala na zastosowanie tej preferencyjnej stawki podatku od nieruchomości. Trzeba również zauważyć, że w ramach tej regulacji ustawodawca nie posługuje się relacją zajęcia kwalifikowaną poprzez działalność gospodarczą, co jest charakterystyczne dla art. 2 ust. 2 u.p.o.l. W tym bowiem przypadku normodawca odnosi się do zajęcia tych budynków lub ich części przez podmioty udzielające tych świadczeń. Zajęcie przez podmioty udzielające tych świadczeń jest pewnym stanem obiektywnym, który już zaistniał i jest realizowany. Nie można zatem zastosować tej obniżonej stawki podatkowej w odniesieniu do takich budynków lub ich części, co do których planowane jest zajęcie, a zatem są niejako przygotowywane do czynności zajęcia. Jednocześnie stawka ta nie będzie miała zastosowania również do tych sytuacji, gdy zajęcie przez konkretny podmiot miało charakter krótkotrwały i nie jest realizowane. Ustawodawca nie wprowadził dodatkowego wymogu, poprzez który określił chociażby wymóg trwałego zajęcia przez podmioty udzielające konkretnych świadczeń. Niemniej jednak, zajęcie budynku lub jego części przez dany podmiot udzielający świadczeń zdrowotnych nie powinno mieć wyłącznie charakteru formalnego w takim znaczeniu, że zainicjowało ten stan, który nie jest już realizowany.

Przykładowo określony podmiot dokonał takiego zajęcia, jednakże w trakcie roku podatkowego zaprzestał udzielania świadczeń zdrowotnych, „pozostawiając”

2) przedmiot działalności przedsiębiorcy obejmuje jedynie prowadzenie działalności gospodarczej, bez względu na to, czy nieruchomość jest wykorzystywana na prowadzenie działalności gospodarczej,

lub

3) nieruchomości są funkcjonalnie powiązane z przedsiębiorstwem prowadzonym przez podmiot, w którego posiadaniu się znajdują, nawet jeżeli nie zostały uwzględnione w ewidencji środków trwałych wartości niematerialnych i prawnych, tzn.

— są faktycznie wykorzystywane do prowadzenia działalności gospodarczej w znaczeniu zdefiniowanym w art. 1a ust. 1 pkt 4 u.p.o.l.

albo

— mogą być potencjalnie wykorzystywane do prowadzenia działalności gospodarczej w ww. rozumieniu, przez co należy rozumieć sytuację, w której przedsiębiorca podejmuje i realizuje zachowania kwalifikowane w obrębie przedmiotu opodatkowania jako czynności mające na celu przygotowanie, zachowanie lub zabezpieczenie nieruchomości do przyszłej (planowanej) działalności gospodarczej, bądź do kontynuacji przerwanej działalności gospodarczej, związane z ponoszeniem wydatków rozliczanych w kosztach uzyskania przychodów prowadzonej działalności gospodarczej.

budynek bądź jego części. Nie sposób wówczas przyjąć, że w dalszym ciągu budynek, czy też jego część, jest zajęty przez podmiot udzielający takich świadczeń. Dla takiej sytuacji można przyjąć co najwyżej przesłankę uwzględniającą, że zajęcie przez określony podmiot już było i nie jest kontynuowane, a zatem brak możliwości zastosowania preferencyjnej stawki podatkowej.

Nie można przy tym wyłączyć z możliwości zastosowania tej stawki takich sytuacji, gdy dane świadczenie zdrowotne czy też różne świadczenia zdrowotne nie są realizowane w sposób ciągły. Trzeba bowiem mieć na uwadze również to, że decydujące znaczenie będzie miał rodzaj danego świadczenia zdrowotnego, które w rezultacie implikuje potencjalną możliwość zastosowania tej obniżonej stawki podatkowej. Należy bowiem ponownie zauważyć, że chodzi w tym przypadku o zajęcie przez podmioty udzielające świadczeń zdrowotnych, stąd też mimo że zwrot dotyczący tych świadczeń został umieszczony w końcowej części tej regulacji, będzie miał przesądzające znaczenie. Inaczej mówiąc, nie należy brać w tym przypadku pod uwagę sytuacji, gdy dany podmiot jedynie spełnia status takiego, który udziela świadczeń zdrowotnych, lecz udzielenie tych świadczeń przy wykorzystaniu budynku lub jego części. Z jednoczesnym zastrzeżeniem, że z uwagi na istotę sformułowania tej stawki, gdzie chodzi o budynki lub ich części związane z udzielaniem świadczeń zdrowotnych, opodatkowanie zgodnie z nią będzie miało miejsce nie tylko w przypadku tych części budynku, gdzie konkretne świadczenie jest udzielane, lecz także pozostałych, o ile są z tym związane.

5. DZIAŁALNOŚĆ W ZAKRESIE PROWADZENIA APTEK A ZASTOSOWANIE PREFERENCYJNEJ STAWKI PODATKU OD NIERUCHOMOŚCI

Z uwagi na ustawowe sformułowanie stawki podatkowej zgodnie z art. 5 ust. 1 pkt 2 lit. d u.p.o.l. w praktyce pojawiają się wątpliwości co do możliwości jej przyjęcia również dla budynków lub ich części, w których są prowadzone apteki. Wątpliwości te mogą być konsekwencją, po pierwsze, określonego sformułowania w ustawie podatkowej wskazującej na związek z udzielaniem świadczeń zdrowotnych, po drugie zaś — samej definicji apteki stosownie do art. 86 ust. 1 Ustawy z dnia 6 września 2001 roku. Prawo farmaceutyczne⁹. Zgodnie z tą regulacją apteka jest placówką ochrony zdrowia publicznego, w której osoby uprawnione świadczą w szczególności usługi farmaceutyczne, o których mowa w ust. 2. Należy w związku z tym zauważyć, że w definicji tej ustawodawca posługuje się szerokim zakresowo sformułowaniem, wskazując na świadczenie w szczególności usług farmaceutycznych. Jednakże potencjalne wątpliwości co do możliwości objęcia preferencyjną stawką podatkową budynków, czy też ich części, w których

⁹ T.j. Dz. U. z 2022 r., poz. 2301.

prowadzone są apteki, można usunąć poprzez zastosowanie art. 86 ust. 2 prawa farmaceutycznego. Jest to regulacja, poprzez którą ustawodawca w rezultacie wprowadza dodatkowe rozwiązanie legislacyjne doprecyzowujące definicję legalną apteki. Stosownie zatem do tego unormowania prawodawca zastrzegł nazwę apteki wyłącznie dla określonych czynności¹⁰. Warto zauważyć, że również kolejne rozwiązanie normatywne, poprzez które prawodawca wskazuje, że w aptekach ogólnodostępnych mogą być świadczone inne usługi związane z ochroną zdrowia, jest także potwierdzeniem braku możliwości zastosowania tej obniżonej stawki podatku od nieruchomości. Z jednej bowiem strony, trzeba podkreślić, że ustawodawca kolejny raz posługuje się szerokim zakresowo wyrażeniem inne usługi, jednakże wiąże je z ochroną zdrowia, a ponadto w art. 86 ust. 2b tej ustawy doprecyzowano, jakie usługi obejmuje to pojęcie¹¹.

Należy zatem stwierdzić, że zakres pojęciowy budynków lub ich części związanych z udzielaniem świadczeń zdrowotnych, dla których ustawodawca przewidział obniżoną wysokość stawki podatku od nieruchomości, nie może mieć zastosowania do działalności w zakresie prowadzenia aptek, gdyż, po pierwsze, wynika to z samej treści ustawy podatkowej, po drugie, z odniesienia do pojęcia świadczenia zdrowotnego, które zostało sprecyzowane w ustawie o działalności leczniczej, a po trzecie, z rozwiązań przyjętych już w samym prawie farmaceutycznym. Brak możliwości zastosowania stawki obniżonej dla budynku, w którym prowadzona jest apteka, potwierdził również Naczelny Sąd Administracyjny w najnowszym orzecznictwie (wyrok NSA z 23 sierpnia 2022 roku, sygn. akt III FSK 807/21).

6. PODSUMOWANIE

Wprowadzenie przez ustawodawcę podatkowego pewnej preferencji w podatku od nieruchomości poprzez obniżoną stawkę podatkową dla budynków lub ich części związanych z udzielaniem świadczeń zdrowotnych wymaga w praktyce podatkowej precyzyjnego ustalenia jej zakresu. Pomimo bowiem potencjalnego „otwarcia” możliwości jej zastosowania do wielu różnych sytuacji, które można objąć umownie określeniem związania z udzielaniem świadczeń zdrowotnych,

¹⁰ Zgodnie zatem z art. 86 ust. 2 nazwa apteka zastrzeżona jest wyłącznie dla miejsca sprawowania opieki farmaceutycznej, o której mowa w art. 4 ust. 2 Ustawy z dnia 10 grudnia 2020 roku o zawodzie farmaceuty (Dz. U. z 2022 r., poz. 1873), świadczenia usług farmaceutycznych, o których mowa w art. 4 ust. 3 tej ustawy, i wykonywania zadań zawodowych, o których mowa w art. 4 ust. 4 pkt 1, 2, 4–10 i 13–16 tej ustawy.

¹¹ Zgodnie z art. 86 ust. 2b prawa farmaceutycznego inne usługi związane z ochroną zdrowia obejmują

- 1) monitorowanie procesu leczenia farmakologicznego stałych pacjentów apteki;
- 2) doradztwo w samolecznictwie farmakologicznym pacjentów w oparciu o produkty wydawane bez recepty.

ustawodawca ograniczył możliwość jej zastosowania. Normatywne ograniczenie zastosowania tej stawki nastąpiło poprzez odniesienie do takiego zachowania podmiotów, których skutki należy zakwalifikować jako zajęcie budynku czy też jego części przez podmioty udzielające tych świadczeń. Ustawowe zatem ograniczenie tej stawki oznacza, że w konkretnym przypadku nie odnosi się ona do budynku lub jego części, gdzie prowadzona jest apteka.

Biorąc pod uwagę zabieg legislacyjny, jaki wykorzystał w tym przypadku ustawodawca podatkowy, a zatem połączenie dwóch charakterystycznych relacji dla podatku od nieruchomości w jednym przypadku odnoszącym się do stawki podatkowej, mogą jednakże powstawać problemy interpretacyjne dotyczące ścisłego ustalenia granicy pomiędzy zastosowanymi pojęciami. Uwzględniając zatem charakterystyczne dla całego prawa podatkowego jego powiązanie z obrotem gospodarczym, należałoby zastanowić się nad podjęciem próby zdefiniowania takich sytuacji, które będą wypełniały pojęcie budynków lub ich części związanych z udzielaniem świadczeń zdrowotnych. W tym względzie być może warto byłoby zastąpić relację „zajęcia na”, wskazując konkretne zachowania podmiotów.

REAL ESTATE TAX RATE FOR BUILDINGS (PARTS THEREOF) RELATED TO THE PROVISION OF HEALTH SERVICES (ACTIVITIES IN THE FIELD OF RUNNING PHARMACIES)

Summary

The article analyzes the normative structure of the preferential real estate tax rate. This concerns the real estate tax rate for buildings or their parts related to the provision of health services. This structure consists of two elements, i.e. firstly, one that can be described as related to the provision of health services, and secondly, a clarifying phrase. The clarifying phrase concerns the condition for seizure by entities providing these health services. These considerations made it possible to refer to an important issue, i.e. the relationship of such a tax rate to the activity of running pharmacies. This rate cannot apply to activities related to running pharmacies, reasons for which include the fact that it results from the content of the tax act itself and, moreover, from the reference to the concept of health benefits. The paper also formulates demands for changing the method of regulating this property tax rate.

Keywords: real estate tax, tax rate, pharmacy operations

BIBLIOGRAFIA

- Borszowski P., *Definicja legalna służąca ograniczeniu obszaru nieostrości w prawie podatkowym (założenia modelu)*, [w:] *Współczesne problemy prawa podatkowego. Teoria i praktyka*, t. 1, Warszawa 2019.
- Mastalski R., *Autonomia prawa podatkowego a spójność i zupełność systemu prawa*, „Przegląd Podatkowy” 2003, nr 10.

PAWEŁ CHRUPEK

ORCID: 0009-0006-4144-3205

radca prawny

RĘKOJMIA PROWADZENIA APTEKI JAKO PRZESŁANKA PRZENIESIENIA ZEZWOLENIA NA PROWADZENIE APTEKI OGÓLNODOSTĘPNEJ PRZEZ NABYWAJĄCEGO PRZEDSIĘBIORSTWO. UWAGI NA TLE WYROKU WSA W WARSZAWIE Z 3 LIPCA 2022 ROKU (SYGN. AKT V SA/WA 113/22)

Abstrakt: Przeniesienie zezwolenia na prowadzenie apteki ogólnodostępnej uzależnione jest od spełnienia przez nabywcę ustawowych wymagań koniecznych do uzyskania zezwolenia, w tym do posiadania rękojmi należytego prowadzenia apteki. Oznacza to, że w wyniku przeniesienia zezwolenia następuje kontynuacja prowadzenia działalności aptecznej przez nabywcę w oparciu o uprzednie zezwolenie zbywcy, który spełniać musi określone w zezwoleniu warunki prowadzenia apteki, dotyczące między innymi dawania rękojmi należytego prowadzenia apteki.

W praktyce funkcjonują dwie linie interpretacyjne. Zgodnie z pierwszą przeniesione zezwolenie, z uwagi na utratę rękojmi przez zbywcę, każdorazowo wygasa. Zgodnie z drugą fakt spełnienia się przesłanek dla cofnięcia zezwolenia z uwagi na utratę rękojmi przez zbywcę przedsiębiorstwa po przeniesieniu zezwolenia na prowadzenie apteki pozostaje bez znaczenia na dalszy byt przeniesionego zezwolenia, które dalej funkcjonuje w obrocie.

Zdaniem autora zgodzić się należy z drugim z prezentowanych poglądów. Będące skutkiem nabycia apteki ogólnodostępnej przeniesienie zezwolenia nastąpi dopiero wówczas, gdy nabywca spełni przesłanki, w tym odnośnie do posiadania rękojmi należytego prowadzenia apteki. Przeniesienie zezwolenia w trybie art. 104a PF jest więc jedną z form jego uzyskania, w ramach której nabywca potwierdza, że posiada uprawnienia do prowadzenia konkretnej apteki ogólnodostępnej. W rezultacie kontynuuje prowadzenie tejże apteki i odpowiada za spełnianie warunków zawartych w zezwoleniu na jej prowadzenie. Odpowiada jednak jedynie za swoje działania.

Słowa kluczowe: rękojmia, apteka, przeniesienie zezwolenia

POJĘCIE RĘKOJMI NALEŻYTEGO PROWADZENIA APTEKI

Rozważania należy zacząć od wskazania, że pojęcie rękojmi należytego prowadzenia apteki nie ma definicji ustawowej. Wobec powyższego przy określaniu rękojmi należytego prowadzenia apteki należy posilkować się poglądami doktry-

ny¹ oraz orzecznictwa². Uznaje ono, że przez „dawanie rękojmi” należy rozumieć całość cech, zdarzeń i okoliczności dotyczących wykonywania danego zawodu, składających się na jego wizerunek jako zawodu zaufania publicznego. Na pojęcie rękojmi składają się takie cechy, jak szlachetność, prawość, uczciwość osoby wykonującej ten zawód³. „Rękojmię należytego prowadzenia apteki” daje zatem podmiot, którego zachowanie świadczy o przestrzeganiu ustawowych zasad prowadzenia określonego rodzaju działalności. Obowiązki nałożone na ten podmiot przepisami prawa farmaceutycznego wyznaczają granice, w jakich prowadzący aptekę może poruszać się, prowadząc tę reglamentowaną działalność. Pojęcie „rękojmi należytego wykonywania zawodu” to zagwarantowanie, że z racji posiadanych cech zawód ten będzie wykonywany prawidłowo. Dlatego także podmiot będący spółką handlową, posiadający zezwolenie na prowadzenie apteki ogólnodostępnej, musi posiadać tego typu cechy⁴.

Naczelny Sąd Administracyjny kilkakrotnie stwierdzał, że orzecznictwo dotyczące poszczególnych zawodów, w których wymagana jest rękojmia prawidłowego wykonywania zawodu, znajduje zastosowanie ogólnie do pojęcia „rękojmi”, z uwzględnieniem cech szczególnych danego zawodu (chodzi nie tylko o wiedzę i wysokie kwalifikacje, ale o sumienność i rzetelność)⁵. Pojęcie rękojmi jest zdefiniowane w słownikach języka polskiego jako „uroczyste poręczenie, zagwarantowanie, zapewnienie czegoś”⁶. Na rękojmię składają się dwa elementy: cechy charakteru i dotychczasowe zachowanie kandydata do danego zawodu. Przez rękojmię należy uważać taki zespół cech osobistych charakteru i zachowań składających

¹ M. Jabłoński, S. Jarosz-Żukowska, *Rękojmia należytego prowadzenia apteki w rozumieniu przepisów ustawy — Prawo farmaceutyczne — wybrane problemy*, „Przegląd Prawa i Administracji” 2021, nr 127, s. 264–266.

² Wyrok WSA w Warszawie z 5 lutego 2020 roku, VI SA/Wa 701/19, LEX nr 3010311; wyrok WSA w Warszawie z 4 lutego 2021 roku, VI SA/Wa 1780/19; wyrok WSA w Warszawie z 15 lutego 2021 roku, VI SA/Wa 1645/20, LEX nr 3164670, oraz wyrok WSA w Warszawie z 12 grudnia 2019 roku, VI SA/Wa 641/19, LEX nr 3014572. Szerzej M. Jabłoński, S. Jarosz-Żukowska, *Rękojmia należytego prowadzenia apteki ogólnodostępnej w rozumieniu przepisów ustawy — Prawo farmaceutyczne*, [w:] *idem, Działalność gospodarcza na rynku aptecznym i jej ograniczenia. Uwarunkowania konstytucyjne*, Warszawa 2022, s. 108–109 i przywołane tam orzecznictwo: <https://sip.lex.pl/#/monograph/369520177/18?keyword=jab%C5%82o%C5%84ski%20Jarosz-%C5%BCukowska&tocHit=1&cm=SFIRST> (dostęp: 8.12.2022).

³ Na rękojmię składają się dwa elementy: cechy charakteru i dotychczasowe zachowanie kandydata do danego zawodu. Za rękojmię należy uważać taki zespół cech osobistych charakteru i zachowań składających się na wizerunek osoby zaufania publicznego, na której nie ciąży żadne zarzuty podważające jej wiarygodność.

⁴ *Ibidem*, s. 108–109.

⁵ M. Kulesza, *Opinia prawna odnośnie do rękojmi należytego prowadzenia apteki* [biuletyn informacyjny Okręgowej Izby Aptekarskiej w Warszawie], Warszawa 2004, s. 27; por. wyrok NSA z dnia 13 sierpnia 1999 roku, II SA 879/99.

⁶ Wyrok WSA w Warszawie z 7 stycznia 2015 roku, VI SA/Wa 1507/14, LEX nr 2165835.

się na wizerunek osoby zaufania publicznego, na której nie ciążyą żadne zarzuty podważające jej wiarygodność⁷.

W konsekwencji w orzecznictwie⁸ przyjęto, że rękojmi należytego prowadzenia apteki nie daje wnioskodawca ubiegający się o zezwolenie, który prowadząc już pierwszą aptekę, dopuścił się naruszenia prawa, czy też nie dochował określonych w zezwoleniu warunków prowadzenia działalności polegającej na prowadzeniu apteki ogólnodostępnej (na przykład w zakresie określonym prawem wymagań lokalowych)⁹.

PRZENIESIENIE ZEZWOLENIA NA PROWADZENIE APTEKI OGÓLNODOSTĘPNEJ

Przepis art. 104a PF¹⁰ statuuje instytucję przeniesienia zezwolenia na prowadzenie apteki ogólnodostępnej na rzecz podmiotu, który nabył całą aptekę ogólnodostępną, w rozumieniu art. 55¹ k.c.¹¹, od podmiotu, na rzecz którego zostało wydane zezwolenie. Organ zezwalający może przenieść zezwolenie, jeżeli nabywca apteki spełnia wymagania, o których mowa w art. 99 ust. 3, 3a, 4, 4a, 4b i art. 101 pkt 2–5 PF oraz przyjmie wszystkie warunki zawarte w zezwoleniu. Dodatkowo adres prowadzenia apteki nie może ulec zmianie.

Przeniesienie zezwolenia w myśl art. 104a PF uzależnione jest zatem od spełniania przez nabywcę ustawowych wymagań koniecznych do uzyskania przedmiotowego zezwolenia, w tym do posiadania rękojmi należytego prowadzenia apteki (art. 101 pkt 4 PF). Oznacza to, że w wyniku przeniesienia zezwolenia następuje kontynuacja prowadzenia działalności aptecznej przez nabywcę w oparciu o uprzednie zezwolenie zbywcy, który spełniać musi określone w zezwoleniu warunki prowadzenia apteki, dotyczące między innymi dawania rękojmi należytego prowadzenia apteki¹². Skutkiem wydania pozytywnego rozstrzygnięcia w postępowaniu w przedmiocie przeniesienia zezwolenia jest więc zmiana podmiotowa w zezwoleniu i przeniesienie uprawnień z niego wynikających. Przy czym

⁷ M. Jabłoński, S. Jarosz-Żukowska, *Rękojmia należytego prowadzenia apteki ogólnodostępnej...*, s. 108–109 i przywołane tam orzecznictwo: <https://sip.lex.pl/#/monograph/36952017/7/18?keyword=jab%C5%82o%C5%84ski%20Jarosz-%C5%BCukowska&toHit=1&cm=SFIRST> (dostęp: 8.12.2022).

⁸ Wyrok NSA w Warszawie z 14 lutego 1995 roku, II SA 1186/94, LEX nr 24041.

⁹ *Ibidem*, s. 109.

¹⁰ *Ustawa z dnia 6 września 2001 roku. Prawo farmaceutyczne* (Dz. U. z 2022 r., poz. 2301, t.j. z dnia 14.11.2022).

¹¹ *Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 roku. Kodeks cywilny* (Dz. U. z 2022 r., poz. 1360, t.j. z dnia 29.06.2022).

¹² Objaśnienie prawne MZ dot. stosowania art. 103 i 104a ustawy o prawie farmaceutycznym, LEX/el. 2019, <https://sip.lex.pl/#/publication/151358933/objasnienie-prawne-mz-dot-stosowania-art-103-i-104-a-ustawy-prawo-farmaceutyczne?cm=URELATIONS> (dostęp: 8.12.2022).

ustawodawca uzależnia przeniesienie zezwolenia od istnienia przenoszonoego zezwolenia w obrocie, a spełnienie już wymienionych dotychczasowych wymogów dotyczy nie zbywcy, a nabywcy przedsiębiorstwa. Zatem to nabywca przedsiębiorstwa (wnioskodawca) musi spełnić wiele wymogów analogicznych do tych, które muszą być spełnione przez podmiot ubiegający się o wydanie zezwolenia¹³. Innymi słowy, nabywca od strony podmiotowej musi spełnić analogiczne warunki jak te, które musiałby spełnić, gdyby ubiegał się o nowe zezwolenie. Badaniu nie podlegają *a contrario* warunki przedmiotowe, które musi spełniać apteka, a więc między innymi wymagania geograficzne i demograficzne przechodzące na nabywcę apteki razem z nabywanym przedsiębiorstwem.

W praktyce działania organów inspekcji farmaceutycznej pojawia się wątpliwość dotycząca oceny sytuacji, gdy w stosunku do zbywcy apteki wszczęto postępowanie w przedmiocie cofnięcia zezwolenia na prowadzenie apteki ogólnodostępnej z uwagi na brak spełniania przesłanki rękojmi przez właściciela przedsiębiorstwa. Postępowania te wszczynane są zarówno po przeniesieniu zezwolenia, jak i przed przeniesieniem. Należy się zgodzić, że w przypadku, gdy postępowanie w przedmiocie cofnięcia zezwolenia na prowadzenie apteki ogólnodostępnej zakończy się przed wydaniem decyzji o przeniesieniu zezwolenia, to postępowanie dotyczące przeniesienia podlega umorzeniu. W takim przypadku nie ma bowiem czego przenosić. W drugim przypadku, a więc w sytuacji, gdy zezwolenie już przeniesiono na nabywcę przedsiębiorstwa, odpowiedź na to pytanie nie jest oczywista.

DWIE LINIE INTERPRETACYJNE

W praktyce stosowania art. 104a PF funkcjonują dwa poglądy¹⁴. Zgodnie z pierwszym w takim przypadku przeniesione zezwolenie każdorazowo wygasa, zaś w odniesieniu do drugiego — fakt spełnienia się przesłanek dla cofnięcia zezwolenia z uwagi na utratę rękojmi przez zbywcę przedsiębiorstwa po przeniesieniu zezwolenia na prowadzenie apteki pozostaje bez znaczenia na dalszy byt przeniesionego zezwolenia, które dalej funkcjonuje w obrocie.

Argumentacja wskazująca na wygaśnięcie zezwolenia opiera się na założeniu, że zbyte zezwolenie wchodzi w skład przedsiębiorstwa apteki¹⁵. W tym zakresie podnosi się, że zgodnie z art. 55¹ k.c. czynność prawna mająca za przedmiot przedsiębiorstwo obejmuje wszystko, co wchodzi w jego skład, chyba że co innego wynika z treści czynności prawnej albo przepisów szczególnych. Tym samym w świetle powyższego zezwolenia i koncesje także stanowią składnik

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ Wyrok WSA w Warszawie z dnia 3 lipca 2022 roku, sygn. akt V SA/Wa 113/22.

¹⁵ *Ibidem*.

niematerialny przedsiębiorstwa. W konsekwencji zwolennicy tego poglądu wskazują, że z uwagi na fakt, że rękojmia należytego prowadzenia apteki musi istnieć w sposób nieprzerwany i ciągły przez cały czas prowadzenia działalności, wymóg ten powoduje, że podmiot, który podjął działania skutkujące jej utratą, ponosi konsekwencje w postaci obligatoryjnej utraty zezwolenia. Tym samym działania zbywcy przedsiębiorstwa apteki skutkujące utratą rękojmi należytego prowadzenia apteki przechodzą razem z przedsiębiorstwem na nabywcę. Argumentacja ta łączy więc posiadanie rękojmi z pewnym stanem faktycznym, który musi być kontynuowany nieprzerwanie przez cały czas prowadzenia apteki, do dnia zbycia przedsiębiorstwa apteki¹⁶.

Wskazuje się, że nabywca apteki, jako nowy adresat zezwolenia na prowadzenie apteki ogólnodostępnej, przyjmuje wszystkie warunki (prawa i obowiązki) zawarte w zezwoleniu. Wywodzone to jest z zasady kontynuacji prowadzonej działalności. W konsekwencji skutki prawne zachowań zbywcy przedsiębiorstwa apteki przechodzą na jej nabywcę także w zakresie spełniania przesłanki rękojmi¹⁷. Zbywane przedsiębiorstwo oraz przenoszone z nim zezwolenie jest więc niejako dotknięte wadą i musi zostać cofnięte¹⁸.

Dodatkowym argumentem mającym przemawiać za cofnięciem zezwolenia nabywcy przedsiębiorstwa apteki jest konieczność zastosowania sankcji administracyjnej dla zbywcy. Wskazuje się, że poprzez zbycie przedsiębiorstwa podmiot taki mógłby uniknąć odpowiedzialności administracyjnej w postaci utraty zezwolenia na prowadzenie apteki tylko z powodu tego, że zezwolenie zostało przeniesione na nowego nabywcę¹⁹.

Pogląd przeciwny²⁰ wskazuje, że rękojmia należytego prowadzenia apteki ma charakter podmiotowy i może być oceniana jedynie w kontekście właściwości

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ Dodatkowo wskazuje się, że skoro nabycie przedsiębiorstwa to nabycie jego wielu poszczególnych składników, które się na nie składają, w tym znaczeniu, że na własność nabywcy przechodzi ono jako strukturalna całość składników majątkowych i niemajątkowych, a przeniesienie zezwolenia jest aktem formalnym, gdyż organ ma obowiązek przenieść zezwolenie, jeśli nabywca spełni przesłanki określone w przywołanym przepisie (decyzja o przeniesieniu ma więc charakter związany), to z tych konstatacji wynika, iż nabywca apteki ponosi konsekwencje prawnych działań podjętych przez swojego poprzednika prawnego, związanych z przyjętym zezwoleniem — Wyrok WSA w Warszawie z dnia 3 lipca 2022 roku, sygn. akt V SA/Wa 113/22.

¹⁹ Skutki cofnięcia zezwolenia obciążają więc nabywcę przedsiębiorstwa, na którego przeniesiono zezwolenie. To, że nastąpił obrót przedsiębiorstwem, nie może wywołać sytuacji, w której w tych samych prawnie znaczących okolicznościach nastąpi cofnięcie zezwolenia, bowiem podmiot nie dokonał zmian podmiotowych i nie zbył apteki, a w innych postępowanie zostanie umorzone, gdyż w jego toku nastąpiły przekształcenia podmiotowe. Takie stosowanie prawa stanowiłoby działania dyskryminacyjne.

²⁰ Wyrażony w wyroku WSA w Warszawie z dnia 3 lipca 2022 roku, sygn. akt V SA/Wa 113/22.

osobistych²¹. W świetle tego poglądu rękojmia należytego prowadzenia apteki jest zatem warunkiem uzyskania zezwolenia na prowadzenie apteki ogólnodostępnej, ściśle związanym z wnioskodawcą, a więc osobą wnioskującą o udzielenie zezwolenia na prowadzenie apteki ogólnodostępnej, co wynika wprost z art. 101 pkt 4 PF, jak i z istoty rękojmi powiązanej z cechami charakteru i zachowaniem konkretnej osoby. Stwierdzenie istnienia rękojmi lub jej braku jest kwestią oceny dokonywanej w oparciu o informacje na temat predyspozycji, cech i dotychczasowego zachowania się zainteresowanego, przy uwzględnieniu charakteru działalności zawodowej²².

WSA w przedmiotowym wyroku wskazał, że posiadanie rękojmi należytego prowadzenia apteki jest przymiotem osobistym i nie podlega obrotowi (*extra commercium*). Na skutek transakcji nabycia przedsiębiorstwa jego nabywca nie nabędzie, i nigdy nabyć nie mógł, jakichkolwiek przejawów „wadliwości” rękojmi swojego poprzednika ani zdolności do ponoszenia odpowiedzialności na jakiegokolwiek zasadzie za naruszenia popełnione przez zbywcę. Brak jest bowiem regulacji prawnych przewidujących tego rodzaju rozszerzoną czy wręcz zbiorową odpowiedzialność.

Sąd wskazał, że obciążające, zdaniem organów, nabywcę przedsiębiorstwa nieprawidłowości rzutujące na utratę rękojmi prowadzenia apteki odnoszą się do działań podejmowanych przez zbywcę przedsiębiorstwa apteki. Tym samym, zdaniem WSA, nieprawidłowości te mogą mieć wpływ na rękojmię prowadzenia przedsiębiorstwa apteki przez zbywcę²³.

Zdaniem WSA sytuacja dotychczasowego posiadacza zezwolenia nie ma żadnego wpływu na spełnienie warunków do przeniesienia zezwolenia przez nabywcę apteki, a te kwestie są jedynie przedmiotem badania przez organ w postępowaniu dotyczącym przeniesienia zezwolenia. W postępowaniu o przeniesienie zezwolenia na prowadzenie apteki nie bada się spełnienia przesłanek przez dotychczasowego posiadacza zezwolenia.

²¹ Nie jest zbywalna ani dziedziczna i w rezultacie nie podlega sukcesji, stąd też nawet wadliwa rękojmia zbywcy przedsiębiorstwa apteki nie może przejść na jego nabywcę — wyrok WSA w Warszawie z dnia 3 lipca 2022 roku, sygn. akt V SA/Wa 113/22.

²² Wyrok WSA w Warszawie z dnia 3 lipca 2022 roku, sygn. akt V SA/Wa 113/22.

²³ WSA zwrócił uwagę, że bezzasadne jest przyjmowanie odpowiedzialności nabywcy apteki za nieprawidłowości popełnione przez jej zbywcę, polegające na obowiązkach ich usunięcia, wiąże się z niebezpieczeństwem cofnięcia nabywcy apteki zezwolenia na jej prowadzenie, za nieusunięcie nieprawidłowości przez zbywcę apteki, lub utratą rękojmi należytego prowadzenia apteki przez jej zbywcę. Trzeba bowiem pamiętać, że takie skutki prawne strona może ponosić wyłącznie za własne działania, a więc za brak usunięcia nieprawidłowości po nabyciu apteki, które popełnił zbywca apteki, lub za własną utratę rękojmi należytego prowadzenia apteki.

OCENA

Zgodzić się należy z drugim z prezentowanych poglądów. Samo nabycie apteki ogólnodostępnej w rozumieniu art. 55¹ k.c. od podmiotu, na rzecz którego zostało wydane zezwolenie, nie jest wystarczające do podjęcia działalności (prowadzenia apteki ogólnodostępnej) w oparciu o przejęte w trybie art. 55¹ pkt 5 k.c. zezwolenie. Ponadto z przepisów prawa farmaceutycznego jednoznacznie wynika, że nabywca (przedsiębiorca) musi spełniać warunki, od których uzależnione jest jego przyznanie, albowiem przejęcie zezwolenia, a co za tym idzie — wykonywanie wynikających z niego uprawnień, nie może abstrahować od określonych ustawą aktualnych warunków jego udzielenia, zwłaszcza że chodzi przecież o te same uprawnienia, to jest — do prowadzenia konkretnej apteki ogólnodostępnej²⁴.

Przedmiotowa regulacja wpisuje się w koncepcję reglamentacji gospodarczej. Działalność gospodarcza związana z prowadzeniem apteki jest bowiem działalnością ściśle reglamentowaną ze względu na jej bezpośredni związek z fundamentalnymi wartościami konstytucyjnymi, jakim są zdrowie i życie ludzkie. W konsekwencji podstawą prowadzenia apteki ogólnodostępnej jest udzielenie zezwolenia poprzedzone oceną spełnienia wielu wymogów wskazanych w ustawie o prawie farmaceutycznym. Obostrzenia te mają na celu ochronę państwa, jego obywateli oraz innych uczestników obrotu gospodarczego, a także życia, zdrowia oraz bezpieczeństwa i porządku publicznego²⁵. Z tego względu skuteczne przeniesienie zezwolenia na prowadzenie apteki ogólnodostępnej wymaga spełniania przez nabywcę takich samych ustawowych przesłanek jak nowy wnioskodawca, w tym posiadania rękojmi należytego prowadzenia apteki (art. 101 pkt 4 PF). Przeniesienie zezwolenia w trybie art. 104a PF jest więc jedną z form jego uzyskania (obok złożenia wniosku, o którym mowa w art. 100 ust. 1 PF)²⁶.

W odniesieniu do powyższego wskazać trzeba, że o ile sukcesja generalna w odniesieniu do stosunków cywilnoprawnych jest pełna, o tyle kształtuje się ona zupełnie inaczej w zakresie stosunków administracyjnoprawnych. Na gruncie orzecznictwa sądów administracyjnych ukształtowała się tak zwana zasada ograniczonej sukcesji administracyjnej. W myśl tej zasady przejście zezwolenia może zostać ograniczone przez przepisy prawa. Na tle art. 104a PF ograniczenie to przejawia się w konieczności spełniania przez nabywcę wymagań z art. 99 ust. 3, 3a, 4, 4a, 4b i art. 101 pkt 2–5 PF, przyjęcia wszystkich warunków zawartych w zezwoleniu oraz braku zmiany adresu prowadzenia apteki. Będące skutkiem nabycia apteki ogólnodostępnej w rozumieniu art. 55¹ k.c. przeniesienie zezwolenia nastąpi dopiero wówczas, gdy nabywca spełni określone w dyspozycji art. 104a

²⁴ Wyrok NSA z dnia 11 sierpnia 2020 roku, sygn. akt II GSK 4336/17.

²⁵ M. Jabłoński, S. Jarosz-Żukowska, *Działalność gospodarcza na rynku aptecznym i jej ograniczenia...*, s. 57–58.

²⁶ Zob. objaśnienie prawne MZ do stosowania art. 103 i 104a ustawy — Prawo farmaceutyczne, Lex 2019.

PF przesłanki, w tym odnośnie do posiadania rękojmi należytego prowadzenia apteki. Przeniesienie zezwolenia na podstawie art. 104a PF stanowi zatem *de facto* jedną z form jego uzyskania.

Co istotne, z ukształtowanej w ramach art. 104a PF sukcesji praw i obowiązków w zakresie zezwolenia w żaden sposób nie wynika, że przejście na następcę dotyczy również rękojmi należytego prowadzenia apteki. Już sama redakcja przepisu art. 104a PF przeczy takiej tezie. Stosownie do art. 104 PF prowadzenie działalności aptecznej na podstawie przeniesionego zezwolenia wymaga potwierdzenia spełniania przez nabywcę ustawowych przesłanek warunkujących prowadzenie takiej działalności. Z przewidzianego w art. 104a PF ograniczenia sukcesji wywieść można, że poprzez spełnienie warunków, od których uzależnione jest przyznanie zezwolenia, nabywca w istocie potwierdza stan prawny w zakresie spełniania wymagań do prowadzenia apteki w ramach tego zezwolenia. Przemawia za tym zarówno reglamentowana forma działalności gospodarczej, jaką jest prowadzenie apteki, jak i charakter zezwolenia, z którego wynikają prawa i obowiązki o charakterze osobistym, odnoszące się wyłącznie do zindywidualizowanego podmiotu. Celem omawianej regulacji jest ograniczenie katalogu podmiotów, które mogą uzyskać takie zezwolenie w związku z nabyciem przedsiębiorstwa, w skład którego wchodzi apteka, wyłącznie do podmiotów spełniających określone w przepisie wymagania. Przeniesienie zezwolenia w trybie art. 104a PF jest więc jedną z form jego uzyskania, w ramach której nabywca potwierdza, że posiada uprawnienia do prowadzenia konkretnej apteki ogólnodostępnej. W rezultacie kontynuuje prowadzenie tejże apteki i odpowiada za spełnianie warunków zawartych w zezwoleniu na jej prowadzenie. Odpowiada jednak jedynie za swoje działania. W odróżnieniu od przedmiotowo-podmiotowego charakteru zezwolenia, rękojmia ma charakter wyłącznie podmiotowy, odnosi się do właściwości osobistych i działań aktualnego posiadacza zezwolenia.

Należy w pełni zgodzić się z poglądem²⁷, że rękojmia należytego prowadzenia apteki jest warunkiem uzyskania zezwolenia na prowadzenie apteki ogólnodostępnej, ściśle związanym z wnioskodawcą, a więc osobą wnioskującą o udzielenie zezwolenia na prowadzenie apteki ogólnodostępnej, co wynika wprost z art. 101 pkt 4 PF, jak i z istoty rękojmi powiązanej z cechami charakteru i zachowaniem konkretnej osoby. Stwierdzenie istnienia rękojmi lub jej braku jest kwestią oceny dokonywanej w oparciu o informacje na temat predyspozycji, cech i dotychczasowego zachowania zainteresowanego, przy uwzględnieniu charakteru działalności zawodowej²⁸.

Zezwolenie na prowadzenie apteki ogólnodostępnej nosi cechy o charakterze rzeczowym i osobistym, przy czym przyznaje prawa i określa obowiązki dla określonego adresata. Jak już zostało wcześniej wskazane, przeniesienie zezwolenia

²⁷ Wyrok WSA w Warszawie, V SA/Wa 113/22.

²⁸ Wyrok NSA z dnia 2 października 2019 roku, sygn. II GSK 2667/17.

w trybie art. 104a PF przyznaje prawo do prowadzenia konkretnej apteki nabywcy, po uprzedniej weryfikacji spełniania przez niego ustawowych przesłanek koniecznych do jego posiadania, obejmujących ocenę rękojmi należytego prowadzenia apteki. Tym samym konstrukcja przeniesienia zezwolenia na prowadzenie apteki zawarta w prawie farmaceutycznym przełamuje zasadę automatycznego przejścia zezwolenia, o której mowa w art. 55¹ pkt 5 k.c., a także wynikających z zezwolenia obowiązków, które wobec zmiany podmiotu prowadzącego aptekę są egzekwowane już w odniesieniu do nabywcy. Wraz z przeniesieniem zezwolenia jego cofnięcie na podstawie art. 37ap ust. 1 pkt 2 PF w związku z art. 101 pkt 4 PF może być rozpatrywane wyłącznie w odniesieniu do uchybień po stronie nabywcy.

Zgodzić należy się ze stanowiskiem, w świetle którego błędne jest założenie, że odpowiedzialność nabywcy apteki za nieprawidłowości popełnione przez jej zbywcę, polegająca na obowiązku ich usunięcia, wiąże się z niebezpieczeństwem cofnięcia nabywcy apteki zezwolenia na jej prowadzenie za nieusunięcie nieprawidłowości przez zbywcę apteki lub utratą rękojmi należytego prowadzenia apteki przez jej zbywcę. WSA²⁹ słusznie podkreśla, że takie skutki prawne strona może ponosić wyłącznie za działania własne, a więc za brak usunięcia nieprawidłowości po nabyciu apteki, które popełnił zbywca apteki, lub za własną utratę rękojmi należytego prowadzenia apteki³⁰.

GUARANTEE OF PROPER OPERATION OF A PHARMACY AS A CONDITION FOR TRANSFER OF PERMIT TO OPERATE A PUBLIC PHARMACY BY THE ACQUIRING ENTERPRISE: COMMENTS BASED ON THE JUDGMENT OF THE PROVINCIAL ADMINISTRATIVE COURT IN WARSAW OF JULY 3, 2022 (V SA/WA 113/22)

Summary

The transfer of a permit to operate a public pharmacy depends on the purchaser meeting the statutory requirements necessary to obtain a permit, including the possession of a guarantee of proper operation of the pharmacy. This means that as a result of the permit transfer, the buyer continues to operate the pharmacy based on the prior seller's permit, who must fulfill the conditions set out in the permit to operate a pharmacy, regarding, *inter alia*, the granting of a guarantee of proper operation of the pharmacy.

In practice, there are two lines of interpretation. According to the first one, due to the loss of the warranty by the seller, it expires each time. According to the second one, the fact that the conditions for the permit withdrawal are met due to the loss of the warranty by the seller of the undertaking after the permit transfer to operate a pharmacy is irrelevant to the sustained existence of the transferred permit, which is still valid.

In the author's opinion, one should agree with the second of the presented views. As a result of the acquisition of a public pharmacy, the transfer of the permit will take place only when the

²⁹ Wyrok WSA w Warszawie, V SA/Wa 113/22.

³⁰ Wyrok NSA z dnia 25 listopada 2021 roku, sygn. II GSK 1967/21.

purchaser meets the conditions, including the possession of a warranty for the proper pharmacy operation. The transfer of a permit under Article 104a of the Pharmaceutical Law is therefore one of the methods of obtaining it, under which the purchaser confirms that he is eligible to operate a specific public pharmacy. As a result, he continues to operate the pharmacy and is reliable for complying with the conditions set out in the permit to operate it. However, he is only responsible for his own actions.

It is inappropriate to state that the pharmacy purchaser liability covers irregularities committed by its seller, consisting in the obligation to rectify them, is associated with the risk of permit withdrawal from the purchaser, for the failure of the seller of the pharmacy to remedy the irregularities or with the loss of the warranty for the proper operation of the pharmacy by its seller. Such legal consequences may be borne by a party only for its own actions, i.e. for the failure to remedy irregularities committed by the seller of the pharmacy after the purchase of the pharmacy or for its own loss of the warranty for the proper operation of the pharmacy.

Keywords: guarantee, pharmacy, transfer of permit

BIBLIOGRAFIA

- Jabłoński M., Jarosz-Żukowska S., *Działalność gospodarcza na rynku aptecznym i jej ograniczenia. Uwarunkowania konstytucyjne*, Warszawa 2022.
- Jabłoński M., Jarosz-Żukowska S., *Rękojmia należytego prowadzenia apteki w rozumieniu przepisów ustawy — Prawo farmaceutyczne — wybrane problemy*, „Przegląd Prawa i Administracji” 2021, nr 127.
- Kulesza M., *Opinia prawna odnośnie do rękojmi należytego prowadzenia apteki* [biuletyn informacyjny Okręgowej Izby Aptekarskiej w Warszawie], Warszawa 2004.
- Objaśnienie prawne ministra zdrowia dotyczące stosowania art. 103 i 104a ustawy — Prawo farmaceutyczne, LEX/el. 2019.

MARIUSZ JABŁOŃSKI

ORCID: 0000-0001-8347-1884

Katedra Prawa Konstytucyjnego

Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii

Uniwersytet Wrocławski

NOWELIZACJE PRZEPISÓW USTAWY Z 6 WRZEŚNIA 2001 ROKU — PRAWO FARMACEUTYCZNE Z PERSPEKTYWY RESPEKTOWANIA STANDARDÓW DEMOKRATYCZNEGO PROCESU STANOWIENIA USTAW — ANALIZA KRYTYCZNA

Abstrakt: W opracowaniu poddano analizie praktykę wprowadzania poprawek w trakcie prac parlamentarnych dotyczących nowelizacji przepisów ustawy — Prawo farmaceutyczne. Autor koncentruje się na wskazaniu zakresu i charakteru naruszeń konstytucyjnego trybu stanowienia ustaw, które towarzyszyły tym procesom. W szczególności pogłębionej refleksji poddany został „mechanizm” zmian dokonanych w związku z uchwalaniem ustawy o zmianie ustawy o gwarantowanych przez Skarb Państwa ubezpieczeniach eksportowych oraz niektórych innych ustaw.

Słowa kluczowe: tryb ustawodawczy, zasady prawidłowej legislacji, poprawka a nowa inicjatywa ustawodawcza, prawo farmaceutyczne, nowelizacja

1. WPROWADZENIE

Demokratyczny proces stanowienia ustaw, w trakcie którego respektuje się zasady prawidłowej legislacji, jest jednym z fundamentalnych gwarancji państwa prawa. Wielokrotnie podkreślał to Trybunał Konstytucyjny, zauważając, że ustawodawca ma obowiązek „stanowienia przepisów prawa w sposób logiczny i konsekwentny, z poszanowaniem zasad ogólnosystemowych oraz z zachowaniem należytych standardów. Nakaz ten jest funkcjonalnie związany z zasadami pewności i bezpieczeństwa prawnego oraz ochrony zaufania do państwa i stanowionego przez nie prawa”¹.

¹ Na przykład wyrok TK z 22 stycznia 2013 roku, P 46/09.

Prawidłowość procesu stanowienia ustaw oceniana jest pod kątem dochowania wielu wymogów dedykowanych zarówno etapowi prac nad projektem ustawy, jak i późniejszemu, czyli właściwym prac parlamentarnych². Oczywiście istotne jednocześnie staje się wzięcie pod uwagę, z jakim projektem ustawy mamy do czynienia. Wynika to z tego, że projekty poselskie w odróżnieniu od rządowych nie podlegają tak daleko idącym obostrzeniom na etapie przedparlamentarnym. W konsekwencji od wielu lat kształtuje się praktyka swoistego „omijania” wymogów proceduralnych związanych z przygotowaniem projektu ustawy przez rząd — właśnie w drodze wnoszenia konkretnych inicjatyw przez uprawnione grupy posłów. Przedmiotowe „omijanie” nie musi jednak prowadzić do naruszenia standardów konstytucyjnych. Będzie ono miało miejsce wtedy, gdy praktyka taka łączy się już na etapie postępowania parlamentarnego z faktycznymi działaniami przybierającymi postać wprowadzania „poprawek” poselskich będących w istocie surogatem prawa inicjatywy ustawodawczej, czyli takich propozycji, które w ogóle nie pozostają w związku z pierwotną materią i celem przedłożenia konkretnego projektu ustawy.

Fundamentalną gwarancją, której respektowanie zapewnia dochowanie wymogów właściwych dla demokratycznego procesu stanowienia ustaw, jest zasada, zgodnie z którą ramy poprawki wyznaczone są przez treść ustawy, do której została zgłoszona. W przypadku, gdy dochodzi do jej naruszenia, niezbędne staje się podniesienie zarzutu niekonstytucyjności uchwalonej regulacji. W opracowaniu przedstawione zostaną przykłady obrazujące tego rodzaju praktyki, które — co samo w sobie jest już zastanawiające — dotyczą reglamentacji na rynku aptecznym i bezpośrednio wiążą się również z ingerencją w sferę konstytucyjnie gwarantowanej wolności działalności gospodarczej³. Istotne staje się podkreślenie, że w każdym z omawianych przypadków do Sejmu wnoszony był projekt rządowy ustawy, a dopiero na etapie prac parlamentarnych dochodziło do „modyfikacji” pierwotnej materii ujętej w treści przedkładanych propozycji.

² Zob. szerzej: M.A. Winogradzka, *Inicjatywa i proces ustawodawczy w Sejmie*, „International Journal of Legal Studies” 2020, nr 2(8), s. 244 i n. Kompleksowo: T. Biernat, *Legislacja. Analiza procesu*, Kraków 2016, s. 73 i n.

³ Por. na temat prawa do dobrej legislacji w odniesieniu do przedsiębiorców: A. Kuwalczuk, *Analiza naruszenia praw podstawowych w Polsce ze szczególnym uwzględnieniem praw przedsiębiorców na podstawie literatury przedmiotu*, [w:] M. Bąk, P.A. Bednarz, P. Kulawczuk, A. Kulawczuk, A. Poszewiecki, A. Szcześniak, *Praktyki rzetelnej legislacji gospodarczej. Doświadczenia światowe i możliwości ich adaptacji do warunków polskich*, s. 61 i n., <https://iped.pl/pliki/publikacje/raport2007-1.pdf> (dostęp: 10.11.2023).

2. ANALIZA „PRZYPADKÓW”

Pierwszy z analizowanych procesów ustawodawczych dedykowany był zmianie treści art. 94a ust. 1 ustawy — Prawo farmaceutyczne w roku 2011⁴. Jego treść *de facto* wprowadzająca bezwzględny zakaz reklamy aptek „objawiła się” dopiero na etapie daleko zaawansowanych prac parlamentarnych.

W stanowisku prokuratora generalnego w sprawie skargi konstytucyjnej SK 23/15 zauważono, że

przekazane do Sejmu uzasadnienie projektu rządowego nie jest pomocne w ustaleniu celu wprowadzenia zakazu reklamy aptek (*vide* — druk sejmowy nr 3491NI). Podmiotem postulującym wprowadzenie zakazu reklamy aptek i ich działalności była natomiast Naczelna Izba Aptekarska, a jej wniosek został uwzględniony na etapie prac komisji sejmowej w drodze poprawki poselskiej [*vide* — pismo ministra zdrowia z dnia 27 maja 2013 roku, nr MZ-PL0-079-16391-104/PR/13, <http://www.senat.gov.pl>]. Z późniejszych wypowiedzi organów państwowych i aptekarskiego samorządu zawodowego oraz z orzecznictwa sądowego i administracyjnego, a także wypowiedzi doktryny wynika, że wprowadzenie zakazu uzasadnione było koniecznością zwiększenia ochrony pacjentów oraz finansów publicznych przed negatywnymi skutkami reklamy aptek, zwiększającymi w rzeczywistości popyt na usługi farmaceutyczne świadczone w aptekach, bez faktycznego wskazania do korzystania z nich⁵.

W treści kolejnej skargi konstytucyjnej dotyczącej konstytucyjności zakazu reklamy aptek podnoszono natomiast, że uchwalenie przedmiotowej regulacji nastąpiło

w dokładnie takim brzmieniu, jakie zostało zaproponowane przez samorząd aptekarski. W toku procesu legislacyjnego nie zostały podjęte żadne analizy brzmienia proponowanego przepisu czy starania, by nadać mu optymalną, z perspektywy wymogów prawidłowej legislacji, treść. Przedmiotowa zmiana art. 94a pojawiła się w końcowej fazie procesu legislacyjnego i została formalnie wprowadzona w drodze poprawki poselskiej, bez przeprowadzenia uzgodnień międzyresortowych, na przykład z ministrem gospodarki czy prezesem UOKiK, konsultacji społecznych, analizy skutków regulacji, zbadania zgodności projektu z prawem UE. Zaskarżony przepis nie był też w toku prac parlamentarnych opiniowany pod kątem zgodności z ustawą zasadniczą⁶.

Szczególnie jaskrawym przypadkiem jest ten, który dotyczy uchwalenia ustawy o zmianie ustawy o gwarantowanych przez Skarb Państwa ubezpieczeniach eksportowych oraz niektórych innych ustaw.

⁴ Zob. szerzej: M. Jabłoński, S. Jarosz-Żukowska, *Działalność gospodarcza na rynku aptecznym i jej ograniczenia. Uwarunkowania konstytucyjne*, Warszawa 2022, s. 252 i n.

⁵ Z odwołaniem się do: pisma ministra zdrowia z dnia 27 maja 2013 roku; J. Adamski, K. Urban, E. Warmińska, *Refundacja leków, środków spożywczych specjalnego przeznaczenia żywieniowego oraz wyrobów medycznych. Komentarz*, Warszawa 2015; wyrok NSA z 20 stycznia 2015 roku, II GSK 1667/13; pismo ministra zdrowia z 14 sierpnia 2013 roku, nr MZ-PL0-079-16391-143/PR/13, <http://www.senat.gov.pl>, stanowisko z 26 stycznia 2016 roku (PG VIII TK 69/15) w sprawie skargi konstytucyjnej SK 23/15, s. 27.

⁶ Zob.teczka sprawy skargi konstytucyjnej pod sygnaturą K 32/15, s. 15, www.trybunal.gov.pl (dostęp: 10.11.2023).

Rządowy projekt ustawy o zmianie ustawy o gwarantowanych przez Skarb Państwa ubezpieczeniach eksportowych oraz niektórych innych ustaw (druk 3458) został wniesiony do Sejmu 3 lipca 2023 roku — wcześniej był przedmiotem prac, które w pełni zaprezentowane są na stronie RCL⁷.

Projekt ustawy na stronie RCL zamieszczono w dniu 21 lutego 2023 roku. Jego postanowienia poddane zostały uzgodnieniom, konsultacjom publicznym i opiniowaniu, sporządzono wykaz uwag, wraz z tymi, które w części zostały uwzględnione. Swoje stanowisko wyraził również prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów⁸. Projekt ten spełniał również wymogi określone w § 19–51 uchwały Rady Ministrów z dnia 29 października 2013 roku — Regulamin pracy Rady Ministrów⁹.

Na tym etapie przedmiotowy projekt spełniał wymogi sprecyzowane w zasadach techniki prawodawczej¹⁰, jak również określone w art. 34 ust. 2 pkt 4 regulaminu Sejmu¹¹, czyli w jego uzasadnieniu przedstawiono przewidywane skutki społeczne, gospodarcze, finansowe i prawne.

W przypadku projektodawcy rządowego konieczne ponadto staje się sprecyzowanie skutków organizacyjnych, co ma miejsce w ramach oceny skutków regulacji (OSR), która to jest obligatoryjnym elementem uzasadnienia rządowego projektu ustawy. OSR została oczywiście dołączona (nr w wykazie prac legislacyjnych Rady Ministrów — UD484)¹².

Projekt ten został przez rząd przyjęty w dniu 20 czerwca 2023 roku. Jak finalnie wskazywano, rozwiązania w nim przyjęte miały na celu:

- rozszerzenie katalogu ubezpieczeń, które oferuje Korporacja Ubezpieczeń Kredytów Eksportowych (KUKE), i podmiotów uprawnionych do korzystania z ubezpieczeń gwarantowanych,
- zapewnienie kompleksowej ochrony ubezpieczeniowej polskim eksporterom, również jeśli chodzi o zakupy towarów:

KUKE będzie mogła rozszerzyć swoją ofertę o ubezpieczenia zwrotu zaliczki, która została zapłacona przez ubezpieczającego na poczet dostawy importowej z kraju o tak zwanym ryzyku nierynkowym. Ubezpieczeniem KUKE będą mogły być objęte, na równi z firmami polskimi, również polskie oddziały przedsiębiorców zagranicznych; rozwiązanie to przełoży się na zwiększenie

⁷ Por. <https://legislacja.rcl.gov.pl/projekt/12369652/katalog/12953687#12953687> (dostęp: 10.11.2023).

⁸ Por. <https://legislacja.rcl.gov.pl/projekt/12369652/katalog/12953687#12953687> (dostęp: 10.11.2023).

⁹ Załącznik do obwieszczenia prezesa Rady Ministrów z dnia 10 marca 2022 roku, M.P. 2022 r., poz. 348.

¹⁰ Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z 20 czerwca 2002 roku. „Zasady techniki prawodawczej”, t.j. Dz. U. z 2016 r., poz. 283.

¹¹ Uchwała Sejmu z 30 lipca 1992 roku, t.j. M.P. 2022 r., poz. 1204.

¹² Por. <https://legislacja.rcl.gov.pl/docs//2/12369652/12953650/12953651/dokument607076.pdf> (dostęp: 10.11.2023), s. 2–5.

bezpieczeństwa transakcji zagranicznych tych podmiotów i tym samym wpłynie na ich rozwój. Nowe przepisy zwiększą tym samym możliwość tworzenia w Polsce nowych miejsc pracy¹³.

W uzasadnieniu projektu ustawy sprecyzowano, że

podstawowym celem opracowania projektu ustawy o zmianie ustawy o gwarantowanych przez Skarb Państwa ubezpieczeniach eksportowych jest konieczność przygotowania rozwiązań legislacyjnych, które służyć mają stworzeniu państwu polskiemu możliwości punktowej interwencji w przypadku wystąpienia nadzwyczajnych sytuacji gospodarczych. Drugim, równorzędnym celem jest stworzenie ram prawnych dla wsparcia projektów, które służą transformacji energetycznej Polski, polegającej w szczególności na stopniowym ograniczaniu energochłonności gospodarki¹⁴.

Fundamentalne znaczenie ma zwrócenie uwagi na to, że rozwiązania ujęte w treści art. 2–15 projektu, które dotyczą zmian w innych ustawach, pozostają w bezpośrednim i merytorycznym związku z regulacją zawartą w art. 1, czyli dotyczącym wprost nowelizacji przepisów ustawy z dnia 7 lipca 1994 roku o gwarantowanych przez Skarb Państwa ubezpieczeniach eksportowych (Dz. U. z 2020 r., poz. 1135)¹⁵.

Przedmiotem postępowania w zakresie przygotowania projektu rządowego — na jakimkolwiek jego etapie — w ogóle nie były postanowienia dotyczące zmian w przepisach ustawy — Prawo farmaceutyczne. Projekt pierwotny (dotyczący nowelizacji ustawy o gwarantowanych przez Skarb Państwa ubezpieczeniach eksportowych), jak i jego finalna wersja dotycząca nowelizacji ustawy o gwarantowanych przez Skarb Państwa ubezpieczeniach eksportowych oraz niektórych innych ustaw, po uwzględnieniu autopoprawki (protokół ustaleń nr 28/2023 z posiedzenia Rady Ministrów z 20 czerwca 2023 roku), nie dotyczyły zmian w przepisach ustawy — Prawo farmaceutyczne¹⁶.

Jednocześnie, co jest także istotne, zgodnie z art. 5 ustawy z dnia 7 lipca 2005 roku o działalności lobbingowej w procesie stanowienia prawa¹⁷, w związku z § 52 uchwały nr 190 Rady Ministrów z dnia 29 października 2013 roku — Regulamin pracy Rady Ministrów¹⁸, projekt został udostępniony w Biuletynie Informacji Publicznej na stronie podmiotowej Rządowego Centrum Legislacji, w serwisie Rządowy Proces Legislacyjny.

¹³ Por. <https://www.gov.pl/web/premier/projekt-ustawy-o-zmianie-ustawy-o-gwarantowanych-przez-skarb-panstwa-ubezpieczeniach-eksportowych-oraz-niektorych-innych-ustaw-i-uchylajaca-ustawe-o-doplatach-do-oprocentowania-kredytow-eksportowych-o-stalych-stopach-procentowych> (dostęp: 10.11.2023).

¹⁴ Por. <https://www.sejm.gov.pl/Sejm9.nsf/druk.xsp?nr=3458> (dostęp: 10.11.2023), s. 1.

¹⁵ Por. <https://www.sejm.gov.pl/Sejm9.nsf/druk.xsp?nr=3458> (dostęp: 10.11.2023), s. 16–31.

¹⁶ Por. <https://legislacja.rcl.gov.pl/docs//2/12369652/12953644/12953645/dokument607053.pdf>; <https://legislacja.rcl.gov.pl/docs//2/12369652/12953687/12953692/dokument632443.pdf> (dostęp: 10.11.2023).

¹⁷ T.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 248.

¹⁸ M.P. z 2022 r., poz. 348.

Po wpłynięciu projektu rządowego do Sejmu (3 lipca 2023 roku), w dniu 6 lipca 2023 roku marszałek Sejmu skierował projekt do Komisji Finansów Publicznych oraz Komisji Gospodarki i Rozwoju do pierwszego czytania.

W dniu 11 lipca 2023 roku odbyło się połączone posiedzenie Komisji Finansów Publicznych oraz Komisji Gospodarki i Rozwoju¹⁹; właśnie na tym etapie prac sejmowych do treści projektu proponowano wprowadzenie art. 2 o zupełnie nowym brzmieniu:

W ustawie z dnia 6 września 2001 roku — Prawo farmaceutyczne (Dz. U. z 2022 r., poz. 2301) wprowadza się następujące zmiany:

- 1) w art. 73g w ust. 1 wyrazy „3 lat” zastępuje się wyrazami „5 lat”,
 - 2) w art. 76b w ust. 1 wyrazy „3 lat” zastępuje się wyrazami „5 lat”,
 - 3) w art. 99 po ust. 3a dodaje się ust. 3aa i 3ab w brzmieniu:
„3aa. Niedozwolone jest przejście kontroli w rozumieniu przepisów o ochronie konkurencji i konsumentów nad podmiotem prowadzącym aptekę ogólnodostępną, jeżeli:
 - 1) podmiotem przejmującym kontrolę jest podmiot inny niż podmiot, o którym mowa w ust. 4 pkt 1 lub 2,
 - 2) podmiot przejmujący kontrolę, wspólnik lub partner spółki będącej podmiotem przejmującym kontrolę:
 - a) jest współnikiem lub partnerem w spółce lub spółkach, które prowadzą łącznie co najmniej 4 apteki ogólnodostępne, lub
 - b) prowadzi co najmniej 4 apteki ogólnodostępne albo podmiot lub podmioty przez niego kontrolowane w sposób bezpośredni lub pośredni, w szczególności podmiot lub podmioty zależne w rozumieniu przepisów o ochronie konkurencji i konsumentów, prowadzą co najmniej 4 apteki ogólnodostępne, lub
 - c) jest członkiem grupy kapitałowej w rozumieniu przepisów o ochronie konkurencji i konsumentów, której członkowie prowadzą łącznie co najmniej 4 apteki ogólnodostępne, lub
 - d) wchodzi w skład organów spółki posiadającej zezwolenie na prowadzenie hurtowni farmaceutycznej lub zajmującej się pośrednictwem w obrocie produktami leczniczymi,
 - 3) w wyniku przejścia kontroli nad podmiotem prowadzącym aptekę ogólnodostępną członkowie grupy kapitałowej, do której należy podmiot przejmujący kontrolę, prowadziliby łącznie więcej niż 4 apteki ogólnodostępne.
- 3ab. Przepisu ust. 3aa nie stosuje się, jeżeli przejście kontroli nastąpiło w wyniku nabycia spadku”,
- 4) w art. 103 po ust. 1a dodaje się ust. 1b–1e w brzmieniu:
„1b. Wojewódzki inspektor farmaceutyczny cofa zezwolenie na prowadzenie apteki ogólnodostępnej podmiotowi, nad którym nastąpiło przejście kontroli wbrew zakazowi, o którym mowa w art. 99 ust. 3aa. Wojewódzki inspektor farmaceutyczny cofa zezwolenia w liczbie niezbędnej do przywrócenia stanu zgodnego z prawem, począwszy od zezwoleń wydanych najpóźniej, chyba że uzna, iż szczególnie ważny interes pacjentów korzystających z usług poszczególnych aptek przemawia za cofnięciem innych zezwoleń.

¹⁹ Por. <https://orka.sejm.gov.pl/zapisy9.nsf/0/9B0BE9405DD42A05C1258A04002212D3/%24File/0403009.pdf> (dostęp: 10.11.2023). W trakcie trwania tego posiedzenia przedmiotem dyskusji stała się jedna ze zgłoszonych poprawek, która dotyczyła dodania do treści projektu zupełnie nowej regulacji dotyczącej nowelizacji postanowień ustawy — Prawo farmaceutyczne, <https://orka.sejm.gov.pl/zapisy9.nsf/0/9B0BE9405DD42A05C1258A04002212D3/%24File/0403009.pdf> (dostęp: 10.11.2023), s. 21 i n.

1c. Decyzję o cofnięciu zezwolenia na prowadzenie apteki ogólnodostępnej z przyczyn, o których mowa w ust. 1b, wydaje się w oparciu o stan z chwili przejścia kontroli.

1d. Stronami postępowania w sprawie cofnięcia zezwolenia z przyczyn, o których mowa w ust. 1b, są podmiot lub podmioty, nad którymi została przejęta kontrola.

1e. Jeżeli podmiot lub podmioty, o których mowa w ust. 1d, posiadają zezwolenia na prowadzenie aptek na obszarze właściwości więcej niż jednego wojewódzkiego inspektora farmaceutycznego, Główny Inspektor Farmaceutyczny wyznacza wojewódzkiego inspektora farmaceutycznego właściwego do prowadzenia sprawy w drodze postanowienia, na które nie przysługuje zażalenie”,

5) po art. 127cc dodaje się art. 127cd w brzmieniu:

„Art. 127cd. 1. Karze pieniężnej podlega podmiot, który wbrew zakazowi, o którym mowa w art. 99 ust. 3aa, przejmuje kontrolę nad podmiotem prowadzącym aptekę ogólnodostępną.

2. Karę pieniężną, o której mowa w ust. 1, wymierza się w wysokości od 50 000 zł do 5 000 000 zł”,

6) w art. 127d ust. 2 otrzymuje brzmienie:

„2. Kary pieniężne, o których mowa w art. 127cb ust. 4 i art. 127cd ust. 1, nakłada właściwy wojewódzki inspektor farmaceutyczny w drodze decyzji”.

Ponadto także art. 12 o treści: „Przepisy art. 99 ust. 3aa i 3ab ustawy zmiennej w art. 2 stosuje się do przejścia kontroli, które nastąpiło po dniu wejścia w życie niniejszej ustawy”.

W trakcie obrad podniesiono wątpliwości dotyczące dopuszczalności (zgodności z Konstytucją RP) „uzupełnienia” podczas pierwszego czytania przedłożonego jako rządowy projekt o zupełnie nowe propozycje dotyczące zmian w ustawie — Prawo farmaceutyczne. Negatywną ocenę przedstawiła nie tylko opozycja obecna na sali posiedzeń, ale również członkowie Biura Legislacyjnego²⁰.

Pomimo przedstawionych wątpliwości przepisy te zostają przyjęte, a następnie przedstawione w sprawozdaniu komisji z dnia 11 lipca 2023 roku (druk sejmowy 3485–A). Posiedzenie komisji zakończyło się wieczorem, 11 lipca 2023 roku, natomiast już 13 lipca przeprowadzone zostało drugie czytanie projektu ustawy na posiedzeniu Sejmu.

Poseł sprawozdawca opuścił salę obrad w trakcie drugiego czytania i nie odpowiadał na pytania posłów, które zostały zgłoszone, a dotyczące wprost zgłoszonej poprawki w zakresie zmiany przepisów ustawy — Prawo farmaceutyczne. Jednocześnie, co trzeba podkreślić, właśnie w odniesieniu do tych samych pytań przedstawiciel Rady Ministrów stwierdził, że „duża część państwa pytań dotyczyła poprawek zgłaszanych przez posłów podczas pierwszego czytania. Nie było tego w pierwotnym przedłożeniu rządowym, wobec czego jeśliby ktoś z państwa oczekiwał jakichś pogłębionych analiz, to odpowiemy na piśmie”²¹.

Po przeprowadzeniu drugiego czytania Sejm skierował ponownie projekt ustawy zawarty w druku nr 3485 do Komisji Finansów Publicznych oraz Komisji

²⁰ Legislator Łukasz Nykiel, <https://orka.sejm.gov.pl/zapisy9.nsf/0/9B0BE9405DD42A05C1258A04002212D3/%24File/0403009.pdf> (dostęp: 10.11.2023), s. 27.

²¹ Wypowiedź sekretarza stanu w Ministerstwie Rozwoju i Technologii Piotra Uścińskiego, http://orka2.sejm.gov.pl/StenoInter9.nsf/0/9064FCF65A5CF59AC12589EB007DD6E1/%24File/79_c_ksiazka.pdf (dostęp: 10.11.2023), s. 373.

Gospodarki i Rozwoju w celu rozpatrzenia poprawek zgłoszonych w drugim czytaniu. W trakcie drugiego czytania zgłoszono sześć poprawek, w tym te dotyczące wykreślenie art. 2 i 12 (poprawka numer 2 i 4).

Komisje na wspólnym posiedzeniu, które odbyło się w tym samym dniu, czyli 13 lipca 2023 roku, wniosły o przyjęcie czterech oraz odrzucenie dwóch zgłoszonych poprawek dotyczących wykreślenia art. 2, a w konsekwencji art. 12, czyli tych odnoszących się do zmian w ustawie — Prawo farmaceutyczne.

Po drugim czytaniu w Sejmie i pracach połączonych komisji sejmowych przedstawione zostało dodatkowe sprawozdanie Komisji Finansów Publicznych oraz Komisji Gospodarki i Rozwoju o rządowym projekcie ustawy o zmianie ustawy o gwarantowanych przez Skarb Państwa ubezpieczeniach eksportowych oraz niektórych innych ustaw (druk 3485–A), w którym rekomenduje się przyjęcie poprawki dotyczącej redakcyjnych zmian w treści art. 2 pkt 4 procedowanej ustawy (poprawka numer 3) i odrzucenie poprawek numer 2 i 4²².

Posel sprawozdawca w trakcie trzeciego czytania projektu ustawy na posiedzeniu Sejmu wskazał:

Jednocześnie pragnę poinformować Wysoką Izbę o przyjęciu poprawki w trakcie rozpatrywania ustawy, która przywraca rozwiązanie uchwalone już w roku 2017 — uszczelnia i umożliwia dobre funkcjonowanie rodzinnych polskich aptek. Stoimy na stanowisku, że zastosowane przepisy pozwolą na skuteczne przeciwdziałanie bezprawnemu przejmowaniu polskich aptek głównie przez zachodnie koncerny i duże korporacje sieciowe²³.

²² Zgodnie z brzmieniem poprawki numer 3 przepis ten ujęty został w następujący sposób: „Art. 2 pkt 4) w art. 103 po ust. 2 dodaje się ust. 2a–2d w brzmieniu:

2a. Wojewódzki inspektor farmaceutyczny cofa zezwolenie na prowadzenie apteki ogólnodostępnej podmiotowi, nad którym nastąpiło przejęcie kontroli wbrew zakazowi, o którym mowa w art. 99 ust. 3aa. Wojewódzki inspektor farmaceutyczny cofa zezwolenia w liczbie niezbędnej do przywrócenia stanu zgodnego z prawem, począwszy od zezwoleń wydanych najpóźniej, chyba że uzna, iż szczególnie ważny interes pacjentów korzystających z usług poszczególnych aptek przemawia za cofnięciem innych zezwoleń.

2b. Decyzję o cofnięciu zezwolenia na prowadzenie apteki ogólnodostępnej z przyczyn, o których mowa w ust. 2a, wydaje się w oparciu o stan z chwili przejęcia kontroli.

2c. Stronami postępowania w sprawie cofnięcia zezwolenia z przyczyn, o których mowa w ust. 2a, są podmiot lub podmioty, nad którymi została przejęta kontrola.

2d. Jeżeli podmiot lub podmioty, o których mowa w ust. 2c, posiadają zezwolenia na prowadzenie aptek na obszarze właściwości więcej niż jednego wojewódzkiego inspektora farmaceutycznego, Główny Inspektor Farmaceutyczny wyznacza wojewódzkiego inspektora farmaceutycznego właściwego do prowadzenia sprawy w drodze postanowienia, na które nie przysługuje zażalenie”. Dodatkowe sprawozdanie Komisji Finansów Publicznych oraz Komisji Gospodarki i Rozwoju o rządowym projekcie ustawy o zmianie ustawy o gwarantowanych przez Skarb Państwa ubezpieczeniach eksportowych oraz niektórych innych ustaw (druk nr 3458).

²³ Sprawozdanie stenograficzne z 79 posiedzenia Sejmu w dniu 13 lipca 2023 roku, https://orka2.sejm.gov.pl/StenoInter9.nsf/0/9064FCF65A5CF59AC12589EB007DD6E1/%24File/79_c_ksiazka.pdf (dostęp: 10.11.2023), s. 438.

Jeszcze tego samego dnia — czyli 13 lipca 2023 roku — Sejm uchwalił ustawę o zmianie ustawy o gwarantowanych przez Skarb Państwa ubezpieczeniach eksportowych oraz niektórych innych ustaw w zakresie dotyczącym nowelizacji ustawy z dnia 6 września 2001 roku — Prawo farmaceutyczne.

Po wpłynięciu ustawy uchwalonej przez Sejm do Senatu (14 lipca 2023 roku — druk nr 1066), w dniu 19 lipca 2023 roku marszałek Senatu skierował ją do Komisji Zdrowia i Komisji Gospodarki Narodowej i Innowacyjności. Posiedzenie Komisji Zdrowia w tej sprawie odbyło się 24 lipca 2023 roku (druk nr 1066–A), natomiast Komisji Gospodarki Narodowej i Innowacyjności — w dniu 25 lipca (druk nr 1066–B). Obie Komisje w swoich sprawozdaniach wносиły o wykreślenie art. 2 uchwalonej ustawy²⁴. Na etapie postępowania senackiego przygotowane zostały dwie merytoryczne opinie. W pierwszej z nich podkreślono, że wprowadzenie treści zawartej w art. 2 uchwalonej przez Sejm ustawy stanowi naruszenie art. 118 i 119 Konstytucji RP ze względu na to, że

dodana poprawkami treść nie przeszła pełnej procedury trzech czytań i wykroczyła poza materię projektu ustawy przekazanego przez rząd do Sejmu. Nie mogła być objęta pełnym rozmysłem legislacyjnym i obowiązkowymi konsultacjami społecznymi, tym samym stanowi ominięcie trybu inicjatywy ustawodawczej. W świetle orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego wprowadzone do ustawy poprawkami przepisy mogą być uznane za niezgodne z art. 118 ust. 1 oraz art. 119 ust. 1 Konstytucji²⁵.

W drugiej, bardziej rozbudowanej z 21 lipca 2023 roku wskazano wiele przepisów konstytucyjnych, jak i proceduralnych, do naruszenia których doszło w związku ze zgłoszeniem i dalszym procedowaniem „poprawki” poselskiej²⁶.

W dniu 28 lipca 2023 roku komisje na posiedzeniu rozpatrzyły wnioski zgłoszone w toku debaty w dniu 27 lipca 2023 roku nad ustawą o zmianie ustawy o gwarantowanych przez Skarb Państwa ubezpieczeniach eksportowych oraz niektórych innych ustaw, wycofując swój pierwotny wniosek o skreślenie art. 2²⁷.

²⁴ Druk <https://www.senat.gov.pl/prace/proces-legislacyjny-w-senacie/ustawy-uchwalone-przez-sejm/ustawy-uchwalone-przez-sejm/ustawa,1578.htm> (dostęp: 10.11.2023).

²⁵ A. Figura, Główny Legislator, Opinia do ustawy o zmianie ustawy o gwarantowanych przez Skarb Państwa ubezpieczeniach eksportowych oraz niektórych innych ustaw (druk nr 1066), s. 5 — opinia z dnia 24 lipca 2023 roku, <https://www.senat.gov.pl/prace/posiedzenia/tematy,598,3.html> (dostęp: 10.11.2023).

²⁶ Ekspertyza prawna w przedmiocie zgodności z Konstytucją przebiegu procesu legislacyjnego dotyczącego uchwalonej przez Sejm ustawy z dnia 13 lipca 2023 roku o zmianie ustawy o gwarantowanych przez Skarb Państwa ubezpieczeniach eksportowych oraz niektórych innych ustaw, w zakresie dotyczącym nowelizacji ustawy z dnia 6 września 2001 roku — Prawo farmaceutyczne przygotowana przez zespół doradców ds. kontroli konstytucyjności prawa przy marszałku Senatu X kadencji w składzie: 1) dr hab. Mariusz Bidziński, prof. Uniwersytetu SWPS, 2) prof. dr hab. Marek Chmaj, sprawozdawca, 3) prof. dr hab. Bronisław Sitek, 4) dr hab. Marcin Dąbrowski, 5) dr hab. Radosław Grabowski, prof. UR, s. 15.

²⁷ Sprawozdanie Komisji Zdrowia oraz Komisji Gospodarki Narodowej i Innowacyjności (druk nr 1066–Z).

Ostatecznie Senat, po rozpatrzeniu uchwalonej przez Sejm na posiedzeniu w dniu 13 lipca 2023 roku ustawy o zmianie ustawy o gwarantowanych przez Skarb Państwa ubezpieczeniach eksportowych oraz niektórych innych ustaw, wprowadził do jej tekstu jedynie redakcyjne poprawki, nie decydując się na wykreślenie art. 2 i 12 uchwalonej przez Sejm ustawy²⁸.

3. ZAKRES I CHARAKTER NARUSZEŃ KONSTYTUCYJNEGO TRYBU STANOWIENIA USTAW

Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Trybunału Konstytucyjnego

użyta w art. 119 ust. 1 Konstytucji formuła „rozpatruje projekt ustawy” oznacza, że Sejm powinien ustosunkować się do każdego złożonego prawidłowo projektu ustawy. Powinność Sejmu nie idzie tak daleko, by musiał on rozpatrywać odrębnie każdy z przepisów zawartych w projekcie, niemniej jednak skorzystanie przez uprawniony podmiot z inicjatywy ustawodawczej nie jest tylko impulsem uruchamiającym działania Sejmu, których efektem miałyby być wydanie ustawy o dowolnie określonej przez Sejm treści. Konstytucja z 1997 roku dokonała znacznego sformalizowania postępowania ustawodawczego i nie znosząc uprawnienia Sejmu do swobodnego — choć uwarunkowanego wymogiem zgodności z Konstytucją i umowami międzynarodowymi — kształtowania treści ustaw, ograniczyła to uprawnienie przez odpowiednie regulacje proceduralne²⁹.

Celem, któremu służy zasada trzech czytań, jest możliwie najbardziej dokładnie i wnikliwie rozpatrzenie projektu ustawy, a w konsekwencji — wyeliminowanie ryzyka niedopracowania lub przypadkowości przyjmowanych w toku prac ustawodawczych rozwiązań.

Zasada trzech czytań oznacza konieczność trzykrotnego rozpatrywania przez Sejm tego samego projektu ustawy w sensie merytorycznym, a nie tylko technicznym. Musi zatem występować „zakresowa tożsamość” rozpatrywanego projektu [...]. Jednakże za naruszenie art. 119 ust. 1 Konstytucji uznać należałoby sytuację, gdy projekt ustawy, przedłożony zgodnie z regulaminem Sejmu przez odpowiednią komisję, a stanowiący przedmiot drugiego czytania, tak różni się swym zakresem od „projektu wyjściowego”, że jest to w istocie inny projekt ustawy³⁰.

Z obydwu ustępów art. 119 Konstytucji wynika, że zarówno wymóg trzech czytań w Sejmie, jak i prawo wnoszenia poprawek, odnoszą się do projektu ustawy złożonego w Sejmie przez jeden

²⁸ Uchwała Senatu RP z dnia 28 lipca 2023 roku w sprawie ustawy o zmianie ustawy o gwarantowanych przez Skarb Państwa ubezpieczeniach eksportowych oraz niektórych innych ustaw, <https://www.senat.gov.pl/prace/proces-legislacyjny-w-senacie/ustawy-uchwalone-przez-sejm/ustawy-uchwalone-przez-sejm/ustawa,1578.html> (dostęp: 10.11.2023). Zgodnie z treścią drugiej poprawki przyjętej w uchwale Senatu w art. 2 ustawy z 2023 roku:

a) w pkt 5, art. 127cd otrzymuje brzmienie: „Art. 127cd. Podmiot, który wbrew zakazowi, o którym mowa w art. 99 ust. 3aa, przejmuje kontrolę nad podmiotem prowadzącym aptekę ogólnodostępną, podlega karze pieniężnej w wysokości od 50 000 zł do 5 000 000 zł”;

b) w pkt 6, ust. 2 wyrazy „art. 127cd ust. 1” zastępuje się wyrazami „art. 127cd”.

²⁹ Wyrok TK z 24 marca 2004 roku, K 37/03.

³⁰ Wyrok TK z 24 marca 2009 roku, K 53/07.

z podmiotów określonych w art. 118 ust. 1 Konstytucji. Kontrola procesu legislacyjnego z punktu widzenia art. 119 ust. 1 i 2 winna więc w pierwszym rzędzie stwierdzić, czy odbyły się trzy czytania tego samego projektu ustawy oraz czy poprawki wniesione przez jeden z uprawnionych podmiotów będą, w swej istocie, zgodne z wymogami określonymi przez Konstytucję i regulamin Sejmu, poprawkami do projektu będącego efektem inicjatywy ustawodawczej uprawnionego podmiotu (art. 118 ust. 1 Konstytucji). Innymi słowy, zarówno wymóg trzech czytań, jak i wymogi dotyczące poprawek związane są ściśle z respektowaniem tożsamości projektu ustawy, który winien przejść drogę trzech czytań i zachować swoją materialną tożsamość, określoną przez zakres materialny projektu ustawy oraz jej cele³¹.

Nie budzi jakichkolwiek wątpliwości fakt, że do Sejmu trafił projekt ustawy, który nie zawierał postanowień w zakresie nowelizacji przepisów ustawy — Prawo farmaceutyczne. Zagadnienia dotyczące prawa farmaceutycznego w żaden sposób (także pośrednio) nie pozostawały w związku z podstawowym przedmiotem regulacji, czyli gwarantowanych przez Skarb Państwa ubezpieczeń eksportowych.

Pierwotne postanowienia zawarte w art. 2–15 rządowego projektu, które dotyczyły zmian w innych ustawach, pozostawały w bezpośrednim i merytorycznym związku z regulacją zawartą w art. 1, czyli dotyczącym wprost nowelizacji przepisów ustawy z dnia 7 lipca 1994 roku o gwarantowanych przez Skarb Państwa ubezpieczeniach eksportowych (Dz. U. z 2020 r., poz. 1135); charakter takiego w żadnym razie nie mają przyjęte zmiany postanowień ustawy — Prawo farmaceutyczne. Nie istnieje jakikolwiek merytoryczny związek między zakresem i charakterem nowelizacji ustawy z dnia 7 lipca 1994 roku o gwarantowanych przez Skarb Państwa ubezpieczeniach eksportowych a zmianami wprowadzonymi w przepisach ustawy — Prawo farmaceutyczne. Zgłoszone „poprawki” w zakresie zmian przepisów tej ustawy nie pozostawały w jakimkolwiek związku ze złożonym przez wnioskodawcę projektem ustawy. Nie zmierzały do modyfikacji jego treści, lecz wręcz przeciwnie: ich celem stało się przedstawienie nowego projektu rozwiązań prawodawczych w obszarze zupełnie odrębnej regulacji ustawowej, co jest traktowane w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego jako naruszenie konstytucyjnego trybu stanowienia ustaw³².

W trakcie prac sejmowych nie zwrócono się o przygotowanie jakiegokolwiek opinii prawnej dotyczącej dochowania konstytucyjnego trybu uchwalania ustawy po zmianach wynikających z dodania przedmiotowych „poprawek”, nie przedstawiono informacji, które czyniłyby zadość obowiązkowi nałożonemu na projektodawcę tak w rozumieniu regulaminowym, jak i innych przepisów prawa, w tym ustawowych. Opinia przedstawicieli Biura Legislacyjnego wyrażona doraźnie podczas pierwszego czytania projektu, po zgłoszeniu poprawek na tym posiedzeniu, jednoznacznie wskazywała fakt naruszenia konstytucyjnego trybu sta-

³¹ *Proces prawotwórczy w świetle orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego. Wypowiedzi Trybunału Konstytucyjnego dotyczące zagadnień związanych z procesem legislacyjnym*, Warszawa 2015, s. 246–247.

³² Zob. wyrok TK z 9 marca 2016 roku, K 47/15, wskazane tam orzecznictwo i analiza.

nowienia ustaw; nie dotyczyła jednak analizy istoty rozwiązań, które zostały przedłożone. Przypomnieć tu należy, w ślad za Trybunałem Konstytucyjnym, że obowiązek konsultacyjny „aktualizuje się w momencie, kiedy w projekcie ustawy podczas jej rozpatrywania pojawiają się nowe istotne treści z punktu widzenia danego projektu”³³.

Kwestie dotyczące materii prawa farmaceutycznego nie były przedmiotem uzgodnień, konsultacji publicznych i opiniowania, jak i analizy z perspektywy obowiązków nałożonych na projektodawcę rządowego, a szczegółowo wskazanych w treści rozporządzenia prezesa Rady Ministrów z 20 czerwca 2002 roku w sprawie zasad techniki prawodawczej. Jednocześnie wbrew obowiązkowi sprecyzowanemu w treści art. 118 ust. 3 Konstytucji, w zakresie zmian w przepisach ustawy — Prawo farmaceutyczne, nie przedstawiono skutków finansowych wykonania tak zaproponowanych postanowień ustawy; nie doszło również do oszacowania skutków społecznych nowelizacji, a kwestie dotyczące materii prawa farmaceutycznego, ujęte w treści „poprawek” do rządowego projektu, nie są powiązane z jakimkolwiek merytorycznym uzasadnieniem spełniającym wymogi określone w art. 34 regulaminu Sejmu, co uzasadnia twierdzenie o naruszeniu trybu stanowienia ustawy³⁴.

Zastosowany tryb „poprawki” spowodował obejście art. 66 ust. 2 i art. 68 ustawy z dnia 6 marca 2018 roku — Prawo przedsiębiorców³⁵ w zakresie wywiązania się z obowiązku dołączenia: analizy możliwości osiągnięcia celu tego aktu normatywnego za pomocą innych środków; oceny przewidywanych skutków społeczno-gospodarczych, w tym oceny wpływu na mikroprzedsiębiorców, małych i średnich przedsiębiorców oraz analizy zgodności projektowanych regulacji z przepisami ustawy — Prawo przedsiębiorców. Wyniki oceny i analiz powinny zostać zamieszczone w uzasadnieniu do projektu aktu normatywnego lub w ocenie skutków regulacji stanowiącej odrębną część uzasadnienia projektu aktu normatywnego.

Mając na względzie fakt, że w konsekwencji uchwalenia ustawy wraz z przedmiotową „poprawką” nastąpiło ograniczenie kompetencji prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów — w zakresie sprecyzowanym w treści art. 2 ust. 3 — w sposób jaskrawy widoczne jest pozbawienie tego organu prawa przedstawienia swojego merytorycznego stanowiska (zob. też: art. 44 ustawy z 16 lutego 2007 roku o ochronie konkurencji i konsumentów)³⁶. Działanie podjęte w związku z przedłożeniem „poprawki” można potraktować jako jaskrawe obejście obowiązku przedstawienia tej propozycji normodawczej opiniowaniu organu, którego kompetencje zostaną ograniczone w chwili wejścia w życie uchwalanej w dniu 13 lipca 2023 roku ustawy. Warto też jeszcze raz przypomnieć, że wersja

³³ Wyrok TK z 9 marca 2016 roku, K 47/15.

³⁴ Por. wyrok TK z 17 maja 2005 roku, P 6/04.

³⁵ T.j. Dz. U. z 2024 r. poz. 236.

³⁶ T.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1689.

pierwotna nieobejmująca „poprawki” wprost dotyczącej kompetencji organu ochrony konkurencji i konsumentów była przedmiotem opiniowania. Jednocześnie działania, które związane są z wniesieniem „poprawki” w celu obejścia uzyskania stanowiska prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, należy traktować jako naruszenie jego niezależności jako systemowego organu ochrony, wzmocnionej w ramach nowelizacji ustawy z 9 marca 2023 roku o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2023 r., poz. 852), wdrażającej dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2019/1 z dnia 11 grudnia 2018 roku, mającą na celu nadanie organom ochrony konkurencji państw członkowskich uprawnień w celu skuteczniejszego egzekwowania prawa i zapewnienia należytego funkcjonowania rynku wewnętrznego (Dz. Urz. UE L 11).

Jednocześnie, co także istotne, zgodnie z art. 5 ustawy z dnia 7 lipca 2005 roku o działalności lobbingowej w procesie stanowienia prawa (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 248), w związku z § 52 uchwały nr 190 Rady Ministrów z dnia 29 października 2013 roku — Regulamin pracy Rady Ministrów (M.P. z 2022 r., poz. 348), projekt rządowy został udostępniony w Biuletynie Informacji Publicznej na stronie podmiotowej Rządowego Centrum Legislacji, w serwisie Rządowy Proces Legislacyjny, ale nie zawierał on przepisów dotyczących zmian w ustawie — Prawo farmaceutyczne. W konsekwencji zgłoszenia poselskiej „poprawki” doszło więc do obejścia tych przepisów, jak i wyłączenia skutecznej możliwości realizacji prawa dostępu do informacji publicznej (art. 61 Konstytucji RP) na podstawie odrębnych zasad i trybu sprecyzowanych w ustawie o działalności lobbingowej.

Nie tylko posłowie, członkowie dwóch komisji sejmowych, ale również inne podmioty (w tym zewnętrzne) nie dysponowały wystarczającym czasem do odpowiedniego zapoznania się i weryfikacji przedłożonych „poprawek”; między pierwszym a trzecim czytaniem minęły dwa dni, co oznacza, że odstąpiono od wymogu określonego w art. 44 ust. 3 regulaminu Sejmu³⁷.

Dodatkowo należy podnieść, że:

— 10 lipca 2023 roku wpłynął poselski projekt zmiany ustawy — Prawo farmaceutyczne, który dotyczył wyłącznie przepisu art. 23a ust. 1a, i tego samego dnia skierowany został do opinii Biura Legislacyjnego, BAS, a także do konsultacji SN, PG, KRRP, NRA, RDS, NRL, NRPiP, KRDL i KRF³⁸,

— od 22 sierpnia 2022 roku procedowany jest projekt poselski (Kukiz15, PiS) ustawy o zmianie ustawy — Prawo farmaceutyczne w zakresie rozszerzenia wysyłkowego kanału dystrybucji leków poprzez poszerzenie kręgu podmiotów do tego uprawnionych o sklepy zielarsko-medyczne, a 14 września 2022 roku zwrócono się

³⁷ Por. wyrok TK z 31 stycznia 2006 roku, K 23/03; z 30 czerwca 2009 roku, K 14/07.

³⁸ Por. <https://www.sejm.gov.pl/Sejm9.nsf/agent.xsp?symbol=PROJNOWEUST&NrKadencji=9&Kol=D&Typ=UST> (dostęp: 10.11.2023).

do przedstawiciela wnioskodawców o uzupełnienie uzasadnienia zgodnie z art. 34 ust. 2 pkt 4 regulaminu Sejmu oraz z art. 34 ust. 2a regulaminu Sejmu³⁹,

— 13 lipca 2023 roku została uchwalona przez Sejm ustawa o zmianie ustawy o refundacji leków, środków spożywczych specjalnego przeznaczenia żywieniowego oraz wyrobów medycznych oraz niektórych innych ustaw. W art. 2 tej ustawy zawarto kilkadziesiąt zmian dotyczących ustawy — Prawo farmaceutyczne⁴⁰. Projekt ten był projektem rządowym⁴¹, wpłynął do Sejmu 23 czerwca 2023 roku, zaś autopoprawka — 5 lipca 2023 roku. Pierwsze czytanie tego projektu nastąpiło 5 lipca 2023 roku; drugie natomiast — 11 lipca 2023 roku⁴². W ustawie tej nie zawarto przepisów dotyczących zmian ujętych w treści art. 2 i 12 ustawy o zmianie ustawy o gwarantowanych przez Skarb Państwa ubezpieczeniach eksportowych oraz niektórych innych ustaw. Oznacza to, że jeszcze przed pierwszym czytaniem projektu ustawy, która w ogóle nie miała powiązania z regulacją zawartą w ustawie — Prawo farmaceutyczne, właśnie tej regulacji dotyczyły trzy projekty poselskie, które rozpatrywane były przez Sejm, w tym jeden (projekt rządowy) w sposób kompleksowy dotyczący nowelizacji przepisów ustawy — Prawo farmaceutyczne, który rozpatrywany był równolegle: projekt ustawy o zmianie ustawy o refundacji leków, środków spożywczych specjalnego przeznaczenia żywieniowego oraz wyrobów medycznych oraz niektórych innych ustaw.

4. KONKLUZJE

W przypadku ostatniego z prezentowanych procesów legislacyjnych mamy do czynienia z sytuacją, w której zgłoszone „poprawki” dotyczące nowelizacji przepisów ustawy — Prawo farmaceutyczne odnoszą się do materii całkowicie nowej w stosunku do pierwotnego projektu ustawy przedstawionej przez Radę Ministrów i nie pozostają w zgodzie z celem i przedmiotem tej regulacji, której projekt procedowany był według szczególnego reżimu charakteryzującego wnoszenie rządowych inicjatyw ustawodawczych.

Zgłoszona podczas pierwszego czytania „poprawka” dotycząca nowelizacji ustawy — Prawo farmaceutyczne była *de facto* nową inicjatywą ustawodawczą. Jej „procedowanie” stanowiło jednocześnie obejście przepisów ustawowych sprzeczowanych w treści obowiązujących rozporządzeń oraz regulaminowych.

Przedmiotowa „poprawka” nie może być w żadnym razie uznana za wtórną propozycję legislacyjną, nie odnosi się ona bowiem w jakikolwiek sposób do

³⁹ Por. <https://www.sejm.gov.pl/Sejm9.nsf/agent.xsp?symbol=PROJNOWEUST&NrKadencji=9&Kol=D&Typ=UST> (dostęp: 10.11.2023).

⁴⁰ Por. [https://orka.sejm.gov.pl/opinie9.nsf/nazwa/3408_u/\\$file/3408_u.pdf](https://orka.sejm.gov.pl/opinie9.nsf/nazwa/3408_u/$file/3408_u.pdf) (dostęp: 10.11.2023).

⁴¹ Por. <https://legislacja.rcl.gov.pl/projekt/12348505> (dostęp: 10.11.2023).

⁴² Por. <https://www.sejm.gov.pl/Sejm9.nsf/PrzebiegProc.xsp?nr=3408> (dostęp: 10.11.2023).

pierwotnego zakresu projektu zgłoszonego przez Radę Ministrów. Nie jest i nie pozostaje (nawet pośrednio) w związku z przedmiotowymi ramami materii ujętej w przekazanym do Sejmu tekście projektu.

Jak podkreślał wielokrotnie Trybunał Konstytucyjny:

Pojęcie poprawki — zarówno poprawki zgłaszanej na etapie prac sejmowych przez wnioskodawcę (autopoprawki) lub Radę Ministrów albo przez posłów, jak również poprawki zgłaszanej przez Senat do ustawy uchwalonej przez Sejm — musi być interpretowane w taki sposób, aby nie doszło do zatarcia odrębności między poprawką a inicjatywą ustawodawczą, a w konsekwencji — do obchodzenia wymagań, jakie Konstytucja wiąże z inicjatywą ustawodawczą⁴³.

Akceptacja „poprawek” będących *de facto* niedopuszczalną proceduralnie formą realizacji prawa do inicjatywy ustawodawczej (jednoosobowo przez posła) w następstwie uzyskania większości głosów w komisjach sejmowych popierających taki „proceder” w żadnym razie nie prowadzi też do legalizacji zaistniałych naruszeń konstytucyjnej procedury stanowienia ustaw. Po pierwsze dlatego, że stanowi w dalszym ciągu przekroczenie granic dopuszczalnych poprawek poselskich, przekształcając się w „surogat inicjatywy ustawodawczej”⁴⁴, po drugie z tego powodu, że prowadzi do uchwalenia ustawy z naruszeniem konstytucyjnego wymogu przeprowadzenia trzech czytań.

W konsekwencji działań, które zostały podjęte, a które doprowadziły do uchwalenia ustawy z 13 lipca 2023 roku o gwarantowanych przez Skarb Państwa ubezpieczeniach eksportowych oraz niektórych innych ustaw w zakresie przepisów dotyczących zmian ustawy — Prawo farmaceutyczne, doszło do naruszenia art. 118 ust. 1 Konstytucji RP. Naruszenie polega na tym, że dodanie przedmiotowych przepisów w ramach „poprawki farmaceutycznej” (art. 2 i 12 ustawy), przy niebudzącym wątpliwości ustaleniu, że wyrażają one zupełną nowość normatywną w stosunku do pierwotnego projektu ustawy, *de facto* prowadzi do zastąpienia obowiązku przedłożenia projektu ustawy w ramach prawa inicjatywy ustawodawczej wniesieniem „poprawek”, których charakter i zakres w sposób oczywisty stanowi obejście wymogu przedłożenia odrębnego projektu ustawy w ramach konstytucyjnego prawa inicjatywy ustawodawczej (art. 118 ust. 1 Konstytucji RP), a w analizowanym przypadku stanowi jednocześnie przykład obejścia wielu przepisów: regulaminowych, zasad techniki legislacyjnej, a także nakazów wywiązania się przez projektodawcę z istniejących (skonkretyzowanych już) obowiązków ustawowych, których dopełnienie powinno charakteryzować inicjowanie i prowadzenie procedury stanowienia ustaw w demokratycznym państwie prawa (art. 2 Konstytucji RP).

⁴³ Wyrok TK z 24 marca 2004 roku, K 37/03.

⁴⁴ Co potwierdza się między innymi w wyroku TK z 12 grudnia 2002 roku, K 9/02, a także w sprawie K 3/98.

Należy jednocześnie pamiętać, że

Z przepisów regulujących postępowanie ustawodawcze, w szczególności z art. 119 ust. 1 Konstytucji (zasada trzech czytań projektu ustawy w Sejmie), wynikają istotne wnioski co do dopuszczalnego zakresu i „głębokości” poprawek. Na każdym etapie Sejm powinien rozpatrywać ten sam projekt ustawy w sensie merytorycznym, a nie tylko technicznym. Musi zatem występować „zakresowa tożsamość” rozpatrywanego projektu. W tak wyznaczonych granicach dopuszczalne są nawet poprawki całkowicie zmieniające kierunki rozwiązań przyjęte przez podmiot realizujący inicjatywę ustawodawczą, muszą one jednak, co do zasady, mieścić się w zakresie projektu wniesionego przez uprawniony podmiot i poddanego pierwszemu czytaniu. Wyjście poza zakreślony przez samego projektodawcę zakres przedmiotowy projektu jest dopuszczalne tylko wówczas, gdy treść poprawki pozostaje w ścisłym związku z przedmiotem projektowanej ustawy, a zwłaszcza wtedy, gdy jej wprowadzenie jest niezbędne do pełnego zrealizowania koncepcji projektodawcy. Samo pojęcie ustawy zakłada, że jest to akt prawny regulujący pewną dziedzinę życia społecznego i zbudowany w pewien usystematyzowany, racjonalny i logiczny sposób. Ustawa nie powinna być zatem aktem prawnym składającym się z oderwanych od siebie przepisów, zebranych w jednym akcie przypadkowo i bez żadnego związku merytorycznego (por. § 2 i § 3 ust. 2 i 3 załącznika do rozporządzenia prezesa Rady Ministrów z dnia 20 czerwca 2002 roku w sprawie „Zasad techniki prawodawczej”). Wynika stąd generalny zakaz dowolnego „obudowywania” projektów ustaw w trakcie postępowania ustawodawczego rozwiązaniami niezwiązanymi z materią, której ustawa dotyczy⁴⁵.

Przedmiotowa „poprawka” dotycząca zmian w ustawie — Prawo farmaceutyczne, zgłoszona podczas pierwszego czytania rządowego projektu ustawy, stanowi jaskrawy przykład przekształcenia prawa do wnoszenia poprawek w pozasystemowe prawo inicjatywy ustawodawczej. Materia ujęta w treści przedmiotowej „poprawki” nie została poddana konsultacji z uprawnionymi do tego podmiotami oraz pogłębionej dyskusji w ramach debaty parlamentarnej. W konsekwencji w drugim i trzecim czytaniu procedowany był inny projekt ustawy niż wniesiony do Sejmu, co powoduje naruszenie art. 119 ust. 1 i 2 Konstytucji — odpowiednio: nie przeszła ona trzech czytań konstytucyjnie wymaganych i jednocześnie wykraczała poza zakres poprawki w rozumieniu konstytucyjnym. Jak potwierdza to Trybunał Konstytucyjny:

Konsekwentna linia orzecznicza Trybunału wskazuje konieczność odróżnienia „poprawki” i „inicjatywy ustawodawczej”, choćby ze względu na to, że są to odrębne pojęcia konstytucyjne (por. art. 118 ust. 1 i 2 oraz art. 119 ust. 2 i 3 Konstytucji). O ile istotą „inicjatywy ustawodawczej” jest poddanie wszystkich proponowanych treści pełnej procedurze parlamentarnej, zanim dojdzie do ich uchwalenia, o tyle „poprawka” wnoszona jest w trakcie prac nad projektem ustawy (bądź nad uchwaloną już ustawą), nigdy więc proponowane w niej treści nie są poddane pełnej procedurze rozpatrzenia. „Prawo przedkładania poprawek nie może przekształcać się w surogat prawa inicjatywy ustawodawczej, a tym samym istnieją pewne granice, poza które treść poprawek poselskich wykraczać nie może” (wyrok o sygn. K 3/98; podobnie zob. wyroki z: 21 grudnia 2005 roku, sygn. K 45/05, OTK ZU nr 11/A/2005, poz. 140, i 16 kwietnia 2009 roku, sygn. P 11/08, OTK ZU nr 4/A/2009, poz. 49)⁴⁶.

⁴⁵ Wyrok TK z 24 marca 2004 roku, K 37/03.

⁴⁶ Wyrok TK z 9 marca 2016 roku, K 47/15.

Jednocześnie doszło do naruszenia i obejścia wielu przepisów regulaminowych, między innymi art. 34 ust. 1–2; art. 34 ust. 2a regulaminu Sejmu, również ze względu na to, że przyjęte rozwiązania dotyczą zasad podejmowania, wykonywania lub zakończenia działalności gospodarczej, a w konsekwencji — uzasadnienie projektu ustawy powinno odpowiadać wymogom określonym w art. 66 ust. 2 i art. 68 ustawy z dnia 6 marca 2018 roku — Prawo przedsiębiorców; art. 34 ust. 3.

W konsekwencji — co nie może także budzić jakichkolwiek wątpliwości — sposób „wprowadzenia” i następnie procedowania treści zawartej w art. 2 i 12 ustawy o gwarantowanych przez Skarb Państwa ubezpieczeniach eksportowych oraz niektórych innych ustaw, czyli w zakresie dotyczącym nowelizacji ustawy z dnia 6 września 2001 roku — Prawo farmaceutyczne, uchwalonej przez Sejm 13 lipca 2023 roku, stanowi naruszenie art. 7 Konstytucji, gdyż przepisy te zostały uchwalone z naruszeniem wielu unormowań rangi konstytucyjnej i niższej sprecyzowanych w treści licznych aktów normatywnych. Warto jednocześnie zauważyć, że już same naruszenia postanowień regulaminu Sejmu (ich obejście), jakie miały miejsce w toku prac nad ustawą o gwarantowanych przez Skarb Państwa ubezpieczeniach eksportowych oraz niektórych innych ustaw, w zakresie zmian przepisów ustawy — Prawo farmaceutyczne nie mogą być uznane za nieistotne, a co za tym idzie — mają kwalifikowany charakter, a to powoduje, jak stwierdzał wielokrotnie Trybunał Konstytucyjny, naruszenie art. 7 w związku z art. 112 Konstytucji⁴⁷.

Sposób wprowadzenia „poprawki”, jak i jej charakter i późniejsze działania organów władzy ustawodawczej stanowią jednocześnie naruszenie konstytucyjnej zasady zaufania obywatela do państwa i stanowionego przezeń (inaczej zasada lojalności państwa wobec obywateli — art. 2 Konstytucji RP), która pozostaje w bliskim związku z zasadą przewidywalności prawa wypracowaną na tle europejskiej Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności przez Europejski Trybunał Praw Człowieka.

Mając powyższe na uwadze, należy stwierdzić, że zaistniałe uchybienia są oczywistymi i wręcz „wzorcowymi” przykładami naruszenia konstytucyjnych standardów inicjowania i prowadzenia procesu ustawodawczego, a jednocześnie występują z takim nasileniem, które trudno jednoznacznie i racjonalnie wytłumaczyć⁴⁸.

⁴⁷ Por. wyrok TK z 24 marca 2004 roku, K 37/03.

⁴⁸ Por. wyrok TK z 23 marca 2006 roku, K 4/06.

AMENDMENTS TO THE PROVISIONS OF THE ACT
OF 6 SEPTEMBER 2001 — PHARMACEUTICAL LAW FROM
THE PERSPECTIVE OF RESPECTING THE STANDARDS
OF THE DEMOCRATIC PROCESS OF LAW-MAKING:
A CRITICAL ANALYSIS

Summary

The study analyses the practice of introducing amendments during parliamentary work on the amendment of the provisions of Pharmaceutical Law. The author focuses on indicating the scope and nature of violations of the constitutional procedure for enacting laws that accompanied these processes. In particular, the “mechanism” of changes made in connection with the enactment of the Act amending the Act on Export Insurance Guaranteed by the State Treasury and certain other acts was subjected to in-depth reflection.

Keywords: legislative procedure, principles of proper legislation, amendment and new legislative initiative, Pharmaceutical Law, amendment

BIBLIOGRAFIA

- Adamski J., Urban K., Warmińska E., *Refundacja leków, środków spożywczych specjalnego przeznaczenia żywieniowego oraz wyrobów medycznych. Komentarz*, Warszawa 2015.
- Biernat T., *Legislacja. Analiza procesu*, Kraków 2016.
- Jabłoński M., Jarosz-Żukowska S., *Działalność gospodarcza na rynku aptecznym i jej ograniczenia. Uwarunkowania konstytucyjne*, Warszawa 2022.
- Kuwalczuk A., *Analiza naruszania praw podstawowych w Polsce ze szczególnym uwzględnieniem praw przedsiębiorców na podstawie literatury przedmiotu*, [w:] M. Bąk, P.A. Bednarz, P. Kulawczuk, A. Kulawczuk, A. Poszewiecki, A. Szcześniak, *Praktyki rzetelnej legislacji gospodarczej. Doświadczenia światowe i możliwości ich adaptacji do warunków polskich*, s. 61 i n., <https://iped.pl/pliki/publikacje/raport2007-1.pdf> (dostęp: 10.11.2023).
- Proces prawotwórczy w świetle orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego. Wypowiedzi Trybunału Konstytucyjnego dotyczące zagadnień związanych z procesem legislacyjnym*, Warszawa 2015.
- Winogradzka M.A., *Inicjatywa i proces ustawodawczy w Sejmie*, „International Journal of Legal Studies” 2020, nr 2(8).

TOMASZ KOWOLIK

ZMIANA ZEZWOLENIA NA PROWADZENIE APTEKI OGÓLNODOSTĘPNEJ A ZMIANA LOKALIZACJI APTEKI

Abstrakt: W praktyce orzeczniczej organów Państwowej Inspekcji Farmaceutycznej przyjęto, że zezwolenie na prowadzenie apteki ogólnodostępnej jest ściśle powiązane z jej lokalizacją i jakiegokolwiek zmiany lokalizacji apteki (choćby w zakresie lokali w tym samym budynku) prowadzą do utraty zezwolenia. Pogląd ten nie ma wyraźnego oparcia w przepisach prawa, za to jest wynikiem procesu wykładni prawa. Skutki tej wykładni są dotkliwe i nieodwracalne dla przedsiębiorców, bowiem w obecnym stanie prawnym uzyskanie nowego zezwolenia w miejsce utraconego w praktyce jest niemożliwe. Z kolei przyczyny zmian lokalizacji apteki nierzadko są całkowicie niezależne od działań lub zaniechań przedsiębiorców. Ta sytuacja skłoniła autora do analizy przepisów prawa oraz orzecznictwa w poszukiwaniu odpowiedzi na pytanie, czy dopuszczalna jest zmiana lokalizacji apteki bez ryzyka utraty zezwolenia.

Słowa kluczowe: zezwolenie na prowadzenie apteki ogólnodostępnej, zmiana lokalizacji apteki, zmiana zezwolenia na prowadzenie apteki ogólnodostępnej, art. 99 Prawa farmaceutycznego, art. 97 Prawa farmaceutycznego, art. 155 Kodeksu postępowania administracyjnego, art. 22 Konstytucji RP

Zezwolenie na prowadzenie apteki ogólnodostępnej jest filarem reglamentacji tego rodzaju działalności gospodarczej. Zezwolenie określa, kto, gdzie i na jakich zasadach może prowadzić aptekę ogólnodostępną. Przepisy ustawy — Prawo farmaceutyczne (dalej: Pr.Farm.) określają procedurę udzielenia zezwolenia, wymogi konieczne dla jego uzyskania, a także przewidują, że zezwolenie można zmienić. Potrzeba zezwolenia lub zmiany danych w nim zawartych w praktyce obrotu gospodarczego zdarza się często i wywołuje przy tym wiele wymagających rozstrzygnięcia zagadnień prawnych dotyczących istoty samego zezwolenia, jego ram podmiotowych i przedmiotowych, a nawet samej dopuszczalności jego zmiany, zwłaszcza gdy jej przedmiotem miałyby być zmiana lokalizacji apteki ogólnodostępnej.

1. KRYTERIA UZYSKANIA ZEZWOLENIA

Zezwolenie udzielane jest przez wojewódzkiego inspektora farmaceutycznego na wniosek przedsiębiorcy spełniającego przepisane prawem kryteria, a wśród nich są:

- 1) kryteria podmiotowe (art. 99 ust. 3, 3a i 4 Pr.Farm.),
- 2) kryteria demograficzne i geograficzne (art. 99 ust. 3b Pr.Farm.),
- 3) kryteria lokalowe (art. 97 Pr.Farm.),
- 4) inne kryteria i obowiązki, w tym między innymi:
 - a. obowiązek zatrudnienia fachowego personelu, w tym kierownika apteki (art. 88 ust. 1 Pr.Farm.),
 - b. nieprowadzenie przez wnioskodawcę określonych rodzajów działalności, na przykład działalności leczniczej, hurtowni farmaceutycznej czy pośrednictwa w obrocie produktami leczniczymi,
 - c. dawanie przez wnioskodawcę rękojmi należytego prowadzenia apteki.

Kryteria uzyskania zezwolenia nie zostały ujęte w ustawie jednolicie w ramach jednego katalogu, lecz są rozproszone w różnych przepisach. Część z nich ujęta jest jako przesłanki pozytywne, jak na przykład obowiązek zatrudnienia kierownika apteki, a część jako kryteria negatywne adresowane do organu na zasadzie „nie wydaje się zezwolenia, gdy” — na przykład wnioskodawca nie jest farmaceutą albo spółką jawną/partnerską z wyłącznym udziałem farmaceutów. Trzecia grupa to katalog negatywnych przesłanek wydania zezwolenia, również adresowany do organu na zasadzie „organ odmawia udzielenia zezwolenia, gdy” — na przykład wnioskodawca prowadzi działalność leczniczą.

2. TREŚĆ I ZAKRES ZEZWOLENIA

Apteka ogólnodostępna może być prowadzona tylko na podstawie uzyskanego zezwolenia na prowadzenie apteki (art. 99 ust. 1 Pr.Farm., art. 108 ust. 4 pkt 4 lit. a Pr.Farm.). Zezwolenie udzielane jest w drodze decyzji (art. 108 ust. 4 Pr.Farm.) przez wojewódzkiego inspektora farmaceutycznego (art. 99 ust. 2 Pr.Farm.). Zgodnie z art. 102 Pr.Farm. zezwolenie powinno zawierać następujące elementy:

- 1) nazwę i siedzibę podmiotu, na rzecz którego zostało wydane zezwolenie, a w przypadku podmiotu będącego osobą fizyczną — imię, nazwisko i adres, pod którym jest wykonywana działalność gospodarcza,
- 2) gminę, na obszarze której apteka ma być utworzona,
- 3) adres prowadzenia apteki,
- 4) nazwę apteki, o ile taka jest nadana,
- 5) numer zezwolenia na prowadzenie apteki,
- 6) termin ważności zezwolenia na prowadzenie apteki, jeżeli jest oznaczony,
- 7) podstawowe warunki prowadzenia apteki.

Z kolei art. 44 ust. 1 ustawy — Prawo przedsiębiorców (dalej: Pr.Przeds.) stanowi, że zezwolenie uprawnia do wykonywania działalności gospodarczej

na terenie całego kraju i przez czas nieokreślony, chyba że odrębne przepisy stanowią inaczej.

Wykładnia powyższych przepisów prowadzi do wniosku, że podmiot, który uzyskał zezwolenie, może prowadzić aptekę ogólnodostępną na warunkach określonych w tym zezwoleniu pod wskazanym w zezwoleniu adresem przez czas nieoznaczony albo w terminie wskazanym w zezwoleniu.

3. ZMIANA ZEZWOLENIA

Dane w zezwoleniu mogą ulegać zmianie, ustawa nie ogranicza jednak które, co powinno być odczytywane jako dopuszczalność zmiany każdego z elementów zezwolenia. Dla przykładu: może się zmienić nazwa apteki, nazwa (firma) podmiotu prowadzącego aptekę (adresata zezwolenia), adres apteki, gmina, w której mieści się apteka (na przykład wskutek zmian granic administracyjnych), itd.

Należy jednak zwrócić uwagę, że zmiany danych w zezwoleniu mogą mieć różne źródło i nierzadko następować niezależnie od woli przedsiębiorcy — dla przykładu: zmiana nazwy ulicy, na której mieści się apteka, czy zmiana granic gminy, do której przynależy, zależeć może od decyzji właściwych organów administracji publicznej.

Zgodnie z prawem farmaceutycznym w przypadku zmiany danych zawartych w zezwoleniu przedsiębiorca ma obowiązek zawiadomić organ, który wydał to zezwolenie (art. 37ar Pr.Farm.). W takiej sytuacji przepisy nie stanowią o tym, aby organ wydał decyzję zmieniającą zezwolenie. Przepisy nie nakładają również na zezwoleniobiorcę obowiązku uzyskania decyzji zmieniającej zezwolenie, choć przewidują kompetencję dla organu do zmiany zezwolenia (art. 99 ust. 2 Pr.Farm., art. 108 ust. 4 pkt 4 lit. a Pr.Farm.). Taki układ przepisów powoduje pewien dysonans, bowiem skoro przedsiębiorca ma obowiązek jedynie zgłaszać zmianę danych (informować organ), to *a contrario* nie ma obowiązku uzyskiwania jakiegokolwiek decyzji zmieniającej w razie zmiany danych. Artykuł 37ar Pr.Farm. jest jasny i nie budzi wątpliwości, z kolei art. 99 ust. 2 i art. 108 Pr.Farm. określają jedynie kompetencję (uprawnienie) organu do wydania decyzji o zmianie zezwolenia, ale już nie precyzują, w jakich okolicznościach organ mógłby z tej możliwości skorzystać. Do tego trzeba mieć na względzie, że organ nie może dowolnie i rozszerzająco interpretować przepisów prawa i wywodzić z nich obowiązków, których nie przewidział ustawodawca, na co słusznie i wielokrotnie zwracał uwagę Naczelny Sąd Administracyjny¹ oraz wojewódzkie sądy administracyjne². Każdy organ administracyjny zobowiązany jest do przestrzegania zasady praworządności

¹ Por. między innymi wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 4 lutego 2020 roku (II GSK 3025/17).

² Por. wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 24 października 2006 roku (VI SA/Wa 1128/06).

i działania na podstawie i w granicach przepisów prawa (art. 6 k.p.a.), a także do rozstrzygnięcia wątpliwości prawnych na korzyść strony i przyjaznej interpretacji przepisów (art. 7a k.p.a. oraz art. 11 ustawy Pr.Przeds.). Zasada ta oznacza, że każde działanie organu administracji publicznej musi znajdować swoje wyraźne oparcie w przepisach prawa. Jeśli zaś pojawiają się wątpliwości co do treści normy prawnej, to należy je rozstrzygać na korzyść strony (art. 7a § 1 k.p.a.). Te zasady z kolei wynikają bezpośrednio z samej Konstytucji RP i wyrażonej w niej zasady legalizmu (art. 7), na co słusznie zwrócono uwagę w orzecznictwie Naczelnego Sądu Administracyjnego, podkreślając, że kompetencji władzy publicznej nie można domniemywać ani też interpretować rozszerzająco³.

Ograniczenia organu to jedna strona omawianego zagadnienia, zaś druga — to uprawnienia przedsiębiorcy oraz zasada: „Co nie jest zabronione, jest dozwolone”, wyrażona w art. 8 Pr.Przeds. Zgodnie z tym przedsiębiorca może podejmować wszelkie działania, z wyjątkiem tych, których zakazują przepisy prawa, a obowiązany do określonego zachowania może być tylko na podstawie przepisów prawa. Zasada ta jest rozwinięciem konstytucyjnych zasad swobody działalności gospodarczej wyrażonych w art. 20 i 22 Konstytucji RP, zgodnie z którymi gospodarka rynkowa oparta jest na wolności działalności gospodarczej, a jej ograniczenie jest dopuszczalne tylko w drodze ustawy i tylko ze względu na ważny interes publiczny.

Rozwijając powyższe rozważania — skoro przedsiębiorca ma obowiązek jedynie zawiadomić organ o zaistniałych zmianach w zezwoleniu, to nie ma podstaw do uzyskania decyzji o zmianie zezwolenia. Takie stanowisko zajął Naczelny Sąd Administracyjny, uznając, że sukcesja uniwersalna, jako zdarzenie następujące z mocy prawa, nie wymaga zmiany zezwolenia na prowadzenie apteki⁴. Tym samym krytycznie należy odnieść się do nieprawomocnego wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie, w którym uznano, że nie tylko konieczna jest zmiana zezwolenia na prowadzenie apteki ogólnodostępnej, ale wręcz że podmiot występujący o zmianę zezwolenia na prowadzenie apteki, które to zezwolenie uzyskał przed wejściem w życie ustawy nowelizującej (25 czerwca 2017 roku, tak zwana „Apteka dla Aptekarza”), musi spełniać wymogi nałożone nowymi przepisami prawa farmaceutycznego⁵.

Sytuacja prawna podmiotów prowadzących apteki nie jest jednak tak prosta, jak to wynika z przytoczonego wyżej przepisu art. 37a Pr.Farm. Praktyka organów Państwowej Inspekcji Farmaceutycznej jest taka, że każda zmiana danych

³ Por. między innymi wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 8 lutego 2022 roku, sygn. akt: II GSK 1650/18.

⁴ Por. między innymi wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 5 lutego 2020 roku, sygn. akt: II GSK 2478/17.

⁵ Por. wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 31 października 2019 roku (VI SA/Wa 903/19; nieprawomocny).

zawartych w zezwoleniu wymaga wydania decyzji zmieniającej. Jako podstawę wydania takiej decyzji organy wskazują przytoczony już wyżej art. 99 ust. 2 Pr.Farm. Sporny jest również sam charakter decyzji zmieniającej, to znaczy — czy jest to decyzja konstytutywna, czy deklaratoryjna. Abstrahując od tego, czy należy wydawać decyzje o zmianie zezwolenia, czy nie, nie powinno budzić wątpliwości, że ewentualna decyzja aktualizująca dane, które się zmieniły na mocy innych zdarzeń prawnych (na przykład zmiana nazwiska, zmiana nazwy ulicy itp.), powinna mieć charakter deklaratoryjny. Mimo to część orzeczeń sądów administracyjnych, w tym również Naczelnego Sądu Administracyjnego, wskazuje, że nawet zmiana danych w zezwoleniu zaistniała z mocy innych zdarzeń prawnych wymaga konstytutywnej decyzji wydanej w trybie art. 155 k.p.a.⁶ Z drugiej strony, istnieje też kilkanaście orzeczeń wskazujących, że zaistniała zmiana danych zezwoleniobiorcy, wynikająca z faktu połączenia spółek (sukcesja uniwersalna), nie wymaga w ogóle decyzji o zmianie zezwolenia, lecz wymaga czynności potwierdzenia zmiany danych, która nie jest tożsama z udzieleniem czy zmianą zezwolenia na prowadzenie apteki⁷. Zatem w orzecznictwie samego Naczelnego Sądu Administracyjnego zauważalne są rozbieżności co do tego, jakie zmiany danych wymagają zmiany zezwolenia i w jakim trybie powinny nastąpić.

Praktyka orzecznicza organów Inspekcji Farmaceutycznej poparta niektórymi z przytoczonych wyżej orzeczeń sądów administracyjnych wskazuje na konstytutywny charakter wszelkich decyzji zmieniających, co z kolei wywodzone jest z art. 155 k.p.a., ze wskazaniem, że art. 99 ust. 2 Pr.Farm. nie stanowi samodzielnej podstawy prawnej do wydania decyzji w przedmiocie zmiany zezwolenia, gdyż ma on charakter wyłącznie normy kompetencyjnej, co oznacza, że podstawą zmiany decyzji w przedmiocie zezwolenia na prowadzenie apteki może być jedynie art. 155 k.p.a.⁸ Artykuł 155 k.p.a. stanowi, że decyzja ostateczna, na mocy której strona nabyła prawo, może być w każdym czasie za zgodą strony uchylona lub zmieniona przez organ administracji publicznej, który ją wydał, jeżeli przepisy szczególne nie sprzeciwiają się uchyleniu lub zmianie takiej decyzji i przemawia za tym interes społeczny lub słuszny interes strony. Przepis ten jednoznacznie stanowi o wydaniu decyzji o charakterze konstytutywnym w przedmiocie zmiany innej ostatecznej decyzji administracyjnej, co też jednoznacznie zostało potwierdzone

⁶ Por. między innymi wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 21 września 2011 roku (sygn. akt II GSK 871/10) oraz wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 2 czerwca 2009 roku (sygn. akt II GSK 985/08).

⁷ Por. między innymi wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 27 lutego 2018 roku (sygn. akt II GSK 2510/17) oraz wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 4 lutego 2020 roku (sygn. akt II GSK 3291/17).

⁸ Por. między innymi wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 25 maja 2022 roku (sygn. akt V SA/Wa 3721/21) czy wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 27 kwietnia 2010 roku (sygn. akt VI SA/Wa 427/10).

w orzecznictwie sądów administracyjnych⁹. Skoro art. 155 k.p.a. przewiduje wydanie konstytutywnej decyzji administracyjnej, to już z tego powodu nie powinien on być stosowany do zmian danych zawartych w zezwoleniu, które zaistniały z mocy innych zdarzeń prawnych, gdyż taka zmiana zezwolenia miałaby charakter deklaratoryjny. W przeciwnym razie mogłoby dojść do paradoksalnych sytuacji, w których na przykład osoba fizyczna będąca zezwoleniobiorcą po zmianie nazwiska traci zezwolenie, gdyż nie uzyskuje decyzji konstytutywnej zmieniającej dane w zezwoleniu.

Należy zatem zadać pytanie, jakie zmiany będą miały charakter deklaratoryjny. Odpowiedź nie jest prosta, choćby z tego względu, że w ocenie organów Inspekcji Farmaceutycznej oraz sądów administracyjnych art. 155 k.p.a. stosuje się do zmian o charakterze deklaratoryjnym, co — jak już wyjaśniono — nie jest prawidłowe. Dorobek doktryny w tym obszarze również tej odpowiedzi nie dostarcza. Niemniej jednak, wydaje się ona dosyć oczywista, a mianowicie: zmianą konstytutywną będzie każda zmiana, która nie jest zmianą deklaratoryjną (zaistniała z mocy innych zdarzeń prawnych). Zatem do zmian konstytutywnych zezwolenia na prowadzenie apteki ogólnodostępnej możemy zaliczyć na przykład zmianę podstawowych warunków prowadzenia apteki czy adresu — jej lokalizacji. Takie zmiany, jako niewynikające z innych zdarzeń prawnych, wymagałyby wydania decyzji zmieniającej o charakterze konstytutywnym, choć ta ostatnia dotycząca lokalu apteki wymaga szczegółowego omówienia.

Konkludując, należy uznać, że zmiany danych w zezwoleniu, które zaistniały z mocy różnych zdarzeń prawnych, na przykład zmiana firmy lub nazwiska przedsiębiorcy, adresu wskutek zmiany nazwy ulicy, formy prawnej przedsiębiorcy itd., są zmianami deklaratoryjnymi i wymagają jedynie zgłoszenia zmiany danych w trybie art. 37ar Pr.Farm. Z kolei inne są zmianami konstytutywnymi i ich dokonanie wymaga wydania decyzji w trybie art. 155 k.p.a.

4. LOKAL APTECZNY

Jak wskazano, zmiana adresu związana ze zmianą lokalu aptecznego powodowałaby konieczność wydania konstytutywnej decyzji zmieniającej decyzję o udzieleniu zezwolenia na prowadzenie apteki. Jednak zagadnienie prawa do lokalu aptecznego w kontekście zezwolenia na prowadzenie apteki wymaga szerszego omówienia.

Kwestię lokalu apteki ogólnodostępnej reguluje art. 97 Pr.Farm. Przepis ten stanowi, że apteka ogólnodostępna może stanowić odrębny budynek lub być

⁹ Por. między innymi wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 15 lutego 2018 roku (sygn. akt II OSK 992/16) czy wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 5 lipca 2016 roku (sygn. akt I OSK 1494/14).

usytuowana w obiekcie o innym przeznaczeniu, pod warunkiem wydzielenia od innych lokali obiektu i innej działalności. Z kolei lokal apteki ogólnodostępnej obejmuje powierzchnię podstawową i pomocniczą. Izba ekspedycyjna wchodząca w skład powierzchni podstawowej musi stwarzać warunki zapewniające dostęp osób niepełnosprawnych. Szczegółowy wykaz pomieszczeń wchodzących w skład powierzchni podstawowej i pomocniczej apteki określa minister właściwy ds. zdrowia w drodze rozporządzenia. Powierzchnia podstawowa apteki ogólnodostępnej nie może być mniejsza niż 80 m², przy czym dopuszcza się, aby w aptekach ogólnodostępnych zlokalizowanych w miejscowościach liczących do 1500 mieszkańców oraz na terenach wiejskich powierzchnia podstawowa była nie mniejsza niż 60 m².

Zatem z art. 97 Pr.Farm. wynika, że: 1) właściciel apteki musi posiadać prawo do lokalu, w którym znajduje się apteka, 2) lokal apteczny musi być odrębnym budynkiem lub wyodrębnioną od innych lokali i innej działalności częścią budynku, 3) lokal apteczny musi obejmować powierzchnię podstawową i pomocniczą, 4) powierzchnia lokalu zasadniczo nie może być mniejsza niż 80 m².

Konsekwencją kryteriów określonych w art. 97 Pr.Farm. jest obowiązek wynikający z art. 100 ust. 2 Pr.Farm., dołączenia do wniosku o wydanie zezwolenia stosownych dokumentów: 1) tytułu prawnego do pomieszczeń apteki ogólnodostępnej, 2) planu i opisu technicznego pomieszczeń przeznaczonych na aptekę sporządzony przez osobę uprawnioną, oraz 3) opinii Państwowej Inspekcji Sanitarnej o lokalu zgodnie z odrębnymi przepisami.

Pomimo że lokal apteczny jest jednym z istotnych warunków posiadania zezwolenia, a jego dokumentacja techniczna stanowi materiał do wydania decyzji o udzieleniu zezwolenia, to poza wskazaniem jego adresu lokal apteczny w zezwoleniu ujęty nie jest. Z tego wynika, że zmiany w lokalu aptecznym (poza adresem) nie są objęte dyspozycją art. 37ar Pr.Farm. Również inne przepisy nie przewidują obowiązku zgłaszania zmian w tym zakresie ani nie zabraniają ich dokonywania.

W orzecznictwie Inspekcji Farmaceutycznej¹⁰ oraz sądów administracyjnych¹¹ wskazuje się, że zezwolenie na prowadzenie apteki ogólnodostępnej ma charakter przedmiotowo-podmiotowy, to znaczy, że jest wydawane konkretnemu podmiotowi na prowadzenie apteki w konkretnym lokalu. Warto jednak podkreślić, że przywoływane orzeczenia sądów administracyjnych w tym zakresie nie dotyczyły zmiany lokalu aptecznego, lecz odmowy wydania nowego zezwolenia na prowadzenie działalności aptecznej w lokalu, w którym jest już prowadzona inna działalność — i w tym zakresie z argumentacją sądów zasadniczo należy

¹⁰ Por. między innymi decyzję Głównego Inspektora Farmaceutycznego z dnia 1 czerwca 2022 roku (POD.503.82.2022.SK.2) oraz decyzję Śląskiego Wojewódzkiego Inspektora Farmaceutycznego z dnia 12 sierpnia 2021 roku (A.850.1.7.2021).

¹¹ Por. między innymi wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 22 marca 2022 roku (sygn. akt II GSK 1585/18) oraz wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 14 listopada 2018 roku (sygn. akt VI SA/Wa 1236/18).

się zgodzić, bo art. 97 Pr.Farm. jasno stanowi, że lokal apteki musi być wyodrębniony. Organy Inspekcji Farmaceutycznej argumentację zawartą w wyrokach o przedmiotowo-podmiotowym charakterze zezwoleń stosują do spraw związanych ze zmianą lokalu aptecznego, z czym już zgodzić się nie można. O podmiotowo-przedmiotowym charakterze zezwolenia możemy mówić w tym kontekście, że określa ono podmiot uprawniony i miejsce prowadzenia apteki, ale nie w tym kontekście, że zakazuje zmiany lokalizacji apteki. Na marginesie należy zauważyć, że podmiotowy charakter zezwolenia zasadniczo nie budzi wątpliwości z uwagi na zasadę indywidualności decyzji administracyjnych, a mimo to i tak możliwa jest zmiana podmiotowa pod warunkami określonymi w art. 104a Pr.Farm. Skoro zatem pomimo zasady indywidualności decyzji administracyjnych dopuszczalna jest zmiana podmiotowa, to tym bardziej zasadna wydaje się zmiana przedmiotowa dotycząca lokalizacji apteki, na mocy konstytucyjnej decyzji. Negując dopuszczalność zmiany lokalizacji apteki, organy Inspekcji Farmaceutycznej w swych decyzjach powołują się na art. 97 Pr.Farm. O ile z tego przepisu można wyczytać, że w lokalu apteki nie może być prowadzona jakakolwiek inna działalność, o tyle nie wynika z niego zakaz zmiany lokalu aptecznego w trybie zmiany zezwolenia na podstawie art. 155 k.p.a.

Należy mieć na uwadze, że żaden przepis szczególny nie zabrania dokonywania zmian decyzji o udzieleniu zezwolenia na mocy art. 155 k.p.a. Przepisy ograniczające swobodę wykonywania działalności gospodarczej wymagają ścisłej interpretacji — nie można domniemywać istnienia takiego wyłączenia. Skoro przepisy wprost nie wyłączają zastosowania art. 155 k.p.a. w odniesieniu do decyzji o udzieleniu zezwolenia na prowadzenie apteki ogólnodostępnej, to takie wyłączenie nie istnieje. Nie można tracić z pola widzenia tego, że reglamentacja działalności gospodarczej jest wyjątkiem od konstytucyjnej zasady swobody działalności gospodarczej, a swobody i wolności gwarantowane w konstytucji oczywiście mogą być ograniczane z uwagi na wyższe dobro, ale ograniczenie to musi być wyraźne i jednoznaczne. Nie jest dopuszczalne dokonywanie rozszerzającej wykładni takich ograniczeń.

Jak już wskazano, art. 155 k.p.a. stanowi, że decyzja ostateczna, na mocy której strona nabyła prawo, może być w każdym czasie za zgodą strony zmieniona przez organ, który ją wydał, o ile przepisy szczególne się temu nie sprzeciwiają i przemawia za tym interes społeczny lub słuszny interes strony. Biorąc pod uwagę, że przepisy prawa farmaceutycznego nie sprzeciwiają się zmianie decyzji o udzieleniu zezwolenia w jakimkolwiek zakresie, a wręcz ją abstrakcyjnie przewidują (art. 99 ust. 2 Pr.Farm.), należy uznać, że zmiana decyzji o udzieleniu zezwolenia, w tym również w zmiany lokalu aptecznego, będzie możliwa, jeśli będzie za tym przemawiał interes społeczny lub słuszny interes strony. Dopiero w toku postępowania o zmianę zezwolenia organ powinien rozstrzygnąć, czy zachodzi przesłanka interesu publicznego lub interesu strony oraz czy nie zachodzi przeszkoda do zmiany zezwolenia w postaci na przykład niezgodności lokalu aptecznego

z przepisami prawa albo obejścia przepisów prawa o wydaniu zezwoleń poprzez zmianę lokalizacji apteki. Stanowisko, które *a priori* odrzuca możliwość zmiany lokalizacji apteki, należałoby uznać za błędne.

Rozwijając powyższy pogląd, należy zauważyć, że przepis art. 155 k.p.a. ma zastosowanie do wszelkiego rodzaju decyzji, o ile przepisy szczególne nie stanowią inaczej. Zmiana decyzji o udzielenie zezwolenia w trybie art. 155 k.p.a. poprzez zmianę lokalizacji apteki będzie zmianą konstytutywną i to organ powinien podjąć decyzję, czy zasadne jest dokonanie zmiany lokalizacji, czy też nie, mając przede wszystkim na względzie przyczyny tej zmiany oraz to, czy zmiana lokalizacji nie spowoduje zaprzestania spełniania wymogów prowadzenia działalności regulowanej. Organ odmiennie powinien ocenić przeniesienie apteki do całkowicie odmiennej lokalizacji (oddalonej o wiele kilometrów od dotychczasowej) i przeniesienie apteki do sąsiedniego lokalu w tym samym budynku lub do budynku znajdującego się w bezpośrednim sąsiedztwie dotychczasowego lokalu.

Analiza orzecznictwa organów Inspekcji Farmaceutycznej wskazuje, że organy nie tylko nie aprobują *a priori* zmiany lokalizacji apteki, ale nawet stosują dale idącą wykładnię prawa, zgodnie z którą utrata prawa do lokalu aptecznego powoduje bezwzględna konieczność cofnięcia zezwolenia, o ile przedsiębiorca nie zgłosi zaprzestania wykonywania działalności apteki. Jako podstawę prawną w takiej sytuacji organy Inspekcji Farmaceutycznej wskazują art. 37ap ust. 1 pkt 2 Pr.Farm., który dotyczy zaprzestania spełniania warunków określonych przepisami prawa, wymaganych do wykonywania działalności gospodarczej określonej w zezwoleniu. Choć nie jest to *expressis verbis* wyrażone w przepisie, należy rozumieć, że chodzi tutaj o trwałe zaprzestanie spełniania warunków, a nie o sytuację, gdy jest ono przejściowe. Należy zauważyć, że przejściowo przedsiębiorca może nie spełniać wszystkich warunków prowadzenia działalności, jednak wówczas nie powinien tej działalności prowadzić, dopóki warunki nie będą z powrotem spełnione. Zgodnie z art. 103 ust. 2 pkt 4 Pr.Farm. dopiero, gdy działalność w aptece nie jest prowadzona przez sześć miesięcy, organ może (choć nie ma takiego obowiązku) cofnąć zezwolenie. Jako przykłady przejściowego braku spełniania kryteriów można wskazać między innymi brak fachowej obsady (na przykład z powodu choroby osoby uprawionej lub jej zwolnienia z pracy i braku zastępcy/następcy), remontu lokalu, awarii niezbędnych urządzeń, zdarzeń losowych (na przykład włamania, braku zasilania, zalania, pożaru itp.). W każdej z tych sytuacji przedsiębiorca nie spełnia wymogów prowadzenia apteki, jednak nie jest to podstawą cofnięcia zezwolenia, gdyż w takiej sytuacji przedsiębiorca czasowo zamyka aptekę i zawiadamia o tym Inspekcję Farmaceutyczną oraz inne organy. Nie inaczej jest w przypadku utraty prawa do lokalu — jeśli jego utrata jest przejściowa, to przedsiębiorca powinien mieć możliwość zamknięcia apteki do czasu usunięcia przeszkody. Jako usunięcie przeszkody w takim przypadku można traktować na przykład uzyskanie nowego prawa do tego samego lokalu lub do innego, pod warunkiem wydania przez organ decyzji o zmianie zezwolenia w trybie art. 155 k.p.a.

5. PODSUMOWANIE

Podsumowując, należy wskazać, że zmiany zezwoleń na prowadzenie aptek ogólnodostępnych należy podzielić na: 1) zmiany deklaratoryjne wynikające z różnych zdarzeń prawnych i niewymagające wydawania konstytutywnej decyzji zmieniającej, a jedynie decyzji deklaratoryjnej potwierdzającej zaistniałą zmianę, oraz 2) zmiany konstytutywne, które zaistnieć mogą wyłącznie na podstawie ostatecznej decyzji o zmianie zezwolenia wydanej na podstawie art. 155 k.p.a.

W świetle aktualnie obowiązujących przepisów prawa, lecz wbrew praktyce orzeczniczej organów Inspekcji Farmaceutycznej, dopuszczalna jest zmiana lokalizacji apteki w trybie zmiany decyzji o udzieleniu zezwolenia, na podstawie art. 155 k.p.a., o ile spełnione są przesłanki określone w tym przepisie, a nadto zmiana nie będzie naruszała przepisów prawa, w tym regulujących wymogi dotyczące lokalu aptecznego i nie będzie prowadziła do obejścia prawa o wydawaniu nowych zezwoleń, na przykład poprzez istotną zmianę lokalizacji.

AMENDMENT OF LICENSE FOR OPERATING PUBLIC PHARMACIES AND CHANGE OF LOCATION OF A PHARMACY

Summary

A public pharmacy may be operated only on the basis of a pharmacy license. The owner of the pharmacy must have the right to the premises in which the pharmacy is located, and the pharmacy premises must be a separate building or part of the building separated from other premises and other activities. The license to operate a public pharmacy specifies who, where and under what conditions may run a pharmacy. The license is granted in administrative decision by the provincial pharmaceutical inspector. One of the elements of the license is the pharmacy's address. The data in the license may change, but the provisions of the law do not limit the scope of changes that may occur. Changes of data in the license may occur for various reasons and do so often regardless of the entrepreneur's will. In the event of a data change, the entrepreneur is only obliged to notify the authority about these changes. The practice of the State Pharmaceutical Inspectorate is that any change to the data contained in the license requires the issuance of an amending decision. Changes to license to operate pharmacies should be divided into: 1) declaratory changes resulting from various legal events and not requiring the issuance of a constitutive amending decision, but only a declaratory decision confirming the change, and 2) constitutive changes, which may occur only on the basis of a final decision on amendment of license, issued pursuant to Article 155 of the Code of Administrative Procedure. Amendment of a decision of granting a license, including changing the pharmacy premises, will be possible if the public interest or justifiable interest of the party is involved. According to currently applicable legal provisions, but contrary to the jurisprudence of the Pharmaceutical Inspection authorities, changing the location of a pharmacy should be allowed by amendment of decision on grant a license, pursuant to Article 155 of the Code of Administrative Procedure.

Keywords: license for operate a public pharmacy, change of pharmacy location, amendment of license for operate a public pharmacy, Article 99 of Pharmaceutical Law, Article 97 of Pharmaceutical Law, Article 155 of the Code of Administrative Procedure, Article 22 of the Constitution of the Republic of Poland

BIBLIOGRAFIA

Decyzja Głównego Inspektora Farmaceutycznego z dnia 1 czerwca 2022 roku (POD.503.82.2022.SK.2) oraz decyzja Śląskiego Wojewódzkiego Inspektora Farmaceutycznego z dnia 12 sierpnia 2021 roku (A.850.1.7.2021).

Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 2 czerwca 2009 roku (sygn. akt II GSK 985/08).

Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 21 września 2011 roku (sygn. akt II GSK 871/10).

Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 5 lipca 2016 roku (sygn. akt I OSK 1494/14).

Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 15 lutego 2018 roku (sygn. akt II OSK 992/16).

Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 27 lutego 2018 roku (sygn. akt II GSK 2510/17).

Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 4 lutego 2020 roku (sygn. akt II GSK 3025/17).

Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 4 lutego 2020 roku (sygn. akt II GSK 3291/17).

Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 5 lutego 2020 roku (sygn. akt: II GSK 2478/17).

Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 8 lutego 2022 roku (sygn. akt: II GSK 1650/18).

Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 22 marca 2022 roku (sygn. akt II GSK 1585/18).

Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 24 października 2006 roku (VI SA/Wa 1128/06).

Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 27 kwietnia 2010 roku (sygn. akt VI SA/Wa 427/10).

Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 14 listopada 2018 roku (sygn. akt VI SA/Wa 1236/18).

Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 31 października 2019 roku (VI SA/Wa 903/19; nieprawomocny).

Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 25 maja 2022 roku (sygn. akt V SA/Wa 3721/21).

WOJCIECH KRAJEWSKI

ORCID: 0000-0001-9640-1121

Menedżerska Akademia Nauk Stosowanych w Warszawie

USYTUOWANIE PRAWNO-ORGANIZACYJNE PAŃSTWOWEJ INSPEKCJI FARMACEUTYCZNEJ W KONTEKŚCIE PLANOWANYCH ZMIAN ORGANIZACYJNYCH

Abstrakt: Artykuł ma na celu przedstawienie charakterystyki obecnie funkcjonującej struktury organizacyjnej Państwowej Inspekcji Farmaceutycznej, problemów wynikających z jej funkcjonowania w związku z przyjętym dychotomicznym podziałem strukturalnym na Głównego Inspektora Farmaceutycznego oraz wojewodę wykonującego zadania przy pomocy wojewódzkiego inspektora farmaceutycznego. W treści przedstawiono omówienie proponowanej nowelizacji ustawy — Prawo farmaceutyczne w zakresie pionizacji struktur Państwowej Inspekcji Farmaceutycznej. Na zakończenie artykułu wskazane zostały wnioski dotyczące proponowanych zmian w ustawie — Prawo farmaceutyczne oraz dalsze postulaty i rozważania związane z niniejszą ustawą.

Słowa kluczowe: prawo, prawodawstwo, legislacja, Państwowa Inspekcja Farmaceutyczna, pionizacja

Polski proces legislacyjny ujmowany jest w zakresie prawa konstytucyjnego, gdzie uważa się go za element politycznego procesu podejmowania decyzji i sprawowania władzy. Kreowanie prawa odbywa się także na dwóch innych płaszczyznach — unijnej oraz na każdym szczeblu krajowej administracji publicznej.

Tworzenie prawa jest złożonym, zorganizowanym procesem, dokonywanym w ramach konkretnej instytucji i zgodnie z określoną prawem procedurą¹.

Stanowienie prawa jest podstawową formą tworzenia prawa w kulturze prawa kontynentalnego — świadomym i celowym procesem dokonywanym jednostronnie przez upoważniony do tego podmiot, w efekcie którego powstają normy abstrakcyjne i generalne². Przykładem stanowienia prawa jest uchwalenie ustawy

¹ T. Chauvin, T. Stawecki, P. Winczorek, *Wstęp do prawoznawstwa*, Warszawa 2011, s. 183.

² *Ibidem*, s. 185.

przez parlament albo wydanie rozporządzenia przez upoważnionego ministra na podstawie upoważnienia ustawowego zawartego w stosownej ustawie³.

Struktura procesu tworzenia prawa jest zagadnieniem wielopłaszczyznowym, szczególnie jeśli rozpatrujemy go w wymiarze współczesnego państwa demokratycznego oraz przyjętych rozwiązań ustrojowych. Definicja trybu procesu prawotwórczego, rozumiana szeroko, odnosi się do sfery czynników mających wpływ na wiele działań prawotwórczych. Znaczny wpływ na nie mają przyjęte procedury i prawnie określona kompozycja instytucjonalna podmiotów uczestniczących w tym procesie. Pryncypialne znaczenie dla kształtowania procesu tworzenia prawa ma jego dostosowanie do rozwiązań ustrojowych oraz przyjęta konstrukcja sprawowania władzy politycznej.

W doktrynie podkreśla się, że

współczesny proces prawodawczy jest przy tym wysoce zorganizowany i składa się z wielu następujących po sobie sekwencyjnie czynności wykonywanych przez różne instytucje. Instytucje biorące w nim udział oraz reguły ich funkcjonowania są wyznaczane przez obowiązujące normy prawne i składają się na bardzo skomplikowaną procedurę prawodawczą. Rezultaty procesu prawotwórczego — konkretne akty normatywne, ich treść i kształt formalny — są więc wynikiem aktywności wielu ludzi lub ich zespołów: polityków mogących skutecznie inicjować i przeprowadzać prace legislacyjne, ekspertów, lobbystów, redaktorów tekstów prawnych⁴.

Podczas procesu tworzenia prawa fundamentalne, a wręcz prymarne znaczenie powinna mieć zawsze analiza zasad wyprowadzonych z Konstytucji RP, takich jak zasada demokratycznego państwa prawnego i wynikająca z niej zasada przyzwoitej legislacji — wywiedziona z art. 2, zasada legalizmu, która nakazuje działać organom władzy publicznej na podstawie i w granicach prawa, a jednym z jej przejawów jest zakaz naruszania prawa proceduralnego w toku procesu prawodawczego — wywiedziona z art. 7, czy też zasady wyrażone w art. 73 stanowiące o odpowiedzialności władzy publicznej.

Polski ustrojodawca zmodyfikował klasyczną formułę państwa prawa, wpisując w tekst obowiązującej ustawy zasadniczej zasadę demokratycznego państwa prawnego. Podkreślony tym brzmieniem art. 2 Konstytucji demokratyzm, będący immanentnym elementem państwa prawa, sprawia, że polska ustawa zasadnicza wyraźnie wskazuje na konieczność połączenia formalnego oraz materialnego aspektu państwa prawa. Minimalne wymogi treściowe odnoszące się do prawa tworzonego przez polskiego ustawodawcę wskazują między innymi na obowiązek respektowania zasady demokracji. W doktrynie prawa wskazuje się, że z brzmienia art. 2 Konstytucji można odczytać trzy osobne zasady: państwa demokratycznego, państwa prawnego oraz państwa sprawiedliwego⁵.

³ M. Mazuryk, M. Kaczocha, *Legislacja administracyjna*, Warszawa 2014, s. 12.

⁴ S. Wronkowska, *Proces prawodawczy dwóch dekad — sukcesy i niepowodzenia*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2009, t. 71/2, s. 111.

⁵ Por. W. Sokolewicz, *Uwagi do art. 2 Konstytucji*, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. 5, red. L. Garlicki, Warszawa 2007, s. 10; A. Pułło, *Sprawiedliwość społeczna*

Mając na uwadze przedstawione normy konstytucyjne oraz wywiedzione przez Trybunał Konstytucyjny zasady prawidłowej legislacji⁶, czyli właściwego stanowienia norm prawnych, zgodnie z przyjętymi wartościami oraz regułami funkcjonowania państwa demokratycznego przedstawiam projekt ustawy o zmianie ustawy — Prawo farmaceutyczne oraz niektórych innych ustaw (UD442)⁷.

Niniejszy projekt ustawy jest projektem rządowym, tym samym podlega najdłuższej ścieżce procedowania, zgodnie z uchwałą nr 190 Rady Ministrów z dnia 29 października 2013 roku — Regulamin pracy Rady Ministrów⁸, został on skierowany do uzgodnień międzyresortowych oraz konsultacji publicznych w dniu 28 października 2022 roku z terminem 30 dni do zgłaszania uwag. Warto zauważyć jest to, że przyjęty w regulaminie termin wynosi nie krócej niż 21 dni, z wyjątkiem projektów zawierających szczegółowe uzasadnienie skrócenia tegoż terminu. Tym samym projektodawca uznał za zasadne, że przy tak dużej nowelizacji właściwe będzie zastosowanie terminu trzydziestodniowego, aby zapewnić odpowiedni czas wszystkim zainteresowanym podmiotom do zapoznania się z projektem oraz zgłoszeniem opinii/uwag.

Upoważniony przez ministra zdrowia Główny Inspektor Farmaceutyczny opracował oraz rozpoczął rządowy proces legislacyjny, mając na uwadze zapewnienie możliwie największej transparentności oraz udziału wszystkich zainteresowanych proponowanymi zmianami w prawie farmaceutycznym.

Opracowanie przedmiotowego projektu ustawy poprzedzone było zarządzeniem ministra zdrowia w sprawie powołania zespołu ds. pionizacji Państwowej Inspekcji Farmaceutycznej⁹. W jego skład wchodził przedstawiciel Ministerstwa Zdrowia, Głównego Inspektoratu Farmaceutycznego, Ministerstwa Finansów, Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i Administracji oraz Centralnego Biura Antykorupcyjnego.

Zadaniem zespołu było omówienie koncepcji pionizacji Państwowej Inspekcji Farmaceutycznej oraz zaopiniowanie projektów dokumentów przedstawionych przez Głównego Inspektora Farmaceutycznego związanych z koncepcją pionizacji Państwowej Inspekcji Farmaceutycznej.

w systemie zasad naczelnych Konstytucji RP, „Państwo i Prawo” 2003, z. 7, s. 5; E. Morawska, *Klauzula państwa prawnego w Konstytucji RP na tle orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego*, Toruń 2003, s. 35 i 145.

⁶ Zasada ochrony zaufania do państwa i stanowionego przez nie prawa oraz wynikający z niej obowiązek zapewnienia bezpieczeństwa prawnego, ochrony praw nabytych i interesów w toku, zakaz wstecznego działania prawa, nakaz przestrzegania reguł przyzwoitej legislacji, w tym przestrzeganie zasady dostatecznej określoności przepisów prawa oraz ustanawiania odpowiedniej *vacatio legis*.

⁷ Por. <https://legislacja.rcl.gov.pl/projekt/12365906/katalog/12924203#12924203> (dostęp: 3.12.2022).

⁸ M.P. z 2022 r., poz. 348.

⁹ Zarządzenie Ministra Zdrowia z dnia 10 listopada 2021 roku w sprawie powołania Zespołu do spraw pionizacji Państwowej Inspekcji Farmaceutycznej (Dz. Urz. Min. Zdrow. poz. 89).

Przechodząc do omówienia założeń dotyczących tematu artykułu zaproponowanych w projektowanej ustawie, należy zacząć od podstawowego pytania, dlaczego podjęto się zaproponowania przygotowanych zmian w prawie farmaceutycznym.

W tym miejscu warto wskazać na projekt dokumentu przygotowanego przez Głównego Inspektora Farmaceutycznego — Strategia Państwowej Inspekcji Farmaceutycznej 2022–2025¹⁰, stanowiącego punkt wyjścia dla zaproponowanych zmian w prawie farmaceutycznym. Przedmiotowy projekt dokumentu zawiera kluczowe wskazania, którymi kieruje się Państwowa Inspekcja Farmaceutyczna, to jest — misja, wizja oraz wartości.

Państwowa Inspekcja Farmaceutyczna upatruje swoją misję w dążeniu do jak najefektywniejszego działania na rzecz ochrony zdrowia i życia pacjentów. Państwowa Inspekcja Farmaceutyczna poprzez właściwy nadzór nad interesariuszami rynku farmaceutycznego zapewnia wysoką jakość produktów leczniczych oraz ich dostępność.

Wizja Państwowej Inspekcji Farmaceutycznej opiera się na spójnej i jednolitej organizacji, która efektywnie wpływa na podniesienie bezpieczeństwa lekowego kraju.

Z kolei wartości, jakie przyświecają Państwowej Inspekcji Farmaceutycznej, na podstawie ankiety skierowanej do jej pracowników, to: uczciwość, profesjonalizm, współpraca, obiektywizm oraz doskonalenie zawodowe.

Wymienione elementy składają się na cel, który przyświeca Państwowej Inspekcji Farmaceutycznej — zapewnienie efektywnego nadzoru nad rynkiem skutkującego zwiększeniem zaufania społecznego do organów Państwowej Inspekcji Farmaceutycznej.

Tak szczytnie postawiony cel, pełen patosu, nie jest zadaniem łatwym do zrealizowania, aczkolwiek samo podjęcie próby, dążenie do jego osiągnięcia stanowi o właściwej, profesjonalnej oraz budzącej uznanie zmianie wizerunku organu administracji publicznej i zwiększeniu jego efektywnego działania dla dobra obywateli w zakresie przyznanych kompetencji.

W związku z tym podjęte zostały działania odpowiadające realizacji fundamentalnego celu Państwowej Inspekcji Farmaceutycznej wyrażone w omawianym projekcie ustawy.

W uzasadnieniu do projektu przedmiotowej ustawy wskazano między innymi, że zmiany zaproponowane w projekcie ustawy o zmianie ustawy — Prawo farmaceutyczne oraz niektórych innych ustaw mają na celu przede wszystkim pionizację struktur Państwowej Inspekcji Farmaceutycznej¹¹.

¹⁰ Por. <https://www.gov.pl/web/gif/Projekt-strategii-Panstwowej-Inspekcji-Farmaceutycznej> (dostęp: 3.12.2022).

¹¹ Por. <https://legislacja.rcl.gov.pl/projekt/12365906/katalog/12924203#12924203> (dostęp: 3.12.2022).

Organy państwowe odpowiedzialne za ochronę zdrowia zobowiązane są do zapewnienia obywatelom należytej jakości produktów leczniczych oraz bezpieczeństwa ich stosowania w procesie leczenia.

Fundamentalną rolę w wykonywaniu wskazanych zadań pełni Państwowa Inspekcja Farmaceutyczna, bowiem sprawuje ona nadzór nad warunkami wytwarzania oraz importu produktów leczniczych, a także jakością i obrotem produktami leczniczymi i wyrobami medycznymi. Nadzór organów państwowych nad produkcją i dystrybucją produktów leczniczych związany jest z wagą, jaką władze państwowe pokładają w zagwarantowaniu pacjentom odpowiedniego poziomu bezpieczeństwa zdrowia i życia przy stosowaniu produktów leczniczych i wyrobów medycznych. Nadzór państwowy opiera się na zasadach prawnych i normach postępowania administracyjnego.

Obecnie obowiązująca ustawa z dnia 6 września 2001 roku — Prawo farmaceutyczne¹² wskazuje dwa podmioty odpowiedzialne za wykonywanie zadań Państwowej Inspekcji Farmaceutycznej: Głównego Inspektora Farmaceutycznego jako centralnego organu administracji rządowej realizującego powierzone mu ustawowo zadania za pomocą Głównego Inspektoratu Farmaceutycznego oraz — na poziomie lokalnym (województwa) — wojewodę wykonującego przypisane zadania przy pomocy wojewódzkiego inspektora farmaceutycznego jako kierownika wojewódzkiej inspekcji farmaceutycznej wchodzącej w skład zespolonej administracji wojewódzkiej.

Wprowadzono tym samym zasadę, zgodnie z którą w sprawach związanych z wykonywaniem zadań i kompetencji Państwowej Inspekcji Farmaceutycznej organem pierwszej instancji jest wojewódzki inspektor farmaceutyczny, a organem drugiej instancji (odwoławczym) — Główny Inspektor Farmaceutyczny.

Tym samym wojewódzki inspektor farmaceutyczny posiada kompetencje terytorialne związane z miejscem prowadzenia działalności gospodarczej przez podmioty gospodarcze. Jest to tak zwana właściwość miejscowa, czyli kompetencja organu do rozstrzygania spraw indywidualnych należących do jego właściwości rzeczowej (to jest — zadań i kompetencji Państwowej Inspekcji Farmaceutycznej) na przypisanym mu obszarze działania. Obszarami tymi są terytoria poszczególnych województw.

Organem drugiej instancji (odwoławczym) jest Główny Inspektor Farmaceutyczny. System prawny przewiduje kontrolę decyzji wydanych przez organ pierwszej instancji — weryfikację decyzji w toku instancji. Od decyzji Głównego Inspektora Farmaceutycznego wydanych w trybie odwoławczym przysługuje skarga do Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie.

W określonych w przepisach kategoriach spraw Główny Inspektor Farmaceutyczny jest również organem pierwszej instancji (art. 115 ustawy — Prawo farmaceutyczne), aczkolwiek spraw tych jest zdecydowanie mniej.

¹² Dz. U. z 2022 r., poz. 2301.

Wskazana struktura poważnie problematyzuje kreowanie jednolitej polityki i koordynację działań Państwowej Inspekcji Farmaceutycznej, bowiem nadzór organizacyjny nad wojewódzką inspekcją farmaceutyczną przypisany został 16 wojewodom.

W analizach Najwyższej Izby Kontroli¹³ na przestrzeni ostatnich lat stwierdzono między innymi, że w związku z faktem, że Główny Inspektor Farmaceutyczny ma możliwość wpływania na rozstrzygnięcia wojewódzkich inspektorów farmaceutycznych wyłącznie w ramach wykonywania funkcji organu wyższego stopnia w rozumieniu przepisów regulujących postępowanie administracyjne, sposób stosowania regulacji farmaceutycznych różnił się w skali kraju, w zależności od województwa. Najwyższa Izba Kontroli zwracała również uwagę na niewykonywanie zaleceń pokontrolnych przez niektórych wojewódzkich inspektorów farmaceutycznych oraz przeważająco następczy charakter działań koordynacyjnych podejmowanych przez głównego inspektora farmaceutycznego względem inspektorów wojewódzkich.

Bezpośrednim skutkiem braku włączenia wojewódzkich inspektorów farmaceutycznych w jednolite spionizowane struktury centralnej administracji rządowej był więc niejednolity nadzór nad rynkiem farmaceutycznym, który, po pierwsze, znacząco ograniczał możliwość koordynacji działań Państwowej Inspekcji Farmaceutycznej, a po drugie, prowadził do nierównego traktowania przedsiębiorców działających na tym rynku. Konsekwencją takiego stanu rzeczy jest natomiast ograniczenie skuteczności działań nakierowanych na zapewnienie bezpieczeństwa lekowego pacjentów¹⁴.

Najwyższa Izba Kontroli zwróciła uwagę na niejednolitość podejmowanych decyzji. Stwierdziła, że niejednolicie postępowano w sytuacji stwierdzenia operacji wskazujących na udział kontrolowanej placówki w odwróconym łańcuchu dystrybucji — część wojewódzkich inspektorów farmaceutycznych wydawała decyzje nakazujące usunięcie stwierdzonych nieprawidłowości, a część wszczyniała postępowania administracyjne w kierunku cofnięcia zezwolenia na prowadzenie apteki. Organy Inspekcji Farmaceutycznej w sposób niejednolity postępowały także w przypadkach stwierdzonych naruszeń prawa odnoszących się do obrotu produktami leczniczymi. Nieskuteczne egzekwowanie od kontrolowanych podmiotów obowiązku wyeliminowania nieprawidłowości prowadzi do osłabienia autorytetu państwa i jego instytucji.

Najwyższa Izba Kontroli stwierdziła również, że umiejscowienie wojewódzkiego inspektora farmaceutycznego w rządowej administracji zespolonej w województwie była wskazywana przez wojewódzkich inspektorów jako jedno

¹³ Na przykład kontrola znak P/15/109 „Wykonywanie przez Państwową Inspekcję Farmaceutyczną zadań określonych w ustawie — Prawo farmaceutyczne”, wystąpienie pokontrolne z dnia 25 marca 2021 roku, znak: KZD.411.002.02.2020.

¹⁴ OSR do projektu ustawy <https://legislacja.rcl.gov.pl/projekt/12365906/katalog/12924203#12924203> (dostęp: 3.12.2022).

z ograniczeń w funkcjonowaniu Inspekcji. Wiązało się to w szczególności z wprowadzaniem podwójnego podporządkowania wojewódzkich inspektorów farmaceutycznych — służbowo i finansowo — wojewodzie, natomiast merytorycznie nadzór nad nimi sprawuje Główny Inspektor Farmaceutyczny. Takie rozwiązanie — jak wskazano również w sporządzonych na zlecenie NIK opiniach przedstawicieli doktryny — posiada zarówno zalety związane między innymi z ułatwionym dostępem do WIF oraz możliwością uwzględniania w działalności wojewódzkich inspektorów warunków lokalnych, jak i niewątpliwe wady dotyczące między innymi utrudnienia w koordynowaniu przez Głównego Inspektora Farmaceutycznego działań poszczególnych inspektoratów oraz braku jednolitych zasad i warunków ich funkcjonowania¹⁵.

Obecnie przyznawane środki przez wojewodę nie są związane z zadaniami danego wojewódzkiego inspektora farmaceutycznego, a wynikają z zasobności województwa oraz z historycznie ukształtowanego budżetu dla tej jednostki, w konsekwencji otrzymywane środki nie są dostosowane do zmieniającego się impulsywnie rynku farmaceutycznego.

W obszarze nadzoru nad obrotem detalicznym przykładowo na jednego inspektora farmaceutycznego z Bydgoszczy przypadały 254 podmioty, na jednego inspektora farmaceutycznego ze Szczecina — 415 podmiotów, a na jednego inspektora farmaceutycznego z Wrocławia — 264 podmioty¹⁶. Dlatego też zachodzi konieczność zwiększenia kadrowego w Państwowej Inspekcji Farmaceutycznej.

Również „raport specjalny” dotyczący rynku farmaceutycznego sporządzony przez Departament Analiz Centralnego Biura Antykorupcyjnego wskazuje, że

istotnym niedostatkiem w funkcjonowaniu Inspekcji Farmaceutycznej jest jej rozproszona struktura organizacyjna, na którą nakłada się problem dualizmu podległości jednostek terenowych. W ocenie CBA rozproszona struktura może prowadzić do sporów kompetencyjnych pomiędzy poszczególnymi wojewódzkimi inspektoratami Inspekcji Farmaceutycznej, szczególnie w przypadku transregionalnych podmiotów jak sieci aptek. Dodatkowo kontrole obejmujące działalność ogólnopolskiej sieci aptek wyłącznie w zakresie podmiotów z terenu jednego województwa mogą zaburzać rzeczywisty obraz takiej sieci. Równoległa kontrola placówek z różnych województw będzie wymagała natomiast wzajemnej koordynacji działań niezależnych od siebie wojewódzkich inspektoratów farmaceutycznych. W skrajnej sytuacji obecny model pozwala na to, by żaden z wojewódzkich inspektoratów nie podejmował działań nadzorczych wobec wybranych sieci aptecznych, uznając, że czynności takie leżą w kompetencji innych jednostek organizacyjnych¹⁷.

Założenia zmian organizacyjnych Państwowej Inspekcji Farmaceutycznej wyrażone w przedmiotowym projekcie ustawy zakładają pionizację struktur Państwowej Inspekcji Farmaceutycznej. Pionizacja ma przyczynić się do ujednoczenia sposobu realizacji zadań przez Państwową Inspekcję Farmaceutyczną, która z obecnego modelu składającego się z Głównego Inspektora Farmaceutycznego

¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ *Ibidem*.

oraz 16 wojewódzkich inspektorów farmaceutycznych zostanie zastąpiona utworzeniem jednego centralnego organu administracji rządowej — Głównego Inspektora Farmaceutycznego. To działanie ma na celu zwiększenie jego roli jako organu nadzorującego rynek w tym obszarze. Wzmocnienie pozycji Głównego Inspektora Farmaceutycznego przyczyni się do zapewnienia jednolitości prawa poprzez przypisanie kompetencji decyzyjnych jednemu organowi publicznemu w skali kraju, a także do wzrostu skuteczności zarządzania jednolitą strukturą administracyjną.

W projekcie ustawy wprowadzono podporządkowanie wojewódzkich inspektorów farmaceutycznych Głównemu Inspektorowi Farmaceutycznemu polegające na tym, że wojewódzcy inspektorzy farmaceutyczni staną się pracownikami Głównego Inspektoratu Farmaceutycznego, kierującymi jego oddziałami. Właściwość miejscowa oddziału będzie pokrywała się z obszarem województwa, niemniej jednak przewidziano możliwość zmiany zasięgu terytorialnego oddziału, wskazując, że obszar jego działania będzie obejmował więcej niż jedno województwo, gdyż właściwość obszaru działania zostanie określona w statucie Głównego Inspektora Farmaceutycznego wydawanym przez ministra zdrowia. Decyzje administracyjne wydawane będą przez Głównego Inspektora Farmaceutycznego. Dotychczasowe odwołania od decyzji wojewódzkich inspektorów farmaceutycznych zostaną zastąpione wnioskiem o ponowne rozpatrzenie sprawy, bowiem organem pierwszej instancji w sprawach jak dotąd właściwych dla wojewódzkiego inspektora farmaceutycznego będzie Główny Inspektor Farmaceutyczny.

Przyjęte rozwiązania w przedmiotowej ustawie mają przyczynić się do uporządkowania oraz skoordynowania z działaniami ministra zdrowia jednego z najważniejszych obszarów polityki bezpieczeństwa lekowego państwa, a także zapewnić wzrost skuteczności zarządzania nadzorem farmaceutycznym w ramach jednolitej struktury administracyjnej.

Proponowane zmiany w przedmiotowej ustawie mają przyczynić się do ujednolicenia obciążenia inspektorów przypisanymi zadaniami, to jest — proporcjonalne dostosowanie zasobów kadrowych w zależności od potrzeb danego regionu kraju, czyli dostosowanie liczby inspektorów do liczby podmiotów kontrolowanych występujących w danym województwie.

W projekcie przedmiotowej ustawy przewidziano również rozszerzenie uprawnień w zakresie kontroli, tak aby zapewnić możliwość przeprowadzania kontroli działalności każdego podmiotu, a nie, jak obecnie, wyłącznie posiadającego zezwolenie, który może posiadać, dokonywać obrotu lub pośredniczyć w obrocie produktami leczniczymi, substancjami czynnymi lub pomocniczymi w zakresie prawidłowości tych czynności oraz jakości i warunków przechowywania tych produktów lub substancji, z wyłączeniem osób fizycznych posiadających produkty lecznicze na własne potrzeby lecznicze.

Dotychczasowe rozwiązania wyrażone w obowiązującej ustawie — Prawo farmaceutyczne uprawniają inspektorów Państwowej Inspekcji Farmaceutycznej do przeprowadzania czynności kontrolnych jedynie w miejscach objętych

zezwoleniem na prowadzenie działalności. Projektowana przedmiotowa ustawa rozszerza uprawnienia inspektorów do kontroli miejsc, gdzie zachodzi uzasadnione podejrzenie wykonywania takiej działalności, co w istotny sposób poszerza kompetencje Inspekcji Farmaceutycznej.

Podejmowane działania wyrażone w przedmiotowej ustawie powinny znacząco przyczynić się do wyeliminowania nielegalnej praktyki sprzedaży produktów leczniczych z pominięciem legalnego łańcucha obrotu, na przykład przez internet, co w konsekwencji doprowadzi do zatrzymania produktów leczniczych w legalnym obrocie. Takie działanie bezpośrednio przełoży się na finanse państwa poprzez ograniczenia luki VAT, jak również wzmocni zabezpieczenie życia i zdrowia obywateli.

Warto zaznaczyć, że Główny Inspektorat Farmaceutyczny jest organem administracji państwowej zatrudniającym specjalistów o unikalnej wiedzy i kompetencjach, których brakuje w organach ścigania. Powoduje to często trudności w prowadzonych postępowaniach wobec przestępstw farmaceutycznych. Wzmocnienie Państwowej Inspekcji Farmaceutycznej w wyniku rozszerzenia kompetencji kontrolnych, z jednej strony, zdejmie ciężar z organów ścigania, z drugiej — zmaksymalizuje wykrywalność tego rodzaju przestępstw.

Bez wątpienia bezpieczeństwo lekowe jest naczelnym celem organu nadzorującego rynek farmaceutyczny. Produkty lecznicze są szczególnym rodzajem asortymentu, które mimo że mogą powodować istotne zagrożenia dla zdrowia i życia, szczególnie osób małoletnich, obecnie są dostępne w nieustalonej bliżej liczbie miejsc (na przykład sklepy, stacje benzynowe, targowiska) i oferowane w niekontrolowany sposób. Leki są również szczególną grupą produktów z uwagi na złożoność procesu projektowania, badań klinicznych, wytwarzania oraz dopuszczenia do obrotu. W konsekwencji stałym priorytetem państwowej polityki zdrowotnej powinno być zagwarantowanie pacjentom niezakłóconego dostępu do produktów leczniczych.

Pionizacja struktur Państwowej Inspekcji Farmaceutycznej jest rozwiązaniem korzystnym systemowo, które efektywnie wpłynie na zwiększenie wykrywalności przestępstw i zwalczania patologii na rynku farmaceutycznym, przyczyni się również do poprawy współpracy z organami ścigania oraz Krajową Administracją Skarbową. Podjęte działania wyrażone za pomocą norm ustawowych w sposób znaczący poprawią bezpieczeństwo obrotu produktami leczniczymi, co ewidentnie znajduje się w zainteresowaniu wszystkich pacjentów. Skonsolidowana inspekcja farmaceutyczna podlegać będzie całkowicie Głównemu Inspektorowi Farmaceutycznemu, co przełoży się na poprawę skuteczności przeprowadzanych przez inspektorów farmaceutycznych kontroli.

Zaproponowane zmiany w przedmiotowym projekcie ustawy wpłyną również bezpośrednio na zwiększenie skuteczności wykonywania dotychczas przez wojewódzkich inspektorów farmaceutycznych zadań w obszarze związanym z nadzorem nad:

- obrotem detalicznym produktami leczniczymi i wyrobami medycznymi,
- podmiotami prowadzącymi obrót detaliczny oraz stosującymi produkty lecznicze i wyroby medyczne, między innymi apteki, punkty apteczne, sklepy, stacje sanitarno-epidemiologiczne, jednostki organizacyjne publicznej służby krwi,
- podmiotami uprawnionymi do posiadania środków odurzających, substancji psychotropowych lub prekursorów, między innymi placówki służby zdrowia, gabinety lekarskie, szkoły wyższe, jednostki badawczo-rozwojowe, armatorzy statków, izby wytrzeźwień,
- transportem, przeładunkiem i przechowywaniem produktów leczniczych i wyrobów medycznych,
- jakością produktów leczniczych będących przedmiotem obrotu detalicznego,
- jakością leków recepturowych i aptecznych sporządzonych w aptekach.

Wzmocnienie nadzoru nad obrotem detalicznym produktami leczniczymi przyczyni się do zwalczania zjawiska wykorzystywania produktów leczniczych, które uzyskały kategorię dostępności „bez przepisu lekarza” (OTC) zawierających w składzie substancje o działaniu psychoaktywnym do celów innych niż medyczne, w szczególności „poprawy nastroju” nastolatków oraz nielegalnej produkcji narkotyków, w tym głównie metamfetaminy, w konsekwencji zmniejszy się koszt leczenia obywateli (uzależnienia od leków, środków odurzających i psychotropów).

Zwiększy się zakres przeprowadzania kontroli w miejscach dotychczas rzadko kontrolowanych, na przykład sklepy, stacje benzynowe, targowiska, co przyczyni się do zwiększenia bezpieczeństwa obywateli, a w szczególności zapewni ochronę małoletnich przed zbyt łatwym dostępem do produktów leczniczych.

Nowelizacja ponadto usprawni współpracę pomiędzy Inspekcją Farmaceutyczną a Krajową Administracją Skarbową w obszarze przeciwdziałania nieprawidłowościom związanym z wytwarzaniem oraz obrotem produktami leczniczymi i substancjami czynnymi. Służba Celno-Skarbowa przeciwdziała działaniom przemytniczym oraz nielegalnym wprowadzaniem do obrotu produktów, które mogą bardziej szkodzić, niż pomagać. Wzgląd podatkowy w tym przypadku ma ogromne znaczenie, ale ważniejsza, wręcz fundamentalna jest ochrona życia i zdrowia, dlatego należy wzmacniać współpracę tych służb z Głównym Inspektorem Farmaceutycznym również w obszarze obrotu detalicznego produktami leczniczymi, przyczyniając się do skuteczniejszego przeciwdziałania nieprawidłowościom na rynku farmaceutycznym.

Współdziałanie z Krajową Administracją Skarbową w obszarze jak dotąd nieobjętym nadzorem Inspekcji Farmaceutycznej otworzy nowy etap w zwalczaniu przestępczości farmaceutycznej — pozwoli na eliminację patologii groźnych dla życia i zdrowia pacjentów, w szczególności spowoduje uszczelnienie obrotu produktami leczniczymi. Warto nadmienić, że wciąż borykamy się z brakami na polskim rynku leków, którego doświadczają pacjenci, a które często wynikają z działań sprzecznych z prawem.

Obecnie mamy 16 odrębnych organów, które nie są w stanie podjąć wydajnej współpracy z Krajową Administracją Skarbową w zakresie wymiany informacji mających znaczenie dla realizacji ustawowych zadań obydwu organów. Przepisy projektowanej ustawy zakładają bieżące przekazywanie informacji o ujawnionych próbach wprowadzenia do obrotu sfałszowanych produktów leczniczych oraz substancji czynnych, wyników badań laboratoryjnych produktów leczniczych lub substancji czynnych, a także danych dotyczących podmiotów, które prowadziły wytwarzanie lub obrót produktami leczniczymi oraz substancjami czynnymi z naruszeniem obowiązujących przepisów prawa.

Wskazane rozwiązania mają fundamentalne znaczenie dla funkcjonowania Inspekcji Farmaceutycznej jako nadzorca rynku farmaceutycznego, sprowadzają się one przede wszystkim do poprawy oraz rzeczywistego wpływu regulatora rynku farmaceutycznego — odpowiedzialnego w systemie za zapewnienie ochrony zdrowia, która stanowi dobro konstytucyjne (art. 68 ust. 1 Konstytucji RP — każdy ma prawo do ochrony zdrowia) jako nadrzędna wartość pojmowana nie tylko jako zdrowie definiowane indywidualnie (dobro osobiste), ale także publiczne. Główny Inspektor Farmaceutyczny jako jeden z podmiotów mających gwarantować zapewnienie możliwości korzystania z systemu ochrony zdrowia funkcjonalnie nastawionego na zwalczanie i zapobieganie rozwojowi chorób, przejawiające się w postaci zapewnienia, aby prawidłowo funkcjonował łańcuch dystrybucji farmaceutycznej, który jest podstawowym kryterium zapewnienia fizycznej dostępności produktów leczniczych. Właściwa dystrybucja leków powinna rozpoczynać się od producenta, następnie lek powinien być przekazywany do hurtowni, potem do apteki i na końcu trafić do pacjenta.

Wagę zmian w przedmiotowej ustawie należy upatrywać przede wszystkim w regulacjach podejmowanych z myślą o pacjencie, dla którego wdrażane są usprawnienia systemu ochrony zdrowia w zakresie rynku farmaceutycznego. Tylko zagwarantowanie funkcjonowania właściwego łańcucha dystrybucji, sprowadzającego się do odpowiedniej dostępności produktów leczniczych, ale również pewność ich oryginalności, właściwego przechowywania, jak i otoczenie pacjenta stosowną opieką farmaceutyczną, stanowi swoistą podstawę nowelizacji podjętej materii, tak aby niwelować niedogodności obecnie występujące na rynku farmaceutycznym.

Z drugiej strony, stanowi również wyjście naprzeciw przedsiębiorcom prowadzącym działalność gospodarczą na rynku farmaceutycznym poprzez ujednoczenie stosowania prawa farmaceutycznego w skali kraju, a nie jego „regionalizacji” na poziomie województwa. Jednakowe zasady postępowania znacząco ułatwią przedsiębiorcom możliwość rozwoju prowadzonej działalności na kontrolowanym rynku farmaceutycznym.

Proponowane zmiany w przedmiotowej ustawie przyczynią się do przyspieszenia załatwiania spraw oraz ujednoczenia praktyki administracyjnej dla przedsiębiorców prowadzących detaliczny obrót produktami leczniczymi i stosujących

takie produkty, co zmniejszy odsetek kwestionowanych rozstrzygnięć, a także przyczyni się do szybszego prowadzenia postępowań administracyjnych i sądowniczo-administracyjnych.

Podsumowując, proponowane zmiany organizacyjne Państwowej Inspekcji Farmaceutycznej wydają się nie tyle potrzebne, co konieczne dla zapewnienia właściwego nadzoru nad rynkiem farmaceutycznym oraz zapewnienia rozwoju dla podmiotów w nim uczestniczących. Prowadzony rządowy proces legislacyjny zapewnia transparentność oraz umożliwia zaangażowanie całego środowiska farmaceutycznego w proces tworzenia norm adresowanych do nich. Stanowi to o dojrzałości i otwartości organów administracji publicznej, która tworząc regulacje, wsłuchuje się w głos społeczny, starając się zapewnić adresatom norm aktywny udział w ich tworzeniu, tak aby wdrażane zmiany przyczyniały się do rozwoju, z jednej strony, Głównego Inspektora Farmaceutycznego, a z drugiej — do polepszenia sytuacji przedsiębiorców przez jednolite traktowanie w podobnych sprawach na terenie całego kraju (co ma niemałe znaczenie na przykład w kontekście funkcjonujących na rynku sieci), pewność prawa i praktyki, jak również przyspieszenie prowadzonych postępowań administracyjnych.

Ponadto chciałbym zwrócić uwagę, że Państwowa Inspekcja Farmaceutyczna w tym roku obchodziła trzydziestolecie swojego istnienia i jest to właściwy czas na podjęcie pewnych podsumowań jej funkcjonowania oraz obrania kierunku na przyszłość.

Otóż obrana obecnie droga zmiany ustawy — Prawo farmaceutyczne, polegająca w głównej mierze na pionizacji struktur Państwowej Inspekcji Farmaceutycznej (powstanie jednego organu centralnego — Głównego Inspektora Farmaceutycznego), stanowi prymarną potrzebę przemodelowania tej organizacji, w związku z koniecznością umożliwienia jej prawidłowego funkcjonowania, w konsekwencji dostosowania jej do realnych potrzeb rynku farmaceutycznego.

Jednakże to działanie stanowi, w mojej ocenie, mały krok ku dobremu, oczywiście bez tego (proponowana nowelizacja ustawy — Prawo farmaceutyczne) nie da się wykonać następnego, a to doprowadzi do pogorszenia już i tak niełatwej sytuacji Państwowej Inspekcji Farmaceutycznej, powodując stagnację i brak możliwości zapewnienia prawidłowego nadzoru nad rynkiem farmaceutycznym.

W mojej ocenie obrana droga jest prawidłowa, tylko pozostaje nieodparte pytanie, co dalej. Sama pionizacja struktur Państwowej Inspekcji Farmaceutycznej stanowi pewien drogowskaz, kierunek działań, lecz na pewno sama w sobie nie rozwiązuje wszystkich problemów związanych z przepisami prawa wyrażonymi w ustawie — Prawo farmaceutyczne oraz z ich przestrzeganiem/stosowaniem.

Autor publikacji wyraża pogląd, że po dokonaniu tej kluczowej nowelizacji ustawy — Prawo farmaceutyczne i przyjęciu nowej struktury funkcjonowania centralnego organu administracji publicznej, który po nadaniu nowych uprawnień (choćby kontrolnych) powinien zmierzać, w pierwszej kolejności, do weryfikacji całego rynku farmaceutycznego pod względem nieprawidłowości na

nim występujących, i ścisłej współpracy z organami ścigania w zakresie walki z patologią na rynku farmaceutycznym. Aby takie działania rozpocząć, należy dokonać właściwych zmian organizacyjnych, które możliwe będą po wejściu w życie proponowanej nowelizacji ustawy — Prawo farmaceutyczne. Należy przede wszystkim dostosować liczbę inspektorów farmaceutycznych do nadzorowanego obszaru, zapewniając proporcjonalne ich rozmieszczenie względem pomiotów gospodarczych znajdujących się na danym obszarze. Następnie trzeba zapewnić wykonywanie zadań inspektorom farmaceutycznym wyłącznie im przypisanym, czyli podejmowanie czynności kontrolnych wobec podmiotów gospodarczych, ograniczając przy tym czynności administracyjne, pozostawiając je pracownikom niewykonyującym czynności kontrolnych (w obecnej sytuacji niemożliwe do zrealizowania w wojewódzkich inspektoratach farmaceutycznych).

Działania te umożliwią rzeczywiste sprawowanie nadzoru nad rynkiem farmaceutycznym oraz uwidocznia obraz rynku farmaceutycznego w Polsce.

Kolejnym krokiem do rozwoju rynku farmaceutycznego oraz kompletnego rozwiązania problemów wynikających z przestrzegania/stosowania ustawy — Prawo farmaceutyczne jest przeprowadzenie dużej zmiany (całościowej) przepisów merytorycznych dotyczących Głównego Inspektora Farmaceutycznego. Warto, w mojej ocenie, zaznaczyć, że w związku z tym, że do dnia dzisiejszego nowelizowano ustawę — Prawo farmaceutyczne 92 razy, przeprowadzanie zmian merytorycznych wymaga uporządkowania jej przepisów i w gruncie rzeczy stworzenia ich od nowa.

Zasadniczo tę kwestię można rozwiązać w dwojaki sposób, poprzez kolejną nowelizację ustawy — Prawo farmaceutyczne lub rozwiązanie, które preferuję, otóż wyłączenie Głównego Inspektora Farmaceutycznego z tej ustawy i stworzenie dla niego dedykowanej, w której można by w sposób zupełny rozwiązać dotychczasowe problemy.

Oczywiście stworzenie takiego aktu prawnego powinno zostać poprzedzone przygotowaniem założeń do ustawy przy udziale całego środowiska farmaceutycznego, aby w możliwie najpełniejszy sposób zaangażować adresatów norm do wypracowania regulacji ich dotyczących.

Tego typu rozwiązanie, w mojej opinii, byłoby działaniem zapewniającym, z jednej strony, jasny przekaz do środowiska farmaceutycznego, do ich aktywnego udziału w tworzeniu norm, a z drugiej — przyczyniłoby się do stworzenia norm prawnych zapewniających gwarancje prawidłowego łańcucha dystrybucji, w konsekwencji przyczyniając się do zapewnienia dostępności dla pacjenta, dla którego w istocie są tworzone właściwe rozwiązania.

Autor jako wieloletni legislator ocenia przepisy pod kątem łatwości ich stosowania, to jest — tworzenia przepisów na tyle prostych w swojej konstrukcji, aby wykładnia językowa nie pozostawiała żadnych wątpliwości interpretacyjnych, tak jak niestety jest obecnie podczas stosowania przepisów ustawy — Prawo farmaceutyczne.

W mojej ocenie przepisy te w głównej mierze powinny być wspólne (w istocie takie same) dla wszystkich podmiotów rynku farmaceutycznego, poza tymi, które wymagają odrębnego uregulowania ze względu na charakter prowadzonej działalności gospodarczej.

THE LEGAL AND ORGANIZATIONAL POSITION OF THE STATE PHARMACEUTICAL INSPECTORATE

Summary

The article presents the characteristics of the currently functioning organizational structure of the State Pharmaceutical Inspectorate, the problems arising from its functioning in connection with the adopted dichotomous structural division into the Chief Pharmaceutical Inspector and the voivode performing tasks with the aid of the Provincial Pharmaceutical Inspector.

Keywords: law, legislation, National Pharmaceutical Inspectorate, verticalization

BIBLIOGRAFIA

POZYCJE ZAWARTE

- Chauvin T., Stawecki T., Winczorek P., *Wstęp do prawoznawstwa*, Warszawa 2011.
Mazuryk M., Kaczocha M., *Legislacja administracyjna*, Warszawa 2014.
Sokolewicz W., *Uwagi do art. 2 Konstytucji*, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. 5, red. L. Garlicki, Warszawa 2007.
Wronkowska S., *Proces prawodawczy dwóch dekad — sukcesy i niepowodzenia*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2009, t. 71/2.

AKTY PRAWNE

- Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 roku (Dz. U. poz. 483, z 2006 r., poz. 1471 oraz z 2009 r., poz. 946).
Uchwała nr 190 Rady Ministrów z dnia 29 października 2013 roku — Regulamin pracy Rady Ministrów (M.P. z 2022 r., poz. 348).
Ustawa z dnia 6 września 2001 roku — Prawo farmaceutyczne (Dz. U. z 2022 r., poz. 2301).
Zarządzenie Ministra Zdrowia z dnia 10 listopada 2021 roku w sprawie powołania Zespołu do spraw pionizacji Państwowej Inspekcji Farmaceutycznej (Dz. Urz. Min. Zdrow. poz. 89).

NETOGRAFIA

- <https://legislacja.rcl.gov.pl/projekt/12365906/katalog/12924203#12924203> (dostęp: 3.12.2022).
<https://www.gov.pl/web/gif/Projekt-strategii-Panstwowej-Inspekcji-Farmaceutycznej> (dostęp: 3.12.2022).

MICHAŁ RADUŁA
ORCID: 0000-0002-9527-966X
Uniwersytet Wrocławski

ODPOWIEDZIALNOŚĆ ODSZKODOWAWCZA ZA WYDANIE DECYZJI NADZORCZEJ W ZAKRESIE REKLAMY PRODUKTÓW LECZNICZYCH

Abstrakt: Odpowiedzialność odszkodowawcza organów władzy publicznej uregulowana została w normach konstytucyjnoprawnych i rozwinięta w przepisach prawa cywilnego. Nadzór nad reklamą produktów leczniczych sprawuje Główny Inspektor Farmaceutyczny — centralny organ administracji rządowej. Decyzje nadzorcze w zakresie reklamy posiadają rygor natychmiastowej wykonalności. Artykuł ma na celu analizę prawną możliwości skutecznego dochodzenia roszczenia odszkodowawczego za bezprawne wydanie i wykonanie decyzji nieostatecznej w omawianym zakresie.

Słowa kluczowe: odpowiedzialność odszkodowawcza, Główny Inspektor Nadzoru Farmaceutycznego, nadzór, reklama produktu leczniczego

1. ODPOWIEDZIALNOŚĆ ODSZKODOWAWCZA WŁADZY PUBLICZNEJ W ŚWIETLE REGULACJI KONSTYTUCYJNOPRAWNYCH

Konstytucyjnoprawną podstawą odpowiedzialności odszkodowawczej władzy publicznej jest art. 77 ust. 1 Konstytucji RP, stanowiący, że „każdy ma prawo do wynagrodzenia szkody, jaka mu została wyrządzona przez niezgodne z prawem działanie organu władzy publicznej”¹. Ta regulacja prawna normuje publiczne prawo podmiotowe jednostki do naprawienia szkody wyrządzonej przez niezgodne z prawem działanie organu władzy publicznej². Jednostka jest uprawniona do

¹ Artykuł 77 ust. 1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 roku (Dz. U. Nr 78, poz. 483 ze zm.).

² B. Banaszak, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2012, Legalis, Komentarz do art. 77; a także powołane tam orzecznictwo: wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 23 września 2003 roku, K 20/02; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 9 października 2003 roku, I CK 150/02.

powoływania się bezpośrednio na art. 77 ust. 1 Konstytucji RP przed organami władzy publicznej, co wzmacnia jej ochronę prawną. Rozwinięcie ustawowe powołanej powyżej podstawy prawnej stanowi przede wszystkim przedmiot regulacji cywilnoprawnej. Istotne dla tytułowego zagadnienia pozostaje, że przepis ten swoim zakresem podmiotowym obejmuje „każdą” jednostkę, zatem nie tylko osoby fizyczne, ale również osoby prawne, jak i jednostki organizacyjne niebędące osobami prawnymi, którym ustawa przyznaje zdolność prawną³. Uprawnienie do dochodzenia roszczenia przysługuje zatem również jednostkom organizacyjnym (na przykład przedsiębiorcom farmaceutycznym funkcjonującym w formie osoby prawnej). Zaznaczenia jednocześnie wymaga, że art. 77 ust. 1 Konstytucji RP odnosić się będzie zarówno do jednostek niebędących przedsiębiorcami (na przykład osoba fizyczna nieprowadząca działalności gospodarczej), jak i do przedsiębiorców (na przykład spółka akcyjna prowadząca działalność gospodarczą w zakresie produkcji oraz dystrybucji produktów leczniczych). Artykuł 77 Konstytucji RP składa się z dwóch jednostek redakcyjnych. Drugi z nich stanowi: „Ustawa nie może nikomu zamykać drogi sądowej dochodzenia naruszonych wolności lub praw”. Przepis ten również ustanawia publiczne prawo podmiotowe — prawo do drogi sądowej dochodzenia naruszonych wolności lub praw⁴.

Wynagrodzenie szkody obejmuje uszczerbek w prawnie chronionych dobrach jednostki o charakterze majątkowym lub niemajątkowym⁵. Szkada dotyczy straty rzeczywistej (*damnum emergens*), jak również utraconych korzyści (*lucrum cessans*). Powstanie szkody w kontekście odpowiedzialności władzy publicznej związane jest z działaniem organu rozumianym jako zachowanie czynne (wyrok sądu, decyzja administracyjna), jak i zaniechanie — brakiem działania pomimo zaktualizowanego obowiązku. Natomiast wynagrodzenie szkody nie powinno być utożsamiane jedynie z obowiązkiem zapłaty odszkodowania lub zadośćuczynienia. Jeżeli źródłem powstania szkody jest wydanie orzeczenia lub aktu administracyjnego niezgodnego z prawem, to priorytet stanowi eliminacja danego wyroku lub decyzji z obrotu prawnego⁶. Niezgodność z prawem na tle regulacji konstytucyjnoprawnych (art. 77 ust. 1 Konstytucji RP) należy wiązać ze źródłami prawa w ujęciu konstytucyjnym (art. 87–94 Konstytucji RP). Ścisłe rozumienie niezgodności z prawem oznacza zatem niezgodność ze źródłami prawa wskazanymi w Konstytucji RP, z wyłączeniem bezprawności w ujęciu szerszym, cywilnoprawnym, uwzględniającej również naruszenie zasad współżycia społecznego (normy moralne i obyczajowe). Natomiast regulacje ustawowe — *vide* Kodeks cywilny — mogą ustanawiać inne podstawy odpowiedzialności odszkodowawczej władzy publicznej, włączając w zakres bezprawności również zachowanie organu

³ *Ibidem*.

⁴ M. Florczak-Wątor, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, red. P. Tuleja, Warszawa 2021, Lex, Komentarz do art. 77.

⁵ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 4 grudnia 2011 roku, SK 18/00.

⁶ M. Florczak-Wątor, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*.

naruszające normy współżycia społecznego, choć zgodne z prawem powszechnie obowiązującym⁷.

Pod pojęciem „organu władzy publicznej” w kontekście art. 77 ust. 1 Konstytucji RP należy rozumieć podmiot dokonujący działania w sferze władztwa. Organem władzy publicznej nie będzie zatem podmiot, który podejmuje jedynie działanie w sferze gospodarczej (własnościowej, *dominium*). W szczególności organami władzy publicznej będą organy państwowe (organy władzy ustawodawczej, wykonawczej, sądowniczej) oraz samorządu terytorialnego, w ramach wykonywanego władztwa (działania cechującego się domniemaniem prawidłowości, a także zabezpieczonego przymusem administracyjnym)⁸.

2. ODPOWIEDZIALNOŚĆ ODSZKODOWAWCZA WŁADZY PUBLICZNEJ W ŚWIETLE REGULACJI KODEKSU CYWILNEGO

Odpowiedzialność odszkodowawcza władzy publicznej w ramach prawa cywilnego stanowi regulację z zakresu czynów niedozwolonych — „Kto z winy swej wyrządził drugiemu szkodę, obowiązany jest do jej naprawienia” (art. 415 Kodeksu cywilnego; dalej również jako k.c.). Natomiast podstawową normą prawną stanowiącą o odpowiedzialności prawnej w omawianym zakresie jest art. 417 § 1 k.c.: „Za szkodę wyrządzoną przez niezgodne z prawem działanie lub zaniechanie przy wykonywaniu władzy publicznej ponosi odpowiedzialność Skarb Państwa lub jednostka samorządu terytorialnego lub inna osoba prawna wykonująca tę władzę z mocy prawa”⁹. Podkreślenia wymaga, że idzie o odpowiedzialność odszkodowawczą przy wykonywaniu władzy publicznej, zatem o zachowanie ze sfery *imperium*, związanej z działaniem władczym organów władzy publicznej¹⁰. Artykuł 417 § 1 k.c. nie będzie stanowić natomiast podstawy prawnej roszczenia, jeżeli odpowiedzialność władzy publicznej będzie związana z niewładczą, właścicielską sferą *dominium*. Zaistnienie odpowiedzialności deliktowej przy wykonywaniu władzy publicznej warunkowane jest trzema przesłankami: wyrządzeniem szkody, bezprawnym zachowaniem przy wykonywaniu władzy publicznej, a także adekwatnym związkiem przyczynowo-skutkowym pomiędzy wyrządzoną szkodą

⁷ Postanowienie Trybunału Konstytucyjnego z dnia 20 maja 2020 roku, Ts 6/18.

⁸ Zob. o władztwie szerzej, w szczególności w kontekście działalności organów administracji gospodarczej: K. Kiczka, [w:] A. Borkowski, A. Chełmoński, M. Guziński, K. Kiczka, L. Kieres, T. Kocowski, M. Szydło, *Administracyjne prawo gospodarcze*, Wrocław 2009, s. 377–395.

⁹ Zob. też art. 417 § 2 k.c.: „Jeżeli wykonywanie zadań z zakresu władzy publicznej zlecono, na podstawie porozumienia, jednostce samorządu terytorialnego albo innej osobie prawnej, solidarną odpowiedzialność za wyrządzoną szkodę ponosi ich wykonawca oraz zlecająca je jednostka samorządu terytorialnego albo Skarb Państwa”.

¹⁰ Zob. szerzej: J. Boć, A. Cisek, J. Kremis, [w:] *Prawo administracyjne*, red. J. Boć, Wrocław 2004, s. 446–447.

a bezprawnym zachowaniem przy wykonywaniu władzy publicznej. Szkada obejmuje uszczerbek majątkowy oraz niemajątkowy (krzywdę), może dotyczyć szkody na mieniu (na przykład uszkodzenie jakiejś rzeczy) lub szkody na osobie (na przykład uszczerbek na zdrowiu danej osoby), stanowić szkodę rzeczywistą lub utracone korzyści (powoływane powyżej *damnum emergens* i *lucrum cessans*). Bezprawne działanie lub zaniechanie musi być bezpośrednio związane z wykonywaniem władzy publicznej, a nie jedynie powiązane pośrednio. Adekwatny związek przyczynowy oznacza powiązanie pomiędzy przyczyną, czyli bezprawnym zachowaniem przy wykonywaniu władzy publicznej a szkodą, która jest typowym skutkiem danego działania lub zaniechania (władczego i bezprawnego). Odpowiedzialność deliktowa przy wykonywaniu władzy publicznej funkcjonuje na zasadzie ryzyka¹¹. Wyłączenie odpowiedzialności możliwe będzie w sytuacji wykazania braku bezprawności (legalności) zachowania — z zastrzeżeniem wyjątku ustanowionego w art. 417² k.c. (odpowiedzialność odszkodowawcza władzy publicznej na zasadzie słuszności). Niezgodność z prawem powinna natomiast być szerzej interpretowana, niż ma to miejsce w związku z art. 77 ust. 1 Konstytucji RP. Odpowiedzialność deliktowa władzy publicznej obejmuje więc zachowania niezgodne tak z powszechnie obowiązującymi normami prawnymi, jak i zasadami współżycia społecznego¹². Jednakże kwestia bezprawności w omawianym zakresie stanowi element żywej dyskusji w jurejurisprudencji, a także źródło rozbieżności w ramach orzecznictwa sądów powszechnych. Odmiennie zatem autorzy przyjmują, że bezprawność na gruncie art. 417 k.c. jest bezprawnością węższą niż bezprawność generalnie przyjęta w normach prawa cywilnego, dotyczy bowiem jedynie niezgodności z prawem powszechnie i bezwzględnie obowiązującym, z wyłączeniem sprzeczności z normami moralnymi i obyczajowymi (zasadami współżycia społecznego)¹³.

Powyżej opisana odpowiedzialność odszkodowawcza władzy publicznej na podstawie art. 417 § 1 k.c. stanowi *lex generalis* w stosunku do art. 417¹–421, będących *lex specialis* w zakresie odpowiedzialności odszkodowawczej władzy publicznej. Rozwinięcie ogólnej podstawy odszkodowawczej dotyczy zatem odpowiedzialności władzy publicznej za bezprawne wydanie lub zaniechanie wydania aktu normatywnego, orzeczenia sądowego lub decyzji administracyjnej. W drodze

¹¹ M. Chajda, [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. M. Załucki, Warszawa 2023, Legalis, Komentarz do art. 417; odpowiedzialność na zasadzie słuszności aktualizuje się wyjątkowo w odniesieniu do odpowiedzialności odszkodowawczej przy wykonywaniu władzy publicznej, zgodnie z prawem, jeżeli została wyrządzona szkoda na osobie — zob. art. 417² k.c.; niektórzy autorzy wskazują zasadę bezprawności jako podstawową dla odpowiedzialności organów władzy publicznej przy wykonywaniu władzy publicznej — zob. na przykład G. Karaszewski, [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. J. Ciszewski, P. Nazaruk, Warszawa 2022, Lex, Komentarz do art. 417.

¹² G. Karaszewski, [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, Komentarz do art. 417.

¹³ M. Chajda, [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*.

wyjątku władza publiczna jest także odpowiedzialna za wyrządzenie szkody, gdy brak jest przesłanki bezprawności:

Jeżeli przez zgodne z prawem wykonywanie władzy publicznej została wyrządzona szkoda na osobie, poszkodowany może żądać całkowitego lub częściowego jej naprawienia oraz zadośćuczynienia pieniężnego za doznaną krzywdę, gdy okoliczności, a zwłaszcza niezdolność poszkodowanego do pracy lub jego ciężkie położenie materialne, wskazują, że wymagają tego względy słuszności (art. 417² k.c.).

Przepisy szczególne mogą przewidywać odrębne podstawy i zasady odpowiedzialności władzy publicznej w omawianym zakresie (art. 421 k.c.)¹⁴.

3. ODPOWIEDZIALNOŚĆ ODSZKODOWAWCZA WŁADZY PUBLICZNEJ ZA SZKODĘ WYRĄDZONĄ PRZEZ WYDANIE DECYZJI ADMINISTRACYJNEJ

W ramach nadzoru nad reklamą sprawowanego przez Głównego Inspektora Farmaceutycznego wydawane są decyzje nadzorcze — administracyjne, zatem analizie prawnej poddać należy w szczególności odpowiedzialność władzy publicznej będącą rezultatem wydania aktu administracyjnego, jakim jest decyzja administracyjna. Na podstawie art. 417¹ § 2 k.c. źródłem odpowiedzialności odszkodowawczej jest wydanie decyzji ostatecznej, Kodeks cywilny nie stanowi wprost o odpowiedzialności za wydanie decyzji nieostatecznej. Gdy idzie o ostateczną decyzję administracyjną, odpowiedzialność za jej wydanie warunkowana jest prejudykatem — uprzednim stwierdzeniem we właściwym postępowaniu niezgodności decyzji z prawem (chyba że przepisy odrębne wyłączają konieczność uzyskania prejudykatu). „Decyzje, od których nie służy odwołanie w administracyjnym toku instancji lub wnioski o ponowne rozpatrzenie sprawy, są ostateczne. Uchylenie lub zmiana takich decyzji, stwierdzenie ich nieważności oraz wznowienie postępowania może nastąpić tylko w przypadkach przewidzianych w kodeksie lub ustawach szczególnych” — art. 16 § 1 Kodeksu postępowania administracyjnego (dalej również jako k.p.a.)¹⁵.

Weryfikacja decyzji administracyjnych — w tym ostatecznych — możliwa jest w ramach złożenia środka zaskarżenia, zastosowania środka nadzorczego lub też w drodze odwołałości decyzji. Natomiast stwierdzenie niezgodności z prawem decyzji administracyjnej w postępowaniu administracyjnym następuje w trybie stwierdzenia nieważności decyzji ostatecznej (art. 156 i n. k.p.a.), wznowienia postępowania (art. 145 i n. k.p.a.), stwierdzenia, że decyzję wydano z naruszeniem

¹⁴ Zob. na przykład odrębnie uregulowaną odpowiedzialność w art. 36 ustawy z dnia 22 marca 2018 roku o komornikach sądowych (Dz. U. z 2021 r., poz. 850 ze zm.).

¹⁵ Zob. szerzej A. Wiktorowska, [w:] *Postępowanie administracyjne — ogólne, podatkowe, egzekucyjne i przed sądami administracyjnymi*, red. M. Wierzbowski, Warszawa 2017, s. 153–179.

prawa (art. 158 w związku z art. 156 § 2 k.p.a. lub art. 151 § 2 w związku z art. 146 k.p.a.). Zatem decyzja wydana w tym trybie stanowi podstawę skutecznego dochodzenia odszkodowania za bezprawie judykacyjne danego organu władzy publicznej. Prejudykatem może być także wyrok wydany w ramach postępowania sądownoadministracyjnego przez wojewódzki sąd administracyjny lub Naczelny Sąd Administracyjny, uwzględniający skargę i uchylający decyzję, stwierdzający jej nieważność lub wydanie decyzji z naruszeniem prawa¹⁶.

W odniesieniu do tematu niniejszego artykułu istotny pozostaje problem odpowiedzialności władzy publicznej za szkodę wyrządzoną wskutek wydania bezprawnej decyzji nieostatecznej. Zagadnienie pozostaje żywotne zarówno na tle teorii, jak i praktyki stosowania prawa. Zwrócić bowiem należy uwagę, że w ramach farmaceutycznego nadzoru nad reklamą decyzje w przedmiocie zaprzestania ukazywania się lub prowadzenia reklamy produktów leczniczych, a także w przedmiocie usunięcia stwierdzonych naruszeń wyposażone są w rygor natychmiastowej wykonalności¹⁷. Podkreślenia również wymaga, że decyzje nieostateczne nie podlegają wykonaniu w ramach postępowania administracyjnego. Od tej zasady obowiązują wyjątki, przede wszystkim nadanie decyzji rygoru natychmiastowej wykonalności¹⁸. Idzie zatem o powstałe szkody majątkowe związane z wydaniem (i wykonaniem) natychmiast wykonalnej decyzji, następnie uchylonej w toku instancji¹⁹.

Wykładnia gramatyczna przepisu art. 417¹ § 2 k.c. wskazuje na brak możliwości odpowiedzialności władzy publicznej z tytułu wydania decyzji nieostatecznej. Jednakże wykładnia systemowa i funkcjonalna, mając w szczególności na uwadze treść konstytucyjnoprawnej regulacji art. 77 § 1, przedstawia argumenty, by twierdzić, że władza publiczna jest odpowiedzialna za szkodę wyrządzoną przez wydanie i wykonanie decyzji nieostatecznej, jednak na podstawie art. 417 § 1 k.c. (zatem na podstawie generalnej cywilnoprawnej normy przewidującej odpowiedzialność odszkodowawczą władzy publicznej)²⁰.

W nauce prawa oraz w orzecznictwie nie ma konsensusu co do tego, czy niezgodność z prawem wydanej decyzji powinna charakteryzować się bezprawnością kwalifikowaną, dla uznania odpowiedzialności odszkodowawczej władzy publicznej za uzasadnioną²¹, czy nie ma takiej konieczności, by decyzja w sposób kwalifikowany, rażąco naruszała porządek prawny. Co więcej, zajmowane jest

¹⁶ E. Bagińska, J. Parchomiuk, [w:] *Odpowiedzialność odszkodowawcza w administracji*, red. R. Hauser, Z. Niewiadomski, A. Wróbel, Warszawa 2016, System Prawa Administracyjnego, t. 12, Legalis, Rozdział VI § 24 pkt II.

¹⁷ Artykuł 62 ustawy z dnia 6 września 2011 roku, t.j. z dnia 16 września 2021 roku (Dz. U. z 2021 r., poz. 1977) (dalej również jako Pr.Farm.).

¹⁸ Artykuł 130 k.p.a. w związku z art. 108 k.p.a.

¹⁹ E. Bagińska, J. Parchomiuk, [w:] *Odpowiedzialność odszkodowawcza w administracji*.

²⁰ Zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 stycznia 2015 roku, III CSK 96/14.

²¹ Tak na przykład Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 19 kwietnia 2006 roku, V CSK 176/05.

także w jurejurisprudencji oraz judykaturze stanowisko, które wyklucza możliwość skutecznego dochodzenia odszkodowania za szkodę wyrządzoną wydaniem nieostatecznej decyzji administracyjnej²². Prezentowane były także poglądy, w świetle których jedynie nieostateczne decyzje podlegające wykonaniu stanowią podstawę skutecznego roszczenia odszkodowawczego w omawianym zakresie²³.

Należy jednak opowiedzieć się za stanowiskiem, że rażące naruszenie prawa nie jest bezwzględną przesłanką skutecznego roszczenia odszkodowawczego w omawianym zakresie (takie stanowisko będzie uzasadnione w kontekście orzeczeń sądowych)²⁴. Brak jest wskazania wprost w treści przepisów Kodeksu cywilnego warunku fundamentalnego, jaskrawego naruszenia prawa jako podstawy dochodzenia odszkodowania. Nie ma również funkcjonalnych lub systemowych przyczyn ku temu, aby ograniczać możliwość skutecznego dochodzenia roszczenia poszkodowanemu, w stosunku do którego wydano nieostateczną decyzję wadliwą, niezgodną z prawem, lecz nie w sposób rażący. Wydanie i wykonanie decyzji nieostatecznej może być źródłem szkody w dużych rozmiarach, jeżeli zatem organ władzy publicznej zachował się w sposób bezprawny, powodując w majątku adresata decyzji szkodę, to mając na względzie konstytucyjnoprawne regulacje analizowanego powyżej art. 77 § 1 Konstytucji RP, a także art. 2 Konstytucji RP (zasada demokratycznego państwa prawa), powinien być zobowiązany do odpowiedniej kompensacji szkody.

Warto zwrócić uwagę, że jeżeli przyjmując, że art. 417 § 1 k.c. stanowi podstawę odpowiedzialności odszkodowawczej władzy publicznej za wydanie i wykonanie decyzji nieostatecznej, to powstaje pytanie o konieczność wydania prejudykatu dla uzasadnienia roszczenia (albowiem jest to warunek *sine qua non* literalnie jedynie funkcjonujący w odniesieniu do decyzji ostatecznych).

4. NADZÓR GŁÓWNEGO INSPEKTORA FARMACEUTYCZNEGO NAD REKLAMĄ W PRAWIE FARMACEUTYCZNYM

Właściwym organem administracji publicznej (organem władzy publicznej) w zakresie nadzoru nad przestrzeganiem przepisów ustawy — Prawo farmaceutyczne w zakresie reklamy produktów leczniczych jest Główny Inspektor Farmaceutyczny, centralny organ administracji rządowej wykonujący zadania Inspekcji

²² Zob. na przykład wyrok Sądu Najwyższego z dnia 19 listopada 2004 roku, V CK 250/04; tak też wyrok Sądu Najwyższego z dnia 2 lutego 2011 roku, II CSK 398/10.

²³ Zob. w tym zakresie przegląd dorobku literatury w: Z. Banaszczyk, *Kodeks cywilny. Komentarz. Art. 1–449¹⁰*, red. T. Pietrzykowski, Warszawa 2020, Legalis, Komentarz do art. 417¹; por. W. Dubis, J. Kremis, [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. E. Gniewek, P. Machnikowski, Warszawa 2017, s. 863–866.

²⁴ G. Karaszewski, [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, Komentarz do art. 417¹; wyrok Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z dnia 11 grudnia 2018 roku, V ACa 103/18.

Farmaceutycznej określone w ustawie — Prawo farmaceutyczne²⁵. Produktem leczniczym w rozumieniu ustawy — Prawo farmaceutyczne jest „substancja lub mieszanina substancji, przedstawiana jako posiadająca właściwości zapobiegania lub leczenia chorób występujących u ludzi lub zwierząt lub podawana w celu postawienia diagnozy lub w celu przywrócenia, poprawienia lub modyfikacji fizjologicznych funkcji organizmu poprzez działanie farmakologiczne, immunologiczne lub metaboliczne”²⁶. Reklama produktu leczniczego to działalność w zakresie informowania lub zachęcania do stosowania produktu leczniczego, której celem jest zwiększenie liczby przepisywanych recept, dostarczania produktów leczniczych, ich sprzedaży lub konsumpcji. Obejmuje ona w szczególności reklamę produktu leczniczego kierowaną do publicznej wiadomości²⁷. W drodze decyzji Główny Inspektor Nadzoru Farmaceutycznego może nakazać:

- 1) zaprzestania ukazywania się lub prowadzenia reklamy produktów leczniczych sprzecznej z obowiązującymi przepisami,
- 2) publikację wydanej decyzji w miejscach, w których ukazała się reklama sprzeczna z obowiązującymi przepisami, oraz publikację sprostowania błędnej reklamy,
- 3) usunięcie stwierdzonych naruszeń²⁸.

Warto podkreślić, że decyzje Głównego Inspektora Farmaceutycznego wskazane powyżej w punkcie 1 i 3 mają rygor natychmiastowej wykonalności²⁹. Reklama produktu leczniczego kierowana do publicznej wiadomości jest sprzeczna z przepisami ustawy — Prawo farmaceutyczne, jeżeli polega na prezentowaniu produktu leczniczego przez osoby znane publicznie lub posiadające wykształcenie medyczne, ponadto gdy zawiera treści sugerujące, że nawet osoba zdrowa przyjmująca dany produkt leczniczy poprawi swój stan zdrowia, a także że określony produkt leczniczy jest środkiem spożywczym, produktem kosmetycznym lub innym artykułem konsumpcyjnym. „Reklama produktu leczniczego nie może wprowadzać w błąd, powinna prezentować produkt leczniczy obiektywnie oraz informować o jego racjonalnym stosowaniu”³⁰.

Główny Inspektor Farmaceutyczny posiada kompetencje do wszczęcia postępowania administracyjnego w zakresie nadzoru nad reklamą na skutek uzasadnionego podejrzenia, że określona reklama może być sprzeczna z przepisami ustawy — Prawo farmaceutyczne. Informacje o możliwym naruszeniu przepisów tej ustawy organ może powziąć samodzielnie lub w efekcie zgłoszenia przez podmioty trzecie. W stosunku do wiadomości przekazywanych przez podmioty trzecie organ powinien wykazać szczególną staranność w odniesieniu do weryfikacji

²⁵ Artykuł 112 ust. 1 pkt 1 Pr.Farm.

²⁶ Artykuł 2 pkt 32 Pr.Farm.

²⁷ Artykuł 52 Pr.Farm.

²⁸ Artykuł 62 ust. 2 Pr.Farm.

²⁹ Artykuł 62 ust. 3 Pr.Farm.

³⁰ Artykuły 53 i 55 Pr.Farm.

prawdziwości oraz wiarygodności przekazywanych informacji — postępowanie administracyjne w przedmiocie nadzoru nad reklamą nie powinno stanowić oręża w rywalizacji pomiędzy konkurentami na rynku farmaceutycznym³¹. Od decyzji wydanej przez Głównego Inspektora Farmaceutycznego stronie przysługuje wniosek o ponowne rozpatrzenie sprawy, a następnie skarga do wojewódzkiego sądu administracyjnego oraz skarga kasacyjna do Naczelnego Sądu Administracyjnego³².

Decyzje nadzorcze Głównego Inspektora Farmaceutycznego mogą dotyczyć reklam aktualnie prowadzonych, prowadzonych w przeszłości³³, a także tych, które mają być rozpowszechniane w przyszłości. W doktrynie postuluje się rozszerzenie kompetencji nadzorczych Głównego Inspektora Farmaceutycznego w zakresie możliwości stosowanych sankcji w stosunku do podmiotów naruszających przepisy ustawy — Prawo farmaceutyczne, gdy idzie o prowadzenie reklamy produktów leczniczych. Wskazuje się przede wszystkim na brak kompetencji organu do nakładania sankcji finansowych, które mogłyby efektywniej oddziaływać na zachowania przedsiębiorców farmaceutycznych, powodować, że stosowany nadzór byłby bardziej skuteczny³⁴. Należy także zaznaczyć, że niewykonanie niezwłocznie decyzji nadzorczych Głównego Inspektora Farmaceutycznego w zakresie reklamy stanowi czyn zabroniony zagrożony karą grzywny³⁵.

5. ODPOWIEDZIALNOŚĆ ODSZKODOWAWCZA WŁADZY PUBLICZNEJ ZA SZKODĘ WYRĄDZONĄ PRZEZ WYDANIE NIEOSTATECZNEJ DECYZJI NADZORCZEJ W ZAKRESIE REKLAMY PRODUKTÓW LECZNICZYCH

Decyzje nadzorcze Głównego Inspektora Farmaceutycznego w przedmiocie nakazania zaprzestania ukazywania się lub prowadzenia reklamy danego produktu leczniczego, jako reklamy sprzecznej z obowiązującymi przepisami, a także decyzje w zakresie usunięcia stwierdzonych naruszeń mogą stanowić źródło szkody, zarówno w postaci straty rzeczywistej (*damnum emergens*), jak utraconych korzyści (*lucrum cessans*). Decyzje administracyjne w tym zakresie są decyzjami

³¹ Zob. wyrok z dnia 17 kwietnia 2007 roku Sądu Administracyjnego w Warszawie, VII SA/Wa 120/07.

³² K. Czyżewska, J. Dziurawicz, K. Łoś, N. Łukawska, K. Piekarczyk, [w:] *Reklama produktów leczniczych. Komentarz do art. 52–64 ustawy — Prawo farmaceutyczne*, red. K. Czyżewska, Warszawa 2020, Lex, Komentarz do art. 62.

³³ Inaczej Naczelny Sąd Administracyjny w wyroku z dnia 25 marca 2009 roku, II GSK 834/08.

³⁴ K. Grzybczyk, [w:] *Prawo farmaceutyczne. Komentarz*, red. L. Ogiełło, Warszawa 2018, s. 678.

³⁵ Artykuł 129 ust. 2 pkt 5 Pr.Farm.

nieostatecznymi mającymi rygor natychmiastowej wykonalności. Należy stwierdzić, że bezprawne działanie organu władzy publicznej (Głównego Inspektora Farmaceutycznego — centralnego organu administracji rządowej) w omawianej sferze, wyrządzenie szkody przez niezgodne z prawem działanie, wydanie decyzji administracyjnej o charakterze władczym, powoduje odpowiedzialność odszkodowawczą władzy publicznej. Podmiotem odpowiedzialnym za kompensację (naprawienie szkody) jest Skarb Państwa³⁶. Podstawą prawną tej odpowiedzialności, tym samym podstawą skutecznego roszczenia cywilnoprawnego przeciwko Skarbowi Państwa, jest art. 417 Kodeksu cywilnego jako norma prawna, z którą wiązać należy odpowiedzialność odszkodowawczą z tytułu szkody wyrządzonej na skutek wydania i wykonania decyzji nieostatecznej. Skuteczne roszczenie odszkodowawcze za szkodę wyrządzoną przez wydanie nieostatecznej decyzji nadzorczej w zakresie reklamy produktów leczniczych nie wymaga przeprowadzenia uprzedniego postępowania celem uzyskania prejudykatu (stwierdzenia we właściwym postępowaniu niezgodności decyzji z prawem). W aktualnym kształcie prawodawstwa brak jest przesłanek, by twierdzić, że dochodzenie odszkodowania za wydanie i wykonanie nieostatecznej decyzji administracyjnej warunkowane jest rażąco niezgodnością z prawem, zatem również niekwalifikowana, zwykła bezprawność stanowi podstawę skutecznego roszczenia³⁷.

Weryfikacja wydanej decyzji powinna — oprócz art. 77 ust. 1 Konstytucji RP oraz art. 417 § 1 k.c. — uwzględniać również treść art. 7 Konstytucji RP, według którego organy władzy publicznej działają na podstawie i w granicach prawa. Zasada legalności działania organów władzy publicznej skutkuje powinnością oceny zachowania organu w kontekście regulacji prawnych właściwych dla danego stosunku publicznoprawnego. Legalność lub bezprawność działania organu władzy publicznej stanowi element stosunku publicznoprawnego pomiędzy państwem a jednostką. Nie funkcjonuje natomiast jeden uniwersalny model stosunku publicznoprawnego. Dany stosunek prawny należy interpretować za każdym razem na podstawie regulacji prawnych znajdujących zastosowanie w odniesieniu do publicznoprawnej relacji prawnej. „Bezprawność musi być więc każdorazowo ustalana czy też rekonstruowana na podstawie norm regulujących dany stosunek publicznoprawny”³⁸.

Decyzje nadzorcze w zakresie reklamy produktów leczniczych mogą spowodować utratę wartości poczynionej na rzecz reklamy inwestycji (*damnum emergens*)³⁹. Ponadto nakaz zaprzestania ukazywania się lub prowadzenia reklamy

³⁶ M. Dziurda, [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz. Tom I. Część ogólna, cz. 1 (art. 1–55⁴)*, red. J. Gudowski, Warszawa 2021, Lex, Komentarz do art. 34.

³⁷ P. Sobolewski, [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. W. Borysiak, K. Osajda, Warszawa 2022, Legalis, Komentarz do art. 417¹.

³⁸ J. Boć, A. Cisek, J. Kremis, [w:] *Prawo administracyjne*, s. 450.

³⁹ K. Czyżewska, J. Dziurawicz, K. Łoś, N. Łukawska, K. Piekarczyk, [w:] *Reklama produktów leczniczych. Komentarz do art. 52–64 ustawy — Prawo farmaceutyczne*.

może prowadzić do utraty możliwego do uzyskania dochodu z tytułu sprzedaży produktu leczniczego (*lucrum cessans*). Jednakże należy podkreślić, że sąd powszechny w ramach wyroku nie zastępuje organu administracji publicznej w wydaniu decyzji, nie wydaje nowej decyzji, przejmując kompetencje organu, weryfikuje natomiast przesłanki odpowiedzialności odszkodowawczej w danej sprawie cywilnej. Istotny dla odpowiedzialności odszkodowawczej w omawianym zakresie, obok wyrządzenia szkody oraz bezprawności zachowania przy wykonywaniu władzy publicznej, jest adekwatny związek przyczynowo-skutkowy pomiędzy wyrządzoną szkodą a bezprawnym zachowaniem przy wykonywaniu władzy publicznej. Innymi słowy, szkoda oraz bezprawność nie skutkują automatyzmem w zakresie obowiązku kompensacji ze strony władzy publicznej. Niezbędnym elementem jest także związek przyczynowy, to znaczy — szkoda by nie powstała, gdyby nie bezprawne zachowanie organu władzy publicznej. Co więcej, konieczność odwołania się do adekwatnego związku przyczynowo-skutkowego prowadzi do wniosku, że odpowiedzialność za szkodę władzy publicznej nie aktualizuje się w sytuacji, jeżeli pomimo bezprawności jego działania szkoda nastąpiłaby także w przypadku działania zgodnego z prawem⁴⁰.

DAMAGES LIABILITY IN CASE OF REVIEW DECISION ON ADVERTISING OF MEDICINAL PRODUCTS

Summary

Damages liability of public authorities is regulated in the Polish Constitution and in civil law. The Chief Pharmaceutical Inspector supervises advertising of medicinal products. Decisions in this regard are immediately enforceable. This article proposes a legal analysis of the possibility to receive financial compensation for losses from decisions that are made in a relevant field.

Keywords: liability for damages, the Chief Pharmaceutical Inspector, supervision, advertising of medicinal products

BIBLIOGRAFIA

- Banaszak B., *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2012.
Borkowski A., Chełmoński A., Guziński M., Kiczka K., Kieres L., Kocowski T., Szydło M., *Administracyjne prawo gospodarcze*, Wrocław 2009.
Gniewek E., Machnikowski P., *Kodeks cywilny. Komentarz*, Warszawa 2017.
Hauser R., Niewiadomski Z., Wróbel A., *Odpowiedzialność odszkodowawcza w administracji*, Warszawa 2016, System Prawa Administracyjnego, t. 12.

⁴⁰ Zob. w kontekście odpowiedzialności za szkodę wyrządzoną przez wydanie decyzji przez Głównego Inspektora Nadzoru Farmaceutycznego, a w szczególności gdy idzie o związek przyczynowy — wyrok Sądu Najwyższego z dnia 25 marca 2019 roku, I CSK 121/18.

- Kodeks cywilny. Komentarz*, red. J. Ciszewski, P. Nazaruk, Warszawa 2022.
- Kodeks cywilny. Komentarz*, red. M. Załucki, Warszawa 2023.
- Kodeks cywilny. Komentarz*, red. W. Borysiak, K. Osajda, Warszawa 2022.
- Kodeks cywilny. Komentarz. Art. 1–449¹⁰*, red. T. Pietrzykowski, Warszawa 2020.
- Kodeks cywilny. Komentarz. Tom I. Część ogólna, cz. 1 (art. 1–55⁴)*, red. J. Gudowski, Warszawa 2021.
- Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, red. P. Tuleja, Warszawa 2021.
- Postępowanie administracyjne — ogólne, podatkowe, egzekucyjne i przed sądami administracyjnymi*, red. M. Wierzbowski, Warszawa 2017.
- Prawo administracyjne*, red. J. Boć, Wrocław 2004.
- Prawo farmaceutyczne. Komentarz*, red. L. Ogiegło, Warszawa 2018.
- Reklama produktów leczniczych. Komentarz do art. 52–64 ustawy — Prawo farmaceutyczne*, red. K. Czyżewska, Warszawa 2020.

BOGUSŁAW SOŁTYS
ORCID: 0000-0002-8359-7732
Uniwersytet Wrocławski

OCENA APTECZNYCH ZAKAZÓW REKLAMOWYCH W ŚWIETLE WARTOŚCI KONSTYTUCYJNYCH

Abstrakt: Artykuł jest poświęcony ocenie zasadności aptecznych zakazów reklamowych sformułowanych w prawie farmaceutycznym. Autor dokonuje ich kwalifikacji prawnej oraz rozważa legalność w świetle kolizji różnych wartości konstytucyjnych. Skłania się ku wnioskowi, że apteczne zakazy reklamowe swoim rozległym zakresem i abstrakcyjnością naruszają gwarancje ochrony konstytucyjnych praw i wolności i są nadmierne w stosunku do celów publicznych, którym służą. W konkluzji stwierdza zaś, że reglamentacja, choć jest wyjątkowo dopuszczalna, to w demokratycznym państwie prawnym nie powinna być nigdy drogą na skróty.

Słowa kluczowe: prawo farmaceutyczne, prawo reklamy, apteczne zakazy reklamowe, reglamentacja i jej nadmierność, ważenie wartości konstytucyjnych

WPROWADZENIE DO PROBLEMATYKI

Zakazy reklamowe dotyczące aptek i punktów aptecznych oraz prowadzonej przez nie działalności wywołują wiele różnych kontrowersji, zarówno w sferze praktyki ich stosowania, jak i oceny konstytucjonalności¹. Mimo wniesienia kilku skarg konstytucyjnych skierowanych na stwierdzenie niezgodności tych zakazów z Konstytucją RP², jak dotychczas nie doszło do ich merytorycznego osądzenia przez Trybunał Konstytucyjny, gdyż wszystkie sprawy nimi wywołane zostały niedawno umorzone³. Warto więc zwrócić uwagę przynajmniej na te zagadnienia, które mogą wzbogacić argumentację w debacie publicznej poświęconej

¹ Zob. przegląd orzecznictwa opracowany przez: J. Wiszniewska, *Zakaz reklamy aptek i ich działalności*, Warszawa 2019, s. 85 i n. Por. M. Jabłoński, S. Jarosz-Zukowska, *Działalność gospodarcza na rynku aptecznym i jej ograniczenia. Uwarunkowania konstytucyjne*, Warszawa 2022, s. 226 i n.

² Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 roku (Dz. U. z 1997 r. Nr 78, poz. 483), dalej: Konstytucja RP.

³ Zob. postanowienia TK z dnia 25 listopada 2021, SK 11/16, ZU OTK 2021/A/65; z 15 lipca 2021, SK 32/15, ZU OTK 2021/A/41 oraz z 15 kwietnia 2021, SK 23/15, ZU OTK 2021/A/24.

problematyce reglamentacji na rynku aptecznym oraz w niedalekiej przyszłości, jak się wydaje, zaważyć na losie wymienionych zakazów reklamowych. W przypadku bowiem uznania, że są one niezgodne z Konstytucją RP, ich treść i zakres będą musiały ulec zmianie. Należy mieć jednak świadomość, że apteczne zakazy reklamowe są wyrazem przemyślanej i prowadzonej od dekady polityki państwa, która jest głównie nastawiona na ograniczenie wydatków publicznych. Apteczne zakazy reklamowe korzystają również ze wsparcia samorządu aptekarskiego, motywowanego koniecznością zapewnienia ochrony zdrowia pacjentów oraz niezależności zawodowej farmaceutów⁴. Dlatego, co do zasady, nie kwestionując tych ważnych celów publicznych, trzeba zastanowić się, czy obowiązujące zakazy reklamy aptecznej w świetle wartości konstytucyjnych są rzeczywiście niezbędne do ich osiągnięcia, czy nie są nadmierne oraz czy nie kolidują z innymi równie ważnymi celami.

PODSTAWA PRAWNA APTECZNYCH ZAKAZÓW REKLAMY I ICH CHARAKTER

Apteczne zakazy reklamowe dotyczące zakazu reklamy aptek i punktów aptecznych oraz ich działalności zostały sformułowane w art. 94a ust. 1 prawa farmaceutycznego⁵. Wprowadzono je do porządku prawnego z dniem 1 stycznia 2012 roku na mocy nowelizacji prawa farmaceutycznego, przewidzianej w art. 60 pkt 7 ustawy refundacyjnej⁶ w brzmieniu, które obowiązuje do chwili obecnej. Wcześniej przepis art. 94a ust. 1 u.p.f. zabraniał jedynie reklamy działalności aptek i punktów aptecznych skierowanych do publicznej wiadomości, która odnosiła się bezpośrednio do produktów leczniczych lub wyrobów medycznych umieszczonych na wykazach leków refundowanych albo do występujących pod nazwą identyczną z nazwą medykamentów objętych refundacją. Podobnie jak ma to miejsce dzisiaj, apteki i punkty apteczne były wówczas adresatem również wielu innych zakazów oraz ograniczeń reklamowych, które dotyczyły określonej kategorii produktów lub kanałów ich dystrybucji (zob. art. 52 i n. u.p.f.). W wyniku wskazanej nowelizacji prawa farmaceutycznego doszło więc do zaostrzenia oraz istotnego

⁴ Zob. na przykład stanowisko Naczelnej Rady Aptekarskiej z 11 kwietnia 2012, nr VI/1/2012, <https://www.prawo.pl/zdrowie/nia-o-realizacji-zakazu-reklamy-aptek,251281.html> (dostęp: 2.12.2023), oraz stanowisko Naczelnej Izby Aptekarskiej z 19 lutego 2016, https://oia.krakow.pl/storage/20160219_STANOWISKO_NIA_NA%20TEMAT_ZAKAZU_REKLAMY_APTEK.pdf (dostęp: 2.12.2023).

⁵ Ustawa z dnia 6 września — Prawo farmaceutyczne (t.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1977), dalej: u.p.f.

⁶ Ustawa z dnia 12 maja 2011 roku o refundacji leków, środków spożywczych specjalnego przeznaczenia żywieniowego oraz wyrobów medycznych (Dz. U. z 2011 r. Nr 122, poz. 696), dalej: ustawa refundacyjna.

rozszerzenia zakresu zakazów reklamowych ciążyących na aptekach i punktach aptecznych. Na marginesie należy również zauważyć, że pierwotny projekt wyżej wymienionej ustawy nowelizującej nie ingerował w treść art. 94a ust. 1 u.p.f., a jego restrykcyjna zmiana pojawiła się na etapie prac podkomisji nadzwyczajnej do rozpatrzenia rządowego projektu ustawy refundacyjnej⁷.

W odróżnieniu od ograniczeń reklamowych dotyczących produktów leczniczych (zob. art. 53 i n. u.p.f.), apteczne zakazy reklamowe przewidziane w art. 94a ust. 1 u.p.f. mają charakter bezwzględny i całkowity⁸. Nie doznają bowiem żadnych wyjątków i rozciągają się na każdą reklamę określonych normatywnie podmiotów i prowadzonej przez nie działalności, nawet jeśli nie ma ona bezpośredniego związku z produktami leczniczymi ani z refundacją finansowaną ze środków publicznych. Przepis art. 94a ust. 1 u.p.f. za reklamę nie uznaje wprowadzie informacji o lokalizacji i godzinach pracy apteki lub punktu aptecznego, niemniej jednak nie są to odstępstwa ani zawężenia zakresu aptecznych zakazów reklamowych. Podawanie do powszechnej wiadomości wymienionych informacji stanowi wykonanie obowiązków ustawowych (zob. art. 94 u.p.f. oraz art. 20 ust. 3 u.p.p.⁹). Reklama jest natomiast zawsze oparta na realizacji uprawnień wynikających z gwarancji określonych wolności.

APTECZNE ZAKAZY REKLAMOWE JAKO PRZEJAW REGLAMENTACJI KONSTYTUCYJNYCH PRAW I WOLNOŚCI

Na gruncie aparatury pojęciowej Konstytucji RP apteczne zakazy reklamowe należy zakwalifikować do ograniczeń reglamentacyjnych konstytucyjnie gwarantowanych praw i wolności (zob. zwłaszcza art. 2 i 31 ust. 3 Konstytucji RP). Z punktu widzenia ram prawnych tych ograniczeń apteczne zakazy reklamowe mogą zostać uznane za dopuszczalne lub niedozwolone w przypadku, gdy w świetle wartości konstytucyjnych są nadmierne lub naruszają istotę (naturę) gwarantowanych praw i wolności. W każdym jednak razie dokonanie oceny wymaga uprzedniego rozstrzygnięcia istniejących kolizji. Obiektywnie nie da się bowiem w pełni jednocześnie zrealizować wszystkich praw i wolności zapewnianych przez Konstytucję RP.

⁷ Zob. prace Sejmu VI kadencji powiązane z projektem ustawy refundacyjnej wraz z uzasadnieniem, które zostały objęte drukiem sejmowym nr 3491, <https://orka.sejm.gov.pl/Druki6ka.nsf/wgdruk/3491> (dostęp: 2.12.2023). Por. J. Wiszniewska, *Zakaz reklamy aptek i ich działalności — geneza wprowadzenia i ocena regulacji*, „Internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny” 2016, nr 8, s. 20 i n.

⁸ Por. J. Wiszniewska, *Zakaz reklamy aptek i ich działalności*, s. 220 i n. oraz M. Mądry, [w:] *Institucje prawa farmaceutycznego*, red. R. Stankiewicz, Warszawa 2016, s. 232 i n.

⁹ Ustawa z dnia 6 marca 2018 roku. Prawo przedsiębiorców (t.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 162), dalej: u.p.p.

Nie powinno ulegać wątpliwości stwierdzenie, że apteczne zakazy reklamowe kolidują z wolnością gospodarczą (zob. art. 20 i 22 Konstytucji RP), wolnością komunikowania się (zob. art. 49 Konstytucji RP), wolnością wyrażania swoich poglądów i rozpowszechniania informacji (zob. art. 54 ust. 1 Konstytucji RP), wolnością wykonywania zawodu farmaceuty (zob. art. 65 ust. 1 Konstytucji RP), a także z prawem równości i równego traktowania przez władze publiczne (zob. art. 32 ust. 1 Konstytucji RP) i prawem do ochrony zdrowia (zob. art. 68 ust. 1 Konstytucji RP). Wprawdzie w tym ostatnim przypadku względy ochrony zdrowia są niekiedy przedstawiane jako uzasadnienie ograniczeń konstytucyjnych praw i wolności, niemniej jednak zgodnie z art. 31 ust. 1 Konstytucji RP motywem usprawiedliwiającym reglamentacyjną ingerencję może być również konieczność zapewnienia realizacji każdego innego konstytucyjnie gwarantowanego prawa lub wolności.

Przeprowadzając ocenę dopuszczalności aptecznych zakazów reklamowych w świetle wartości konstytucyjnych, należy zwrócić uwagę na okoliczność, że potrzeba dokonania ograniczeń konstytucyjnych praw i wolności nie tylko musi być podyktowana wystąpieniem konieczności zaspokojenia określonego interesu publicznego, ale również zostać uznana za niezbędną w demokratycznym państwie. Z powyższych ustaleń wynika kilka ważnych wniosków¹⁰. Po pierwsze, dopuszczalność ograniczenia konstytucyjnych praw i wolności ma charakter wyjątkowy i powinna być zapewniona jej rozliczalność. Po drugie, z zastrzeżeniem wyjątków przewidzianych wprost w Konstytucji RP nie można *a priori* przesądzić, że niektóre prawa lub wolności pozostające ze sobą w kolizji mają pierwszeństwo przed innymi (por. na przykład art. 8 ust. 2, art. 30 oraz art. 91 ust. 2 i 3 Konstytucji RP). Tym bardziej że Rzeczpospolita Polska ustrojowo zapewnia różne prawa i wolności, kierując się zasadą ich zrównoważonego rozwoju (zob. art. 5 Konstytucji RP). Po trzecie, zabroniona jest taka ingerencja w konstytucyjne prawa i wolności, która jest nieproporcjonalna. W szczególności wiąże się to z nieosiągnięciem zakładanych efektów regulacyjnych oraz istnieniem możliwości zaspokojenia określonego interesu publicznego w równym stopniu za pomocą mniej restrykcyjnych środków. W takiej sytuacji nie można bowiem przyjmować, że została spełniona przesłanka konieczności ograniczenia reglamentacyjnego. Po czwarte, ustawodawca nie może zredukować żadnych z gwarantowanych konstytucyjnie praw i wolności do takiej postaci, która naruszałaby ich istotę lub prowadziłaby do stworzenia pozorów istnienia danego prawa lub wolności (zob. art. 31 ust. 3 Konstytucji RP). Po piąte, ustawowa ingerencja w konstytucyjne prawa i wolności nie może ograniczająco wpływać na swobody wynikające z wiążącego Polskę prawa międzynarodowego (zob. art. 9 w związku z art. 91 ust. 2 i 3 Konstytucji RP). Wreszcie po szóste,

¹⁰ Por. L. Bosek, M. Szydło, *Komentarz do art. 31 ust. 3, [w:] Konstytucja RP. T. I. Komentarz do art. 1–86*, red. M. Safjan, L. Bosek, Warszawa 2016, Nb 52 i n. oraz P. Tuleja, *Komentarz do art. 31 ust. 3, [w:] Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, red. P. Tuleja, Warszawa 2021, pkt 2.

reglamentacja konstytucyjnych praw i wolności, nawet jeśli jest wyjątkowa, konieczna, rozliczalna i zgodna z prawem międzynarodowym, to w demokratycznym państwie prawnym, jakim jest Rzeczpospolita Polska, nie może prowadzić do naruszenia zasad sprawiedliwości społecznej (zob. art. 2 Konstytucji RP)¹¹.

NADRZĘDNOŚĆ OKREŚLONEGO INTERESU PUBLICZNEGO

Zagadnienie nadrzędności określonego interesu publicznego ma wymiar dwukierunkowy. Z jednej strony, wyznacza płaszczyznę możliwości ograniczenia treści danego prawa lub wolności, z drugiej zaś — pozwala na stwierdzenie niedopuszczalności konkretnego sposobu jego reglamentacji. Powstaje więc pytanie, czy względy bezpieczeństwa finansów publicznych, ochrony niezależności zawodowej farmaceutów oraz zdrowia mogą stanowić uzasadnienie reglamentacji poszczególnych konstytucyjnych praw i wolności w postaci zakazu reklamy aptek i punktów aptecznych oraz zakazu reklamy ich działalności.

Każda z wymienionych kategorii interesu publicznego posiada niewątpliwie ważny charakter, który może uzasadniać ograniczenie wolności gospodarczej (zob. art. 22 Konstytucji RP), w przypadku pozostałych praw i wolności taką rolę spełnia ochrona zdrowia (zob. art. 31 ust. 3 Konstytucji RP), natomiast względy bezpieczeństwa finansów publicznych oraz zapewnienia niezależności zawodowej farmaceutów tylko w takim zakresie, w jakim mogą składać się na wyróżnione w art. 31 ust. 3 Konstytucji RP pojęcie bezpieczeństwa i porządku publicznego. Ustalenie zaś, czy ograniczenie poszczególnych konstytucyjnych praw i wolności może przybrać postać bezwzględного zakazu reklamy, w większości przypadków zależy od merytorycznej oceny, czy taka ingerencja z różnych powodów jest konieczna i czy nie jest nadmierna.

W sposób formalny możliwe jest rozstrzygnięcie tylko niektórych kolizji. Mianowicie — żadna z wymienionych kategorii interesu publicznego wskazywana jako uzasadnienie aptecznych zakazów reklamowych obiektywnie nie może być uznana za nadrzędną wobec wolności słowa, zarówno w formie swobody wyrażania poglądów, jak i rozpowszechnia informacji. Zgodnie bowiem z art. 54 ust. 2 Konstytucji RP cenzura prewencyjna środków społecznego przekazu jest bezwzględnie zabroniona, a — jak się wydaje — taką właśnie funkcję mogą spełniać abstrakcyjne ujęte apteczne zakazy reklamowe. Z pewnym zastrzeżeniem dotyczącym ochrony niezależności zawodowej farmaceutów¹² w sposób formalny

¹¹ Na temat roli i znaczenia nadrzędności ustrojowych zasad państwa demokratycznego, prawnego i sprawiedliwego zob. na przykład P. Tuleja, *Komentarz do art. 2, [w:] Konstytucja RP. T. I. Komentarz do art. 1–86*, Nb 1 i n. oraz powołaną tam literaturę i orzecznictwo.

¹² Na marginesie należy zauważyć, że przy wykonywaniu innych zawodów zaufania publicznego, takich jak na przykład radca prawny, rzecznik patentowy czy doradca podatkowy, przyjmuje się, że reklama w ograniczonej postaci nie narusza niezależności zawodowej, mimo że wymienione

można również przyjąć, że zarówno względy związane z ograniczeniem wydatków publicznych, jak i ochroną zdrowia nie mają nadrzędnego charakteru wobec uniwersalnych gwarancji równości wobec prawa i równego traktowania. Obowiązujące przepisy nawet w zakresie reklamy tożsamyh produktów przyjmują z naruszeniem tych gwarancji całkowicie odmienne reguły adresowane, z jednej strony, do aptek i punktów aptecznych, z drugiej zaś — do placówek obrotu pozaaptecznego (por. art. 94a ust. 1 oraz ust. 1a u.p.f.). Ponadto kategorie interesu publicznego wskazywane jako uzasadnienie aptecznych zakazów reklamowych w żadnym razie nie mogą występować w relacji nadrzędności względem samego prawa do ochrony zdrowia, z którym są funkcjonalnie powiązane.

We wszystkich wymienionych przypadkach umożliwiających rozstrzygnięcie kolizji wartości konstytucyjnych już tylko na podstawie kryteriów formalnoprawnych reglamentacja dotycząca reklamy aptek i punktów aptecznych oraz ich działalności nie powinna przybierać formy zakazów bezwzględnych oraz całkowitych. Nie ma natomiast przeszkód we wprowadzeniu zakazów względnych, uzależnionych od zaistnienia określonych przesłanek, oraz częściowych, obejmujących tylko niektóre przejawy aptecznych aktywności.

ZAGADNIENIE NADMIERNOŚCI OGRANICZEŃ REGLAMENTACYJNYCH

O ile reglamentacyjne ograniczenia praw i wolności gwarantowanych przez Konstytucję RP są wyjątkowo dopuszczalne, to zawsze zabroniona jest ich nadmierność, z którą mamy do czynienia zarówno wtedy, gdy wypacza się istotę (naturę) poszczególnych praw i wolności, jak i wówczas, gdy ingeruje się w ich treść bez zaistnienia stanu prawnej konieczności albo w sposób nieproporcjonalny. Stwierdzenie wystąpienia nadmierności konkretnego ograniczenia wymaga wszechstronnego i merytorycznego wyważenia kolizyjnych praw i wolności oraz interesu publicznego. Wprawdzie wszystkie one nie muszą być zaspakajane przez ustawodawcę w jednakowym stopniu, ale ustawa zasadnicza zawiera wyraźne wskazówki, jak powinno się postępować w sytuacjach kolizyjnych.

W pierwszym rzędzie trzeba zwrócić uwagę na okoliczność, że reglamentacja konstytucyjnych praw i wolności ma charakter wyjątkowy. Przepisów formułujących ich ograniczenia w konsekwencji nie można więc interpretować w sposób zakresowo rozszerzający, a wszelkie wątpliwości powstające przy rozpoznawaniu ewentualnych kolizji należy rozstrzygać na korzyść uprawnień wynikających

zawody świadczą również pomoc, która jest finansowana ze środków publicznych (tak zwana pomoc prawna z urzędu). Por. K. Dąbrowski, *Zawody zaufania publicznego na gruncie Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r.*, Warszawa 2022, s. 149 i n. oraz A. Zimmermann, *Zawód farmaceuty. Komentarz*, red. A. Zimmermann, Warszawa 2021, *passim*.

z treści danego prawa lub wolności, zgodnie z domniemaniem *in dubio pro libertate*. Zważywszy również na fakt, że na każdym spoczywa obowiązek szanowania praw i wolności innych, a organy władzy publicznej zobowiązane są do działania na podstawie i w granicach prawa, wszyscy adresaci norm Konstytucji RP powinni zapewniać możliwie najpełniejszą realizację każdego prawa lub wolności, które są gwarantowane przez Konstytucję RP, zarówno w sferze stanowienia, jak i stosowania obowiązujących przepisów (zob. art. 7 i 31 ust. 2 Konstytucji RP). W praktyce dość często dochodzi jednak do systemowego odwracania znaczenia zasad i wyjątków oraz nierespektowania domniemania *in dubio pro libertate*. Uzasadnienia przedłożeń legislacyjnych przeważnie nie zawierają żadnych analiz dotyczących identyfikowania i prób rozwiązywania kolizji konstytucyjnych praw i wolności, a także wyników testów wykazujących spełnienie wymogów proporcjonalności¹³. Wskazane niedomagania są spowodowane brakiem odpowiedniego systemu prewencji, który niestety znacząco obniża realny standard ochrony gwarantowanych praw i wolności, zwłaszcza wobec wąskiego zakresu kontroli konstytucyjności, co do zasady wykonywanej jedynie *ex post*. Należy jednak odnotować, że pod wpływem prawa unijnego, które coraz bardziej konkretyzuje różne gwarantowane swobody wspólnego rynku¹⁴, rysuje się perspektywa przynajmniej częściowej poprawy takiego stanu rzeczy (zob. art. 9 w związku z art. 91 ust. 3 Konstytucji RP). Rozwiązania unijne, respektując kompetencje państw członkowskich w zakresie stanowienia prawa, przerzucają bowiem na inicjatorów nowych regulacji ciężar wykazania dochowania zasad proporcjonalności i niedyskryminacji.

Nie mniej ważną wskazówkę rozstrzygnięcia kolizji konstytucyjnych praw i wolności formułuje również art. 5 Konstytucji RP, stanowiąc, że Rzeczypospolita Polska zapewnia wolności i prawa człowieka oraz obywatela, a także ich bezpieczeństwo, kierując się zasadą zrównoważonego rozwoju. Ustawodawca nie może więc dowolnie kształtować treści poszczególnych praw i wolności, ale powinien uwzględniać ich równomierny progres. Oznacza to niedopuszczalność preferowania tylko niektórych praw i wolności oraz redukcji innych, nawet jeśli jest to podyktowane względami bezpieczeństwa. Mimo że zapewnienie o kierowaniu się zrównoważonym rozwojem w kontekście rozstrzygnięcia kolizji konstytucyjnych praw i wolności raczej nie jest akcentowane przez doktrynę i orzecznictwo, to jednak nie można traktować go jak pustą deklarację niewywołującą żadnych doniosłych skutków prawnych. Przeciwnie, biorąc pod uwagę usytuowanie art. 5

¹³ Nie inaczej było w przypadku uzasadnienia przepisów wprowadzających do porządku prawnego apteczne zakazy reklamowe.

¹⁴ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2018/958/WE z dnia 28 czerwca 2018 roku w sprawie analizy proporcjonalności przed przyjęciem nowych regulacji dotyczących zawodów (Dz. U. UE. L.173.25), dalej: dyrektywa 2018/958/WE. Wymieniona dyrektywa w głównej mierze została wdrożona do polskiego porządku prawnego mocą ustawy z dnia 19 listopada 2020 roku o zmianie ustawy o zasadach uznawania kwalifikacji zawodowych nabytych w państwach członkowskich Unii Europejskiej (Dz. U. z 2021 r., poz. 78).

Konstytucji RP oraz uniwersalność jego zastosowań, zasadę zrównoważonego rozwoju należy uznać za mającą charakter ustrojowy o podstawowym znaczeniu, zarówno w procesie stanowienia, jak i stosowania prawa, która umożliwiając rozstrzygnięcie różnych wątpliwości, wyznacza kierunki rozwiązań legislacyjnych oraz wykładni przepisów¹⁵. W sferze rozwiązywania kolizji między konstytucyjnymi prawami i wolnościami zasada zrównoważonego rozwoju odgrywa zatem znacznie szerszą i bardziej wszechstronną rolę w stosunku do zasady proporcjonalności. Naruszenie każdej z nich z osobna lub tylko jednej może jednak skutkować uznaniem reglamentacji konstytucyjnych praw i wolności za nadmierną, a w konsekwencji — nielegalną.

Nieproporcjonalność reglamentacji konstytucyjnych praw i wolności zachodzi nie tylko wówczas, gdy w rzeczywistości nie istnieje podyktowana określonym nadrzędnym interesem publicznym istotna przyczyna jej przeprowadzenia, w tym wiążąca się z realizacją innych gwarantowanych praw i wolności, lecz także wtedy, gdy ograniczenia reglamentacyjne są nieskuteczne lub dany cel publiczny można osiągnąć za pomocą mniej restrykcyjnych środków¹⁶. Nieproporcjonalność może niekiedy przybrać postać krańcową, która jest związana z naruszeniem istoty (natury) danego prawa lub wolności. Takie wynaturzenie może być wynikiem zarówno skrajnej jednostkowej redukcji ich treści, niezapewniającej co najmniej alternatywy wyboru postępowania podmiotu uprawnionego, jak i ogółu wielu różnych ograniczeń, które łącznie podważają sens reglamentowanego prawa lub wolności albo przekształcają je w ich pozór. Kwestia ta może mieć szczególne znaczenie zwłaszcza na rynku aptecznym, który uchodzi za poddany najszerszej i najściślejszej reglamentacji¹⁷. Ponieważ Konstytucja RP zapewnia prawa i wolności nie tylko w ich aspekcie formalnym, ale również materialnym¹⁸, reglamentacja nawet, jeśli z jakichś ważnych względów jest konieczna, nigdy jednak nie może przekraczać pewnych granic.

Odnosząc te rozważania do sprawy aptecznych zakazów reklamowych, należy stwierdzić, że każdy z nich w stosunku do wolności gospodarczej, wykonywania zawodu, komunikowania się oraz wyrażania swoich poglądów i rozpowszechniania informacji może zostać uznany za nadmierny z wielu różnych przyczyn,

¹⁵ Por. P. Tuleja, *Komentarz do art. 5*, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz* oraz M. Florczak-Wątor, *Komentarz do art. 5*, [w:] *Konstytucja RP. Tom I. Komentarz do art. 1–86*, Nb 42.

¹⁶ Zasada proporcjonalności (w odniesieniu do prawa publicznego w tezach Trybunału Konstytucyjnego), Biuro Trybunału Konstytucyjnego. Zespół Orzecznictwa i Studiów, Warszawa 2009, https://trybunal.gov.pl/fileadmin/content/dokumenty/Zestawienie_tez_dotyczacych_zasad_proporcjonalnosci_w_zakresie_pawa_publicznego.pdf (dostęp: 3.12.2023).

¹⁷ Por. R. Stankiewicz, [w:] *Instytucje rynku farmaceutycznego*, red. R. Stankiewicz, Warszawa 2016, s. 30 i n. oraz K. Mełgieś, *Prawne determinanty funkcjonowania aptek ogólnodostępnych a bezpieczeństwo pacjenta*, „Roczniki Nauk Prawnych” 2021, t. 31, nr 2, s. 43 i n.

¹⁸ Por. na przykład wyrok TK z dnia 7 listopada 2006, SK 42/05, ZU OTK 2006/10A/148 oraz wyrok TK z 7 maja 2006, K 33/05, ZU OTK 2006/5A/57.

przede wszystkim jednak z uwagi na naruszenie zasady proporcjonalności. Poza dyskusją jest oczywiste twierdzenie, że apteki jako placówki ochrony zdrowia nie mogą w pełni korzystać ze wszelkich praw przyznanych przedsiębiorcom, a ich naturalne dążenie do maksymalizacji zysku musi zostać podporządkowane ochronie zdrowia i publicznemu bezpieczeństwu zdrowotnemu¹⁹. Jednak nawet wykonywanie takich zadań publicznych nie usprawiedliwia całkowitej redukcji ich konstytucyjnych praw i wolności, zwłaszcza że również one mogą korespondować z prawem pacjentów do ochrony zdrowia. Nie ma żadnych dowodów potwierdzających, że apteczne zakazy reklamowe są rzeczywiście niezbędne do realizacji zakładanych celów publicznych, w tym związanych z racjonalizacją wydatków publicznych i niezależnością zawodową farmaceutów, a także w pełni skuteczne w sytuacji, w której obowiązujące przepisy nie definiują pojęcia reklamy objętej tymi zakazami i pozwalają na reklamę placówek obrotu pozaaptecznego uprawionych do dystrybucji częściowo jednakowego asortymentu produktów. Zakazy całkowite i bezwzględne, choć obiektywnie są łatwiejsze w kontroli, nie powinny być ustanawiane dla wygody czy w reakcji na różne niedomagania nadzoru publicznego, w tym nad należytym wykonywaniem zawodu farmaceuty, gdyż są to cele pośrednie i często w ogóle nieleżące w interesie publicznym. Nie można również nie dostrzegać, że mimo obowiązywania tych zakazów od ponad 10 lat spożycie leków w Polsce nie zmalało, lecz nadal rośnie i taki stan rzeczy nie powinien być już wiązany z reklamą. Główną jego przyczyną jest bowiem na ogół przemilczana niedostateczna dostępność pomocy lekarskiej, która sprawia, że pacjenci w coraz większym stopniu zmuszeni są niejako na własną rękę rozwiązywać swoje niektóre problemy zdrowotne. Dla oceny niespełnienia przesłanki proporcjonalności aptecznych zakazów reklamowych nie bez znaczenia pozostaje także fakt, że przepisy nie przewidują tak daleko idącego zakresu ograniczeń reglamentacyjnych ani w stosunku do reklamy lekarzy, ani podmiotów wykonujących działalność leczniczą²⁰. Wymaganą niezależność zawodową farmaceutów oraz bezstronność aptek i punktów aptecznych można zapewnić za pomocą mniej restrykcyjnych ograniczeń. W celu przeciwdziałania ewentualnym kolizjom interesów przeważnie stosuje się bowiem różnego rodzaju ograniczenia, a nie zakazy o charakterze bezwzględnym i całkowitym. Apteczne zakazy reklamowe z naruszeniem zasady proporcjonalności i zobowiązania Polski do przestrzegania prawa międzynarodowego ingerują również w swobodę świadczenia usług na wspólnym unijnym rynku. Wyróżniają się też swoim skrajnym rygoryzmem na tle większości krajów członkowskich Unii Europejskiej.

¹⁹ Por. R. Stankiewicz, [w:] *Instytucje rynku farmaceutycznego*, s. 26 i n. oraz M. Mikos, M. Urbaniak, *Prawo do bezpiecznej ochrony zdrowia w świetle Konstytucji RP oraz rekomendacji Rady Europy i Rady Unii Europejskiej*, „Medyczna Wokanda” 2016, nr 8, s. 159 i n.

²⁰ Zob. ustawę z dnia 15 kwietnia 2011 roku o działalności leczniczej (t.j. Dz. U. z 2022 r., poz. 633) oraz ustawę z 5 grudnia 1996 roku o zawodach lekarza i lekarza dentysty (t.j. Dz. U. z 2022 r., poz. 1731).

W kontekście nadmierności ograniczeń reglamentacyjnych trzeba również rozważyć, czy apteczne zakazy reklamowe naruszają istotę (naturę) przynajmniej niektórych praw i wolności gwarantowanych przez Konstytucję RP. Dotyczy to zwłaszcza wolności słowa oraz wolności gospodarczej, dla realizacji których reklama ma szczególne znaczenie. Zważywszy na funkcje reklamy w sferze informacyjnej, jej bezwzględny i całkowity zakaz może bowiem spełniać rolę cenzury prewencyjnej, która nie tylko narusza istotę wolności słowa, ale jest także stanowczo zabroniona (zob. art. 31 ust. 3 *in fine* oraz art. 54 ust. 2 Konstytucji RP). Jeśli zaś chodzi o wolność gospodarczą, to godzi się zauważyć, że reklama należy do podstawowych narzędzi konkurencji, która jest immanentną cechą społecznej gospodarki rynkowej. Całkowite pozbawienie przedsiębiorców funkcjonujących w warunkach gospodarki rynkowej tego narzędzia uderza więc nie tylko w ich chronione prawo podmiotowe, ale również w zasadę ustrojową i nie powinno mieć miejsca. W swej istocie znamionuje bowiem miniony ustrój społeczno-gospodarczy charakteryzujący się państwową własnością i systemem nakazowo-rozdzielczym.

WZGLĘDY OCHRONY ZDROWIA JAKO MOTYW UZASADNIENIA ZAKAZU REKLAMY ORAZ JEGO NADMIERNOŚCI

W debacie nad legalnością aptecznych zakazów reklamowych względy ochrony zdrowia odrywają podwójną rolę. Z jednej strony, są wskazywane jako jeden z ważniejszych argumentów przemawiających za istnieniem stanu konieczności wprowadzenia i utrzymywania tych zakazów²¹, z drugiej zaś — powoływane jako okoliczność potwierdzająca ich nadmierność. Reklama apteczna, zwłaszcza w wymiarze informacyjnym oraz związanym z promocją zdrowia, niezaprzeczalnie może bowiem służyć ochronie zdrowia. Nie można przy tym pomijać, że apteki są placówkami ochrony zdrowia i w ramach swojej działalności mogą sprawować opiekę farmaceutyczną oraz świadczyć różne inne usługi farmaceutyczne (zob. art. 86 ust. 1 i 2 u.p.f. w związku z art. 4 ust. 2 u.z.f.)²². Ustawa o zawodzie farmaceuty wprost przesądza nawet o tym, że opieka farmaceutyczna jest świadczeniem

²¹ Zob. J. Wiszniewska, *Zakaz reklamy aptek i ich działalności — geneza wprowadzenia i ocena regulacji, passim* oraz wypowiedź Naczelnej Izby Aptekarskiej z 22 czerwca 2018, *Zakaz reklamy aptek chroni interes pacjentów*, <https://www.nia.org.pl/2018/06/22/nia-zakaz-reklamy-aptkek-chroni-interes-pacjentow/> (dostęp: 3.12.2023). Naczelna Izba Aptekarska bezpodstawnie powołuje się w niej również na nieistniejący zakaz reklamy obowiązujący radców prawnych i adwokatów. W ustawach regulujących wykonywanie tych zawodów nigdy jednak nie sformułowano takiego zakazu, a z regulacji deontologicznych obowiązujących radców prawnych zakaz reklamy został dawno usunięty na rzecz ograniczeń reklamowych, natomiast w przypadku adwokatów podobne rozwiązanie jest obecnie wprowadzane.

²² Ustawa z dnia 10 grudnia 2020 roku o zawodzie farmaceuty (t.j. Dz. U. z 2022 r., poz. 1873), dalej: u.z.f.

zdrowotnym. Natomiast o zwiększającej się roli aptek w świadczeniu różnej palety usług farmaceutycznych mogliśmy się wszyscy przekonać w okresie pandemii Covid-19. Skoro więc apteki są placówkami ochrony zdrowia, a wykonywanie zawodu farmaceuty ma na celu ochronę zdrowia pacjentów oraz zdrowia publicznego (zob. art. 86 ust. 1 u.p.f. w związku z art. 4 ust. 1 u.z.f.), to nie można jednocześnie utrzymywać, że ich działalność stanowi stałe i nadzwyczajne zagrożenie dla ochrony zdrowia, któremu należy przeciwstawić się bezwzględny i całkowity zakazem reklamy aptecznej. W tej narracji występuje bowiem sprzeczność, która może utwierdzać w przekonaniu, że rzeczywistym i jedynym celem aptecznych zakazów reklamowych są kwestie związane z ochroną wydatków publicznych, zaś inne mają charakter poboczny i drugorzędny. Natomiast są eksponowane po to, aby pomniejszyć rolę celu głównego, który w stosunku do niektórych wartości konstytucyjnych obiektywnie nie może dominować. W kontekście reglamentacyjnym w związku ze wskazaną już sprzecznością ingerencja w prawa i wolności dotycząca reklamy aptecznej powinna mieć na względzie przede wszystkim bezpieczeństwo zdrowotne. Realizacja tego celu publicznego nie wymaga jednak sięgania po tak skrajnie ograniczające środki, jakimi są bezwzględne i całkowite apteczne zakazy reklamowe.

Spotykane w obrocie różne nadużycia wolności nie powinny stanowić uzasadnienia utrzymywania aptecznych zakazów reklamowych, lecz podstawę do sformułowania ograniczeń skierowanych wyłącznie na niedozwolone praktyki²³. W żadnym razie nie można bowiem zapominać, że nadużycia mogą wiązać się nie tylko z korzystaniem z wolności, ale również wykonywaniem władzy publicznej, zarówno podczas tworzenia, jak i stosowania prawa.

PODSUMOWANIE I WNIOSKI

Debata nad legalnością aptecznych zakazów reklamowych toczy się już ponad 10 lat i jak na razie nie zaowocowała ostatecznym rozstrzygnięciem. Można jednak odnieść wrażenie, że powoływane w niej argumenty nie zawsze dotyczą istoty problemu i często koncentrują się na kwestiach pobocznych. Wszechstronne wyważenie różnych kolizyjnych wartości konstytucyjnych z pewnością nie należy do łatwych zadań, niemniej jednak ich przeprowadzenie jest niezbędne do zajęcia stanowiska w kwestii legalności aptecznych zakazów reklamowych.

Oceniając apteczne zakazy reklamowe w świetle wartości konstytucyjnych, można dojść do wniosku, że swoim rozległym zakresem i abstrakcyjnością

²³ Por. K. Jasińska, *Zakaz reklamy aptek a opieka farmaceutyczna i programy lojalnościowe*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego. Prace z Prawa Własności Intelektualnej” 2015, nr 4, s. 108 i n. oraz M. Jabłoński, S. Jarosz-Żukowska, *Działalność gospodarcza na rynku aptecznym*, s. 285 i n.

naruszają one gwarancje prawne ochrony różnych konstytucyjnych praw i wolności i są nadmierne w stosunku do celów publicznych, którym służą. Powinny zostać zatem zamienione na ograniczenia reklamowe skierowane przeciwko określonym nadużyciom. Reglamentacja konstytucyjnych praw i wolności nie może wypaczać ich sensu ani wykraczać ponad niezbędną potrzebę realizacji określonych interesów publicznych. Istnienia takiej potrzeby nie można jednak domniemywać ani wywodzić z różnych mankamentów systemowych. W demokratycznym państwie prawnym reglamentacja konstytucyjnych praw i wolności nigdy nie powinna być drogą na skróty.

ASSESSMENT OF PHARMACY ADVERTISING BANS IN LIGHT OF CONSTITUTIONAL VALUES

Summary

This article is devoted to assessing the legitimacy of pharmacy advertising bans formulated in Pharmaceutical Law. The author carries out their legal assessment and considers their legality in the light of the collision of various constitutional values. He is inclined to conclude that the pharmacy advertising bans, by their extensive scope and abstractness, violate the guarantees of protection of constitutional rights and freedoms and are excessive in relation to the public purposes they serve. It concludes that rationing, although permissible in exceptional circumstances, should never be a shortcut in a democratic state under the rule of law.

Keywords: pharmaceutical law, advertising law, pharmacy advertising bans, rationing and its excessiveness, weighing of constitutional values

BIBLIOGRAFIA

- Bosek L., Szydło M., *Komentarz do art. 31 ust. 3*, [w:] *Konstytucja RP. T. I. Komentarz do art. 1–86*, red. M. Safjan, L. Bosek, Warszawa 2016.
- Dąbrowski K., *Zawody zaufania publicznego na gruncie Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r.*, Warszawa 2022.
- Florczak-Wątor M., *Komentarz do art. 5*, [w:] *Konstytucja RP. Tom I. Komentarz do art. 1–86*, red. M. Safjan, L. Bosek, Warszawa 2016.
- Jabłoński M., Jarosz-Zukowska S., *Działalność gospodarcza na rynku aptecznym i jej ograniczenia. Uwarunkowania konstytucyjne*, Warszawa 2022.
- Jasińska K., *Zakaz reklamy aptek a opieka farmaceutyczna i programy lojalnościowe*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego. Prace z Prawa Własności Intelektualnej” 2015, nr 4. *Konstytucja RP. Tom I. Komentarz do art. 1–86*, red. M. Safjan, L. Bosek, Warszawa 2016.
- Mądry M., [w:] *Instytucje prawa farmaceutycznego*, red. R. Stankiewicz, Warszawa 2016.
- Mełgiesz K., „Roczniki Nauk Prawnych” 2021, t. 31, nr 2.
- Mikos M., Urbaniak M., *Prawo do bezpiecznej ochrony zdrowia w świetle Konstytucji RP oraz rekomendacji Rady Europy i Rady Unii Europejskiej*, „Medyczna Wokanda” 2016, nr 8.
- Stankiewicz R., [w:] *Instytucje rynku farmaceutycznego*, red. R. Stankiewicz, Warszawa 2016.

-
- Tuleja P., *Komentarz do art. 2*, [w:] *Konstytucja RP. T. I. Komentarz do art. 1–86*, red. M. Safjan, L. Bosek, Warszawa 2016.
- Tuleja P., *Komentarz do art. 5 i art. 31 ust. 3*, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, red. P. Tuleja, Warszawa 2021.
- Wiszniewska J., *Zakaz reklamy aptek i ich działalności*, Warszawa 2019.
- Wiszniewska J., *Zakaz reklamy aptek i ich działalności — geneza wprowadzenia i ocena regulacji*, „Internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny” 2016, nr 8.
- Zimmermann A., *Zawód farmaceuty. Komentarz*, red. A. Zimmermann, Warszawa 2021.

EMILIA SZYSZKOWSKA

ORCID: 0000-0002-8837-6824

Warsaw School of Economics

“PHARMACY FOR THE PHARMACIST” OR FOR THE PATIENT? ON DIFFERENT TRAJECTORIES OF REGULATION ON PHARMACY MARKETS ACROSS THE CEE REGION

Abstract: The landscape of the pharmacy market across the Central Eastern Europe (CEE) region has changed significantly in the past few years. Some countries have decided to liberalize their regulations regarding the shape and size of the pharmacy market (such as Romania and Slovakia), while others have decided to seriously tighten the restrictions and introduce quantitative, ownership, demographic or geographical restrictions according to the “pharmacy for the pharmacist” rule (Poland, Hungary and the Baltic states). The paper presents different models of regulation that shape the pharmacy market across selected countries of the region. Based on desk research and a qualitative survey among representatives of pharmacy chains in the countries in question, the article also explores the issue of the impact of regulations restricting the development of the pharmacy market on the development of new pro-patient pharmacy services. Findings indicate that despite the COVID-19 pandemic having had a significant impact on new pharmacy services development almost everywhere, their inclusion into healthcare systems is easier and wider in countries with less restrictive market regulations.

Keywords: pharmacies, pharmacy market, regulations, market restrictions, deregulation, new pharmacy services, CEE

INTRODUCTION

European legislation is very heterogeneous regarding the establishment, number and functioning of pharmacies. There is no clear pattern of development of the pharmacy market, although some states are following the direction of deregulation and liberalization, while the others rather tend to regulate the existing market more strictly. Scholars point out that a liberalization trend — to the benefit of patients — is rather dominant (Vogler, Arts & Habl, 2006). Such countries as Great Britain, the Netherlands, Norway and Sweden tend to open their markets to improve accessibility of medicines and pharmacy services. On the other hand,

Spain, Austria or France have a high level of state intervention — in the form of market entry barriers — while various ownership and demographic restrictions are maintained.

Currently, pharmacies are changing to respond to the public health challenges and meet patients' needs by shifting the focus from dispensing medicines to patient care and quality of services. This trend, which was strong in Western Europe, extended significantly to CEE region during the COVID-19 pandemic, where patients were offered, among other things, vaccination in pharmacies. During the pandemic, a network of pharmacies near people's homes played an important role as a first line of advice and treatment, supporting local communities and ensuring patients' continued access to basic health care.

In this light, the picture of the CEE countries remains largely unknown. This paper aims to fill this research gap by providing a comparative description of the regulatory situation in selected states across the region: Czech Republic, Estonia, Hungary, Latvia, Poland, Romania, Serbia and, last but not least, Slovakia. To capture this data, the author has analysed the existing secondary data and conducted qualitative research in the form of a survey. The research focused on the three aspects of the functioning of the respective markets, namely legal restrictions on the number of pharmacies, new pharmacy services under consideration for launch in community pharmacies, as well as the regulation of marketing activities. The author summarizes this overview of existing provisions of the legal framework for pharmacies with some general conclusions on their consequences and the possible impact in the future.

METHODOLOGY

This paper is based on desk research and the results of the survey conducted in February 2021 among representatives of pharmacy chains in the eight selected CEE countries: Poland, Czech Republic, Estonia, Hungary, Latvia, Romania, Serbia and Slovakia. Respondents had management functions within the network and were not pharmacists by profession. The survey consisted of a series of 15 open and closed questions regarding the three group of issues. First was restrictions in force on the particular pharmacy market, together with their consequences. The second concerned new pharmacy services, as in many countries pharmacies have played an important role during the COVID-19 pandemic, offering not only provision of essential medicines, but also many additional services. The last set of questions concerned the advertising opportunities. The latter included pharmacies in general, contact details, location and working hours of the pharmacies, information on pharmaceutical care services provided, as well as the possibility of providing information on the OTC products offered. The author treats a survey results as a rather qualitative than quantitative material.

A JOURNEY THROUGH THE REGULATORY FRAMEWORK ON SELECTED PHARMACY MARKETS

CZECH REPUBLIC

Over 2,700 Czech community pharmacies sell and provide advice on medicines, as well as offer some basic diagnostic services (e.g., measuring blood pressure). Pharmacists can own and manage community pharmacies, or work as responsible pharmacists in pharmacies. The ownership of a pharmacy is not restricted to pharmacists: the majority of pharmacies are organized into various pharmacy chains (Nachtigal, Šimůnek & Atkinson, 2017).

Regarding regulatory framework, anyone can open a pharmacy in the Czech Republic and, apart from the need to have an academically qualified professional, there are no other restrictions. In terms of concentration issues, the same rules apply to pharmacies as on any other market. The regulation of the advertising of medicinal products has undergone a long process from the initial total ban on advertising to the establishment of clear rules during the Habsburg Monarchy and the Czechoslovakia period. Some of these, such as restrictions on the advertising of prescription medicines to only the professional healthcare press, are still in force (Vranová, 2012), although the ability to inform patients about the services provided, loyalty programmes and discount campaigns is quite liberal. Many pharmacies have rooms for private consultations with patients, enabling pharmacies to conduct numerous preventive programmes. There is an ongoing debate on possible regulation restricting the emergence of new pharmacies in Czech Republic, however, the serious problem is a decline in the number of pharmacies in smaller towns and villages. Also under discussion are issues related to the possibility of online sales of prescription drugs and a patient home visit services.

ESTONIA

The activities of almost 900 pharmacists in Estonia are similar to those in the other EU Member States. Therefore, professional competencies include dispensing prescription and OTC medicines, compounding extemporaneous medicines or reporting on adverse drug reactions (Volmer et al., 2019). Some new services have recently been launched, such as health screening tests (monitoring blood pressure, blood sugar level, haemoglobin and cholesterol), influenza vaccinations, disease prevention and health education of patients, as well as piloting extended services, such as a review of the use of medications among patients or diabetes screenings. A restriction on new ownership of pharmacies was introduced to the Estonian pharmacy market in April 2020 (Gross, Volmer, 2016). Vertical integration of wholesalers and community pharmacies is not allowed. More than 50% of the shares of a private legal entity (the dominant influence) must be in the hands of a pharmacist working as the manager in at least one of the general pharmacies. Moreover, a pharmacy

licence holder can manage up to four general pharmacies operating in a community with a population of over 4,000. A branch of a general pharmacy may be located in a settlement that is not a city. A branch of a general pharmacy may be located in a settlement of less than 4,000 inhabitants. In a settlement of more than 4,000 inhabitants, a branch of a general pharmacy may also be located in a district of a city, provided that the nearest pharmacy in the city is located in a distance of at least 10 km away. Advertising of pharmacy services or a pharmacy itself, as well as conducting loyalty programmes, is not limited by law. The most challenging issues are lack of financial resources to help pharmacists take over pharmacies during the implementation of the “pharmacy for a pharmacist” rule, lack of support system for the survival of pharmacies in rural areas as well as introduction of new pharmacy services with low governmental involvement versus high public expectations.

HUNGARY

The law on pharmacy ownership in Hungary has been made stricter every year since 2011, resulting in one of the most regulated regimes in Europe. The chains are obliged to appoint a local pharmacist as a director of the pharmacy and were bound to sell at least 25% of their interest to the director or other private pharmacists by January 2014. Furthermore, an obligation was introduced in 2017 that a pharmacist’s share in the pharmacy should exceed 50%. Therefore, almost all pharmacies were pushed under the control of individual pharmacists. There is an additional restriction, limiting the maximum number of pharmacies which may be owned by an individual pharmacist to four. In addition to ownership restrictions, there are also demographic and geographic restrictions. After establishing a new pharmacy, the minimum number of inhabitants per pharmacy must be 4000 in towns with more than 50,000 inhabitants and 4,500 for smaller towns (WHO, 2019). The minimum distance between a new and existing pharmacy must be 250 m or 300 m, depending on the number of inhabitants. Currently, around 8,000 pharmacists work in 2,400 pharmacies. The regulations on marketing activities have been liberalized in recent years. The main challenge in Hungarian pharmacy market, apart from a strict ownership structure, geographical and demographic restrictions, is lack of appropriate guidelines for additional services provided in pharmacies (Felkai, Iván, 2019).

LATVIA

The competencies of around 1,613 community pharmacists in 800 Latvian pharmacies are the supply of prescription and OTC medicines, the management of medicines for some ailments and the provision of consulting and screening services (blood cholesterol, glucose, pressure, etc.). A pharmacist is obliged to provide quality pharmaceutical care to the patients.

A pharmacy in Latvia may be established in the form of a pharmacist's practice, joint practice (a civil partnership) or a company. A pharmacy in the form of a company may operate if no less than 50% of the shares in the company are owned by a pharmacist and/or no less than half of the members of the management board of the company are certified pharmacists. When providing pharmaceutical care in a pharmacy owned by a local government or a person who is not a pharmacist, the respective person must sign a contract with a certified pharmacist. Rules have been introduced on the geographical distribution of pharmacies: 1 pharmacy per 2,000 inhabitants, at least 500 m between pharmacies with extemporaneous dispensing and/or 24-h duty pharmacy service (Muceniece et al., 2018). In 2020, the Latvian Ministry of Health argued that demographic and geographical restrictions should be even greater as there are too many pharmacies. Therefore, the government introduced new rules: quantitative restrictions, 1 pharmacy per 4,000 inhabitants and at least 500 m between pharmacies. Latvian pharmacies are allowed by law to conduct customer and loyalty programmes, as well as to provide relevant information on services. The main challenges on Latvian market are very strict geographic, quantitative and demographic restrictions and a balance between pharmaceutical care and the availability of medicines, pharmacies and financial resources.

POLAND

As in other EU countries, over 11,000 community pharmacies in Poland are the primary entities providing prescription and OTC drugs to patients. More than two decades since joining the EU, the role of the Polish pharmacist is still limited to dispensing medicinal products. The Act on the Profession of Pharmacist, in force since April 2021, established pharmaceutical care and selected pharmacy services. Since then, some new pharmacy services, such as vaccinations or simple diagnostic tests, are being introduced very timidly.

The pharmacy market has been changing for many years as a result of significant changes in market regulations. Today it is subject to demographic, geographical, quantitative, ownership, anti-concentration and information restrictions. It is currently the most over-regulated market in Europe. The regulations in question have been introduced gradually, step by step, over the years. Today, the right to obtain a license to operate a pharmacy depends on having a pharmacist's education and license to practice, the legal form of the business (a pharmacist's sole proprietorship or a partnership of pharmacists), the subject of the business (it cannot be combined, for example, with running pharmaceutical wholesalers), the degree of concentration of pharmacies (you can't get a new license to open a pharmacy if you own or otherwise control more than 1% of pharmacies in the province), the number of entities run or controlled in the country (a maximum of 4 pharmacies is allowed), the demographic criterion (the number of community residents per

1 pharmacy can't exceed 3,000), the geographical criterion (at least 500 m distance between pharmacy entrances).

In 2017, the Polish government introduced new legal restrictions limiting the pharmacy market (Pogorzelszyk, 2020). Since then the new pharmacy licences can only be issued to pharmacies owned by pharmacists. Ownership is limited to a maximum of four pharmacies. What is more, the outgoing Law and Justice government adopted a further tightening of the “pharmacy for pharmacists” rule in 2023. In 2020 the Act on the profession of pharmacist came into force, introducing pharmacy care and new services to the Polish law. Thereafter, thanks to many courses and incentives, initial moderate declared readiness of the staff to promote health (Bojar et al., 2020) has begun to change towards an attitude of openness and willingness of pharmacists to provide new services, such as medication reviews, in community pharmacies (Merks et al., 2022). However, the development of services is effectively blocked by a lack of information about them as in 2012, a restrictive ban on advertising by pharmacies was introduced into Polish law. According to Art. 94a of the Pharmaceutical Law, it is only permissible to provide information on the location and working hours of a pharmacy. Any information on the new services is therefore forbidden, which significantly hinders the spread of this type of service in Poland.

ROMANIA

The activities and occupations of over 13,000 pharmacists in 8,000 pharmacies across Romania are similar to those of community pharmacists in other EU Member States. Their main competences include supplying medicines, giving advice and providing diagnostic services (Sandulovici, 2018).

Community pharmacies in Romania are private institutions. Their owners do not need to be pharmacists as long as they hire a pharmacist as the manager. The rule of demographic proportionality is established by law: Bucharest has one pharmacy per 3,000 inhabitants, towns that are the capitals of their respective counties have one pharmacy per 3,500 inhabitants, while other towns have one pharmacy per 4,000 inhabitants. The exceptions are the community pharmacies found in railway stations, airports and in large shopping centres. No demographic criterion is applied in rural areas. The law initially provided for a geographic criterion regulating the minimum distance between two pharmacies (at least 500 m, subsequently reduced to 250 m), but this was ultimately eliminated. Advertising of a pharmacy and services is allowed by law, although pharmacies cannot advertise medicines (Rx nor OTC). They are allowed to present commercial catalogues and price lists to the general public, provided that they do not contain any elements of a promotional nature and that they are only presented inside the premises of the pharmacies. In Romania, a brain drain of pharmaceutical graduates to other EU countries as a consequence of the harmonization of EU norms poses a serious

challenge. In addition, as in many other countries, very challenging are the disparities in the location and geographical access to pharmacies in rural areas. Also, there is a lack of clear legal status of e-pharmacies.

SERBIA

As in other former Yugoslav republics, a substantial number of community pharmacies in Serbia (about 1,000 of over 3,700) are still owned and operated by the state (“public pharmacies”). In addition, some pharmacies are run by private entities. Opening new pharmacies is not limited by law, which is resulting in a large number of pharmacies, especially in cities. A debate is ongoing about the scope of the new pharmacy services in Serbia, including such additional services as counselling, demonstration and verification of the use of inhalation devices and insulin pens.

Since 2017, there has been a public debate in Serbia on the introduction of demographic and geographical criteria for newly opened pharmacies. Such restrictions, together with the geographical criterion of a 200 m distance between pharmacies and a demographical criterion of 4,000 inhabitants per pharmacy, currently apply only to the state-owned pharmacies. The Optimization Plan for the Network of Health Care Institutions is currently being discussed as a part of the process of decentralizing healthcare in Serbia. Pharmacy facilities are also a part of the plan. The above rules on demographics and geography are also intended to encompass private pharmacies which are about to open. One of the main challenges of the pharmacy market in Serbia is decentralization and privatization of public pharmacies (now governed by local authorities).

SLOVAKIA

In Slovakia, over 2,000 pharmacies are currently in operation. Market structure and competition rules are relatively liberal. Ownership and geographical distribution of community pharmacies are not restricted by any rules. The number of community pharmacies per 100,000 inhabitants is currently among the highest in the OECD countries (OECD, 2019). Despite multiple changes in ownership regulations and geographic and demographic restrictions in the past, density and quality coverage of the availability of pharmaceutical services in Slovakia is now perceived as relatively sufficient. Slovakia is also a leader in the implementation of e-prescriptions.

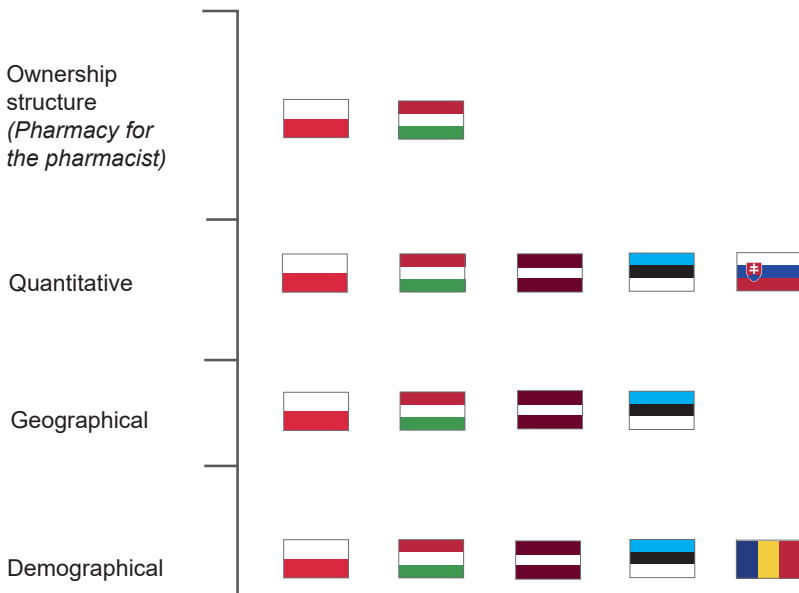
Until 2004, certain geographic and demographic restrictions applied to the opening of a new pharmacy, such as an obligatory distance of 500 m from another pharmacy and a rule of 5,000 inhabitants per pharmacy. The liberalization of pharmacy ownership was approved in 2004. Anyone, not only a pharmacist, became eligible to obtain a permit for the provision of pharmaceutical care. Another

significant change took place in 2011 with the adoption of a law abolishing the restriction that one owner could own only one pharmacy. This allowed for horizontal integration and allowed pharmacy networks to arise legally. The law limited ownership to only one pharmacy per one natural or legal person again in 2013. Therefore, every pharmacy is officially a separate company. As for regulations on marketing activities, a pharmacy is entitled to conduct loyalty programmes as well as provide discounts and benefits to patients, but only for OTC medicines. Among the biggest challenges of the pharmacy market in Slovakia are the decline in the number of pharmacies in smaller towns and villages. The development of a modern patient-centred approach is also needed in Slovak pharmacies, together with the reimbursement of new pharmacy services from public health insurance funds.

DATA ANALYSIS & RESULTS

RESTRICTIONS IN THE NUMBER OF PHARMACIES

Respondents of the survey have indicated the following restrictions in force in individual countries (by market size):



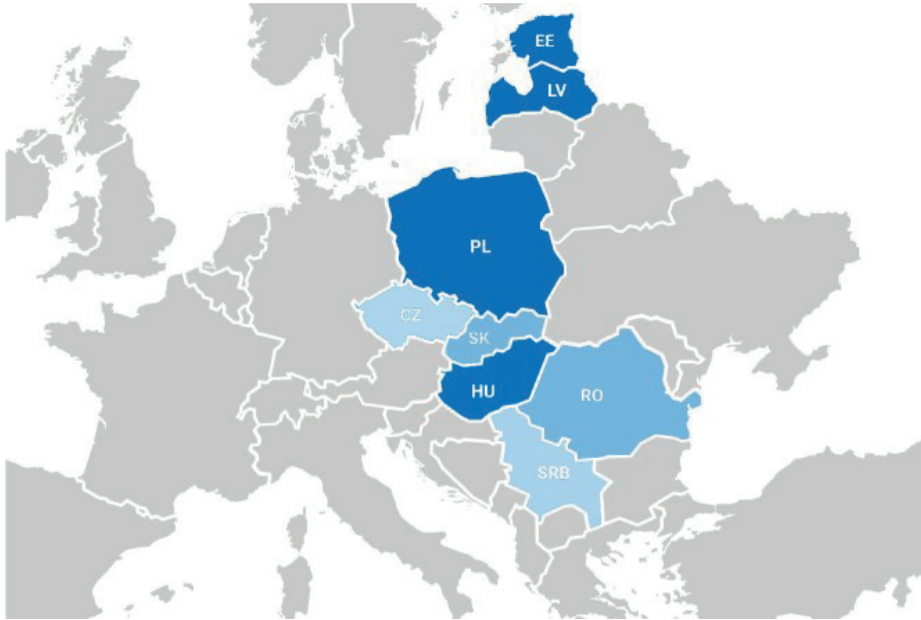
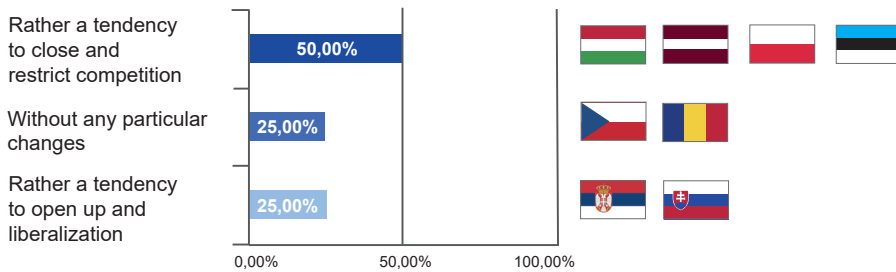


Figure 1: Regulatory restrictions limiting the number of pharmacies:



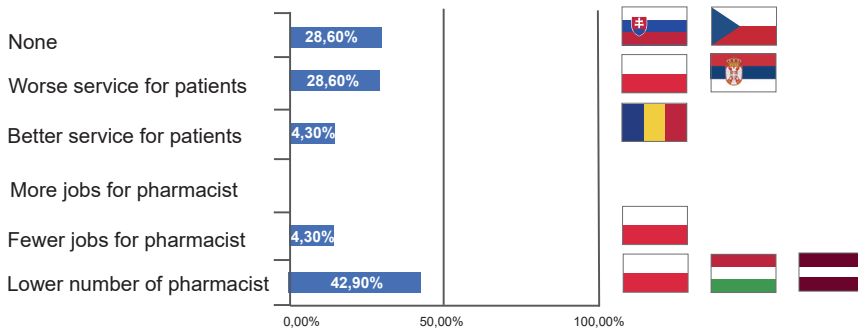
As much as the four respondents from analysed countries indicated that all types of restrictions (ownership, quantitative, geographical and demographical) are in force on their markets of operation.

Then respondents were asked: “How would you rate the degree of regulation of the pharmacy market in your country?”.



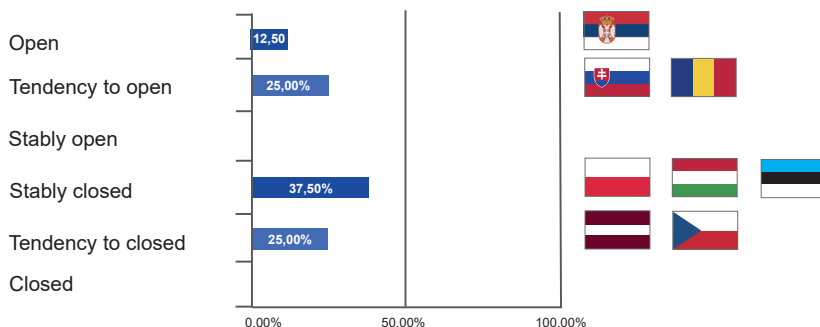
Here as expected Estonian, Polish, Latvian and Hungarian pointed to impression of a strongly closed pharmacy market, while Slovenian and Serbian indicated rather a tendency to liberalisation of the market.

Later respondents answered the question: “What are the main consequences of these restrictions on the pharmacy market in your country?”. Polish respondent pointed to the consequences related to worsened services offered to patients as well as shrinking workplaces for pharmacists.



Respondents then answered the question: “How do you perceive the consequences of these restrictions?”. Estonian respondent indicated that: “Restrictions on ownership have resulted in a major increase of bureaucracy and paperwork. Little to no pharmacists, who wish to take on the role of the owner of the pharmacy(ies)”. The Polish representative pointed out other consequences of the restrictions on the pharmacy market: “Inability to expand pharmacy chains, a risk of liquidation of pharmacies, restriction of the range of services that can be provided to patients”. Slovakian respondent referred to results of limited ownership to only one pharmacy per one natural or legal person, pointing out that the biggest challenge is “Administrative complexity for managing a large pharmacy chain. You formally manage hundreds of companies”. Respondent from Hungary raised the issue of the “pharmacy for pharmacist” rule: “Restrictions in ownership, management rights regarding pharmacy issues, excluded all managers who are not pharmacists”. Respondent from Latvia underlined that market limitations are strongly connected with the business situation: “Politically — the ability to open new pharmacies is limited. Economically — there is a lot of price competition from pharmacies, so the profit is declining”.

Then the respondents were asked: “What do you think the pharmacy market (in your country) will look like in the next 10 years?”.



Regarding the future, interesting case is presented by Romania as the representative expects the regulatory open market to be maintained. As the answer to one of the previous questions shows, in his opinion, this openness of the market favours the quality of services for patients. Despite the trend towards closed markets in recent years, none of the survey respondents expects a closed pharmaceutical market model to be introduced in the coming years.

NEW PHARMACY SERVICES

There are many pharmacy services offered to patients in pharmacies worldwide apart from dispensing drugs and medicines, such as vaccination, realisation of preventive programs, drug reviews, realisation of preventive programs, consulting in prevention of addictions, nutritional consulting, preparation of personalized drugs dosing system and others. In the survey the author have asked, what kind of new pharmacy services are under discussion in particular countries. Respondents indicated such services as vaccinations, drug reviews, evaluation of hearing, blood pressure and glucose measurement, support in quitting smoking, spirometry, cholesterol measurement, early detection of skin condition, early detection of Alzheimer’s disease, development of individual pharmaceutical plans and early detection of osteoporosis.

Therefore, the respondents were asked: “If they are approved by the government, would you like to provide them to patients in your pharmacy/chain?”



Figure 2: Willingness to introduce new pharmacy services for patients:

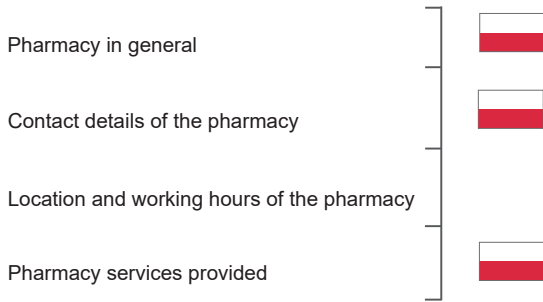
All types
 Selected types

Respondents working for pharmacy chains in Poland, Romania, Serbia, Estonia and Slovakia have declared themselves fully open to implementing all types of services accepted by the government.

ADVERTISING BAN

As indicated earlier, a restrictive advertising ban is in force only in Poland. As stated in the Pharmaceutical Law, only information about the location and working hours of a pharmacy or a pharmacy outlet is not advertising. This was confirmed by the respondents of the survey that were asked:

“Is it forbidden to inform patients on...?”.



In Poland, it is not only the advertising of pharmacies that appears to be problematic, but also the possibility of informing patients about pharmaceutical care provided by pharmacists, even though such rights derive directly from the law. Other analysed countries face only advertising ban on reimbursed products.

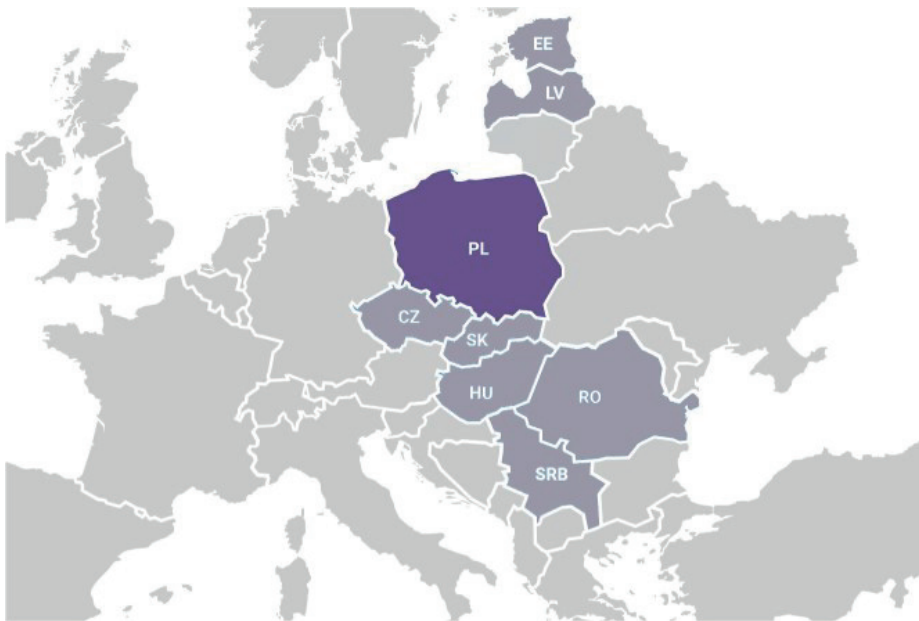


Figure 3: Ban on marketing activities:



The restrictive interpretation by the Pharmaceutical Inspectorate of the ban on pharmacy advertising means that pharmacy entrepreneurs in Poland have to operate under considerable legal uncertainty. Even when they consider taking legal informational action, they fear that it will be challenged. Currently, there

is a public debate in Poland on the exemption from the advertising ban for information about new services provided in a pharmacy (Ojczyk, Redmerska, 2021). Also under consideration is the introduction of an obligation for every pharmacy to inform patients about the scope of the health services it provides, as is the case for healthcare providers, which make public information about the scope and types of services they provide. This issue will undoubtedly be the subject of further public debate in Poland as Polish patients will expect an increasing range of additional services in pharmacies. This is evidenced, for example, by the high declared satisfaction of patients regarding pharmacist-administrated vaccination (Grzegorzyc-Karolak et. al, 2022).

CONCLUSIONS

THE TWO OPPOSITE DIRECTIONS

As can be seen, the degree of regulation of the pharmacy market regarding restrictions in the number of pharmacies varies substantially across the CEE region. Such countries as the Czech Republic, Slovakia, Romania or Serbia are tending to liberalize and open their markets. This trend seems stable and market representatives do not expect a significant change in this direction in the coming years, except for the Czech Republic, where a new trend towards the closing of the market is visible. The Slovakian model, with a single pharmacy principle, poses some administrative troubles, but is not an effective barrier for the development of pharmacy chains.

On the other hand, Poland, Hungary and Baltic countries represent the opposite trend. In Hungary and Latvia this direction has progressed for around a decade, while the Latvian government recently introduced even stricter demographic restrictions. Over the past few years, Poland and Estonia have been introducing many new restrictions on the market. Pharmacy ownership in Estonia was restricted to pharmacists last year. All four main market limitations (ownership, quantitative, demographic and geographic criteria) have been applied simultaneously in Poland since 2017. The situation is the same in Hungary and Latvia. This poses numerous questions about the legitimacy and possible effects of such over-regulation.

THE MORE RESTRICTIONS, THE WORSE FOR PATIENTS

When analysing the emergence of new pharmacy services, it is clear that markets with opening tendencies with regard to the simultaneous number of pharmacies are far more open to discussion and the introduction of innovative services for patients. While market representatives are willing to introduce services to a similar extent, not everyone will have such an opportunity because of the attitude

of the government to new services, as it currently is in Estonia. Some respondents directly stated that the restrictions of the market size translate into a worse (Poland) or better (Romania) service for patients.

An interesting phenomenon — with respect to not only the CEE, but the EU in general — arises in Poland with its total ban on advertising activities, which has been in force for nearly a decade. None of the other countries have such strict restrictions. This poses numerous challenges in the face of the expanding role of community pharmacists, especially during the COVID-19 pandemic. Although COVID-19 has challenged the health care system, it has also provided an opportunity for development of novel and innovative services in pharmacies, such as vaccination (not only against coronavirus), telepharmacy, drug reviews, and other (Tanapong, 2022). Existing legal barriers need to be removed or liberalized in order to secure new pharmacy services and ensure appropriate information addressed to patients. The Polish example presents an important lesson to other markets about the need to consider the long-term effects when introducing further legal restrictions under the guise of benefits for the market and the patients themselves.

REFERENCES

- Bojar I., Sarecka-Hujar B., Owoc J., Pawelczak-Barszczowska A., Raczekiewicz D. (2020). *Self-assessment of Polish Pharmacy Staff's Readiness to Promote Health*, "International Journal of Clinical Pharmacy" 42(5), pp. 1354–1363.
- Felkai P.P., Iván Z. (2019). *Managing Medical Emergencies in Hungarian Pharmacies*, "Pharmacy (Basel)" 7(3), p. 95.
- Gross M., Volmer D. (2016). *Restrictions to Pharmacy Ownership and Vertical Integration in Estonia — Perception of Different Stakeholders*, "Pharmacy" 4(2), p. 18.
- Grzegorzczak-Karolak I., Zglińska-Pietrzak A., Weremczuk-Jeżyna I., Kałucka S. (2022). *Evaluation of Patient Experiences Regarding Pharmacist-Administered Vaccination and Attitude towards Future Additional Pharmacy Services in Poland*, "Vaccines" 10(9), p. 1479.
- Merks P., Religioni U., Waszyk-Nowaczyk M., Kaźmierczak J., Białoszewski A., Blicharska E., Kowalczyk A., Neumann-Podczaska A. (2022). *Assessment of Pharmacists' Willingness to Conduct Medication Use Reviews in Poland*, "International Journal of Environmental Research and Public Health" 19(3), p. 1867.
- Muceniece R., Riekstina U., Maurina B., Enina V., Atkinson J. (2018). *Pharmacy Practice and Education in Latvia*, "Pharmacy" 6(1), p. 9.
- Nachtigal P., Šimůnek T., Atkinson J. (2017). *Pharmacy Practice and Education in the Czech Republic*, "Pharmacy" 5(4), p. 54.
- OECD (2019). *Community Pharmacies, 2017 (Or Nearest Year)*, [in:] *Pharmaceutical Sector*, Paris.
- OECD (2020). *Realising the Potential of Primary Health Care*, "OECD Health Policy Studies", Paris.
- OECD (2021). *Strengthening the Frontline: How Primary Health Care Helps Health Systems Adapt During the COVID 19 Pandemic*, OECD Policy Responses to Coronavirus (COVID-19), Paris.
- Ojczyk J., Redmerska K. (2021). *Zakaz reklamy aptek ma być poluzowany*, "Prawo.pl", <https://www.prawo.pl/zdrowie/zakaz-reklamy-aptek-ma-byc-poluzowany,510914.html> (access: 6.12.2022).
- Pharmaceutical Group of European Union (2020). *PGEU Position Paper on Role of Community Pharmacists in COVID-19 — Lessons Learned from the Pandemic*, <https://www.pgeu.eu/>

- publications/pgeu-position-paper-on-the-lessons-learned-from-the-covid-19-pandemic/ (access: 6.12.2022).
- Pogorzalczyk K., Synowec J., Robakowska M., Ślęzak D., Holajn P., Robakowski P., Żuratyński P., Nadolny K. (2020). *Pharmaceutical Markets Regulation Overview of the Selected European Union Countries*, "Wiadomości Lekarskie" 71(7), pp. 1404–1408.
- Sandulovici R., Mircioiu C., Rais C., Atkinson J. (2018). *Pharmacy Practice and Education in Romania*, "Pharmacy" 6(1), p. 5.
- Tanapong P. (2022). *Expanded Roles of Community Pharmacists in COVID-19: A Scoping Literature Review*, "Journal of the American Pharmacists Association" 62(3), pp. 649–657.
- Vogler S., Arts D., Habl C. (2006). *Community Pharmacy In Europe. Lessons from Deregulation — Case Studies*, Wien.
- Volmer D., Sepp K., Raal A., Atkinson J. (2019). *Pharmacy Practice and Education in Estonia*, "Pharmacy" 7(1), p. 87.
- Vranová V. (2012). *A Contribution to the Development of Advertising in Pharmacy II. Historical Development of Regulation of Advertising of Medicinal Products*, "CeskaSlov Farm" 61(5), pp. 240–243.
- WHO (2019). *The Legal and Regulatory Framework for Community Pharmacies in the WHO European Region*, Copenhagen.

DARIUSZ WASIAK

ORCID: 0000-0001-6057-7475

Uniwersytet WSB Merito we Wrocławiu

RYNEK USŁUG APTECZNYCH A POLSKI SYSTEM PRZECIWDZIAŁANIA PRANIU PIENIĘDZY. ZARYS PROBLEMATYKI¹

Abstrakt: Ustawa z dnia 1 marca 2018 roku o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu obliguje każdego przedsiębiorcę do jej przestrzegania w zakresie, w jakim przyjmuje lub dokonuje on płatności za towary w gotówce o wartości równej lub przekraczającej równowartość 10 000 euro. Co ważne, obowiązek ten istnieje bez względu na to, czy transakcja taka jest przeprowadzana jako pojedyncza operacja, czy kilka operacji, które wydają się ze sobą powiązane. Dlatego też do katalogu tego zaliczyć należy również przedsiębiorców prowadzących działalność w zakresie szeroko rozumianych usług aptecznych. Stopień ich przygotowania do stosowania ustawy nie jest jednak zadawalający. Być może dlatego, że w art. 2 teże ustawy nie odnajdziemy wprost informacji o tym, że przedsiębiorcy prowadzący usługi apteczne są w ramach wystąpienia powyższej okoliczności utożsamiani z instytucją obowiązaną do jej przestrzegania. A może dlatego, że polski system AML/CFT jest ułomny i generuje pokłady wątpliwości w odniesieniu do jego funkcjonowania.

Słowa kluczowe: ustawa AML/CFT, polski system AML/CFT, transakcje okazjonalne, transakcje gotówkowe, apteki, usługi apteczne, pranie pieniędzy, *compliance*

UWAGI WPROWADZAJĄCE

Na podstawie ogólnodostępnych danych statystycznych umieszczonych w internecie można przyjąć, że rynek usług aptecznych w Polsce teoretycznie maleje. Kurczy się wręcz prognozowo według autora publikacji² o około 10% rocznie, co skutkować może tym, że do końca 2022 roku na terenie Polski pozostanie tylko (lub aż) około 13 tysięcy czynnych aptek. Pomimo tak nakreślonych raczej negatywnych prognoz dla danej branży należy jednocześnie przyjąć, że rynek

¹ Artykuł jest rozszerzoną wersją referatu wygłoszonego podczas konferencji zorganizowanej w dniu 20 września 2022 roku na Wydziale Prawa, Administracji i Ekonomii UW r na temat *Reglamentacja działalności gospodarczej na rynku aptecznym. Uwarunkowania konstytucyjno-prawne*.

² Por. <https://magazyn-recepta.pl/rynek-apteczny-w-polsce/> (dostęp: 28.11.2022).

ten generuje i będzie nadal generował znaczące przychody. A co za tym idzie, rynek ten jest i niezmiennie będzie nadal dość specyficznym polem występowania ryzyk finansowych i prawnych zarazem. W szczególności mowa tu o ryzykach będących następstwem lub wynikających wprost z nieprzestrzegania przepisów ustawy z dnia 1 marca 2018 roku o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy i finansowaniu terroryzmu³ — dalej jako ustawa AML/CFT⁴. Brak bowiem wiedzy przedsiębiorcy świadczącego usługi apteczne o tym, czy przeprowadzone z jego udziałem transakcje gotówkowe z określonym klientem przekraczają 10 000 euro, należy teoretycznie zakwalifikować jako nierealizowanie przez niego wymagań stawianych przez przepisy ustawy AML/CFT. Teoretycznie, albowiem obecna niedoskonałość polskiego systemu AML/CFT sprawia, że zaprezentowana — tylko teoretycznie — oczywistość nie jest możliwa do zrealizowania w obecnym stanie prawnym bez naruszenia innych norm prawnych, w szczególności nakreślonych zasadami RODO⁵.

Treść art. 2 ust. 1 pkt 23 ustawy AML/CFT wprost zobowiązuje każdego przedsiębiorcę działającego na podstawie ustawy z dnia 6 marca 2018 roku — Prawo przedsiębiorców⁶ do przestrzegania ustawy AML/CFT. Oczywiście w tym przypadku wyłącznie w „zakresie, w jakim dany przedsiębiorca przyjmuje lub dokonuje płatności za towary w gotówce o wartości równej lub przekraczającej równowartość 10 000 euro, bez względu na to, czy transakcja jest przeprowadzana jako pojedyncza operacja, czy kilka operacji, które wydają się ze sobą powiązane”⁷.

Warto już na tym etapie opracowania podkreślić, że w procesie „zliczania gotówki” jako progu dla identyfikacji obowiązku przestrzegania ustawy AML/CFT przez każdego przedsiębiorcę należy uwzględnić interpretacje szefa Krajowej Administracji Skarbowej z dnia 9 grudnia 2019 roku. Wynika z niej, że jednorazową wartość transakcji dla celów płatności gotówkowych należy utożsamiać z ogólną wartością wiarygodności lub zobowiązań, określonych w umowie zawartej między przedsiębiorcą bądź stanowiącą sumę płatności wynikających z danej umowy. Innymi słowy, jednorazowa wartość transakcji odnosi się do wartości umowy jako głównego wskaźnika wartości, a nie poszczególnych kwot płaconych dokonanych za lub na zamówienie, czy też wysokość realizowanych rat⁸.

Można zatem przyjąć, że przedsiębiorcy prowadzący działalność w zakresie usług aptecznych charakteryzują się wysokim ryzykiem prowadzenia działalności z naruszeniem ustawy AML/CFT. Mogą oni bowiem występować w obiegu prawnym, także w przypadku braku świadomości danego przedsiębiorcy, również

³ T.j. Dz. U. z 2022 r., poz. 593 ze zm.

⁴ AML/CFT — Anti Money Laundering/Counter Financing of Terrorism.

⁵ Ogólne rozporządzenie o ochronie danych osobowych 2016/679.

⁶ T.j. Dz. U. z 2022 r., poz. 24 ze zm.

⁷ T.j. Dz. U. z 2022 r., poz. 593 ze zm.

⁸ Sygn. DPP13.8221.195.2017.CPIJ i sygn. DPP13.8221.198.2017.CPIJ w zakresie stosowania art. 19 ustawy z dnia 6 marca 2018 roku. Prawo przedsiębiorców.

jako instytucje, które w rozumieniu ustawy AML/CFT zobowiązane są do stosowania wobec swoich konkretnych klientów środków bezpieczeństwa finansowego w rozumieniu art. 33⁹ i zakresie określonym w art. 34 ustawy AML/CFT¹⁰. Mowa tu między innymi o niezbędności ich identyfikacji i weryfikacji oraz oceny ich zachowań zakupowych pod kątem występowania ryzyk w zakresie ML/FT¹¹. Do obowiązków tych zaliczyć należy również monitoring bieżący klientów pod kątem szeroko rozumianego potwierdzenia dysponowania przez przedsiębiorcę aktualną wiedzą o danych klientach¹². W tym przypadku, rzecz jasna tylko i wyłącznie, gdy wypełnione zostanie kryterium bazowe — formalne, o którym mowa powyżej, to jest — w art. 2 ust. 1 pkt 23 przywołanej ustawy¹³.

Niestety problem jest głębiej osadzony, niż mogłoby to wynikać tylko z wykładni językowej art. 2 ust. 1 pkt 23 ustawy AML/CFT, albowiem kryterium osadzone w treści przywołanego przepisu należy uznać za nieefektywne systemowo, gdyż nie przekłada się ono na oczywiste — jakby można było przyjąć — dalsze zachowania, które powinien podjąć przedsiębiorca w zakresie prawnym, czy też organizacyjnym w następstwie jego ziszczenia się, czyli stosowania środków bezpieczeństwa finansowego tak do „wytypowanego” już, jak i potencjalnego klienta.

Stanu tego nie zmienia art. 1 ustawy AML/CFT¹⁴, który wskazuje bezpośrednio na obowiązek określania przez jej pryzmat zasad i trybów przeciwdziałania praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu u zobowiązanych przedsiębiorców.

⁹ Artykuł 33 ustawy AML/CFT stanowi, że „instytucje obowiązane stosują wobec swoich klientów środki bezpieczeństwa finansowego”.

¹⁰ Artykuł 34 ust. 1 ustawy AML/CFT stanowi, że: „1. Środki bezpieczeństwa finansowego obejmują: 1) identyfikację klienta oraz weryfikację jego tożsamości; 2) identyfikację beneficjenta rzeczywistego oraz podejmowanie uzasadnionych czynności w celu: a) weryfikacji jego tożsamości, b) ustalenia struktury własności i kontroli — w przypadku klienta będącego osobą prawną, jednostką organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej lub trustem; 3) ocenę stosunków gospodarczych i, stosownie do sytuacji, uzyskanie informacji na temat ich celu i zamierzonego charakteru; 4) bieżące monitorowanie stosunków gospodarczych klienta, w tym: a) analizę transakcji przeprowadzanych w ramach stosunków gospodarczych w celu zapewnienia, że transakcje te są zgodne z wiedzą instytucji obowiązanej o kliencie, rodzaju i zakresie prowadzonej przez niego działalności oraz zgodne z ryzykiem prania pieniędzy oraz finansowania terroryzmu związanym z tym klientem, b) badanie źródła pochodzenia wartości majątkowych będących w dyspozycji klienta — w przypadkach uzasadnionych okolicznościami, c) zapewnienie, że posiadane dokumenty, dane lub informacje dotyczące stosunków gospodarczych są na bieżąco aktualizowane”.

¹¹ ML/FT — Money Laundering/Financing of Terrorism.

¹² Przykładowa karta monitoringu bieżącego w rozumieniu art. 34 ustawy AML/CFT dla przedsiębiorców na potrzeby wykazania rozliczalności. Przykład karty dla podmiotów realizujących znacząco szerszy zakres czynności będących następstwem obowiązków wynikających z ustawy AML/CFT. Karta została zaprezentowana w dalszej części publikacji.

¹³ Szerzej: *Przeciwdziałanie praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu. Komentarz*, red. W. Kapica, Warszawa 2020.

¹⁴ Artykuł 1 ustawy AML/CT stanowi, że: „Ustawa określa: 1) zasady i tryb przeciwdziałania praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu; 2) warunki wykonywania działalności gospodarczej przez niektóre instytucje obowiązane”.

Co więcej, nawet jasno zdefiniowane ostrzeżenie ustawodawcy, że od spełnienia wymogów ustawowych uzależniona jest możliwość wykonywania działalności gospodarczej przez niektórych przedsiębiorców, nie może w obecnym stanie bierności danych przedsiębiorców wobec systemu AML/CFT wykrzesać u nich inicjatywy przestrzegania podstawowych przepisów ustawowych w tym zakresie. Jak się wydaje, na stan obecny nie ma również wpływu samorząd aptekarski.

Z tych względów przyjęcie, że samo już znajdowanie się danych przedsiębiorców w kręgu zainteresowań polskiego ustawodawcy może potęgować zagrożenie wykazania niestosowania się przez nich do wymogów stawianych przez ustawę AML/CFT — w kontekście art. 50¹⁵, a tym samym — art. 52¹⁶ i art. 53¹⁷, czy też art. 51¹⁸ ustawy AML/CFT jako wyznacznika dla zasad obiegu informacji w grupie, nawet w obliczu tak twardego kryterium bazowego należy uznać za mocno płynne, czy też wręcz czasami niedorzeczne¹⁹. W szczególności dlatego, że przedsiębiorcy ci nie powinni podejmować działań określonych w ustawie AML/CFT dopiero z chwilą przekroczenia progu bazowego dla transakcji go-

¹⁵ Artykuł 50.1 ustawy AML/CT stanowi, że: „1. Instytucje obowiązane wprowadzają wewnętrzną procedurę w zakresie przeciwdziałania praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu”, zwaną dalej „wewnętrzną procedurą instytucji obowiązanej”. Wewnętrzna procedura instytucji obowiązanej podlega bieżącej weryfikacji oraz w razie potrzeby aktualizacji.

¹⁶ Artykuł 52 ustawy AML/CT stanowi, że: „1. Instytucje obowiązane zapewniają udział osób wykonujących obowiązki związane z przeciwdziałaniem praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu w programach szkoleniowych dotyczących realizacji tych obowiązków, uwzględniających zagadnienia związane z ochroną danych osobowych. 2. Programy szkoleniowe, o których mowa w ust. 1, powinny uwzględniać charakter, rodzaj i rozmiar działalności prowadzonej przez instytucję obowiązaną oraz zapewniać aktualną wiedzę w zakresie realizacji obowiązków instytucji obowiązanej, w szczególności obowiązków, o których mowa w art. 74 ust. 1, art. 86 ust. 1 i art. 89 ust. 1.3. Do instytucji obowiązanych będących osobami fizycznymi prowadzącymi działalność gospodarczą przepis ust. 1 stosuje się odpowiednio”.

¹⁷ Artykuł 53.1 ustawy AML/CT stanowi, że: „1. Instytucje obowiązane opracowują i wdrażają wewnętrzną procedurę anonimowego zgłaszania przez pracowników lub inne osoby wykonujące czynności na rzecz instytucji obowiązanej rzeczywistych lub potencjalnych naruszeń przepisów z zakresu przeciwdziałania praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu”.

¹⁸ Artykuł 52.1 ustawy AML/CT stanowi, że: „1. Instytucje obowiązane wchodzące w skład grupy oraz ich oddziały i jednostki zależne z większościowym udziałem tych instytucji mające siedzibę w państwie trzecim wprowadzają grupową procedurę w zakresie przeciwdziałania praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu, zwaną dalej «procedurą grupową», w celu wykonania ciążących na grupie oraz wchodzących w jej skład podmiotach obowiązków określonych w przepisach o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu”.

¹⁹ W mojej ocenie powyższe kryterium dobitnie świadczy o pewnej fikcji systemu AML/CFT, którą dostrzega już nawet oficjalnie również sam unijny ustawodawca. Potwierdzeniem postawionej tezy może być między innymi dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2018/1673 z dnia 23 października 2018 roku w sprawie zwalczania prania pieniędzy za pomocą środków prawnokarnych (Dz. U. L 284.2018.22), czy też sprawozdanie Komisji Europejskiej dla Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 27 października 2022 roku w sprawie ryzyka prania pieniędzy i finansowania terroryzmu, które mają wpływ na rynek wewnętrzny i są związane z działalnością transgraniczną.

tówkowej w relacjach z klientem lub klientami²⁰. W mojej ocenie działania takie powinny zostać przez takich przedsiębiorców nakreślone i realizowane już na przedpolu podejmowania działań biznesowych, także między innymi w ramach działań *compliance*²¹.

Teoretycznie zatem można byłoby przyjąć, że brak podejścia systemowego²² takiego przedsiębiorcy, czyli brak uprzednio dokonanej analizy zdiagnozowanych ryzyk, a co za tym idzie — brak podejmowania działań je mitygujących, powinien przekładać się wprost na zwiększone ryzyko jego działalności. Co więcej, w zakresie poruszonego zagadnienia dotyczy to również odpowiedzialności za świadome nierealizowanie obowiązującego prawa, czyli przepisów ustawy AML/CFT. Niestety, wiedza o wymaganych działaniach AML/CFT jest niewystarczająca. Świadczyć może o tym fakt, że nie odnajdziemy w zasobach proceduralnych danych przedsiębiorców jakichkolwiek procedur związanych z realizacją wymogu będącego następstwem przepisu art. 2 ust. 1 pkt 23 ustawy AML/CFT. Co gorsza, przy skrajnym odczytywaniu powyższych braków można przyjąć, że stan ten może być rzeczywistym obrazem nieprzywiązywania jakiejkolwiek wagi do działań, które powinny zostać nakreślone w ramach *compliance*. Może być również następstwem świadomego niedostrzegania w art. 2 teź ustawy warunków zmian dla prowadzonej przez tychże przedsiębiorców działalności.

Kluczem do odpowiedzi może być niestety również sam kształt polskiego systemu AML/CFT, którego obecna ułomność może być przyczyną masowego generowania pokładów luk w jego funkcjonowaniu. Przepis art. 2 ust. 1 pkt 23 w powiązaniu między innymi z art. 2 ust. 2 pkt 10²³ i art. 38²⁴ ustawy AML/CFT

²⁰ Także w kontekście projekcji zmian nakreślonych przez Komisję Europejską w jej sprawozdaniu dla Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 27 października 2022 roku w sprawie ryzyka prania pieniędzy i finansowania terroryzmu, które mają wpływ na rynek wewnętrzny i są związane z działalnością transgraniczną.

²¹ Szerzej: *Ryzyko odpowiedzialności karnej w działalności gospodarczej. Compliance 2022*, red. R. Zawłocki, Warszawa 2022 i przywołana tam literatura.

²² System rozumiany tu jako czynności zorientowane na identyfikację zagrożeń oraz działań podejmowanych w celu zmitigowania zagrożeń — tak realnie występujących, jak i zakładanych (potencjalnych), które mają lub mogą mieć wpływ na działalność przedsiębiorstwa oraz przedsiębiorcy.

²³ W rozumieniu art. 2.2.10 ustawy AML/CFT klientem jest osoba fizyczna, osoba prawna lub jednostka organizacyjna nieposiadająca osobowości prawnej, której instytucja obowiązana świadczy usługi lub dla której wykonuje czynności wchodzące w zakres prowadzonej przez nią działalności zawodowej, w tym z którą instytucja obowiązana nawiązuje stosunki gospodarcze, lub na zlecenie której przeprowadza transakcję okazjonalną.

²⁴ Artykuł 38.1 ustawy AML/CFT stanowi, że: „1. Instytucje obowiązane przy uwzględnieniu rozpoznanego ryzyka prania pieniędzy oraz finansowania terroryzmu mogą odstąpić od stosowania środków bezpieczeństwa finansowego, o których mowa w art. 34 ust. 1 pkt 1–3, w odniesieniu do pieniądza elektronicznego w rozumieniu ustawy z dnia 19 sierpnia 2011 roku o usługach płatniczych, pod warunkiem, że spełnione są następujące warunki ograniczające ryzyko prania pieniędzy oraz finansowania terroryzmu: 1) instrument płatniczy nie może być zasilony lub instrument ten ma maksymalny miesięczny limit transakcji płatniczych w wysokości równowartości 150 euro, która

należy bowiem zaliczyć do wyznaczników jego ułomności. Być może to właśnie sprawia, że system AML/CFT w sektorze usług aptecznych jest nie tyle marginalizowany, co raczej po prostu nieznan, bądź dobrze rozszyfrowany i dlatego niestosowany.

ZAKRES PROBLEMATYKI

Z nakreślonego już w uwagach wprowadzających przekazu można zauważyć, że aktualny problem w kontekście nieszczelności, czy też pewnej fikcji funkcjonowania polskiego systemu AML/CFT w sektorze usług aptecznych, osadzony jest głównie w niestosowaniu przez przedsiębiorców przepisów ustawy AML/CFT, w jego lukach, wewnętrznych sprzecznościach i w niezgodnościach systemowych.

Dla przykładu: środków bezpieczeństwa określonych w Dobrych Praktykach Dystrybucji²⁵ nie można utożsamiać z odbiciem czy też realizacją wymogów wskazanych w ustawie AML/CFT. Przede wszystkim z uwagi na nieco inny zakres odniesień, jak i zbyt wąski zakres definicyjny klienta.

Klientem w rozumieniu ustawy AML/CFT jest zarówno osoba fizyczna, jak i prawna lub jednostka organizacyjna nieposiadająca osobowości prawnej, której instytucja obowiązana, czyli w przywołanych tutaj okolicznościach także przedsiębiorca, świadczy usługi lub dla której wykonuje czynności wchodzące w zakres prowadzonej przez nią działalności zawodowej, w tym z którą instytucja obowiązana nawiązuje stosunki gospodarcze lub na zlecenie której przeprowadza transakcję okazjonalną.

W Dobrych Praktykach Dystrybucji klient utożsamiany jest natomiast przede wszystkim z dostawcą, a nie klientem, na rzecz którego przedsiębiorca realizuje usługi apteczne pozostające w jego zakresie możliwości.

Niepodważalny zarazem jest również fakt, że zakresem usług aptecznych objęta jest sprzedaż zarówno leków, suplementów, czy też innego rodzaju asortymentu, który dostępny jest u danego przedsiębiorcy. Zatem klientem przedsiębiorcy będzie każdy, nie tylko dostawca, o którym mowa w Dobrych Praktykach Dystrybucji.

to kwota może być wykorzystana wyłącznie na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej; 2) maksymalna kwota przechowywana elektronicznie nie przekracza równowartości 150 euro; 3) instrument płatniczy może być wykorzystywany wyłącznie do zakupu towarów lub usług; 4) instrument płatniczy nie może być zasilony pieniądzem elektronicznym wydanym bez zastosowania środków bezpieczeństwa finansowego; 5) wydawca pieniądza elektronicznego prowadzi bieżącą analizę przeprowadzanych transakcji lub monitoruje stosunki gospodarcze w sposób umożliwiający identyfikację transakcji nietypowych lub transakcji, których okoliczności wskazują, że mogą mieć one związek z praniem pieniędzy lub finansowaniem terroryzmu”.

²⁵ W rozumieniu rozporządzenia Ministra Zdrowia z dnia 13 marca 2015 roku w sprawie wymagań Dobrej Praktyki Dystrybucyjnej (t.j. Dz. U. z 2022 r., poz. 1287), dalej: Dobra Praktyka Dystrybucyjna.

W tych okolicznościach trudno więc mówić o adekwatności zakresu działań, które muszą być realizowane wobec klienta w ramach stosowania środków bezpieczeństwa finansowego w rozumieniu ustawy AML/CFT do zakresu działań określonych w Dobrych Praktykach Dystrybucji. Nawet pomimo tego, że odnajdziemy tam co najmniej kilka środków mających cechy środków bezpieczeństwa finansowego, do których zaliczyć należy głównie czynności określone w rozdziale 5 rozporządzenia²⁶.

Jednakże, jak to już zasygnalizowano, podjęta problematyka osadzona jest również w kryterium stanowiącym o możliwości identyfikacji, weryfikacji, oceny ryzyk i monitorowania klienta przedsiębiorcy usług aptecznych w ramach wymogu stosowania przez niego środków bezpieczeństwa finansowego, które mogą być inicjowane w ramach realizacji transakcji²⁷ okazjonalnej, czyli nieposiadającej waloru stałości — pewności jej powtórzenia²⁸.

Zgodnie bowiem z treścią art. 35 ust. 3 ustawy AML/CFT środki bezpieczeństwa finansowego w odniesieniu do klientów, z którymi przedsiębiorca przeprowadza transakcję okazjonalną, może stosować dopiero w ramach progu 10 000 euro lub większego²⁹. Zatem realizacja transakcji okazjonalnej, której wartość nie przekroczy progu 9999,99 euro w gotówce, nie inicjuje obowiązku wynikającego z ustawy AML/CFT, jak i nie uzbraja przedsiębiorcy usług aptecznych w uprawnienie do przetwarzania danych klienta na kanwie przepisów RODO³⁰.

²⁶ Dla przykładu: przedsiębiorca otrzymuje dostawy jedynie od podmiotów odpowiedzialnych albo podmiotów posiadających zezwolenie — pkt 5.2.1, proces zatwierdzenia dostawców odbywa się przed pierwszym zamówieniem zgodnie z ustaloną procedurą, a jego wyniki są dokumentowane i okresowo weryfikowane — pkt 5.2.4, przedsiębiorca upewnia się, że dostarcza jedynie podmiotom uprawnionym — pkt 5.3.1, przedsiębiorca monitoruje, sprawdza nieprawidłowości w strukturze sprzedaży — pkt 5.3.2, przedsiębiorca bada, zgłasza właściwym organom przypadki niewłaściwej struktury sprzedaży — pkt 5.3.3, przyjmowanie produktów: sprawdzenie i odniesienie do wymogów dyrektywy 2001/83/WE — pkt 5.4.4.

²⁷ W rozumieniu art. 2.2.22 ustawy AML/CFT transakcją jest czynność prawna lub faktyczna, na podstawie której dokonuje się przeniesienia własności lub posiadania wartości majątkowych, lub czynność prawna lub faktyczna dokonywana w celu przeniesienia własności lub posiadania wartości majątkowych.

²⁸ W rozumieniu art. 2.2.22 ustawy AML/CFT transakcją okazjonalną jest transakcja, która nie jest przeprowadzana w ramach stosunków gospodarczych.

²⁹ Instytucje obowiązane stosują środki bezpieczeństwa finansowego w przypadku przeprowadzania gotówkowej transakcji okazjonalnej o równowartości 10 000 euro lub większej, bez względu na to, czy transakcja jest przeprowadzana jako pojedyncza operacja, czy kilka operacji, które wydają się ze sobą powiązane.

³⁰ Zgodnie z treścią art. 4.2 RODO „przetwarzanie” oznacza operację lub zestaw operacji wykonywanych na danych osobowych lub zestawach danych osobowych w sposób zautomatyzowany lub niezautomatyzowany, taką jak zbieranie, utrwalanie, organizowanie, porządkowanie, przechowywanie, adaptowanie lub modyfikowanie, pobieranie, przeglądanie, wykorzystywanie, ujawnianie poprzez przesłanie, rozpowszechnianie lub innego rodzaju udostępnianie, dopasowywanie lub łączenie, ograniczanie, usuwanie lub niszczenie.

Co więcej, klientem dla przedsiębiorcy usług aptecznych może być na przykład zarówno klient, na rzecz którego wystawiono receptę (e-receptę), jak i *de facto* realizujący receptę³¹. Ta różnica jest nader istotna w kontekście możliwości prawidłowej identyfikacji klienta, jak i ewentualnego zliczenia wartości transakcji gotówkowych, które wskazywałyby na wystąpienie przesłanek z art. 2 ust. 1 pkt 23 ustawy AML/CFT. Przedsiębiorca nie może przy tym założyć, że klient „receptowy” i klient realizujący receptę to jedna i ta sama osoba.

Przyjęcie odmiennej optyki argumentacyjnej teoretycznie zlikwidowałoby wszelkie utrudnienia związane z niezbędnością zliczania transakcji oraz identyfikacji klienta itp., wobec którego przedsiębiorca zobowiązany jest obecnie stosować środki bezpieczeństwa w rozumieniu ustawy AML/CFT dopiero po przekroczeniu 10 000 euro. Niestety taki model założeń i dalszych działań wobec wybranego klienta na podstawie uproszczonej identyfikacji powinien zostać podważony w ramach wymaganej weryfikacji klienta, między innymi na etapie identyfikacji źródeł majątku — środków na zakup produktu.

Należy zatem przyjąć, że prawidłowa identyfikacja klienta dokonującego transakcji gotówkowej u przedsiębiorcy usług aptecznych na obecnym poziomie regulacyjnym jest co najmniej znacząco utrudniona, a raczej niemożliwa do zrealizowania bez naruszania zasad RODO.

Powyższe przekłada się na istotny element argumentacyjny. Sprawia, że można śmiało przyjąć, że obecny polski system AML/CFT jest nieskuteczny. Błądzi wraz z jego lukami prawnymi na łamach zakrzywionych statystyk, które budowane są na podstawie wadliwych danych statystycznych, gdzie jednostki współpracujące³² mają swój istotny wkład.

³¹ Przy uwzględnieniu możliwości posługiwania się dokumentem tożsamości innych osób.

³² W myśl art. 83 ustawy AML/CFT jednostkami współpracującymi są organy administracji rządowej, organy jednostek samorządowych oraz inne państwowe jednostki organizacyjne, a także Narodowy Bank Polski. Jednostki te zobowiązane są do opracowania instrukcji postępowania na wypadek sytuacji podejrzenia popełnienia przestępstwa prania pieniędzy lub finansowania terroryzmu, której na ogół niestety nie posiadają.

**Przykładowa karta potwierdzająca realizowanie (w ramach rozliczalności)
monitoringu bieżącego³³**

KARTA MONITORINGU

Osoba wypełniająca:	Za okres: 1.11.2022 r. – 30.11.2022 r.	Data wypełnienia: 1.12.2022 r.
------------------------	---	---

Dotyczy: Klientów obsługiwanych w ramach powierzonych zadań

Łączna liczba sumy obsługiwanych Klientów w okresie rozliczeniowym 00
Klientów:

Liczba Klientów:	wyższego ryzyka	00
	standardowego ryzyka	00
	niższego ryzyka	00

Liczba Klientów, wobec których nie są stosowane środki bezpieczeństwa finansowego z zastrzeżeniem realizowanego monitoringu pod kątem rodzaju i wysokości transakcji — art. 2.1.23 ustawy AML 00

Stwierdzam, że:

dokonana analiza przeprowadzonych transakcji w ramach stosunków gospodarczych wskazuje, że transakcje te:

są zgodne z wiedzą Spółki o Klientach, rodzaju i zakresie prowadzonej przez nich działalności*

nie są zgodne z wiedzą Spółki o Klientach, rodzaju i zakresie prowadzonej przez nich działalności*

posiadane dokumenty, dane lub informacje dotyczące stosunków gospodarczych:

są na bieżąco (bez zbędnej zwłoki, o ile wystąpi taka niezbędność) aktualizowane*

nie są na bieżąco aktualizowane*

dokonana analiza przeprowadzonych transakcji w ramach obsługi Klientów okazjonalnych wskazuje, że transakcje te:

³³ W ramach informacji zawartych w przypisie numer 12.

są zgodne z wiedzą Spółki o Klientach, rodzaju i zakresie prowadzonej przez nich działalności*

nie są zgodne z wiedzą Spółki o Klientach, rodzaju i zakresie prowadzonej przez nich działalności*

nie dotyczy

posiadane dokumenty, dane lub informacje dotyczące Klientów okazjonalnych:

są na bieżąco (bez zbędnej zwłoki, o ile wystąpi taka niezbędność) aktualizowane*

nie są na bieżąco (bez zbędnej zwłoki) aktualizowane*

nie dotyczy

w ramach przeprowadzonych czynności kadrowo-księgowych:

nie odnotowano nieprawidłowości w zakresie działania Klienta*

odnotowano nieprawidłowości w zakresie działania Klienta*

źródło pochodzenia wartości majątkowych będących w dyspozycji Klientów:

nie było poddane badaniu — brak niezbędności*

było poddane badaniu i:

nie wykazało nieprawidłowości*

wykazało nieprawidłowości*

*właściwe wskazać

Ponownej analizie poddano następujące — losowo wybrane — transakcje:

Nr transakcji Klient (indywidualny identyfikator Klienta)

Nr transakcji Klient (indywidualny identyfikator Klienta)

W następstwie dokonanej analizy powyższych transakcji stwierdzam, że:

nieprawidłowości nie ujawniono*

nie ujawniono dokumentów lub informacji, które mogłyby mieć wpływ na niezbędność:

rozwiązania stosunków gospodarczych

niedopuszczenia do realizacji transakcji okazjonalnej

przekazania GIFF zawiadomienia o okolicznościach, które mogą wskazywać na podejrzenie popełnienia przestępstwa prania pieniędzy lub finansowania terroryzmu przez Klienta

przekazania GIFF zawiadomienia o powzięciu uzasadnionego podejrzenia, że określona transakcja lub określone wartości majątkowe mogą mieć związek z praniem pieniędzy lub finansowaniem terroryzmu przez Klienta*

ujawniono nieprawidłowości*

Czytelny podpis lub inne oznaczenie identyfikujące osobę odpowiedzialną/wypełniającą:
.....

UJAWNIONE NIEPRAWIDŁOWOŚCI

W ramach dokonanych ustaleń stwierdzam, że w stosunku do Klienta:

1*

wyższego ryzyka

standardowego ryzyka

niższego ryzyka

Indywidualny identyfikator Klienta

Nazwa Klienta

NIP

KRS/CEIDG

PESEL/data urodzenia

Nr dowodu

należy podjąć działania w celu wyjaśnienia następujących okoliczności:

Działania i czynności w celu wyjaśnienia okoliczności udokumentowano w KARCIE WYJAŚNIEN

*właściwe wypełnić

Czytelny podpis lub inne oznaczenie identyfikujące osobę wypełniającą:

KOORDYNATOR AML		
W ramach realizowanego nadzoru, w tym na podstawie przeprowadzonej analizy losowo wybranej transakcji:		
Nr transakcji	Klient	(indywidualny identyfikator Klienta)
stwierdzam, że:		
<input type="checkbox"/> nie wnoszę zastrzeżeń/uwag <input type="checkbox"/> wnoszę zastrzeżenia/uwagi		
Zastrzeżenia/uwagi:		
<input type="checkbox"/> Zarząd Spółki nie został poinformowany o zastrzeżeniach z uwagi na brak zastrzeżeń <input type="checkbox"/> Zarząd Spółki został poinformowany o zastrzeżeniach		
W dniu:		
O godzinie:		
<input type="checkbox"/> Forma pisemna, w tym e-mailowa		
<input type="checkbox"/> Forma ustna, w tym telefoniczna		
Czytelny podpis lub inne oznaczenie identyfikujące Koordynatora AML		

Źródło: opracowanie własne

WNIOSKI

Ustawowe założenie, że przedsiębiorca usług aptecznych może występować w obrocie prawnym jako instytucja obowiązana w rozumieniu art. 2 ust. 1 pkt 23 ustawy AML/CFT, a tym samym stosować w poszczególnych procesach z klientami detalicznymi (osobami fizycznymi nieprowadzącymi działalności gospodarczej) środki bezpieczeństwa finansowego, gdy wysokość transakcji okazjonalnych osiągnie lub przekroczy 10 000 euro, jest przykładowym obrazem fikcji polskiego systemu AML/CFT, w którym transakcje gotówkowe wiodą prym zagrożeń³⁴.

³⁴ Dla przykładu: *Mafia lekowa na celowniku CBA. Zatrzymano kolejne osoby z czterech województw*. Szerzej: <https://www.rynekzdrowia.pl/Prawo/Mafia-lekowa-na-celowniku-CBA-Zatrzymano-kolejne-osoby-z-czterech-wojewodztw,240022,2.html> (dostęp: 6.12.2022).

Nie oznacza to jednak, że nie można z formalnego punktu widzenia nie obciążać przedsiębiorców usług aptecznych ewentualną winą za brak stosowania przepisów ustawy AML/CFT. Dlatego też brak opracowanych i wdrożonych procedur przez przedsiębiorcę usług aptecznych na okoliczność realizowania transakcji gotówkowych w wysokości 10 000 euro lub większych należy traktować co najmniej jako delikt administracyjny³⁵.

Wydaje się tym samym, że lepszym rozwiązaniem byłoby wprost wymienienie w treści art. 2 ustawy AML/CFT przedsiębiorcy usług aptecznych jako instytucji obowiązanej, której ustawodawca nakreśliłby w sposób jednoznaczny obowiązek stosowania środków bezpieczeństwa finansowego od określonej, jednoznacznej, lecz znacząco mniejszej kwoty niż 10 000 euro³⁶. Na potrzebę taką — dla bez mała każdej transakcji — wskazuje wprost Komisja Europejska w sprawozdaniu dla Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 27 października 2022 roku w sprawie ryzyka prania pieniędzy i finansowania terroryzmu, które mają wpływ na rynek wewnętrzny i są związane z działalnością transgraniczną.

THE PHARMACY SERVICES MARKET AND THE POLISH ANTI-MONEY LAUNDERING REGIME: OUTLINE OF THE ISSUES

Summary

The Act of March 1, 2018 on counteracting money laundering and financing of terrorism obliges every entrepreneur to comply with it to the extent that he accepts or makes payments for goods in cash with a value equal to or exceeding the equivalent of EUR 10 000. Importantly, this obligation exists regardless of whether such a transaction is carried out as a single operation or several operations that appear to be interrelated. Therefore, this catalog also includes entrepreneurs operating in the field of broadly understood pharmacy services. However, the degree of their preparation for the application of the Act is not satisfactory. One possible reason for this may be that Article 2 of the Act does not explicitly state that entrepreneurs providing pharmacy services are to be identified with the obliged institution. This state of affairs may also stem from the fact that the Polish AML/CFT system is flawed and generates doubts about its functioning.

Keywords: AML/CFT Act, Polish AML/CFT system, occasional transactions, cash transactions, pharmacies, pharmacy services, money laundering, compliance

BIBLIOGRAFIA

Kaczmarek M., *Przeciwdziałanie praniu pieniędzy. Krytyczne spojrzenie na taktyczne i prawne aspekty zwalczania prania pieniędzy w Polsce*, Warszawa 2022.

³⁵ W kontekście rozważań M. Kaczmarek, *Przeciwdziałanie praniu pieniędzy. Krytyczne spojrzenie na taktyczne i prawne aspekty zwalczania prania pieniędzy w Polsce*, Warszawa 2022.

³⁶ W kontekście rozważań *Ustawa o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu. Komentarz*, red. M. Dyl, M. Królikowski, Warszawa 2022.

- Mafia lekowa na celowniku CBA. Zatrzymano kolejne osoby z czterech województw*, <https://www.rynekzdrowia.pl/Prawo/Mafia-lekowa-na-celowniku-CBA-Zatrzymano-kolejne-osoby-z-czterech-wojewodztw,240022,2.html> (dostęp: 28.11.2022).
- Przeciwdziałanie praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu. Komentarz*, red. W. Kapica, Warszawa 2020.
- Ryzyko odpowiedzialności karnej w działalności gospodarczej. Compliance 2022*, red. R. Zawłocki, Warszawa 2022.
- Ustawa o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu. Komentarz*, red. M. Dyl, M. Królikowski, Warszawa 2022.
- Wasiak D., *The Polish AML system as a threat to the realization of constitutional freedoms and rights — overview of the problem*, „Przegląd Prawa Konstytucyjnego” 2022.
- Wasiak D., *Transakcje ponadprogowe w biurach rachunkowych a instytucja czynnego żalu. Zarys problematyki*, „Przegląd Prawa i Administracji” 2022.
- Wasiak D., Wygoda K., *Przeciwdziałanie praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu w kancelarii doradcy podatkowego. Praktyczny poradnik*, Warszawa 2022.

AKTY PRAWNE

- Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2018/1673 z dnia 23 października 2018 roku w sprawie zwalczania prania pieniędzy za pomocą środków prawnokarnych.
- Rozporządzenie Ministra Zdrowia z dnia 13 marca 2015 roku w sprawie wymagań Dobrej Praktyki Dystrybucyjnej.
- Sprawozdanie Komisji Europejskiej dla Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 27 października 2022 roku w sprawie ryzyka prania pieniędzy i finansowania terroryzmu, które mają wpływ na rynek wewnętrzny i jest związane z działalnością transgraniczną.

ZAGADNIENIA PRAWA PRYWATNEGO
I PUBLICZNEGO

RAFAŁ CZACHOR

ORCID: 0000-0002-5929-9719

Krakowska Akademia im. A. Frycza Modrzewskiego

KONSTYTUCYJNE NARUSZENIE ZASADY TRÓJPODZIAŁU WŁADZY W PAŃSTWACH NIEDEMOKRATYCZNYCH. KAZUSY FEDERACJI ROSYJSKIEJ, REPUBLIKI BIAŁORUŚ I REPUBLIKI KAZACHSTAN

Abstrakt: Konstytucje Rosji, Białorusi i Kazachstanu, z jednej strony, ustanawiają zasadę trójpodziału władzy, a z drugiej — wprowadzają jej koncentrację w rękach prezydentów. Niniejszy artykuł dyskutuje treść zasady trójpodziału władzy w omawianych państwach, źródła nachylenia systemu władzy w kierunku prezydenta oraz doktrynalne interpretacje tego stanu rzeczy. Wskazano, że normy konstytucyjne naruszające zasadę trójpodziału władzy wprost nie prowadzą do autorytarnego modelu rządów, aczkolwiek stwarzają ku temu przesłanki instytucjonalne. Nauka prawa konstytucyjnego podejmuje różne próby interpretacji pozycji ustrojowej prezydentów — od umieszczenia go w ramach trójpodziału władzy do wyodrębniania prezydenckiej „metawładzy”, lokującej się ponad wszystkimi pozostałymi.

Słowa kluczowe: prawo konstytucyjne porównawcze, konstytucjonalizm autorytarny, prawo konstytucyjne państw postradzieckich, pozycja ustrojowa prezydenta w Rosji, Białorusi i Kazachstanie

WSTĘP

Zasada podziału władzy leży u podstaw konstytucyjnych współczesnych państw demokratycznych. Przyjmuje się ją za aksjomat i ważny element legitymizacji ustroju¹. Polega ona na jej rozproszeniu pomiędzy przynajmniej kilkoma organami państwowymi, przy czym każdy z nich realizuje wyodrębnione funkcje, są one względem siebie instytucjonalnie niezależne przy zachowaniu wzajemnej zależności funkcjonalnej. Konstrukcja taka wymusza współpracę organów

¹ Szerzej między innymi B. Banaszak, *Porównawcze prawo konstytucyjne współczesnych państw demokratycznych*, Warszawa 2007; R. Małajny, *Podział władzy państwowej jako przesłanka jej legitymizacji*, „Przeгляд Sejmowy” 2014, nr 3, s. 9–28; J. Szymanek, *Podział władz: idea i jej konstytucjonalizacja*, „Przeгляд Legislacyjny” 2023, nr 1, s. 10–43.

państwowych i stanowi o jedności systemu władzy. W istocie rzeczy podział władzy może przybierać dwojaki wymiar. W ujęciu horyzontalnym polega na jej dekoncentracji, a więc wyodrębnieniu władzy prawodawczej, wykonawczej i sądowniczej. W ujęciu wertykalnym oznacza jej decentralizację, rozłokowanie na różnych szczeblach podziału administracyjno-terytorialnego państwa. Dla państw demokratycznych oba wymiary są istotne, bowiem zarówno wyodrębnienie trzech gałęzi władzy, jak i upodmiotowienie społeczności lokalnych w ramach prawnych samorządu terytorialnego są warunkami *sine qua non* istnienia współczesnej demokracji.

W centrum uwagi niniejszego artykułu znajduje się problem przestrzegania zasady trójpodziału władzy w treści konstytucji wybranych niedemokratycznych państw postradzieckich oraz jego doktrynalna interpretacja. Przedmiotowa zasada zakłada istnienie trzech gałęzi władzy, legislatywy, egzekutywy i judykatury, które pozostają względem siebie w określonym stopniu autonomiczne, a relacje pomiędzy nimi, zachowując walor dynamiczności, unormowane są prawodawstwem w oparciu o ideę powstrzymywania i równoważenia się (*check and balance*). W państwach klasyfikowanych jako niedemokratyczne, a do kategorii tej zaliczają się między innymi Federacja Rosyjska (dalej: FR), Republika Białoruś (dalej: RB) czy Republika Kazachstan (dalej: RK), co do zasady ma miejsce wewnętrzna sprzeczność unormowań konstytucyjnych. Wśród zasad ustrojowych deklarują one demokrację, zasadę rządów prawa, podział władzy i pluralizm polityczny, jednocześnie w rozdziałach dotyczących pozycji ustrojowej poszczególnych gałęzi władzy ustanawiają faktyczną dominację prezydenta jako głowy państwa i organu egzekutywy nad parlamentem i sądownictwem.

Przyjąć zatem należy, że bezsprzecznie istnieje związek pomiędzy naruszeniem zasady trójpodziału władzy publicznej, zatem brakiem mechanizmu *check and balance*, a kumulacją kompetencji władczych w jednym organie, tutaj — w rękach prezydenta, który staje się *residuum* władzy publicznej w państwach niedemokratycznych i który nie jest równoważony przez inne podmioty (*veto players*)². Pod kątem modelu organizacji systemu rządów najbardziej żyzną glebą dla tego rodzaju zjawisk są ustroje prezydenckie, w Europie i Azji występujące sporadycznie, a popularne w Ameryce Łacińskiej, oraz półprezydenckie (semi-prezydenckie), rozprzestrzenione w różnych częściach świata, w tym wśród państw postkomunistycznych — od Europy Wschodniej po Azję Środkową³. W przypadku półprezydencałizmów specyficzną cechą jest włączenie prezydentów, będących głowami państw, do organów władzy wykonawczej przy jednoczesnym istnieniu instytucji premiera jako szefa rządu, podległego politycznie prezydentowi i odpowiedzialnego przed parlamentem. Wywodzący się z zachodnioeuropejskiej tradycji ustrojowej, szczególnie współczesnej V Republiki Francuskiej,

² A. Sajó, R. Uitz, *The Constitution of Freedom. An Introduction to Legal Constitutionalism*, New York 2017, s. 167.

³ *Semi-presidentialism in Europe*, red. R. Elgie, Oxford 1999.

semiprezydencjalizm postradziecki cechuje się szerokimi uprawnieniami prezydentów w zakresie prawodawstwa, obsady kadrowej innych organów, w tym sądownictwa konstytucyjnego, części izb drugich parlamentów, samodzielnego kształtowania składu rządu oraz prawem rozwiązania legislatury przy wręcz iluzorycznych możliwościach przedterminowego pozbawienia prezydentów urzędów w trybie odpowiedzialności konstytucyjnej. Z tego powodu w obrocie naukowym upowszechnia się kategoria superprezydencjalizmu jako określenia niedemokratycznego, naruszającego zasadę trójpodziału władzy, modelu rządów opartego na wzorcu semiprezydencjalizmu⁴.

Weryfikacji przestrzegania zasady trójpodziału władzy i funkcjonowania mechanizmu *check and balance* można dokonać poprzez określenie charakteru wzajemnych relacji pomiędzy organami legislatury, egzekutywy i judykatury a także stwierdzenie ich organizacyjnej niezależności od siebie nawzajem (to jest — braku powiązań kreacyjnych, powoływania członków organów jednej gałęzi władzy przez członków innej gałęzi władzy) oraz niezależności w podejmowaniu rozstrzygnięć władczych (rozstrzygnięcia nie są akceptowane, na przykład w postaci obowiązku kontrasygnaty przez inny organ). Pozwala to zaś na zaklasyfikowanie poszczególnych przypadków do kategorii konstytucjonalizmu liberalnego, autorytarnego, ewentualnie illiberalnego⁵.

W świetle tych ustaleń celem niniejszego artykułu jest wskazanie i przedyskutowanie tych unormowań konstytucyjnych FR, RB i RK, które przeczą zasadzie trójpodziału władzy i są jednocześnie źródłem niedemokratycznego charakteru rządów. Główną tezę jest stwierdzenie, że naruszenie zasady trójpodziału władzy i mechanizmu *check and balance* dokonuje się na skutek nadmiernej koncentracji uprawnień władczych w rękach prezydentów. Przedmiotowe zagadnienie w literaturze przedmiotu, w tym polskiej, podejmowane było incydentalnie, głównie w kontekście pozycji ustrojowej głów państw FR i RB, podczas gdy RK pozostaje na marginesie zainteresowań komparatystyki prawa konstytucyjnego⁶. Co więcej, aktualizacja stanu badań wydaje się uzasadniona z racji faktu, że w ostatnich

⁴ P. Stykow, *The devil in details: constitutional regime types in post-Soviet Eurasia*, „Post-Soviet Affairs” 2019, t. 35, nr 2, s. 122–139; R. Czachor, *Superprezydencjalizm jako odrębny system polityczno-prawny*, „Przegląd Prawa Konstytucyjnego” 2022, nr 4(68), s. 89–98; W. Partlett, *Crown-Presidentialism*, „International Journal of Constitutional Law” 2022, t. 20(1), s. 204–236.

⁵ *Authoritarian Constitutionalism. Comparative Analysis and Critique*, red. H.A. Garcia, G. Frankenberg, Cheltenham, Northampton 2019. Krytycznie: D. Landau, *The Myth of Illiberal Democratic Constitution*, [w:] *Routledge Handbook of Illiberalism*, red. A. Sajó, R. Uitz, S. Holmes, New York 2022, s. 425–440.

⁶ Między innymi E. Zieliński, *System konstytucyjny Federacji Rosyjskiej*, Warszawa 2005; A. Bosiacki, H. Izdebski, *Konstytucjonalizm rosyjski: historia i współczesność*, Kraków 2013; J. Zaleśny, *System konstytucyjny Białorusi*, Warszawa 2011; J. Szymanek, *Ustrój konstytucyjny Kazachstanu*, Warszawa 2013; E. Kuźelewska, *Prezydent w systemie politycznym Rosji: rozwiązania prawne i praktyka polityczna*, „Studia nad Autorytaryzmem i Totalitaryzmem” 2021, nr 43(2), s. 83–95.

latach we wszystkich omawianych przypadkach dokonano nowelizacji ustaw zasadniczych: w FR w 2020 roku⁷, w RB i RK — w 2022 roku⁸.

KONSTITUCYJNE REGULACJE DOTYCZĄCE TRÓJPODZIAŁU WŁADZY

Radziecka teoria prawa odrzucała koncepcję podziału władzy, wychodząc z założeń o jej klasowym pochodzeniu. Dyktatura proletariatu, źródło władzy państwowej w Związku Radzieckim, nie mogła napotykać ograniczeń w postaci mechanizmu powstrzymywania i równoważenia⁹. Co więcej, obowiązywał pogląd o jedności władzy, której tylko realizacja odbywała się poprzez odrębne organy. Formalnie nadrzędnym organem władzy były organy przedstawicielskie — rady deputowanych, aczkolwiek w praktyce *residuum* władzy państwowej stanowiły naczelne organy Komunistycznej Partii Związku Radzieckiego oraz komunistycznych partii w poszczególnych republikach radzieckich¹⁰.

Do porządku prawnego ZSRR zasada trójpodziału władzy została wprowadzona na mocy Deklaracji o suwerenności państwowej Rosyjskiej Federacyjnej Socjalistycznej Republiki Radzieckiej uchwalonej przez Zjazd Deputowanych Ludowych w dniu 12 czerwca 1990 roku¹¹. Stanowiła ona, że „rozdział władz prawodawczych, wykonawczych, sądowniczych jest główną zasadą funkcjonowania Rosyjskiej FSRR jako państwa prawa” (art. 13). W kwietniu 1992 roku zasada ta została wprowadzona do znowelizowanego art. 3 ówczesnej Konstytucji FR, pochodzącej jeszcze z 1978 roku. Jednocześnie w tekście dokumentu utrzymano przepis stanowiący o zwierzchności organu legislatywy — Zjazdu Deputowanych Ludowych, który odzwierciedlał radziecką koncepcję ludowładztwa i utrzymał się do przyjęcia w 1993 roku nowej Konstytucji FR.

⁷ Конституция Российской Федерации, www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_28399/?ysclid=loh5ydfh991571010 (dostęp: 3.11.2023). Por. R. Czachor, *Reforma konstytucyjna w Federacji Rosyjskiej w 2020 roku*, „Przegląd Prawa Konstytucyjnego” 2021, nr 3(61), s. 261–276.

⁸ Конституция Республики Беларусь, <https://pravo.by/pravovaya-informatsiya/normativnye-dokumenty/konstitutsiya-respubliki-belarus/> (dostęp: 3.11.2023), Конституция Республики Казахстан, www.akorda.kz/ru/official_documents/constitution (dostęp: 3.11.2023).

⁹ *Суд и правосудие в СССР*, red. М.П. Шаламов, Москва 1974, s. 10–12; А.А. Безуглов, *Суверенитет советского народа*, Москва 1975, s. 19 i n.

¹⁰ We wszystkich republikach związkowych Związku Radzieckiego funkcjonowały odrębne partie komunistyczne, na przykład Komunistyczna Partia Białorusi, Komunistyczna Partia Kazachstanu wchodzące w skład Komunistycznej Partii Związku Radzieckiego. Wyjątkiem w tym zakresie była Rosyjska Federacyjna Socjalistyczna Republika Radziecka, w której nie było odrębnej republikańskiej partii komunistycznej.

¹¹ Декларация СНД РСФСР от 12.06.1990 N 22-1 „О государственном суверенитете Российской Советской Федеративной Социалистической Республики”, https://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_39472/?ysclid=loa3ko7u40217123803 (dostęp: 3.11.2023).

Również w przypadku RB oraz RK zasada trójpodziału władzy do prawa ustrojowego została wprowadzona na mocy odpowiednich deklaracji o suwerenności państwowej — RB z 27 lipca 1990 roku oraz RK z 25 października 1990 roku, stanowiących odpowiednio, że „rozgraniczenie władzy prawodawczej, wykonawczej i sądowniczej jest najważniejszą zasadą RB [wówczas jeszcze Białoruskiej SRR — przyp. autora] jako państwa prawnego” (art. 7)¹² oraz że „władza państwowa w RK [wówczas jeszcze Kazachskiej SRR — przyp. autora] realizowana jest na podstawie jej podziału na ustawodawczą, wykonawczą i sądowniczą. Władza ustawodawcza realizowana jest przez Radę Najwyższą Kazachskiej SRR. Prezydent jest głową Republiki i dysponuje najwyższą władzą kierowniczo-wykonawczą. Najwyższa władza sądownicza przynależy do Sądu Najwyższego Kazachskiej SRR” (art. 7)¹³.

W obecnym stanie prawnym zasada trójpodziału władzy znajduje odzwierciedlenie w tekstach konstytucji wszystkich omawianych państw. Artykuł 3 Konstytucji FR głosi, że „jedynym źródłem władzy w FR jest jej wielonarodowy lud”. Zasada podziału władz jest natomiast unormowana w art. 10, stanowiącym, że „władza państwowa w FR realizowana jest na podstawie podziału na ustawodawczą, wykonawczą i sądowniczą. Organy władzy ustawodawczej, wykonawczej i sądowniczej są niezależne”. Podstawowe organy władzy wymienia z kolei art. 11 ust. 1 tegoż dokumentu: „Władzę państwową w FR wykonują Prezydent FR, Zgromadzenie Federalne (Rada Federacji i Duma Państwa), Rząd FR, sądy FR”. Tym samym w kolejnych artykułach, obok trzech gałęzi władzy, prawodawca zdefiniował cztery główne podmioty władzy państwowej. W efekcie tego pojawia się istotna kwestia zaklasyfikowania Prezydenta FR do jednej z nich. Z racji posiadanych kompetencji naturalne wydaje się jego umieszczenie wśród piastunów władzy wykonawczej, aczkolwiek niebezzasadny jest pogląd wyrażany w rosyjskiej doktrynie, że celem autorów Konstytucji FR było umiejscowienie go nie w ramach, lecz ponad trójpodziałem władzy¹⁴. Na rzecz tej tezy może świadczyć fakt umieszczenia rozdziału Konstytucji FR poświęconego prezydentowi (rozdział 4) przed rozdziałami normującymi pozycję ustrojową pozostałych wskazanych organów (rozdziały 5–7). W niektórych konstytucjach postradzieckich państw autorytarnych o ustroju władz publicznych w określonym stopniu zbliżonym do modeli FR i RB, w tym Republice Azerbejdżańskiej i Republice

¹² Декларация Верховного Совета Белорусской Советской Социалистической Республики 27 июля 1990 г. № 193-XII „О государственном суверенитете Белорусской Советской Социалистической Республики”, <https://pravo.by/document/?guid=3871&p0=v09000193> (dostęp: 3.11.2023).

¹³ Постановление Верховного Совета Казахской ССР от 25 октября 1990 г. № 307-XII „О Декларации о государственном суверенитете Казахской Советской Социалистической Республики”, https://adilet.zan.kz/rus/docs/B900001700_ (dostęp: 3.11.2023).

¹⁴ А.К. Соболева, *Принцип разделения властей*, [w:] *Основы конституционного строя России: двадцать лет развития*, red. А.Н. Медушевский, Москва 2013, s. 83.

Turkmenistan, prezydenci są *explicite* włączeni do systemów egzekutywy. Co nie mniej ważne, art. 110 Konstytucji FR, głoszący, że władzę wykonawczą w FR wykonuje rząd składający się z przewodniczącego, jego zastępców i ministrów federalnych, wprost nie przywołuje Prezydenta FR jako elementu egzekutywy.

W przypadku RB jej art. 6 głosi, że „władza państwowa w RB sprawowana jest na podstawie jej podziału na ustawodawczą, wykonawczą i sądowniczą. Organy państwowe w granicach swoich kompetencji są niezależne, współdziałają ze sobą, powstrzymują i równoważą się”.

Obecnie obowiązująca Konstytucja RK w art. 3 ust. 4 stanowi, że „władza państwowa w Republice jest jednolita, realizowana na podstawie Konstytucji i ustaw, zgodnie z zasadą jej podziału na ustawodawczą, wykonawczą i sądowniczą oraz współpracy pomiędzy sobą z wykorzystaniem systemu powstrzymywania i równowagi”. Odnotować należy, że art. 2 ust. 1 tego aktu określa RK mianem „państwa unitarnego z prezydencką formą rządów”. Pojęcie to, na gruncie teorii polityki, z której leksykonu pochodzi, jest użyte błędnie, bowiem model ustrojowy RK lokuje się wśród wspomnianych wyżej półprezycjalizmów. Tym niemniej ma on doniosłe znaczenie ustrojowe, *ab initio* ustanawiając supremację Prezydenta RK w systemie organów władzy.

W związku z tym, że w każdym z przywołanych dokumentów pojęcie władzy pojawia się w liczbie pojedynczej, tamtejsza doktryna prawa ustrojowego wyraża przekonanie, że nie istnieją trzy władze, *a contrario*, istnieje jedna władza państwowa, która pochodzi od ludu, zaś wyodrębnić można jej trzy funkcje, które rozdysponowane są pomiędzy różnymi organami. Co więcej, zasada trójpodziału władzy, w realiach współczesnych złożonych stosunków społecznych i skomplikowanego aparatu państwowego, ma raczej walor kierunkowy, orientacyjny i dotyczy szczegółów organizacji władzy publicznej¹⁵. Reprezentowany jest jednakowoż również pogląd przeciwny, że podział władzy na trzy gałęzie oznacza ich wyodrębnienie skutkujące samodzielnością władz prawodawczych, wykonawczych i sądowniczych, a ich niezależność ma gwarantować równowagę i wzajemne powstrzymywanie się¹⁶. Jak zostanie wykazane w dalszej części artykułu, podstawową zasadą stosunków pomiędzy organami władzy państwowej w omawianych przypadkach jest nie jej podział, lecz jedność. Sytuację tę w doktrynie rosyjskiej, białoruskiej i kazachskiej tłumaczy się jako zgromadzenie różnych funkcji władczych, w tym prawodawczych i wykonawczych, w jednym organie, pozwalające mu zajmować nadrzędną pozycję w realizacji władzy państwowej¹⁷.

¹⁵ В.Е. Чиркин, *Конституционное право. Россия и зарубежный опыт*, Москва 1998, s. 250–258.

¹⁶ А.К. Соболева, *Принцип разделения властей*, s. 81.

¹⁷ *Конституция Российской Федерации: научно-практический комментарий*, red. Б.Н. Топорнин, Москва 1997, s. 135; О.Е. Кутафин, *Российский конституционализм*, Москва 2009; И.И. Пляхимович, *Комментарий к Конституции Республики Беларусь в двух томах. Том 1*, Минск 2015, s. 147–148.

KONSTYTUCYJNE REGULACJE NARUSZAJĄCE ZASADĘ TRÓJPODZIAŁU WŁADZY

Konstytucje omawianych państw ustanawiają szczególną pozycję ustrojową prezydentów. Rosyjski ustrojodawca zdefiniował go jako „głowę państwa”, „będącego gwarantem Konstytucji FR, praw i wolności człowieka. W trybie określonym w Konstytucji FR podejmuje środki na rzecz ochrony suwerenności FR, jej niezależności, integralności państwowej, zapewnia zgodne funkcjonowanie i współdziałanie organów władzy państwowej” (art. 80 ust. 1–2). Konstytucja RB stanowi, że

jest Głową Państwa, gwarantem Konstytucji RB, praw i wolności człowieka i obywatela. Prezydent ucieleśnia jedność ludu, gwarantuje realizację podstawowych kierunków polityki wewnętrznej i zagranicznej, reprezentuje RB w stosunkach z innymi państwami i organizacjami międzynarodowymi. Prezydent podejmuje środki w zakresie ochrony suwerenności RB, jej bezpieczeństwa narodowego, integralności terytorialnej, zapewnia stabilność polityczną i ekonomiczną, ciągłość i współdziałanie organów władzy państwowej, pośredniczy między organami władzy państwowej (art. 79).

W tym kontekście formalnie nie jest już, to znaczy — po reformie z 1996 roku, częścią egzekutywy, chociaż nabył dodatkowe kompetencje w zakresie władzy wykonawczej. Z kolei Prezydenta RK zdefiniowano jako

głowę państwa, najwyższego urzędnika państwowego określającego główne kierunki polityki wewnętrznej i zagranicznej państwa oraz reprezentującego RK wewnątrz państwa i w stosunkach międzynarodowych. Prezydent RK jest symbolem i gwarantem jedności ludu i władzy państwowej, nienaruszalności Konstytucji, praw i wolności człowieka i obywatela. Prezydent RK zapewnia zgodne funkcjonowanie wszystkich gałęzi władzy państwowej i odpowiedzialność organów władzy przed ludem (art. 40 ust. 1–3).

Wynika z tego, że prezydenci stoją ponad systemem trójpodziału władzy, mając funkcje regulatora ich działalności, wraz z prawem ingerencji w nią w celu realizacji swoich głównych zadań konstytucyjnych.

We wszystkich omawianych państwach prezydenci pochodzą z wyborów bezpośrednich, różni się jednak okres pełnienia urzędu: sześć lat w FR, pięć — w RB, i siedem — w RK. Obecnie ograniczenie kadencji do dwóch przewidziano w FR i RB, jednej — w RK. Do ogólnych kompetencji przysługujących prezydentom FR, RB i RK zaliczyć należy:

- ochronę konstytucji i porządku konstytucyjnego,
- ochronę suwerenności państwowej, integralności terytorialnej i bezpieczeństwa, także rolę głównodowodzących siłami zbrojnymi,
- reprezentowanie państwa w stosunkach międzynarodowych, podpisywanie umów międzynarodowych.

Nachylenie systemu rządów w kierunku prezydentów, a tym samym naruszenie zasady trójpodziału władzy manifestuje się głównie w ich kompetencjach

względem legislatyw, rządów i sądownictwa. Odrębnie nie stanowią one zagrożenia, lecz w przypadku ich kumulacji dochodzi do naruszenia zasady trójpodziału władzy¹⁸. W odniesieniu do parlamentów dominujący nad legislatywą prezydenci:

- ogłaszają wybory parlamentarne,
- powołują część deputowanych izby drugiej parlamentu,
- dysponują prawem skrócenia kadencji parlamentu w przypadkach przewidzianych prawem (w szczególności przy konsekwentnym odrzuceniu zgłoszonego przez prezydenta kandydata na premiera),
- dysponują prawem inicjowania zmiany lub nowelizacji konstytucji,
- dysponują inicjatywą ustawodawczą i wetem ustawodawczym (które może być przełamane większością kwalifikowaną),
- dysponują prawem wydawania dekretów i dekretów z mocą ustawy,
- dysponują prawem występowania z orędziem do parlamentów oraz zabierania głosu w dyskusjach parlamentarnych w dowolnym czasie.

W przypadku uznania prezydentów za organ niewchodzący w skład egzekutywy, do naruszających zasadę trójpodziału ich kompetencji względem rządów należy:

- powoływanie i odwoływanie premierów (za zgodą parlamentu, która może zostać przełamana), ministrów oraz kształtowanie modelu organizacyjnego rządu,
- dysponowanie prawem uchylania aktów prawnych rządu,
- dysponowanie równoległymi wobec rządów aparatami — administracjami prezydentów.

W odniesieniu do sądownictwa:

- powoływanie części składu sądów konstytucyjnych lub zgłaszają kandydatury na sędziów,
- powoływanie sędziów sądów powszechnych.

W odniesieniu do organów samorządu terytorialnego:

- pełnienie roli organu nadzoru, dysponującego prawem władczej interwencji w działalność jednostek samorządu terytorialnego.

We wszystkich omawianych przypadkach istnieje procedura egzekwowania odpowiedzialności prawnej prezydentów w trybie impeachmentu. Jest ona możliwa w przypadku ciężkiego naruszenia konstytucji, aczkolwiek procedura jest skomplikowana i angażuje obie izby parlamentu i jego komisje, toteż trudno oczekiwać, by mogła zakończyć się usunięciem prezydenta z urzędu.

Konkludując, prezydenci mają możliwość prowadzenia pozaparlamentarnej działalności prawotwórczej, mają wpływ na obsadę części mandatów parlamentarnych oraz mogą w określonych przypadkach rozwiązywać parlament, powołują rządy, które ponoszą przed nimi odpowiedzialność, i jednocześnie dysponują

¹⁸ Po nowelizacjach konstytucji RB i RK w 2022 roku zakres kompetencji prezydentów w poszczególnych państwach nie realizuje w pełni wymienionego katalogu, tym niemniej reprezentuje on główne elementy stanowiące o istocie nachylenia władzy ku prezydentowi.

równoległymi strukturami administracji prezydenta, a nadto mają wpływ na personalną obsadę stanowisk sędziowskich, w tym sądów konstytucyjnych.

UWARUNKOWANIA TRWAŁEGO NARUSZENIA ZASADY TRÓJPODZIAŁU WŁADZY ORAZ PRÓBY ICH INTERPRETACJI W DOKTRYNIE FR, RB I RK

Poszukując źródeł instytucjonalnego designu takich współczesnych państw, jak FR, RB i RK, zwrócić się należy w kierunku zagadnień ustrojowo-historycznych i politycznych. W momencie dezintegracji ZSRR wszystkie republiki związkowe, w aktach prawnych proklamujących suwerenne państwowości oraz nowo przyjmowanych konstytucjach, deklarowały przywiązanie do zasad demokratyzmu, pluralizmu, rządów prawa i trójpodziału władzy. Służyło to głównie legitymizacji nowego ustroju i nowych władz, najczęściej wywodzących się z poprzedniego reżimu. Jednocześnie urzędnienia ustrojowe zorganizowano tak, by zapewnić elitom władzy względnie bezkonkurencyjne i stabilne rządy.

Dążenie do naruszenia zasady trójpodziału władzy poprzez wzmocnienie pozycji ustrojowej Prezydenta RF miało miejsce praktycznie od początku rządów Borysa Jelcyna. Dość wspomnieć, że kryzys konstytucyjny w 1993 roku, poważny spór z Dumą Państwową, został z jego polecenia rozstrzygnięty siłowo, wskutek czego parlament rozwiązano i przyjęto nową, obowiązującą z późniejszymi zmianami do dzisiaj Konstytucję FR. Twórcy rosyjskiej konstytucji wprowadzili taki podział władz, w którym wybrany w wyborach powszechnych, a więc mający silną legitymację, Prezydent FR byłby w stanie przeforsować trudne i mało popularne społecznie reformy w zakresie demokratyzacji i urynkowania gospodarki, nawet wbrew większości parlamentarnej. Oprócz poszczególnych unormowań dotyczących kompetencji głowy państwa, ważną rolę w tym zakresie odegrały przepisy stanowiące, że Prezydent FR określa główne kierunki polityki wewnętrznej i zagranicznej oraz wydaje w tym zakresie dekrety i dekrety z mocą ustawy.

Również po przyjęciu konstytucji w końcu 1993 roku Jelcyn i nadto sprzyjający mu organ sądownictwa konstytucyjnego wypracowali praktykę wychodzenia głowy państwa poza ramy ustrojowe. Na gruncie politycznym uzasadniano to koniecznością przeprowadzenia bolesnych społecznie, lecz niezbędnych reform społeczno-gospodarczych oraz wzmocnienia wartości demokratycznych. Uzasadnieniem dla rosnącej roli prezydenta była ustawa federalna „O Rządzie FR”¹⁹ z 17 grudnia 1997 roku głosząca, że „Prezydent RF kieruje działalnością federalnych organów władzy wykonawczej zawiadujących działalnością w zakresie obrony, bezpieczeństwa, spraw wewnętrznych i zagranicznych, prewencji sytuacji

¹⁹ Федеральный конституционный закон от 17.12.1997 N 2-ФКЗ, www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_17107/?ysclid=loh6fcwz9260225391 (dostęp: 3.11.2023).

nadzwyczajnych i likwidacji następstw klęsk żywiołowych” (art. 32 ustawy). Sąd Konstytucyjny FR w orzeczeniu z 27 stycznia 1999 roku²⁰ potwierdził prawo Prezydenta FR do wnoszenia zmian do struktury organów federalnych w trybie dekretu, a ponadto wydawania dekretów regulujących działalność egzekutywy w przypadku, gdy dana kwestia nie została unormowana przez ustawodawcę. W okresie rządów Władimira Putina, od 2000 roku, w związku z odziedziczonym po epoce Jelcyna brakiem skutecznego mechanizmu *check and balance*, kompetencje Prezydenta FR dalej znacząco się rozszerzały, w niektórych przypadkach wręcz stojąc w kolizji z unormowaniami konstytucyjnymi²¹.

W przypadku RB kryzys konstytucyjny nastąpił wraz z wyborem na pierwszego prezydenta Aleksandra Łukaszenki, w lipcu 1994 roku i został rozstrzygnięty w wyniku reformy konstytucyjnej, w listopadzie 1996 roku. W okresie tym Prezydent RB przejął w istocie funkcje prawodawcze Rady Najwyższej i rozbudował niemającą bezpośredniego oparcia w aktach normatywnych strukturę równoległą wobec rządu — Administrację Prezydenta RB, jego działalność niejednokrotnie była uznawana przez Sąd Konstytucyjny RB za niezgodną z prawem, choć Prezydent RB deklarował, że podyktowana jest koniecznością „przywrócenia porządku”. Nowelizacja Konstytucji RB z 1996 między innymi zmieniła strukturę parlamentu na dwuizbowy oraz zwiększyła wpływ Prezydenta RB na obsadę wielu organów, w tym sądownictwa. Nowelizacja z 2004 roku dotyczyła wyłącznie kwestii zniesienia limitu dopuszczalnych kadencji głowy państwa do dwóch.

Zbieżny rozwój wydarzeń miał miejsce w RK. Pierwsza ustawa zasadnicza niepodległego państwa przyjęta została w styczniu 1993 roku. Prezydent Nursułtan Nazarbajew wywołał konflikt z parlamentem, czemu przysłużyła się ustawa z 10 grudnia 1993 roku „O tymczasowym delegowaniu Prezydentowi RK i kierownikom administracji terenowych dodatkowych pełnomocnictw”, kolidująca z częścią unormowań konstytucyjnych. W 1995 roku parlament RK przestał funkcjonować w wyniku stwierdzenia nieważności wyborów przez Sąd Konstytucyjny, a prezydent zaczął wydawać dekryty z mocą ustawy. Zostały one użyte w celu dwukrotnego przeprowadzenia referendum ogólnokrajowego, dla wyrażenia zgody na przedłużenie kadencji Prezydenta RK do 2000 roku w kwietniu 1995 roku oraz przyjęcia nowej ustawy zasadniczej w sierpniu 1995 roku²². Nowelizacja ustawy zasadniczej RK dokonana została w październiku 1997 roku, znosząc górną granicę wieku głowy państwa w postaci 65 lat czy też wydłużając kadencję z pięciu do siedmiu lat. Ponadto nowelizację uznano za podstawę do liczenia kadencji Nazarbajewa od początku. W maju 2007 roku miała miejsce kolejna

²⁰ Постановление Конституционного Суда РФ от 27.01.1999 N 2-П, www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_21938/?ysclid=loh6dpduo645622101 (dostęp: 3.11.2023).

²¹ М. Краснов, *Конституционно закрепленные полномочия Президента РФ: необходимость или сервильизм?*, „Сравнительное конституционное обозрение” 2011, nr 4(83), s. 91–103.

²² J. Szymanek, *Geneza i ewolucja konstytucjonalizmu kazachstańskiego*, „Studia Politologiczne” 2014, nr 33, s. 413–414.

reforma ustrojowa²³, która była deklarowana jako demokratyzacja i liberalizacja ustroju, aczkolwiek zmiany wniosła tylko pozornie. Utrzymano koncentrację władzy w rękach prezydenta RK Nazarbajewa, który dodatkowo od 2000 roku uzyskał dodatkowe unormowanie w postaci ustawy „O Pierwszym Prezydencie RK” oraz status „Lidera Narodu” gwarantujący mu uprawnienia nawet po odejściu z urzędu²⁴. Ustawy te zostały uchylone w styczniu 2023 roku.

Wynika z tego historyczne uwarunkowanie przedmiotowej sytuacji, przyczynowo-skutkowy związek między burzliwym okresem budowania nowych państwowości, indywidualnymi ambicjami ówczesnych prezydentów oraz rozwiązaniami ustrojowymi. Problem naruszenia zasady trójpodziału władzy w omawianych państwach jest przedmiotem uwagi zagranicznych prawników-komparatystów²⁵, ale zauważany również przez część doktryny rosyjskiej, białoruskiej i kazachskiej. Wskazuje się między innymi, że główną cechą ustrojów FR, RB i RK jest „nadmierna, niekontrolowana władza prezydencka”²⁶. Skutkuje ona teoretycznym wyodrębnianiem tego rodzaju form rządów jako superprezydenckich, na który składają się szerokie uprawnienia względem wszystkich gałęzi władzy, przy formalnym zachowaniu cech semiprezydenckiego systemu rządów²⁷. Wobec konstytucyjnie ustanowionej zasady trójpodziału władzy nauka prawa konstytucyjnego w omawianych państwach próbuje dokonać takiej interpretacji pozycji ustrojowej prezydentów, by uzasadnić ich funkcjonowanie ponad lub poza tym trójpodziałem.

Po pierwsze, twierdzi się, że rola prezydentów w systemach ustrojowych omawianych państw jest tak duża, że nie należy ich w ogóle wtlaczać w teoretyczne ramy monteskiuszowskiej koncepcji. Prezydenci są piastunami metawładzy, zaś koncentracja uprawnień jest dowodem na jedność władzy wywodzonej od suwerena. Wskazuje się na „systemotwórczą” rolę prezydenta jako gwaranta zasad

²³ Закон Республики Казахстан от 21 мая 2007 года № 254-III „О внесении изменений и дополнений в Конституцию Республики Казахстан”, https://online.zakon.kz/Document/?doc_id=30103613 (dostęp: 3.11.2023).

²⁴ J. Szymanek, *Geneza i ewolucja konstytucjonalizmu kazachstańskiego*, s. 415–416; R. Czachor, *Instytucja „lidera narodu” w republikach Azji Środkowej. Analiza prawno-porównawcza*, „Wrocławsko-Lwowskie Zeszyty Prawnicze” 2019, nr 10, s. 245–257; Я. Залесны, И.Ю. Остапович, *Конституционализм в Республике Казахстан: генезис, особенности и перспективы*, „Антиномии” 2021, nr 3, s. 125–147; Конституционный закон Республики Казахстан от 20 июля 2000 года № 83-П „О Первом Президенте Республики Казахстан — Елбасы”, https://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1019103 (dostęp: 3.11.2023).

²⁵ Między innymi J. Kahn, *Federalism, democratization, and the rule of law in Russia*, Oxford 2002; F. Burkhardt, *Institutionalising authoritarian presidencies: Polymorphous power and Russia's presidential administration*, „Europe-Asia Studies” 2012, t. 73(3), s. 472–504.

²⁶ Д.А. Авдеев, *Форма правления в России (краткий конституционный очерк)*, Тюмень 2015, s. 44.

²⁷ А.В. Нечкин, *Форма правления в государствах мира: проблемы классификации и пути их возможного решения*, „Lex Russica” 2019, nr 5(50), s. 132–145.

konstytucyjnych i arbitra w stosunkach władczych, co sprawia, że „jest on obecny we wszystkich gałęziach władzy” jako „ojciec narodu”²⁸.

Po drugie, dogmatyka prawa, wychodząc z pozycji funkcjonalnych, zmierza ku wyodrębnieniu czwartej prezydenckiej gałęzi władzy. Poniekąd taką możliwość daje formalne niezakwalifikowanie prezydentów FR, RB i RK do egzekutywy. Wynikać to ma z okoliczności, że jako gwaranci suwerenności oraz jedności ludu i państwa funkcjonalnie nie mieszczą się oni w trójpodziale²⁹. Tym niemniej, choć mówi się o „czwartej prezydenckiej gałęzi władzy”³⁰, której ramy, z jednej strony, wyznaczają normy konstytucyjne, a z drugiej — obowiązki prezydentów w zakresie zapewnienia przetrwania państwa i efektywności władzy, to faktycznie wyrasta ona ponad trzy pozostałe, a więc nie jest z nimi równorzędna, co jest sprzeczne z zasadą *check and balance*.

Po trzecie, demokratycznie zorientowani prawnicy konstatują, że istniejący stan rzeczy nie jest zgodny z zasadą trójpodziału władzy i wymaga zmiany, głównie polegającej na dostosowaniu kompetencji prezydentów do ram nakreślonych dla egzekutywy z uwzględnieniem pewnych dodatkowych funkcji właściwych dla głowy państwa³¹.

WNIOSKI

Na podstawie analizy treści ustaw zasadniczych FR, RB i RK można zgodzić się z poglądem, że *design* instytucjonalny FR, RB i RK, w tym rozległe kompetencje prezydentów, nie determinuje autorytarnej formy rządów, lecz istotnie sprzyja jej zaistnieniu³². Konstytucjonalizm autorytarny jest zatem tworzeniem pewnego instytucjonalnego potencjału, który może zostać uwolniony na mocy decyzji politycznych. Brak zachowania mechanizmu *check and balance* rodzi istotne ryzyko

²⁸ Między innymi Б.С. Эбзеев, *Конституционное право России*, Москва 2019, s. 560–562; Б.А. Мухамеджанов, *Институт президентства и механизм разделения властей: соотношение в единстве государственной власти*, „Политика и право” 2007, nr 2(3), s. 40–48; С.К. Амандыкова, Л.К. Амандыкова, *Некоторые вопросы воплощения принципа разделения властей в конституционном законодательстве Республики Казахстан*, „Актуальные проблемы российского права” 2014, nr 9(46), s. 1849–1855.

²⁹ Między innymi З.Л. Шагапсоев, *Президент России в системе разделения власти РФ: место и роль*, „Общество и право” 2007, nr 2(16), s. 24–30; В.В. Комарова, *Конституционная система власти России и принцип разделения властей*, „Актуальные проблемы российского права” 2017, nr 9(82), s. 36–46.

³⁰ Niektórzy rosyjscy ustrojznawcy wręcz wyróżniali dziewięć i więcej gałęzi, między innymi ludową, medialną, finansową. Por. С.А. Авакьян, *Политические отношения и конституционные регулирование в современной России: проблемы и перспективы*, „Журнал российского права” 2003, nr 11, s. 43–54.

³¹ А.К. Соболева, *Принцип разделения властей*, s. 78–122.

³² М.А. Краснов, И.Г. Шаблинский, *Российская система власти: треугольник с одним углом*, Москва 2008.

dominacji jednej z gałęzi władzy, polegające głównie na koncentracji uprawnień, które co do zasady przysługują innej gałęzi władzy. Wspomnieć należy, że naruszenie tegoż mechanizmu może prowadzić do trwałego łamania wolności praw człowieka, co jest przejawem rozwiniętego reżimu autorytarnego.

W omawianych przypadkach specyficzną cechą modelu podziału władzy jest jej silne nachylenie w kierunku głowy państwa wykraczającej poza ramy egzekutywy i dominującej nad pozostałymi gałęziami władzy. Konstytucja FR ustanawia trójpodział władzy w art. 10, Konstytucja RB — w art. 6, a Konstytucja RK — w art. 3 ust. 4. Zakres kompetencji Prezydentów FR, RB i RK jest rozległy i zdefiniowany przede wszystkim w odrębnych artykułach poszczególnych konstytucji, w ustawie zasadniczej FR w art. 84, RB — art. 84, RK — art. 44.

Specyficzna pozycja prawna Prezydentów FR, RB i RK, którzy są głowami państw ucieleśniającymi ciągłość i nienaruszalność władzy, organami posiadającymi rozległe kompetencje wykonawcze, a nadto prerogatywy prawotwórcze, narzędzia kontroli i nacisku na parlament oraz wpływ na obsadę stanowisk sędziowskich, jest przyczyną uzasadniania przez tamtejszą doktrynę prawa tezy o istnieniu szczególnej gałęzi władzy znajdującej się powyżej trzech wymienionych w konstytucji. W omawianych państwach prezydenci dysponują w zasadzie całkowitą niezależnością organizacyjną oraz niezależnością podejmowania rozstrzygnięć.

Odnosić również należy, że istniejący stan rzeczy w kwestii organizacji władz z wyraźną dominacją instytucji prezydenta jest co do zasady akceptowany przez doktrynę prawa omawianych państw. Wskazuje się między innymi, że wartością nadrzędną jest „harmonijne współdziałanie i efektywne połączenie organów władzy”³³. Na prezydentach spoczywa „najbardziej odpowiedzialne z zadań państwowych — chronić fundamentalne podstawy państwowości od zagrożeń wewnętrznych i zewnętrznych”³⁴. W związku z tym realizacja tych kompetencji, które nie zostały *explicite* zawarte w ustawie zasadniczej, lecz są istotne z punktu widzenia funkcjonowania państwa, jest uznawana za niezbędną.

³³ А.В. Безруков, *Единство государственной власти и законодательная власть в системе разделения властей*, „Проблемы права” 2012, nr 6, s. 25.

³⁴ М. Краснов, *Конституционно закрепленные полномочия Президента РФ: необходимость или сервильизм?*, s. 91.

CONSTITUTIONAL VIOLATION OF THE SEPARATION OF POWER IN NON-DEMOCRATIC STATES: CASES OF THE RUSSIAN FEDERATION, REPUBLIC OF BELARUS, AND REPUBLIC OF KAZAKHSTAN

Summary

On the one hand, the constitutions of Russia, Belarus, and Kazakhstan introduce the separation of power, on the other — the concentration of power by the Presidents. The following paper scrutinizes the scope of the principle of the separation of power in the abovementioned states, the sources of the concentration of Presidential competencies, and the doctrinal interpretation of this situation. It argues that the constitutional stipulations that violate the separation of power do not introduce authoritarianism by itself, but rather facilitate it by the institutional design. The legal doctrine attempts to expound the position of the Presidents, from placing within the separation of three powers to the distinction of a Presidential “meta-power” over all other powers.

Keywords: comparative constitutional law, authoritarian constitutionalism, constitutional law of the post-Soviet states, legal position of the President in Russia, Belarus, and Kazakhstan

BIBLIOGRAFIA

- Authoritarian Constitutionalism. Comparative Analysis and Critique*, red. H.A. Garcia, G. Frankenberg, Cheltenham, Northampton 2019.
- Banaszak B., *Porównawcze prawo konstytucyjne współczesnych państw demokratycznych*, Warszawa 2007.
- Bosiacki A., Izdebski H., *Konstytucjonalizm rosyjski: historia i współczesność*, Kraków 2013.
- Burkhardt F., *Institutionalising authoritarian presidencies: Polymorphous power and Russia's presidential administration*, „Europe-Asia Studies” 2012, t. 73(3), s. 472–504.
- Czachor R., *Instytucja „lidera narodu” w republikach Azji Środkowej. Analiza prawno-porównawcza*, „Wrocławsko-Lwowskie Zeszyty Prawnicze” 2019, nr 10, s. 245–257.
- Czachor R., *Reforma konstytucyjna w Federacji Rosyjskiej w 2020 roku*, „Przegląd Prawa Konstytucyjnego” 2021, nr 3(61), s. 261–276.
- Czachor R., *Superprezydencjalizm jako odrębny system polityczno-prawny*, „Przegląd Prawa Konstytucyjnego” 2022, nr 4(68), s. 89–98.
- Kahn J., *Federalism, democratization, and the rule of law in Russia*, Oxford 2002.
- Kuźlewska E., *Prezydent w systemie politycznym Rosji: rozwiązania prawne i praktyka polityczna*, „Studia nad Autorytaryzmem i Totalitaryzmem” 2021, nr 43(2), s. 83–95.
- Landau D., *The Myth of Illiberal Democratic Constitution*, [w:] *Routledge Handbook of Illiberalism*, red. A. Sajó, R. Uitz, S. Holmes, New York 2022, s. 425–440.
- Małajny R., *Podział władzy państwowej jako przesłanka jej legitymacji*, „Przegląd Sejmowy” 2014, nr 3, s. 9–28.
- Partlett W., *Crown-Presidentialism*, „International Journal of Constitutional Law” 2022, t. 20(1), s. 204–236.
- Sajó A., Uitz R., *The Constitution of Freedom. An Introduction to Legal Constitutionalism*, New York 2017.
- Semi-presidentialism in Europe*, red. R. Elgie, Oxford 1999.
- Styckow P., *The devil in details: constitutional regime types in post-Soviet Eurasia*, „Post-Soviet Affairs” 2019, t. 35, nr 2, s. 122–139.

- Szymanek J., *Geneza i ewolucja konstytucjonalizmu kazachstańskiego*, „Studia Politologiczne” 2014, nr 33, s. 413–414.
- Szymanek J., *Podział władz: idea i jej konstytucjonalizacja*, „Przegląd Legislacyjny” 2023, nr 1, s. 10–43.
- Szymanek J., *Ustrój konstytucyjny Kazachstanu*, Warszawa 2013.
- Zaleśny J., *System konstytucyjny Białorusi*, Warszawa 2011.
- Zieliński E., *System konstytucyjny Federacji Rosyjskiej*, Warszawa 2005.
- Авакьян С.А., *Политические отношения и конституционные регулирование в современной России: проблемы и перспективы*, „Журнал российского права” 2003, nr 11, s. 43–54.
- Авдеев Д.А., *Форма правления в России (краткий конституционный очерк)*, Тюмень 2015.
- Амандыкова С.К., Амандыкова Л.К., *Некоторые вопросы воплощения принципа разделения властей в конституционном законодательстве Республики Казахстан*, „Актуальные проблемы российского права” 2014, nr 9(46), s. 1849–1855.
- Безруков А.В., *Единство государственной власти и законодательная власть в системе разделения властей*, „Проблемы права” 2012, nr 6, s. 21–26.
- Безуглов А.А., *Суверенитет советского народа*, Москва 1975.
- Залесны Я., Остапович И.Ю., *Конституционализм в Республике Казахстан: генезис, особенности и перспективы*, „Антиномии” 2021, nr 3, s. 125–147.
- Комарова В.В., *Конституционная система власти России и принцип разделения властей*, „Актуальные проблемы российского права” 2017, nr 9(82), s. 36–46.
- Конституция Российской Федерации: научно-практический комментарий*, red. Б.Н. Топорнин, Москва 1997.
- Краснов М., *Конституционно закрепленные полномочия Президента РФ: необходимость или сервиллизм?*, „Сравнительное конституционное обозрение” 2011, nr 4(83), s. 91–103.
- Краснов М.А., Шаблинский И.Г., *Российская система власти: треугольник с одним углом*, Москва 2008.
- Кутафин О.Е., *Российский конституционализм*, Москва 2009.
- Мухамеджанов Б.А., *Институт президентства и механизм разделения властей: соотношение в единстве государственной власти*, „Политика и право” 2007, 2(3), s. 40–48.
- Нечкин А.В., *Форма правления в государствах мира: проблемы классификации и пути их возможного решения*, „Lex Russica” 2019, nr 5(150), s. 132–145.
- Пляхимович И.И., *Комментарий к Конституции Республики Беларусь в двух томах. Том 1*, Минск 2015.
- Соболева А.К., *Принцип разделения властей*, [w:] *Основы конституционного строя России: двадцать лет развития*, red. А.Н. Медушевский, Москва 2013, s. 78–122.
- Суд и правосудие в СССР*, red. М.П. Шаламов, Москва 1974.
- Чиркин В.Е., *Конституционное право. Россия и зарубежный опыт*, Москва 1998.
- Шагапсоев З.Л., *Президент России в системе разделения власти РФ: место и роль*, „Общество и право” 2007, nr 2(16), s. 24–30.
- Эбзеев Б.С., *Конституционное право России*, Москва 2019.

ANNA ĆWIAKAŁA-MAŁYS

ORCID: 0000-0001-9812-2118

Uniwersytet Wrocławski

IWONA PIOTROWSKA*

ORCID: 0000-0002-8361-4010

Ministerstwo Finansów

VERIFICATION OF A FOREIGN BUSINESS PARTNER BASED ON EXAMPLES OF CHOSEN PUBLIC OPEN-SOURCE REGISTERS IN THE CONTEXT OF DUE DILIGENCE

Abstract: Verification of foreign business partners that are registered in European Union is possible through integrated commercial register of member states. The community trade register can be accessed via free service on the “e-Justice” website. The portals also allow one to verify the insolvency and bankruptcy register or the register of actual beneficial owners. The scope of presented information is determined by internal law of each member state. Thus there is a lack of uniformity in presenting business information regarding registered entities in individual countries. This article presents and compares internal solutions in access to public information on companies in three countries from the former Easter Block, i.e. so-called post-transformation countries, that is the Czech Republic, the Slovak Republic and Bulgaria.

Keywords: public information databases, commercial register, insolvency register, beneficial ownership register

INTRODUCTION

The due diligence criteria developed by the Ministry of Finance, in principle, apply to local business entities and transactions between them¹. However, the principle of formal verification (so-called formal criteria) of counterparties can be

* The position presented in the publication is not the opinion of the Ministry of Finance, but solely that of the author as a private individual.

¹ More in *Metodyka w zakresie oceny dochowania należytej staranności przez nabywców towarów w transakcjach krajowych* (wersja zaktualizowana), Ministerstwo Finansów, <https://www.>

applied to foreign business partners². The access to integrated community trade register is possible online via a free service on the “e-Justice” portal. Open access to administrative databases and registers, including the commercial register, the insolvency and bankruptcy register or actual beneficiary owners, is becoming a standard in e-administration in majority of European Union countries.

The aim of this article is to present existing solutions in terms of accessibility to company information at two levels: the EU level and in selected European countries. The registers of three post-transformation countries such as the Czech Republic, the Slovak Republic and Bulgaria were chosen for comparison.

“E-JUSTICE” PORTAL (E-JUSTICE.EUROPA.EU)

The European e-Justice Portal (“e-Justice”)³ is a universal and electronic form of access to information on commercial register on the EU and member states level⁴. The access to information available on “e-Justice” is free of charge⁵ and does not require registration or login⁶.

The e-justice.europa.eu portal provides basic information on business entities from EU member countries as well as links to national registers⁷. In accordance with the Directive 2012/17/UE⁸, the portal is intended to provide information from registers of all EU member countries as well as Iceland, Lichtenstein and Norway.

podatki.gov.pl/media/7236/aktualizacja-metodyki-w-zakresie-oceny-dochowania-nalezytej-staranosc-przez-nabywcow-towarow-w-transakcjach-krajowych.pdf (accessed: 26.02.2023).

² More in A. Ćwikała-Malys, I. Piotrowska, *Elementy białego wywiadu na usługach administracji podatkowej w walce z oszustwami podatkowymi. Prawno-finansowe systemy funkcjonowania wybranych jednostek organizacyjnych*, Wrocław 2021, <https://bibliotekacyfrowa.pl/publication/142667> (accessed: 2.06.2023), p. 28.

³ Polish version of the portal; The European e-Justice Portal: <https://e-justice.europa.eu/home?action=home&plang=pl>. Website, <https://e-justice.europa.eu/> available in 23 languages, including Polish.

⁴ https://e-justice.europa.eu/514/PL/registers__business_insolvency_amp_land (accessed: 27.04.2023).

⁵ In case of documents and detailed data, for which member states charge fees, which are available via “e-Justice”, BRIS allows the users to pay online.

⁶ It is possible to share selected information from national registers with and without login option by a registered user. The only requirement is to indicate an e-mail address in order to transfer information about the acceptance of “the order” to access the data from the national registers. Documents that are sent via electronic mail are available for download for 6 days after the delivery. Declared time of submitting the documents by the national registry office is up to 14 days. https://e-justice.europa.eu/489/PL/business_registers__search_for_a_company_in_the_eu?EUROPEAN_UNION&action=maximize&idSubpage=1&member=1 (accessed: 27.04.2023).

⁷ https://e-justice.europa.eu/106/PL/business_registers_in_eu_countries (accessed: 27.04.2023).

⁸ Directive of the European Parliament and the Council 2012/17/EU dated 13 June 2012 amending the Council Directive 89/666/EEC and Directives 2005/56/EC and 2009/101/EC of the European Parliament and of the Council on the integration of central, commercial and companies

“Business register — search for companies in EU” is a section where “e-Justice” portal allows to search and access information on companies from national commercial registers⁹. Currently, information from 29 European countries is available through “e-Justice” portal¹⁰. To facilitate this, “a company finder” has been launched on a portal.

The main search criterion is a company name (*Company name*) or its registration number (or subsidiary number) in the national register (*Company registration number*). Second vital, but not obligatory, parameter is a selection of the country of registration of a company. The “find company service” allows to find companies without indicating a particular country. It is then possible to (by default) choose “select all” option.

The obtained results allow to, first of all, confirm the existence of the company (with the given name), its number in the national commercial register, date of establishment/registration of a company, its status (active, de-registered), its type (legal form), the seat of the company, identifier of the business register and the European unique identifier (The European Unique Identifier — EUID)¹¹, and information on documents submitted by the company with regards to its activity. In case of a merger there is also the identifier of a merged company indicated. The legal form of a company is stated in the original (national) language, and a short description of a legal form is available in all official languages of the European Union¹².

The “e-Justice” portal allows to find insolvent entities (natural and legal persons) from the whole European Union in accordance with Article 25 of Regulation (EU) 2015/848 of the European Parliament and of the Council. Currently, information¹³ from the insolvency registers of 18 European countries such as Germany, Estonia, Ireland, Spain, Croatia, France, Cyprus, Latvia, Lithuania, Luxembourg, Malta, the Netherlands, Austria, Poland, Romania, Slovakia, Finland and Sweden is available. However, this does not mean that the access to the bankruptcy registers of remaining countries is impossible but only that they have not been integrated into the e-justice.europa.eu website yet.

register, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/PDF/?uri=CELEX:32012L0017&from=GA> (accessed: 27.04.2023).

⁹ https://e-justice.europa.eu/489/PL/business_registers__search_for_a_company_in_the_eu (accessed: 27.04.2023).

¹⁰ The integration of business registers in all EU Member States (Business Register Integration System, for short: BRIS) took place in June 2017.

¹¹ An identification code that allows companies and their branches in other Member States to be identified, consisting of: a country code, a company identification code or number and a registration number. The EUID facilitates the exchange of information and communication between company registration systems.

¹² A. Cwiąkała-Małys, I. Piotrowska, *Przeciwdziałanie szarej strefie w Polsce...*, <https://bibliotekacyfrowa.pl/publication/142667> (accessed: 2.06.2023), p. 170.

¹³ Search engine available on https://e-justice.europa.eu/246/PL/bankruptcy_amp_insolvency_registers__search_for_insolvent_debtors_in_the_eu (accessed: 10.05.2023).

The e-justice.europa.eu website also provides information on a system of integration of actual beneficiary ownership (The Beneficial Ownership Registers Interconnection System, for short: BORIS), which is “a tool connecting central national registers containing information on actual beneficiaries of companies and other legal persons, trusts and other types of legal arrangements”¹⁴.

The verdict of the Court of Justice of 22 November 2022, in the joined cases WM (C-37/20) and Sovim SA (C-601/20) v Luxembourg Business Registers¹⁵, has invalidated the obligation introduced by the Directive 2018/843¹⁶ amending Directive 2015/849¹⁷, for member states to make it possible to any person to access all information about actual beneficiaries of legal persons, stored in central registers. The Court concluded that unrestricted public access is neither strictly necessary for the prevention of money laundering and financing terrorism, nor proportionate, that is why serious interference with fundamental rights cannot be justified, specifically in the right to respect the private life and the protection of personal data, contained in Articles 7 and 8 of the Charter¹⁸.

¹⁴ https://e-justice.europa.eu/514/PL/registers__business__insolvency__amp__land (accessed: 3.05.2023).

¹⁵ <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=268059&pageIndex=0&doclang=PL&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=568304> (accessed: 3.05.2023).

¹⁶ Directive of the European Parliament and the Council (EU) 2018/843 dated 30 May 2018 amending Directive (EU) 2015/849 on the prevention on the use of financial system for the purpose of money laundering or terrorists financing and amending Directives 2009/138/EC and 2013/36/EU, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/?uri=celex%3A32018L0843> (accessed: 3.05.2023).

¹⁷ Directive (EU) 2015/849 of the European Parliament and of the Council of 20 May 2015 on the prevention of the use of the financial system for the purposes of money laundering or terrorist financing, amending Regulation (EU) No 648/2012 of the European Parliament and of the Council, and repealing Directive 2005/60/EC of the European Parliament and of the Council and Commission Directive 2006/70/EC: “(14) ... Member states should therefore ensure that entities registered in their territory, under national law, are provided with and possess proper, adequate, and updated information about actual beneficiaries, in addition to basic information such as the company name, the address and confirmation of registration and legal ownership, For better transparency, in order to fight with inappropriate use of legal entities, member states should ensure that information about beneficiaries is stored in a proper way in a central register, located outside main office fully complying with the Union law. For this purpose member states can use central database where the information about actual beneficiaries is gathered or the business register or other central register. Member states may decide that obliged entities are responsible for completing the register. Member states should ensure that the information is available, in all cases, to competent authorities and units of financial analysis and provide them to the obliged entities at the time they take customer due diligence measures. Member States should also ensure that other persons who can demonstrate a legitimate interest with reference to information relating to money laundering, terrorist financing and related predicate offences — such as corruption, tax offences and fraud — are given access to information on beneficiaries, while respecting data protection principles. People demonstrating a legitimate interest should have access to information in the nature and scale of their interest, including the approximate value of that interest”, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/?uri=celex%3A32015L0849> (accessed: 3.05.2023).

¹⁸ https://e-justice.europa.eu/38576/PL/beneficial__ownership__registers__search__for__beneficial__ownership__information (accessed: 3.06.2023).

The Court of Justice adds that “the optional provisions which allow Member States to make information on beneficial ownership available on condition of on-line registration and to provide, in exceptional circumstances, for an exemption from access to that information by the general public, respectively, are not, in themselves, capable of demonstrating either a proper balance between the objective of general interest pursued and the fundamental rights enshrined in Articles 7 and 8 of the Charter, or the existence of sufficient safeguards enabling data subjects to protect their personal data effectively against the risks of abuse”¹⁹.

As it was indicated on the portal page, the CJEU judgement “caused, that a system of integration of actual beneficiary registers (BORIS) no longer guarantees public access to information stored in national registers of actual beneficiaries, but the Commission will still continue to work on ensuring access for the appropriate authorities and mandatory entities”²⁰. Additionally, the EC ensures that legal and technical possibilities to implement public access subject to proving legitimate interest will be examined²¹.

In this transitional period, individual national registers of actual beneficiaries can be accessed through the national registers following the rules applicable in each member country²².

At the moment²³, public access to beneficiary registers in²⁴: the Netherlands (KvK), Luxembourg (RBE), Germany (Transparenzregister), Austria (BORA), Ireland (RBO), Malta (MBR), Cyprus (ROC) is suspended.

COMMERCIAL REGISTERS, INSOLVENCY AND ACTUAL BENEFICIAL OWNERS REGISTERS

Some of the European countries make available, within the framework of common online services, search tools that enable verification of domestic taxpayers with regard to registration data, information on the VAT registration status, reliability in terms of fulfilling tax payers obligation, possession of licences or permissions to perform licenced activity. The following part presents chosen solutions

¹⁹ Press release No 188/22 22 November 2022, <https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2022-11/cp220188en.pdf>, (accessed: 3.06.2023), p. 2.

²⁰ https://e-justice.europa.eu/38576/PL/beneficial_ownership_registers__search_for_beneficial_ownership_information (accessed: 3.06.2023).

²¹ *Ibidem*.

²² A list of websites of the national registers of actual beneficiaries of member states is available at https://e-justice.europa.eu/38576/PL/beneficial_ownership_registers__search_for_beneficial_ownership_information?action=maximizeMS&clang=pl&idSubpage=1&member=1 (accessed: 3.06.2023).

²³ As of 6.06.2023.

²⁴ Further countries blocking an access to the Actual Register of Beneficiaries, <https://spolki.blog/zawieszony-dostep-do-rejestrow-beneficjentow-w-ue/> (accessed: 6.06.2023).

for the availability of online services that enables verification of taxpayers in three post-transformation countries such as: the Czech Republic, The Slovak Republic and Bulgaria²⁵.

THE CZECH REPUBLIC

The Czech Portál živnostenského podnikání (for short: RŽP) is an official online business portal through which information from the Czech trade register is accessible in a public, open and free service. An institution that is responsible making the information available is the Czech Ministry of Industry and Trade which provides online service via RŽP website: www.rzp.cz/portal/cs/²⁶.

Searching information about an entity (*Vyhledání subjektu*)²⁷ is possible on the basis of criterion of the name of the entity (*subjekt*) or its beginning and its identification number IČO (*Identifikační Číslo Organizace*)²⁸. For natural persons, who are related to an economic entity because of their role (function) in a given time, search criterion can be the name and surname and the date of birth. Information regarding the searched entity can be viewed online free of charge according to the actual state (*Údaje bez historie*) and in “full” version, with historical changes (*Údaje s historií*).

Information regarding the entity can be downloaded in an electronic version free of charge (extract in PDF file format)²⁹ but only according to the current state (*pouze platné*).

Register of Business Activities³⁰ (*Obchodní rejstřík*), Insolvency Register³¹ (*Insolvenční rejstřík*) and Actual Beneficiaries Register³² (*Evidence skutečných majitelů*) in the Czech Republic are managed by The Ministry of Justice and the access is possible via website www.justice.cz³³ and the internet portal portal.justice.cz³⁴.

In the public register of economic activities³⁵ (*Veřejný rejstřík — Obchodní rejstřík*) information about entities can be viewed free of charge in an online version

²⁵ More about commercial registers e.g. Estonia, Hungary, Latvia in: A. Ćwikała-Malys, I. Piotrowska, *Weryfikacja zagranicznego kontrahenta a proces zachowania należytej staranności*, unpublished, 2023.

²⁶ English version: <https://www.rzp.cz/portal/en/> (accessed: 29.04.2023).

²⁷ https://www.rzp.cz/cgi-bin/aps_cacheWEB.sh?VSS_SERV=ZVWSBJFND (accessed: 29.04.2023).

²⁸ IČO is an identification numer of the entity given by Czech Statistical Office (Český statistický úřad).

²⁹ Service available on *Elektronický výpis z ŽR*.

³⁰ <https://or.justice.cz/ias/ui/rejstrik>.

³¹ <https://isir.justice.cz/isir/common/index.do>.

³² <https://esm.justice.cz/ias/issm/rejstrik>.

³³ <https://www.justice.cz>.

³⁴ <http://portal.justice.cz>.

³⁵ <https://or.justice.cz/ias/ui/rejstrik> (accessed: 29.04.2023).

according to the current state (*Výpis platných*) and in “full” version, including historical changes (*Úplný výpis*).

It is also possible to download an electronic version (extract in PDF file version)³⁶ regarding the given entity both in the current version and with historical changes.

Public access to the Czech Insolvency Register³⁷ (*Insolvenční rejstřík*) allows to view information about economic entities and individuals free of charge in an online version. In the register there is only information about debtholders, against whom the insolvency procedures were opened after 1.01.2008 and who were not removed from the register according to Article 425 of the Insolvency Act³⁸.

The Czech *Actual Beneficiary Register*³⁹ (*Evidence skutečných majitelů*) allows to search information about economic entities in an online version free of charge. The register provides data regarding the surname, country of residence, year and month of birth and nationality of the actual beneficiary of a legal person, as well as the nature of beneficiary position and size of the beneficial owner's shareholding, if the shareholding determines its status⁴⁰.

The current Czech Actual Beneficiary Register was established by the Act No. 37/2021 on the register of actual beneficiaries (zákonem č. 37/2021 Sb., o evidenci skutečných majitelů, in short: ZESM) and replaced or amended actual beneficiaries register that was in accordance with the Act No. 304/2013. The data entered according to regulations that were binding until 31 May 2021 in the old registers have been transferred to the present records.

Information on the verified entities, both in the insolvency register and in the actual beneficiaries register, can be downloaded in an electronic, free of charge version (extract in the PDF file format)⁴¹.

THE SLOVAK REPUBLIC

The Slovak Commercial Register (*Obchodný register SR*) is managed by the Ministry of Justice (Ministerstvo spravodlivosti SR)⁴². The Commercial Register in Slovak and English version is accessible on the website www.orsr.sk⁴³.

³⁶ Service available on *Stáhnout PDF verzi výpisu*.

³⁷ <https://isir.justice.cz/isir/common/index.do> (accessed: 29.04.2023).

³⁸ Debtors against whom insolvency or arrangement proceedings were initiated before 1.01.2008, can be found in the Insolvency Register available on the website upadci.justice.cz, https://upadci.justice.cz/p_i8.php.

³⁹ <https://esm.justice.cz/ias/issm/rejstrik>.

⁴⁰ <https://esm.justice.cz/ias/issm/napoveda;jsessionid=CS2n+vbJ3yGAm-EARxa9o28y> (accessed: 4.06.2023).

⁴¹ Service available in *Stáhnout PDF verzi výpisu*.

⁴² The Ministry of Justice of the Slovak Republic publishes Commercial Journal (Economic Journal). Online access service is available on obchodnyvestnik.justice.gov.sk. It is also possible to search online entries regarding business entities and to generate a free electronic copy.

⁴³ <https://www.orsr.sk/> (accessed: 24.04.2023).

Access to information from the Slovak register is open to public and is free of charge. Searching for information is possible based on (service *Vyhľadávanie podľa*): name of the entity (*obchodného mena*) and an identification number (*identifikačného čísla*, in short: *IČ*). Additionally, it is possible to search for connections in the business register for a natural person (*priezviska a mena osoby*), who is related to an economic entity due to his/her role (function) in a given unit, where the criterion can be the name or surname. Viewing the information from the online register may include actual data (*Aktuálny*) or full data, that is, including historical data (*Úplný*).

Slovakia also gives an access to the Register of Partners from the Public Sector (*Register partnerov verejného sektora*, in short: RPVS) on the website rpvs.gov.sk⁴⁴. RPVS is managed only in an electronic version and information that can be found there are legally binding, which means that the data released in RPVS is valid for all and there is no need to prove it in front of public authorities, and the public authority has the option to review the data.

RPVS has taken over the management of the register of end users of benefits that was maintained by the Slovak Procurement Office until 31.01.2017. People entered in the register of the end users are considered to be registered in RPVS. However, these people were obliged to verify the identity of end users of benefits according to new regulations by 31.07.2017. Failure to comply with this obligation in a given time resulted in automatic deletion from RPVS, meaning that people who were deleted from the records could not apply for cash or other benefits from the public sector⁴⁵.

BULGARIA

The Bulgarian Register of Business Activity and Register of Non-Profit Organizations (*Търговски регистър и регистър на юридическите лица с нестопанска цел*, in short: *ТРРЮЛНЦ* — translation *TRRJULNC*) is managed by the Registry Agency (*Агенция по вписванията*) under the Ministry of Justice. This Agency provides free of charge and open access to data and parts of the documents via portal of electronic services portal.registryagency.bg⁴⁶.

⁴⁴ A natural person is a public sector partner, an individual (entrepreneur) and a legal entity that receives a financial or property payment from the state, local government and other public sector entities above the limit set by law. Also subject to registration in the RPVS are persons who conclude a contract, framework agreement or concession agreement pursuant to public procurement regulations, service providers, a person to whom a claim against the state or public sector entities has been transferred or otherwise assigned. Registration in the RPVS is voluntary and can also be made by individuals, natural persons (entrepreneurs) and legal entities that are not public sector partners. Register website: <https://rpvs.gov.sk/rpvs/> (accessed: 24.04.2023).

⁴⁵ <https://www.justice.gov.sk/sluzby/register-partnerov-verejneho-sektora/> (accessed: 24.04.2023).

⁴⁶ <https://portal.registryagency.bg/> (accessed: 5.05.2023).

Companies, branches of foreign companies, non-profit legal persons and branches of non-profit legal persons (i.e. non-profit organizations) are subject to registration in the business register and in the register of non-profit organization ТРПЮЛНЦ. The ТРПЮЛНЦ register is maintained in an electronic form and is available to everyone. The access to the database of the Registry Agency is free of charge. The main criterion of searching for an economic entity on the portal⁴⁷ is an identification number (ЕИК, ПИК or БУЛСТАТ, Eng. UIC, PIC, BULSTAT) or the name of the entity (*Фирма/Наименование*).

The Bulgarian National Fiscal Agency (*Национална Агенция за Приходите*, in short: *НАП*) manages taxes and social security contributions, other public and private state receivables and controls gambling activities. On the portal website portal.nra.bg⁴⁸ НАП provides service for checking if the entity was on the list of debtors (legal and natural persons) with overdue public liabilities over 5000 BGN in accordance with Article 182(3)(2) ДОРС. One of the criteria for legal persons is number ЕИК or БУЛСТАТ (Eng. UIC, BULSTAT) and the name of the entity (or part of it). For natural persons a criterion for verification is the following number ЕИК or БУЛСТАТ and name/surname.

The Register of Insolvency, i.e. “Information System for Insolvency Proceedings” (*Информационна система за производство по несъстоятелност*) is managed by Bulgarian Ministry of Justice. An online access is possible via website ispn.mjs.bg⁴⁹ free of charge. One of the criteria to search for an entity in the insolvency register for legal persons is the name of the entity or an identification number ЕИК or БУЛСТАТ.

The Bulgarian tax administration НАП within the scope of free public services makes it possible to check information in the records on:

- online shop registered in the tax office — the search engine allows to browse a public list of e-shops⁵⁰ (e.g. by e-shop name, address or web platform address);

- websites through which gambling is organized — the search engine allows to search the public list of websites⁵¹ — a list of websites through which gambling is organized by persons without a licence according to Gambling Act can be downloaded in PDF file;

- entities conducting currency exchange activities⁵² — a list of the entities can be downloaded in the XLS format.

⁴⁷ <https://portal.registryagency.bg/CR/reports/VerificationPersonOrg> (accessed: 5.05.2023).

⁴⁸ <https://portal.nra.bg/embed/enf-app-list/main.html> (accessed: 5.05.2023).

⁴⁹ <https://ispn.mjs.bg/MJ/ispn.nsf/indexPublic.xsp?page=searchDeb> (accessed: 5.05.2023).

⁵⁰ Search engine available on <https://portal.nra.bg/home.html#/goto:dec2009.REGRE-PESHOP.home>.

⁵¹ Search engine available on <https://nra.bg/wps/portal/nra/registers-i-spisuci/Spisuci/page.Spisuci-na-internet-stranice-chrez-koito-se-organizirat-hazarni-igri>.

⁵² Register available on https://nraapp02.nra.bg/exchreport/faces/officelist.jspx?_afWindowMode=0&_adf.ctrl-state=149je2ed50_4.

Additionally you can also check:

— virtual currency exchangers⁵³ — public register of those who perform virtual currencies exchange which are recognized as unsecure in gold and providers of custodial services, this can be downloaded in XLS format;

— people exempted from the security when purchasing liquid fuels (Article 176c(15) on VAT)⁵⁴.

CONCLUSIONS

Providing access to information from business and commercial registers through the European portal “e-Justice” is an important element in the integration of e-services of administration at the EU level. Unification of the scope of information presented in an open and free form is still a big problem. The main obstacles are internal laws (procedures) of member states. The biggest obstacle to the integration of business information is the withdrawal of public (open) information presentation about beneficiaries by some member states.

It is interesting that post-transformation countries that were presented — The Czech Republic, The Slovak Republic and Bulgaria — present their registration information from their own business registers to a relatively wide extent.

The current solutions presented on the example of the three European countries indicated that it is possible to have better accessibility to information also form tax administration databases. It would contribute — at least partially — to reducing the risk of doing business or starting a business with foreign contractors that could be fake entities or those generating (tax) debts.

BIBLIOGRAPHY

Ćwiąkała-Małys A., Piotrowska I., *Przeciwdziałanie szarej strefie w Polsce. Ewolucja działań i mechanizmów ograniczających*, E-Wydawnictwo. Prawnicza i Ekonomiczna Biblioteka Cyfrowa. Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego, Wrocław 2021, <https://bibliotekacyfrowa.pl/publication/142667> (accessed: 2.06.2023).

Ćwiąkała-Małys A., Piotrowska I., *Rola publicznych baz jawnoźródłowych w procesie weryfikacji kontrahenta a zachowanie należytej staranności*, unpublished, 2023.

Directive of the European Parliament and the Council 2012/17/EU dated 13 June 2012 amending the Council Directive 89/666/EEC and Directives 2005/56/EC and 2009/101/EC of the European Parliament and of the Council on the integration of central, commercial and companies register, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/PDF/?uri=CELEX:32012L0017&from=GA> (accessed: 27.04.2023).

⁵³ Register available on <https://nra.bg/wps/portal/nra/registers-i-spisuci/registers/page.virtualni.valuti>.

⁵⁴ Register available on <https://portal.nra.bg/home.html#/goto:dec2009.REGREP176.home>.

Directive (EU) 2015/849 of the European Parliament and of the Council of 20 May 2015 on the prevention of the use of the financial system for the purposes of money laundering or terrorist financing, amending Regulation (EU) No 648/2012 of the European Parliament and of the Council, and repealing Directive 2005/60/EC of the European Parliament and of the Council and Commission Directive 2006/70/EC, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/?uri=celex%3A32015L0849> (accessed: 3.05.2023).

Directive of the European Parliament and the Council (EU) 2018/843 dated 30 May 2018 amending Directive (EU) 2015/849 on the prevention on the use of financial system for the purpose of money laundering or terrorists financing and amending Directives 2009/138/EC and 2013/36/EU, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/?uri=celex%3A32018L0843> (accessed: 3.05.2023).

Kolejne kraje blokują dostęp do Rejestrów Beneficjentów Rzeczywistych, <https://spolki.blog/zawieszony-dostep-do-rejestrów-beneficjentów-w-ue/> (accessed: 6.06.2023).

Press release No 188/22 22 November 2022, <https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2022-11/cp220188en.pdf> (accessed: 3.06.2023), p. 2.

Metodyka w zakresie oceny dochowania należytej staranności przez nabywców towarów w transakcjach krajowych (wersja zaktualizowana), Ministerstwo Finansów, <https://www.podatki.gov.pl/media/7236/aktualizacja-metodyki-w-zakresie-oceny-dochowania-nalezYTEj-starannosci-przez-nabywców-towarów-w-transakcjach-krajowych.pdf> (accessed: 26.02.2023).

MAŁGORZATA GIEŁDA

ORCID: 0000-0003-1510-2758

Instytut Nauk Administracyjnych

Uniwersytet Wrocławski

JAK SPÓŁDZIELNIA MIESZKANIOWA UNIKA LEGALNEJ LUSTRACJI, CZYLI „ZWIĄZEK REWIZYJNY” W SŁUŻBIE PREZESA SPÓŁDZIELNI MIESZKANIOWEJ

*Spółdzielczość [...] jak każda idea wymaga wspierania, ale także dbałości o to, aby nie uległa zniekształceniu*¹.

Abstrakt: Spółdzielczość mieszkaniowa w Polsce przeżywa kryzys już od dawna. Główne powody tego stanu rzeczy to brak świadomości samych spółdzielców w zakresie społecznego charakteru tej formy działania i zasad nią rządzących oraz merytorycznego ustawodawstwa odpowiadającego na potrzeby członków spółdzielni. Sytuacja ta umożliwia pojawianie się niewłaściwych zachowań i działań, powoduje wiele patologii i daje pole do manipulacji.

Artykuł powstał na podstawie bezpośredniej obserwacji działalności jednej z największych spółdzielni mieszkaniowej we Wrocławiu. W przedstawionej sytuacji prawo oraz niska świadomość społeczna członków spółdzielni i mieszkańców jej zasobów doprowadziły do układu, w którym prezes spółdzielni mieszkaniowej kontrolował samego siebie za pośrednictwem innej spółdzielni, która tylko z nazwy była związkiem rewizyjnym.

Słowa kluczowe: spółdzielnia mieszkaniowa, spółdzielczość, lustracja, nadzór, kontrola, patologia

WPROWADZENIE

Spółdzielczość jest wspaniałą ideą, która realizowana zgodnie z założeniami daje wiele dobrego ludziom wokół niej zorganizowanym. Poprowadzona zgodnie z zasadami łączy i integruje, ułatwia życie, pomaga spółdzielcom podnieść ich dobrostan i rozwija ich świadomość. Niestety wypaczenie i deformacja spółdzielczości, brak rzetelnej i właściwej regulacji prawnej ustawodawcy ugruntowały

¹ Krajowa Rada Spółdzielcza (dalej: KRS), <https://krs.org.pl/prawo/stanowiska-krajowej-rady-spodzielczej?view=category&id=3&start=10> (dostęp: 15.11.2023).

negatywne zachowania i stereotypy. Najsilniej wypaczenia ruchu spółdzielczego dały o osobie znać w czasach PRL-u, a większość z nich do dzisiaj nie została naprawiona². Uprawnione wydaje się nawet stwierdzenie, że degradacja spółdzielczości w Polsce cały czas narasta, głównie w wyniku braku właściwego ustawodawstwa³, edukacji oraz niskiego stopnia świadomości samych spółdzielców. W efekcie spółdzielnie mieszkaniowe bardzo często obracają się przeciwko swoim członkom, na rzecz których przecież mają działać. Ten stan rzeczy tworzy przestrzeń dla poważnych nadużyć, manipulacji oraz wykorzystywania majątku spółdzielczego do realizacji własnych interesów. W takich układach najczęściej prym wiodą zarządy spółdzielni mieszkaniowych⁴ oraz zmanipulowani przez nie spółdzielcy. Często są to wręcz członkowie rad nadzorczych, którzy zamiast działać na rzecz swoich wyborców, działają na rzecz osób sprawujących funkcje w zarządzie, umacniając tylko wynaturzenia.

Poprawie sytuacji nie służy także upolitycznienie tematu spółdzielczości mieszkaniowej. Wykorzystywanie od lat zagadnienia poprawy losu spółdzielców przez wprowadzenie odpowiednich i prospółdzielczych regulacji prawnych pozostaje tylko hasłem wyborczym polityków. Skutkiem tego stanu rzeczy jest narastająca bezsilność spółdzielców oraz bezkarność i pogłębianie patologii w spółdzielniach mieszkaniowych.

Artykuł powstał w wyniku badań naukowych prowadzonych od 2019 roku w jednej z największych spółdzielni mieszkaniowych we Wrocławiu⁵. Podstawowymi metodami badawczymi, na których oparto badania, są obserwacja uczestnicząca, analiza dokumentów i norm prawnych oraz wywiad. Dodatkowo poglądy poszczególnych grup mających wpływ na działalność i zarządzanie spółdzielnią

² W tym zakresie por. A. Peisert, *Spółdzielnie mieszkaniowe: pomiędzy wspólnotą obywatelską a alienacją*, Warszawa 2009, s. 90, 120 i n., W. Czternasty, *Współczesny obraz spółdzielczości w Polsce — determinanty jego powstania oraz zmian*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego w Poznaniu” 2011, nr 173, s. 42–43. Z. Chyra-Rolicz, *Rozważania o istocie własności i właścicielach spółdzielni w procesie transformacji polskiej spółdzielczości*, „Nierówności Społeczne a Wzrost Gospodarczy” 2019, nr 59(3), s. 111–112.

³ H. Cioch, *Prawo spółdzielcze*, Warszawa 2011, s. 20–28.

⁴ Artykuł 3 u.p.s. stanowi, że majątek spółdzielni jest prywatną własnością jej członków. „Jednakże prezesi spółdzielni, którzy są tylko pracownikami zatrudnionymi do administrowania majątkiem spółdzielców, w wielu przypadkach traktują spółdzielnie jak prywatne folwarki, zniewalając właścicieli. Niestety także wymiar sprawiedliwości, w tym organa ścigania, często umarzają śledztwa bądź odmawiają wszczęcia postępowań w sprawach wnoszonych przez krzywdzonych spółdzielców przeciwko władzom spółdzielczym”, Z. Kozak, Warszawa, dnia 16 grudnia 2008 roku. Interpelacja nr 7119 do prezesa Rady Ministrów w sprawie nieprawidłowości w działaniach zarządów spółdzielni mieszkaniowych oraz umarzanych przez wymiar sprawiedliwości postępowań prowadzonych w tym zakresie, <https://orka2.sejm.gov.pl/IZ6.nsf/main/351A873E> (dostęp: 15.11.2023). T. Misiak, *Stenogram z 34 posiedzenia Senatu RP*, <http://ww2.senat.pl/k6/dok/sten/034/12.HTM> (dostęp: 15.11.2023).

⁵ Badana spółdzielnia ma około 7000 członków. Jej zasoby są rozmieszczone głównie w dzielnicy Śródmieście (około 1000 członków) oraz w dzielnicy Gądów (około 6000 członków).

były — i są nadal! — poddawane konfrontacji, zwłaszcza podczas walnych zgromadzeń i posiedzeń rady nadzorczej spółdzielni oraz zebraniach rad nieruchomości i sąsiedzkich. Daje to cenne wyniki, bowiem umożliwia spojrzenie na wiele zjawisk i procesów z różnych punktów widzenia, przede wszystkim: członków spółdzielni, zarządu, członków rady nadzorczej, pracowników administracyjnych i pracowników technicznych, a także mieszkańców zasobów spółdzielni formalnie w niej niezrzeszonych, ale będących uczestnikami jej działań. Prowadzone badania są wielowątkowe i dotyczą zarówno szerokiego zakresu funkcjonowania spółdzielni mieszkaniowej, jak i poszczególnych sytuacji lub procedur. Ten artykuł ma na celu pokazanie jednego z mechanizmów manipulacji zastosowanego przez władze spółdzielni mieszkaniowej wobec jej członków w zakresie zrzeszenia spółdzielni w związku rewizyjnym oraz kontroli sprawowanej poprzez lustrację.

NADZÓR I KONTROLA W SPÓŁDZIELNI MIESZKANIOWEJ

Podstawowe tło dla dalszych rozważań stanowią przepisy prawa powszechnie obowiązującego odnoszące się do kontroli i nadzoru realizowanych w spółdzielniach mieszkaniowych. Zgodnie z art. 1 ust. 7 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 roku o spółdzielniach mieszkaniowych (dalej: u.s.m.)⁶ w zakresie nieuregulowanym w ustawie do spółdzielni mieszkaniowych stosuje się przepisy ustawy z dnia 16 września 1982 roku. Prawo spółdzielcze (dalej: u.p.s.)⁷. Z art. 44 u.p.s. wynika wprost, że kontrolę i nadzór nad działalnością każdej spółdzielni sprawuje rada nadzorcza, obligatoryjny zakres jej działania wyznacza zaś art. 46 § 1 u.p.s., ponadto ustawodawca dał możliwość przekazania do wyłącznej kompetencji rady nadzorczej w spółdzielni także inne uprawnienia (art. 46 § 2 u.p.s.), które muszą zostać w takiej sytuacji określone w statucie spółdzielni.

W statucie spółdzielni można również przekazać do wyłącznej właściwości walnego zgromadzenia podejmowanie uchwał we wszystkich lub niektórych sprawach wymienionych w art. 46 § 1 pkt 1, 3 i 5 u.p.s. Wówczas statut może przyjąć dla rady nazwę komisji rewizyjnej. Sama rada nadzorcza może także powołać komisję rewizyjną, która będzie usprawniać jej prace związane z nadzorem i kontrolą głównie w odniesieniu do działalności gospodarczej i finansowo-księgowej spółdzielni. W badanej spółdzielni mieszkaniowej taka komisja została powołana przez radę nadzorczą, która funkcjonuje w standardowym trybie art. 46 § 1 u.p.s.

Kontrolę nad działalnością spółdzielni mieszkaniowej sprawują także jej członkowie, zwłaszcza przez najważniejszy organ w spółdzielni — walne zgromadzenie, które odbywa się obligatoryjnie co najmniej raz w roku. Na wniosek

⁶ T.j. Dz. U. z 2023 r., poz. 438 z późn. zm.

⁷ T.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 648 z późn. zm.

uprawnionych podmiotów może natomiast zostać także zwołane fakultatywnie⁸. Podczas zgromadzenia członkowie spółdzielni mieszkaniowej przez głosowania nad uchwałami w sposób bezpośredni mogą dać wyraz swojemu zadowoleniu z jej działalności. Ważnym elementem tej kontroli jest możliwość wnoszenia przez członków spółdzielni w trybie przewidzianym prawem uchwał pod głosowanie zgromadzenia, które zarząd jest zobowiązany przygotować pod względem formalnym i umieścić w porządku obrad (art. 8(3) ust. 10 i 13 u.s.m.). W szczególnych przypadkach możliwe jest wniesienie uchwały w trakcie odbywającego się już zgromadzenia⁹.

Za „zorganizowaną formę kontroli działalności spółdzielni przez jej członków”¹⁰ należy uznać także lustrację, która jest obligatoryjnym elementem i jednocześnie instrumentem kontroli, uregulowanym w dziale VIII u.p.s. Na podstawie obowiązującego prawa KRS „wraz ze Związkami Rewizyjnymi, poprzez system lustracji stoi na straży przestrzegania zarówno prawa, jak i zasad i wartości spółdzielczych”¹¹. Lustracji dokonuje związek rewizyjny, w którym dana spółdzielnia mieszkaniowa jest zrzeszona, lub KRS. Analizowana spółdzielnia mieszkaniowa była zrzeszona w związku rewizyjnym pod nazwą Krajowy Związek Rewizyjny Spółdzielczości we Wrocławiu (dalej: KZRS) który, co zostanie dalej przedstawione, okazał się związkiem rewizyjnym tylko z nazwy, a faktycznie jest zarejestrowany w sądzie rejestrowym jako spółdzielnia¹².

STATUS KRAJOWEGO ZWIĄZKU REWIZYJNEGO SPÓŁDZIELCZOŚCI WE WROCŁAWIU

W dalszej części artykułu analizie zostanie poddany status KZRS. Wykaże ona, że przedmiotowa organizacja nie jest związkiem rewizyjnym, tylko spółdzielnią. Tłem dla tych rozważań będzie także przedstawienie sytuacji, która umożliwiła członkom badanej spółdzielni zdobycie wiedzy na temat faktycznej pozycji KZRS. W tym zakresie zostaną przedstawione wybrane zagadnienia związane ze zwołaniem walnego zgromadzenia oraz obowiązek poddania się lustracji przez spółdzielnię mieszkaniową.

⁸ Zagadnienia związane ze zwołaniem walnego zgromadzenia w trybie zwykłym i nadzwyczajnym zostaną przedstawione w dalszej części artykułu.

⁹ Bardzo dobrym przykładem w tym zakresie jest prawo członka spółdzielni mieszkaniowej do wniesienia uchwały podczas walnego zgromadzenia o odwołanie członka zarządu, który nie uzyskał absolutorium w trakcie tego zgromadzenia (art. 49 § 4 u.p.s.).

¹⁰ Krajowa Rada Spółdzielcza, https://www.krs.org.pl/index.php?option=com_content&view=article&id=108&Itemid=82 (dostęp: 15.11.2023).

¹¹ *Ibidem*.

¹² Por. <https://wyszukiwarka-krs.ms.gov.pl/dane-szczegolowe-podmiotu;numerKRS=JmWuLe8KDldqxNVWmOKECw%3D%3D;typ=P> (dostęp: 15.11.2023).

Obowiązek, o którym już wspomniano, wynika z art. 91 u.p.s. Zgodnie z nim każda spółdzielnia zobowiązana jest przynajmniej raz na trzy lata poddać się lustracyjnemu badaniu legalności, gospodarności i rzetelności całości swojego działania¹³. Lustrację przeprowadzają właściwe związki rewizyjne, w których dana spółdzielnia jest zrzeszona. Spółdzielnie niezrzeszone zlecają odpłatne przeprowadzenie lustracji wybranemu związkowi rewizyjnemu lub KRS (91 § 3 u.p.s.). Lustracja obejmuje swoim zakresem okres od dnia przeprowadzenia poprzedniej lustracji (art. 91 § 1 u.p.s.). Jeżeli spółdzielnia mieszkaniowa nie podda się badaniu lustracyjnemu przewidzianemu w ustawie, wówczas związek rewizyjny, w którym jest zrzeszona, lub KRS przeprowadza z własnej inicjatywy badanie lustracyjne działalności spółdzielni na jej koszt (art. 91 § 1(2) u.p.s.). Fakultatywnie spółdzielnia może wystąpić w każdym czasie o przeprowadzenie lustracji całości lub części jej działalności albo tylko określonych zagadnień. Lustracja może być także przeprowadzona na żądanie walnego zgromadzenia, rady nadzorczej lub jednej piątej członków spółdzielni (art. 91 § 2 u.p.s.).

Celem lustracji jest sprawdzenie przestrzegania przez spółdzielnię przepisów prawa i postanowień statutu; zbadanie przestrzegania przez spółdzielnię prowadzenia przez nią działalności w interesie ogółu członków; kontrola gospodarności, celowości i rzetelności realizacji przez spółdzielnię jej celów ekonomicznych, społecznych oraz kulturalnych; wskazywanie członkom na nieprawidłowości w działalności organów spółdzielni; udzielanie organizacyjnej i instruktażowej pomocy w usuwaniu stwierdzonych nieprawidłowości oraz usprawnieniu działalności spółdzielni (art. 91 § 2(1) u.p.s.).

Słusznie zauważa KRS, że lustracja spółdzielcza, jako zorganizowana forma kontroli działalności spółdzielni, działa w imieniu i na rzecz interesów jej członków, dlatego powinna być traktowana jako „bardzo ważne i odpowiedzialne zadanie”¹⁴. Jej „prawidłowa realizacja w dużym stopniu decyduje o postrzeganiu spółdzielni zarówno przez jej członków, jak i otoczenie zewnętrzne. Ma znaczący wpływ na wizerunek spółdzielni w opinii społecznej”¹⁵.

Omawiana spółdzielnia mieszkaniowa przystąpiła do KZRS jako związku rewizyjnego pod koniec 2018 roku. Działania zarządu w tym zakresie już od samego początku budziły wątpliwości, walne zgromadzenie nigdy bowiem nie wyraziło zgody w formie uchwały na przystąpienie do żadnego związku rewizyjnego, a taki obowiązek wynika wprost z art. 38 § 1 ust. 1 i 11 u.p.s. Jedyna uchwała, jaka została podjęta przez walne zgromadzenia w zakresie ewentualnego przystąpienia do związku rewizyjnego, dotyczyła upoważnienia zarządu spółdzielni mieszkaniowej

¹³ Wyjątkiem od tej reguły jest coroczne przeprowadzanie lustracji w sytuacji, kiedy spółdzielnia pozostaje w okresie likwidacji oraz w spółdzielniach mieszkaniowych w okresie budowania przez nie budynków mieszkalnych i rozliczania kosztów budowy tych budynków (art. 91 § 1(1) u.p.s.).

¹⁴ KRS, <https://krs.org.pl/lustracja-spodzielni-2> (dostęp: 15.11.2023).

¹⁵ *Ibidem*.

do podjęcia działań zmierzających do założenia związku rewizyjnego¹⁶. Stanowiła ona więc wprost nie o samym akcie przystąpienia do związku rewizyjnego, ale rozpatrzeniu możliwości w tym zakresie, zbadaniu sytuacji oraz zebraniu i przekazaniu informacji członkom spółdzielni, którzy dopiero na tej podstawie mieli wyrazić ewentualną zgodę na przystąpienie do związku rewizyjnego. Mimo wszystko zarząd przystąpił na podstawie tej uchwały do KZRS, a rada nadzorcza nie doszukała się w tym działaniu żadnej sprzeczności z prawem i wolą członków spółdzielni.

Co więcej, rada nadzorcza zobowiązana ustawowo do kontroli i nadzoru spółdzielni, w tym także działań zarządu, nie skontrolowała statusu KZRS. Gdyby dokonała tego, prawdopodobnie odkryłaby, że spółdzielnia mieszkaniowa przystępuje jako członek-założyciel do innej spółdzielni, która tylko z nazwy jest związkiem rewizyjnym. Potwierdza to rejestr przedsiębiorców, w którym KZRS został umiejscowiony w rejestrze przedsiębiorców, a nie — „Stowarzyszenia, inne organizacje społeczne i zawodowe, fundacje, ZOZ”, zaś zgodnie z art. 240 § 4 u.p.s. związek rewizyjny nabywa osobowość prawną z chwilą wpisania do Krajowego Rejestru Sądowego, oczywiście w odpowiednim rejestrze. Jeżeli zatem KZRS nie został wpisany do właściwego dla związków rewizyjnych rejestru, to w myśl przywołanego przepisu nie istnieje i nie ma możliwości sprawowania uprawnień takiego związku w stosunku do żadnej spółdzielni mieszkaniowej. Nie budzi bowiem wątpliwości także fakt, że „związek rewizyjny spółdzielni nie jest spółdzielnią, tylko działa na podstawie ustawy — Prawo spółdzielcze oraz statutu”¹⁷ (art. 240 § 4 u.p.s.). Statusu KZRS jako związku rewizyjnego nie potwierdza także rejestr związków rewizyjnych prowadzony przez KRS¹⁸.

Trzecim elementem, który powinien wzbudzić w radzie nadzorczej duże wątpliwości, zwłaszcza natury etycznej, był udział w organach KZRS prezesa i głównej księgowej poddanej oglądowi spółdzielni mieszkaniowej. Szczególnie pozycja prezesa spółdzielni mieszkaniowej jako przewodniczącego rady nadzorczej KZRS jest bardzo dwuznaczna.

W omawianej sytuacji należy stwierdzić, że co najmniej w sposób pośredni lustratorem był sam prezes zarządu badanej spółdzielni. Jako przewodniczący rady nadzorczej KZRS miał władzę służbową i organizacyjną nad prezesem związku, który osobiście dokonywał badań lustracyjnych w przedmiotowej spółdzielni

¹⁶ Uchwała nr 8/2018 Walnego Zgromadzenia Spółdzielni Mieszkaniowej we Wrocławiu z dnia 30 maja 2018 roku w sprawie: upoważnienia zarządu spółdzielni mieszkaniowej do podjęcia działań zmierzających do założenia związku rewizyjnego, archiwum własne.

¹⁷ Wyjaśnienie ministra sprawiedliwości przekazane w związku z oświadczeniem senatora Andrzeja Anulewicza złożonym na 46 posiedzeniu Senatu (Diariusz Senatu RP nr 48), <http://ww2.senat.pl/k5/dok/sten/oswiad/anulewic/4601o.htm> (dostęp: 15.11.2023).

¹⁸ Artykuł 241 u.p.s. stanowi bezpośrednio, że KRS prowadzi rejestr związków rewizyjnych. W spisie podanym na oficjalnej stronie Rady nie ma wpisanego KZRS, <https://krs.org.pl/krajowe-zwiazki> (dostęp: 15.11.2023).

mieszkańcowej. Każdorazowo KZRS wyznaczał swojego prezesa na lustratora¹⁹. Oznacza to, że lustrator podlegał przewodniczącemu rady nadzorczej KZRS, który jednocześnie pełnił funkcję prezesa lustrowanej spółdzielni mieszkaniowej, a zgodnie z prawem taka zależność jest niedopuszczalna, ponieważ lustrator nie może podlegać członkowi zarządu badanej spółdzielni mieszkaniowej (art. 91 § 4(1) ostatnie zdanie u.p.s.)²⁰.

W takich warunkach przez kolejne lata KZRS dokonywała lustracji w omawianej spółdzielni mieszkaniowej, która także płaciła KZRS składki członkowskie. Lustracja została przeprowadzona za lata 2018–2020, a jej koszty ponieśli członkowie spółdzielni mieszkaniowej.

Ustawowy obowiązek zwołania walnego zgromadzenia spoczywa na zarządzie spółdzielni mieszkaniowej. Raz w roku w ciągu sześciu miesięcy po upływie roku obrachunkowego (art. 39 § 1 u.p.s., art. 8(3) ust. 2 u.s.m.) zarząd zobowiązany jest do tego działania. Oznacza to, że jeżeli rok obrachunkowy jest taki sam jak rok kalendarzowy, to walne zgromadzenia musi odbyć się najpóźniej ostatniego dnia czerwca następnego roku.

W celu ochrony interesów członków spółdzielni ustawodawca przewidział także możliwość zwołania walnego zgromadzenia w innych terminach przez radę nadzorczą lub przynajmniej jedną dziesiątą (nie mniej jednak niż trzech) członków spółdzielni, jeżeli uprawnienia tego nie zastrzeżono w statucie dla większej liczby członków (art. 39 § 2 u.p.s., art. 8(3) ust. 2 u.s.m.). Ta fakultatywna forma walnego zgromadzenia w literaturze przedmiotu często określana jest jako nadzwyczajne walne zgromadzenie²¹ i w przypadku spółdzielni mieszkaniowych musi zostać zwołana w takim terminie, aby mogło się ono odbyć w ciągu czterech tygodni od dnia wniesienia żądania. Jeżeli to nie nastąpi, zgromadzenie zwołuje rada nadzorcza, związek rewizyjny, w którym spółdzielnia jest zrzeszona, lub KRS, na koszt spółdzielni (art. 39 § 5 u.p.s., art. 8(3) ust. 5 u.s.m.).

W marcu 2023 roku z inicjatywy osób odsuniętych od sprawowania funkcji w organach badanej spółdzielni mieszkaniowej zebrano ponad 1000 podpisów pod wnioskiem o zwołanie nadzwyczajnego walnego zgromadzenia, co miało stanowić

¹⁹ Lustratora wyznacza związek rewizyjny, w którym spółdzielnia jest zrzeszona, lub KRS. Obowiązki lustratora może pełnić osoba, która uzyskała uprawnienia lustracyjne wydane przez KRS. Kryteria kwalifikacyjne lustratorów oraz tryb przeprowadzania lustracji określa Krajowa Rada Spółdzielcza (art. 91 § 4 u.p.s.).

²⁰ Prawo stanowi wprost, że w przypadku badania lustracyjnego spółdzielni mieszkaniowych lustratorem nie może być osoba będąca członkiem zarządu jakiegokolwiek spółdzielni mieszkaniowej, prokurentem, likwidatorem, a także zatrudniony lub świadczący usługi na rzecz jakiegokolwiek spółdzielni mieszkaniowej główny księgowy, radca prawny lub adwokat. Zakaz ten stosuje się także do innych osób, o ile podlegają członkowi zarządu, likwidatorowi lub głównemu księgowemu (art. 91 § 4(1) u.p.s.).

²¹ A. Stefaniak, *Prawo spółdzielcze. Ustawa o spółdzielniach mieszkaniowych. Komentarz*, Warszawa 2018, s. 111 i n., H. Cioch, *Prawo spółdzielcze*, s. 105. W praktyce ten termin jest także często używany, głównie przez samych spółdzielców lub organy spółdzielni.

ponad 10% członków spółdzielni. Wniosek wraz z podaniem celu jego zwołania wymaganym przez prawo (art. 8(3) ust. 4 u.s.m.) złożono w siedzibie spółdzielni. Nadzwyczajne walne zgromadzenie zgodnie z uzasadnieniem wnioskodawców miało dotyczyć odwołania znacznej części nowych członków rady nadzorczej. Zarząd spółdzielni powołał komisję do sprawdzenia wniosku oraz podpisów pod nim zebranych. Wyniki tylko częściowej weryfikacji dały zarządowi spółdzielni podstawę do podjęcia uchwały o niezwoływaniu nadzwyczajnego walnego zgromadzenia²². W uzasadnieniu zarząd podniósł, że już po częściowej analizie wniosku uznano, że co najmniej 310 podpisów jest nieważnych, ponieważ:

- 148 imion i nazwisk należy do osób niebędących członkami spółdzielni,
- przy imionach i nazwiskach dwóch osób brakowało podpisów,
- 15 podpisów było zdublowanych,
- karty nr 61 i 65 zawierały pozycje skreślone w liczbie trzech,
- przy 142 imionach i nazwiskach znajdowały się parafy, które nie są stale używanym sposobem podpisu i nie można ich zweryfikować.

Ten stan rzeczy dał podstawę do postawienia wniosku, że nawet częściowa weryfikacja daje pewność, że wniosek nie został poparty przez jedną dziesiątą ogólnej liczby członków spółdzielni mieszkaniowej, i tym samym nie spełnia wymogów formalno-prawnych oraz nie wywołuje skutków prawnych. W uchwale podniesiono także, że po zakończeniu całej analizy wniosku o zwołanie nadzwyczajnego walnego zgromadzenia może okazać się, że nieważnych podpisów jest więcej. Ponadto komisja miała wątpliwości w zakresie autentyczności niektórych podpisów. W związku z podejrzeniami i wątpliwościami zarząd spółdzielni podjął decyzję o złożeniu do prokuratury zawiadomienia o możliwości popełnienia przestępstwa oszustwa (art. 286 u.k.k.)²³ i przestępstwa przeciwko wiarygodności dokumentów, czyli fałszerstwa (art. 270 § 1 i 2 k.k.).

Z wynikami pracy komisji i podjętą na jej podstawie uchwałą przez zarząd spółdzielni nie zgodzili się wnioskodawcy i na podstawie art. 39 § 2 u.p.s. oraz art. 8(3) ust. 3 u.s.m. wystąpili do rady nadzorczej o zwołanie nadzwyczajnego walnego zgromadzenia. Rada nadzorcza, kierując się wynikami pracy komisji, odmówiła podjęcia uchwały o zwołaniu zgromadzenia, dzieląc tym samym zdanie zarządu. W tym samym czasie wnioskodawcy zwrócili się także do KRS o jej stanowisko w zakresie warunków zwołania nadzwyczajnego walnego zgromadzenia²⁴. Odpowiedź KRS ugruntowała stanowisko zarządu i rady nadzorczej²⁵. W tej sytuacji wnioskodawcy, na podstawie art. 38 § 5 u.p.s. i art. 8(3)

²² Uchwała nr 1/6/2023 Zarządu Spółdzielni Mieszkaniowej z dnia 15 marca 2023 roku, archiwum własne.

²³ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 roku, Kodeks karny, t.j. Dz. U. z 2022 r., poz. 1138 z późn. zm. (dalej: u.k.k.).

²⁴ Wnioskodawcy zarzucali zarządowi i radzie nadzorczej między innymi sposób weryfikacji podpisów przez ich porównanie z rejestrem członków spółdzielni.

²⁵ Odpowiedź KRS z dnia 20 marca 2023 roku, nr SP/87/2023/PN, archiwum własne.

ust. 5 u.s.m., postanowili zwołać walne zgromadzenie za pośrednictwem KZRS jako związku rewizyjnego, w którym spółdzielnia była zrzeszona. KZRS podjął w tym zakresie działania, zwołując nadzwyczajne walne zgromadzenie w dniach 19, 20 i 21 maja 2023 roku²⁶.

Ta sytuacja spowodowała rzetelny ogląd i analizę zarówno sposobu przystąpienia do KZRS, jak i jego statusu prawnego przez zarząd, radę nadzorczą i radcę prawnego spółdzielni, a także społecznie przez niektórych spółdzielców. W wyniku tych prac ustalono następujące fakty, które były już sygnalizowane wcześniej:

— KZRS nie jest związkiem rewizyjnym, tylko spółdzielnią, i tak został wpisany do sądowego rejestru przedsiębiorców²⁷ na wniosek założycieli,

— w rejestrze związków rewizyjnych prowadzonym przez KRS nigdzie nie widnieje wpis KZRS,

— przewodniczącym rady nadzorczej KZRS jest prezes badanej spółdzielni mieszkaniowej, a lustratorem — zależny od niego prezes tego związku,

— KZRS na lustratora w badanej spółdzielni wyznaczał swojego prezesa, który organizacyjnie jest zależny od rady nadzorczej, w tym od jej przewodniczącego, który jednocześnie pełnił funkcję prezesa zarządu badanej spółdzielni,

— walne zgromadzenie nigdy nie podjęło uchwały o zrzeszeniu w jakimkolwiek związku rewizyjnymi,

— walne zgromadzenie nigdy nie podjęło uchwały o przestąpieniu do KZRS, czyli spółdzielni, lub utworzeniu takiego podmiotu (zostaniu jej członkiem-założycielem).

Z powodu prowadzenia dalszych działań przez KZRS zmierzających do zwołania nadzwyczajnego walnego zgromadzenia oraz mając na uwadze przytoczone ustalenia, zarząd wystąpił do sądu z powództwem o ustalenie nieistnienia stosunku prawnego pomiędzy KZRS a badaną spółdzielnią mieszkaniową²⁸. Pozew dotyczył ustalenia przede wszystkim dwóch kwestii. Po pierwsze, zwrócono się do sądu o ustalenie, że spółdzielnia KZRS we Wrocławiu nie wykonuje uprawnień związku rewizyjnego wobec badanej spółdzielni mieszkaniowej, o których mowa w ustawie o spółdzielniach mieszkaniowych, a które powstają w przypadku zrzeszenia się spółdzielni mieszkaniowej w związku rewizyjnym. Po drugie, na podstawie art. 730 § 1 k.p.c.²⁹ w związku z art. 730(1) § 1 i 2 k.p.c. wystąpiono o zabezpieczenie toku postępowania przez zakazanie spółdzielni KZRS wykonywania uprawnień związku rewizyjnego w stosunku do badanej spółdzielni mieszkaniowej do momentu, aż sąd nie zakończy postępowania w zakresie

²⁶ Zgodnie z prawem w badanej spółdzielni jej walne zgromadzenie odbywa się w trzech częściach. Możliwość taka wynika z art. 8(3) ust. 1 u.s.m.

²⁷ Związek rewizyjny powinien być wpisany do rejestru o nazwie: „Stowarzyszenia, inne organizacje społeczne i zawodowe, fundacje, ZOZ”.

²⁸ Pozew z dnia 9 maja 2023 roku, złożony w sądzie w dniu 10 maja 2023 roku.

²⁹ Ustawa z dnia 17 listopada 1964 roku, t.j. Dz. U. z 2023 r., poz. 1550 z późn. zm. (dalej: k.p.c.).

ustalenia statusu KZRS. W dniu 16 maja 2023 roku sąd okręgowy we Wrocławiu, dzieląc wątpliwości i argumenty powoda, bez uzasadnienia (art. 357 § 6 k.p.c.) wydał postanowienie udzielające zabezpieczenie poprzez zakazanie pozwanemu wykonywania uprawnień związku rewizyjnego w stosunku do badanej spółdzielni mieszkaniowej³⁰. O tym fakcie zarząd spółdzielni mieszkaniowej poinformował władze KZRS pismem z dnia 18 maja 2023 roku³¹. KZRS nie zaprzestał jednak swoich działań względem badanej spółdzielni mieszkaniowej i doprowadził do zwołania walnego zgromadzenia, które nie zostało uznane przez znaczną część spółdzielców oraz władze badanej spółdzielni mieszkaniowej³². Natomiast na walnym zgromadzeniu w czerwcu 2023 roku zorganizowanym planowo przez zarząd spółdzielni mieszkaniowej jej członkowie podjęli uchwałę o wystąpieniu z tego związku rewizyjnego, a właściwie — spółdzielni. Uchwała w tej sprawie była inicjatywą członków spółdzielni.

PODSUMOWANIE

Przytoczona analiza sytuacji faktycznej jest dobrym przykładem konieczności rzetelnej i merytorycznej ingerencji ustawodawcy w zakresie prawa spółdzielczego, zwłaszcza w stosunku do spółdzielni mieszkaniowych. Wykorzystanie luk prawnych i doprowadzenie przez zarząd i radę badanej spółdzielni mieszkaniowej do irracjonalnej sytuacji wynikają w dużej części właśnie z braku odpowiednich regulacji prawnych. Drugim elementem, również bardzo ważnym, jest czynnik społeczny w spółdzielniach. Dotyczy to przede wszystkim spółdzielni mieszkaniowych, zwłaszcza tych, które mają bardzo wielu członków. W dużych spółdzielniach (badana spółdzielnia mieszkaniowa ma ponad 7000 członków) mieszkańcy jej zasobów często nawet nie wiedzą, czy są członkami spółdzielni. Nie mają też świadomości, że w ogóle ich mieszkania lub domy są częścią zasobów spółdzielni i czym taka organizacja jest. W mniemaniu wielu osób spółdzielnia mieszkaniowa to jakaś firma, wspólnota czy enigmatyczna administracja zarządzająca nieruchomością, w której mieszkają.

W omawianej sytuacji prawo i świadomość społeczna członków spółdzielni i mieszkańców jej zasobów doprowadziły do kuriozalnego układu, w którym prezes spółdzielni mieszkaniowej kontrolował samego siebie za pośrednictwem innej spółdzielni, którą nazywał związkiem rewizyjnym. KZRS, wyznaczając każdorazowo lustratora w osobie swojego prezesa, powodował, że ten kontrolował

³⁰ Sygn. akt XII C 655/23, archiwum własne.

³¹ Archiwum własne.

³² Uchwała nr 31/2023 Rady Nadzorczej Spółdzielni Mieszkaniowej we Wrocławiu z dnia 6 czerwca 2023 roku w sprawie organizacji i przeprowadzenia nielegalnego „Walnego Zgromadzenia” w dniach 19, 20, 21 maja oraz Oświadczenie Zarządu Spółdzielni Mieszkaniowej we Wrocławiu z dnia 8 czerwca 2023 roku, archiwum własne.

przewodniczącego swojej rady nadzorczej, który w badanej spółdzielni mieszkaniowej pełnił równocześnie funkcję prezesa zarządu. Dodatkowo członkowie spółdzielni byli przekonani, mimo braku uchwały walnego zgromadzenia, że przystąpili do faktycznego związku rewizyjnego, który działał na ich rzecz. Organizacja ta okazała się jednak spółdzielnią, zaś związkiem rewizyjnym była tylko z nazwy.

W takim kontekście powinna zadziałać instytucja nadzoru i kontroli sprawowana przez rady nadzorcze działające do września 2022 roku w badanej spółdzielni. Niestety nie wykonały one ciężącego na jej członkach obligatoryjnego i ustawowego obowiązku. W zaistniałym stanie rzeczy wszystkie lustracje przeprowadzone przez KZRS w analizowanej spółdzielni mieszkaniowej są nieważne, ponieważ przeprowadził je podmiot do tego nieuprawniony. Oznacza to, że badana spółdzielnia będzie musiała przeprowadzić kolejny raz lustracje oraz wystąpić do KZRS o zwrot pobieranej składki członkowskiej oraz zapłaty za wykonane lustracje. Dodatkowo należy podnieść, że zaufanie spółdzielców do ich spółdzielni mieszkaniowej ponownie zmalało³³.

Wieloletnie zaniedbania przez ustawodawcę prawa dotyczącego spółdzielni mieszkaniowych daje w imieniu państwa przyzwolenie na pogłębianie deformacji w tym zakresie oraz znacznie podnosi brak zaufania do państwa i jego organów. Uzupełnieniem tego stanu rzeczy jest brak świadomości samych spółdzielców o ich prawach oraz możliwościach i społecznym charakterze spółdzielczości. W takiej sytuacji w ramach postulatu kierowanego do ustawodawcy o zmiany w prawie spółdzielczym trzeba także rozważyć zmiany w zakresie nadzoru i kontroli nad ich działalnością, w tym także kontroli państwowej. Ponadto niezbędna jest szeroka edukacja na temat spółdzielczości. Warto rozważyć wprowadzenie obligatoryjnego nakazu dla spółdzielni mieszkaniowych, które na podstawie ustawy decydują się na realizację działalności społeczno-kulturalnej, do prowadzenia w jej ramach edukacji z zakresu spółdzielczości i jej odmiennego od innych podmiotów gospodarczych charakteru społecznego.

HOW A HOUSING COOPERATIVE AVOIDS LEGAL SCRUTINY, OR THE “REVISION ASSOCIATION” SERVING THE PRESIDENT OF THE HOUSING COOPERATIVE

Summary

Housing cooperatives in Poland have been experiencing a long-standing crisis. The main reasons for this situation include the lack of awareness among cooperative members regarding the social nature of this form of organization and the principles governing it, as well as the absence of substantive legislation addressing the needs of cooperative members. This situation allows for

³³ Spółdzielcy wyrazili brak zaufania do władz spółdzielni na walnym zgromadzeniu w 2022 roku, na którym nie powołali na drugą kadencję członków rady nadzorczej oraz odwołali zarząd.

inappropriate behaviors and actions, leading to various pathologies and providing a space for manipulation.

Keywords: housing cooperative, cooperativism, scrutiny, supervision, control, pathology

BIBLIOGRAFIA

- Chyra-Rolicz Z., *Rozważania o istocie własności i właścicielach spółdzielni w procesie transformacji polskiej spółdzielczości*, „Nierówności Społeczne a Wzrost Gospodarczy” 2019, nr 59(3).
- Cioch H., *Prawo spółdzielcze*, Warszawa 2011.
- Czternasty W., *Współczesny obraz spółdzielczości w Polsce — determinanty jego powstania oraz zmian*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego w Poznaniu” 2011, nr 173.
- Peisert A., *Spółdzielnie mieszkaniowe: pomiędzy wspólnotą obywatelską a alienacją*, Warszawa 2009.
- Stefaniak A., *Prawo spółdzielcze. Ustawa o spółdzielniach mieszkaniowych. Komentarz*, Warszawa 2018.

RAFAŁ KOWALCZYK

ORCID: 0000-0002-2981-9226

Katedra Prawa Finansowego

Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii

Uniwersytet Wrocławski

WYBRANE PROBLEMY EWOLUOWANIA STATUSU PRAWNEGO SPOŁECZNYCH INICJATYW MIESZKANIOWYCH

Abstrakt: Społeczne inicjatywy mieszkaniowe (dawniej TBS) stały się instrumentem wykorzystywanym szeroko — i nie zawsze w zgodzie z pierwotnym zamysłem ustawodawcy — do realizacji polityki mieszkaniowej państwa. Ewolucja zmian legislacyjnych często podyktowana jest koniecznością realizacji zadań wymuszonych bieżącymi potrzebami rządzących, co przekłada się na jakość przepisów, nie zawsze zdiagnozowanych, co do skutków oddziaływania. Zmiany legislacyjne obserwowane w ostatnich latach związane są zarówno z funkcjonowaniem SIM w ujmowaniu zakresu ich działalności, jak i zasadami ich finansowania oraz możliwościami przejmowania własności nieruchomości przez najemców.

Słowa kluczowe: mieszkania na wynajem, spółki gminne, mieszkalnictwo, zadania publiczne

Jednym ze strategicznych celów kolejnych ekip rządzących jest od lat problem dostępności mieszkań i — w szerszym zakresie — zaspokajanie potrzeb mieszkaniowych społeczeństwa. Dbałość o to ma nie tylko wymiar polityczny, lecz solidne podstawy ustrojowe, zgodnie bowiem z art. 75 ust. 1 Konstytucji RP władze publiczne prowadzą politykę sprzyjającą zaspokojeniu potrzeb mieszkaniowych obywateli, w szczególności przeciwdziałają bezdomności, wspierają rozwój budownictwa socjalnego oraz popierają działania obywateli zmierzające do uzyskania własnego mieszkania¹. Przywołany przepis współkształtuje treść odpowiednich norm ustawowych, wpływa na kierunek ich wykładni, a także nakazuje ich stosowanie z uwzględnieniem funkcji i celu prawa do mieszkania, zakreśla jednocześnie minimum obowiązków państwa (organów władzy publicznej)². Realizacja tych praw socjalnych przybrała konkretny kształt ustawy w postaci kilku

¹ Ustawa z dnia 2 kwietnia 1997 roku, Dz. U. Nr 78, poz. 483 ze zm.

² Zob. wyrok SN z 8 września 2020 roku, V CSK 532/18, OSNC-ZD 2022/2/18.

ustaw, zarówno tych dotyczących wspierania budowy mieszkań socjalnych³, jak i ochrony praw lokatorów⁴. Uchwalono również wiele aktów prawnych jako następczych i uzupełniających regulacje przede wszystkim w zakresie finansowania przedsięwzięć związanych z mieszkalnictwem⁵. Wobec tak rozbudowanej regulacji prawnej dalsze rozważania zostaną ograniczone do wybranych problemów wynikających przede wszystkim z pierwszej z wymienionych ustaw, bowiem jako podstawa funkcjonowania budownictwa społecznego ostatnio stała się również instrumentem oddziaływania na rynek mieszkań na wynajem, co nie przyczyniło się do uproszczenia tego systemu, a z pewnością stało się wdzięcznym tematem do rozważań prawniczych nad jakością tworzenia prawa.

Ustawa z 26 października 1995 roku o społecznych formach rozwoju mieszkalnictwa jest aktem prawnym o stosunkowo długiej historii, a co za tym idzie — również olbrzymiej ilości zmian, które niestety nie tylko ze względu na zakres regulacji, lecz również stosowanie zasad prawidłowej legislacji, czynią ten akt bardzo nieczytelnym. Ustawa ta pomyślana jako kompleksowa regulacja wspierania budownictwa mieszkaniowego jest w rzeczywistości konglomeratem różnych rozwiązań prawnych o charakterze zarówno cywilno-, jak i publicznoprawnym. Są to regulacje o wymiarze instytucjonalnym i finansowym, których wspólnym elementem jest realizacja celu — powstawanie i użytkowanie inwestycji mieszkaniowych w ramach realizacji zadań publicznych. Tak pojemny zakres regulacji ustawy obejmuje również jej szeroki zakres podmiotowego stosowania. Są to przepisy mające zastosowanie zarówno do podmiotów zaliczonych do sektora finansów publicznych (gminy, jednostki tworzone przez administrację rządową), jak również niezaliczonych (spółki prawa handlowego, banki).

Ze względu na wyjątkowo złożony charakter występujących relacji prawnych warto się skupić na jednym z instrumentów prowadzenia opisanej na wstępie polityki mieszkaniowej, a dotyczącym funkcjonowania społecznych inicjatyw mieszkaniowych (dawniej TBS), tworzonych przez jednostki samorządu terytorialnego. Stały się one bowiem instrumentem wykorzystywanym szeroko — i nie zawsze w zgodzie z pierwotnym zamysłem ustawodawcy — do zadań wymuszonych bieżącymi potrzebami rządzących i na podstawie przepisów nie zawsze zdiagnozowanych co do skutków oddziaływania. Złożoność problemów związanych z funkcjonowaniem SIM wiąże się nie tylko z dookreśleniem zakresu ich działalności, lecz również zasadami ich finansowania i możliwościami przejmowania własności nieruchomości przez najemców. Wokół tych zasygnalizowanych

³ Ustawa z dnia 26 października 1995 roku o społecznych formach rozwoju mieszkalnictwa, t.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 2224 ze zm.

⁴ Ustawa z dnia 21 czerwca 2021 roku o ochronie praw lokatorów, mieszkaniowym zasobie gminy i o zmianie Kodeksu cywilnego, t.j. Dz. U. z 2023 r., poz. 725 ze zm.

⁵ Ustawa z dnia 8 grudnia 2006 roku o finansowym wsparciu niektórych przedsięwzięć mieszkaniowych, t.j. Dz. U. z 2023 r., poz. 788 ze zm.

problemów toczyć się będą dalsze rozważania, a impulsem do ich przeprowadzenia stały się niedawne zmiany legislacyjne.

Na początku należy zwrócić uwagę na zakres działalności i konstrukcję finansową działania budownictwa społecznego. W pierwszym przypadku zastosowanie ma przepis art. 27 ustawy, który wskazuje na przedmiot działania SIM. Zgodnie z nim przedmiotem działania SIM jest budowanie domów mieszkalnych i ich eksploatacja na zasadach najmu (ust. 1). Ponadto SIM (TBS) może również (ust. 2):

1) nabywać lokale mieszkalne i budynki mieszkalne oraz niemieszkalne w celu rozbudowy, nadbudowy i przebudowy, w wyniku której powstaną lokale mieszkalne,

2) przeprowadzać remonty i modernizację obiektów przeznaczonych na zaspokajanie potrzeb mieszkaniowych na zasadach najmu,

3) wynajmować lokale użytkowe znajdujące się w budynkach SIM,

4) sprawować na podstawie umów zlecenia zarząd nieruchomościami mieszkalnymi i niemieszkalnymi niestanowiącymi jego własności,

4a) sprawować zarząd nieruchomościami wspólnymi stanowiącymi w ułamkowej części jego współwłasność,

5) prowadzić inną działalność związaną z budownictwem mieszkaniowym i infrastrukturą towarzyszącą, w tym budować lub nabywać budynki w celu sprzedaży znajdujących się w tych budynkach lokali mieszkalnych lub lokali o innym przeznaczeniu.

Układ i brzmienie przepisów wskazują na systematykę, w której art. 27 ust. 1 ustawy tworzy katalog obligatoryjnych oraz fakultatywnych zadań czy przedmiotu działalności określony w ust. 2 ustawy. Wskazany zakres działalności poddawany jest ciągłym zmianom, nie tylko w zakresie dodawania nowych obszarów możliwej aktywności, lecz również ograniczania tej działalności, co wskazuje na dynamicznie prowadzoną działalność SIM. Co do zasady, działalność SIM polega na budowaniu nieruchomości mieszkaniowych z przeznaczeniem ich na wynajem, jednakże w wyniku zmian legislacyjnych rozszerzono zakres działania SIM o możliwość prowadzenia działalności znacząco wykraczającej poza wspomniany na wstępie. Warto w tym miejscu wskazać na możliwość zarządzania nieruchomościami obcymi, niestanowiącymi własności SIM (a więc występowania SIM na wolnym rynku w roli zarządcy), lecz przede wszystkim możliwość realizacji inwestycji w zakresie nieruchomości komercyjnych i infrastruktury towarzyszącej realizowanym inwestycjom. Wobec braku definicji legalnej budynku SIM należy przyjąć, że wszystkie budynki stanowiące na gruncie prawa cywilnego własność spółki są budynkami SIM. Skoro więc ustawodawca zezwala na wynajmowanie lokali należących do SIM, to logicznym wnioskiem jest uznanie, że budynki takie muszą zostać przez SIM wybudowane lub nabyte. Nie da się jednoznacznie odpowiedzieć, czy budynek taki (zawierający lokale użytkowe) musi łącznie realizować funkcję mieszkalną i komercyjną, czy też może zawierać jedynie lokale użytkowe. Ustawodawca nie zawarł w cytowanym przepisie (art. 27 ust. 2 pkt 3) żadnych

wskazówek, jednakże dokonując jego wykładni (przede wszystkim historycznej), należy przyjąć zawężającą interpretację, na gruncie której ustawodawca wskazuje, że głównym (choć nie jedynym) przedmiotem działalności jest zaspokajanie potrzeb mieszkaniowych, choć nie jest też wykluczone, by przy braku zapotrzebowania (czysto hipotetycznie) na lokale mieszkalne i niebudzące wątpliwości stanu nasycenia potrzeb mieszkaniowych, rozumianych jako realizacja zadań publicznych, spółka mogła zrealizować zadania jedynie komercyjne. Mniej wątpliwości co do zasady, lecz nie co do zakresu, budzi możliwość realizacji przez SIM zadań kwalifikowanych jako inne związane z budownictwem mieszkaniowym wraz z infrastrukturą towarzyszącą (art. 27 ust. 2 pkt 5 ustawy). Wykładnia gramatyczna wskazuje, że skoro ustawodawca posłużył się sformułowaniami dopuszczającymi prowadzenie innej działalności, to nie posługuje się katalogiem zamkniętym zadań realizowanych przez SIM, ale jednocześnie wskazuje kierunkowo, że ta inna działalność ma mieć nierozzerwalny związek z budownictwem mieszkaniowym i infrastrukturą towarzyszącą. Oznacza to, że planowana inwestycja towarzysząca inwestycji mieszkaniowej ma być z nią powiązana w sposób funkcjonalny i niezbędna dla korzystania z inwestycji mieszkaniowej. Nie może to więc być każdy rodzaj działalności, lecz nacechowany określonymi celami wynikającymi z realizacji inwestycji mieszkaniowych. Warto w tym miejscu przytoczyć wyrok Sądu Apelacyjnego w Gdańsku, w którym wskazano:

Przepis art. 27 ust. 2 pkt 5 ustawy z 1995 roku o niektórych formach popierania budownictwa mieszkaniowego zezwala towarzystwom prowadzić też inną działalność związaną z budownictwem mieszkaniowym. Związek ten musi zatem cechować dokonaną czynność. Trudno zaś jest uznać za działanie na rzecz budownictwa mieszkaniowego czynność, która wprost prowadzi do uszczuplenia zasobu mieszkaniowego. Wyprzedaż zasobów mieszkaniowych — nieopłacalnych z punktu widzenia towarzystwa — nie łączy się z jej podstawowym celem działania, którym jest nie tylko budowa, ale też nabywanie lokali w celu rozbudowy, nadbudowy, remontów i modernizacji⁶.

Warto w tym miejscu również wskazać, że obowiązek realizacji infrastruktury towarzyszącej po części wynika z przepisów prawa, bowiem nakładają one na inwestora realizację pewnych zadań towarzyszących inwestycji głównej na przykład w zakresie ciągów komunikacyjnych, tworzenia terenów zielonych czy budowy parkingów w ilości odpowiedniej do powstających mieszkań. Jednakże warto także zwrócić uwagę na taką infrastrukturę, która nie jest obowiązkowa ze względów prawnych, lecz wynika z innych pryncypiów, na przykład społecznych. Do tej kategorii można zaliczyć budowę określonej liczby lokali użytkowych przeznaczonych pod wynajem i świadczenie określonego rodzaju usług, czy to komercyjnych (sklepy, zakłady usługowe), czy też z zakresu realizacji zadań publicznych (przedszkola, żłobki, biblioteki publiczne). W dużej mierze realizacja tych zadań powinna być zdeterminowana standardami wynikającymi z lokalnej polityki społecznej czy też zdiagnozowanymi potrzebami mieszkańców lub przyszłych

⁶ Wyrok z dnia 9 lutego 2016 roku, sygn. akt V ACa/15, SIP LEX nr 2231465.

mieszkańców realizowanej inwestycji mieszkaniowej. Fakt, że SIM co do zasady ma zaspokajać potrzeby przede wszystkim mieszkańców o określonej sytuacji finansowej, nie oznacza, że mają oni być pozbawieni dostępu do powszechnych i standardowych w dzisiejszych realiach usług.

Drugim zapowiedzianym na wstępie problemem jest specyficzna regulacja zasad finansowania działalności SIM. Co do zasady, SIM mają kilka źródeł finansowania, z których bieżąca działalność w zakresie utrzymania lokali pozostających w zasobie SIM realizowana jest z dochodów pochodzących z czynszów od najemców lokali mieszkalnych, jak i użytkowych. Specyfiką czynszów obowiązujących w zasobach SIM jest ich daleko idąca regulacja prawna, związana przede wszystkim z zasadami ustalania i górną granicą wysokości czynszu. Co warto podkreślić, ustalanie, jak i wypowiedzianie czynszu obowiązującego w SIM jest regulacją szczególną w stosunku do reguł wynikających z ustawy o ochronie praw lokatorów. Jedynie w zakresie nieuregulowanym w ustawie o społecznych formach rozwoju mieszkalnictwa obowiązują zasady wynikające z tej drugiej ustawy — przede wszystkim w zakresie procedury wypowiedziania czynszu⁷.

W zakresie finansowania inwestycji należy wskazać na źródła pochodzące od osób lub innych podmiotów (na przykład jednostek samorządu terytorialnego), zainteresowanych najmem mieszkań od SIM. Chodzi tu o umowę partycypacji, która jest umową nienazwaną na gruncie Kodeksu cywilnego, a uregulowaną w przepisie art. 29 i 29a ustawy o społecznych formach rozwoju mieszkalnictwa, zakładającą uczestnictwo osób zainteresowanych w kosztach realizacji inwestycji, z jednoczesnym prawem wskazania najemcy lub prawem wynajęcia mieszkania przez partycypanta⁸. Jako prawo majątkowe podlega dziedziczeniu, a przy jej rozwiązaniu — zwrotowi w wysokości zwaloryzowanej, na zasadach określonych w ustawie.

Drugim, nie mniej ważnym źródłem finansowania inwestycji są źródła zewnętrzne, sprowadzające się przede wszystkim do kredytów bankowych i grantów oferowanych przez instytucje publiczne. W pierwszym przypadku chodzi przede wszystkim o kredyty udzielane przez Bank Gospodarstwa Krajowego, w drugim zaś — granty przekazywane ze środków Funduszu Dopłat, na zasadach wynikających z ustawy z dnia 8 grudnia 2006 roku o finansowym wsparciu niektórych przedsięwzięć mieszkaniowych. Warto poddać analizie zmiany legislacyjne dokonane zwłaszcza w tym ostatnim zakresie. Zostały one wprowadzone między innymi w związku ze zmieniającą się sytuacją społeczno-gospodarczą i rosnącymi kosztami realizacji inwestycji. Co ciekawe, ustawodawca zarówno w tytule ustawy, jak i we wspomnianym przepisie dotyczącym wysokości wsparcia posługuje

⁷ Zob. K. Zdun-Załęska, *Komentarz do ustawy o niektórych formach popierania budownictwa mieszkaniowego*, Warszawa 2015.

⁸ Partycypantem może być również podmiot publiczny — zob. J. Dzedzyk, *Partycypacja gminy w kosztach budowy budynku mieszkalnego przez spółdzielnię mieszkaniową a budżet gminy*, „Nowe Zeszyty Samorządowe” 2007, nr 5, s. 75 i n.

się bardzo opisowym pojęciem finansowego wsparcia, nie odwołując się do powszechnie przyjętych definicji finansowo-prawnych.

Od dnia 10 sierpnia 2022 roku, czyli wraz z nowelizacją ustawy o finansowym wsparciu niektórych przedsięwzięć mieszkaniowych⁹ umożliwiono, w przypadku prognozy wzrostu kosztów przedsięwzięcia, wystąpienie (jednokrotne) przez beneficjenta o wsparcie i aktualizację wysokości przyznanych już grantów (art. 13 ust. 8 tej ustawy). Na koniec realizacji przedsięwzięcia następuje rozliczenie faktycznie poniesionych kosztów. Zmiana taka na gruncie przepisów finansowo-prawnym inicjuje pytanie o to, czy zastosowanie wymienionego przepisu powoduje, że beneficjent powinien otrzymaną pomoc traktować jako nowe świadczenie dokonane ze środków publicznych, czy też jest to to samo (pierwotnie) udzielone świadczenie. Wydaje się, że zmiana objęta przepisem art. 13 ust. 8 i kolejnymi ustawy o finansowym wsparciu ma na celu zwiększenie przyznanej już pomocy w formie grantów, a co za tym idzie — należy ją traktować jako jedną pulę środków przyznanych w ramach grantu przekazanego przez BGK, a nie dwie formy pomocy. W konsekwencji do tych środków jako całości należy stosować te same zasady rozliczeń. Tak więc cała kwota przyznanej pomocy stanowi jednorodną pomoc finansową ze środków publicznych. Ponieważ jest to pomoc udzielana ze środków publicznych, podlega również specyficznym zasadom rozliczenia, których efektem może być zwrot nienależnie pobranych środków wraz z odsetkami. Rozliczeniu podlega kwota faktycznie wykorzystanego wsparcia finansowego, jak również cel i termin realizacji inwestycji. Ustawa zawiera zamknięty katalog deliktów (sankcji), których stwierdzenie powoduje konieczność zapłaty odsetek obliczanych w wysokości odsetek za zaległości podatkowe (art. 18 ust. 4), w związku z wypowiedzeniem umowy przez bank. Wobec brzmienia tych regulacji warto zadać sobie pytanie o możliwość stosowania innych sankcji finansowych niż wymienione w ustawie i w innych sytuacjach niż wypowiedzenie umowy przez bank. Wobec braku takich zapisów w przepisie art. 18 ust. 5 nie może on stanowić podstawy domagania się zapłaty odsetek, a jedynie zwrotu nadwyżki przekazanych środków. Oczywiście można rozważyć zastosowanie przepisów ustawy o finansach publicznych¹⁰ jako podstawy naliczenia odsetek, jak za nienależnie pobrane dotacje, ale najpierw należałoby uznać, że przekazana pomoc jest dotacją, co jest zabiegiem wątpliwym, ale nie niemożliwym, i w rzeczywistości mogącym być stwierdzonym przez właściwy sąd.

Na koniec tej części rozważań warto odnieść się do jeszcze jednej zmiany w zakresie finansowania SIM ze środków zewnętrznych. Wymieniona już ustawa dokonująca zmian w ustawie o społecznych formach wsparcia mieszkalnictwa z dnia 10 sierpnia 2022 roku wkroczyła również w zakres relacji pomiędzy

⁹ Ustawa z dnia 7 lipca 2022 roku o zmianie niektórych ustaw w zakresie sposobu finansowania programów mieszkaniowych, Dz. U. z 2022 r., poz. 1561.

¹⁰ Ustawa z dnia 27 sierpnia 2009 roku, t.j. Dz. U. z 2023 r., poz. 1270 ze zm.

gminą a tworzonymi przez nią SIM. Przepisy ustawy o społecznych formach rozwoju mieszkalnictwa przewidują możliwość udzielenia gminie wsparcia ze środków Rządowego Funduszu Rozwoju Mieszkalnictwa na sfinansowanie części lub całości działania polegającego na objęciu przez tę gminę udziałów lub akcji w istniejącej SIM, która przed dniem objęcia tych akcji lub udziałów prowadziła działalność na terenie tej gminy (art. 33l ustawy). Objęcie udziałów lub akcji SIM, z wykorzystaniem wsparcia, o którym mowa w art. 33l, stanowi udzieloną SIM rekompensatę z tytułu świadczenia usługi publicznej w rozumieniu przepisów prawa Unii Europejskiej dotyczących pomocy publicznej z tytułu świadczenia usług w ogólnym interesie gospodarczym. Przywołane w przepisie art. 33p ust. 2 ustawy rekompensowanie usługi publicznej nie jest kategorią jednoznaczną ani w ujęciu normatywnym, ani doktrynalnym. Opisuując cechy takiej usługi, zwraca się uwagę na charakterystykę podmiotu świadczącego, dostępność tych usług, rodzaj zaspokajanych potrzeb, wykorzystywanie środków publicznych. Przywołana charakterystyka usługi publicznej pozostaje w ścisłym powiązaniu z pojęciami zadań publicznych (które jednakże nie zawsze muszą polegać na świadczeniu usług) czy zadań o charakterze użyteczności publicznej polegających na zaspokajaniu zbiorowych potrzeb wspólnoty samorządowej. Pomijając jednak w tym miejscu definiowanie usługi publicznej, warto się zająć innymi zmianami w zakresie przekazywania udziałów spółki gminie w zamian za dofinansowanie. Zgodnie bowiem z przepisem art. 33p ust. 1a ustawy termin na rozpoczęcie realizacji usługi publicznej wynosi pięć lat od dnia wejścia w życie ustawy. Tak oczywisty zapis na pierwszy rzut oka wydaje się bezdyskusyjny, jednakże głębsza analiza tego przepisu prowadzi do wątpliwości prawnych, przede wszystkim natury ustrojowej, dotyczącej trwałości stosunków prawnych. Zabieg legislacyjny zastosowany przez ustawodawcę ugodził bowiem w dotychczasowy porządek prawny, wynikający przede wszystkim z zawartych wcześniej kontraktów. Jeśli w poprzednim akcie prawnym nie było terminów zawitych na realizację inwestycji czy też jej rozpoczęcie, oznaczało to pozostawienie stronom umowy (gminie i SIM) kształtowania tych elementów stosunku zobowiązaniowego. Zmieniona w tym zakresie ustawa, przy jej gramatycznym brzmieniu, burzy ten porządek, wkraczając w zawarte już i to w sposób legalny umowy i czyniąc je zapewne w wielu przypadkach nierealnymi do wykonania. Trudno ustalić, czy była to intencja ustawodawcy, czy też niedopatrzenie, lecz niewątpliwie tę sytuację traktować można nawet jako delikt konstytucyjny, godzący w trwałość stosunków prawnych.

Na koniec należy zwrócić uwagę na zmiany w przepisach ustawy o społecznych formach rozwoju mieszkalnictwa, będące efektem wprowadzenia do ustawy przepisu art. 33dk pkt 2¹¹, zgodnie z którym najemca, którego partycypacja stanowi przynajmniej 25% kosztu budowy lokalu, będzie miał opcję dojścia do własności

¹¹ Wprowadzone w życie ustawą z dnia 10 grudnia 2020 roku o zmianie niektórych ustaw wspierających rozwój mieszkalnictwa, Dz. U z 2021 r., poz. 11.

mieszkania. Wspomniana zmiana objęta przepisem art. 33dk pkt 2 ustawy dotyczy więc elementarnego warunku funkcjonowania SIM, związanego z budową i wynajmem mieszkań, i godzi w pierwotny zamysł ustawodawcy, funkcjonowania podmiotu niebudującego na sprzedaż, lecz w celu najmu mieszkań z niskim i regulowanym czynszem dla osób o niskim statusie majątkowym. Zgodnie z komentowanym przepisem z wnioskiem o zmianę dotychczasowej umowy najmu na umowę najmu instytucjonalnego z dojściem do własności uwzględniającej rozliczenie partycypacji może wystąpić do SIM najemca, który poza spełnieniem warunków formalnych, o których mowa w art. 33db ust. 1 ustawy, partycypował w kosztach budowy lokalu w wysokości nie niższej niż 25% kosztów budowy tego lokalu — w przypadku lokalu wybudowanego w ramach przedsięwzięcia inwestycyjno-budowlanego zlokalizowanego w obszarze miasta będącego siedzibą wojewody lub sejmiku województwa albo miasta na prawach powiatu liczącego powyżej 100 tysięcy mieszkańców.

Przywołany przepis zawiera więc ogólną zasadę dochodzenia do własności lokalu przez najemcę/partycypanta, na jego wniosek i po spełnieniu ustawowych warunków, którymi są (włącznie z tymi z art. 33db ust. 1) zawarcie umowy najmu, umowy partycypacji oraz partycypowanie w kosztach budowy lokalu w wysokości nie niższej niż 25% kosztów budowy tego lokalu. Innymi słowy, uprawnienie do wystąpienia o przekształcenie umowy najmu/partycypacji w prawo własności będzie dotyczyło wszystkich inwestycji, bez względu na moment rozpoczęcia procesu budowlanego (poza wyjątkiem ustawowym, o czym dalej), o ile zastały zawarte umowy najmu/partycypacji i spełniono inne warunki formalne. Zamysłem ustawodawcy było więc uwłaszczenie niektórych najemców, będących jednocześnie partycypantami, na majątku SIM, jeśli spełnione zostały ustawowe warunki, wśród których jest ten dotyczący wielkości partycypacji wpłaconej przez partycypanta. Ocena takiej regulacji, co warto podkreślić po raz kolejny, musi budzić zdziwienie i wątpliwości prawne. SIM, będąc spółką utworzoną przez gminę lub z udziałem gminy, z założenia miał budować i wynajmować lokale mieszkalne. Sygnalizowana zmiana doprowadza do uznania SIM za podmiot zbliżony do dewelopera, który buduje nieruchomości mieszkalne z udziałem środków własnych, zewnętrznych i powierzonych przez przyszłych najemców, z przeznaczeniem ich na późniejszą sprzedaż. Warto także zwrócić uwagę na wartość partycypacji ustaloną na poziomie 25% kosztów budowy jako tę, która uprawnia do wystąpienia z roszczeniem o przeniesienie własności. Ustawodawca nie uzasadnił, dlaczego właśnie taka wartość została przyjęta, ani też czy SIM jest zobowiązany do przeniesienia własności lokalu. Brzmienie przepisów wskazuje na taką właśnie wykładnię, w której po spełnieniu ustawowych warunków i wystąpieniu z roszczeniem przez lokatora organy zarządzające spółką będą zobowiązane do przeniesienia własności na lokatora. Słabością przepisu jest zaś to, że to organy spółki ustalają, jaka będzie wysokość partycypacji w ogólnych kosztach budowy, co przy odpowiedniej konstrukcji finansowej pozwoli na takie kształtowanie kosztów budowy, by nie

przekroczyć granicznej kwoty partycypacji, a tym samym uniemożliwić spełnienie warunku ustawowego.

Podsumowując przeprowadzone rozważania, warto zwrócić uwagę, że objęły one jedynie kilka ostatnich, choć znaczących zmian w zakresie funkcjonowania SIM. Jako okoliczność notoryjną należy przyjąć, że status tych podmiotów jest poddawany stałym zmianom, przez co ich pierwotny charakter ulega zatarciu, a w każdym razie oderwaniu od idei przyświecającej budownictwu społecznemu. Samo to nie jest niczym złym, natomiast krytycznej oceny prawniczej wymaga sposób dokonywania tych zmian, począwszy od uwag formalnych dotyczących procesu legislacyjnego, na uwagach merytorycznych odnośnie do zakresu funkcjonowania SIM skończywszy.

SELECTED ISSUES OF THE EVOLVING LEGAL STATUS OF SOCIAL HOUSING INITIATIVES

Summary

Social Housing Initiatives (formerly Social Building Societies), have become an instrument used extensively — and not always in accordance with the legislature's original intent — to implement state housing policy. The evolution of legislative changes is often dictated by the need to carry out tasks forced by the current needs of the authorities, which translates into the quality of legislation, not always diagnosed as to the impact. Legislative changes observed in recent years are related both to the functioning of SHIs in capturing the scope of their activities, but also to the rules of their financing and the possibility of taking ownership of real estate by tenants.

Keywords: rental housing, municipal companies, housing, public tasks

BIBLIOGRAFIA

- Dziedzic J., *Partycypacja gminy w kosztach budowy budynku mieszkalnego przez spółdzielnię mieszkaniową a budżet gminy*, „Nowe Zeszyty Samorządowe” 2007, nr 5.
Zdun-Załęska K., *Komentarz do ustawy o niektórych formach popierania budownictwa mieszkaniowego*, Warszawa 2015.

AKTY PRAWNE

- Konstytucja RP z dnia 2 kwietnia 1997 roku. Dz. U. Nr 78, poz. 483 ze zm.
Ustawa z dnia 26 października 1995 roku o społecznych formach rozwoju mieszkalnictwa, t.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 2224 ze zm.
Ustawa z dnia 8 grudnia 2006 roku o finansowym wsparciu niektórych przedsięwzięć mieszkaniowych, t.j. Dz. U. z 2023 r., poz. 788 ze zm.
Ustawa z dnia 27 sierpnia 2009 roku o finansach publicznych, t.j. z 2023 r., poz. 1270 ze zm.
Ustawa z dnia 21 czerwca 2021 roku o ochronie praw lokatorów, mieszkaniowym zasobie gminy i o zmianie Kodeksu cywilnego, t.j. Dz. U. z 2023 r., poz. 725 ze zm.

Ustawa z dnia 7 lipca 2022 roku o zmianie niektórych ustaw w zakresie sposobu finansowania programów mieszkaniowych, Dz. U. z 2022 r., poz. 1561.

WYKAZ ORZECZEŃ

Wyrok Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z dnia 9 lutego 2016 roku, sygn. akt V ACa/15, SIP LEX nr 2231465.

Wyrok SN z 8 września 2020 roku, V CSK 532/18, OSNC-ZD 2022/2/18.

PAWEŁ KUCZMA

ORCID: 0000-0003-1443-4742

Uniwersytet Zielonogórski

FUNKCJA EUROPEJSKA PREZYDENTA RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Abstrakt: Członkostwo w UE wpłynęło na konieczność postrzegania uprawnień niektórych organów władzy przez pryzmat unijny. Źródłem zmiany optyki na klasyczne funkcje organów władzy jest zarówno prawo UE, które włącza konstytucyjne organy w struktury organów unijnych, jak również regulacje krajowe, które należy interpretować w sposób przyjazny prawu UE. Celem artykułu jest ustalenie, czy prezydent posiada tak zwaną funkcję europejską i w czym się ona przejawia. Celem jest również wskazanie pewnych uprawnień głowy państwa w dziedzinie polityki europejskiej. Konsekwencją tych analiz jest ustalenie zakresu funkcji europejskiej prezydenta oraz istoty tej funkcji opartej na współdziałaniu z Radą Ministrów.

Słowa kluczowe: prezydent, Rada Ministrów, współdziałanie, Unia Europejska, konstytucja, polityka europejska, funkcja europejska

1. WPROWADZENIE

Proces europeizacji prawa polskiego poprzedził etap wstąpienia Polski do Unii Europejskiej. Można wskazać, że formalnie rozpoczął się od momentu stowarzyszenia się naszego państwa z wspólnotami europejskimi¹ i trwa po dzień dzisiejszy, gdyż legislacja europejska i będące jej wytworem prawo UE nieustannie oddziałuje na treść i kształt prawa obowiązującego w porządkach prawnych państw członkowskich. Największą odporność na prawo UE cechuje jednak Konstytucję RP, chociaż i jej nie ominęła nowelizacja z uwagi na konieczność dostosowania norm prawnych do wymogów prawa UE (art. 55 Konstytucji)². Polska ustawa zasadnicza nie zawiera wprost odniesień do Unii Europejskiej ani też

¹ Układ Europejski ustanawiający stowarzyszenie między Rzeczpospolitą Polską a wspólnotami europejskimi i ich państwami członkowskimi z drugiej strony z 16 grudnia 1991 roku (Dz. U. z 1994 r. Nr 11, poz. 38).

² Zob. P. Kuczma, *Oddziaływanie międzynarodowych i europejskich aktów prawnych na prawo krajowe na przykładzie uregulowań ekstradycyjnych*, „Dyskurs Prawniczy i Administracyjny” 2023, nr 1, s. 60 n.

żadnych *expressis verbis* postanowień odnoszących się do uprawnień konstytucyjnych organów władzy publicznej w zakresie polityki europejskiej — cechuje się anonimowością w sprawach europejskich³.

Pojęcie europeizacji można odnosić nie tylko do prawa, ale także kompetencji organów władzy publicznej. Członkostwo w UE wpłynęło bowiem na konieczność postrzegania uprawnień niektórych organów władzy przez pryzmat unijny. Źródłem zmiany optyki na klasyczne funkcje organów władzy jest zarówno prawo UE, które włącza konstytucyjne organy w struktury organów unijnych (na przykład Rada Europejska, Rada), jak również regulacje krajowe, które należy interpretować w sposób przyjazny prawu UE. Wskutek przystąpienia do Unii Europejskiej pewnej części organów władzy publicznej można przypisać realizację nowej funkcji — funkcji europejskiej.

Interesujące wydaje się udzielenie odpowiedzi na pytanie o realizację przez głowę państwa funkcji europejskiej i określenie jej pozycji na płaszczyźnie stosunków międzynarodowych, a mówiąc ściślej: stosunków europejskich. W końcu prezydent jest najwyższym reprezentantem Rzeczypospolitej Polskiej, a na gruncie ustawy zasadniczej został zaopatrzony w liczne prerogatywy. Posiada między innymi prawo czynnej i biernej legacji oraz ratyfikowania i wypowiedania umów międzynarodowych. Istotne wydaje się też ustalenie, czy Konstytucja pozostaje obojętna na pozycję prezydenta w jego kontaktach z Unią Europejską. Jaka jest rola prezydenta w kształtowaniu polityki europejskiej? Czy zgodne z Konstytucją i traktatami jest nadawanie głowie państwa jakiejś szczególnej pozycji na tle innych organów w sferze spraw europejskich? W czym przejawia się realizacja funkcji europejskiej przez prezydenta RP?

2. FUNKCJA REPREZENTACYJNA

Pozycja głowy państwa w stosunkach międzynarodowych określana jest według norm prawa zwyczajowego jako *ius representationis omnimodae*, czyli nieograniczone, pełne prawo reprezentowania państwa w stosunkach zewnętrznych oraz posiadania zespołu przywilejów i immunitetów składających się na tak zwany „immunitet suwerena”⁴. „O konkretnym zakresie kompetencji wewnątrzpaństwowych decyduje konstytucja danego kraju. Może ona przewidywać realnie istotne kompetencje głowy państwa w zakresie polityki zagranicznej państwa, jak i kompetencje określane zwykle jako reprezentacyjno-ceremonialne”⁵. Prawo

³ Zob. P. Kuczma, *Europeizacja Konstytucji RP na tle rozwiązań Państw Członkowskich Unii Europejskiej*, „Przegląd Prawa i Administracji” 2022, nr 129.

⁴ R. Bierzanek, J. Symonides, *Prawo międzynarodowe publiczne*, Warszawa 2004, s. 158.

⁵ M. Masternak-Kubiak, A. Preisner, *Realizacja konstytucyjnego podziału kompetencji organów państwa w stosunkach zewnętrznych*, [w:] *Otwarcie Konstytucji RP na prawo międzynarodowe i procesy integracyjne*, red. K. Wójtowicz, Warszawa 2006, s. 110.

Europejskie nie pozostaje jednak obojętne na kwestie reprezentacji państw członkowskich na forum instytucji Unii. Pomimo że Unia Europejska szanuje tożsamość narodową państw członkowskich (art. 4 ust. 2 TUE)⁶, to poprzez wskazanie składu instytucji europejskich w pewien sposób ingeruje w kwestię kompetencji głowy państwa w dziedzinie stosunków europejskich⁷.

Traktaty odnoszą się do szefów państw w zasadzie tylko w jednym wypadku, to jest — przy wskazaniu składu Rady Europejskiej. I tak w skład Rady Europejskiej wchodzi szefowie państw lub rządów państw członkowskich, jak również jej przewodniczący oraz przewodniczący komisji (art. 15 ust. 2 TUE). Zastosowanie partykuły „lub” powoduje, że to systemy konstytucyjne oraz praktyka państw członkowskich decydują o tym, czy dane państwo na Radzie reprezentowane jest przez szefa rządu (premiera, kanclerza), czy szefa państwa (prezydenta)⁸. W praktyce dominują szefowie rządów, ale Francję reprezentuje prezydent. Tylko dwa państwa mają w UE podwójną reprezentację (na co zezwala użyta partykuła „lub”): Finlandia i Polska⁹. Traktaty wprost nie premiują w szczególny sposób żadnego konstytucyjnego organu państwa w sprawach europejskich. Należy jednak zauważyć, że niektóre instytucje i organy Unii składają się z przedstawicieli państw członkowskich (Rada Europejska, Rada Unii Europejskiej, Komitet Stałych Przedstawicieli — COREPER). W każdym z nich zasiadają przedstawiciele szczebla ministerialnego lub rządów, co można odczytać jako pewną preferencję rządu krajowego na tle innych organów krajowych — szczególnego partnera w polityce europejskiej.

Rada Europejska jest instytucją, w której zapadają najważniejsze decyzje polityczne, nadaje ona Unii impulsy niezbędne do jej rozwoju i określa ogólne kierunki i priorytety polityczne (art. 15 ust. 1 TUE). Kwestia reprezentacji Polski w Radzie Europejskiej wywołała w związku z tym spór kompetencyjny pomiędzy konstytucyjnymi organami państwa. Wcześniejsza praktyka polegała na reprezentacji państwa w Radzie Europejskiej przez premiera, ale prezydent wziął udział w posiedzeniu Rady Europejskiej w dniach 15–16 października 2008 roku wbrew stanowisku premiera. W postanowieniu rozstrzygającym spór kompetencyjny Trybunał Konstytucyjny wskazał, że prezydent Rzeczypospolitej Polskiej, jako najwyższy przedstawiciel Rzeczypospolitej, może, na podstawie art. 126 ust. 1 Konstytucji, podjąć decyzję o swym udziale w konkretnym posiedzeniu Rady Europejskiej, o ile uzna to za celowe dla realizacji zadań prezydenta Rzeczypospolitej określonych w art. 126 ust. 2 Konstytucji. Natomiast Rada Ministrów, na podstawie art. 146 ust. 1, 2 i 4 pkt 9 Konstytucji, ustala stanowisko Rzeczypospolitej

⁶ Traktat o Unii Europejskiej (Dz. Urz. UE C 202 z 2016 r.), dalej: TUE.

⁷ L. Bosek, *Art. 133, [w:] Konstytucja RP. Tom II. Komentarz do art. 87–243*, red. M. Safian, L. Bosek, Warszawa 2016.

⁸ J. Maliszewska-Nienartowicz, *System instytucjonalny i prawny Unii Europejskiej*, Toruń 2010, s. 69.

⁹ J. Barcz, M. Górka, *System instytucjonalny Unii Europejskiej*, Warszawa 2009, s. III-2.

Polskiej na posiedzenie Rady Europejskiej. Prezes Rady Ministrów reprezentuje Rzeczpospolitą Polską na posiedzeniu Rady Europejskiej i przedstawia ustalone stanowisko¹⁰. Ewentualny „udział prezydenta w przedstawianiu stanowiska Rzeczypospolitej Polskiej nie może prowadzić do zmniejszenia wewnętrznej koherencji tego stanowiska, do odejścia od treści ustalonych przez Radę Ministrów. Nie może też wykroczyć poza granice uzgodnień dokonanych na podstawie art. 133 ust. 3 Konstytucji”¹¹.

Oznacza to, że obecność prezydenta w Radzie Europejskiej ma czysto ceremonialny, by nie powiedzieć — ornamentacyjny, charakter. Prezydent Rzeczypospolitej Polskiej nie posiada bowiem wynikających z przepisów Konstytucji uprawnień do samodzielnego prowadzenia polityki zagranicznej RP. Konstytucja nie zawiera upoważnień do prowadzenia polityki zagranicznej oraz ogólnego kierowania nią przez prezydenta RP. Powyższa teza komponuje się znakomicie z przypisaniem w art. 126 Konstytucji prezydentowi RP konstytucyjnej funkcji (roli) „najwyższego przedstawiciela Rzeczypospolitej”, którą realizuje nie tylko w wymiarze polityki krajowej, ale i zagranicznej (europejskiej). Przy czym realizacja funkcji reprezentacyjnej prezydenta w polityce europejskiej musi odbywać się zawsze w ramach współdziałania z prezesem Rady Ministrów i właściwym ministrem na zasadach określonych w art. 133 ust. 3 Konstytucji. Celem współdziałania jest zapewnienie jednolitości działań podejmowanych w imieniu Rzeczypospolitej Polskiej w stosunkach z Unią Europejską i jej instytucjami¹². Prezydent w ramach realizacji funkcji reprezentacyjnej w sferze europejskiej nie działa w sposób samodzielny (autonomiczny), ale jest swego rodzaju organem pomocniczym wobec premiera i Rady Ministrów. Nie może podejmować aktywności w tych sprawach, które nie zostały ustalone z prezesem RM i ministrem spraw zagranicznych. W szczególności prezydent nie może prowadzić „własnej” (autonomicznej) polityki zagranicznej.

Współdziałanie „nie wymaga «dojścia do uzgodnień» [...]. Z naruszeniem wyrażonej tu normy będziemy mieli zwykle do czynienia po wielokrotnym, powtarzającym się postępowaniu, świadczącym o braku takiego nastawienia”¹³. Współdziałanie oznacza stworzenie pewnego kanału informacyjnego, w ramach którego oba człony władzy wykonawczej będą się wzajemnie informować o zamierzeniach w sferze polityki zagranicznej (europejskiej), jak również wsłuchiwać się w stanowisko wyrażone przez organ¹⁴. Posługując się cytatem, można wskazać, że

¹⁰ Postanowienie TK z 20 maja 2009 roku, sygn. Kpt 2/08.

¹¹ Opinia Prokuratora Generalnego z dnia 23 grudnia 2010 roku projektu ustawy o zmianie Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej (druk 3598), s. 3.

¹² Punkt 4 postanowienia TK z 20 maja 2009 roku, sygn. Kpt 2/08.

¹³ P. Sarnecki, *Art. 133, [w:] Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, red. L. Garlicki, Warszawa, s. 4–5.

¹⁴ B. Banaszak, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2012.

głowa państwa „ma prawo być informowana przez swoich ministrów, ma prawo ich inspirować i ma prawo upominać”¹⁵.

Pomimo tych uwag nie można prezydentowi odmówić realizacji funkcji reprezentacyjnej w zakresie polityki europejskiej: jest on bowiem pełnoprawnym reprezentantem Polski na forum Rady Europejskiej. Realizując funkcję „najwyższego przedstawiciela RP”, prezydent prowadzi również nieskodyfikowaną aktywność w sferze spraw zagranicznych przez utrzymywanie bezpośrednich kontaktów z szefami państw obcych czy przedstawicielami organizacji międzynarodowych, jak również przez odbywanie wizyt zagranicznych oraz przyjmowanie obcych delegacji w Polsce¹⁶.

3. FUNKCJA PRAWOTWÓRCZA

Prezydent posiada ograniczone uprawnienia w zakresie prawotwórstwa. Główny ciężar tworzenia prawa spoczywa na innych organach władzy publicznej. Niemniej jednak, kompetencje prezydenta w tej dziedzinie nie są pozbawione znaczenia, a bywał on już kluczową postacią, gdy idzie o realizację spraw europejskich.

Jak do tej pory za największą partycypację polskiej głowy państwa w dziele budowy rozrastającego się gmachu europejskiego prawa wypada uznać podpis, jaki złożył Prezydent RP Lech Kaczyński pod Traktatem z Lizbony. Prezydent zrezygnował w ten sposób z możliwości wstrzymania procesu, który w trudny do przecenienia sposób pogłębia proces eurointegracji, nadając jej „parakonstytucyjny” wymiar, bo przecież Traktat zastąpił Konstytucję Europejską, która nie weszła w życie z powodu silnego oporu eurosceptyków¹⁷.

Dodać należy, że prezydent dość mocno opóźnił proces ratyfikacyjny, wstrzymując się z podpisaniem traktatu.

Prezydenckie prawo do ratyfikacji umów międzynarodowych może w przyszłości, w przypadku dalszego postępowania procesu integracyjnego, odegrać istotną rolę, a głowa państwa — ponownie stanąć w centrum wydarzeń europejskich. Zwłaszcza że wypowiedane są różne opinie na temat tego, czy na prezydencie ciąży konstytucyjny obowiązek ratyfikacji umowy międzynarodowej, czy

¹⁵ S. Gebethner, *System rządów parlamentarno-gabinetowych, system rządów prezydenckich oraz rozwiązania pośrednie*, [w:] *Konstytucyjne systemy rządów*, red. M. Domagała, Warszawa 1997, s. 82.

¹⁶ R. Balicki, *Art. 133*, [w:] *Komentarz. Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej*, red. M. Haczkowska, Warszawa 2014, s. 340.

¹⁷ R. Balicki, A. Ławniczak, *Prezydent RP a proces stanowienia prawa europejskiego*, [w:] *Zasada pierwszeństwa stosowania prawa Unii Europejskiej w praktyce działania organów władzy publicznej RP*, red. M. Jabłoński, S. Jarosz-Żukowska, Wrocław 2015, s. 175–176.

też może ratyfikacji odmówić¹⁸. Konstytucja sprawy tej jednoznacznie nie przesądza. Paweł Sarnecki stoi na stanowisku, że prawo do odmowy ratyfikacji umowy międzynarodowej prezydentowi nie przysługuje. Natomiast Bogusław Banaszak i Lech Garlicki ratyfikację umowy międzynarodowej uważają za leżącą w granicach dyskrecjonalnej władzy głowy państwa. Zgoda parlamentu nie ustanawia nakazu ratyfikacji, lecz ją zaledwie umożliwia. Dopiero zgoda narodu wyrażona w referendum jest równoznaczna z takim nakazem. Gdyby bowiem przyjąć, że prezydent nie może odmówić ratyfikacji umowy międzynarodowej, to jego rola w tej sprawie sprowadzałaby się do czysto formalnej i protokolarnej¹⁹.

Dla porządku należy wskazać, że prezydent zarządza ogłoszenie niektórych umów międzynarodowych na wniosek ministra właściwego do spraw zagranicznych (art. 18 ust. 2 u.u.m.)²⁰ i chociaż jest to kompetencja organizacyjno-techniczna, to brak zarządzenia ogłoszenia niektórych wyroków Trybunału Konstytucyjnego wywołał kryzys wokół tego organu. Zatem niewłaściwa realizacja z pozoru błahych uprawnień może prowadzić do poważanych konsekwencji prawnych.

Prezydent został też włączony w proces wystąpienia z Unii Europejskiej i jest adresatem projektu decyzji o wystąpieniu z Unii Europejskiej po uzyskaniu zgody wyrażonej w ustawie (art. 22a ust. 2 u.u.m.). Ponadto wyraża zgodę na przedłużenie okresu, o którym mowa w art. 50 ust. 3 Traktatu o Unii Europejskiej (okres przejściowy, w którym obowiązują traktaty od dnia wejścia w życie umowy o wystąpieniu z UE lub dwuletniego okresu po notyfikacji), na wniosek Rady Ministrów. Przepisy w tym względzie również są nieprecyzyjne. Sformułowanie „wyraża zgodę” można interpretować jako obowiązek wyrażenia zgody, gdyż użyty jest tryb dokonany. Z drugiej strony, prezydent odpowiada jedynie „na wniosek” Rady Ministrów, a ten nie ma charakteru wiążącego. Chyba że uznamy, że wniosek ten jest konsekwencją kierowniczej roli RM w polityce zagranicznej, co oznacza, że będzie miał wiążący charakter. Niemniej jednak, brak szczegółowego dopracowania tej regulacji i udziału prezydenta w procedurze wystąpienia z Unii Europejskiej może narazić interes Rzeczypospolitej na poważne konsekwencje w sferze realizacji nie tylko polityki europejskiej, ale także prawne.

Funkcja prawotwórcza prezydenta w sferze europejskiej może się przejawiać poprzez skorzystanie przez głowę państwa z inicjatywy ustawodawczej. Wobec braku regulacji dotyczącej członkostwa Polski w Unii Europejskiej powstawały różne inicjatywy wprowadzenia zmian do systemu konstytucyjnego poprzez znowelizowanie ustawy zasadniczej. Próba taka została też podjęta przez prezydenta

¹⁸ Przykładowo zdaniem P. Winczorka „prezydent może zaniechać ratyfikacji takiej umowy, bo w przeciwnym razie jego kompetencja w tym zakresie nabrałaby czysto dekoracyjnego charakteru, co w świetle art. 126 ust. 1 i 2 konstytucji byłoby wątpliwe”. P. Winczorek, *Ratyfikacja dla prestiżu Polski*, „Rzeczpospolita” 17.07.2008.

¹⁹ P. Winczorek, *Termin ratyfikacji umowy międzynarodowej*, „Rzeczpospolita” 12.02.2010.

²⁰ Ustawa z dnia 14 kwietnia 2000 roku o umowach międzynarodowych (Dz. U. z 2020 r., poz. 127), dalej: u.u.m.

RP Bronisława Komorowskiego, który przedstawił w dniu 12 listopada 2010 roku projekt ustawy o zmianie Konstytucji (druk 3598). Przedłożony przez prezydenta projekt przewidywał:

1. Wprowadzenie rozwiązań ułatwiających efektywne wykonywanie prawa UE przez pełną realizację zobowiązań zaciągniętych w Traktacie akcesyjnym w zakresie uczestnictwa w Unii Gospodarczej i Walutowej i przyjęcia euro; 2. wprowadzenie trybu przyjmowania stanowiska Polski w nowych procedurach unijnych i unormowania trybu podejmowania decyzji o wystąpieniu z UE²¹.

W projekcie tym znalazła się propozycja przepisu regulującego współdziałanie w ramach organów władzy publicznej w sposób odpowiadający regulacji zawartej w art. 133 ust. 3, która dotyczy współdziałania tych organów państwa w zakresie polityki zagranicznej²². W mojej ocenie przepis ten był zbędny, gdyż w zakresie spraw międzynarodowych mieszczą się przecież sprawy europejskie, co zresztą podkreślał TK w postanowieniu z 20 maja 2009 roku, sygn. Kpt 2/08, a zatem obowiązujący art. 133 ust. 3 Konstytucji jest wystarczający dla określenia pozycji i zadań organów władzy wykonawczej. Dla porządku dodać należy, że kwestia określenia roli prezydenta w sprawach europejskich budziła kontrowersje w toku prac komisyjnych i brak jednomyślności.

Kolejną próbą aktywności legislacyjnej jest zapowiedziana przez prezydenta Andrzeja Dudę propozycja złożenia projektu ustawy o współpracy organów władzy publicznej w zakresie polityki międzynarodowej, szczególnie w ramach Unii Europejskiej²³.

Prezydent zaangażował się także w politykę europejską w ten sposób, że ogłosił inicjatywę ustawodawczą, której celem była zmiana zasad funkcjonowania Sądu Najwyższego, a przede wszystkim likwidacja uznanej przez Unię Europejską za nielegalną Izby Dyscyplinarnej Sądu Najwyższego.

Przejawem realizacji funkcji prawotwórczej jest też współpraca prezydenta RP z innymi organami władzy publicznej w zakresie stanowienia prawa Unii Europejskiej. Prezydent w proces ten został włączony na mocy postanowień ustawy kooperacyjnej²⁴.

Prezydent podejmuje, na wniosek Rady Ministrów, za zgodą wyrażoną w ustawie decyzję w sprawie:

²¹ R. Balicki, *Zagadnienie „rozdziálu europejskiego” w Konstytucji RP — uwagi de lege ferenda*, [w:] *Zasada pierwszeństwa stosowania prawa Unii Europejskiej w praktyce działania organów władzy publicznej RP*, s. 102.

²² Zgodnie z art. 227h ust. 3 projektu „Prezydent Rzeczypospolitej Polskiej w zakresie polityki Rzeczypospolitej w Unii Europejskiej współdziała z Prezesem Rady Ministrów i właściwym ministrem”.

²³ M. Auzbiter, *Prezydent Duda zapowiedział projekt ustawy o lepszej współpracy pomiędzy władzą, „Rzeczpospolita”* 1.05.2023.

²⁴ Ustawa z dnia 8 października 2010 roku o współpracy Rady Ministrów z Sejmem i Senatem w sprawach związanych z członkostwem Rzeczypospolitej Polskiej w Unii Europejskiej (Dz. U. z 2010 r. Nr 213, poz. 1395).

— stanowiska Rzeczypospolitej Polskiej w sprawie projektu aktu prawnego Unii Europejskiej, o którym mowa w art. 31 ust. 3, art. 42 ust. 2 lub art. 48 ust. 7 Traktatu o Unii Europejskiej, lub w art. 312 ust. 2 akapit drugi Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, lub w Protokole (nr 9) w sprawie decyzji Rady odnoszącej się do wykonania art. 16 ust. 4 Traktatu o Unii Europejskiej i art. 238 ust. 2 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej w okresie między 1 listopada 2014 a 31 marca 2017 roku i od kwietnia 2017 roku dołączonym do Traktatu o Unii Europejskiej, Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej i Traktatu ustanawiającego Europejską Wspólnotę Energii Atomowej (art. 14) oraz

— stanowiska Rzeczypospolitej Polskiej w sprawie projektu aktu prawnego Unii Europejskiej, o którym mowa w art. 81 ust. 3, art. 153 ust. 2 akapit czwarty, art. 192 ust. 2 akapit drugi, art. 333 ust. 1 lub art. 333 ust. 2 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (art. 15).

Jak widać, podstawą stanowiska Rzeczypospolitej Polskiej w wymienionych sprawach jest decyzja Prezydenta RP. Przedłożenie mu wniosku, o którym mowa w ust. 1, jest dokonywane po uzyskaniu zgody wyrażonej w ustawie. Wniosek RM określa, jakie stanowisko (opowiedzenie się za przyjęciem projektu aktu prawnego lub wstrzymanie się od głosu) ma obowiązek zająć przedstawiciel RP w Radzie Europejskiej (art. 14) lub w Radzie (art. 15). Brak uchwalenia ustawy upoważniającej lub niepodjęcie decyzji przez prezydenta obliguje przedstawiciela RP do opowiedzenia się za odrzuceniem projektu aktu prawnego UE. Jak trafnie zauważa Ryszard Balicki, przedmiotowa procedura została ukształtowana analogicznie do procedury ratyfikacji umów międzynarodowych, co osłabia pozycję Rady Ministrów, a wzmacnia Sejm i Senat oraz Prezydenta²⁵. Nie rozwiązuje przy tym problemów, które związane są z ratyfikacją umów międzynarodowych przez prezydenta. Ustawa kooperacyjna nie wskazuje bowiem terminu, w ramach którego powinien on wydać decyzję. Kwestia ta jest o tyle istotna, że niepodjęcie decyzji przez prezydenta oznacza w zasadzie odrzucenie projektu aktu prawnego UE. W związku z tym trudno ustalić, kiedy prezydent ostatecznie nie podjął decyzji za odrzuceniem projektu aktu prawnego UE. Tytułem uwag *de lege ferenda* warto byłoby prezydenta związać jakimś terminem na wydanie decyzji. Z jego bezskutecznym wpływem będzie można wiązać dalsze losy projektu aktu prawnego UE. Nie do końca klarownie została też nakreślona rola prezydenta RP w ramach procedury stanowienia prawa UE przewidzianej ustawą kooperacyjną. Wszak stanowi ona o wniosku RM, co mogłoby sugerować, że prezydent wnioskiem tym nie jest związany, ma on bowiem ze swej natury niewiążący charakter. Wydaje się również, że uchwalenie ustawy upoważniającej nie zobowiązuje prezydenta do wydania decyzji i zachowuje on swobodę w zakresie jej podjęcia. O swobodzie decyzyjnej świadczy również przepis ustawy kooperacyjnej stanowiący, że niepodjęcie decyzji przez prezydenta obliguje przedstawiciela RP do opowiedzenia

²⁵ R. Balicki, *Funkcja europejska Sejmu RP*, Wrocław 2019, s. 128.

się za odrzuceniem projektu aktu prawnego UE. Z drugiej strony, nie można zapominać, że to Rada Ministrów sprawuje ogólne kierownictwo w dziedzinie stosunków z innymi państwami i organizacjami międzynarodowymi, o czym była już mowa, a konsekwencją przyjęcia takiego stanowiska jest ograniczenie swobody głowy państwa w sferze prawotwórstwa europejskiego i związanie jej wnioskiem Rady Ministrów oraz ustawą upoważniającą. Innymi słowy, przyjęcie, że w sferze prawotwórstwa europejskiego uprawnienia prezydenta nabierają dekoracyjnego charakteru. Osobiście jestem zwolennikiem pierwszego poglądu, wychodząc z założenia, że wobec brzmienia ustawy kooperacyjnej roli prezydenta nie da się sprowadzić tylko i wyłącznie do notariusza Rady Ministrów, Sejmu i Senatu, a fakt włączenia Prezydenta w procedurę stanowienia prawa Unii Europejskiej świadczy o przyznaniu mu pewnych istotnych kompetencji w tym względzie. O tym, czy uprawnienia te korespondują z rolą wyznaczoną głowie państwa w stosunkach europejskich, czy nie są nadmierne i zbyt autonomiczne, powinien jednak zdecydować ustawodawca.

4. ZAKOŃCZENIE

Konstytucja RP nie odnosi się wprost do roli prezydenta w polityce europejskiej. Czyni to natomiast pośrednio poprzez regulacje dotyczące prezydenta jako reprezentanta państwa w stosunkach zewnętrznych. Na szczęście unormowania w tym względzie cechuje uniwersalność i nadają się one do zastosowania w zakresie realizacji uprawnień w polityce europejskiej. Rola głowy państwa w realizacji funkcji europejskiej jest jednak ograniczona. Wydaje się, że na tę funkcję należy aktualnie spoglądać przez pryzmat postanowienia Trybunału Konstytucyjnego z 20 maja 2009 roku, sygn. Kpt 2/08, w którym nakreślono w rzeczywistości pozycję prezydenta jako wtórną (pomocniczą, akcydentalną, uzupełniającą) wobec Rady Ministrów. Pomimo że Trybunał Konstytucyjny określił pozycję tych organów jako „współdziałanie”, to jednak podkreślił pierwszeństwo RM w kreowaniu i realizacji polityki zagranicznej. Pozycja prezydenta jest zatem zdecydowanie słabsza i przejawia się głównie w funkcji ceremonialnej (reprezentacyjnej). Tego spostrzeżenia nie korygują obowiązujące regulacje prawne, które w pewnych sytuacjach przyznają głowie państwa takie uprawnienia w tym układzie, które nie korespondują z pełnieniem przez niego funkcji najwyższego reprezentanta. Chodzi tu głównie o uprawnienia związane z ratyfikacją umów międzynarodowych i wydawaniem pewnych decyzji przez głowę państwa w zakresie stanowienia prawa UE. Wydaje się, że w tym zakresie konieczne byłoby zaangażowanie ustawodawcy, aby wyeliminować konflikty mogące pojawić się w przyszłości na linii Rada Ministrów–Prezydent i ukrócić możliwość wystąpienia dualizmu decyzyjnego w polityce europejskiej. Regulacje te dają pewną swobodę decyzyjną głowie

państwa, która przy braku zachowania dobrej woli politycznej może doprowadzić do kolejnych kryzysów konstytucyjnych z całą mocą oddziałujących na politykę europejską. Z tego względu należy docenić inicjatywę prezydenta dotyczącą złożenia projektu ustawy o współpracy organów władzy publicznej w zakresie polityki międzynarodowej, szczególnie w ramach Unii Europejskiej.

W rzeczywistości funkcja europejska prezydenta mieści w sobie dwie inne: reprezentacyjną i prawotwórczą, przy czym ta druga ogranicza się tylko i wyłącznie do skromnego udziału w procesie prawotwórczym na pewnym etapie sekwencyjnego procesu stanowienia prawa. Wydaje się jednak, że zarówno uprawnienia wynikające z aktów prawa krajowego, jak i unormowania międzynarodowe (w tym europejskie) pozwalają na wyodrębnianie wśród funkcji prezydenta funkcji europejskiej.

THE EUROPEAN FUNCTION OF THE PRESIDENT OF THE REPUBLIC OF POLAND

Summary

Polish membership in the EU has made it necessary to analyze the powers of some bodies from an EU perspective. One source of this is EU law, which incorporates constitutional bodies into the structures of EU bodies, while another is tied to national regulations, which must be interpreted in a way that is friendly to EU law. This article offers an investigation into whether the President has the so-called European function and what is its essence. The aim is also to indicate certain powers of the President in the field of European Policy. The consequence of these analyses is to determine the scope of the European function of the President and the essence of this function based on cooperation with the Council of Ministers.

Keywords: president, Council of Ministers, cooperation, European Union, Constitution, European politics, European function

BIBLIOGRAFIA

- Auzbiter M., *Prezydent Duda zapowiedział projekt ustawy o lepszej współpracy pomiędzy władzą, „Rzeczpospolita”* 1.05.2023.
- Balicki R., *Art. 133, [w:] Komentarz. Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej*, red. M. Haczowska, Warszawa 2014.
- Balicki R., *Funkcja europejska Sejmu RP*, Wrocław 2019.
- Balicki R., *Zagadnienie „rozdziału europejskiego” w Konstytucji RP — uwagi de lege ferenda, [w:] Zasada pierwszeństwa stosowania prawa Unii Europejskiej w praktyce działania organów władzy publicznej RP*, red. M. Jabłoński, S. Jarosz-Żukowska, Wrocław 2015.
- Balicki R., Ławniczak A., *Prezydent RP a proces stanowienia prawa europejskiego, [w:] Zasada pierwszeństwa stosowania prawa Unii Europejskiej w praktyce działania organów władzy publicznej RP*, red. M. Jabłoński, S. Jarosz-Żukowska, Wrocław 2015.
- Banaszak B., *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2012.

- Barcz J., Górka M., *System instytucjonalny Unii Europejskiej*, Warszawa 2009.
- Bierzanek R., Symonides J., *Prawo międzynarodowe publiczne*, Warszawa 2004.
- Bosek L., *Art. 133*, [w:] *Konstytucja RP. Tom II. Komentarz do art. 87–243*, red. M. Safian, L. Bosek, Warszawa 2016.
- Gebethner S., *System rządów parlamentarno-gabinetowych, system rządów prezydenckich oraz rozwiązania pośrednie*, [w:] *Konstytucyjne systemy rządów*, red. M. Domagała, Warszawa 1997.
- Kuczma P., *Europeizacja Konstytucji RP na tle rozwiązań państw członkowskich Unii Europejskiej*, „Przegląd Prawa i Administracji” 2022, nr 129.
- Kuczma P., *Oddziaływanie międzynarodowych i europejskich aktów prawnych na prawo krajowe na przykładzie uregulowań ekstradycyjnych*, „Dyskurs Prawniczy i Administracyjny” 2023, nr 1.
- Maliszewska-Nienartowicz J., *System instytucjonalny i prawny Unii Europejskiej*, Toruń 2010.
- Masternak-Kubiak M., Preisner A., *Realizacja konstytucyjnego podziału kompetencji organów państwa w stosunkach zewnętrznych*, [w:] *Otwarcie Konstytucji RP na prawo międzynarodowe i procesy integracyjne*, red. K. Wójtowicz, Warszawa 2006.
- Sarnecki P., *Art. 133*, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, red. L. Garlicki, Warszawa.
- Winczorek P., *Ratyfikacja dla prestiżu Polski*, „Rzeczpospolita” 17.07.2008.
- Winczorek P., *Termin ratyfikacji umowy międzynarodowej*, „Rzeczpospolita” 12.02.2010.

JOANNA KUŹMICKA-SULIKOWSKA

ORCID: 0000-0002-7699-5150

Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego

DOCHOWANIE TERMINU NA ZŁOŻENIE OŚWIADCZENIA O PRZYJĘCIU LUB ODRZUCENIU SPADKU W IMIENIU MAŁOLETNIEGO

Abstrakt: W artykule poruszona jest tematyka ważna dla polskiego prawa spadkowego. Konkretnie chodzi o przypadki, w których do dziedziczenia dochodzi małoletni spadkobierca, a jego przedstawiciel ustawowy chce w jego imieniu przyjąć lub odrzucić spadek. Do tej pory pojawiał się tu problem z wykonaniem tego w terminie na dokonanie tej czynności wynikającym z art. 1015 § 1 k.c. w związku z koniecznością uzyskania na to uprzedniej zgody sądu opiekuńczego. W artykule pokazano, jak starano się ten problem rozwiązać w orzecznictwie i doktrynie, a także omówiono i poddano ocenie to, jakie jego rozwiązanie przyniosła nowelizacja Kodeksu cywilnego z 28 lipca 2023 roku.

Słowa kluczowe: prawo spadkowe, małoletni spadkobierca, odrzucenie spadku, przyjęcie spadku, termin na złożenie oświadczenia o przyjęciu lub odrzuceniu spadku

1. WPROWADZENIE

Inspiracją dla napisania niniejszego artykułu stało się dodanie na podstawie art. 1 pkt 6 ustawy z 28 lipca 2023 roku o zmianie ustawy — Kodeks cywilny oraz niektórych innych ustaw¹ w art. 1015 k.c. nowej jednostki redakcyjnej w postaci § 1², w myśl którego jeżeli złożenie oświadczenia o przyjęciu lub odrzuceniu spadku wymaga zezwolenia sądu, bieg terminu do złożenia oświadczenia ulega zawieszeniu na czas trwania postępowania sądowego w tym przedmiocie. Przepis ten, który wszedł w życie 15 listopada 2023 roku, ma ogromne znaczenie dla praktyki stosowania prawa, stanowiąc rozwiązanie przez ustawodawcę kwestii, która od lat budziła silne kontrowersje w literaturze prawniczej i orzecznictwie sądowym, a dotyczyła sytuacji, w których do dziedziczenia dochodziła osoba małoletnia, w imieniu której oświadczenie o przyjęciu spadku wprost lub jego odrzuceniu musiał złożyć jej przedstawiciel ustawowy, który jednak potrzebował

¹ Dz. U. z 2023 r., poz. 1615 (dalej: ZmKC z 28 lipca 2023 roku).

uzyskać na to zezwolenie sądu opiekuńczego. Uzyskiwanie go trwało i w wielu przypadkach oczekiwanie na nie powodowało, że w międzyczasie upływał termin na złożenie wspomnianego oświadczenia. Trudno się więc dziwić, że powszechnie taka patowa sytuacja, do której prowadziło stosowanie się do obowiązujących przepisów prawa, spotykała się z krytyką i pojawiły się różnorodne koncepcje mające zapobiegać wspomnianej powyżej negatywnej konsekwencji w postaci upływu terminu na złożenie oświadczenia co do przyjęcia lub odrzucenia spadku przez przedstawiciela ustawowego w imieniu małoletniego przy braku możliwości złożenia takiego oświadczenia z powodu nieuzyskania na czas zezwolenia sądu na dokonanie takiej czynności. Ponieważ jednak koncepcje te były bardzo zróżnicowane, trudno uznać, że osiągnięte zostało satysfakcjonujące *status quo* w tym jakże newralgicznym dla praktyki stosowania prawa spadkowego aspekcie. Niniejszy artykuł ma na celu pokazanie źródła tego problemu, dotychczas wypracowanych koncepcji jego rozwiązywania (wraz ze wskazaniem ich słabych stron) oraz dokonanie oceny, jak na tym tle przedstawia się wspomniana powyżej zmiana stanu prawnego dokonana ZmKC z 28 lipca 2023 roku, jakie jest jej znaczenie i czy rozwiąże ona zarysowany problem.

2. STAN PRAWNY OBOWIĄZUJĄCY DO 14 LISTOPADA 2023 ROKU. KONCEPCJE DOKTRYNALNE I LINIE ORZECZNICZE

Polski Kodeks cywilny zastrzega dla spadkobiercy sześciomiesięczny termin — liczony od dnia, w którym dowiedział się on o tytule swojego powołania do dziedziczenia po określonym spadkodawcy — na złożenie oświadczenia o odrzuceniu spadku albo jego przyjęciu (art. 1015 § 1 k.c.)², przy czym przyjąć spadek może on wprost (przyjęcie proste, to jest bez ograniczenia odpowiedzialności za długi spadkowe) bądź też z dobrodziejstwem inwentarza, to jest z ograniczeniem tej odpowiedzialności do wartości ustalonego w wykazie inwentarza albo w spisie inwentarza stanu czynnego spadku (art. 1012 k.c. w związku z art. 1031 k.c.). Wskazany termin sześciomiesięczny liczony jest indywidualnie dla każdego spadkobiercy i osobno dla każdego jego tytułu powołania do spadku³. Jest to termin zawity, wobec czego jego upływ zamyka możliwość złożenia przez spadkobiercę oświadczenia w przedmiocie przyjęcia lub odrzucenia spadku⁴. Wprawdzie surowość tej konsekwencji jest obecnie istotnie łagodzona przez to, że *de lege lata* brak złożenia przez spadkobiercę omawianego oświadczenia we wskazanym terminie skutkuje przypisaniem mu przyjęcia spadku z dobrodziejstwem inwentarza

² Ustawa z 23 kwietnia 2023 roku — Kodeks cywilny (t.j. Dz. U. z 2023 r., poz. 1610 ze zm.) dalej: k.c.

³ Uchwała SN z 19 października 2018 roku, III CZP 36/18, MoP 2018, Nr 22, s. 1183.

⁴ *Communis opinio* doktryny i orzecznictwa, zob. na przykład K. Żok, [w:] *Kodeks cywilny, t. III. Komentarz. Art. 627–1088*, red. M. Gutowski, Warszawa 2022, art. 1015, Nb 1.

(art. 1015 § 2 k.c.)⁵, to jednak niekoniecznie zawsze jest to korzystne w danej sytuacji i na przykład dla spadkobiercy lepiej byłoby, gdyby spadek odrzucił. Trzeba też mieć na uwadze, że przyjęcie spadku wiąże się z wieloma obciążeniami osobistymi, czasowymi i finansowymi, a także skorzystanie z ograniczenia odpowiedzialności przy przyjęciu spadku z dobrodziejstwem inwentarza wymaga aktywnej postawy i podejmowania działań celem realnego skorzystania z tego ograniczenia odpowiedzialności.

Wspomniany zastrzeżony w art. 1015 § 1 k.c. stosunkowo krótki, bo sześciomiesięczny termin na złożenie oświadczenia co do odrzucenia lub przyjęcia spadku, ma przede wszystkim mobilizować do relatywnie szybkiego podjęcia przez spadkobiercę decyzji odnośnie do określonego spadku, a tym samym umożliwiać w miarę szybkie ustalanie kręgu spadkobierców, co jest pożądane zwłaszcza z perspektywy potrzeb obrotu (na przykład jeśli chodzi o następstwo prawne po zmarłym w ramach stosunków prawnych, wykonanie wymagalnych zobowiązań itd.). Teoretycznie czas ten wydaje się optymalny, w praktyce okazał się on jednak niewystarczający w przypadkach, w których spadkobiercą jest osoba małoletnia. W odniesieniu do takich sytuacji przyjęto bowiem, bazując przede wszystkim na art. 101 § 3 k.r.o.⁶ (w brzmieniu sprzed nowelizacji tego przepisu dokonanej na mocy art. 2 pkt 1 ZmKC z 28 lipca 2023 roku) — w myśl którego rodzice nie mogą bez zezwolenia sądu opiekuńczego dokonywać czynności przekraczających zakres zwykłego zarządu ani wyrażać zgody na dokonywanie takich czynności przez dziecko — że takimi czynnościami przekraczającymi zakres zwykłego zarządu są proste przyjęcie spadku albo odrzucenie spadku i w związku z tym na złożenie któregoś z tych oświadczeń w imieniu małoletniego pozostającego pod władzą rodzicielską rodzic musi uzyskać zgodę sądu opiekuńczego; nie musi jej uzyskiwać jedynie na złożenie oświadczenia o przyjęciu spadku z dobrodziejstwem inwentarza, jako że tej czynności nie uznaje się za przekraczającą zakres zwykłego zarządu⁷. Takie stanowisko orzecznictwa i doktryny sprawiło, że w przypadkach, w których spadkobierca był małoletni i oświadczenie w jego imieniu o odrzuceniu

⁵ Zwłaszcza w porównaniu z tym, że wcześniej, przed wejściem w życie tego rozwiązania z dniem 18 października 2015 roku (na podstawie ustawy z 20 marca 2015 roku o zmianie ustawy — Kodeks cywilny oraz niektórych innych ustaw, poz. 539) obowiązywało o wiele bardziej radykalne w skutkach unormowanie przewidujące przyjmowanie co do zasady, że taka osoba przyjęła spadek wprost, a więc bez ograniczenia odpowiedzialności za długi spadkowe (choć zastrzeżone były od tego wyjątki).

⁶ Ustawa z 25 lutego 1964 roku — Kodeks rodzinny i opiekuńczy (t.j. Dz. U. z 2020 r., poz. 1359 ze zm.), dalej: k.r.o.

⁷ M. Pazdan, [w:] *Kodeks cywilny, t. II. Komentarz. Art. 450–1088*, red. K. Pietrzykowski, Warszawa 2021, art. 1012, Nb 12; K. Szpyt, [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. M. Załucki, Warszawa 2020, art. 1012, Nb 14; J. Misztal-Konecka, *Warunki skuteczności oświadczenia o przyjęciu lub odrzuceniu spadku. Forma oświadczenia i termin do jego złożenia*, „Przegląd Sądowy” 2009, nr 11–12, s. 77; tak też co do oświadczenia o odrzuceniu spadku: uchwała SN z 22 maja 2018 roku, III CZP 102/17, OSN 2018, nr 12, poz. 110; post. SN z 25 lutego 2015 roku, IV CSK 304/14, Legalis.

spadku lub przyjęciu spadku wprost miał złożyć jego przedstawiciel ustawowy, najczęściej rodzic, nie mógł go po prostu złożyć tak jak inni spadkobiercy, lecz musiał najpierw wystąpić do sądu opiekuńczego o zgodę na złożenie takiego oświadczenia w imieniu małoletniego. To sprawiało, że od okoliczności zupełnie nieprzewidywalnej, na którą tenże przedstawiciel ustawowy nie miał żadnego wpływu, to jest tego, w jakim czasie dana sprawa zostanie rozpatrzona przez ten sąd, zależało to, czy przedstawiciel zdoła uzyskać wspomnianą wymaganą zgodę i na jej podstawie złożyć oświadczenie w imieniu małoletniego spadkobiercy o odrzuceniu spadku albo przyjęciu go wprost, zanim upłynie termin na złożenie takiego oświadczenia zastrzeżony w art. 1015 § 1 k.c.⁸ Ze względu na powszechne poczucie niezasadności takiej sytuacji generowanej w wyniku stosowania się wszak przez przedstawiciela ustawowego małoletniego spadkobiercy do obowiązujących wymogów, zaproponowano wiele rozwiązań mających zapobiegać przekraczaniu w takich przypadkach terminu z art. 1015 § 1 k.c. ze względu na nieuzyskanie na czas wspomnianej zgody sądu opiekuńczego.

W ramach istotnej części koncepcji zgłoszonych w tym kontekście zaproponowano — w tym w ramach orzecznictwa Sądu Najwyższego — sięganie w różny sposób do analogicznego stosowania tu przepisów dotyczących biegu terminów przedawnienia roszczeń. W ramach pierwszej opcji dopuszczono takie stosowanie w drodze analogii art. 123 § 1 pkt 1 k.c. i przyjmowanie w wyniku tego, że złożenie przez przedstawiciela ustawowego małoletniego spadkobiercy wniosku do sądu opiekuńczego o zezwolenie na złożenie w imieniu małoletniego oświadczenia o odrzuceniu lub przyjęciu spadku przerywa bieg terminu z art. 1015 § 1 k.c., który to termin zaczyna bieg od nowa po prawomocnym zakończeniu tego postępowania sądu opiekuńczego⁹. Według alternatywnej koncepcji zgłaszanej w tym nurcie w grę wchodzić tu powinno analogiczne stosowanie art. 121 k.c. i w efekcie uznanie, że na czas trwania postępowania sądowego dotyczącego udzielenia wspomnianego zezwolenia dochodzi do zawieszenia biegu terminu z art. 1015 § 1 k.c.¹⁰ Zostało także wyrażone stanowisko stanowiące pewną oboczność tego ostatniego poglądu, bowiem także bazujące na stosowaniu w rozważanym kontekście *per analogiam* unormowania dotyczącego zawieszenia biegu terminu przedawnienia

⁸ Co jednak warto podkreślić, przyjmuje się, że w razie dojścia do dziedziczenia osoby nie-mającej pełnej zdolności do czynności prawnych termin na złożenie w jej imieniu oświadczenia o przyjęciu lub odrzuceniu spadku biegnie od momentu, w którym przedstawiciel ustawowy tej osoby dowie się o jej powołaniu do dziedziczenia (postanowienie SN z 25 lutego 2015 roku, IV CSK 304/14, Legalis; postanowienie SN z 24 września 2015 roku, V CSK 686/14, Legalis; J. Pisuliński, *Niektóre problemy związane z terminem do złożenia oświadczenia o przyjęciu lub odrzuceniu spadku*, „Rejent” 1992, nr 6, s. 64).

⁹ Postanowienie SN z 28 maja 2015 roku, III CSK 352/14, OSN 2016, Nr 5, poz. 63; A. Kal-laus, *Zezwolenie na odrzucenie spadku przypadającego osobie małoletniej*, „Przegląd Sądowy” 2016, nr 7–8, s. 115.

¹⁰ Postanowienie SN z 24 września 2015 roku, V CSK 686/14, Legalis; postanowienie SN z 20 listopada 2013 roku, I CSK 329/13, OSN 2014, Nr 9, poz. 93.

roszczenia, lecz w taki zmodyfikowany sposób, by przyjmować, że w czasie trwania postępowania sądowego zainicjowanego wspomnianym już wnioskiem przedstawiciela ustawowego do sądu opiekuńczego termin z art. 1015 § 1 k.c. nie może zakończyć biegu aż do uprawomocnienia się postanowienia kończącego to postępowanie, natomiast już po uprawomocnieniu się tego postanowienia przedstawiciel ustawy powinien niezwłocznie złożyć oświadczenie w imieniu małoletniego co do na przykład odrzucenia spadku (chyba że w danym przypadku wszystko przebiegłoby tak szybko, że nawet uwzględnwszy czas trwania postępowania przed sądem opiekuńczym, nie upłynął jeszcze termin z art. 1015 § 1 k.c. — w tym ostatnim przypadku przedstawiciel ustawy mógłby złożyć to oświadczenie niekoniecznie niezwłocznie po zakończeniu postępowania w przedmiocie udzielenia wspomnianej zgody, byleby nastąpiło to przed upływem terminu z art. 1015 § 1 k.c.)¹¹.

Co więcej, w orzecznictwie Sądu Najwyższego pojawiły się także judykaty, w których rozwiązania analizowanej tu kwestii upatrywano w sięgnięciu do art. 1017 k.c. jako do przepisu regulującego w ocenie tego sądu najbardziej podobną sytuację i w efekcie w przyjmowaniu, że termin do złożenia oświadczenia o odrzuceniu spadku przez przedstawicieli ustawowych małoletniego nie może ulec zakończeniu, zanim nie nastąpi prawomocne zakończenie postępowania o zezwolenie na złożenie tego oświadczenia. Następnie, w przypadku, gdy to postępowanie przed sądem opiekuńczym zakończyłoby się wcześniej, oświadczenie przedstawiciela ustawowego o odrzuceniu spadku w imieniu małoletniego mogłoby być złożone w dowolnym momencie, aż do upływu terminu wynikającego z art. 1015 § 1 k.c. Natomiast w wypadku, gdyby wspomniane postępowanie przed sądem opiekuńczym zakończyło się już po upływie terminu zastrzeżonego w tym ostatnim przepisie, to wskazane oświadczenie w kwestii odrzucenia spadku powinno zostać złożone niezwłocznie, przy czym oceniając, czy zostało dokonane w sposób niezwłoczny, należałoby uwzględnić ogół okoliczności sprawy i należytą staranność tego przedstawiciela ustawowego¹².

Również w literaturze prawniczej zgłoszone zostały różne koncepcje w rozważanej kwestii. Przykładowo zaproponowano, by już sam fakt złożenia przez przedstawiciela ustawowego przed upływem terminu z art. 1015 § 1 k.c. wniosku do sądu opiekuńczego o zezwolenie na złożenie oświadczenia o przyjęciu lub odrzuceniu spadku w imieniu małoletniego był uznawany za czynność powodującą dochowanie terminu zastrzeżonego w tym przepisie¹³. Według innego zapatrywania nie byłoby to wystarczające, lecz przedstawiciel ustawy małoletniego

¹¹ Postanowienie SN z 28 września 2016 r., III CSK 329/15, OSN 2017, Nr 5, poz. 61.

¹² Uchwała SN (7) z 22 maja 2018 roku, III CZP 102/17, OSN 2018, Nr 12, poz. 110; postanowienie SN z 12 czerwca 2019 roku, II CSK 236/18, Legalis; postanowienie SN z 12 lutego 2021 roku, IV CSK 376/20, Legalis.

¹³ A.M. Szymańska, *Termin do złożenia oświadczenia o przyjęciu bądź odrzuceniu spadku*, „Białostockie Studia Prawnicze” 2010, nr 7, s. 272.

spadkobiercy jednak powinien złożyć wniosek do sądu spadku o odebranie oświadczenia o przyjęciu lub odrzuceniu spadku w imieniu małoletniego, po czym złożyć kolejny wniosek, tym razem do sądu opiekuńczego, o zezwolenie na złożenie takiego oświadczenia w imieniu małoletniego, co miałoby prowadzić do zawieszenia postępowania przez sąd spadku na podstawie art. 177 § 1 pkt 1 w związku z art. 13 § 2 k.p.c. aż do wydania orzeczenia w przedmiocie wspomnianego zezwolenia przez sąd opiekuńczy¹⁴. Według alternatywnej koncepcji przedstawiciel ustawowy małoletniego powinien najpierw złożyć wspomniany wniosek do sądu opiekuńczego, a jeśli ten sąd nie wydałby zgody na złożenie oświadczenia co do spadku w imieniu małoletniego przed upływem terminu z art. 1015 § 1 k.c., to zaproponowano stosowanie wówczas w drodze analogii art. 1019 k.c.¹⁵ Warto także odnotować i inne zapatrywanie, w myśl którego przedstawiciel ustawowy powinien składać w imieniu małoletniego oświadczenie o przyjęciu albo odrzuceniu spadku przed upływem terminu wynikającego z art. 1015 § 1 k.c., by nie dopuścić do jego bezskutecznego upływu, a następnie występować do sądu opiekuńczego o wyrażenie następczej zgody na to oświadczenie¹⁶.

Jak wynika z wielości i różnorodności przedstawionych propozycji rozwiązania analizowanej w niniejszym artykule sytuacji, zarysowany problem był poważny, a choć koncepcji jego rozwiązania pojawiało się sporo, niemniej jednak bardzo daleko było do wypracowania jednorodnego stanowiska w tej kwestii nawet w ramach orzecznictwa samego Sądu Najwyższego, co w sposób nieunikniony pociągało za sobą nieprzewidywalność co do tego, jaka będzie na tle identycznych przypadków ocena poszczególnych sądów, to jest — którą ze scharakteryzowanych koncepcji w danym przypadku określony sąd przyjmie i czy uzna, że dane działania podjęte przez przedstawiciela ustawowego skutkowały dotrzymaniem terminu z art. 1015 § 1 k.c. na złożenie oświadczenia o przyjęciu lub odrzuceniu spadku w imieniu małoletniego czy też nie. Trudno uznać za zadowalającą taką sytuację, w której istnieje taka niepewność w tak newralgicznej dla stosowania prawa spadkowego kwestii. Już samo to sprawiało, że jako bardzo pożądana jawiła się ingerencja ustawodawcy i rozwiązanie tego problemu poprzez przyjęcie unormowania ustawowego, które zakończyłoby tę niepewność, dostarczając jednolitego modelu oceny przypadków, w których przedstawiciel ustawowy mający złożyć oświadczenie o odrzuceniu lub prostym przyjęciu spadku w imieniu małoletniego spadkobiercy musi uzyskać na to uprzednią zgodę sądu opiekuńczego. Przy tym dorozumianym założeniem było tu wypracowanie takiego rozwiązania, by zastosowanie się przez tego przedstawiciela ustawowego do wynikającego z obowiązujących przepisów wymogu uzyskania zgody sądu opiekuńczego i czas oczekiwania

¹⁴ A. Patryk, *Glosa do post. SN z 20.11.2013 r., I CSK 329/13*, LEX.

¹⁵ B. Konińska, *Upływ terminu do odrzucenia spadku w imieniu małoletniego*, „Rejent” 2014, nr 9, s. 68–71.

¹⁶ J. Pisuliński, *Niektóre problemy związane z terminem do złożenia oświadczenia o przyjęciu lub odrzuceniu spadku*, s. 65–66.

na stanowisko tego sądu jako okoliczność niezależna od tego przedstawiciela nie niweczyły możliwości dochowania terminu z art. 1015 § 1 k.c. na złożenie tego oświadczenia (co wskazano jako dorozumiane założenie z tego względu, że nie tylko przemawiają za nim względy słuszności, ale i ewidentnie do osiągnięcia takiego rezultatu dążyły wszystkie przytoczone już, zgłaszane dotąd koncepcje rozwiązania tego problemu). Dodatkowo za potrzebą ustawowego uregulowania analizowanej kwestii przemawiały też różne mankamenty proponowanych w tej kwestii rozwiązań. Na podjęcie szczegółowej polemiki w tym zakresie brak tu miejsca, stąd w szczegółach odesłać należy do bardziej obszernych opracowań¹⁷, jedynie przykładowo wskazując, że choćby sięganiu w drodze analogii do przepisu dotyczącego przerwania biegu przedawnienia roszczeń i wiązaniu takiego skutku jak przerwanie biegu terminu z art. 1015 § 1 k.c. z wniesieniem przez przedstawiciela ustawowego wniosku do sądu opiekuńczego o zgodę na złożenie oświadczenia co do przyjęcia lub odrzucenia spadku w imieniu małoletniego i bieg tego terminu od nowa po zakończeniu postępowania przed tym sądem można by zarzucać nieproporcjonalne uprzywilejowywanie w ten sposób małoletnich spadkobierców w stosunku do sytuacji, w jakiej znajdują się inni spadkobiercy. Z kolei w odniesieniu do koncepcji, w ramach których zaproponowano sięganie do rozwiązań z art. 1017 k.c. czy art. 1019 k.c., polemizować można co do tego, czy w istocie regulują one przypadki na tyle podobne do tu rozważanego, że zasadnie można stosować je w drodze analogii; wydaje się, że nie. Natomiast samo złożenie wniosku do sądu opiekuńczego o zezwolenie na złożenie oświadczenia o przyjęciu lub odrzuceniu spadku w imieniu małoletniego nie może być traktowane jako czynność powodująca dochowanie terminu z art. 1015 § 1 k.c., albowiem w tym przepisie zastrzeżony został termin na złożenie tego oświadczenia, zaś wspomniane wystąpienie o zezwolenie nie stanowi takiego oświadczenia, a jedynie czynność poprzedzającą je, umożliwiającą złożenie oświadczenia o określonej treści (o przyjęciu spadku wprost lub jego odrzuceniu). Generalnie jako najmniej kontrowersyjne jawią się te spośród wspomnianych wcześniej koncepcji, w ramach których dążono do rozwiązania analizowanego tu problemu poprzez sięgnięcie do konstrukcji zawieszenia biegu terminu z art. 1015 § 1 k.c. na skutek złożenia przez przedstawiciela ustawowego wniosku do sądu opiekuńczego, niemniej jednak z braku podstaw normatywnych do tego konieczne było dokonywanie takiego zabiegu w drodze praktyki orzeczniczej sięgającej do stosowania analogii, a także nie było to wolne od potencjalnych kontrowersji (zarówno jeśli chodzi o stosowanie do biegu terminu zawitego przepisu dotyczącego biegu terminów przedawnienia, jak i na przykład o to że przedmiotem dyskusji może być, czy w poszczególnym przypadku, na tle okoliczności danej sprawy, przedstawiciel ustawy złożył oświadczenie co do spadku w imieniu małoletniego niezwłocznie

¹⁷ J. Kuźmicka-Sulikowska, [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. E. Gniewek, P. Machniowski, Warszawa 2021, art. 1015, Nb 5.

po prawomocnym zakończeniu postępowania przed sądem opiekuńczym w przedmiocie udzielenia zgody na złożenie tego oświadczenia, czy też wymogu tej niezwołności nie dochował).

3. OCENA ZMIAN STANU PRAWNEGO OBOWIĄZUJĄCYCH OD 15 LISTOPADA 2023 ROKU

W świetle przytoczonych argumentów pozytywnie należy ocenić to, że ustawodawca dostrzegł omówiony problem oraz postanowił zakończyć wskazany stan niepewności i braku jednolitości orzecznictwa, dokonując odpowiedniej interwencji ustawodawczej. Mianowicie: na podstawie art. 1 pkt 6 ZmKC z 28 lipca 2023 roku dodano w art. 1015 k.c. wspomniany już na początku niniejszego tekstu § 1², wiążąc w nim normatywnie z trwającym postępowaniem sądowym w przedmiocie zezwolenia na złożenie oświadczenia o przyjęciu lub odrzuceniu spadku skutek w postaci zawieszenia na czas tego postępowania biegu terminu na złożenie takiego oświadczenia. Ustawodawca wybrał tu zatem rozwiązanie, które już wcześniej zyskało szerokie uznanie w orzecznictwie sądowym, w tym Sądu Najwyższego, a także spotykało się z aprobatą części przedstawicieli doktryny; jest to przy tym rozwiązanie budzące najmniej kontrowersji w porównaniu z pozostałymi tu proponowanymi (zob. poczynione we wcześniejszej części rozważań uwagi polemiczne). Dlatego też to, dodane z mocą od 15 listopada 2023 roku¹⁸, rozwiązanie zawarte w § 1² w ramach art. 1015 k.c. co do zasady ocenić należy pozytywnie. Niewątpliwie ureguluje ono niezwykle ważną dla praktyki stosowania prawa spadkowego kwestię, kończąc niepożądany stan niepewności wynikający z wielości zapatrywań co do tego, czy i jaki wpływ na bieg terminu z art. 1015 § 1 k.c. ma złożenie przez przedstawiciela ustawowego małoletniego spadkobiercy wymaganego wniosku do sądu opiekuńczego o zezwolenie na odrzucenie bądź przyjęcie wprost w imieniu tego małoletniego przypadającego mu spadku. Podkreślić należy, że było to potrzebne tym bardziej, że występowały nawet takie orzeczenia, w których negowano zasadność uwzględniania czasu trwania postępowania przed sądem opiekuńczym zainicjowanego takim wnioskiem przy ocenie dochowania terminu z art. 1015 § 1 k.c.¹⁹ Tymczasem należy się przychylić do dominującego w tej kwestii, przedstawionego już, zapatrywania, że okoliczność ta powinna podlegać w tym kontekście uwzględnianiu. W przeciwnym wypadku zastosowanie się przez przedstawiciela ustawowego małoletniego

¹⁸ Przy czym należy mieć na uwadze, że zgodnie z art. 11 ust. 4 ZmKC z 28 lipca 2023 roku, jeżeli termin do złożenia oświadczenia o przyjęciu lub o odrzuceniu spadku nie upłynął przed dniem wejścia w życie niniejszej ustawy (to jest przed 15 listopada 2023), stosuje się przepisy art. 1015 § 1¹ i 1² k.c.

¹⁹ Zob. na przykład postanowienie SN z 13 grudnia 2012 roku, V CSK 18/12, Legalis; post. SN z 25 maja 2012 roku, I CSK 414/11, Legalis.

spadkobiercy do wymogu uzyskania zezwolenia sądu opiekuńczego na przyjęcie spadku wprost lub jego odrzucenie w imieniu tego małoletniego skutkowałoby tym, że od okoliczności zupełnie losowej i niezależnej od tego spadkobiercy i jego przedstawiciela (czyli tego, w jakim czasie sąd opiekuńczy rozpozna wniosek) zależałoby, czy przedstawiciel ten zdąży złożyć to oświadczenie w kwestii przyjęcia lub odrzucenia spadku przed upływem terminu z art. 1015 § 1 k.c., czy też nie. Opieszałość sądu opiekuńczego mogłaby zamykać tę możliwość, co nie jawi się jako rozwiązanie sprawiedliwe i zasługujące na aprobatę, bowiem system prawny zawierałby wewnętrzną sprzeczność (konieczność dokonania jednej czynności, która blokuje możliwość dokonania w terminie innej) i zastawiał swoistą pułapkę, w którą można byłoby wpaść w zależności od praktyki (w tym zwłaszcza czasu) działania sądów w poszczególnych przypadkach, co z kolei w niepożądany sposób różnicowałoby sytuację małoletnich spadkobierców na tle takich samych sytuacji prawnych.

Ponadto podkreślić należy i inne, mniej oczywiste znaczenie dodania w art. 1015 k.c. tego § 1², mianowicie takie, że ustawodawca przewidział tu stosowanie mechanizmu zawieszenia biegu terminu, dotychczas normatywnie zarezerwowanego dla biegu terminów przedawnienia, do biegu terminu zawitego, taki wszak bowiem charakter ma termin z art. 1015 § 1 k.c. Z tego też względu to nowe rozwiązanie ustawowe należy uznać za przełomowe. Cechą znamioną terminów zawitych jest bowiem to, że biegą one w sposób niezakłócony odmiennie niż terminy przedawnienia roszczeń, które mogą ulegać przerywaniu, zawieszaniu, wstrzymywaniu zakończenia biegu (art. 121–124 k.c.). Co więcej, terminy zawite są zazwyczaj krótkie po to, by sytuacja prawna w danej kwestii uległa szybkiemu wyjaśnieniu w sposób nieodwołalny. Nie inaczej jest w przypadku terminu z art. 1015 § 1 k.c., po bezskutecznym upływie którego nie jest już możliwe złożenie oświadczenia o przyjęciu lub odrzuceniu spadku, co ma służyć szybkiemu ustaleniu kręgu spadkobierców, a tym samym kręgu podstawowych podmiotów ponoszących odpowiedzialność za długi spadkowe²⁰. Wprawdzie ten właśnie niedoznający zakłóceń bieg terminów zawitych stanowił niekiedy problem w praktyce stosowania prawa, która w przypadkach, gdy jawiło się to jako niesłuszne z różnych przyczyn aksjologicznych, mimo braku podstaw normatywnych ku temu, stosowała wówczas do biegu poszczególnych terminów zawitych *per analogiam* przepisy o zawieszeniu lub przerwaniu biegu terminów przedawnienia roszczeń (w tym w odniesieniu do omawianego tu terminu z art. 1015 § 1 k.c., o czym była już mowa). Po pierwsze jednak, zauważyć należy, że nie było to rozwiązanie ustawowe, lecz wypracowane w praktyce stosowania prawa. Po drugie natomiast, odnotować należy, że jednak od lat taki stan rzeczy uważa się za niesatysfakcjonujący i zgłoszony został w związku z tym postulat wprowadzenia do Kodeksu cywilnego

²⁰ Nie tylko oni ponoszą bowiem tę odpowiedzialność, jednak temat ten nie będzie tu rozwijany jako poboczny dla niniejszych rozważań.

ogólnej regulacji odnoszącej się do terminów zawitych²¹, a nawet przedstawiono konkretne propozycje brzmienia takiej regulacji²². Co warto podkreślić, w ramach jednej z tych propozycji, jako art. 163 projektu z 2015 roku, zaproponowano wprowadzenie przepisu, w myśl którego jeśli wykonanie uprawnienia wymaga uzyskania zezwolenia sądu, bieg terminu zawitego ulegałby zawieszeniu na czas trwania postępowania o udzielenie zezwolenia, co — jak tam wyjaśniono — miałyby się odnosić do przypadków, gdy uprawniony lub jego przedstawiciel nie może wykonać danego uprawnienia bez uprzedniego uzyskania zezwolenia sądu²³; a zatem dotyczyłoby to też przypadków analizowanych w niniejszym opracowaniu, rozwiązując omówiony problem z dotrzymaniem terminu z art. 1015 § 1 k.c. Tymczasem ustawodawca jak dotąd nie wprowadził ogólnej regulacji dotyczącej biegu terminów zawitych w ramach Kodeksu cywilnego (niestety), a jedynie właśnie ten jeden przepis art. 1015 § 1² k.c. odnoszący się do kwestii zawieszenia biegu tylko jednego terminu zawitego, to jest — tego z art. 1015 § 1 k.c., na złożenie oświadczenia o przyjęciu lub odrzuceniu spadku, a więc o węższym zakresie zastosowania niż proponowany w projekcie z 2015 roku art. 163. Na tym tle widać wyraźnie wyjątkowy charakter tego nowego przepisu art. 1015 § 1² k.c. Przy tym, z jednej strony, należy ocenić go pozytywnie, jako rozwiązujący nabrzmiały w praktyce stosowania prawa problem zgodnie z podstawową koncepcją jego rozwiązania proponowaną dotąd w orzecznictwie i doktrynie, a z drugiej — można zarzucać ustawodawcy tworzenie dziwnego wylomu systemowego i wprowadzanie rozwiązania odnoszącego się do zawieszenia biegu tylko jednego terminu zawitego. Nadto wytknąć należy, że mimo okazji ku temu niestety znów nie zrealizowano słusznego, zgłaszanego od lat, przywołanego już postulatu wprowadzenia ogólnej regulacji dotyczącej biegu terminów zawitych w Kodeksie cywilnym, co wszak miałyby ten walor, że rozwiązywałoby liczne problemy związane z biegiem tych terminów, a więc wiele newralgicznych aspektów z zakresu praktyki stosowania prawa; zamiast tego ustawodawca ograniczył się do uregulowania partykularnej kwestii związanej tylko z jednym terminem zawitym.

Przy tym należy mieć na uwadze, że to szeroko omówione dodanie w art. 1015 k.c. § 1² nie było jedyną zmianą przyniesioną przez ZmKC z 28 lipca 2023 roku związaną z zagadnieniem stanowiącym temat niniejszego opracowania. Warto bowiem także odnotować, że ustawodawca dokonał tu nadania rangi rozwiązania

²¹ Zielona księga. *Optymalna wizja Kodeksu cywilnego w Rzeczypospolitej Polskiej*, red. Z. Radwański, Warszawa 2006, s. 59.

²² J. Gołaczyński, B. Kordasiewicz, J. Zrałek, [w:] *Księga pierwsza Kodeksu cywilnego. Projekt z uzasadnieniem*, Warszawa 2009, s. 183–186; P. Machnikowski, [w:] *Kodeks cywilny. Księga pierwsza, Część ogólna. Projekt Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Cywilnego przyjęty w 2015 r. z komentarzem członków zespołu problemowego KKPC*, red. P. Machnikowski, Warszawa 2017, s. 238–240.

²³ P. Machnikowski, [w:] *Kodeks cywilny. Księga pierwsza, Część ogólna. Projekt Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Cywilnego przyjęty w 2015 r. z komentarzem członków zespołu problemowego KKPC*, s. 240.

ustawowego dotychczas wypracowanemu rozwiązaniu także w innym aspekcie. Mianowicie, o czym była mowa w pkt 2 niniejszego tekstu, w doktrynie i orzecznictwie od lat na tle dotąd obowiązującego brzmienia art. 101 § 3 k.r.o. przyjmowano, że przedstawiciel ustawowy musi uzyskiwać zgodę sądu opiekuńczego na proste przyjęcie spadku lub jego odrzucenie w imieniu małoletniego spadkobiercy (jako że uznano to za czynności przekraczające zakres zwykłego zarządu, o których mowa w ostatnim przywołanym przepisie w jego brzmieniu obowiązującym do 14 listopada 2023 roku), natomiast zgoda taka nie jest wymagana w przypadku składania oświadczenia o przyjęciu spadku z dobrodziejstwem inwentarza. Takie wypracowane stanowisko orzecznictwa i doktryny na mocy ZmKC z 28 lipca 2023 roku od 15 listopada 2023 roku stało się obowiązującym prawem, co wynika z tego, że na podstawie art. 2 pkt 1 powołanej ustawy nowelizującej zmieniło się brzmienie art. 101 § 3 k.r.o. na takie, w myśl którego rodzice nie mogą bez zezwolenia sądu opiekuńczego albo, w przypadkach wskazanych w art. 640¹ k.p.c., sądu spadku dokonywać czynności przekraczających zakres zwykłego zarządu ani wyrażać zgody na dokonywanie takich czynności przez dziecko; przy czym z kolei ten art. 640¹ k.p.c. wprowadzony na podstawie art. 3 pkt 2 tejże ZmKC z 28 lipca 2023 roku (także obowiązujący od 15 listopada 2023 roku) stanowi, że zezwolenie na dokonanie czynności przekraczającej zakres zwykłego zarządu majątkiem dziecka lub osoby pozostającej pod opieką w postaci prostego przyjęcia lub odrzucenia spadku, w toku postępowania o stwierdzenie nabycia spadku, wydaje sąd spadku. Tym samym wobec usankcjonowania tego normatywnie potwierdzone zostaje w sposób niepozostawiający miejsca na wątpliwości, że czynnością przekraczającą zakres zwykłego zarządu majątkiem dziecka jest złożenie w jego imieniu oświadczenia o prostym przyjęciu spadku bądź odrzuceniu spadku. *A contrario* uznać należy, że nie jest taką czynnością (a więc i nie wymaga uzyskiwania zezwolenia sądu) składanie oświadczenia o przyjęciu spadku z dobrodziejstwem inwentarza. Ustawodawca utrzymał tu zatem wcześniej wypracowane w praktyce *status quo*. Już jednak istotną nowością jest rozwiązanie z art. 640¹ § 2 k.p.c., także wprowadzonego ZmKC z 28 lipca 2023 roku, zgodnie z którym z chwilą wszczęcia postępowania o stwierdzenie nabycia spadku wnioski o zezwolenie na dokonanie czynności, o której mowa w art. 640¹ § 1 k.p.c., złożony do sądu opiekuńczego, przekazuje się do dalszego rozpoznania sądowi spadku²⁴. Rozwiązanie to należy

²⁴ W uzasadnieniu tego rozwiązania wyjaśniono, że daje się w ten sposób możliwość rozstrzygnięcia w jednym postępowaniu kompleksowo o dziedziczeniu przez sąd spadku, co jest zasadne wobec tego, że „w praktyce sądy opiekuńcze w zasadzie nie prowadzą w tego typu sprawach wnikliwego postępowania dowodowego i podejmują decyzje co do wydania zezwolenia na przyjęcie albo odrzucenie spadku przez małoletniego na podstawie oświadczeń rodziców”, podczas gdy „sądy spadku natomiast posiadają duże doświadczenie w uzyskiwaniu informacji o składzie majątku spadkowego (por. art. 674 § 2 k.p.c., sprawy o wyjawienie przedmiotów spadkowych, zarząd spadku nieobjętego, zabezpieczenie spadku itp.), co pozwala założyć, że w sposób właściwy realizują funkcję ochronną państwa w zakresie zabezpieczenia wyłącznie majątkowych interesów małoletnich spadkobierców i zapewnią im zachowanie wszystkich procesowych gwarancji” (rządowy

ocenić ze wszech miar pozytywnie, bowiem przestanie zachodzić konieczność oczekiwania na rozstrzygnięcie sądu opiekuńczego w przedmiocie zgody na złożenie wspomnianego oświadczenia co do spadku, lecz stanie się to elementem sprawy o stwierdzenie nabycia spadku. Biorąc pod uwagę rozwiązanie ustawowe zawarte w art. 640¹ § 2 k.p.c., w pierwszej chwili mogłoby się w ogóle pojawiać pytanie o sens wprowadzania od 15 listopada 2023 roku analizowanego art. 1015 § 1² k.c., zawieszającego bieg terminu na złożenie oświadczenia co do przyjęcia prostego spadku lub jego odrzucenia w imieniu małoletniego na czas trwania postępowania przed sądem opiekuńczym dotyczącego udzielenia przedstawicielowi ustawowemu tego małoletniego zgody na złożenie takiego oświadczenia, jeśli po prostu dla uniknięcia upływu terminu na złożenie tego oświadczenia z art. 1015 § 1 k.c. wystarczyłoby przed upływem tego terminu złożyć wniosek do sądu opiekuńczego o to zezwolenie i do sądu spadku wnioski o stwierdzenie nabycia spadku, czy w ogóle oba te wnioski jednocześnie do sądu spadku, by skorzystać z mechanizmu z nowego art. 640¹ k.p.c. Uznać jednak należy, że nie przekreśla on tego, że art. 1015 § 1² k.c. będzie potrzebny choćby w sytuacjach, gdy oświadczenie o przyjęciu lub odrzuceniu spadku w imieniu małoletniego nie będzie składane przed sądem, lecz przed notariuszem (art. 1018 § 3 k.c.) i sporządzany będzie notarialny akt poświadczenia dziedziczenia po danym spadkodawcy (art. 1025 § 1 zd. 2 k.c.); bądź też wtedy, gdy wprowadzie takie oświadczenie o przyjęciu bądź odrzuceniu spadku będzie składane przed sądem, ale następnie wybrana zostanie właśnie możliwość sporządzenia przez notariusza aktu poświadczenia dziedziczenia. Trzeba też mieć na uwadze, że nie ma prawnego obowiązku inicjowania postępowania o stwierdzenie nabycia spadku.

MEETING THE DEADLINE FOR SUBMITTING A DECLARATION OF ACCEPTANCE OR REJECTION OF INHERITANCE ON BEHALF OF A MINOR

Summary

This paper discusses topics of some import to Polish inheritance law. Specifically, this concerns cases in which the inheritance occurs to a minor heir and his legal representative intends to accept or reject the inheritance on his behalf. So far, there has been a problem with doing this within the time limit specified in Article 1015(1) of the Civil Code due to the need to obtain prior consent of the guardianship court. The article shows how attempts were made to solve this problem in case law and doctrine, and discusses and assesses the solution provided by the amendment to the Civil Code of July 28, 2023.

Keywords: inheritance law, minor heir, rejection of inheritance, acceptance of inheritance, deadline for submitting the declaration of acceptance or rejection of inheritance

BIBLIOGRAFIA

- Gołaczyński J., Kordasiewicz B., Zrałek J., [w:] *Księga pierwsza Kodeksu cywilnego. Projekt z uzasadnieniem*, Warszawa 2009.
- Kallaus A., *Zezwolenie na odrzucenie spadku przypadającego osobie małoletniej*, „Przegląd Sądowy” 2016, nr 7–8.
- Konińska B., *Uływ terminu do odrzucenia spadku w imieniu małoletniego*, „Rejent” 2014, nr 9.
- Kuźmicka-Sulikowska J., [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. E. Gniewek, P. Machnikowski, Warszawa 2021.
- Machnikowski P., [w:] *Kodeks cywilny. Księga pierwsza, Część ogólna. Projekt Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Cywilnego przyjęty w 2015 r. z komentarzem członków zespołu problemowego KKPC*, red. P. Machnikowski, Warszawa 2017.
- Misztal-Konecka J., *Warunki skuteczności oświadczenia o przyjęciu lub odrzuceniu spadku. Forma oświadczenia i termin do jego złożenia*, „Przegląd Sądowy” 2009, nr 11–12.
- Patryk A., *Glosa do post. SN z 20.11.2013 r., I CSK 329/13*, LEX.
- Pazdan M., [w:] *Kodeks cywilny, t. II. Komentarz. Art. 450–1088*, red. K. Pietrzykowski, Warszawa 2021.
- Pisuliński J., *Niektóre problemy związane z terminem do złożenia oświadczenia o przyjęciu lub odrzuceniu spadku*, „Rejent” 1992, nr 6.
- Szpyt K., [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. M. Załucki, Warszawa 2020.
- Szymańska A.M., *Termin do złożenia oświadczenia o przyjęciu bądź odrzuceniu spadku*, „Białostockie Studia Prawnicze” 2010, nr 7.
- Zielona księga. Optymalna wizja Kodeksu cywilnego w Rzeczypospolitej Polskiej*, red. Z. Radwański, Warszawa 2006.
- Żok K., [w:] *Kodeks cywilny, t. III. Komentarz. Art. 627–1088*, red. M. Gutowski, Warszawa 2022.

RADOSŁAW MIESZAŁA
ORCID: 0000-0002-3281-7475

RYZYKO W KONTEKŚCIE ODPOWIEDZIALNOŚCI ADMINISTRATORA DANYCH OSOBOWYCH I PODMIOTU PRZETWARZAJĄCEGO A ZAWARCIE ZAPISÓW W UMOWIE POWIERZENIA PRZETWARZANIA DANYCH OSOBOWYCH W CELU OGRANICZENIA ODPOWIEDZIALNOŚCI W ZAKRESIE NAKŁADANIA ADMINISTRACYJNYCH KAR PIENIĘŻNYCH W ROZUMIENIU ARTYKUŁU 83 RODO

Abstrakt: Niniejszy artykuł jest interdyscyplinarną pracą skupiającą się na dziedzinie prawa oraz zarządzania, konkretnie — zarządzania kontraktami, w której autor podjął próbę przedstawienia ryzyk związanych z zapisami w umowie powierzenia przetwarzania danych osobowych, jakich to zastosowanie może stanowić ograniczenie ryzyka w kontekście nałożenia administracyjnych kar pieniężnych w rozumieniu art. 83 RODO. Na wstępie w pracy zostaje przedstawione pojęcie administratora danych osobowych oraz podmiotu przetwarzającego, a także różnice między tymi podmiotami. Następnie poruszona zostaje kwestia umowy o powierzeniu danych osobowych oraz skutków ewentualnego braku wymaganych zapisów bądź umowy w ogóle. W ostatniej części przedstawiona jest analiza przypadków — tak zwanych *case study*, oraz wnioski, z jakich powodów dotyczących umów o powierzeniu danych osobowych zostały nałożone kary pieniężne w rozumieniu art. 83 RODO.

Słowa kluczowe: ryzyko a umowa o powierzeniu danych osobowych, zapisy w umowie o powierzeniu danych osobowych a ryzyko, ryzyko a umowy RODO, ryzyka w umowie o powierzeniu danych osobowych

1. ADMINISTRATOR DANYCH OSOBOWYCH ORAZ PODMIOT PRZETWARZAJĄCY A ODPOWIEDZIALNOŚĆ ZWIĄZANA Z PRZETWARZANIEM DANYCH OSOBOWYCH W ROZUMIENIU ROZPORZĄDZENIA O OCHRONIE DANYCH OSOBOWYCH

Rozróżnienie pomiędzy administratorem danych osobowych a podmiotem przetwarzającym dane osobowe oraz interakcje pomiędzy tymi podmiotami

odgrywają kluczową rolę w zakresie stosowania rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z dnia 27 kwietnia 2016 roku w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE (ogólne rozporządzenie o ochronie danych) (dalej: rozporządzenie o ochronie danych osobowych lub RODO), przede wszystkim dlatego, że z takiego ustalenia wynika:

i) kto pierwszorzędnie ponosi odpowiedzialność za zgodność przetwarzania danych osobowych z prawem oraz

ii) w jaki sposób osoby, których dotyczą przetwarzane dane osobowe, mogą w praktyce egzekwować swoje prawa¹.

Sama zasada odpowiedzialności („rozliczalności”) została uregulowana w art. 5 ust. 2 rozporządzenia o ochronie danych osobowych w następujący sposób: „Administrator jest odpowiedzialny za przestrzeganie przepisów ust. 1 i musi być w stanie wykazać ich przestrzeganie («rozliczalność»)”². Oprócz tego rozporządzenie o ochronie danych osobowych nakłada inne skonkretyzowane zasady dotyczące korzystania przez administratorów danych osobowych z podmiotów przetwarzających (na przykład administrator powinien korzystać wyłącznie z usług podmiotów przetwarzających, które w wystarczający sposób zapewniają gwarancje wdrożenia odpowiednich środków technicznych i organizacyjnych w taki sposób, ażeby przetwarzanie spełniało wymogi rozporządzenia o ochronie danych osobowych i chroniło prawa osób, których dane są przetwarzane)³ oraz zasady dotyczące przetwarzania danych osobowych również w kontekście podmiotów przetwarzających (na przykład że ten zapewnia poufność danych oraz inne kwestie wynikające z umowy o przetwarzaniu danych osobowych, w tym że stosuje on odpowiednie środki techniczne i organizacyjne, zobowiązuje się do „asystowania” administratorowi danych osobowych w wywiązaniu się z obowiązków określonych w rozporządzeniu o ochronie danych osobowych⁴, prowadzi rejestr wszystkich kategorii czynności przetwarzania danych osobowych dokonywanych w imieniu administratora — rejestr ten musi posiadać wyszczególnione przez rozporządzenie o ochronie danych osobowych informacje⁵, obowiązek wyznaczenia inspektora danych osobowych w konkretnych przypadkach czy też powiadomienia administratora danych osobowych o naruszeniu ochrony danych osobowych⁶. Oprócz tego trzeba zaznaczyć, że rozporządzenie o ochronie danych osobowych

¹ European Data Protection Board, *Guidelines 07/2020 on the concepts of controller and processor in the GDPR*, 2.09.2020, s. 7.

² Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z dnia 27 kwietnia 2016 roku w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE, art. 5 ust. 2.

³ *Ibidem*, motyw 81 oraz art. 28 ust. 1.

⁴ *Ibidem*, art. 28 ust. 3, art. 32.

⁵ *Ibidem*, art. 32 ust. 2.

⁶ *Ibidem*, art. 33 ust. 2.

nakłada na obydwie podmioty — podmiot przetwarzający oraz administratora danych osobowych — obowiązek zawarcia umowy o przetwarzaniu danych osobowych⁷. Niewątpliwie sam brak takiej umowy między podmiotem przetwarzającym a administratorem będzie naruszeniem artykułu 28 ust. 3 rozporządzenia o ochronie danych osobowych, za które to naruszenie co do zasady odpowiadać może zarówno administrator, jak i podmiot przetwarzający dane osobowe. Nie ulega zatem wątpliwości, że z zastrzeżeniem art. 3 RODO odpowiedni organ nadzorczy w zakresie ochrony danych osobowych, w takiej sytuacji, ma co do zasady możliwość, aby nałożyć karę administracyjną na administratora danych osobowych oraz podmiot przetwarzający, biorąc oczywiście pod uwagę stan faktyczny danej sprawy⁸. Może się jednak zdarzyć, że przykładowo administrator danych osobowych będzie znajdował się poza jurysdykcją rozporządzenia o ochronie danych osobowych, w takiej sytuacji to podmiot przetwarzający — o ile znajduje się w tej jurysdykcji — będzie jako jedyny odpowiedzialny za zawarcie umowy o przetwarzaniu danych osobowych w rozumieniu art. 28 ust. 3 RODO⁹. Biorąc to pod uwagę, umowa taka powinna nakładać pewne obowiązki na podmiot przetwarzający w taki sposób, aby był on zobowiązany w rozumieniu przepisów Unii Europejskiej czy też odpowiedniego państwa członkowskiego Unii Europejskiej w zakresie ich przestrzegania („Przetwarzanie przez podmiot przetwarzający odbywa się na podstawie umowy lub innego instrumentu prawnego, które podlegają prawu Unii lub prawu państwa członkowskiego i wiążą podmiot przetwarzający i administratora”)¹⁰. Warto przy okazji tutaj nadmienić, że taka umowa musi zgodnie z RODO być zawarta na piśmie, dlatego też bez względu na to, czy względem danego prawa krajowego podmiot przetwarzający i administrator zawarli przykładową umowę ustną, która jest wiążąca — w rozumieniu RODO forma ta będzie niewystarczająca¹¹. Rozporządzenie o ochronie danych osobowych definiuje rolę administratora w następujący sposób¹²: „administrator” oznacza osobę fizyczną

⁷ *Ibidem*, art. 28 ust. 3, European Data Protection Board, *Guidelines 07/2020 on the concepts of controller and processor in the GDPR*, 2.09.2020, s. 30.

⁸ Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z dnia 27 kwietnia 2016 roku w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE, art. 28 ust. 3; European Data Protection Board, *Guidelines 07/2020 on the concepts of controller and processor in the GDPR*, 2.09.2020, s. 32.

⁹ European Data Protection Board, *Guidelines 3/2018 on the territorial scope of the GDPR*, 12.11.2019, s. 12.

¹⁰ Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z dnia 27 kwietnia 2016 roku w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE, art. 28 ust. 3.

¹¹ *Ibidem*, art. 28 ust. 9, European Data Protection Board, *Guidelines 3/2018 on the territorial scope of the GDPR*, 12.11.2019, s. 5–6.

¹² Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z dnia 27 kwietnia 2016 roku w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych

lub prawną, organ publiczny, jednostkę lub inny podmiot, który samodzielnie lub wspólnie z innymi ustala cele i sposoby przetwarzania danych osobowych; jeżeli cele i sposoby takiego przetwarzania są określone w prawie Unii lub w prawie państwa członkowskiego, to również w prawie Unii lub w prawie państwa członkowskiego może zostać wyznaczony administrator lub mogą zostać określone konkretne kryteria jego wyznaczania. Z kolei według tego rozporządzenia podmiot przetwarzający jest definiowany w następujący sposób: „podmiot przetwarzający” oznacza osobę fizyczną lub prawną, organ publiczny, jednostkę lub inny podmiot, który przetwarza dane osobowe w imieniu administratora¹³. Już tutaj można zauważyć podstawową różnicę, która polega na tym, że administrator „ustala cele i sposoby przetwarzania danych osobowych”, a więc jest głównym decydem w tym zakresie, zaś podmiot przetwarzający czy też dalszy podmiot przetwarzający przetwarza dane osobowe w imieniu tego decydenta — administratora. Jak więc widać, to właśnie administrator odgrywa największą rolę, gdy chodzi o przetwarzanie danych osobowych. Definicja ta jest oparta na tej zawartej w akcie normatywnym poprzedzającym rozporządzenie o ochronie danych osobowych — dokładnie w art. 2 lit. d dyrektywy 95/46/WE¹⁴, tak samo zresztą jak definicja podmiotu przetwarzającego¹⁵. Definicja administratora jest również poniekąd zbliżona do byłej już polskiej ustawy z 29 sierpnia 1997 roku¹⁶, w której była mowa o „środkach przetwarzania”, natomiast w unijnym rozporządzeniu — już o „sposobach przetwarzania”, co jest główną różnicą tych definicji. Ustalenie, który podmiot w danej relacji jest administratorem danych osobowych, a który podmiotem przetwarzającym, jest kluczowe przede wszystkim ze względu na to, że większość wymogów określonych przepisami komentowanego rozporządzenia ciąży na administratorze, jego także pierwszorzędnie obarcza się odpowiedzialnością za naruszenie przepisów. Zgodnie z rozporządzeniem oraz doktryną administratorem jest podmiot¹⁷:

i) będący osobą fizyczną lub prawną, organem publicznym, jednostką lub innym podmiotem (w regulacyjnym uszczegółowieniu administratora opisuje się, że kategorią może być również „inny podmiot”, co umożliwia szeroką wykładnię i relatywną swobodę, gdyż dzięki temu zapisowi za administratora można uznać

i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE (ogólne rozporządzenie o ochronie danych) (Dz. U. UE. L. z 2016 r. Nr 119, s. 1 z późn. zm.), art. 4 ust. 7.

¹³ *Ibidem*, art. 4 ust. 8.

¹⁴ Dyrektywa 95/46/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 24 października 1995 roku w sprawie ochrony osób fizycznych w zakresie przetwarzania danych osobowych i swobodnego przepływu tych danych (Dz. U. UE. L. z 1995 r. Nr 281, s. 31 z późn. zm.), art. 2 lit. d.

¹⁵ *Ibidem*, art. 2 lit. e.

¹⁶ Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 roku o ochronie danych osobowych (t.j. Dz. U. z 2016 r., poz. 922 z późn. zm.).

¹⁷ D. Lubasz, W. Chomiczewski, M. Czerniawski, P. Drobek, U. Góral, M. Kuba, P. Makowski, K. Witkowska-Nowakowska, [w:] *RODO. Ogólne rozporządzenie o ochronie danych. Komentarz*, red. E. Bielak-Jomaa, Warszawa 2018, art. 4.

także podmiot, który nie mieści się w żadnej z wcześniej wymienionych kategorii podmiotowych¹⁸,

ii) który samodzielnie lub wspólnie z innymi administratorami ustala cele i sposoby przetwarzania danych osobowych,

przy czym, zgodnie z poglądami Dominika Lubasza, Witolda Chomiczewskiego, Michała Czerniawskiego, Piotra Drobka, Urszuli Góral, Magdaleny Kuby, Pawła Makowskiego i Katarzyny Witkowskiej-Nowakowskiej, „cele i sposoby przetwarzania mogą być ustalane na poziomie przepisów prawa krajowego lub w prawie Unii”, które to przepisy mogą także wyznaczać samego administratora¹⁹. Z opinii grupy roboczej ds. ochrony danych powołanej na mocy art. 29²⁰ wynika, że nie jest kluczowe, czy decyzja w sprawie ustalania celów i sposobów przetwarzania jest zgodna z prawem, ponieważ ewentualna ocena zgodności przetwarzania jest kwestią wtórną i może podlegać ewentualnej weryfikacji na innym etapie.

2. RYZYKO DOTYCZĄCE UMOWY O PRZETWARZANIU DANYCH OSOBOWYCH W KONTEKŚCIE UZNANIA PODMIOTU PRZETWARZAJĄCEGO ZA ADMINISTRATORA DANYCH OSOBOWYCH ORAZ NIEDOPEŁNIENIA OBOWIĄZKÓW ADMINISTRATORA DANYCH OSOBOWYCH — ANALIZA WYBRANYCH PRZYPADKÓW

Celem podkreślenia tego, jak ważne jest skuteczne ustalenie, która ze stron jest administratorem danych, oraz wykonanie w tym zakresie wszelkich potrzebnych działań, przede wszystkim zawarcia umowy o przetwarzaniu danych osobowych pomiędzy administratorem a podmiotem przetwarzającym, w niniejszej sekcji została przedstawiona analiza wybranych przypadków.

¹⁸ P. Fajgielski, *Komentarz do rozporządzenia nr 2016/679 w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE (ogólne rozporządzenie o ochronie danych)*, [w:] *Ogólne rozporządzenie o ochronie danych. Ustawa o ochronie danych osobowych. Komentarz*, Warszawa 2022, art. 4; European Data Protection Board, *Guidelines 07/2020 on the concepts of controller and processor in the GDPR*, 2.09.2020, s. 3, 10.

¹⁹ D. Lubasz, W. Chomiczewski, M. Czerniawski, P. Drobek, U. Góral, M. Kuba, P. Makowski, K. Witkowska-Nowakowska, [w:] *RODO. Ogólne rozporządzenie o ochronie danych. Komentarz*, art. 4.

²⁰ Grupa Robocza ds. Ochrony Danych powołana na mocy art. 29, *Opinia 1/2010 w sprawie pojęć „administrator danych” i „przetwarzający”*, przyjęta w dniu 16 lutego 2010 roku, s. 10; European Data Protection Board, *Guidelines 07/2020 on the concepts of controller and processor in the GDPR*, 2.09.2020, s. 10.

2.1. PRZYKŁAD WHATSAPP IRELAND LTD

Trzeba podkreślić, że w przypadku administratora danych osobowych, zgodnie z art. 82 ust. 2 RODO — jak już zostało wskazane — odpowiada on przedmiotowo w znacznie dalej idący sposób aniżeli podmiot przetwarzający. Zgodnie z tym przepisem:

Każdy administrator uczestniczący w przetwarzaniu odpowiada za szkody spowodowane przetwarzaniem naruszającym niniejsze rozporządzenie. Podmiot przetwarzający odpowiada za szkody spowodowane przetwarzaniem wyłącznie, gdy nie dopełnił obowiązków, które niniejsze rozporządzenie nakłada bezpośrednio na podmioty przetwarzające, lub gdy działał poza zgodnymi z prawem instrukcjami administratora lub wbrew tym instrukcjom²¹.

Jak widać, zakres odpowiedzialności podmiotu przetwarzającego dane osobowe jest znacznie mniejszy aniżeli administratora danych osobowych. Nic w tym dziwnego, że podmiot przetwarzający powinien dążyć zatem do ograniczenia ryzyka, a więc pozostania przy statusie podmiotu przetwarzającego. Aby to zrealizować, podmiot przetwarzający zmuszony jest, zgodnie z art. 28 ust. 3 RODO, do zawarcia umowy z administratorem danych osobowych. Bardzo ważne przy tym jest, aby umowa ta zawierała wszystkie konieczne, wymagane przez art. 28 ust. 3 RODO przesłanki. W innym wypadku umowa taka nie będzie poprawnie zawarta, w związku z czym podmiot przetwarzający narazi się na ryzyko uznania go za administratora danych osobowych. Najlepszym przykładem „ku przestrodze” jest jedna z najwyższych kar, jakie zostały kiedykolwiek nałożone w związku z RODO. Mowa tutaj o karze nałożonej na irlandzką spółkę kojarzącą się z jedną z najbardziej popularnych aplikacji (komunikatorów) na świecie w branży mediów i telekomunikacji, to jest — spółce WhatsApp Ireland Ltd. Grzywna, jaką nałożono, wyniosła aż 225 milionów euro. Z informacji podanych w decyzji wydanej przez irlandzki organ odpowiedzialny za ochronę danych osobowych nr IN-18-12-2 wynika, że komisja ta — o nazwie Komisja Ochrony Danych (dalej: KOD) — ogłosiła w dniu 2 września 2021 roku zakończenie dochodzenia związanego z RODO, które przeprowadziła w sprawie irlandzkiej spółki WhatsApp Ireland Ltd. Dochodzenie KOD rozpoczęło się 10 grudnia 2018 roku i zbadało, czy spółka ta wywiązała się ze swoich obowiązków w zakresie przejrzystości związanej z regulacją RODO w odniesieniu do dostarczania informacji i ich przejrzystości zarówno użytkownikom, jak i osobom niekorzystającym z usługi oferowanej przez WhatsApp Ireland Ltd (dalej: WhatsApp). Dotyczy to informacji przekazywanych osobom, których dane dotyczą, na temat przetwarzania informacji między WhatsApp a innymi firmami Facebooka. Po długim i kompleksowym dochodzeniu KOD przedłożył projekt decyzji wszystkim zainteresowanym organom nadzorczym na mocy art. 60

²¹ Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z dnia 27 kwietnia 2016 roku w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE, art. 82 ust. 2.

GDPR w grudniu 2020 roku. KOD otrzymał następnie zastrzeżenia od ośmiu organów nadzorczych, nie był w stanie osiągnąć porozumienia z organami nadzorczymi w sprawie przedmiotu zastrzeżeń i w dniu 3 czerwca 2021 roku uruchomił proces rozstrzygnięcia sporów (art. 65 GDPR).

W dniu 28 lipca 2021 roku Europejska Rada Ochrony Danych (EDPB) przyjęła wiążącą decyzję, o której powiadomiono KOD. Decyzja ta zawierała wyraźną instrukcję, która wymagała od KOD ponownej oceny i zwiększenia proponowanej grzywny na podstawie wielu czynników zawartych w decyzji EDPB, a po ponownej ocenie KOD nałożyła na spółkę WhatsApp grzywnę w wysokości 225 milionów euro. Oprócz nałożenia grzywny administracyjnej KOD nałożyła również na WhatsApp naganę wraz z nakazem doprowadzenia przetwarzania danych do zgodności z przepisami poprzez podjęcie określonych działań naprawczych. EDPB opublikował decyzję na podstawie art. 65 oraz decyzję końcową na swojej stronie internetowej.

Z punktu 39b omawianej tutaj decyzji wydanej przez KOD jednoznacznie wynika, że prowadzący dochodzenie sformułował pogląd, że przetwarzając dane osobowe osób niebędących użytkownikami, spółka WhatsApp czyniła to jako administrator danych osobowych, a nie podmiot przetwarzający. Ten pogląd oparty był na tym, że przepis określony w art. 28 ust. 3 RODO wymaga, aby wszelkie przetwarzanie (przez podmiot przetwarzający działający w imieniu administratora) było uregulowane „umową lub innym aktem prawnym”. Stwierdzono zatem, że takiej umowy nie było, fakt ten natomiast stanowił, że WhatsApp nie powinien być uznany za podmiot przetwarzający, a za administratora danych osobowych, co wymagało spełnienia obowiązków administratora danych osobowych, których WhatsApp nie spełnił, i w związku z tym nałożona została opisywana w tej kwestii grzywna. Przykład ten w bardzo bezpośredni sposób pokazuje, jak ważne jest to, aby między administratorem a podmiotem przetwarzającym była zawarta odpowiednia umowa o przetwarzaniu danych osobowych. Zawarcie jej „w ogóle” jest kluczowym elementem ograniczenia ryzyka.

Relacja między administratorem danych a podmiotem przetwarzającym musi być określona w formie pisemnej umowy²² lub innego prawnie wiążącego aktu. Jest to konieczne, aby zapewnić przejrzysty podział obowiązków i odpowiedzialności zarówno wewnątrz (pomiędzy administratorami i podmiotami przetwarzającymi), jak i zewnątrz (wobec osób, których dane dotyczą, i organów regulacyjnych)²³. W innym wypadku (bez takiej umowy), jak widać po niniejszej decyzji, podmiot przetwarzający może w łatwy sposób uzyskać status

²² Bez uszczerbku dla „każdej indywidualnej umowy między nimi, administrator i podmiot przetwarzający mogą również zarządzać wymogami art. 28 ust. 3 i 4 poprzez standardowe klauzule umowne, które Komisja Europejska wydała lub organ nadzorczy przyjął na mocy art. 28 ust. 8”, tak w: Millard/Kamarinou, [w:] Ch. Kuner, L.A. Bygrave, Ch. Docksey, *The EU General Data Protection Regulation (GDPR): A Commentary*, Article 28 GDPR, s. 606 (Oxford 2020).

²³ *Ibidem*.

administratora danych osobowych, gdyż zgodnie z art. 28 ust. 3 lit. a RODO podmiot przetwarzający przetwarza dane osobowe wyłącznie na udokumentowane polecenie administratora²⁴. Zgodnie z art. 28 ust. 3 GDPR zasadnicza treść takiej umowy składa się z ośmiu elementów: 1) przedmiot, 2) czas trwania przetwarzania, 3) charakter²⁵, 4) cel przetwarzania, 5) rodzaj danych osobowych, 6) kategorie osób, których dane dotyczą, oraz 7) obowiązki i prawa administratora²⁶. Druga część art. 28 ust. 3 GDPR zawiera listę elementów, które muszą być szczegółowo przewidziane w umowie między administratorem a podmiotem przetwarzającym.

2.2. PRZYKŁAD DEDALUS BIOLOGIE

Inny przykład niedawnej grzywny nałożonej na podstawie braku tak zwanej umowy z art. 28 GDPR został nałożony we Francji na firmę Dedalus Biologie²⁷. W dniu 23 lutego 2021 roku w prasie ujawniono ogromny wyciek danych dotyczących prawie 500 tysięcy osób, który dotyczył firmy Dedalus Biologie. W ten sposób rozpowszechniono w internecie nazwisko, imię, numer ubezpieczenia społecznego, nazwisko lekarza przepisującego leki, datę badania, ale także informacje medyczne tych osób. Zgodnie z informacjami zawartymi w decyzji francuskiego Urzędu Ochrony Danych Osobowych nr SAN-2022-009 z dnia 15 kwietnia 2022 roku kara pieniężna w wysokości 1500 tysięcy euro została nałożona na dostawcę rozwiązań w zakresie oprogramowania działającego jako podmiot przetwarzający dane dla laboratoriów analiz medycznych — Dedalus Biologie, w związku z naruszeniem danych prawie 500 tysięcy osób, których dane dotyczą, w tym z naruszeniem między innymi art. 28 RODO (brak zawarcia umowy o przetwa-

²⁴ Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z dnia 27 kwietnia 2016 roku w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE, art. 28 ust. 3 lit. a.

²⁵ W zakresie charakteru przetwarzania, podmiot przetwarzający może otrzymać pewną swobodę w kwestii sposobów przetwarzania, por. N. Bertermann, [w:] E. Ehmann, M. Selmayr, *Datenschutz-Grundverordnung*, Article 28 GDPR, margin number 20 (Warszawa 2018) with reference to WP29, “Opinion 1/2010 on the concepts of controller and processor”, 00264/10/EN WP 169, 16.02.2010, s. 17.

²⁶ Aby określić prawa i obowiązki administratora, przykładowo właśnie te aspekty należy określić. Zgodnie z RODO tylko administrator danych decyduje o usunięciu, poprawieniu i dostępie do danych osobowych. W szczególności administrator jest również odpowiedzialny za sprawdzenie ogólnej dopuszczalności i zgodności z prawem przetwarzania i musi wydać wystarczające instrukcje (rozumie się, że sposobem wydania tych instrukcji są przede wszystkim zapisy w umowie lub też to, w jaki sposób będzie realizowane wydawanie instrukcji). Administrator danych osobowych ma więc za zadanie być transparentny wobec osoby, której dane dotyczą, w zakresie przetwarzania danych osobowych tej osoby — por. J. Hartung, [w:] J. Kühling, B. Buchner, *DS-GVO BDSG, art. 25 GDPR*, numer marginesu 66 (Warszawa 2020).

²⁷ Délibération SAN-2022-009 issued by Commission nationale de l’informatique et des libertés concerning the company DEDALUS BIOLOGIE, dated 5.04.2022, Légifrance.

rzaniu danych osobowych). Miejscowy inspektor danych osobowych uznał, że Dedalus Biologie był podmiotem przetwarzającym zgodnie z art. 4 ust. 8 GDPR, ponieważ dostarczył laboratoriom narzędzia ułatwiające realizację przetwarzania i działa wyłącznie w imieniu i na odpowiedzialność laboratoriów. Na podstawie tego francuski organ uznał, że przetwarzający naruszył art. 28 ust. 3 GDPR, ponieważ umowa między nim a administratorem (administratorami) nie zawierała niezbędnych informacji wymaganych przez art. 28 ust. 3 GDPR. Na przykład jedna z umów odwoływała się do nieaktualnych przepisów francuskiej ustawy o ochronie danych osobowych. Commission nationale de l'informatique et des libertés wyjaśnił, że samo istnienie sekcji dotyczącej danych osobowych nie spełnia wymogów art. 28 ust. 3 GDPR. Podmiot przetwarzający nie zakwestionował tego naruszenia, twierdził jednak, że nie jest wyłącznie odpowiedzialny, ponieważ art. 28 ust. 3 GDPR nakłada obowiązki zarówno na podmiot przetwarzający, jak i administratora danych, aby taką umowę zawrzeć. Zgodnie z punktem nr 35 oraz 36 decyzji nakładającej karę²⁸

35. Komisja Ograniczona zauważa, że fakt, iż obowiązek wynikający z art. 28 ust. 3 GDPR ciąży zarówno na administratorze danych, jak i na przetwarzającym, nie ma wpływu na istnienie odpowiedzialności podwykonawcy. Zauważa, że to sama spółka przekazuje laboratoriom swoje własne ogólne warunki sprzedaży, które służą jako ramy umowne zgodnie z RODO. 36. Po drugie, Organ zauważa, że ogólne warunki sprzedaży zaproponowane przez DEDALUS BIOLOGY w momencie, gdy laboratoria przyjmują jej usługę, przekazane przez spółkę w ramach procedury kontrolnej, nie zawierają żadnego z oświadczeń wymaganych przez art. 28 RODO. Podobnie zauważa, że wymagane informacje nie pojawiają się również w umowach o konserwację przesłanych do CNIL, zawartych między przedsiębiorstwem a laboratoriami. Tytułem ilustracji, umowa serwisowa zawarta między NETIKA SAS (dawna nazwa DEDALUS BIOLOGY) a spółką [...], w dniu 13 września 2019 roku, z pewnością zawiera część poświęconą danym osobowym, która jednak nie spełnia wymogów art. 28 RODO i odnosi się do nieaktualnych przepisów ustawy o ochronie danych osobowych. Komisja Ograniczona zauważa również, że przykładowa umowa o pomocy i konserwacji, przedstawiona przez spółkę delegacji CNIL podczas kontroli na miejscu w dniu 1 marca 2021 roku, nie zawiera obowiązkowych informacji zgodnie z art. 28 RODO. Jeśli zawiera ona sekcję poświęconą danym osobowym, nie spełnia to wymogów tego artykułu.

Przykład ten pokazuje, że obowiązek wynikający z art. 28 ust. 3 RODO, a konkretnie — zawarcie umowy o powierzeniu danych osobowych pomiędzy podmiotem przetwarzającym a administratorem danych osobowych spoczywa na obu stronach i niewłaściwe jest tutaj doszukiwanie się ograniczenia odpowiedzialności jednej ze stron (w tym konkretnym przypadku chodziło o podmiot przetwarzający), z tego powodu, że druga strona nie wyszła z inicjatywą zawarcia takiej umowy. Obie strony umowy są więc zobowiązane do zawarcia między sobą umowy, zanim takie przetwarzanie danych osobowych nastąpi.

²⁸ Commission nationale de l'informatique et des libertés, Délibération SAN-2022-009 concerning the company DEDALUS BIOLOGIE dated 15.04.2022, Légifrance, pkt 35, 36.

2.3. PRZYKŁAD FIRMY COSMOTE

Kolejny przykład związany jest ze spółką Cosmote Mobile Telecommunications SA będącą częścią grupy firm o nazwie OTE — również w bardzo precyzyjny sposób pokazuje, jak ważne jest zawarcie umowy o powierzeniu danych osobowych między administratorem a podmiotem przetwarzającym dane osobowe.

Grecki Urząd Ochrony Danych (ang. Hellenic Data Protection Authority, dalej: HDPA) opublikował w dniu 31 stycznia 2022 roku decyzję nr 4/2022²⁹, w której nałożył na Cosmote Mobile Telecommunications SA karę pieniężną w wysokości 6 milionów euro za naruszenie RODO, w następstwie naruszenia danych dotyczącego wycieku danych o połączeniach abonentów. HDPA zważył na to, że Cosmote Mobile Telecommunications SA zgłosiła naruszenie danych do HDPA i w związku z żądaniem HDPA przedstawiła odpowiednią dokumentację, z której wynikało, że Grecka Organizacja Telekomunikacyjna SA, grupa OTE, powinna być zaangażowana w badanie incydentu, w szczególności w odniesieniu do wdrożonych środków bezpieczeństwa. Naruszenie obejmowało trzydziestogigabajtowy plik danych osobowych dotyczący połączeń abonentów w okresie od 1 września 2020 do 5 września 2020 z jednego z serwerów firmy Cosmote Mobile Telecommunications SA. Plik zawierał dane abonentów — milionów osób — i składał się z następujących danych: numer telefonu, współrzędne stacji bazowej, oznaczenie IMEI, oznaczenie IMSI, informacje na temat czasu trwania połączenia, informacje na temat operatora, informacje dotyczące planu abonamentowego, wieku, płci oraz średniego przychodu na użytkownika.

Zgodnie z treścią decyzji nakładającej karę pieniężną na firmę Cosmote Mobile Telecommunications SA zarówno ona, jak i podmiot przetwarzający dane nie okazały dowodu, że strony te ustaliły między sobą podział ról w kontekście przetwarzania danych osobowych. W niniejszym przypadku tamtejszy organ nadzorujący powołał się na brak umowy o przetwarzaniu (powierzeniu) danych osobowych zgodnie z art. 28 RODO lub też art. 26 RODO (umowy w przypadku współadministratorów danych osobowych), która, rzecz jasna, zgodnie z przepisami RODO zawiera ustalenie takich kwestii. Współpraca tych dwóch podmiotów i podział odpowiedzialności powinny być oparte albo na podstawie art. 26 RODO w przypadku odpowiedzialności wspólnej (współadministratorów), albo w umowie lub innym akcie prawnym na podstawie art. 28 RODO w przypadku powierzenia przetwarzania danych. Jak się okazało w trakcie badania sprawy przez HDPA, żadna z takich umów nie została zawarta³⁰.

Brak ustalenia ról oraz dookreślenia celów i sposobów przetwarzania albo przekazania pewnej autonomii podmiotowi przetwarzającemu przekazanych przez administratora danych osobowych co do sposobu przetwarzania danych osobowych

²⁹ Decyzja w sprawie nałożenia grzywny za naruszenie danych osobowych i niezgodne z prawem przetwarzanie danych wydana przez Grecki Urząd Ochrony Danych nr 4/2022.

³⁰ *Ibidem*, s. 17–19, 39–40, 43.

czy choćby wstępnych instrukcji przetwarzania danych osobowych w umowie o przetwarzaniu danych osobowych może powodować uznanie podmiotu przetwarzającego jako administratora danych osobowych³¹ na bazie art. 28 ust. 10 RODO³²: „Bez uszczerbku dla art. 82, 83 i 84, jeżeli podmiot przetwarzający naruszy niniejsze rozporządzenie przy określaniu celów i sposobów przetwarzania, uznaje się go za administratora w odniesieniu do tego przetwarzania”. W takiej sytuacji, jak wynika z przepisu, wszelka odpowiedzialność podmiotu pozostaje bez zmian, a podmiot przetwarzający traci swój uprzywilejowany status w zakresie odpowiedzialności i podlega wszystkim obowiązkom administratora określonym w RODO³³. Fakt potrzeby określenia w umowie o przetwarzaniu danych osobowych wyżej określonych kwestii (sposób przetwarzania danych osobowych, cele, instrukcje) w celu zmniejszenia ryzyka — przede wszystkim w kontekście art. 28 ust. 10 RODO — podmiotu przetwarzającego wynika również z tego, co pisze w komentarzu do RODO Marlena Sakowska-Baryła:

Jeśli natomiast podmiot przetwarzający naruszy ramy dysponowania danymi osobowymi, ingerując w cele i sposoby przetwarzania bez udziału, wiedzy i zgody administratora, i naruszy w ten sposób RODO, jego działanie kwalifikować należy jako niezgodne z prawem, a on sam będzie ponosił odpowiedzialność jak administrator³⁴,

jak i Paweł Litwiński:

Natomiast w sytuacji, gdy procesor naruszy tę zasadę i samodzielnie (bez wiedzy i zgody administratora) określi cele i sposoby przetwarzania (bez odpowiedniej podstawy w umowie lub innym akcie prawnym albo też poleceniu wydanym przez administratora), zgodnie z art. 28 ust. 10 RODO taki podmiot przetwarzający będzie ponosił odpowiedzialność jak administrator danych w odniesieniu do tego przetwarzania w sytuacji naruszenia przepisów RODO. Pomimo że polskie tłumaczenie posługuje się sformułowaniem „uznaje się”, chodzi jednak nie o zmianę administratora danych, tylko o rozszerzenie zakresu odpowiedzialności procesora³⁵.

Litwiński również słusznie podkreśla, że zostało to potwierdzone także w polskim orzecznictwie:

Z powyższego wynika zatem, że strona skarżąca miała dostęp do danych osobowych przetwarzanych w ramach monitoringu wizyjnego w związku z bieżącym administrowaniem nieruchomości, a także decydowała o celach i sposobach przetwarzania danych. Nie wynikało to jednak z umowy o administrowanie częścią wspólną zawartą ze Wspólnotą Mieszkaniową [...], z umowy

³¹ W. Spoerr, [w:] H. Wolff, S. Brink, *BeckOK Datenschutzrecht, Article 28 GDPR*, margin number 104 (Warszawa 2021).

³² Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z dnia 27 kwietnia 2016 roku w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE, art. 28 ust. 10.

³³ W. Spoerr, [w:] H. Wolff, S. Brink, *BeckOK Datenschutzrecht, Article 28 GDPR*, margin number 104.

³⁴ *Komentarz do artykułu 28 RODO*, red. M. Sakowska-Baryła, Warszawa 2018, Nb 29.

³⁵ P. Litwiński, *Komentarz do artykułu 28 RODO*, Warszawa 2021, Nb 18.

powierzenia przetwarzania danych osobowych z dnia [...] maja 2018 roku, ani z procedur wewnętrznych dotyczących zarządzania systemem monitoringu. Jak już wyżej wskazano, w sytuacji, gdy podmiot przetwarzający dane osobowe naruszy ogólne rozporządzenie o ochronie danych przy określaniu celów i sposobów przetwarzania, uznaje się go za administratora w odniesieniu do tego przetwarzania (art. 28 ust. 10). Podejmowanie decyzji o celach i sposobach przetwarzania danych należy do sfery uprawnień administratora danych. Jeżeli w tę sferę bezprawnie ingeruje podmiot przetwarzający, wchodząc w zakres zastrzeżony administratorowi, to art. 28 ust. 10 ww. rozporządzenia nakazuje uznać podmiot przetwarzający za administratora w odniesieniu do tego przetwarzania. Oznacza to, że podmiot przetwarzający odpowiada w tym zakresie za naruszenie przepisów rozporządzenia tak jak administrator³⁶.

Jak widać, wojewódzki sąd administracyjny w przytaczanym powyżej przypadku zaznacza, że strona skarżąca przetwarzała dane osobowe oraz decydowała o celach i sposobach tego przetwarzania danych osobowych w ramach monitoringu, ale nie wynikało to z umowy powierzenia przetwarzania danych osobowych, a w związku z tym uznało się ją jako administratora w odniesieniu do ponoszenia odpowiedzialności — jak wynika z art. 28 ust. 10 RODO. Trzeba więc stwierdzić, że gdyby jednak te czynności wynikały z umowy powierzenia przetwarzania danych osobowych, a więc innymi słowy — była ku temu podstawa w tej umowie lub poleceniu wydanym na podstawie tej umowy, to *a contrario* ocena odpowiedzialności podmiotu przetwarzającego plasowałaby się inaczej, a mianowicie — podmiot ten nie ponosiłby odpowiedzialności tak jak administrator danych osobowych, co *de facto* zminimalizowałoby ryzyko tego podmiotu.

3. PODSUMOWANIE

Oryginalnym wkładem autora niniejszego artykułu było udowodnienie na wybranych przykładach, jak zawarcie umowy o przetwarzaniu danych osobowych w odpowiedni sposób pozwala ograniczyć ryzyko podmiotów biorących udział w przetwarzaniu tych danych. Jak się okazuje, zawarcie umowy o powierzeniu danych osobowych oraz odpowiednich zapisów w tej umowie w znaczący sposób ogranicza odpowiedzialność obu podmiotów, a w szczególności podmiotu przetwarzającego. Bardzo „w punkt” pokazuje to pierwszy przypadek wymieniony w niniejszym artykule, gdzie między innymi w związku z brakiem umowy oraz ustaleniem w niej ról podmiotów WhatsApp Ireland LTD został uznany za administratora danych osobowych, a co za tym idzie — jego odpowiedzialność oraz obowiązki były znacznie szersze, niż gdyby został on uznany za podmiot

³⁶ Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 27 października 2020 roku, II SA/Wa 310/20; P. Fajgielski, [w:] *Komentarz do rozporządzenia nr 2016/679 w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE (ogólne rozporządzenie o ochronie danych)*, Warszawa 2022, art. 28.

przetwarzający. Drugi przypadek wskazuje, że obowiązek zawarcia samej umowy spoczywa na obu stronach. Daje to więc możliwość organowi nadzorcemu, rozumianemu w ujęciu art. 51 RODO, nałożenia kary za brak umowy czy też odpowiednich zapisów w tej umowie zarówno na podmiot przetwarzający, jak i administratora danych osobowych. Trzeci przypadek również podkreśla, jak ważne jest samo zawarcie umowy i odpowiednich zapisów w niej, aby ograniczyć ryzyko — zarówno administratora danych osobowych, jak i podmiotu przetwarzającego. Przykłady te, jak i sama literatura dotycząca analizy RODO, potwierdzają, że zapisy dotyczące umowy o powierzeniu danych osobowych mają niebagatelny wpływ zarówno na odpowiedzialność podmiotu przetwarzającego, jak i administratora. Ograniczeniem badań jest ilość wydanych decyzji przez organy nadzorcze w rozumieniu art. 51 RODO, zważywszy na to, że RODO jest regulacją, która relatywnie niedawno weszła w życie. Perspektywą dalszych badań jest klasyfikacja ryzyk, o których mowa w niniejszym artykule.

RISK IN THE CONTEXT OF THE LIABILITY OF THE DATA CONTROLLER AND DATA PROCESSOR AND THE INCLUSION OF PROVISIONS IN THE DATA PROCESSING AGREEMENT TO LIMIT LIABILITY FOR THE IMPOSITION OF ADMINISTRATIVE FINES UNDER ARTICLE 83 OF THE GDPR

Summary

The article deals with the risks in the context of the responsibility of the data controller and data processor and the connection of these risks to the inclusion of relevant provisions in the personal data processing agreement(s) to limit responsibility for the imposition of administrative penalties under the article 83 of the Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation) (GDPR). At the outset, the paper introduces the concept of the data controller and the data processor and the differences between these entities. Then the issue of the data processing agreement and the consequences of the possible absence of the required provisions or of the agreement itself is addressed. The final section presents an analysis and conclusions as to which reasons relating to data processing agreement have resulted in fines imposed according to the Article 83 of the GDPR.

Keywords: risk versus personal data agreement, provisions in personal data agreement vs. risk, risk vs. GDPR agreements, risks in personal data agreement

BIBLIOGRAFIA

Bertermann N., [w:] E. Ehmann, M. Selmayr, *Datenschutz-Grundverordnung, Article 28 GDPR*, München 2018.

- Commission nationale de l'informatique et des libertés, Délibération SAN-2022-009 concerning the company DEDALUS BIOLOGIE dated 15.04.2022, Légifrance.
- Decyzja w sprawie nałożenia grzywny za naruszenie danych osobowych i niezgodne z prawem przetwarzanie danych wydana przez Grecki Urząd Ochrony Danych nr 4/2022.
- Délibération SAN-2022-009 issued by Commission nationale de l'informatique et des libertés concerning the company DEDALUS BIOLOGIE, dated 5.04.2022, Légifrance.
- Dyrektywa 95/46/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 24 października 1995 roku w sprawie ochrony osób fizycznych w zakresie przetwarzania danych osobowych i swobodnego przepływu tych danych (Dz. U. UE. L. z 1995 r. Nr 281, s. 31 z późn. zm.).
- European Data Protection Board, *Guidelines 07/2020 on the concepts of controller and processor in the GDPR*, 2.09.2020.
- European Data Protection Board, *Guidelines 3/2018 on the territorial scope of the GDPR*, 12.11.2019.
- Fajgielski P., *Komentarz do rozporządzenia nr 2016/679 w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE (ogólne rozporządzenie o ochronie danych)*, [w:] *Ogólne rozporządzenie o ochronie danych. Ustawa o ochronie danych osobowych. Komentarz*, Warszawa 2022.
- Grupa Robocza ds. Ochrony Danych powołana na mocy art. 29, Opinia 1/2010 w sprawie pojęć „administrator danych” i „przetwarzający”, przyjęta w dniu 16 lutego 2010 roku.
- Hartung J., [w:] J. Kühling, B. Buchner, *DS-GVO BDSG, C.H. Beck 2020*, Auflage 3, München 2020.
- Kamarinou D., [w:] Ch. Kuner, L.A. Bygrave, Ch. Docksey, *The EU General Data Protection Regulation (GDPR): A Commentary*, Cambridge 2021.
- Komentarz do artykułu 28 RODO*, red. M. Sakowska-Baryła, Warszawa 2018.
- Litwiński P., *Komentarz do artykułu 28 RODO*, Warszawa 2021.
- Lubasz D., Chomiczewski W., Czerniawski M., Drobek P., Góral U., Kuba M., Makowski P., Witkowska-Nowakowska K. [w:] *RODO. Ogólne rozporządzenie o ochronie danych. Komentarz*, red. E. Bielak-Jomaa, Warszawa 2018.
- Spoerr W., [w:] H. Wolff, S. Brink, *DS-GVO, BDSG, Grundlagen, Bereichsspezifischer Datenschutz*, München 2021.
- Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 roku o ochronie danych osobowych (t.j. Dz. U. z 2016 r., poz. 922 z późn. zm.).
- Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 27 października 2020 roku, II SA/Wa 310/20.

RAFAŁ MIKOWSKI
ORCID: 0000-0002-9465-8510
Uniwersytet Wrocławski
Instytut Nauk Administracyjnych
Zakład Prawa Administracyjnego

BEZPIECZEŃSTWO FIZYCZNE BRONI PALNEJ PRZECHOWYWANEJ W WARUNKACH GOSPODARSTWA DOMOWEGO

Abstrakt: W opracowaniu przeanalizowane zostały zasady przechowywania broni palnej przez osoby fizyczne posiadające pozwolenie na broń palną. W rozważaniach uwzględniono zmieniające się przepisy dotyczące warunków, jakie muszą spełniać urządzenia techniczne służące do przechowywania broni palnej w świetle aktualnych wydarzeń społeczno-politycznych oraz bieżących zagrożeń związanych z udostępnieniem broni osobie nieuprawnionej lub niewłaściwym postępowaniem z bronią. Przedstawiona została także rola Polskich Norm, na które coraz częściej zwraca uwagę ustawodawca przy formułowaniu zasad prawidłowego przechowywania broni palnej. Problem bezpiecznego przechowywania broni palnej został ograniczony w opracowaniu do warunków, jakie muszą zostać spełnione przez osoby fizyczne przechowujące broń w gospodarstwie domowym.

Słowa kluczowe: broń palna, przechowywanie broni palnej, Polskie Normy

WPROWADZENIE

Podstawy prawne bezpieczeństwa fizycznego broni palnej zawarte zostały w ustawie z dnia 21 maja 1999 roku o broni i amunicji¹, gdzie w art. 32 ust. 1 określony został obowiązek przechowywania broni i amunicji w sposób uniemożliwiający dostęp do nich osób nieuprawnionych. Dodatkowo minister właściwy do spraw wewnętrznych, w porozumieniu z ministrem obrony narodowej oraz ministrem właściwym do spraw kultury i ochrony dziedzictwa narodowego, określił, w drodze rozporządzenia, szczegółowe zasady i warunki przechowywania broni i amunicji, z uwzględnieniem zabezpieczeń uniemożliwiających dostęp do

¹ Dz. U. z 2022 r., poz. 2516 z późn. zm.

broni i amunicji osobom trzecim². W tym miejscu podkreślić należy, że posiadanie broni palnej w Polsce jest możliwe na podstawie decyzji o pozwoleniu na broń wydawanej przez właściwego ze względu na miejsce pobytu wnioskodawcy komendanta wojewódzkiego policji. Z uwagi na ważkość problemu posiadania broni palnej, a także stosunek społeczeństwa do obecności broni w przestrzeni publicznej³ ustawodawca przykłada dużą wagę⁴ do bezpieczeństwa fizycznego broni palnej. Uzyskanie pozwolenia na broń stanowi dopiero pierwszy krok na drodze wielu dalszych obowiązków, które ciążą na posiadaczu broni, wśród których stworzenie warunków do bezpiecznego jej przechowywania stanowi jeden z ważniejszych elementów prawnie odpowiedzialnej postawy⁵. Świadczyć o tym może chociażby sformułowanie użyte w art. 18 ust. 5 pkt 4 ustawy o broni i amunicji, w którym ustawodawca wskazuje fakultatywną przesłankę cofnięcia pozwolenia na broń w przypadku naruszenia przez osobę posiadającą pozwolenie zasad przechowywania broni i amunicji. Już takie ustalenia, poczynione na wstępie, skłaniają do przeanalizowania zasad przechowywania broni w warunkach gospodarstwa domowego w celu ustalenia, w jakim stopniu zachodzące zmiany w regulacjach dotyczących czysto technicznych aspektów przechowywania broni wpływają na zwiększenie poczucia bezpieczeństwa, poprawę społecznego odbioru broni palnej w życiu codziennym oraz kogo te zmiany *de facto* dotyczą w największym stopniu. Jaki wpływ na podniesienie poziomu bezpieczeństwa fizycznego broni mają w przedmiotowym zakresie rozwiązania techniczno-prawne, a jaką rolę odgrywa tu czynnik ludzki? Czy można powiedzieć, że zwiększanie wymogów technicznych fizycznego bezpieczeństwa broni, poprzez odesłanie do Polskich Norm⁶,

² Rozporządzenie Ministra Spraw Wewnętrznych z dnia 26 sierpnia 2014 roku w sprawie przechowywania, noszenia oraz ewidencjonowania broni i amunicji (Dz. U. z 2023 r., poz. 2364).

³ W tym kontekście daje się zauważyć dążenie ustawodawcy do minimalizowania ryzyka wystąpienia sytuacji oddziałujących negatywnie na społeczny odbiór związany z poczuciem bezpieczeństwa. Gwarantowanie poczucia bezpieczeństwa obywatelom uwidacznia się w oddziaływaniu także na świadomość jednostki, że obecność broni w społeczeństwie jest w najwyższym stopniu ograniczona i nie przekracza niezbędnego minimum. R. Mikowski, *Przesłanki odpowiedzialności za naruszenie obowiązków wynikających z pozwolenia na broń palną*, red. T. Kalisz, Wrocław 2019, Nowa Kodyfikacja Prawa Karnego, t. 53, s. 211.

⁴ Takie postrzeganie problemu, ze wszystkimi obciążeniami organów wynikającymi z możliwości stosowania władztwa administracyjnego, nie powinno wpływać negatywnie na stosunek administrowanego do administrującego. Zob. I. Skrzydło-Niżnik, *Istota i rodzaje władczych uprawnień administracji państwowej*, „Krakowskie Studia Prawnicze” 1987, z. 20, s. 126.

⁵ Implikuje to subiektywne odczuwanie bezpieczeństwa przez jednostkę znajdującą się w określonej rzeczywistości społecznej tego typu, że nie obawia się ona oddziaływania, które skutkować może utratą tego stanu. E. Moczuk, *Mieszkańcy powiatu mieleckiego wobec problemów bezpieczeństwa lokalnego*, Rzeszów 2007, s. 34–35.

⁶ Polska Norma jest normą krajową przyjętą w drodze konsensu i zatwierdzoną przez krajową jednostkę normalizacyjną, powszechnie dostępną, oznaczoną — na zasadzie wyłączności — symbolem PN. Zob. art. 5 ust. 1 ustawy z dnia 12 września 2002 roku o normalizacji (Dz. U. z 2015 r., poz. 1483).

które określają wymagania, jakie mają spełniać urządzenia do przechowywania broni, przekłada się każdorazowo i bezpośrednio na poprawę bezpieczeństwa fizycznego broni palnej? Warto przy tym zastanowić się, jakie są i skąd pochodzą największe zagrożenia dotyczące przechowywania broni, które mogłyby spowodować wydanie decyzji⁷ o cofnięciu pozwolenia na broń.

MAGAZYN BRONI

Magazyn broni, jako pomieszczenie odpowiednio przystosowane do tego celu, został wymieniony w § 2 rozporządzenia ministra spraw wewnętrznych w sprawie przechowywania, noszenia oraz ewidencjonowania broni i amunicji jako pierwszy ze sposobów przechowywania broni palnej. W tym miejscu należy zastanowić się, kto jest zobowiązany do przechowywania broni w opisany sposób. Jest to o tyle istotne, że pojęcie „magazyn broni” bardzo często jest interpretowane rozszerzająco, co w nieprawidłowy sposób przekłada się na identyfikowanie kręgu potencjalnych adresatów⁸. Do przechowywania broni i amunicji w magazynach broni zobowiązane są podmioty posiadające broń i amunicję na podstawie pozwolenia na broń na okaziciela, do których zgodnie z art. 29 ust. 1 pkt 3–8 komentowanego rozporządzenia zaliczamy podmioty prowadzące strzelnicę, szkoły, organizacje sportowe i łowieckie, stowarzyszenia obronne, podmioty wykonujące zadania związane z realizacją filmów i innych przedsięwzięć artystycznych. Katalog ten uzupełniają urzędy, instytucje, zakłady, przedsiębiorcy i inne podmioty, których pracownikom broń jest niezbędna do ochrony osobistej w związku z wykonywaniem przez nich obowiązków pracowniczych związanych ze szczególnym narażeniem na zamach przeciwko życiu lub zdrowiu. W końcu należy tu wskazać podmioty, którym broń jest niezbędna w celach wzywania pomocy, ratowniczych, poszukiwawczych oraz sygnalizowania rozpoczęcia konkurencji w zawodach sportowych, a także zarządców lub dzierżawców obwodów łowieckich w celu wykonania odstrzału sanitarnego z nakazu wydanego na podstawie przepisów o ochronie zdrowia zwierząt oraz zwalczaniu chorób zakaźnych zwierząt. Jak widać z przytoczonego katalogu podmiotów zobowiązanych do stosowania tego

⁷ Zob. więcej R. Mikowski, *Pojęcie i klasyfikacja form działania administracji publicznej*, [w:] *Prawo administracyjne: zagadnienia ogólne i ustrojowe*, red. J. Blicharz, P. Lisowski, Warszawa 2022, s. 257–261.

⁸ Wymogi stawiane przed osobami zobowiązanymi do właściwego przechowywania broni sformułowane zostały z uwzględnieniem zasad właściwych nie tylko prawu administracyjnemu, ale także przepisom regulującym tok postępowania organów, które je wykonują. Niewątpliwie pojęcie zaufania nie jest wystarczającym kryterium oceny sprawności działania organów korzystających z władztwa administracyjnego w tak niestabilnej przestrzeni, jaką jest przedmiotowa materia. R. Mikowski, *Zasada wzbudzania zaufania do państwa a autorytatywne rozwiązania w zakresie dostępu do broni palnej*, „*Studia nad Autorytaryzmem i Totalitaryzmem*” 2021, t. 43, nr 1, s. 311.

typu zabezpieczenia, nie jest uprawniony pogląd, że magazyn broni może być wymagany do przechowywania broni w gospodarstwie domowym. Tym bardziej że o instytucjonalnym charakterze tego typu podmiotów i związanym z tym sposobem ochrony świadczy sformułowanie użyte w § 3 ust. 6 analizowanego rozporządzenia, sygnalizujące, że klucze do magazynu broni przechowuje kierownik podmiotu posiadającego broń i amunicję lub zatrudniona przez niego osoba posiadająca dopuszczenie do posiadania broni wydane na podstawie art. 30 ust. 1 i 2 ustawy o broni i amunicji.

Analizując wymagania techniczne magazynu broni, podkreślić należy, że koniecznym warunkiem do zorganizowania tego typu chronionego miejsca jest posadowienie go w oddzielnym pomieszczeniu budynku o konstrukcji niepalnej i wydzielenie go ścianami murowanymi. Zaznaczyć w tym miejscu trzeba, że jest to przesłanka konieczna⁹ do spełnienia i w zasadniczy sposób odróżniająca pojęcie „magazyn broni” od innego sposobu przechowywania¹⁰ broni, w którym należy spełnić jedynie pozostałe warunki stawiane magazynom broni. A do tych wspólnych cech¹¹ zaliczyć należy obowiązek wyposażenia takiego pomieszczenia w gaśnicę proszkową ABC o masie środka gaśniczego co najmniej 4 kg, koc gaśniczy i odpowiednio oznakowaną skrzynię z piaskiem do przechwytywania pocisków. Drzwi wejściowe powinny spełniać co najmniej wymagania Polskiej Normy PN-EN 1627¹². Okna magazynu broni należy osłonić siatką stalową oraz zamocowaną na stałe w murze kratą wykonaną z prętów stalowych lub z płaskowników stalowych o odpowiednich wymiarach¹³. Magazyn broni powinien zostać zabezpieczony systemem alarmowym spełniającym wymagania co najmniej normy PN-EN 50131-1 z transmisją sygnału alarmu do uzbrojonego stanowiska interwencyjnego, pełniącego całodobowy dyżur. W przypadku, gdy nie ma możliwości wyposażenia magazynu broni w system alarmowy z przekierowaniem sygnału do stanowiska interwencyjnego, pomieszczenie obejmuje się całodobową uzbrojoną ochroną. Ten

⁹ Usytuowanie takiego pomieszczenia na piętrze jest tylko swoistego rodzaju zaleceniem, o czym przesądza użycie zwrotu „w miarę możliwości”.

¹⁰ Na marginesie zauważyć należy, że w obowiązującym stanie prawnym dyskusyjne stało się posiadanie magazynu broni w kontekście interpretacji pojęć „posiadanie” i „przechowywanie” broni. Z uwagi na obszerność i złożony charakter problematyki dyskurs na ten temat zostanie poprowadzony w oddzielnym opracowaniu.

¹¹ Dodatkowe wymagania techniczne są wspólne dla magazynów broni oraz innych pomieszczeń, które nie są magazynami broni, ale muszą spełniać pozostałe, te same wymagania techniczne — na przykład pomieszczenia, w których przechowuje broń palną osoba (na przykład strzelec sportowy, kolekcjoner) posiadająca powyżej 50 sztuk broni.

¹² Pewnego rodzaju odstępstwo od tej zasady może stanowić użycie drzwi obitych blachą stalową o grubości co najmniej 2 mm, które posiadają blokadę przeciwyważeniową oraz zamknięcie przynajmniej na jeden zamek spełniający wymagania klasy 7 według normy PN-EN 12209 i zasuwe drzwiową zamykaną na kłódkę, co najmniej w klasie 5 według normy PN-EN 12320.

¹³ Tego typu zabezpieczenie okien może zostać zastąpione przez szyby kuloodporne w klasie co najmniej BR1 według normy PN-EN 1063 lub równoważnej, albo szyby o zwiększonej odporności na włamanie, co najmniej w klasie P4A według normy PN-EN 356, bez możliwości otwierania.

warunek wydaje się najtrudniejszy do spełnienia w realiach gospodarstwa domowego, niemniej jednak wskazać tu należy, że osoby posiadające broń do celów ochrony osób lub mienia, łowieckich, sportowych, szkoleniowych, rekonstrukcji historycznych czy kolekcjonerskich lub pamiątkowych, które posiadają powyżej 50 egzemplarzy broni, mają obowiązek przechowywać ją w pomieszczeniu wyposażonym dodatkowo w zabezpieczenia wymagane dla magazynów broni. Nie oznacza to, że można w tym przypadku użyć określenia „magazyn broni”, a jedynie to, że poza stosowaniem urządzeń do przechowywania broni, właściwych tej kategorii osób, wymagane jest spełnienie dodatkowych wymagań, które po części właściwe są także dla magazynu broni. Podstawowa różnica polega na tym, że magazyn broni stanowi oddzielne pomieszczenie w budynku o konstrukcji niepalnej, wydzielone ścianami murowanymi, usytuowane w miarę możliwości na piętrze, a wymagania związane z przechowywaniem większej ilości broni (powyżej 50 sztuk) przez osoby fizyczne mogą zostać spełnione w warunkach gospodarstwa domowego, także bez spełnienia powyższego wymogu. Wystarczy, że urządzenie do przechowywania broni znajduje się w pomieszczeniu wyposażonym w gaśnicę proszkową, skrzynię z piaskiem, drzwi i okna spełniające opisane powyżej wymagania oraz zabezpieczone zostało instalacją alarmową.

W tym miejscu, w środowisku osób zainteresowanych, można spotkać się niejednokrotnie z ożywioną dyskusją nad celowością takiego rozwiązania, które zostało wprowadzone komentowanym rozporządzeniem. W poprzednim stanie prawnym, pod rządami rozporządzenia ministra spraw wewnętrznych i administracji z dnia 3 kwietnia 2000 roku w sprawie przechowywania, noszenia oraz ewidencjonowania broni i amunicji¹⁴, nie napotkamy wymogu zmiany sposobu przechowywania broni i amunicji, który byłby uzależniony od ilości posiadanych sztuk broni. Zauważyć należy także, że wszystkie wymagania techniczne dotyczące wówczas magazynu broni zostały bezpośrednio zawarte w treści samego rozporządzenia, bez odsyłania do wymogów technicznych opisywanych za pomocą norm technicznych¹⁵. W obowiązującym stanie prawnym § 4 rozporządzenia nader często odsyła¹⁶ do Polskich Norm, które w tym miejscu powinny w sposób

¹⁴ Dz. U. Nr 27, poz. 343 — akt nieobowiązujący.

¹⁵ Z analizy § 3 ust. 1 pkt 2 nieobowiązującego już rozporządzenia wynika, że do wymagań specjalnych magazynu broni zaliczono drzwi obite blachą stalową o grubości co najmniej 2 mm zamknięte na co najmniej dwa zamki atestowane i zasuwę drzwiową zamykaną na kłódkę atestowaną, okna osłonięte siatką stalową o wymiarach oczek 10 × 10 mm, wykonaną z drutu o średnicy nie mniejszej niż 2,5 mm, oraz na stałe zamocowanymi w murze kratami wykonanymi z prętów stalowych o średnicy nie mniejszej niż 12 mm lub płaskowników stalowych o przekroju poprzecznym nie mniejszym niż 8 × 30 mm, odstęp między prętami w kracie nie powinien przekraczać wymiarów 120 × 120 mm, a płaskowników — 80 mm w poziomie i 240 mm w pionie.

¹⁶ Zob. S. Wojtczak, *Problem odesłań pozasystemowych do norm niezgodnych z porządkiem prawnym*, „Studia Prawno-Ekonomiczne” 2010, nr 81, s. 193. Pewność prawa należy wszakże postrzegać także jako wpływ na społeczną świadomość prawną prawidłowego rozpoznawania,

jednoznaczny, a zarazem przystępny dla ich adresatów rozstrzygać o sposobie wzmocnienia czy ujednolicenia bezpieczeństwa¹⁷ chronionego pomieszczenia.

URZĄDZENIA SPEŁNIAJĄCE WYMAGANIA CO NAJMNIEJ KLASY S1 WEDŁUG NORMY PN-EN 14450

Kolejnym sposobem przechowywania broni i amunicji, typowym dla warunków gospodarstwa domowego, jest przechowywanie broni w urządzeniach spełniających wymagania co najmniej klasy S1 według normy PN-EN 14450. Takie rozwiązanie zostało wprowadzone rozporządzeniem ministra spraw wewnętrznych z dnia 26 sierpnia 2014 roku w sprawie przechowywania, noszenia oraz ewidencjonowania broni i amunicji. Podstawowym założeniem było zwiększenie ochrony posiadanej broni, co spowodowane miało zostać wprowadzeniem urządzeń odpornych na włamanie w klasie co najmniej S1. Istotne jest tutaj także to, że urządzenia takie powinny posiadać deklaracje zgodności z odpowiednimi Polskimi Normami lub certyfikaty zgodności z odpowiednimi Polskimi Normami, wydane przez jednostkę certyfikującą akredytowaną przez Polskie Centrum Akredytacji. Norma PN-EN 14450 jest normą ogólnoeuropejską, w Polsce nadawana jest między innymi przez Instytut Mechaniki Precyzyjnej odpowiedzialny za certyfikację produktów zgodnie z normami¹⁸.

W porównaniu do założeń przepisów poprzednio obowiązującego rozporządzenia, gdzie do przechowywania broni i amunicji przeznaczone były kasety metalowe na trwałe przymocowane do elementów konstrukcyjnych budynku lub metalowe szafy albo sejfy posiadające zamki atestowane, zauważyć można znaczny wzrost poziomu technicznej ochrony przechowywania broni palnej. W nieobowiązującym już rozporządzeniu kasetki, szafy czy sejfy miały mieć konstrukcję metalową, bez określenia dokładniejszych cech fizycznych, jak i wytrzymałości materiału. Jedynym potwierdzonym certyfikowanym zabezpieczeniem był zamek

co jest, a co nie jest prawem. M. Borucka-Arctowa, *Czynniki kształtujące poglądy społeczeństwa polskiego na stosowanie prawa*, „Państwo i Prawo” 1977, z. 5.

¹⁷ Funkcją norm technicznych jest skorelowanie ochrony interesu publicznego z ochroną praw jednostki w ten sposób, że swoboda wytwarzania urządzeń technicznych powinna odpowiadać potrzebie zapewnienia bezpieczeństwa ich użytkowników. Zob. J. Rotko, *Normy techniczne w prawie ochrony środowiska*, Wrocław 2000, s. 18.

¹⁸ Immanentnym elementem normy technicznej jest jej adresat. W przedmiotowym zakresie — producent lub wprowadzający urządzenie, natomiast użytkownik jako odbiorca odgrywa wtórną rolę — jedynie użytkuje przedmiot. Zob. J. Starościak, *Źródła prawa administracyjnego*, [w:] *System prawa administracyjnego*, t. 1, red. J. Starościak, Wrocław–Warszawa–Kraków–Gdańsk 1977, s. 122. Zauważyć należy przy tym, że w odróżnieniu od normy technicznej podstawowym kryterium wyróżnienia norm prawa administracyjnego oraz właściwych tej gałęzi prawa stosunków prawnych jest władztwo administracyjne. Zob. Z. Pulka, *Władztwo administracyjne jako szczególna postać władzy państwowej*, „Prawo” 1992, nr 206, s. 137.

z atestem. Dodatkowo kasetka czy szafa powinna być przytwierdzona na stałe do elementów konstrukcyjnych budynku, co podyktowane było niejednokrotnie małymi wymiarami czy niską wagą takiego urządzenia. Najczęstszym i zarazem najtańszym sposobem na spełnienie takich wymagań w przechowywaniu broni był zakup zwykłej blaszanej szafki ubraniowej zaopatrzonej w zamek atestowany i przykręcenie jej do ściany lub podłogi pomieszczenia. Krytyczne stanowisko co do takiego rozwiązania wskazywało na fakt, że taka szafa, zakupiona w markecie budowlanym, zbudowana była z bardzo cienkiej blachy i ważyła zaledwie kilkanaście kilogramów. W tym zakresie wymóg kotwienia do elementów konstrukcyjnych budynku wydawał się jak najbardziej uzasadniony.

Obecnie spełnienie wymagań odporności w klasie co najmniej S1 wiąże się z zakupem znacznie droższego urządzenia, które charakteryzuje się ściśle określonymi cechami wskazanymi w normie PN-EN 14450, która definiuje bezpieczeństwo danego urządzenia¹⁹, co w praktyce oznacza między innymi odporność na ataki w punktach SU/TP, metodę przeprowadzania testów antywłamaniowych, metodę udokumentowania testów, sposób oznaczenia szafy (tabliczka znamionowa z określoną normą)²⁰. Urządzenia takie muszą być wykonane z materiałów o odpowiedniej grubości i wytrzymałości, takich jak stal o grubości powyżej 3 mm, a drzwi — mieć odpowiednią grubość i konstrukcję²¹. W materiale, z którego wykonane zostało urządzenie, nie może być żadnych otworów poza tymi, które przeznaczone są do zamontowania odpowiednich zamków czy otworów przeznaczonych do ewentualnego kotwienia do podłoża²². Dopuszcza się także stosowanie jednego otworu przeznaczonego do poprowadzenia przewodów

¹⁹ W dobie dążenia do intensywnego rozwoju możliwości technicznej ochrony bezpieczeństwa broni palnej coraz częściej spotykamy się z sytuacjami, w których uwidacznia się konflikt pomiędzy decyzjami zarówno związanymi z wykonywaniem działalności gospodarczej w tym zakresie, jak i podejmowanymi przez jednostkę, która musi polegać na zapewnieniu producenta o spełnieniu wymaganych przez przepisy prawa założeniach technicznych. Generalne przyjęcie w procesie stosowania prawa uprzywilejowanej pozycji, czy to wolności działalności gospodarczej, czy interesów jednostki, nie jest możliwe. Zob. Ł. Mikowski, R. Mikowski, *Ograniczenie wolności działalności gospodarczej a ochrona środowiska. Zagadnienia wybrane*, [w:] *Wolność działalności gospodarczej i jej ograniczenia. Aspekty wybrane*, red. Ł. Mikowski, P. Kuczma, Radom 2020, s. 19–30.

²⁰ Minimalna odporność na dostęp do wnętrza — 2,00 SU, ograniczenie liczby i rodzajów narzędzi użytych do badania — 40 TP, minimalna wytrzymałość mechaniczna na otwór kotwiący — 20 kN, minimalne zamknięcie — jeden zamek według EN 1300.

²¹ W przypadku drzwi oznacza to, że muszą być wyposażone w mechanizm blokujący (zapewniający blokadę minimum dwóch boków drzwi), który uniemożliwia dostęp do zawartości bez posiadania klucza mechanicznego lub cyfrowego, a klucz lub kombinacja muszą być zabezpieczone przed kopiowaniem lub łamaniem.

²² Pojęcie „podłoże” nie zostało tutaj szczególnie dookreślone. Wbrew potocznemu znaczeniu nie oznacza ono jedynie podłogi, czyli podłoża, na którym stoi urządzenie, ale także ścianę, do której może zostać zakotwione. Otwory do kotwienia urządzeń są sytuowane zarówno na powierzchni poziomej (podłoga), jak i pionowej (ściana/bok) urządzenia.

elektrycznych, przy czym otwór ten nie może być większy niż 100 mm². Takie obwarowania w stosunku do budowy urządzenia pozwalają twierdzić, że już na etapie projektowania i produkcji urządzenia eliminuje się wszystkie zbędne otwory, które mogłyby osłabić materiał, z którego wykonane jest urządzenie. W tym miejscu należy wskazać na problematyczną interpretację wymogu kotwienia do podłoża urządzenia, co wynika z faktu, że norma PN-EN 14450 wskazuje na obowiązek uwzględnienia w budowie urządzenia co najmniej dwóch otworów, przez które może ono zostać zakotwione, dookreślając jeszcze, że kotwienie w każdym z otworów powinno mieć ściśle określoną wytrzymałość mechaniczną. Nie ma tu mowy o obowiązku kotwienia, a jedynie o specjalnie do tego celu przeznaczonych otworach. Z uwagi na fakt, że cały czas poruszamy się w płaszczyźnie wymagań technicznych określonych w Polskich Normach, a nie w samym rozporządzeniu, nie sposób rozstrzygnąć pojawiających się wątpliwości, czy użytkownik urządzenia ma możliwość i powinien znać treść takiej normy technicznej²³. Należy raczej stać na stanowisku, że jeżeli producent urządzenia potrafi wykazać wymagany przepisami prawa stopień bezpieczeństwa swojego produktu²⁴, to nie powinno to skutkować w najmniejszym stopniu przerzucaniem odpowiedzialności z zakresu wymagań technicznych urządzenia na użytkownika. Czym innym jest w końcu pozostawienie otwartej szafy spełniającej wymagania klasy S1, a czym innym — ingerowanie we właściwości fizyczne urządzenia w taki sposób, że mogłoby ono utracić przyznaną klasę odporności²⁵.

GABLOTY DO PRZECHOWYWANIA BRONI

Osoby posiadające broń w celach kolekcjonerskich oraz pamiątkowych mogą przechowywać ją w gablotach do tego przeznaczonych po spełnieniu dodatkowych

²³ Zgodnie z art. 5 ust. 3 ustawy o normalizacji stosowanie Polskich Norm jest dobrowolne. Jak wynika z komentowanej ustawy, to producent albo wprowadzający wyrób ma znać Polskie Normy, jeżeli chce, by jego produkt został oznaczony odpowiednim certyfikatem, tak więc osobie kupującej powinno wystarczyć przedstawienie deklaracji zgodności przez producenta lub sprzedawcę urządzenia. Użytkownik urządzenia nie jest bowiem w stanie sam zweryfikować, czy urządzenie spełnia wymaganą normę, ponieważ jej treść nie jest powszechnie dostępna, oraz z reguły nie dysponuje technicznymi możliwościami do przeprowadzenia właściwego badania. Identyfikując odesłania pozaprawne, zob. A. Błaś, J. Boć, *Odesłania i normy pozaprawne stosowane przez administrację publiczną*, [w:] *Prawo administracyjne*, red. J. Boć, Wrocław 2010, s. 116–121.

²⁴ Tym bardziej że jest potwierdzony odpowiednim certyfikatem lub świadectwem. Zauważyć należy, że większość norm technicznych nie ma prawnego charakteru, dlatego polegać należy na odpowiednich działaniach podmiotów uprawnionych do potwierdzania ich zgodności. Zob. E. Łętowska, *Normy techniczne i dyspozycje umowne jako czynniki określające jakość przedmiotu świadczenia*, „Studia Cywilistyczne” 1978, nr 29, s. 94.

²⁵ W tym zakresie producent obowiązany jest do dołączenia odpowiedniej instrukcji obsługi i instalacji, w tym instrukcji dotyczącej zamków i kotwienia.

warunków określonych w § 6 ust. 1 pkt 1–3 rozporządzenia ministra spraw wewnętrznych z dnia 26 sierpnia 2014 roku w sprawie przechowywania, noszenia oraz ewidencjonowania broni i amunicji. Jest to alternatywny sposób przechowywania broni, poza urządzeniami spełniającymi wymagania co najmniej klasy S1, a związany z samym celem posiadania broni palnej. Cel kolekcjonerski przejawia się w gromadzeniu broni, najczęściej w większych ilościach, oraz odpowiednim jej eksponowaniu²⁶, co nie jest możliwe w urządzeniach klasy S1 ze względu na ich jednolitą budowę. Typowa gablota, czy przeszklona szafa do przechowywania broni kolekcjonerskiej, charakteryzuje się solidną konstrukcją z materiałów zapewniających stabilność, możliwością przytwierdzenia do podłoża lub zablokowania utrudniającego zmianę położenia. Przeszklenie, umożliwiające wyeksponowanie broni, zrobione jest ze szkła o zwiększonej odporności na przebicie i rozbicie co najmniej w klasie P6B według normy PN-EN 356, a zamknięcia — co najmniej w klasie 5 według normy PN-EN 12209.

Warunki, jakie muszą zostać dodatkowo spełnione, żeby broń mogła być przechowywana w taki sposób, związane są z zabezpieczeniem okien w takich pomieszczeniach przez zamontowanie w nich krat, siatki, żaluzji antywłamaniowych²⁷ albo szyb o podwyższonej odporności na przebicie i rozbicie²⁸. Drzwi wejściowe do pomieszczenia, w którym jest przechowywana broń i amunicja, są wzmocnione blachą stalową o grubości co najmniej 2 mm i wyposażone w blokadę przeciwwyważeniową oraz zamknięcie przynajmniej na jeden zamek, a także w zasuwę drzwiową zamykaną na kłódkę. Należy zwrócić uwagę, że w obowiązującym rozporządzeniu wyraźnie zostało zwiększone bezpieczeństwo fizyczne przechowywanej broni kolekcjonerskiej²⁹ poprzez umieszczenie gablot i przeszklonych szaf, spełniających już i tak surowe wymagania techniczne, w pomieszczeniach z dodatkowymi zabezpieczeniami. Pod rządami poprzednio obowiązującej regulacji rozporządzeniowej broń kolekcjonerska i pamiątkowa, która przechowywana była poza kasetami metalowymi, metalowymi szafami albo sejfami, musiała być umieszczona w pomieszczeniach dodatkowo zabezpieczonych, w których okna należało zabezpieczyć poprzez zamontowanie w nich na przykład krat, siatki, żaluzji antywłamaniowych albo szyb o podwyższonej odporności na przebicie i rozbicie. Tu należy zwrócić uwagę, że wymogi te dotyczyły wyłącznie pomieszczeń na

²⁶ Kolekcjonowanie znaczków pocztowych, kamieni szlachetnych, monet — wszystkie te zabiegi wymagają najczęściej odpowiedniego wyeksponowania zgromadzonych zbiorów, nawet jeżeli łączy się to z poniesieniem dodatkowych nakładów na ich zabezpieczenie ze względu na ich wartość — przeszklone szafy, gabloty, stoły wystawowe. Zob. R. Mikowski, *Prawo dostępu do broni*, [w:] *Materiałne prawo administracyjne*, red. M. Miemieć, Warszawa 2019, s. 503–518.

²⁷ Spełnienie wymagań co najmniej normy PN-EN 1627.

²⁸ Kolejny raz przywoływane są normy techniczne — klasa co najmniej P4A według normy PN-EN 356.

²⁹ Nie można wszakże twierdzić, że działania te podjęte zostały z powodu zwiększenia niebezpieczeństwa samej broni. Zob. T. Hanausek, *Problem „niebezpieczeńści” broni palnej*, „Państwo i Prawo” 2001, nr 6, s. 72–74.

parterze i ostatnim piętrze. Dodatkowym zabezpieczeniem miały być drzwi wejściowe wzmocnione blachą stalową o grubości co najmniej 2 mm oraz wyposażone w blokadę przeciwwyważeniową i co najmniej dwa zamki atestowane. Jak widać z przytoczonej analizy, jedynym zabezpieczeniem broni były specjalne wymogi techniczne związane z samym pomieszczeniem, a nie — jak w obowiązującym stanie prawnym — zabezpieczenia w postaci gablot czy przeszklonych szaf, które dodatkowo mają się znajdować w takich pomieszczeniach.

ZAKOŃCZENIE

Przyjmując jako słuszny kierunek zmian zachodzących w regulacjach dotyczących bezpośrednio bezpieczeństwa przechowywania broni palnej w gospodarstwie domowym, należy podnieść, że ustawodawca przed wydaniem pozwolenia na broń wymaga od wnioskodawcy spełnienia wielu wymagań, które warunkują wydanie decyzji pozytywnej³⁰. Wszystkie obowiązki nałożone na osobę posiadającą już pozwolenie na broń palną, w tym dotyczące zapewnienia bezpiecznego przechowywania broni w warunkach gospodarstwa domowego, powinny stanowić wzmocnienie poczucia bezpieczeństwa przede wszystkim osób najbliższych, przebywających na co dzień z osobą posiadającą broń palną. Regulacje doprecyzowujące warunki bezpiecznego przechowywania broni nie powinny same w sobie stanowić nowych ograniczeń w dostępie do broni³¹. Oczywiście wydaje się dążenie ustawodawcy do takiego zabezpieczenia przechowywanej broni, także poprzez spełnienie dość rygorystycznych wymagań technicznych, żeby w łatwy sposób nie dostała się w nieuprawnione ręce. Niestety brak jednolitej praktyki wśród organów upoważnionych do dokonywania kontroli przechowywania broni palnej prowadzi w wielu przypadkach do rezygnacji z posiadania większej ilości broni (powyżej 50 sztuk) czy też obawy³² przed utratą pozwolenia na broń³³.

³⁰ Wyraźnie należy zaznaczyć, że dostęp do broni palnej w Polsce jest traktowany jako wyjątek od ogólnej zasady ograniczania ilości broni w przestrzeni publicznej. Zob. R. Mikowski, *Kilka uwag o podstawach prawnych ograniczeń dostępu do broni palnej*, „Acta Universitatis Wratislaviensis. Przegląd Prawa i Administracji” 2018, nr 115, s. 163–174.

³¹ Tak jednak można postrzegać regulacje, które w sposób mało precyzyjny nakładają obowiązek spełnienia wymagań technicznych, które są trudne do zrealizowania w warunkach gospodarstwa domowego.

³² Niestety, niejednokrotnie obawy te są uzasadnione, chociaż bezsprzeczne jest, że czynności kontrolne nie powinny opierać się wyłącznie na swobodnej ocenie kontrolującego. Zob. J. Filipek, *W sprawie uznania administracyjnego*, [w:] *Przeobrażenia we współczesnym prawie administracyjnym i nauce administracji. Księga pamiątkowa ku czci profesora Tadeusza Kuty*, red. A. Błaś, „Przegląd Prawa i Administracji” 1997, t. 38, s. 47.

³³ Przypadek niewłaściwego korzystania z urządzeń klasy S1 — w tym miejscu dotyczy to nieprecyzyjnie określonego wymogu kotwienia urządzeń do podłoża. Odesłanie w tym zakresie do normy PN-EN 14450, która jest dostępna dla producentów urządzeń S1, a nie jest dostępna dla użytkowników tych urządzeń, nastęrcza w tym zakresie wiele trudności. Dodatkowo to

Niewątpliwie broń przechowywana w domu powinna być należycie zabezpieczona przed dostępem osób nieuprawnionych. Osobą nieuprawnioną jest każda osoba nieposiadająca pozwolenia na broń. Niestety wprowadzone obostrzenia związane z wymaganiami technicznymi sposobu przechowywanej broni w małym stopniu odnoszą się do aktualnych i realnych zagrożeń związanych z wejściem w posiadanie broni przez osoby nieuprawnione. Inny wymiar mają bowiem zagrożenia, z którymi możemy spotkać się w gospodarstwie domowym — ze strony domowników, gości, osób odwiedzających, a inaczej ta sytuacja wygląda w momencie próby siłowego włamania i zaboru mienia pod nieobecność gospodarza. Wydaje się, że w tym drugim przypadku, jeżeli zostaną sfinansowane zabezpieczenia zewnętrzne lokalu, to warunki techniczne urządzeń do przechowywania broni, w tym na przykład fakt przykręcenia do podłoża ciężkiej szafy na broń, schodzą na plan dalszy i nie będą już miały większego wpływu na dalszy przebieg zdarzeń. Podobnie jak obowiązek posiadania gaśnicy czy skrzyni z piaskiem, który musi zostać spełniony przez osoby posiadające powyżej 50 sztuk broni³⁴.

Projektowanie zmian regulacji prawnych, w tym takich, które będą odsyłać do norm technicznych³⁵, powinno zostać poprzedzone skrupulatną analizą ryzyka. Wydaje się, że dużo bardziej realna jest utrata kontroli nad bronią przez pozostawienie jej w domu na stole, niezamknięcie szafy na broń lub udostępnienie osobie nieuprawnionej kluczy niż próba siłowego forsowania tych wszystkich zabezpieczeń.

PHYSICAL SECURITY OF FIREARM STORED IN HOUSEHOLD CONDITIONS

Summary

The study analyzes the rules for storing firearms by natural persons with a firearms permit. The considerations include changing regulations regarding the conditions that must be met by technical devices for storing firearms, in light of current socio-political events and current threats related to making weapons available to unauthorized persons or improper handling of weapons. It presents the role of Polish Standards, which are gaining increased attention from the legislator in the process of formulating the rules for the proper storage of firearms. The problem of safe storage

wytwórca, który musi dostosować produkowane urządzenie do danej normy, potrafi interpretować daną normę techniczną, niekoniecznie zaś użytkownik. Tak więc wskazanie w normie technicznej pewnych warunków, które następnie musi spełnić użytkownik urządzenia, wydaje się co najmniej dyskusyjnym rozwiązaniem, zważywszy na dostępność Polskich Norm.

³⁴ Osobnym tematem, jednak ciekawym, jest powód, dla którego dodatkowe wymagania techniczne zostały nałożone na osoby posiadające powyżej 50 sztuk broni. Dlaczego ta ilość została określona akurat na takim poziomie.

³⁵ Rola norm technicznych w podnoszeniu bezpieczeństwa fizycznego wydaje się przy tym nader istotna, ale należy brać pod uwagę aktualne zagrożenia dla bezpieczeństwa fizycznego broni palnej oraz statystyki związane z utratą posiadanej broni.

of firearms has been limited in the study to the conditions that must be met by natural persons storing weapons in their households.

Keywords: firearms, storage of firearms, Polish Standards

BIBLIOGRAFIA

- Błaś A., Boć J., *Odesłania i normy pozaprawne stosowane przez administrację publiczną*, [w:] *Prawo administracyjne*, red. J. Boć, Wrocław 2010.
- Borucka-Arctowa M., *Czynniki kształtujące poglądy społeczeństwa polskiego na stosowanie prawa*, „Państwo i Prawo” 1977, z. 5.
- Filipek J., *W sprawie uznania administracyjnego*, [w:] *Przeobrażenia we współczesnym prawie administracyjnym i nauce administracji. Księga pamiątkowa ku czci profesora Tadeusza Kuty*, red. A. Błaś, „Przegląd Prawa i Administracji” 1997, t. 38.
- Hanausek T., *Problem „niebezpieczności” broni palnej*, „Państwo i Prawo” 2001, nr 6.
- Łętowska E., *Normy techniczne i dyspozycje umowne jako czynniki określające jakość przedmiotu świadczenia*, „Studia Cywilistyczne” 1978, nr 29.
- Mikowski Ł., Mikowski R., *Ograniczenie wolności działalności gospodarczej a ochrona środowiska. Zagadnienia wybrane*, [w:] *Wolność działalności gospodarczej i jej ograniczenia. Aspekty wybrane*, red. Ł. Mikowski, P. Kuczma, Radom 2020.
- Mikowski R., *Kilka uwag o podstawach prawnych ograniczeń dostępu do broni palnej*, „Acta Universitatis Wratislaviensis. Przegląd Prawa i Administracji” 2018, nr 115.
- Mikowski R., *Pojęcie i klasyfikacja form działania administracji publicznej*, [w:] *Prawo administracyjne: zagadnienia ogólne i ustrojowe*, red. J. Blicharz, P. Lisowski, Warszawa 2022.
- Mikowski R., *Prawo dostępu do broni*, [w:] *Materialne prawo administracyjne*, red. M. Miemieć, Warszawa 2019.
- Mikowski R., *Przesłanki odpowiedzialności za naruszenie obowiązków wynikających z pozwolenia na broń palną*, red. T. Kalisz, Wrocław 2019, Nowa Kodyfikacja Prawa Karnego, t. 53.
- Mikowski R., *Zasada wzbudzania zaufania do państwa a autorytatywne rozwiązania w zakresie dostępu do broni palnej*, nr 1, Wrocław 2021, Studia nad Autorytaryzmem i Totalitaryzmem, t. 43.
- Moczuk E., *Mieszkańcy powiatu mieleckiego wobec problemów bezpieczeństwa lokalnego*, Rzeszów 2007.
- Pulka Z., *Władztwo administracyjne jako szczególna postać władzy państwowej*, „Prawo” 1992, nr 206.
- Rotko J., *Normy techniczne w prawie ochrony środowiska*, Wrocław 2000.
- Skrzydło-Niżnik I., *Istota i rodzaje władczych uprawnień administracji państwowej*, „Krakowskie Studia Prawnicze” 1987, z. 20.
- Starościak J., *Źródła prawa administracyjnego*, [w:] *System prawa administracyjnego*, t. 1, red. J. Starościak, Wrocław–Warszawa–Kraków–Gdańsk 1977.
- Wojtczak S., *Problem odesłań pozasystemowych do norm niezgodnych z porządkiem prawnym*, „Studia Prawno-Ekonomiczne” 2010, nr 81.
- Rozporządzenie Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 3 kwietnia 2000 roku w sprawie przechowywania, noszenia oraz ewidencjonowania broni i amunicji (Dz. U. Nr 27, poz. 343) — akt uchylony.
- Rozporządzenie Ministra Spraw Wewnętrznych z dnia 26 sierpnia 2014 roku w sprawie przechowywania, noszenia oraz ewidencjonowania broni i amunicji (Dz. U. z 2023 r., poz. 2364).
- Ustawa z dnia 21 maja 1999 roku o broni i amunicji (Dz. U. z 2022 r., poz. 2516 z późn. zm.).
- Ustawa z dnia 12 września 2002 roku o normalizacji (Dz. U. z 2015 r., poz. 1483).

BEATA PAWŁAK-ALECHNO

ORCID: 0009-0008-3119-0982

PODSTAWY PRAWNE PARTYCYPACJI INWESTORA PRYWATNEGO W BUDOWIE LUB PRZEBUDOWIE INFRASTRUKTURY DROGOWEJ

Abstrakt: Celem artykułu jest identyfikacja i ocena podstaw prawnych, uzależnienia wydania deweloperowi uzgodnienia w zakresie możliwości włączenia do drogi ruchu kołowego spowodowanego zmianą sposobu zagospodarowania działki¹ będącej przedmiotem inwestycji od zawarcia z organem samorządu terytorialnego umowy drogowej na budowę, przebudowę lub partycypowanie w kosztach budowy lub remontu infrastruktury drogowej.

Uzyskanie przez inwestora prywatnego uzgodnienia determinuje z kolei wydanie decyzji o pozwoleniu na budowę, dlatego też przeważnie inwestorzy, chcąc rozpocząć inwestycję, decydują się na zawieranie umów i — w konsekwencji — czynny udział w przedsięwzięciu drogowym.

Powyższa praktyka organów samorządowych jest stosowana w ostatnich latach w odniesieniu do nowych inwestycji deweloperskich i to zdecydowanie w dużych aglomeracjach miejskich. Prezentowane opracowanie poświęcone jest zatem wykazaniu, jaka jest rola organów samorządu terytorialnego w odniesieniu do zapewnienia realizacji zadań własnych, i ocenie, czy budowa lub przebudowa dróg wpisuje się w zakres tych zadań. W rezultacie — w świetle jakich przepisów prawa organy samorządowe mogą (i w jakim wymiarze) wywodzić przywołane już uwarunkowania.

Słowa kluczowe: umowa drogowa, inwestor prywatny, partycypowanie w budowie drogi, deweloper, inwestycja niedrogowa

WPROWADZENIE

Obserwowany w ostatnich latach dynamiczny rozwój budownictwa mieszkalnego, osiągając na koniec 2021 roku rekordową ilość 234,7 tys. oddanych do użytkowania mieszkań, z czego inwestycje deweloperskie stanowią ponad połowę, bo aż 141,7 tys.², wymusza na organach jednostek samorządu terytorialnego

¹ Zgodnie z art. 35 ust. 3 ustawy z dnia 21 marca 1985 roku o drogach publicznych (Dz. U. z 2023 r., poz. 645).

² Dane GUS opublikowane w dniu 21 stycznia 2022 roku na stronie internetowej: <https://stat.gov.pl/obszary-tematyczne/przemysl-budownictwo-srodki-trwale/budownictwo/budownictwo-mieszaniowe-w-okresie-styczen-grudzien-2021-roku,5,122.html> (dostęp: 10.11.2023).

dostosowanie infrastruktury drogowej, a tym samym przeznaczanie na ten cel większych środków finansowych.

Inwestycje w zakresie dróg publicznych od zawsze stanowiły jedno z większych ekonomicznych wyzwań dla władz samorządowych. Gminy w zdecydowanej większości finanse na modernizację i rozbudowę dróg na poziomie lokalnym pozyskują ze środków własnych, czyli to od kondycji finansowej danej gminy oraz biegłości i sprawności w pozyskiwaniu środków na rozwój infrastruktury drogowej zależy stan i jakość sieci arterii komunikacyjnej. Rozbudowa miast i lokowanie inwestycji deweloperskich często na przedmieściach i obrzeżach aglomeracji stwarzają dodatkowe wyzwania dla samorządów. Takie przedsięwzięcia wymagają odpowiedniej infrastruktury drogowej. Ponadto wzmożony ruch samochodowy również w obwodzie miasta wymusza na organach samorządu terytorialnego działania w zakresie rozbudowy sieci dróg i przebudowy istniejącej infrastruktury.

Stąd też w obliczu nowej inwestycji deweloperskiej, na etapie pozyskiwania stosownych decyzji, powszechną praktyką w dużych aglomeracjach miejskich staje się uwarunkowanie wydania deweloperowi uzgodnienia w trybie art. 35 ust. 3 ustawy z dnia 21 marca 1985 roku o drogach publicznych (Dz. U. z 2023 r., poz. 645), a w konsekwencji — decyzji o pozwoleniu na budowę, od zawarcia z zarządcą drogi umowy na budowę, przebudowę infrastruktury drogowej lub partycypowania w kosztach realizacji tej inwestycji.

Z perspektywy możliwości intensywniejszej rozbudowy sieci drogowej praktyki samorządów należy ocenić pozytywnie. Współdziałanie w tej materii z inwestorem prywatnym zdecydowanie przyspiesza proces dostosowywania zaplecza drogowego do dynamicznie zmieniających się uwarunkowań zabudowy, a w konsekwencji — do bezpieczeństwa i polepszenia komfortu życia mieszkańców. Niestety doświadczenie pokazuje, że często dochodzi do nadużyć ze strony organu samorządowego i zakres obowiązków nałożonych na inwestora prywatnego jest niewspółmierny do skali, w jakiej inwestycja powoduje konieczność budowy lub przebudowy drogi publicznej. Zasadne są zatem identyfikacja i ocena prawna tej praktyki.

Z uwagi na omawianą materię problematyka artykułu zogniskuje się wokół podstaw prawnych, które ugruntowały podobne mechanizmy w wielu ośrodkach miejskich w oparciu o rozstrzygnięcie kwestii zadań własnych jednostek samorządu terytorialnego.

KONSTITUCJA RP JAKO PODSTAWOWE ŹRÓDŁO PREROGATYW JEDNOSTEK SAMORZĄDU TERYTORIALNEGO

Wykonywanie wielu zadań publicznych należących do samorządu terytorialnego wynika z realizacji jego funkcji. Administracja samorządowa stanowi zespół podmiotów utworzonych i powołanych do wykonywania określonych zadań

publicznych na rzecz państwa oraz lokalnych i regionalnych wspólnot. Znajduje to odzwierciedlenie w Konstytucji RP w świetle art. 16 ust. 2, art. 163 oraz art. 166 ust. 1–2³.

Na potrzeby niniejszych rozważań za kluczowe należy uznać brzmienie art. 166 Konstytucji RP, który odzwierciedla konstytucyjną zasadę samodzielności samorządu.

Konstytucja RP sankcjonuje i utrwała podział zadań samorządu terytorialnego na własne i zlecone⁴. Zasadą jest, że każda jednostka samorządu terytorialnego wykonuje przede wszystkim zadania własne, służące zaspokojeniu potrzeb wspólnoty samorządowej. Zlecone są wyjątkiem i obejmują pozostałą sferę administracji publicznej wtedy, gdy zostaną delegowane przez ustawę lub przekazane w sposób przez nią przewidziany⁵. Zadania zlecone nie będą jednak przedmiotem rozstrzygnięcia niniejszego artykułu, ponieważ z uwagi na specyfikę zagadnienia w obrębie rozważań będzie jedynie kwestia zadań własnych jednostek samorządu terytorialnego.

Ogólna zasada wyrażona w art. 166 ust. 1 Konstytucji RP⁶ stanowi, że zadania publiczne służące zaspokajaniu potrzeb wspólnoty samorządowej są zadaniami własnymi i powinny być wykonywane przez jednostkę samorządu terytorialnego. Mimo że ustawodawca konstytucyjny nie wymienił enumeratywnie katalogu zadań własnych, to jednak z treści ustaw, na przykład ustawy o samorządzie terytorialnym, wynika wprost, że to właśnie zadania własne stanowią fundamentalne powinności oraz powinny służyć realizowaniu imperatywów na rzecz lokalnych i regionalnych wspólnot⁷, a ich cechą charakterystyczną jest terytorialny charakter, mają bowiem zaspokajać zbiorowe potrzeby społeczności samorządowej⁸. Przy czym przy określaniu zakresu działania gminy posłużono się klauzulą generalną polegającą na domniemaniu właściwości gminy we wszystkich sprawach publicznych o znaczeniu lokalnym, niezastrzeżonych ustawami na rzecz innych podmiotów⁹.

Unormowania konstytucyjne w zakresie działań samorządu terytorialnego wskazują zatem jednoznacznie, że konkretyzacja zadań publicznych powinna znaleźć się w przepisach prawa materialnego, na przykład w przytoczonej ustawie o samorządzie gminnym. To one powinny uszczegóławiać określone rodzaje zadań publicznych realizowanych przez samorząd terytorialny.

³ *Ustawy samorządowe. Komentarz*, red. S. Gajewski, A. Jakubowski, Warszawa 2018, s. 111.

⁴ *Samorząd terytorialny i rozwój lokalny. Studium monograficzne*, red. H. Szczechowicz, Włocławek 2015, s. 55.

⁵ *Ibidem*, s. 55–56.

⁶ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 roku (Dz. U. z 1997 r. Nr 78, poz. 483).

⁷ *Konstytucja RP. Tom II. Komentarz art. 87–243*, red. M. Safjan, L. Bosek, Warszawa 2016, s. 911.

⁸ *Ustawy samorządowe...*, s. 112.

⁹ B. Dolnicki, *Samorząd terytorialny*, Warszawa 2019, s. 377–378.

ŹRÓDŁA REALIZACJI ZADAŃ W ZAKRESIE INFRASTRUKTURY DROGOWEJ

Poza przepisami Konstytucji RP również Europejska Karta Samorządu Terytorialnego w art. 3 ust. 1¹⁰ stanowi, że samorząd lokalny oznacza prawo i zdolność społeczności lokalnych, w granicach określonych prawem, do kierowania i zarządzania zasadniczą częścią spraw publicznych na ich własną odpowiedzialność i w interesie mieszkańców. Jednak ani przepisy Konstytucji RP, ani Europejskiej Karty Samorządu Terytorialnego nie definiują zadań publicznych od strony przedmiotowej, lecz jedynie określają ogólnie istotę zakresu odpowiedzialności samorządu, wiążąc ją z zarządzaniem terytorialnym w danej skali (lokalnej lub regionalnej)¹¹.

W związku z tym zdecydowanie kluczową rolę w definiowaniu zadań własnych jednostek samorządu terytorialnego odgrywa wzmiankowana już wcześniej ustawa o samorządzie gminnym. Ustalając zakres działania jednostek każdego szczebla samorządu terytorialnego, ustawodawca kataloguje ich zadania, wprowadzając dualizm kompetencyjny i podstawowy podział na zadania własne i zlecone. Artykuł 7 ust. 1 ustawy o samorządzie gminnym zawiera indeks zadań własnych gminy, który nie ma charakteru zamkniętego, użycie bowiem określenia „w szczególności” oznacza, że inne kategorie będą wynikać wprost z odrębnych regulacji ustawowych, ustrojowych czy materialnych. Niemniej jednak, konsekwencją wprowadzenia w drodze ustawy określonego katalogu zadań własnych jednostek samorządowych jest obowiązek spoczywający na określonej wspólnocie do realizacji tych zadań.

Zadania własne gminy podlegają wielu kategoryzacjom, jednak w uproszczeniu można określić, że ich ogół zamyka się w jednej z czterech kategorii: infrastruktura techniczna (na przykład drogi, wodociągi, utylizacja odpadów, lokalny transport zbiorowy), infrastruktura społeczna (na przykład edukacja publiczna, ochrona zdrowia, pomoc społeczna, upowszechnianie kultury), porządek i bezpieczeństwo publiczne (na przykład ochrona przeciwpożarowa), ład przestrzenny i ekologiczny (na przykład miejscowe planowanie przestrzenne, zieleń gminna, zadrzewienia)¹².

W związku z tym, że problematyka partycypacji w budowie drogi publicznej przez inwestora inwestycji niedrogowej urzeczywistnia się, jak dotąd, głównie w zurbanizowanych ośrodkach miejskich, wyjaśnienia wymaga kwestia kompetencji w materii miast na prawach powiatu. Otóż zadania własne miast na prawach powiatu obejmują w szczególności sprawy wymienione w art. 7 ust. 1 ustawy

¹⁰ Europejska Karta Samorządu Terytorialnego (Dz. U. z 1944 r. Nr 124, poz. 607).

¹¹ M. Kulesza, M. Bitner, A. Kozłowska, *Ustawa o partnerstwie publiczno-prywatnym. Komentarz*, Warszawa 2006, s. 33.

¹² Z. Niewiadomski, M. Kallas, I. Lipowicz, G. Szpor, *Prawo administracyjne. Część ustrojowa*, Warszawa 2002, s. 144.

o samorządzie gminnym oraz art. 4 ust. 1 ustawy o samorządzie powiatowym. Wynika to z art. 92 ust. 2 ustawy o samorządzie powiatowym, w myśl którego „miasto na prawach powiatu jest gminą wykonującą zadania powiatu na zasadach określonych w tej ustawie”¹³ (to jest — ustawie o samorządzie powiatowym).

Co więcej, w literaturze uwierzytelniony jest pogląd, że przepisy prawa odnoszące się do powiatów przy realizacji ich zadań przez miasta na prawach powiatu w pierwszym rzędzie są podległe ustawodawstwu odnoszącemu się do samorządu gminnego. Miasto na prawach powiatu jest bowiem, w pierwszej kolejności, gminą, która tym różni się od innych tego rodzaju jednostek administracyjnych, że ustawodawca powierzył jej wykonywanie zadań powiatu¹⁴. Rozpatrując zatem kwestie zadań miasta na prawach powiatu i jego kompetencji w zakresie infrastruktury drogowej, uprawnione jest odpowiednie stosowanie przepisów o samorządzie gminnym.

Artykuł 7 ust. 1 pkt 2 ustawy o samorządzie gminnym, zaliczając do zadań własnych gminy sprawy gminnych dróg, ulic, mostów, placów oraz organizacji ruchu drogowego, odsyła do materialnoprawnej regulacji ustawowej, ponieważ zadania własne gminy w tej materii konkretyzuje ustawa z dnia 21 marca 1985 roku o drogach publicznych (Dz. U. z 2023 r., poz. 645).

W świetle art. 19 ust. 1 ustawy o drogach publicznych organ administracji rządowej lub jednostki samorządu terytorialnego, do którego właściwości należą między innymi sprawy z zakresu planowania, budowy, przebudowy, remontu dróg, zdefiniowany został jako zarządca drogi¹⁵. Zarządcy dróg publicznych są zatem częścią struktur administracji rządowej lub samorządu terytorialnego. Wskazanie właściwego zarządcy drogi publicznej art. 19 ust. 2 ustawy o drogach publicznych uzależnia od kategorii drogi¹⁶. Z uwagi na fakt, że przedmiotowe opracowanie skupia się na mechanizmach występujących w zurbanizowanych ośrodkach miejskich, zarządcą dróg (z zastrzeżeniem ust. 3, 5 i 8) dla dróg gminnych jest wójt (burmistrz, prezydent miasta)¹⁷.

Ustawodawca w art. 19 ust. 1 ustawy o drogach publicznych nie wskazał jednak pełnego wykazu spraw należących do zarządcy drogi publicznej. Większość zadań organów administracji drogowej wyszczególnia art. 20 ustawy. I tak z treści pkt 1 tego artykułu należy wyprowadzić obowiązek zarządcy dróg polegający na dbałości nie tylko o utrzymanie stanu dróg, ale także o rozwój sieci dróg pozostających pod jego zarządem. Z kolei art. 20 pkt 3 stanowi o działalności inwestycyjnej zarządcy dróg. Inwestorem jest podmiot działający we własnym imieniu i na własny rachunek, ponosząc jednocześnie ekonomiczny ciężar danego przedsięwzięcia

¹³ B. Dolnicki, *Samorząd...*, s. 190.

¹⁴ *Ibidem*, s. 190–191.

¹⁵ Ustawa z dnia 21 marca 1985 roku o drogach publicznych (Dz. U. z 2023 r., poz. 645).

¹⁶ W. Maciejko, P. Zaborniak, *Ustawa o drogach publicznych. Komentarz*, Warszawa 2010, s. 317.

¹⁷ Ustawa z dnia 21 marca 1985 roku o drogach publicznych (Dz. U. z 2023 r., poz. 645).

drogowego i organizując proces budowlany w celu czerpania w przyszłości korzyści gospodarczych z inwestycji¹⁸. W obliczu tego ustawodawstwa, na tym etapie rozważań, w pełni zasadne jest wyartykułowanie tezy, że to na zarządcy drogi publicznej, który jest organem samorządowym, w pełni spoczywa obowiązek polegający na gospodarowaniu infrastrukturą drogową, zarówno w aspekcie planistycznym, remontowym, jak i finansowym.

W kontekście tych rozważań nie sposób nie uwzględnić jeszcze jednego aktu prawnego regulującego ogólne zasady finansowania budowy, przebudowy, remontu, utrzymania zasobu transportu lądowego (w tym dróg publicznych) oraz zarządzania tą infrastrukturą, nadającego kompetencje w zakresie finansowania dróg publicznych organom rządowym i samorządowym. Mowa o ustawie z dnia 16 grudnia 2005 roku o finansowaniu infrastruktury transportu lądowego (Dz. U. z 2018 r., poz. 203 ze zm.), która w treści art. 3 ust. 1 ustawy określa, przez kogo finansowane są zadania w zakresie budowy, przebudowy, remontu, utrzymania i ochrony dróg oraz zarządzania nimi, odpowiednio: w zakresie dróg krajowych — przez ministra właściwego do spraw transportu za pośrednictwem Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad albo drogowych spółek specjalnego przeznaczenia, w zakresie dróg wojewódzkich — samorząd województwa, w zakresie dróg powiatowych — samorząd powiatowy. Jednakże art. 3 ust. 3 tej ustawy stanowi, że w granicach miast na prawach powiatu zadania w zakresie finansowania, budowy, przebudowy, remontu, utrzymania, ochrony i zarządzania drogami publicznymi — z wyjątkiem autostrad i dróg ekspresowych — finansowane są z budżetów tych miast¹⁹. Jeśli zatem, w myśl regulacji ustawy o finansowaniu infrastruktury transportu lądowego, zadania z zakresu dróg publicznych stanowią prerogatywę organów rządowych lub samorządowych, to czy przerwianie tego obowiązku na inwestora prywatnego nie stanowi naruszenia przepisów prawa materialnego?

Otóż w kolejnych przepisach ustawy o finansowaniu infrastruktury transportu lądowego, mianowicie — w treści art. 3 ust. 5 wspomnianej ustawy — budowa, przebudowa, remont, utrzymanie i ochrona dróg publicznych mogą być realizowane przy udziale środków rzeczowych i pieniężnych świadczonych przez osoby fizyczne i prawne, krajowe i zagraniczne oraz jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej, w tym w ramach partnerstwa publiczno-prywatnego.

Czy w takim razie organy samorządowe wystarczającą podstawę do finansowej partycypacji dostrzegają w treści art. 3 ust. 5 ustawy o finansowaniu infrastruktury transportu lądowego?

Z regulacji tej wynika wprost, że inwestycje drogowe mogą być realizowane przy udziale środków rzeczowych i pieniężnych świadczonych przez osoby

¹⁸ W. Maciejko, P. Zaborniak, *Ustawa...*, s. 326–329.

¹⁹ Ustawa z dnia 16 grudnia 2005 roku o finansowaniu infrastruktury transportu lądowego (Dz. U. z 2018 r., poz. 203 ze zm.).

fizyczne i prawne między innymi w ramach partnerstwa publiczno-prywatnego. Przywołany przepis wskazuje na „udział środków pieniężnych” pochodzących od podmiotów prywatnych. Pozwala on w związku z tym w sposób wyraźny na partycypację polegającą na transferze pieniężnym pomiędzy podmiotem prywatnym a publicznym. Ustawodawca tym samym wprost przewidział udział czynnika finansowego spoza władztwa samorządowego.

Termin partnerstwa publiczno-prywatnego, które w swej treści ustawodawca ujął w art. 3 ust. 5 ustawy o finansowaniu infrastruktury transportu drogowego, odnosi się do łączenia kapitałów prywatnych i środków publicznych.

Problematykę współpracy na gruncie publiczno-prywatnym reguluje ustawa o partnerstwie publiczno-prywatnym. Jego definicja normatywna na gruncie art. 1 ust. 2 tej ustawy²⁰ polega na wspólnej realizacji przedsięwzięcia opartej na podziale zadań i ryzyk między podmiotem publicznym i partnerem prywatnym²¹.

Partnerstwo publiczno-prywatne w szerokim rozumieniu zostało zdefiniowane w aktach prawa UE oraz dokumentach instytucji UE²², między innymi jako partnerstwo sektora publicznego i prywatnego mające na celu realizację przedsięwzięć lub świadczenie usług tradycyjnie dostarczanych przez sektor publiczny. Ponadto, jako wzorzec dla ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym z 2008 roku, oprócz wspomnianych aktów prawnych UE stanowiły również wskazówki zawarte w zielonej księdze, wytycznych i komunikatach wyjaśniających Komisji Europejskiej oraz decyzji Eurostatu. Dyspozycje te zdeterminowały ustawowe pojęcie partnerstwa publiczno-prywatnego oraz zakres ustawowej regulacji²³.

Ustawodawca, definiując „podmiot publiczny” w art. 2 ust. 1 ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym, między innymi warunkuje przedmiot jego działalności od zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym, niemającym charakteru przemysłowego ani handlowego²⁴. Należy rozważyć zatem, czy budowa lub rozbudowa infrastruktury drogowej przez inwestora prywatnego mieści się w jej zakresie przedmiotowym. Ustawodawca w ustawie o partnerstwie publiczno-prywatnym nie konkretyzuje pojęcia „zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym”, niemniej jednak literatura stoi na stanowisku nadania mu znaczenia „potrzeb o charakterze użyteczności publicznej”, której celem jest bieżące i nieprzerwane zaspokajanie zbiorowych potrzeb ludności w drodze usług powszechnie

²⁰ Ustawa z dnia 19 grudnia 2008 roku o partnerstwie publiczno-prywatnym (Dz. U. z 2023 r., poz. 30, 203).

²¹ W. Gonet, *Komentarz do ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym*, Warszawa 2009, s. 13.

²² Zob. Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/23/UE z dnia 26 lutego 2014 roku w sprawie udzielania koncesji, Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 roku w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE.

²³ Z. Cieślak *Partnerstwo publiczno-prywatne. Publicznoprawna problematyka kontraktowych form działania administracji europejskiej*, Warszawa 2014, s. 417.

²⁴ Ustawa z dnia 19 grudnia 2008 roku o partnerstwie publiczno-prywatnym (Dz. U. z 2023 r., poz. 30, 203).

dostępnych. Tym samym w trybie ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym możliwe będą realizacje przedsięwzięć z zakresu zadań publicznych obligatoryjnych (to jest — zadania związane z transportem, wodociągami, kanalizacją itp.) oraz fakultatywnych (czyli centra rozrywki, parki wodne itp.) wykraczających poza zakres pojęcia użyteczności publicznej²⁵. Nie ma wątpliwości, że budowa lub rozbudowa infrastruktury drogowej stanowi zadanie publiczne w ramach zadań własnych samorządu terytorialnego. Na potrzeby niniejszej publikacji uwaga zogniskowana jest jedynie na drogach gminnych i powiatowych, zatem obowiązki z zakresu budowy czy utrzymania dróg publicznych są zadaniami publicznymi, których realizacja może stanowić przedmiot partnerstwa publiczno-prywatnego w trybie przepisów ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym.

Zmiany optyki patrzenia na partnerstwo publiczno-prywatne ze względu na omawianą problematykę partycypacji w budowie drogi przez czynnik prywatny, w ramach inwestycji niedrogowej, wymaga omówienie kwestii wynagrodzenia w myśl art. 7 ust. 1 ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym. W literaturze jako element charakterystyczny partnerstwa publiczno-prywatnego wymienia się porozumienie o charakterze komercyjnym, mające formę długoterminowej współpracy, której celem jest osiąganie obopólnych korzyści. Strony partnerstwa dzielą się bowiem nie tylko zasobami, potencjalnymi korzyściami, ale także ryzykiem — każdy z partnerów przyjmuje na siebie tę część ryzyka, z którą lepiej sobie poradzi. W efekcie rozłożenie ryzyka powinno przyczynić się do racjonalizacji kosztów i optymalizacji efektu finansowego dla stron partnerstwa publiczno-prywatnego²⁶.

Zatem współpraca na styku sektorów publicznego i prywatnego w rozumieniu przytoczonych definicji powinna posiadać przymiot wzajemnej korzyści i zorientowanej za zysku obu partnerów współpracy. Jako istotę partnerstwa publiczno-prywatnego wspomniany już akt prawny zalicza kwestię wynagrodzenia i korzyści z przedsięwzięcia dla partnera prywatnego. Wynagrodzenie partnera prywatnego w myśl tej regulacji może przybierać formę pobierania pożytków lub uzyskiwania innych korzyści z przedsięwzięcia albo formę zapłaty przez podmiot publiczny sumy pieniężnej. Słowem — udział podmiotu publicznego w przedsięwzięciu oprócz wniesienia wkładu własnego polegać ma na zapłacie wynagrodzenia pod postacią uiszczenia sumy pieniężnej. Z kolei korzyść z przedsięwzięcia to przychody, które należy rozumieć jako wszelkie pozytywne dla partnera prywatnego zjawiska z realizacji przedsięwzięcia, w szczególności korzyści ekonomiczne dające się wiarygodnie oszacować²⁷. Waloru takiego zdecydowanie pozbawione są umowy drogowe będące przedmiotem rozważań, zawierane pomiędzy zarządcą drogi a inwestorem prywatnym. Otóż na inwestorze inwestycji niedrogowej niejako wywierany jest przymus zawarcia umowy drogowej, która nie generuje

²⁵ W. Gonet, *Komentarz...*, s. 20–21.

²⁶ A. Walenia, *Partnerstwo publiczno-prywatne jako forma wsparcia inwestycji lokalnych w województwie wielkopolskim*, „Rozwój Regionalny i Polityka Regionalna” 2020, t. 52, s. 46.

²⁷ M. Kulesza, M. Bitner, A. Kozłowska, *Ustawa...*, s. 37–39.

korzyści majątkowych dla strony prywatnej. Skutkiem tego deweloper, realizując inwestycję niedrogową, zobligowany przez organ samorządu terytorialnego do wywiązania się z przedsięwzięcia drogowego, nie odnosi korzyści finansowej, co więcej — wymóg ten stanowi dla niego obciążenie ekonomiczne. Stąd też uznać należy, że komentowana współpraca nie materializuje warunku obopólnej korzyści, gdzie każda ze stron powinna czerpać ze współdziałania własne korzyści — proporcjonalne do zaangażowania. Z tych rozważań wynika, że budowa infrastruktury drogowej w ramach realizacji przedsięwzięcia niedrogowego przez inwestora prywatnego pozostaje poza zakresem normatywnym komentowanych regulacji, to jest — ustawy o finansowaniu infrastruktury transportu drogowego w związku z ustawą o partnerstwie publiczno-prywatnym. Do podobnej konkluzji doszedł Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 24 lutego 2021 roku (sygn. akt III CSKP 62/21), rozstrzygając, że możliwości pokrycia przez inwestora prywatnego kosztów budowy lub przebudowy drogi publicznej nie uzasadnia treść art. 3 ust. 5 ustawy z dnia 16 grudnia 2005 roku o finansowaniu infrastruktury transportu lądowego ani też zasada swobody umów wyrażona w art. 353¹ Kodeksu cywilnego²⁸.

ARTYKUŁ 16 USTAWY O DROGACH PUBLICZNYCH JAKO PODSTAWA UMÓW DROGOWYCH

Ekscepcją od ogólnej zasady wyrażonej w niniejszych rozważaniach jest art. 16 ustawy o drogach publicznych. W świetle ust. 1 tego przepisu „budowa lub przebudowa dróg publicznych spowodowana inwestycją niedrogową należy do inwestora tego przedsięwzięcia”, ustawodawca wskazuje zatem sytuację, w której budowę lub przebudowę dróg publicznych powinien przeprowadzić podmiot niebędący zarządcą dróg publicznych²⁹. Wskutek tego kompetencja zarządcy drogi do działań inwestycyjnych, jeśli zajdzie potrzeba budowy lub przebudowy drogi, zostaje wyłączona i przekazana inwestorowi przedsięwzięcia na przykład deweloperskiego jako inwestycji niedrogowej. W związku z tym samorządy coraz częściej korzystają z regulacji w trybie art. 16 ust. 1 ustawy o drogach publicznych, przenosząc ciężar budowy dróg publicznych na inwestorów prywatnych, który powstaje *ex lege*.

Jeśli wobec tego deweloper, realizując inwestycję mieszkaniową, wywoła zwiększony ruch samochodowy w stopniu, do którego aktualna infrastruktura drogowa nie jest przystosowana, powinien uczestniczyć w jej zmodernizowaniu. W obliczu intensywnego procesu urbanizacyjnego dużych ośrodków miejskich samorządy nie miałyby możliwości ponoszenia kosztów inwestycji drogowych spowodowanych szybkim rozwojem przedsięwzięć nienależących do sfery ich

²⁸ Wyrok SN z dnia 24 lutego 2021 roku (sygn. akt III CSKP 62/21).

²⁹ W. Maciejko, P. Zaborniak, *Ustawa...*, s. 275.

aktywności. W tym kontekście przenoszenie kompetencji w zakresie budowy lub przebudowy dróg publicznych na inwestora prywatnego znajduje uzasadnienie.

Jednocześnie treść regulacji art. 16 ust. 1 ustawy o drogach publicznych nie precyzuje, na którym etapie procesu inwestycyjnego powinno dojść do rozstrzygnięcia, czy zastosowanie znajdzie przepis art. 16 ustawy o drogach publicznych. Innymi słowy — czy i w jakim zakresie zamierzenie budowlane spowoduje nałożenie na inwestora prywatnego realizacji inwestycji drogowej.

Praktyka wskazuje, że najczęściej do takiego rozstrzygnięcia dochodzi na etapie uzyskiwania decyzji o pozwoleniu na budowę, mianowicie — w momencie ustaleń z Departamentem Zarządzania Drogami. Przy czym nie brakuje głosów, aby podobna rezolucja podejmowana była już na etapie wydawania decyzji o warunkach zabudowy. Tymczasem jeśli zamierzenie budowlane znajduje się na terenie, dla którego nie sporządzono miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego, w decyzji o warunkach zabudowy, w punkcie *Warunki i szczegółowe zasady zagospodarowania terenu wynikające z przepisów odrębnych / Obsługa w zakresie infrastruktury technicznej i komunikacji*, sygnalizowana jest w oparciu o art. 35 ust. 3 ustawy o drogach publicznych możliwa konieczność dostosowania — przez inwestora inwestycji niedrogowej — układu komunikacyjnego do zmienionych warunków ruchu na podstawie art. 16 ust. 1 ustawy o drogach publicznych.

Zdecydowanie należy popierać pogląd, że nałożenie w decyzji o warunkach zabudowy obowiązku partycypowania w inwestycji drogowej jest pochozny i nieuprawniony. Ostateczny bowiem zakres inwestycji określa decyzja o pozwoleniu na budowę, z kolei decyzja o warunkach zabudowy określa jedynie pewne ramy i możliwości zabudowy i zagospodarowania terenu.

Kwestią, która jednak wymaga zdecydowanego omówienia, jest zakres i forma partycypacji inwestora prywatnego w budowie lub przebudowie drogi publicznej. W tym kontekście na uwagę zasługuje art. 16 ust. 2 ustawy o drogach publicznych — otóż z treści tej regulacji wynika, że to umowa między zarządcą drogi a investorem inwestycji niedrogowej określa szczegółowe warunki budowy lub przebudowy dróg, zatem to na zarządcę drogi oraz inwestora ustawodawca przerzuca obowiązek unormowania w ramach umowy wzajemnych praw i obowiązków. Jak zauważa dr Paweł Zaborniak, przywołany przepis już na wstępie błędnie określa jedną ze stron zawierających umowę. Otóż zarządca drogi, będący zgodnie z przepisami ustawy o drogach publicznych oraz wcześniejszymi egemplifikacjami artykułu organem administracji publicznej, nie może być stroną umowy cywilnoprawnej, nie posiada bowiem zdolności prawnej, tym samym nie może samodzielnie uczestniczyć w obrocie cywilnoprawnym. Stroną umowy może być osoba prawna, czyli Skarb Państwa, lub jednostka samorządu terytorialnego³⁰. Inwestor z kolei jest uczestnikiem procesu budowlanego zgodnie z art. 17 pkt 1

³⁰ *Ibidem*, s. 277.

ustawy z dnia 7 lipca 1994 roku — Prawo budowlane. Mimo że ustawa ta wielokrotnie posługuje się terminem „inwestor”, to nie zawiera jednak definicji legalnej tego pojęcia. Z treści normatywnej przepisów ustawy wynika, że to inwestor inicjuje proces administracyjny zmierzający do wydania decyzji o pozwoleniu na budowę. Inwestor może być właścicielem nieruchomości będącej przedmiotem pozwolenia na budowę lub posiadać prawo do dysponowania nieruchomością na cele budowlane. W odniesieniu zaś do regulacji art. 16 ust. 2 ustawy o drogach publicznych inwestor musi posiadać zdolność do czynności prawnych i zamierza zrealizować inwestycję niedrogową.

Warunki realizacji inwestycji określone w umowie drogowej, jak wynika z art. 16 ust. 2 ustawy o drogach publicznych, powinny dotyczyć inwestycji drogowej, to jest — budowy lub przebudowy drogi publicznej, nie zaś inwestycji niedrogowej. Umowa powinna zawierać postanowienia, które nie mogą znaleźć się w decyzjach wydawanych przez zarządcę lub zarząd drogi. W szczególności wzajemne rozliczenia, harmonogram, warunki techniczne, kwestie rękojmi, gwarancji oraz zasady przekazania przez inwestora przebudowanej lub wybudowanej drogi zarządcy³¹.

Organy samorządów terytorialnych autonomicznie kreują zasady udziału inwestora prywatnego w budowie drogi. Praktyka akceptuje różne sposoby wywiązania się z ciężącego na nim obowiązku wynikającego z treści art. 16 ustawy o drogach publicznych, od realizacji budowy lub przebudowy drogi przez inwestora prywatnego, poprzez współrealizację inwestora prywatnego z zarządcą drogi publicznej, kończąc na budowie drogi przez samą gminę w całości lub w części na koszt inwestora inwestycji niedrogowej.

Jednak bez względu na formę współdziałania praktyka, piśmiennictwo oraz orzecznictwo utrzymały pogląd, że przesłanką do zastosowania treści wynikających z art. 16 ustawy o drogach publicznych nie powinna być obligatoryjność i bezwarunkowość, lecz przymiot konieczności i niezbędności przebudowy lub budowy drogi publicznej pozostający w ścisłym związku z inwestycją niedrogową.

W tym kontekście warto przywołać wyroki Sądu Najwyższego z dnia 24 lutego 2021 roku (sygn. akt III CSKP 62/21) oraz z dnia 25 listopada 2020 roku (sygn. akt V CSK 23/19)³², określające ramy progowe zastosowania art. 16 ustawy o drogach publicznych. W obu orzeczeniach Sąd Najwyższy wskazuje, że obowiązek nałożony na inwestora na mocy umowy zawartej na podstawie art. 16 ustawy o drogach publicznych nie może mieć charakteru niepozostającego w odpowiedniej proporcji do przyczyny oraz celu realizacji zobowiązania do budowy bądź przebudowy drogi publicznej. Oznacza to, że niedopuszczalne jest przerzucanie na inwestora inwestycji niedrogowej ciężaru, w tym kosztów budowy lub

³¹ *Ibidem*, s. 277–278.

³² Wyrok SN z dnia 25 listopada 2020 roku (sygn. akt V CSK 23/19).

przebudowy drogi publicznej w zakresie wykraczającym poza to, co spowodowało konieczność³³ zawarcia takiej umowy.

Jednocześnie Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 24 lutego 2021 roku (sygn. akt III CSKP 62/21) akcentuje konieczność współrealizowania budowy lub przebudowy, względnie uiszczenie części poniesionych wydatków lub kosztów inwestorowi wówczas, gdy zadanie to wykracza poza cele wynikające z planowanej inwestycji niedrogowej³⁴.

Przywołane wyroki Sądu Najwyższego potwierdzają tym samym pogląd, że ciążący na inwestorze prywatnym obowiązek budowy lub przebudowy drogi musi pozostawać w pełnej korelacji z inwestycją niedrogową, a zakres jej — być współmierny do zamierzenia inwestycyjnego. Co więcej, w omawianym orzeczeniu z dnia 24 lutego 2021 roku (sygn. akt III CSKP 62/21) Sąd Najwyższy zajął stanowisko, że w przypadku naruszenia przymiotu niezbędności inwestycji niedrogowej inwestorowi prywatnemu przysługuje częściowy zwrot poniesionych wydatków lub kooperacja z zarządcą w procesie budowy lub przebudowy drogi. Z kolei coraz powszechniej działania samorządów utrwalają inną praktykę aniżeli nakładanie obowiązku na inwestora zamierzenia niedrogowego do budowy lub przebudowy drogi. Mianowicie — zarządca drogi w ramach umowy drogowej nakłada na inwestora niedrogowego obowiązek świadczenia pieniężnego, innymi słowy — zobowiązuje go do wniesienia określonego wkładu finansowego i partycypowania wyłącznie w kosztach realizacji inwestycji drogowej.

Samorządy przyjmują jednak różne kryteria regulujące sposób wyliczenia zaangażowania finansowego inwestora przedsięwzięcia niedrogowego w budowę drogi. Niedookreślone i oparte na zasadzie uznaniowości reguły należy ocenić zdecydowanie negatywnie, ponieważ z punktu widzenia inwestora (dewelопера) jest to koszt, który stanowić będzie o opłacalności danej inwestycji. Inwestor na etapie planowania powinien znać formuły wyliczeń, aby móc samodzielnie skalkulować poziom jego partycypacji w kosztach w infrastrukturze drogowej. Przykładem samorządu, który wypracował jednolite zasady wymiaru finansowego udziału w kosztach budowy infrastruktury drogowej przez inwestora prywatnego, jest miasto st. Warszawa. Wspomniany samorząd zastosował zryczałtowaną stawkę opłat w odniesieniu do budowy 1 m² PUM-u (powierzchni użytkowej mieszkalnej), kształtują się one w zależności od lokalizacji i rodzaju zabudowy od 125 do 200 złotych za 1 m² PUM-u³⁵.

Mimo że stosowanie przez niektóre samorządy zryczałtowanej stawki ocenić należy z perspektywy obiektywności oraz przewidywalności inwestycyjnej pozytywnie, to jednak na tym etapie analizy warto rozważyć, czy finansowanie inwestycji drogowej przez inwestora prywatnego wypełnia przesłanki art. 16

³³ Wyrok SN z dnia 24 lutego 2021 roku (sygn. akt III CSKP 62/21).

³⁴ Wyrok SN z dnia 24 lutego 2021 roku (sygn. akt III CSKP 62/21).

³⁵ Zarządzenie Prezydenta m.st. Warszawy nr 1715/2021 z dnia 19 października 2021 roku.

ust. 1–2 ustawy o drogach publicznych oraz czy partycypowanie w kosztach, bez wymogu czynnika realizacji budowy lub rozbudowy drogi publicznej, nie stoi w sprzeczności z dyrektywami niniejszego przepisu.

PARTYCYPACJA INWESTORA INWESTYCJI NIEDROGOWEJ W BUDOWIE LUB ROZBUDOWIE DROGI W ORZECZNICTWIE

Zagadnienie obowiązku finansowania budowy bądź przebudowy drogi przez inwestora inwestycji niedrogowej było wielokrotnie przedmiotem rozstrzygnięć zarówno sądów administracyjnych, jak i Sądu Najwyższego. Wydaje się wobec tego, że rzeczona materia ma pewną ugruntowaną linię orzeczniczą.

W orzecznictwie podkreśla się głównie przymiot proporcjonalności w obciążaniu obowiązkiem partycypowania w budowie lub przebudowie infrastruktury drogowej, a co za tym idzie — nie brakuje krytycznych poglądów wobec utrwalonej praktyki wielu samorządów, polegającej na obligatoryjności i bezwarunkowości obarczania inwestora prywatnego obowiązkiem budowy lub przebudowy drogi, braku obiektywnej analizy wpływu danej inwestycji niedrogowej na ruch kołowy.

Kluczowy dla omawianej problematyki wydaje się przywołany w niniejszej publikacji wyrok Sądu Najwyższego z dnia 24 lutego 2021 roku (sygn. akt III CSKP 62/21). Organ ten stanął na stanowisku, że w oparciu o art. 16 ustawy o drogach publicznych — który przewiduje możliwość nałożenia na inwestora inwestycji niedrogowej obowiązku budowy bądź przebudowy drogi publicznej, koniecznej w zakresie realizowanej inwestycji — nie stanowi obowiązku partycypacji w kosztach inwestycji drogowej, polega bowiem na jej wykonaniu w odpowiednim zakresie.

Zobowiązanie inwestora inwestycji niedrogowej nie może zatem stanowić świadczenia pieniężnego. Obowiązek wynikający wprost z regulacji art. 16 ust. 1 ustawy o drogach publicznych może być zrealizowany jedynie poprzez faktyczne wykonanie robót związanych z budową lub przebudową drogi.

Również należy uznać, że nie stanowi treści umowy, o której mowa w art. 16 ustawy o drogach publicznych, zobowiązanie do poniesienia przez inwestora inwestycji niedrogowej kosztów budowy lub przebudowy w sytuacji, gdy miałyby być one zrealizowane przez inny podmiot.

Radykalnie inne stanowisko w zakresie świadczenia pieniężnego wyartykułował ponad dekadę wcześniej Wojewódzki Sąd Administracyjny w Kielcach w wyroku z dnia 22 grudnia 2010 roku (sygn. akt I SA/Ke 625/10), wskazując, że przekazanie środków pieniężnych, które wynika z realizacji umowy zawartej pomiędzy inwestorem a jednostką samorządu terytorialnego, stanowi zapłatę za zwolnienie inwestora ze spoczywającego na nim, w świetle ustawy o drogach publicznych, obowiązku budowy lub przebudowy drogi publicznej, która to budowa

lub przebudowa zostanie wykonana nie przez inwestora, lecz jednostkę samorządową. Sąd uznał, że zapłata jest bezpośrednio związana w wykonywanym świadczeniu, nie zaś przekazaniem środków pieniężnych niezwiązanych z jakąkolwiek usługą³⁶.

W orzecznictwie dostrzec można rezolucje rozstrzygające o istocie kolejnego rudymentu wyczerpującego założenia art. 16 ust. 1 ustawy o drogach publicznych, mianowicie — ocenę przymiotu „spowodowania” budowy lub przebudowy drogi publicznej. Otóż czy należy zakładać *a priori*, że każde przedsięwzięcie niedrogowe powoduje konieczność realizacji przepisu art. 16 ustawy o drogach publicznych? Praktyka samorządów zmierza zdecydowanie w kierunku obligatoryjności. Co do zasady każda inwestycja deweloperska w dużych aglomeracjach obciążona jest obowiązkiem budowy lub rozbudowy drogi publicznej bądź partycypowania w kosztach inwestycji drogowej bez wnikliwego badania, czy dane przedsięwzięcie budowlane będzie miało wpływ na zwiększenie natężenia ruchu oraz czy istniejące powiązania komunikacyjne będą niewystarczające dla nowej rzeczywistości. Nie każda bowiem inwestycja będzie generowała ruch, który będzie nie do udźwignięcia przez istniejącą infrastrukturę drogową.

Punktem wyjścia do niniejszej problematyki powinien być wyrok WSA z dnia 16 maja 2007 roku (sygn. akt IV SA/Wa 395/07), z którego wywiedziono, że przepis art. 35 ust. 3 ustawy o drogach publicznych — stanowiący podstawę prawną i dający asumpt jednostkom samorządu terytorialnego do warunkowania wydania pozwolenia na budowę od stosownych uzgodnień z zarządcą drogi — dotyczy zmiany dotychczasowego zagospodarowania terenu. W konsekwencji dokonując uzgodnienia w kwestii włączenia do drogi ruchu drogowego spowodowanego zmianą wynikającą z planowanej inwestycji organ — zarządca drogi — powinien kierować się przede wszystkim względami bezpieczeństwa w ruchu drogowym. Przesłanka ta stanowi podstawowe kryterium oceny możliwości włączenia ruchu samochodowego z nowo powstającej inwestycji do zasobu sieci drogowych. Podążając za tą motywacją, zarządca drogi nie powinien bezwzględnie nakładać na inwestora inwestycji niedrogowej obowiązku partycypacji w kosztach budowy bądź przebudowy drogi, biorąc tym samym za pewnik, że dana inwestycja powinna być obciążona kosztami inwestycji w infrastrukturę drogową. Wyznaczenie takiego obowiązku należy poprzedzić analizą i względami bezpieczeństwa. Nie każda bowiem inwestycja niedrogowa wypełniać będzie przesłanki do współuczestniczenia w budowie drogi³⁷.

Również przytoczane wielokrotnie orzeczenie Sądu Najwyższego z dnia 24 lutego 2021 roku (sygn. akt III CSKP 62/21) negatywnie ocenia ten aspekt stosowania przez samorządy art. 16 ustawy o drogach publicznych, osądzając,

³⁶ Wyrok WSA w Kielcach z dnia 22 grudnia 2010 roku (sygn. akt I SA/Ke 625/10).

³⁷ W. Podhorecki, *Ustawa o drogach publicznych. Orzecznictwo. Wzory aktów prawnych*, Warszawa 2009, s. 111–113.

że przepis ten nie zezwala na nałożenie na inwestora obowiązku w zakresie szerszym, niż wynika to z faktycznego wpływu konkretnej inwestycji na konieczność budowy czy przebudowy dróg. Zatem gminy nie mogą zmuszać inwestorów do budowy lub przebudowy dróg, jeśli nie jest to spowodowane inwestycją niedrogową. Tym samym Sąd Najwyższy odrzuca zdecydowanie przymiot obligatoryjności w uzależnianiu wydania uzgodnienia w trybie art. 35 ust. 3 ustawy z dnia 21 marca 1985 roku o drogach publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1693) z Departamentem Zarządzania Dróg od podpisania umowy drogowej.

Do podobnej, choć nie tak jednoznacznej, konkluzji doszedł Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 25 listopada 2020 roku (sygn. akt V CSK 23/19), uznając, że obowiązek określony w art. 16 ust. 1 ustawy o drogach publicznych uwarunkowany jest wprowadzeniem umowy wskazanej w art. 16 ust. 2 ustawy o drogach publicznych, jednak w samym art. 16 ust. 1 ustawy o drogach publicznych obowiązek inwestora inwestycji niedrogowej został określony w sposób bardzo ogólny, wymagający doprecyzowania, a poza umową przepis nie określa, jak miałyby to nastąpić³⁸.

Praktyka wykazuje jeszcze jedną kontrowersję, którą podniósł Sąd Apelacyjny w Krakowie w wyroku z dnia 7 września 2018 roku (sygn. akt I AGa 178/18). Wspomniany dysonans dotyczy następujących sytuacji: po pierwsze, drogi publiczne z reguły nie są wykorzystywane tylko na potrzeby jednej inwestycji, mogą obsługiwać nie tylko ruch dojazdowy do wybudowanego obiektu, lecz również ruch miejski, służąc ogółowi mieszkańców. W takim przypadku konieczne będzie rozdzielenie kosztów budowy drogi pomiędzy inwestora i podmiot publiczny. Zakres obowiązków obu stron powinien odpowiadać stopniowi, w jakim droga będzie służyła korzystaniu z budowanego obiektu oraz ruchowi ogólnomiejskiemu. Po wtóre, nierzadkie są sytuacje, gdy budowa lub przebudowa drogi publicznej spowodowana jest więcej niż jedną inwestycją niedrogową. Wówczas niezbędne jest określenie w stosunku do każdego z inwestorów wysokość udziału w kosztach wynikających z art. 16 ust. 2 ustawy o drogach publicznych³⁹.

Podsumowując rozważania aktualnego orzecznictwa, stwierdzić należy, że kluczowym determinantem rozstrzygającym kwestię współuczestniczenia w kosztach budowy lub przebudowy infrastruktury drogowej przez dewelopera jest *differentia specifica* polegająca na spowodowaniu i wpływie danej inwestycji niedrogowej na ruch kołowy. W zasadzie żaden inny warunek nie powinien pociągać za sobą wymogu partycypacji w kosztach. Jeśli zaś już taka okoliczność zaistnieje, obciążenie inwestora przedsięwzięcia niedrogowego musi być proporcjonalne i współmierne do zakresu realizowanej przez niego inwestycji.

³⁸ Wyrok SN z dnia 25 listopada 2020 roku (sygn. akt V CSK 23/19).

³⁹ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 7 września 2018 roku (sygn. akt I AGa 178/18).

ZAKOŃCZENIE

Poprawę jakości infrastruktury drogowej na poziomie lokalnym należy uznać za ważny cel dla samorządu terytorialnego. Uzasadnieniem dla takiego działania jest przede wszystkim bezpieczeństwo lokalnej społeczności i komfort jej życia.

Podsumowując, należy podkreślić, że zawieranie umów pomiędzy deweloperem a organem jednostki samorządu terytorialnego jest dozwolone i znajduje uzasadnienie zarówno w ustawach, jak i orzecznictwie. Nie może jednak polegać na uznaniowości i subiektywnej ocenie, lecz na pogłębionej analizie, w jakim zakresie i czy w ogóle konkretna inwestycja stanowi obciążenie dla istniejącej infrastruktury drogowej.

Współdziałanie organu samorządu z czynnikiem prywatnym zdecydowanie przyspieszy proces dostosowywania infrastruktury do zmieniających się warunków. Analizowana regulacja art. 16 ustawy o drogach publicznych, na podstawie której zawierane są umowy o wspólnej realizacji inwestycji drogowej, wymaga zdecydowanie doprecyzowania po to, aby wykluczyć z obrotu prawnego nieprawidłowości i dominację organu samorządu terytorialnego. Również obowiązek dewelopera został określony w art. 16 ust. 1 ustawy o drogach publicznych w sposób bardzo ogólny i należy go uszczegółowić. Powyższe denuncjacje wskazał Sąd Najwyższy we wspomnianym orzeczeniu z dnia 25 listopada 2020 roku (sygn. akt V CSK 23/19).

Jednocześnie w konkluzji swych wywodów Sąd Najwyższy w przytoczonych, w toku rozważań, orzeczeniach znalazł uzasadnienie do stosowanych praktyk, niemniej jednak z zastrzeżeniami co do wymiaru partycypacji, korzystania z przywileju dominanta przez organy samorządowe i przede wszystkim z wykluczenia z obrotu wyłącznie finansowania budowy lub przebudowy drogi publicznej spowodowanej inwestycją niedrogową.

LEGAL GROUNDS FOR PRIVATE PARTICIPATION IN THE CONSTRUCTION OR EXPANSION OF ROAD INFRASTRUCTURE

Summary

The aim of this article is to identify and assess the legal grounds for making the issuance of a roadworthiness agreement to an investor conditional on the conclusion of a road agreement with a local government authority.

Obtaining an agreement by a private investor determines the issuance of a building permit. Therefore, in the most cases investors who want to start an investment decide to conclude contracts and, consequently, to actively participate in a road project.

The above practice of local government bodies has been used in recent years in relation to new development investments, especially in large urban agglomerations. The presented study is therefore devoted to showing what is the role of local government bodies in relation to ensuring

the implementation of their own tasks, whether the construction or extension of roads falls within the scope of these tasks.

Keywords: road contract, private investor, participation in road construction, developer, non-road investment

BIBLIOGRAFIA

- Cieślik Z., *Partnerstwo publiczno-prywatne. Publicznoprawna problematyka kontraktowych form działania administracji europejskiej*, Warszawa 2014.
- Dolnicki B., *Samorząd terytorialny*, Warszawa 2019.
- Gonet W., *Komentarz do ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym*, Warszawa 2009.
- Konstytucja RP. Tom II. Komentarz art. 87–243*, red. M. Safjan, L. Bosek, Warszawa 2016.
- Kulesza M., Bitner M., Kozłowska A., *Ustawa o partnerstwie publiczno-prywatnym. Komentarz*, Warszawa 2006.
- Maciejko W., Zaborniak P., *Ustawa o drogach publicznych. Komentarz*, Warszawa 2010.
- Niewiadomski Z., Kallas M., Lipowicz I., Szpor G., *Prawo administracyjne. Część ustrojowa*, Warszawa 2002.
- Podhorecki W., *Ustawa o drogach publicznych. Orzecznictwo. Wzory aktów prawnych*, Warszawa 2009.
- Samorząd terytorialny i rozwój lokalny. Studium monograficzne*, red. H. Szczechowicz, Włocławek 2015.
- Ustawy samorządowe. Komentarz*, red. S. Gajewski, A. Jakubowski, Warszawa 2018.
- Walenia A., *Partnerstwo publiczno-prywatne jako forma wsparcia inwestycji lokalnych w województwie wielkopolskim*, „Rozwój Regionalny i Polityka Regionalna” 2020, t. 52, s. 43–58.

ANNA ROGACKA-ŁUKASIK
ORCID: 0000-0001-6140-0591
Uniwersytet Jana Długosza w Częstochowie

ANNA WARSTON
ORCID: 0000-0001-9452-3459
Stowarzyszenie Badań nad Źródłami i Funkcjami Prawa „Fontes”

TRANSKRYPCJA ZAGRANICZNEGO DOKUMENTU STANU CYWILNEGO A KLAUZUŁA PORZĄDKU PUBLICZNEGO — UWAGI WYBRANE NA PRZYKŁADZIE ZAGRANICZNEGO AKTU URODZENIA DZIECI PAR JEDNOPLCIOWYCH

Abstrakt: W niniejszej publikacji dokonano przeglądu wybranego polskiego orzecznictwa oraz stanowisk przedstawicieli polskiej doktryny na temat transkrypcji aktów urodzenia dzieci par jednoplciowych w celu oceny zasadności sięgania po instytucję klauzuli porządku publicznego podczas rozstrzygania spraw w określonym przedmiocie. Po wprowadzającym przedstawieniu istoty klauzuli porządku publicznego i pojęcia transkrypcji zagranicznego dokumentu stanu cywilnego autorki przeanalizowały wybrane orzeczenia polskich sądów oraz poglądy prezentowane w literaturze w kontekście dopuszczalności a niedopuszczalności transkrypcji aktów urodzenia dzieci par jednoplciowych.

Słowa kluczowe: transkrypcja, akta stanu cywilnego, klauzula porządku publicznego, prawo prywatne międzynarodowe

WSTĘP

Stosowanie norm prawa obcego stanowi dużą niewiadomą, bowiem nigdy nie wiadomo, czy norma kolizyjna własnego prawa prywatnego międzynarodowego nie doprowadzi do zastosowania prawa, którego rozstrzygnięcie będzie dla nas nie do zaakceptowania. Obawy tego typu doprowadziły do wyznaczenia granicy stosowania obcego prawa¹. We wszystkich systemach prawnych funkcjonują

¹ A. Rogacka-Łukasik, *Funkcjonalne powiązania wybranych instytucji prawa publicznego z prawem prywatnym międzynarodowym* „Administracja. Teoria — Dydaktyka — Praktyka” 2018, z. 3, s. 188 i n.

bowiem instrumenty, których celem jest ochrona wartości własnego porządku prawnego, na podstawie których możliwa jest odmowa zastosowania obcego prawa lub ograniczenie zakresu jego stosowania². Swoistą „klapę bezpieczeństwa” stanowi tak zwana klauzula porządku publicznego³. Klauzula ta, jako instrument ochrony podstawowych zasad porządku prawnego *fori*, występuje w kilku różnych kontekstach praktyki stosowania prawa⁴. Chodzi tu zarówno o konteksty stosowania prawa (transkrypcja aktu stanu cywilnego), jak również procesowe (postępowanie rozpoznawcze co do meritum sprawy). Dlatego też można mówić o kolizyjnej i procesowej klauzuli porządku publicznego. Z kolizyjnego punktu widzenia klauzula porządku publicznego stanowi zastrzeżenie pewnego systemu prawnego, oznaczające, że przepisów obcego prawa wskazanych przez normę kolizyjną wyjątkowo się nie stosuje⁵. Klauzula kolizyjna wyrażona jest w art. 7 ustawy z dnia 4 lutego 2011 roku — Prawo prywatne międzynarodowe⁶: „Prawa obcego nie stosuje się, jeżeli jego stosowanie miałyby skutki sprzeczne z podstawowymi zasadami porządku prawnego Rzeczypospolitej Polskiej”. Z kolei patrząc od strony procesowej, klauzula wyraża się w odmowie uznania bądź stwierdzenia wykonalności obcego orzeczenia⁷. Klauzulę procesową zawiera ustawodawca w art. 1146 § 1 pkt 7 ustawy z dnia 17 listopada 1964 roku — Kodeks postępowania cywilnego⁸, z brzmienia którego wynika, że „orzeczenie nie podlega uznaniu, jeżeli uznanie byłoby sprzeczne z podstawowymi zasadami porządku prawnego Rzeczypospolitej Polskiej”.

Klauzula porządku publicznego znajduje także zastosowanie na gruncie regulacji ustawy z dnia 28 listopada 2014 roku — Prawo o aktach stanu cywilnego⁹ (zwłaszcza art. 103, 107 pkt 3, art. 108 ust. 2 Ust.Pr.ASC) w sytuacji, gdy kierownik urzędu stanu cywilnego odmawia stosowania obcego prawa podczas dokonywania w Polsce czynności z elementem międzynarodowym, transkrypcji zagranicznego

² K. Bagan-Kurluta, *Prawo prywatne międzynarodowe*, Warszawa 2017, s. 168.

³ M. Pazdan, *Prawo prywatne międzynarodowe*, Warszawa 2012, s. 77. Ponadto na temat między innymi: K. Bagan-Kurluta, M. Stus, *Stosowanie klauzuli porządku publicznego w Polsce w odniesieniu do europejskiego ustawodawstwa partnerskiego*, „Kwartalnik Prawa Publicznego” 2005, nr 1–2; M. Sośniak, *Klauzula porządku publicznego w prawie prywatnym międzynarodowym*, Warszawa 1961; K. Zawada, *Klauzula porządku publicznego w prawie prywatnym międzynarodowym*, „Nowe Prawo” 1979, nr 4; M. Zachariasiewicz, *Klauzula porządku publicznego jako instrument ochrony materialnoprawnych interesów i wartości fori*, Warszawa 2018.

⁴ A. Mączyński, *Kodyfikacyjne zagadnienia części ogólnej prawa prywatnego międzynarodowego*, [w:] *Studia i rozprawy. Księga jubileuszowa dedykowana profesorowi Andrzejowi Calusowi*, red. A. Janik, Warszawa 2009, s. 432 i n.

⁵ W. Ludwiczak, *Międzynarodowe prawo prywatne*, Warszawa 1990, s. 74 i n.

⁶ T.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 1792. Przyjęte skróty: ustawa prawo prywatne międzynarodowe — Ust.PPM.

⁷ M. Gocek, *Podstawowe zagadnienia zastosowania klauzuli porządku publicznego w orzecznictwie Sądu Najwyższego*, „Rejent” 2005, nr 6, s. 56.

⁸ T.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1805. Przyjęte skróty: Kodeks postępowania cywilnego — k.p.c.

⁹ T.j. Dz. U. z 2022 r., poz. 1681.

aktu stanu cywilnego, jak również uznania rozstrzygnięcia zagranicznego organu stanowiącego podstawę wpisu do polskich ksiąg stanu cywilnego¹⁰.

W niniejszej publikacji dokonano przeglądu wybranego polskiego orzecznictwa oraz stanowisk przedstawicieli polskiej doktryny na temat transkrypcji aktów urodzenia dzieci par jedнопłciowych w celu oceny zasadności sięgania po instytucję klauzuli porządku publicznego podczas rozstrzygania spraw w zakreślonym przedmiocie.

Z tego też względu należy, choć w podstawowy sposób z uwagi na ramy publikacji, wskazać na pojęcie transkrypcji zagranicznego dokumentu stanu cywilnego. Z regulacji ustawy — Prawo o aktach stanu cywilnego wynika, że transkrypcja polega na wiernym i literalnym przeniesieniu treści zagranicznego dokumentu stanu cywilnego zarówno językowo, jak i formalnie, bez żadnej ingerencji w pisownię imion i nazwisk osób wskazanych w zagranicznym dokumencie stanu cywilnego (art. 104 ust. 2 Ust.Pr.ASC). Transkrypcja do polskich ksiąg stanu cywilnego zagranicznego dokumentu stanu cywilnego polega na odzwierciedleniu treści tego aktu w polskim języku urzędowym i w obowiązującej w Polsce formie rejestracji urodzeń, małżeństw i zgonów¹¹. Przedmiotem transkrypcji może być zagraniczny dokument stanu cywilnego będący dowodem zdarzenia i jego rejestracji. Musi być to dokument, który spełnia wskazane wymogi: w państwie wystawienia jest uznawany za dokument stanu cywilnego (zatem dokument rejestrujący urodzenie, małżeństwo lub zgon), ma moc dokumentu urzędowego, został wydany przez właściwy organ, jak również nie budzi wątpliwości co do autentyczności (a więc wymogu autentyczności nie spełnia na przykład kserokopia dokumentu)¹². Jednakże pomimo ustawowej definicji transkrypcji jako literalnego przeniesienia treści zagranicznego dokumentu stanu cywilnego do polskich ksiąg stanu cywilnego w większości przypadków nie będzie to wierne odzwierciedlenie treści zagranicznego dokumentu stanu cywilnego. Tak na przykład podniósł WSA w Poznaniu, wskazując, że

zagraniczne akty stanu cywilnego mogą posiadać dodatkowe rubryki, których nie ma w polskim akcie urodzenia, a polski akt urodzenia może zawierać dane niewskazane w akcie zagranicznym. Przykładowo, wystawiany w Wielkiej Brytanii poświadczony odpis wpisu zgodnie z Ustawą o Rejestracji Urodzeń i Zgonów z 1953 roku określa dodatkowo zatrudnienie matki oraz drugiego rodzica, a także adres zamieszkania matki, jednak nie zawiera daty jej urodzenia, co jest wymagane

¹⁰ WSA w Gdańsku w wyroku z dnia 14 stycznia 2016 roku, sygn. akt III SA/Gd 835/15; WSA w Gliwicach w wyroku z dnia 6 kwietnia 2016 roku, sygn. akt II SA/Gl 1157/15. W literaturze między innymi M. Wojewoda, *O nieporozumieniach dotyczących klauzuli porządku publicznego uregulowanej w art. 103 Prawa o aktach stanu cywilnego*, „Przegląd Prawa Publicznego” 2020, nr 9, s. 50 i n.

¹¹ M. Wojewoda, *O przypadkach dokonanej transkrypcji aktów urodzenia dzieci par jedнопłciowych*, „Problemy Prawa Prywatnego Międzynarodowego” 2021, t. 28.

¹² Artykuł 104 ust. 1 i 3 Ust.Pr.ASC.

w polskim akcie urodzenia. Wobec tego dane te należy pominąć przy przeniesieniu aktu do rejestru stanu cywilnego w drodze transkrypcji¹³.

Jednakże najwięcej wątpliwości i kontrowersji wzbudza przesłanka sprzeczności transkrypcji z podstawowymi zasadami polskiego porządku prawnego. Zagadnienie to stało się w ostatnich latach przedmiotem burzliwej dyskusji w Polsce w związku z coraz częstszymi wnioskami par homoseksualnych, które chcą dokonać transkrypcji zagranicznego aktu urodzenia dziecka, w którym jako rodzice wpisane są dwie kobiety¹⁴ (chodzi zatem o transkrypcję aktów urodzenia dzieci par jedнопłciowych). Kierownicy urzędów stanu cywilnego odmawiają w takich przypadkach rejestracji, a decyzje te utrzymywane są następnie w mocy przez sądy administracyjne, bowiem w przeważającej większości orzecznictwo sądów administracyjnych stanowi, że wpisanie do polskich ksiąg stanu cywilnego treści zagranicznego aktu urodzenia, który obok matki (ojca) dziecka jako drugiego rodzica wymienia osobę tej samej płci, stanowiłoby naruszenie podstawowych zasad polskiego porządku prawnego (a zatem powołują się na klauzulę porządku publicznego). Taki stan rzeczy był przedmiotem interwencji rzecznika praw obywatelskich, jak również w ostatnich latach można spotkać w orzecznictwie wypowiedzi, że odmowa transkrypcji zagranicznego aktu urodzenia jest naruszeniem praw dziecka wyrażonych w Konwencji o prawach dziecka. Różne pojmowanie omawianej kwestii stanowi przedmiot analizy w dalszej części niniejszej publikacji.

GŁOSY PRZEMAWIAJĄCE ZA ODRZUCENIEM TRANSKRYPCJI AKTÓW URODZENIA DZIECI PAR JEDNOPLCIOWYCH

Orzecznictwo sądów administracyjnych dotyczące poruszonego problemu nie jest jednolite. Wedle wyraźnie zarysowanej — stanowiącej większość — linii orzeczniczej nie dokonuje się transkrypcji, jeżeli byłaby ona sprzeczna z podstawowymi zasadami porządku prawnego RP zgodnie z art. 107 pkt 3 Ust.Pr.ASC, bowiem klauzula porządku publicznego przewidziana w wymienionym artykule nie dopuszcza transkrypcji zagranicznego aktu urodzenia dziecka, w którym jako rodzice wpisane są osoby tej samej płci. Sądy argumentują to tym, że art. 104 ust. 5 i art. 107 pkt 3 Ust.Pr.ASC w związku z art. 7 Ust.PPM. nie dopuszczają transkrypcji zagranicznego aktu urodzenia dziecka, w którym jako rodzice wpisane są osoby tej samej płci.

Sądy administracyjne niejednokrotnie podkreślały w swoim orzecznictwie niedopuszczalność transkrypcji aktów urodzenia dzieci par jedнопłciowych. Tak

¹³ Wyrok WSA w Poznaniu z dnia 5 maja 2018 roku, sygn. akt II SA/Po 1169/17, Legalis.

¹⁴ Duże problemy pojawiają się także, jeśli w zagranicznym akcie urodzenia rodzicielstwo przypisano dwóm mężczyznom — jednakże z uwagi na ramy niniejszej publikacji zagadnienie to nie zostaje podnoszone.

między innymi NSA w wyroku z dnia 17 grudnia 2014 roku¹⁵ odmówił dokonania transkrypcji dokumentów dziecka urodzonego w Wielkiej Brytanii i przysposobionego przez obywatelkę polską połączoną węzłem małżeńskim z matką dziecka. Co do zasady nie dokonuje się merytorycznej oceny aktów podlegających transkrypcji¹⁶, może jednak dojść do sytuacji, w której umiejscowienie zagranicznego aktu stanu cywilnego będzie nie do pogodzenia z naszym poczuciem prawnym.

Przykładem takiej sytuacji może być odmowa transkrypcji w odniesieniu do wpisania do księgi urodzeń wydanego w Wielkiej Brytanii aktu urodzenia dziecka, w którym jako rodzice figurują osoby tej samej płci, z czego jedna z kobiet — jako matka, a druga — jako rodzic dziecka, rozpatrywana przez NSA w wyżej wymienionym wyroku z dnia 17 grudnia 2014 roku. W uzasadnieniu rozstrzygnięcia oddalającego skargę kasacyjną powódek NSA wskazał, że zgodnie z polskim Kodeksem rodzinnym i opiekuńczym¹⁷ matką dziecka jest kobieta, która je urodziła, natomiast przepisy dotyczące ojcostwa, niezależnie od sposobu jego ustalenia, w każdym przypadku wymieniają mężczyznę, co — zdaniem sądu — implikuje niemożność uznania osoby płci żeńskiej niebędącej z natury rzeczą ojcem biologicznym dziecka za „ojca” lub nawet „rodzica”. NSA podkreślił również, że

poddanie pod ochronę państwa małżeństwa jako związku kobiety i mężczyzny, rodziny, macierzyństwa i rodzicielstwa, jest zasadą rangi konstytucyjnej i powinno być brane pod uwagę przy ustalaniu na użytek klauzuli porządku publicznego podstawowych zasad porządku prawnego RP, tak jak w przypadku będącej przedmiotem rozpoznania sprawy. Należy także wskazać, że poprzednio obowiązująca ustawa p.a.s.c. 1986 roku, w oparciu o którą zostało wydane omawiane wyżej orzeczenie, nie przewidywała wprost podstawy prawnej dla odmowy transkrypcji w takich wypadkach, w związku z czym w literaturze wskazywano, że mogłaby ona nastąpić na podstawie stosowanego w drodze analogii art. 7 ust. 1 p.p.m. lub art. 1146 § 1 pkt 7 k.p.c. Ta luka prawna została usunięta w nowej regulacji p.a.s.c. z 2014 roku poprzez wprowadzenie art. 107, przewidującego wprost możliwość odmowy transkrypcji w związku z jej sprzecznością z podstawowymi zasadami polskiego porządku prawnego.

Transkrypcję za niedopuszczalną uznał również WSA w Gliwicach w wyroku z dnia 6 kwietnia 2016 roku¹⁸. WSA odmówił tłumaczenia aktu urodzenia dziecka, którego rodzicami były dwie kobiety. W uzasadnieniu sąd podał, że umieszczenie w polskich księgach stanu cywilnego treści zagranicznego aktu urodzenia,

¹⁵ Sygn. akt II OSK 1298/13, Legalis.

¹⁶ M. Wojewoda, [w:] *System prawa prywatnego. Prawo prywatne międzynarodowe. Tom 20C*, red. M. Pazdan, Warszawa 2015, s. 597.

¹⁷ Ustawa z dnia 25 lutego 1964 roku — Kodeks rodzinny i opiekuńczy, t.j. Dz. U. z 2020 r., poz. 1359 ze zm. Przyjęty skrót: KRO.

¹⁸ Wyrok WSA w Gliwicach z dnia 6 kwietnia 2016 roku, sygn. akt II SA/Gl 1157/15, LEX nr 2035383.

w którym jako rodzice dziecka widnieją osoby tej samej płci, doprowadziłyby do naruszenia podstawowych zasad polskiego porządku prawnego¹⁹.

Z kolei Naczelny Sąd Administracyjny w wyroku z dnia 20 czerwca 2018 roku poprzez oddalenie skargi kasacyjnej powódki od wyroku WSA w Gliwicach stanął na stanowisku, że wpisanie zagranicznego dokumentu do polskich ksiąg stanu cywilnego zawierającego treść sprzeczną z obowiązującym porządkiem prawnym wymaga skorzystania z art. 7 Ust.PPM. W uzasadnieniu podkreślono również, że „rodzicielstwo” zawsze odnosi się do osób różnej płci, co jednoznacznie wynika z art. 18 Konstytucji RP. Odmowa transkrypcji ze strony polskich organów nie narusza również, zdaniem sądu, praw wynikających z prawa unijnego.

Za kolejny przykład niedopuszczalności transkrypcji zagranicznych aktów urodzenia należy uznać wyrok WSA w Łodzi z dnia 5 lutego 2020 roku²⁰, w którym sąd wskazał, że kierownik urzędu stanu cywilnego nie jest zobowiązany do badania pod względem merytorycznym przedstawionego dokumentu. Do jego obowiązków należy jednak dokonanie oceny, czy treść polskiego aktu stanu cywilnego, który miałby powstać w wyniku transkrypcji, nie doprowadzi do naruszenia podstawowych zasad porządku prawnego obowiązujących na terenie RP. Jeżeli w wyniku transkrypcji aktu urodzenia dziecka powstałby akt, w którym w rubryce przeznaczonej na wpisanie danych matki dziecka wpisany zostałby mężczyzna, to w tym wypadku transkrypcja aktu urodzenia wywoła skutki sprzeczne z podstawowymi zasadami porządku prawnego RP.

Linie orzeczniczą podtrzymał również WSA w Szczecinie²¹, stwierdzając, że jeśli zagraniczny dokument, o którego transkrypcję wystąpiła strona, nie spełnia wymogów polskiego prawa w zakresie określenia rodzicielstwa, jak również ustawy — Prawo o aktach stanu cywilnego, powinien na podstawie art. 107 pkt 3 Ust.Pr.ASC w związku z art. 7 Ust.PPM. odmówić dokonania transkrypcji. Jak wskazał WSA w Szczecinie, w polskim akcie stanu cywilnego należy podać dane ojca. Nie mogą one być pominięte ze względu na treść art. 61 ust. 2 Ust.Pr.ASC.

Transkrypcji aktu urodzenia sporządzonego w Hiszpanii, w którym w rubrykach „rodzice” wpisane były dwie kobiety, omówił również WSA we Wrocławiu²². W rozpoznawanej sprawie w sporządzonym w Hiszpanii akcie urodzenia dziecka będącym przedmiotem wniosku o transkrypcję do polskiego rejestru stanu cywilnego jako rodziców wpisano dwie kobiety, które zostały określone jako matka A i matka B. W uzasadnieniu sąd podniósł, że polskie prawo nie zna pojęcia „rodziców jednopłciowych”, tym samym wskutek dokonania transkrypcji aktu urodzenia

¹⁹ Analogiczna sytuacja miała miejsce w sprawie toczącej się przed WSA w Krakowie z dnia 10 maja 2016 roku, sygn. akt III SA/Kr 1400/15, LEX nr 2056842.

²⁰ Sygn. akt III SA/Łd 617/19, LEX nr 2791329.

²¹ Wyrok WSA w Szczecinie z dnia 19 marca 2020 roku, sygn. akt II SA/Sz 1075/19, LEX nr 2956995.

²² Wyrok WSA we Wrocławiu z 15 grudnia 2020 roku, sygn. akt II SA/Wr 312/20, LEX nr 3130300.

doszłoby do zagrożenia spójności polskiego systemu prawa, bowiem treść transkrybowanego aktu urodzenia zawierałaby dane, których zgodnie z polskim stanem prawnym umieścić w nim nie można. Polski system prawny nie przewiduje również możliwości wpisania w polskim akcie stanu cywilnego w miejscu ojca dziecka danych kobiety, ponieważ jest ono przeznaczone dla płci męskiej. Wobec tego skutki wywołane przez dokonanie tłumaczenia hiszpańskiego aktu urodzenia należy uznać bezsprzecznie za naruszające podstawowe zasady polskiego porządku publicznego i orzec o niedopuszczalności dokonania transkrypcji.

W wyroku z dnia 17 lutego 2021 roku NSA²³ nie dopuścił do transkrypcji aktu urodzenia sporządzonego w Wielkiej Brytanii, w którym jako rodzice wskazane zostały dwie kobiety. NSA przyjął, że w świetle obowiązujących regulacji nie ma możliwości dokonania transkrypcji zagranicznego aktu urodzenia w taki sposób, aby rubryka „ojciec” nie została wypełniona, a wpisanie w rubryce „ojciec” rodzica, który nie jest mężczyzną, byłoby sprzeczne z podstawowymi zasadami porządku publicznego. Zdaniem NSA obligatoryjność transkrypcji nie wyłącza stosowania przesłanek jej odmowy wymienionych w art. 107 ustawy — Prawo o aktach stanu cywilnego.

Dotychczasową linię orzeczniczą podkreślił również NSA w wyroku z dnia 6 lipca 2022 roku²⁴, zgodnie z którym nie ma możliwości dokonania transkrypcji zagranicznego aktu małżeństwa osób tej samej płci. W myśl art. 18 Konstytucji RP małżeństwo ogranicza się tylko i wyłącznie do związku między kobietą a mężczyzną. Zdaniem NSA transkrypcja zagranicznego aktu małżeństwa stanowi czynność *stricte* techniczną, która uniemożliwia wprowadzenie jakichkolwiek zmian w jego treści. Dokonując odmowy transkrypcji w przedmiotowej sprawie, sąd posłużył się instytucją klauzuli porządku publicznego w celu ochrony krajowego porządku prawnego. W przedmiocie orzeczenia NSA z dnia 6 lipca 2022 roku głos zabrał również radca prawny Żaklina Rogozińska, wskazując, że nie istnieje regulacja w międzynarodowym porządku prawnym, która nakazywałaby polskiemu ustawodawcy zalegalizowanie związków jednopłciowych, podkreślając tym samym, że Europejska konwencja praw człowieka nie obliguje państw do wyrażenia zgody na zawieranie małżeństw jednopłciowych²⁵.

Niejednokrotnie w doktrynie można spotkać się ze stanowiskami popierającymi przeważającą linię orzeczniczą. Tak na przykład Piotr Mostowik²⁶ wskazuje przede wszystkim na brak obligatoryjności dokonania transkrypcji zagranicznego aktu urodzenia do polskiego systemu prawnego ze względu na niedające się pogodzić z polskim porządkiem prawnym skutki oraz wyraźnie krytykuje stanowisko sądów zezwalające na dokonanie transkrypcji, bowiem może ono w przyszłości

²³ Sygn. akt II OSK 2284/18, LEX nr 3242716.

²⁴ Sygn. akt II OSK 2376/19, LEX.

²⁵ Ż. Rogozińska, *Transkrypcja aktu małżeństwa osób jednopłciowych*, Legalis 2022.

²⁶ P. Mostowik, *Glosa do wyroku NSA z dnia 10 października 2018 r.*, II OSK 2552/16, ZNSA 2019, nr 4, s. 132 i n.

naruszyć stabilność linii orzeczniczej w sprawach podobnych. Takie zaburzenie systemu rejestracji zagranicznych aktów stanu cywilnego skutkować może naruszeniem podstawowych zasad prawa ustrojowego (między innymi art. 18 Konstytucji RP) oraz prawa rodzinnego i opiekuńczego. Transkrypcja na potrzeby postępowania o wydanie dowodu tożsamości nie jest postępowaniem wyjątkowym, w którym nie przysługiwałoby prawo odmowy dokonania transkrypcji poprzez wykorzystanie klauzuli porządku publicznego. Jak podkreśla P. Mostowik, klauzula jest instytucją ogólną, mającą zastosowanie w każdej sytuacji, w której mogą zostać wywołane skutki niedające się pogodzić z polskim porządkiem prawnym. Autor przywołuje również stanowisko Piotra Kasprzyka²⁷, twierdząc, że przeprowadzenie transkrypcji nie może być narzędziem naruszenia podstawowych zasad porządku publicznego.

Stanowisko na temat transkrypcji aktu urodzenia dziecka pary jedнопłciowej podjęła również Ewa Przyśliwska-Urbanek²⁸. Na podstawie analizy orzecznictwa sądów administracyjnych autorka wskazuje na wielokrotne eksponowanie stwierdzenia, że pojęcie „rodziców jedнопłciowych” nie jest znane polskiemu systemowi prawnemu. Na szczególne podkreślenie, zdaniem autorki, zasługuje stanowisko NSA uznające, że dziecko posiadać może najwyżej dwoje rodziców różnej płci z uwagi na swoje biologiczne pochodzenie. Według NSA dziecko nie może poprzez umowę (między innymi umowa o zastępcze macierzyństwo)²⁹ zostać pozbawione swojej tożsamości w związku z naturalnym pochodzeniem³⁰. W zakresie transkrypcji zagranicznego aktu urodzenia sąd nie powinien dosłownie odczytywać przepisów, bowiem powinien mieć na względzie skutek zastosowania określonej wykładni. Osiągnięty rezultat musi pozostawać w zgodzie z zasadami porządku publicznego, regulacjami konstytucyjnymi oraz regulacjami międzynarodowymi, do których Polska jest zobowiązana.

Zdaniem Aleksandry Graffke³¹ nie ma wątpliwości, że wpisanie do polskich ksiąg stanu cywilnego treści zagranicznego aktu urodzenia, który obok matki dziecka jako drugiego rodzica wymienia kobietę, wskutek czego rodzicami dziecka są osoby tej samej płci, stanowiłoby pogwałcenie podstawowych zasad polskiego porządku prawnego. W sprawach tego rodzaju przy ustalaniu podstawowych zasad porządku prawnego RP — na użytek klauzuli porządku publicznego — wzięto przede wszystkim pod uwagę przepisy zawarte w KRO. Żaden z polskich przepisów nie przewiduje możliwości wpisania w akcie urodzenia dziecka, obok matki

²⁷ P. Kasprzyk, *Rejestracja zdarzenia mającego miejsce za granicą a transkrypcja zagranicznych dokumentów stanu cywilnego*, „Metryka” 2016, nr 1, s. 147 i n.

²⁸ E. Przyśliwska-Urbanek, [w:] *Kolizyjne i procesowe aspekty prawa rodzinnego*, red. J. Gołaczyński, W. Popiołek, Warszawa 2019.

²⁹ Umowa między dawcami komórki jajowej i nasienia a kobietą, która godzi się urodzić im dziecko i zobowiązuje się do zrzeczenia praw rodzicielskich wobec tego dziecka.

³⁰ Wyrok NSA z dnia 6 maja 2015 roku, sygn. akt II OSK 2419/13, Legalis.

³¹ A. Graffke, M. Graffke, *Vademecum kierownika urzędu stanu cywilnego*, Warszawa 2021.

dziecka, jako drugiego z rodziców — kobiety. Pojęcia „rodzicielstwo” i „rodzice” zawsze odnoszą się do osób różnej płci, to jest — kobiety i mężczyzny, na co wskazuje także jednoznacznie art. 18 Konstytucji RP. W odniesieniu do małżeństw jednopłciowych autorka przywołuje wyrok NSA z dnia 28 lutego 2016 roku³², zgodnie z którym w Polsce może zostać zarejestrowany wyłącznie związek małżeński osób różnej płci (kobiety i mężczyzny). Sprzeczne z polskim porządkiem prawnym byłoby zarejestrowanie zagranicznego aktu małżeństwa osób tej samej płci. A. Graffke, argumentując swoje stanowisko, powołuje się na art. 7 Ust.PPM., wyraźnie wskazując, że zgodnie z unormowaniami konstytucyjnymi małżeństwa jednopłciowe w Polsce są niedopuszczalne.

GŁOSY PRZEMAWIAJĄCE ZA DOPUSZCZENIEM TRANSKRYPCJI AKTÓW URODZENIA DZIECI PAR JEDNOPLCIOWYCH

W bogatej linii orzeczniczej dotyczącej rozważanego problemu szczególnie uwagę wzbudzają — niezbyt liczne — głosy liberalne dopuszczające transkrypcję aktów urodzenia dzieci par jednopłciowych. Przykładem jest wyrok WSA w Poznaniu z dnia 5 kwietnia 2018 roku³³, w którym sąd odpowiedział na pytanie, czy na gruncie prawa polskiego dopuszczalne jest transkrybowanie zagranicznego aktu urodzenia dziecka, w którym jako matka i drugi rodzic widnieją dane kobiet. W uzasadnieniu przedmiotowego wyroku sąd podkreślił, że zgodnie z art. 104 ust. 5 Ust.Pr.ASC transkrypcja w Polsce zagranicznego aktu stanu cywilnego jest konieczna dla uzyskania polskich dokumentów tożsamości, jak również nadania numeru PESEL. Zachodzi tu tak zwana obligatoryjna transkrypcja. Odmowa dokonania transkrypcji aktu urodzenia dziecka w omawianej sytuacji *de facto* spowodowałaby niemożność nadania numeru PESEL oraz uzyskania polskiego dokumentu tożsamości, a to z kolei wywołałoby skutek w postaci ograniczenia dostępu do polskiego systemu opieki zdrowotnej czy oświaty. Zdaniem sądu konsekwencje odmowy transkrypcji zagranicznego aktu urodzenia powinny prowadzić do dokonania prokonstytucyjnej wykładni przepisów ustawy — Prawo o aktach stanu cywilnego, z uwzględnieniem przepisów Konwencji o prawach dziecka³⁴. W związku z tym WSA, argumentując, wskazał, że

art. 72 ust. 1 Konstytucji nakłada na państwo obowiązek ochrony praw dziecka. Dlatego też organ administracji, odmawiając transkrypcji aktu urodzenia dziecka, zobowiązany jest wziąć pod uwagę nie tylko przepisy rangi ustawowej — Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego — ale przede wszystkim prawa dziecka gwarantowane Konstytucją, w tym ochronę zdrowia dziecka (art. 68 ust. 3 i 5 Konstytucji RP) oraz prawo dziecka do nauki (art. 70 ust. 1, 2 i 4 Konstytucji RP).

³² Sygn. akt II OSK 1112/16, LEX nr 2495844.

³³ Sygn. akt II SA/Po 1169/17.

³⁴ Konwencja o prawach dziecka z dnia 20 listopada 1989 roku, Dz. U. z 1991 r. Nr 120, poz. 526 ze zm. Przyjęty skrót: Konwencja o prawach dziecka.

Argumentację swą WSA w Poznaniu uzasadnił, sięgając także do regulacji Konwencji o prawach dziecka, zauważając, że

według art. 3 ust. 1 tej Konwencji we wszystkich działaniach dotyczących dzieci, podejmowanych przez publiczne lub prywatne instytucje opieki społecznej, sądy, władze administracyjne lub ciała ustawodawcze, sprawą nadrzędną będzie najlepsze zabezpieczenie interesów dziecka. Z powyższego wynika, że działając na rzecz zapewnienia dziecku ochrony i opieki, państwo — w takim stopniu, w jakim jest to niezbędne dla jego dobra — musi podejmować wszelkie właściwe kroki ustawodawcze oraz administracyjne.

Dokonując prokonstytucyjnej wykładni przepisów ustawy — Prawo o aktach stanu cywilnego, sąd uznał zatem, że nie stoją one na przeszkodzie w dokonaniu transkrypcji aktu urodzenia w ten sposób, że w rubryce nr 2 „dane rodziców”, w miejscu „matka” zostałyby wpisane dane matki, a rubryka „ojciec” pozostałaby pusta. Zatem sąd powołał się na regulację ustawy — Prawo o aktach stanu cywilnego o obligatoryjnej transkrypcji.

Innym przykładem orzeczenia dopuszczającym transkrypcję zagranicznego aktu urodzenia jest wyrok NSA z dnia 10 października 2018 roku³⁵, w którym sąd udzielił odpowiedzi na pytanie, czy można dokonać transkrypcji zagranicznego aktu urodzenia dziecka obywateli polskich, w którym wskazane są jako rodzice osoby tej samej płci — dwie kobiety. Nie kwestionując zasadności zastosowania klauzuli porządku publicznego, NSA wskazał w wymienionym wyroku, że

pojęcie porządku publicznego jako uzasadnienie odstępstwa od podstawowego działania polegającego na dokonaniu transkrypcji powinno być interpretowane w sposób wąski, odnoszący się szczegółowo do realiów rozpatrywanej sprawy oraz wnikliwie oceniający realne i poważne zagrożenia dla jednego z podstawowych interesów społeczeństwa w konkretnym przypadku (w ten sposób również w wyrokach TSUE z dnia 2 czerwca 2016 roku w sprawie C-438/14 Bogendorff von Wolffersdorff, pkt 67 oraz z dnia 13 lipca 2017 roku w sprawie C-193/16 E przeciwko Subdelegación del Gobierno en Álava, pkt 18).

W ocenie NSA nie jest zgodne z obowiązującymi przepisami prawa takie działanie, aby poprzez klauzulę porządku publicznego odmawiać transkrypcji ze względu na porządek publiczny (transkrypcja fakultatywna z art. 107 pkt 3 Ust.Pr.ASC) i tym samym nie realizować obowiązku wynikającego z ustawy (transkrypcja obligatoryjna z art. 104 ust. 5 Ust.Pr.ASC). To bowiem w konsekwencji prowadzi do sytuacji, że małoletniemu odmawia się na przykład wydania dokumentu poświadczającego tożsamość — z mocy prawa nabyte obywatelstwo. Dalej sąd wskazał, że organ administracji publicznej — odmawiając transkrypcji aktu urodzenia dziecka — obowiązany jest wziąć pod uwagę nie tylko przepisy rangi ustawowej, ale także prawa dziecka gwarantowane w Konstytucji RP³⁶

³⁵ Sygn. akt II OSK 2552/16.

³⁶ Zwłaszcza art. 68 ust. 3 i 5 Konstytucji RP (ochrona zdrowia dziecka), jak również art. 70 ust. 1, 2 i 4 Konstytucji RP (prawo dziecka do nauki).

oraz Konwencji o prawach dziecka³⁷. Zatem obowiązek transkrypcji wskazany w art. 104 ust. 5 Ust.Pr.ASC realizowany wyłącznie w celu ochrony praw dziecka poprzez umożliwienie mu poświadczenia jego tożsamości nie stoi w sprzeczności z zasadami porządku publicznego.

Na kanwie tych dwóch orzeczeń przedstawionych w tym punkcie niniejszego tekstu należy zauważyć, że otwarte pozostaje jednak pytanie, jak należy wypełnić rubrykę „ojciec” w akcie urodzenia oraz w jaki sposób ujawnić ewentualnie drugiego rodzica tej samej płci. W wyroku WSA w Poznaniu z dnia 5 kwietnia 2018 roku przyjęto, że dopuszczalnym sposobem transkrypcji aktu stanu cywilnego jest wpisanie do polskiego rejestru tylko jednego z rodziców (jako matki. Jeśli zgodnie z zagranicznym dokumentem dziecko ma dwie matki, to w akcie urodzenia zazwyczaj ujawnia się kobietę, która dziecko urodziła, zgodnie z art. 61⁹ KRO). Natomiast NSA w wyroku z dnia 10 października 2018 roku przyjął, że nie uzupełniono rubryki dotyczącej ojca, ale w ramach stosownej adnotacji, zamieszczonej pod aktem, wpisano dane drugiego rodzica tej samej płci³⁸.

Liberalne stanowisko zakładające potrzebę dopuszczenia transkrypcji aktów urodzenia dzieci par jedнопłciowych reprezentowane jest także w doktrynie. Dla przykładu Tomasz Jan Tadla pozytywnie odniósł się do wyroku NSA z dnia 10 października 2018 roku, wskazując, że w związku z brakiem jednoznacznego określenia statusu dzieci wychowywanych przez pary jedнопłciowe za granicą sąd musiał rozważyć i przyznać pierwszeństwo aksjologiczne jednemu z praw chronionych przez Konstytucję RP i międzynarodowe instrumenty ochrony praw człowieka. Autor wskazał, że przyjęte przez sąd rozwiązanie pozostaje zgodne z duchem personalizmu i zasadą poszanowania autonomiczności jednostki ludzkiej. Pozbawienie dziecka, obywatela RP, możliwości urzeczywistniania jego praw i obowiązków na tej tylko podstawie, że jest wychowywane w związku jedнопłciowym, *de facto* nakładałoby na nie odpowiedzialność za okoliczności, na które nie miało wpływu³⁹.

Z kolei Jakub Pawliczak podnosi, że rozumowanie przez sąd klauzuli porządku publicznego w kontekście transkrypcji aktów urodzenia dzieci par jedнопłciowych w uchwale NSA z dnia 2 grudnia 2019 roku⁴⁰ budzi poważne zastrzeżenia z kilku powodów.

Po pierwsze, przywołane stanowisko pozostaje w sprzeczności z tą częścią uzasadnienia uchwały, w której NSA stwierdził, że rozumienie i stosowanie klauzuli porządku publicznego przewidzianej w art. 107 pkt 3 p.a.s.c. powinno być takie samo jak klauzuli znanej z art. 7 p.p.m.

³⁷ Artykuł 3 Konwencji o prawach dziecka.

³⁸ M. Wojewoda, *O przypadkach dokonanej transkrypcji aktów urodzenia dzieci par jedнопłciowych*, s. 136 i n.

³⁹ T.J. Tadla, *Glosa do wyroków NSA z dnia 10 i 30 października 2018 r., II OSK 1868/16, II OSK 1869/16, II OSK 1870/16, II OSK 2552/16*, „Zeszyty Naukowe Sądownictwa Administracyjnego” 2019, z. 3, s. 150 i n.

⁴⁰ Sygn. akt II OPS 1/19.

W uchwale podkreślono, że w świetle obydwu przepisów nie chodzi o „samą sprzeczność zagranicznego aktu stanu cywilnego z podstawowymi zasadami porządku prawnego, ale o to, by skutki transkrybowania takiego aktu były nie do pogodzenia z tymi zasadami”. Jednakże ostatecznie NSA nie zastosował tej dyrektywy. Posłużył się argumentem o zagrożeniu dla spójności systemu (czyli w istocie o sprzeczności z prawem polskim jako takim), przy jednoczesnym niewskazaniu, jakie konkretnie negatywne skutki powodowałyby transkrypcja aktu urodzenia, w którym jako rodziców wpisano dwie matki. Twierdzenie, że polskie prawo nie przewiduje możliwości nawiązania takich stosunków, również nie może być rozstrzygające. Zagraniczne instytucje z natury rzeczy mogą nie odpowiadać założeniom polskiego prawa rodzinnego, a już tym bardziej wzorom rubryk dostosowanym do polskich regulacji⁴¹.

Dalej autor wskazuje, że NSA dopuścił się sprzeczności w posługiwaniu się argumentem, że zagraniczne akty stanu cywilnego mają moc dowodową równą aktom polskim, który to argument sąd przywołał w celu uzasadnienia poglądu, że odmowa transkrypcji nie narusza dobra dziecka. Jako kontrargument autor podnosi, że

jeśli jednak już bez transkrypcji zagraniczny akt stanu cywilnego ma moc dowodową równą krajowemu, to trudno dopatrzeć się zagrożeń wynikających z jego umiejscowienia w polskim rejestrze. Jeżeli NSA uznał, że odmowa transkrypcji nie jest sprzeczna z dobrem dziecka, bowiem nie wywołuje konstytutywnych skutków prawnych, to tym bardziej powinien był stwierdzić, iż nie może być sprzeczna z podstawowymi zasadami polskiego porządku prawnego⁴².

Niemożliwość dokonania transkrypcji zagranicznych aktów stanu cywilnego sprawia wiele problemów nie tylko parom jedнопłciowym, ale głównie dzieciom wychowywanym przez nie, co wyraźnie podkreśla Maciej Zachariasiewicz. Transkrypcja w Polsce zagranicznego aktu stanu cywilnego jest konieczna dla uzyskania polskich dokumentów tożsamości oraz nadania numeru PESEL⁴³ (zasygnalizowana już wcześniej tak zwana obligatoryjna transkrypcja). W konsekwencji dzieci par homoseksualnych urodzone przez jedną z partnerek, uznane lub adoptowane za granicą bądź urodzone przy wykorzystaniu macierzyństwa zastępczego (surogacji) za granicą (w państwach, gdzie jest to dopuszczalne) — mimo że z mocy prawa są obywatelami polskimi — nie mogą uzyskać w Polsce żadnych dokumentów tożsamości ani nawet numeru PESEL na skutek niemożności dokonania transkrypcji ich zagranicznego aktu urodzenia⁴⁴. Autor w pierwszej kolejności wskazuje, że

przepisy dotyczące transkrypcji⁴⁵ nakierowane są na zagraniczne akty stanu cywilnego stwierdzające istnienie stosunków poddanych prawu obecnemu. Chodzi przecież o przenoszenie obcych

⁴¹ J. Pawliczak, *Odmowa transkrypcji zagranicznego aktu urodzenia dziecka, w którym jako rodziców wskazano dwie kobiety. Glosa do uchwały NSA z dnia 2 grudnia 2019 r., II OPS 1/19*, „Państwo i Prawo” 2021, nr 1, s. 146 i n.

⁴² *Ibidem*, s. 146 i n.

⁴³ Artykuł 104 ust. 5 Ust.Pr.ASC.

⁴⁴ M. Zachariasiewicz, *Klauzula porządku publicznego jako instrument ochrony materialnoprawnych interesów i wartości fori*. Ponadto *idem*, *Transkrypcja aktów urodzenia dzieci par jedнопłciowych*, „Studia Prawno-Ekonomiczne” 2019, t. 111, s. 143 i n.

⁴⁵ Artykuły 104–107 Ust.Pr.ASC.

aktów stanu cywilnego do polskiego rejestru. Obce akty stanu cywilnego z natury rzeczy mogą nie odpowiadać założeniom polskiego prawa rodzinnego, a już tym bardziej wzorom rubryk dostosowanym do polskich regulacji. Argument, że małżeństwem w rozumieniu prawa polskiego (art. 18 Konstytucji RP i art. 1 KRO) jest wyłącznie stosunek kobiety i mężczyzny, jest zatem nietrafiony, ponieważ w przepisach dotyczących transkrypcji chodzi o małżeństwa zawarte za granicą⁴⁶.

Maciej Zachariasiewicz podnosi także, że stosowanie klauzuli porządku publicznego powinno być oparte na zindywidualizowanej ocenie skutków dopuszczenia do głosu obcej regulacji, orzeczenia bądź dokumentu. Skoro zatem polskie prawo nie pozwala na uzyskanie dokumentów tożsamości bez tak zwanej obligatoryjnej transkrypcji, to nie powinno się odmawiać transkrypcji aktów urodzenia dzieci, która jest konieczna do uzyskania tych dokumentów. Organ władzy publicznej nie może zamykać oczu na stan polskiego ustawodawstwa z chwili orzekania i nie dostrzegać, że odmowa transkrypcji będzie miała określone skutki. Chodzi bowiem o dobro dziecka⁴⁷. Autor powołuje się również na orzecznictwo Europejskiego Trybunału Praw Człowieka dotyczące transkrypcji między innymi aktów urodzenia sporządzanych w innym państwie, podnosząc, że odmowa transkrypcji aktu urodzenia dziecka urodzonego w procedurze surogacji może być uznana za sprzeczną z art. 8 Europejskiej konwencji praw człowieka⁴⁸.

PODSUMOWANIE

W przyszłości klauzula porządku publicznego niewątpliwie będzie odgrywać istotną rolę z punktu widzenia przemian dokonujących się na płaszczyźnie stosunków rodzinnych. Choć nie można nie zauważyć, że rola ta widoczna jest już od co najmniej kilkudziesięciu lat, to przyszłość na pewno ją zintensyfikuje. Wiąże się to przede wszystkim z pojawieniem się nowych zjawisk społecznych mających konsekwencje w sferze prawnej. Przejawia się zwłaszcza w odchodzeniu od rozumienia małżeństwa wyłącznie jako związku kobiety i mężczyzny oraz postrzegania rodzicielstwa wyłącznie jako macierzyństwa i ojcostwa⁴⁹. Postępujący rozwój nauk medycznych najprawdopodobniej będzie rodził nowe, niekiedy kontrowersyjne, zjawiska, dla których *de lege ferenda* ustawodawca będzie musiał konstruować przemyślane rozwiązania ustawowe.

W kontekście wybranych przepisów o transkrypcji coraz częściej pojawia się pytanie o możliwość rejestracji w Polsce, w tym właśnie trybie, urodzenia dzieci

⁴⁶ M.A. Zachariasiewicz, *Nowa ustawa o prawie prywatnym międzynarodowym a małżeństwa i związki osób tej samej płci*, „Problemy Prawa Prywatnego Międzynarodowego” 2012, t. 11, s. 94.

⁴⁷ M. Zachariasiewicz, *Klauzula porządku publicznego...*, s. 143 i n.

⁴⁸ Szerzej *ibidem*.

⁴⁹ P. Mostowik, *Władza rodzicielska i opieka nad dzieckiem w prawie prywatnym międzynarodowym*, Kraków 2014, s. 26 i n.

pochodzących ze związków jedнопłciowych. Przedstawiona w niniejszej publikacji argumentacja przeciwników, jak i zwolenników transkrypcji zagranicznego aktu urodzenia dzieci par jedнопłciowych rodzi pytanie o argumenty przemawiające za posługiwaniem się i sięganiem po klauzulę porządku publicznego. Pytanie, które pozostaje otwarte i na które nie ma jednoznacznej odpowiedzi, co potwierdza przeprowadzona w niniejszej publikacji analiza orzecznictwa i przegląd stanowisk doktryny.

Trzeba mieć jednak świadomość, że coraz więcej polskich obywateli zawiera w innych państwach związki jedнопłciowe i rejestruje urodzenie dzieci, występując w roli rodziców. Powoduje to spore problemy w kontekście rejestracji stanu cywilnego w Polsce. Pojawia się bowiem pytanie o możliwość oraz sposób odnotowania konstrukcji nieznanymi prawu polskiemu⁵⁰.

TRANSCRIPTION OF A FOREIGN CIVIL STATUS DOCUMENT AND THE PUBLIC POLICY CLAUSE: SELECTED COMMENTS ON THE EXAMPLE OF A FOREIGN BIRTH CERTIFICATE OF CHILDREN OF SAME-SEX COUPLES

Summary

This publication reviews selected Polish jurisprudence and the positions of representatives of the Polish doctrine on the transcription of birth certificates of children of same-sex couples in order to assess the legitimacy of resorting to the public policy clause when settling cases in the selected subject. After presenting the essence of the public policy clause and the concept of transcription of a foreign marital status document, the authors analyzed selected judgments of Polish courts and views presented in the literature in the context of acceptability and unacceptability of transcription of birth certificates of children of same-sex couples.

Keywords: transcription, marital/civil status certificates, public policy clause, private international law

BIBLIOGRAFIA

- Bagan-Kurluta K., *Prawo prywatne międzynarodowe*, Warszawa 2017.
- Bagan-Kurluta K., Stus M., *Stosowanie klauzuli porządku publicznego w Polsce w odniesieniu do europejskiego ustawodawstwa partnerskiego*, „Kwartalnik Prawa Publicznego” 2005, nr 1–2.
- Gocek M., *Podstawowe zagadnienia zastosowania klauzuli porządku publicznego w orzecznictwie Sądu Najwyższego*, „Rejent” 2005, nr 6.
- Graffke A., Graffke M., *Vademecum kierownika urzędu stanu cywilnego*, Warszawa 2021.
- Kasprzyk P., *Rejestracja zdarzenia mającego miejsce za granicą a transkrypcja zagranicznych dokumentów stanu cywilnego*, „Metryka” 2016, nr 1.

⁵⁰ M. Wojewoda, *O przypadkach dokonanej transkrypcji aktów urodzenia dzieci par jedнопłciowych*, s. 132 i n.

- Ludwiczak W., *Międzynarodowe prawo prywatne*, Warszawa 1990.
- Mączyński A., *Kodyfikacyjne zagadnienia części ogólnej prawa prywatnego międzynarodowego*, [w:] *Studia i rozprawy. Księga jubileuszowa dedykowana profesorowi Andrzejowi Catusowi*, red. A. Janik, Warszawa 2009.
- Mostowik P., *Glosa do wyroku NSA z dnia 10 października 2018 r.*, II OSK 2552/16, ZNSA 2019, nr 4.
- Mostowik P., *Władza rodzicielska i opieka nad dzieckiem w prawie prywatnym międzynarodowym*, Kraków 2014.
- Pawliczak J., *Odmowa transkrypcji zagranicznego aktu urodzenia dziecka, w którym jako rodziców wskazano dwie kobiety. Glosa do uchwały NSA z dnia 2 grudnia 2019 r.*, II OPS 1/19, „Państwo i Prawo” 2021, nr 1.
- Pazdan M., *Prawo prywatne międzynarodowe*, Warszawa 2012.
- Przyśliwska-Urbaneck E., [w:] *Kolizyjne i procesowe aspekty prawa rodzinnego*, red. J. Gołaczyński, W. Popiołek, Warszawa 2019.
- Rogacka-Lukasik A., *Funkcjonalne powiązania wybranych instytucji prawa publicznego z prawem prywatnym międzynarodowym*, „Administracja. Teoria — Dydaktyka — Praktyka” 2018, z. 3.
- Rogosińska Ż., *Transkrypcja aktu małżeństwa osób jedнопłciowych*, Legalis 2022.
- Sośniak M., *Klauzula porządku publicznego w prawie prywatnym międzynarodowym*, Warszawa 1961.
- Tadla T.J., *Glosa do wyroków NSA z dnia 10 i 30 października 2018 r.*, II OSK 1868/16, II OSK 1869/16, II OSK 1870/16, II OSK 2552/16, „Zeszyty Naukowe Sądownictwa Administracyjnego” 2019, z. 3.
- Wojewoda M., *O nieporozumieniach dotyczących klauzuli porządku publicznego uregulowanej w art. 103 Prawa o aktach stanu cywilnego*, „Przegląd Prawa Publicznego” 2020, nr 9.
- Wojewoda M., *O przypadkach dokonanej transkrypcji aktów urodzenia dzieci par jedнопłciowych*, „Problemy Prawa Prywatnego Międzynarodowego” 2021, t. 28.
- Wojewoda M., [w:] *System prawa prywatnego. Prawo prywatne międzynarodowe. Tom 20C*, red. M. Pazdan, Warszawa 2015.
- Zachariasiewicz M., *Klauzula porządku publicznego jako instrument ochrony materialnoprawnych interesów i wartości fori*, Warszawa 2018.
- Zachariasiewicz M., *Transkrypcja aktów urodzenia dzieci par jedнопłciowych*, „Studia Prawno-Ekonomiczne” 2019, t. 111.
- Zachariasiewicz M.A., *Nowa ustawa o prawie prywatnym międzynarodowym a małżeństwa i związki osób tej samej płci*, „Problemy Prawa Prywatnego Międzynarodowego” 2012, t. 11.
- Zawada K., *Klauzula porządku publicznego w prawie prywatnym międzynarodowym*, „Nowe Prawo” 1979, nr 4.

MARTA SAGAN-MARTKO

ORCID: 0000-0003-1385-2141

Uniwersytet Rzeszowski, Instytut Nauk Prawnych, Zakład Prawa Finansowego

ZADANIA GMINY W ZAKRESIE ZAPOBIEGANIA BEZDOMNOŚCI ZWIERZĄT I OPIEKI NAD BEZDOMNYMI ZWIERZĘTAMI

Abstrakt: Celem artykułu jest analiza aktualnie obowiązujących regulacji dotyczących zadań gminy w zakresie zapobiegania bezdomności zwierząt i opieki nad bezdomnymi zwierzętami. Szczególną uwagę poświęcono programowi opieki nad zwierzętami bezdomnymi oraz zapobiegania bezdomności zwierząt określanym corocznie przez gminy w drodze uchwały oraz wątpliwościom powstającym na etapie stosowania prawa związanym z jego poszczególnymi elementami. Aktualnie obowiązujące rozwiązania w stopniu niewystarczającym realizują swoje cele, wobec czego zasadne wydaje się zaproponowanie wniosków *de lege ferenda*, wśród których wskazano, po pierwsze, podjęcie działań edukacyjnych mających na celu zwiększenie świadomości opiekunów zwierząt, wprowadzenie ogólnokrajowego systemu ewidencyjnego zwierząt oraz obowiązku ich znakowania, a także umożliwienie finansowania kastracji oraz sterylizacji zwierząt właścicielskich.

Słowa kluczowe: zadania gminy, zapobieganie, bezdomność zwierząt

WPROWADZENIE

Problem bezdomności zwierząt w krajach kultury zachodniej należy do istotnych wyzwań społecznych. Dotyczy zarówno dobrostanu ludzi, jak i zwierząt¹. Zadania dotyczące zapobieganiu bezdomności zwierząt i opieki nad bezdomnymi zwierzętami należą do katalogu zadań własnych gminy o charakterze obowiązkowym². Z ustawy z dnia 13 września 1996 roku o utrzymaniu czystości i porządku

¹ H. Mamzer, *Ograniczanie rozrodczości zwierząt towarzyszących jako przeciwdziałanie ich bezdomności*, „Życie Weterynaryjne” 2019, nr 6(94), s. 398.

² Ustawodawca w art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 8 marca 1990 roku o samorządzie gminnym (t.j. Dz. U. z 2023 r., poz. 40) (dalej: USG) nie umieścił w katalogu zadań własnych gminy tych z zakresu zapobiegania bezdomności zwierząt, ale w związku z użyciem przed wyliczeniem zadań zwrotu „w szczególności” oraz treścią art. 7 ust. 3 USG oraz art. 3 ust. 2 pkt 14 UCPG, a także art. 11 ust. 1 ustawy z dnia 21 sierpnia 1997 roku o ochronie zwierząt (t.j. Dz. U. z 2022 r., poz. 572) (dalej: UOZ) niewątpliwie należą do tego katalogu.

w gminach³ wynika obowiązek gmin polegający na zapobieganiu bezdomności zwierząt na zasadach określonych w UOZ⁴. Gmina jest zobowiązana ponadto do zapewnienia opieki bezdomnym zwierzętom⁵ oraz do ich wyłapywania. Obowiązki te są ze sobą ściśle powiązane⁶. Określenie treści wskazanego obowiązku jest zatem możliwe na podstawie przepisów UOZ. Artykuł 4 pkt 16 UOZ zawiera definicję legalną⁷ zwierzęcia bezdomnego, którym jest zwierzę domowe lub gospodarskie, które uciekło, zabłąkało się lub zostało porzucone⁸ przez człowieka, a nie ma możliwości ustalenia jego właściciela lub innej osoby, pod której opieką trwale dotąd pozostawało.

Zadania własne w doktrynie prawa administracyjnego dzieli się na cztery grupy: dotyczące infrastruktury technicznej, infrastruktury społecznej, porządku i bezpieczeństwa publicznego oraz ładu przestrzennego i ekologicznego⁹. Zapobieganie bezdomności zwierząt oraz opieka nad bezdomnymi zwierzętami związane są z trzecią z wymienionych grup¹⁰. Bezdomne zwierzęta mogą stanowić

³ Ustawa z dnia 13 września 1996 roku o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (t.j. Dz. U. z 2022 r., poz. 2519 ze zm.) (dalej: UCPG).

⁴ Zastosowanie ma również akt wykonawczy do UOZ — Rozporządzenie Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 26 sierpnia 1998 roku w sprawie zasad i warunków wyłapywania bezdomnych zwierząt (Dz. U. Nr 116, poz. 753).

⁵ Na temat ewolucji przepisów dotyczących bezdomnych zwierząt por. E. Kruk, *Development of the Polish legal regulations on homeless animals*, „Roczniki Nauk Prawnych” 2020, t. 30, nr 4, s. 69–82.

⁶ M. Budziarek, [w:] A. Szymczak, M. Budziarek, *Utrzymanie czystości i porządku w gminach. Komentarz*, Warszawa 2021, art. 3, Lex/el.

⁷ Warto zaznaczyć, że pojawiają się wątpliwości co do zgodności art. 4 ust. 16 z Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 roku (Dz. U. Nr 78, poz. 483 ze zm.), a konkretnie — z zasadami wyrażonymi w jej art. 21 ust. 1 i art. 64 ust. 2. Tak: B. Kurzępa, E. Kurzępa, *Wątpliwości dotyczące pojęcia „zwierzę bezdomne” użytego w ustawie o ochronie zwierząt*, „Przeгляд Prawa Publicznego” 2016, nr 11, s. 36–40.

⁸ W kwestii porzucenia należy mieć na względzie także sytuację zwierząt na gruncie prawa cywilnego, w szczególności cywilnoprawną konstrukcję porzucenia rzeczy. Por. M. Goettel, *Sytuacja zwierząt w prawie cywilnym*, Warszawa 2013, s. 16–18. Warto zaznaczyć, że w polskim porządku prawnym zwierzęta niejako „utknęły” pomiędzy kategorią podmiotu i przedmiotu. Tak: T. Pietrzykowski, *Prawo ochrony zwierząt. Pojęcia, zasady, dylematy*, Warszawa 2022, Lex/el. Sytuacja taka nazwana została dereifikacją. Szerzej: E. Łętowska, *Dwa cywilnoprawne aspekty prawa zwierząt: dereifikacja i personifikacja*, [w:] *Studia z prawa prywatnego. Księga pamiątkowa ku czci Profesora Biruty Lewaszkiewicz-Petrykowskiej*, red. A. Szpunar, Łódź 1997, s. 71 i n.; M. Nazar, *Normatywna dereifikacja zwierząt — aspekty cywilnoprawne*, [w:] *Prawna ochrona zwierząt*, red. M. Mozgawa, Lublin 2002, s. 132 i n.

⁹ J. Boć, *Samorząd terytorialny*, [w:] *Prawo administracyjne*, red. J. Boć, Wrocław 2001, s. 201–202.

¹⁰ Przyjmując za W. Kawką, że „bezpieczeństwo publiczne” jest to stan, w którym ogół społeczeństwa i jego interesy oraz państwo wraz ze swymi celami mają zapewnioną ochronę przed szkodami zagrażającymi im z jakiegokolwiek źródła. W. Kawka, *Policja w ujęciu historycznym i współczesnym*, Wilno 1939, s. 3–5. Odnośnie do pojęcia bezpieczeństwa i porządku publicznego por. S. Pieprzny, *Administracja bezpieczeństwa i porządku publicznego*, Rzeszów 2008, s. 12;

na przykład zagrożenie dla ruchu drogowego albo przenosić choroby, a zatem zapobieganie ich bezdomności może w istocie przyczynić się do zwiększenia bezpieczeństwa i porządku publicznego¹¹.

CHARAKTER I OBLIGATORYJNE ELEMENTY PROGRAMU OPIEKI NAD ZWIERZĘTAMI BEZDOMNYMI ORAZ ZAPOBIEGANIA BEZDOMNOŚCI ZWIERZĄT

Wypełniając ustawowy obowiązek zapobiegania bezdomności zwierząt i zapewnienia opieki bezdomnym zwierzętom oraz ich wyłapywania, rada gminy określa, w drodze uchwały, corocznie do dnia 31 marca program opieki nad zwierzętami bezdomnymi oraz zapobiegania bezdomności zwierząt. Jego projekt przygotowuje wójt (burmistrz, prezydent miasta), a opiniuje — właściwy powiatowy lekarz weterynarii, organizacje społeczne działające na obszarze gminy, których statutowym celem działania jest ochrona zwierząt, oraz dzierżawcy lub zarządcy obwodów łowieckich działających na obszarze gminy.

W art. 11a ust. 2 oraz art. 11a ust. 5 UOZ ustawodawca określił obligatoryjne elementy programu¹², do których należą: zapewnienie bezdomnym zwierzętom miejsca w schronisku dla zwierząt¹³; opieka nad wolno żyjącymi kotami, w tym ich dokarmianie; odławianie bezdomnych zwierząt; obligatoryjna sterylizacja albo kastracja zwierząt w schroniskach dla zwierząt; poszukiwanie właścicieli dla bezdomnych zwierząt; usypianie ślepych miotów; wskazanie gospodarstwa rolnego w celu zapewnienia miejsca dla zwierząt gospodarskich; zapewnienie całodobowej opieki weterynaryjnej w przypadkach zdarzeń drogowych z udziałem zwierząt oraz wskazanie wysokości środków finansowych przeznaczonych na jego realizację, a także sposób wydatkowania tych środków. Zakres normatywny

J. Dobkowski, *Administracja bezpieczeństwa i porządku publicznego wobec integracji europejskiej (wybrane uwagi)*, [w:] *Bezpieczeństwo wewnętrzne we współczesnym państwie*, red. E. Ura, K. Rajchel, M. Pomykała, S. Pieprzny, Rzeszów 2008, s. 159–160; J. Boć, *O bezpieczeństwie wewnętrznym*, [w:] *Bezpieczeństwo wewnętrzne w działalności terenowej administracji publicznej*, red. A. Chajbowicz, T. Kocowski, Wrocław 2009, s. 23–24; S. Pieprzny, *Ochrona bezpieczeństwa i porządku publicznego w prawie administracyjnym*, Rzeszów 2011, s. 32–33.

¹¹ Wyrok WSA w Krakowie z 25 lutego 2021 roku, II SA/Kr 67/21, LEX nr 3172801.

¹² Ustawa z dnia 15 listopada 2016 roku o zmianie ustawy o ochronie zwierząt (Dz. U. poz. 2102) zmieniła brzmienie art. 11a ust. 2 UOZ na „Program, o którym mowa w ust. 1, obejmuje w szczególności”.

¹³ Wymagania dla podejmowania i prowadzenia działalności w zakresie prowadzenia schronisk dla zwierząt określa ustawa z dnia 11 marca 2004 roku o ochronie zdrowia zwierząt oraz zwalczaniu chorób zakaźnych zwierząt (t.j. Dz. U. z 2020 r., poz. 1421 ze zm.) (dalej: UZZ) oraz Rozporządzenie Ministra Rolnictwa i Rozwoju Wsi z dnia 20 stycznia 2022 roku w sprawie szczegółowych wymagań weterynaryjnych dla prowadzenia schronisk dla zwierząt (Dz. U. poz. 175 ze zm.).

poszczególnych elementów programu może budzić wątpliwości, co przekłada się na problemy przy uchwalaniu aktów prawa miejscowego¹⁴.

W uzasadnieniu do projektu ustawy nowelizującej UOZ wskazano, że „proponuje się wprowadzenie otwartego katalogu elementów, będących przedmiotem programu, przy zachowaniu dotychczasowych elementów mających charakter obligatoryjny [...], co pozwala na znaczne uelastycznienie sposobu realizacji zadania własnego przez gminy, w szczególności umożliwi prowadzenie w ramach programu akcji edukacyjnych”¹⁵. Zmianę brzmienia wskazanego przepisu należy ocenić pozytywnie. Znajduje ona zastosowanie w praktyce — do zadań wykonywanych w ramach gminnych programów włącza się coraz częściej na przykład promowanie prawidłowych postaw i zachowań człowieka w stosunku do zwierząt¹⁶ oraz edukację społeczeństwa czy działania informacyjno-promocyjne.

FAKULTATYWNE ELEMENTY PROGRAMU OPIEKI NAD ZWIERZĘTAMI BEZDOMNYMI ORAZ ZAPOBIEGANIA BEZDOMNOŚCI ZWIERZĄT

Do elementów fakultatywnych (art. 11a ust. 3 i 3a UOZ) należą: plan znakowania zwierząt w gminie oraz plan sterylizacji lub kastracji zwierząt w gminie, przy pełnym poszanowaniu praw właścicieli zwierząt lub innych osób, pod których opieką zwierzęta pozostają. Ostatni, mimo że jest działaniem skierowanym w kierunku zwierząt właścicielskich, przyczynia się do realizacji zadania, jakim jest zapobieganie bezdomności zwierząt.

Jak wskazuje się w orzecznictwie, uchwała podejmowana na podstawie art. 11a UOZ powinna zawierać elementy wskazane w art. 11a ust. 2 pkt 1–8 jako obligatoryjne i możliwie skonkretyzowane. Ponadto powinna wskazywać sposób postępowania w określonych sytuacjach, podmioty odpowiedzialne za realizację poszczególnych zadań, a także sposób i źródła finansowania tej opieki. W szczególności

¹⁴ Poszczególne wątpliwości interpretacyjne wyczerpująco scharakteryzował M. Rudy, *Program opieki nad zwierzętami bezdomnymi oraz zapobiegania bezdomności zwierząt jako podstawowa forma realizacji zadania gminy z zakresu opieki nad zwierzętami*, „Samorząd Terytorialny” 2018, nr 9, s. 31–41.

¹⁵ Druk nr 897. Poselski projekt ustawy o zmianie ustawy o ochronie zwierząt wraz z uzasadnieniem, <https://orka.sejm.gov.pl/Druki8ka.nsf/0/4157AF8B34346AE8C1258042004AFC23/%24File/897.pdf> (dostęp: 6.02.2023).

¹⁶ Na temat wpływu niekontrolowanej hodowli między innymi na liczbę bezdomnych zwierząt por. E. Niemiec, M. Nowakowska, *Hodowla rasowych psów i kotów a ochrona zwierząt — analiza polskich rozwiązań prawnych*, „Przegląd Prawa i Administracji” 2017, nr 3759, s. 87–101. Działania informacyjne przewidywane w gminnych programach przeciwdziałania bezdomności zwierząt i opieki nad bezdomnymi zwierzętami powinny obejmować aspekty dotyczące nabycia zwierzęcia ze sprawdzonego źródła w celu zminimalizowania konsekwencji szczegółowo opisanych w przytoczonym tekście.

wskazanie konkretnego schroniska celem zapewnienia bezdomnym zwierzętom miejsca w schronisku dla zwierząt, czyli urealnienia opieki realizowanej przez konkretną gminę¹⁷.

Warto w tym miejscu wskazać, że zarówno w doktrynie, jak i orzecznictwie nie wypracowano jednolitego stanowiska co do statusu gminnego programu opieki nad bezdomnymi zwierzętami¹⁸. Można spotkać się z mniejszościowymi poglądami¹⁹, że program nie zawiera norm o charakterze prawa miejscowego, natomiast Naczelny Sąd Administracyjny wprost przyjął, że program opieki nad zwierzętami bezdomnymi oraz zapobiegania bezdomności zwierząt jest aktem prawa miejscowego²⁰.

WNIOSKI

Aktualnie działania gmin ograniczają się w praktyce przede wszystkim do wyłapywania i umieszczania zwierząt w schroniskach. Nie są to środki skutecznie zapobiegające ich bezdomności²¹. Zwiększenie skuteczności kontroli zjawiska bezdomności zwierząt jest możliwe poprzez jednoczesne zwiększenie świadomości

¹⁷ Wyrok WSA w Krakowie z 18 marca 2016 roku, II SA/Kr 148/16, LEX nr 2042681.

¹⁸ Artykuł 11a został wprowadzony ustawą z dnia 6 czerwca 2002 roku o zmianie ustawy o ochronie zwierząt (Dz. U. Nr 135, poz. 1141) i określał wówczas, że podjęcie programu przez gminę ma charakter fakultatywny. Dopiero ustawa z dnia 16 września 2011 roku o zmianie ustawy o ochronie zwierząt oraz ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz. U. Nr 230, poz. 1373) określiła program jako obowiązkowy do uchwalenia przez radę gminy. Zmiana ustawy stanowi reakcję na zmieniające się otoczenie oraz coraz powszechniej występujące w nim zagrożenia — poszerzono katalog obowiązkowych elementów gminnego programu opieki nad zwierzętami.

¹⁹ K. Właźlak, *Funkcja planowania gminy na przykładzie programu opieki nad zwierzętami bezdomnymi oraz zapobiegania bezdomności zwierząt*, „Przegląd Prawa Publicznego” 2015, nr 4, s. 34–46, E. Kruk, *Ewolucja i charakter prawny gminnych programów opieki nad zwierzętami bezdomnymi oraz zapobiegania bezdomności zwierząt*, „Studia Prawnicze i Administracyjne” 2018, nr 3, s. 41–46.

²⁰ Wyrok NSA z 24 maja 2017 roku, II OSK 725/17, LEX nr 2334602, za K. Kuszlewicz, [w:] *Ustawa o ochronie zwierząt. Komentarz*, Warszawa 2021, art. 11(a), Lex/el. Takie stanowisko przyjmowano także we wcześniejszym orzecznictwie sądów administracyjnych, por. wyrok WSA w Bydgoszczy z 18 września 2018 roku, II SA/Bd 248/18, LEX nr 2583066 i powołane w jego uzasadnieniu orzecznictwo. Por. J. Bobrowicz, *Kwalifikacja aktu normatywnego jako aktu prawa miejscowego — na przykładzie uchwały w sprawie programu opieki nad zwierzętami bezdomnymi i zapobiegania bezdomności zwierząt*, „Administracja: Teoria, Dydaktyka, Praktyka” 2012, nr 4, s. 23–45.

²¹ Por. Uwagi końcowe i wnioski informacji o wynikach kontroli „Zapobieganie bezdomności zwierząt” LBI.430.004.00.2016 prowadzonej przez Najwyższą Izbę Kontroli, <https://www.nik.gov.pl/plik/id,11233,vp,13582.pdf> (dostęp: 6.02.2023). Istotne wyniki kontroli informacji o wynikach kontroli „Wykonywanie zadań gmin dotyczących bezdomności zwierząt” LBI-4101-13-00/2012 prowadzonej przez Najwyższą Izbę Kontroli, <https://www.nik.gov.pl/plik/id,5160,vp,6685.pdf> (dostęp: 6.02.2023).

społecznej w omawianym zakresie, wprowadzenie obligatoryjnego znakowania zwierząt oraz programowej sterylizacji bądź kastracji zwierząt²². Bezdomność zwierząt jest bowiem problemem wielopłaszczyznowym, a jej przyczyny są nierozzerwalnie związane z ludzkim postępowaniem. Modyfikacja zachowań względem zwierząt może jednakże wpłynąć na jej zmniejszenie, a co za tym idzie — zmniejszenie cierpienia bezdomnych zwierząt.

Jako postulat *de lege ferenda* należy wobec tego wskazać wprowadzenie ustawowego obowiązku (wzorem obowiązku szczepienia psów przeciwko wściekliznie i ewidencjonowania szczepień)²³ znakowania i rejestracji zwierząt w jednolitym systemie ewidencyjnym obejmującym cały kraj. Na podstawie aktualnie obowiązujących przepisów — art. 11a ust. 3 UOZ — istnieje jedynie możliwość, nie obowiązek, podjęcia takiego działania, i to wyłącznie w skali gminy. Ustalanie właściciela zwierzęcia na podstawie danych z systemu ewidencyjnego umożliwiłoby nie tylko sprawny zwrot zwierzęcia w sytuacji jego zaginięcia lub ucieczki, ale także wystąpienie z roszczeniem przez gminę w zakresie zwrotu środków publicznych przeznaczonych na odłowienie zwierzęcia, którego nie można byłoby uznać na bezdomne w świetle definicji UOZ, ewentualne zaopatrzenie weterynaryjne oraz opiekę. Natomiast w sytuacji porzucenia zwierzęcia wprowadzenie zaproponowanego rozwiązania niewątpliwie wpłynęłoby na skuteczność w zakresie wykrywania sprawców tego przestępstwa²⁴.

Co istotne, przy ocenie, czy konkretny przypadek rozstania się właściciela ze zwierzęciem może być kwalifikowany jako porzucenie (stanowiące *ex lege* przejaw znęcania się nad tą istotą żyjącą), relewantne znaczenie zyskuje jedynie fakt wyzbycia się posiadania zwierzęcia — dla bytu „porzucenia” obojętne jest, czy do rozstania doszło w warunkach zapewniających zwierzęciu ochronę i opiekę²⁵.

Kolejno należy wskazać na dopuszczenie wprost w akcie o randze ustawy możliwości częściowego lub całkowitego finansowania przez gminy kastracji lub sterylizacji zwierząt poza schroniskami, przy poszanowaniu praw ich właścicieli. Artykuł 11a ust. 2 pkt 4 UOZ zobowiązuje gminy do obligatoryjnej kastracji albo sterylizacji tylko zwierząt w schronisku. Jak wskazano na wstępie, to gmina

²² H. Mamzer, P. Nowak, *Przeciwdziałanie bezdomności zwierząt jako problem społeczny*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2021, nr 3, s. 336.

²³ Wynika on z art. 56 UZZ.

²⁴ Artykuł 6 ust. 2 pkt 11 UOZ zalicza porzucanie zwierząt do sposobów znęcania się nad zwierzęciem. W doktrynie wskazuje się, że jest to współcześnie jedno z najpowszechniejszych przestępstw skierowanych przeciwko zwierzętom, jednocześnie jedno z najrzadziej sankcjonowanych. Szerzej na ten temat: A. Polak-Kruszyk, *Porzucanie zwierząt jako przestępstwo w polskim porządku prawnym*, „Zoophilologica. Polish Journal of Animal Studies” 2020, nr 6, s. 425–436.

²⁵ Wyrok SO w Rzeszowie z 21 sierpnia 2013 roku, II Ka 356/13, LEX nr 1860394. W doktrynie zwraca się uwagę na fakt, że spowodowanie cierpień moralnych jest wystarczające w przypadku porzucenia zwierzęcia. Por. P. Skurczyński, A. Zientara, *Prawnokarna ochrona zwierząt a filozoficzny i teoretycznoprawny problem wartości i praw podmiotowych*, [w:] *Status zwierzęcia. Zagadnienia filozoficzne i prawne*, red. T. Gardocka, A. Gruszczyńska, Toruń 2012, s. 209.

jest podmiotem, który temu problemowi powinien zapobiegać oraz radzić sobie w sytuacji jego wystąpienia, także w zakresie ponoszenia ciężaru finansowego²⁶.

Wątpliwości w praktyce stosowania prawa budziła właśnie możliwość dofinansowywania przez gminy sterylizacji i kastracji zwierząt, które mają właściciela, bowiem każde zwierzę niewysterylizowane albo niewykastrowane można uznać za potencjalne źródło bezdomności zwierząt. Naczelny Sąd Administracyjny wskazał, że zabiegi te prowadzą do zapobiegania bezdomności, a zapobieganie bezdomności zwierząt realizuje zadanie utrzymania porządku i czystości w gminie. Za dopuszczalnością takiego stanowiska przemawia również brzmienie art. 27 ust. 1 UOZ, który reguluje zasady dokonywania zabiegów na zwierzętach, stanowiąc, że zabiegi lekarsko-weterynaryjne na zwierzętach są dopuszczalne dla ratowania życia lub zdrowia oraz dla koniecznego ograniczenia populacji²⁷.

TASKS OF THE COMMUNE IN THE FIELD OF PREVENTING HOMELESS ANIMALS AND CARING FOR HOMELESS ANIMALS

Summary

The aim of the article is to analyze the currently applicable regulations regarding the tasks of the commune in the field of preventing animal homelessness and caring for homeless animals. Particular attention was paid to the program for the care of homeless animals and the prevention of animal homelessness, determined annually by municipalities by way of a resolution, and to doubts arising at the stage of applying the law related to its individual elements. The currently applicable solutions do not sufficiently achieve their goals, therefore it seems justified to propose *de lege ferenda* conclusions, which include educational activities aimed at increasing the awareness of animal guardians, introducing a nationwide animal registration system and the obligation to brand them, as well as enabling the public financing of castration and sterilization of owned animals.

Keywords: commune, tasks, homeless animals, prevention

BIBLIOGRAFIA

AKTY PRAWNE

- Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 roku (Dz. U. Nr 78, poz. 483 ze zm.).
Rozporządzenie Ministra Rolnictwa i Rozwoju Wsi z dnia 20 stycznia 2022 roku w sprawie szczegółowych wymagań weterynaryjnych dla prowadzenia schronisk dla zwierząt (Dz. U. poz. 175 ze zm.).
Rozporządzenie Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 26 sierpnia 1998 roku w sprawie zasad i warunków wyłapywania bezdomnych zwierząt (Dz. U. Nr 116, poz. 753).
Ustawa z dnia 8 marca 1990 roku o samorządzie gminnym (t.j. Dz. U. z 2023 r., poz. 40).

²⁶ K. Kuszlewicz, *Prawa zwierząt. Praktyczny przewodnik*, Warszawa 2019, Lex/el.

²⁷ Powoływany już wyrok NSA z 24 maja 2017 roku, II OSK 725/17.

- Ustawa z dnia 13 września 1996 roku o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (t.j. Dz. U. z 2022 r., poz. 2519 ze zm.).
- Ustawa z dnia 21 sierpnia 1997 roku o ochronie zwierząt (t.j. Dz. U. z 2022 r., poz. 572).
- Ustawa z dnia 6 czerwca 2002 roku o zmianie ustawy o ochronie zwierząt (Dz. U. Nr 135, poz. 1141).
- Ustawa z dnia 11 marca 2004 roku o ochronie zdrowia zwierząt oraz zwalczaniu chorób zakaźnych zwierząt (t.j. Dz. U. z 2020 r., poz. 1421 ze zm.).
- Ustawa z dnia 16 września 2011 roku o zmianie ustawy o ochronie zwierząt oraz ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz. U. Nr 230, poz. 1373).
- Ustawa z dnia 15 listopada 2016 roku o zmianie ustawy o ochronie zwierząt (Dz. U. poz. 2102).

ORZECZNICTWO

- Wyrok NSA z 24 maja 2017 roku, II OSK 725/17, LEX nr 2334602.
- Wyrok SO w Rzeszowie z 21 sierpnia 2013 roku, II Ka 356/13, LEX nr 1860394.
- Wyrok WSA w Bydgoszczy z 18 września 2018 roku, II SA/Bd 248/18, LEX nr 2583066.
- Wyrok WSA w Krakowie z 18 marca 2016 roku, II SA/Kr 148/16, LEX nr 2042681.
- Wyrok WSA w Krakowie z 25 lutego 2021 roku, II SA/Kr 67/21, LEX nr 3172801.

LITERATURA

- Bobrowicz J., *Kwalifikacja aktu normatywnego jako aktu prawa miejscowego — na przykładzie uchwały w sprawie programu opieki nad zwierzętami bezdomnymi i zapobiegania bezdomności zwierząt*, „Administracja: Teoria, Dydaktyka, Praktyka” 2012, nr 4.
- Boć J., *O bezpieczeństwie wewnętrznym*, [w:] *Bezpieczeństwo wewnętrzne w działalności terenowej administracji publicznej*, red. A. Chajbowicz, T. Kocowski, Wrocław 2009.
- Dobkowski J., *Administracja bezpieczeństwa i porządku publicznego wobec integracji europejskiej (wybrane uwagi)*, [w:] *Bezpieczeństwo wewnętrzne we współczesnym państwie*, red. E. Ura, K. Rajchel, M. Pomykała, S. Pieprzny, Rzeszów 2008.
- Goettel M., *Sytuacja zwierząt w prawie cywilnym*, Warszawa 2013.
- Kawka W., *Policja w ujęciu historycznym i współczesnym*, Wilno 1939.
- Kruk E., *Development of the Polish legal regulations on homeless animals*, „Roczniki Nauk Prawnych” 2020, t. 30, nr 4.
- Kruk E., *Ewolucja i charakter prawny gminnych programów opieki nad zwierzętami bezdomnymi oraz zapobiegania bezdomności zwierząt*, „Studia Prawnicze i Administracyjne” 2018, nr 3.
- Łętowska E., *Dwa cywilnoprawne aspekty prawa zwierząt: dereifikacja i personifikacja*, [w:] *Studia z prawa prywatnego. Księga pamiątkowa ku czci Profesora Biruty Lewaszewicz-Petrykowskiej*, red. A. Szpunar, Łódź 1997.
- Mamzer H., *Ograniczanie rozrodczości zwierząt towarzyszących jako przeciwdziałanie ich bezdomności*, „Życie Weterynaryjne” 2019, nr 6(94).
- Mamzer H., Nowak P., *Przeciwdziałanie bezdomności zwierząt jako problem społeczny*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2021, nr 3.
- Nazar M., *Normatywna dereifikacja zwierząt — aspekty cywilnoprawne*, [w:] *Prawna ochrona zwierząt*, red. M. Mozgawa, Lublin 2002.
- Niemiec E., Nowakowska M., *Hodowla rasowych psów i kotów a ochrona zwierząt — analiza polskich rozwiązań prawnych*, „Przegląd Prawa i Administracji” 2017, nr 3759.
- Pieprzny S., *Administracja bezpieczeństwa i porządku publicznego*, Rzeszów 2008.
- Pieprzny S., *Ochrona bezpieczeństwa i porządku publicznego w prawie administracyjnym*, Rzeszów 2011.

- Polak-Kruszyk A., *Porzucanie zwierząt jako przestępstwo w polskim porządku prawnym*, „Zoop-hilologica. Polish Journal of Animal Studies” 2020, nr 6.
- Prawo administracyjne*, red. J. Boć, Wrocław 2001.
- Rudy M., *Program opieki nad zwierzętami bezdomnymi oraz zapobiegania bezdomności zwierząt jako podstawowa forma realizacji zadania gminy z zakresu opieki nad zwierzętami*, „Samorząd Terytorialny” 2018, nr 9.
- Skurczyński P., Zientara A., *Prawnokarna ochrona zwierząt a filozoficzny i teoretycznoprawny problem wartości i praw podmiotowych*, [w:] *Status zwierzęcia. Zagadnienia filozoficzne i prawne*, red. T. Gardocka, A. Gruszczyńska, Toruń 2012.
- Właźlak K., *Funkcja planowania gminy na przykładzie programu opieki nad zwierzętami bezdomnymi oraz zapobiegania bezdomności zwierząt*, „Przegląd Prawa Publicznego” 2015, nr 4.

ŹRÓDŁA ELEKTRONICZNE

- Budziarek M., [w:] A. Szymczak, M. Budziarek, *Utrzymanie czystości i porządku w gminach. Komentarz*, Warszawa 2021, art. 3, Lex/el.
- Kuszelewicz K., *Prawa zwierząt. Praktyczny przewodnik*, Warszawa 2019, Lex/el.
- Pietrzykowski T., *Prawo ochrony zwierząt. Pojęcia, zasady, dylematy*, Warszawa 2022, Lex/el.

INNE

- Druk nr 897. Poselski projekt ustawy o zmianie ustawy o ochronie zwierząt wraz z uzasadnieniem, <https://orka.sejm.gov.pl/Druki8ka.nsf/0/4157AF8B34346AE8C1258042004AFC23/%24File/897.pdf> (dostęp: 6.02.2023).
- Informacja o wynikach kontroli „Wykonywanie zadań gmin dotyczących bezdomności zwierząt” LBI-4101-13-00/2012 prowadzonej przez Najwyższą Izbę Kontroli, <https://www.nik.gov.pl/plik/id,5160,vp,6685.pdf> (dostęp: 6.02.2023).
- Informacja o wynikach kontroli „Zapobieganie bezdomności zwierząt” LBI.430.004.00.2016 prowadzonej przez Najwyższą Izbę Kontroli, <https://www.nik.gov.pl/plik/id,11233,vp,13582.pdf> (dostęp: 6.02.2023).

KATARZYNA TOMASZEWSKA

ORCID: 0000-0003-4024-0036

Uniwersytet Wrocławski, Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii,
Centrum Badań Problemów Prawnych i Ekonomicznych Komunikacji Elektronicznej

ROLA BIP W ŚWIETLE UREGULOWAŃ USTAWY Z DNIA 14 CZERWCA 1960 ROKU — KODEKS POSTĘPOWANIA ADMINISTRACYJNEGO

Abstrakt: Biuletyn Informacji Publicznej stanowi jeden ze sposobów powszechnego udostępnienia informacji publicznej. Podstaw prawnych dla jego organizacji i zastosowania należy poszukiwać w ustawie z dnia 6 września 2001 roku o dostępie do informacji publicznej (Dz. U. z 2022 r., poz. 902), ale wykorzystanie jego funkcjonalności uwidacznia się również w regulacjach szczególnych. O takim wykorzystaniu można również mówić, biorąc pod uwagę uregulowania ustawy z dnia 14 czerwca 1960 roku — Kodeks postępowania administracyjnego (Dz. U. z 2023 r., poz. 775). Punkt ciężkości prowadzonych rozważań został położony na szczegółowe określenie, jaka jest rola BIP w regulacjach porządkujących polską procedurę administracyjną.

Słowa kluczowe: dostęp do informacji publicznej, Biuletyn Informacji Publicznej, powiadomienia publiczne, doręczenie przez obwieszczenie

WPROWADZENIE

Określone treścią art. 61 Konstytucji RP z dnia 2 kwietnia 1997 roku¹ powszechne prawo do informacji daje jednostkom możliwość pozyskiwania wiedzy o działalności podmiotów publicznych i innych, które realizują zadania publiczne lub też które dysponują środkami publicznymi. Ustrojodawca w zakresie dopuszczalnych sposobów zdobywania wiedzy o sprawach publicznych odsyła do regulacji ustawowych. W grę wchodzi w tym wypadku uregulowania ustawy z dnia 6 września 2001 roku o dostępie do informacji publicznej² (dalej: u.d.i.p.), jak również regulacje szczególne, w tym między innymi z zakresu materialnego prawa administracyjnego, prawa finansowego czy gospodarczego. Zawartość art. 7 u.d.i.p. określa prawnie gwarantowane sposoby pozyskiwania informacji

¹ Dz. U. z 1997 r. Nr 78, poz. 483 ze zm.

² Dz. U. z 2022 r., poz. 902.

publicznej. Katalog ten obejmuje zarówno tryb wnioskowy (ustna, pisemna oraz przekazywana przy pomocy środków komunikacji elektronicznej odpowiedź na pytania o informacje publiczne), jak i tryby bezwnioskowe (udostępnianie informacji w portalu danych³, wstęp na posiedzenia organów kolegialnych pochodzących z wyborów powszechnych, wyłożenie lub wywieszenie informacji publicznej w miejscach ogólnie dostępnych, udostępnienie informacji za pomocą urzędzeń umieszczonych w miejscach ogólnie dostępnych). Pośród niniejszych istotne miejsce zajmuje udostępnianie informacji, w tym dokumentów urzędowych w Biuletynie Informacji Publicznej (dalej: BIP), czego potwierdzeniem jest określona w art. 10 u.d.i.p. zasada pierwszeństwa trybu bezwnioskowego. Opiera się ona na funkcjonalności BIP oraz portalu danych, a BIP został w jej ramach wyodrębniony jako pierwszy z wszystkich dopuszczalnych środków powszechnego, bezwnioskowego udostępnienia. Jak podkreśla Michał Bernaczyk: „BIP wraz z pozostałymi trybami dostępu do informacji ma stanowić system komplementarny”⁴. Będąc elektronicznym, teleinformatycznym publikatorem gwarantującym szerokie możliwości rozpowszechniania informacji w sposób generalny i bezpłatny, stanowi sprawny instrument realizacji dostępu do informacji publicznej o powszechnym zastosowaniu. W związku ze zmianami ustawy z dnia 14 czerwca 1960 roku — Kodeks postępowania administracyjnego⁵ (dalej: k.p.a.) z 2017 oraz 2019 roku⁶ uwidacznia się to również w regulacjach porządkujących procedurę administracyjną. Punkt ciężkości prowadzonych rozważań został położony na konkretne ustalenie zakresu wykorzystania BIP w postępowaniach prowadzonych przez organy administracji publicznej przy uwzględnieniu zawartości k.p.a. Celem osiągnięcia niniejszego istotne znaczenie ma związane przywołanie statusu i roli przedmiotowego publikatora w świetle uregulowań ogólnych — u.d.i.p. i Rozporządzenia Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 18 stycznia 2007 roku w sprawie Biuletynu Informacji Publicznej (dalej: rozporządzenie BIP)⁷. Są one nierzadko określane jako regulacje dostępowe.

³ Zob. art. 2 pkt 13 ustawy z dnia 11 sierpnia 2021 roku o otwartych danych i ponownym wykorzystywaniu informacji sektora publicznego (Dz. U. z 2021 r., poz. 1641 ze zm.).

⁴ M. Bernaczyk, *Obowiązek bezwnioskowego udostępniania informacji publicznej*, Warszawa 2008, s. 244.

⁵ Dz. U. z 2023 r., poz. 775.

⁶ Zob. ustawa z dnia 7 kwietnia 2017 roku o zmianie ustawy — Kodeks postępowania administracyjnego oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2017 r., poz. 935) oraz ustawa z dnia 21 lutego 2019 roku o zmianie niektórych ustaw w związku z zapewnieniem stosowania Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z dnia 27 kwietnia 2016 roku w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE (Dz. U. z 2019 r., poz. 730).

⁷ Dz. U. z 2007 r. Nr 10, poz. 68.

STATUS I ROLA BIP W REGULACJACH DOSTĘPOWYCH

Jak wynika z art. 8 w związku z art. 10 u.d.i.p., elektroniczny biuletyn stanowi podstawowy i obligatoryjny środek informowania jednostek, składający się z ujednoczonego systemu stron (strony głównej, której przypisuje się rolę portalu wiodącego⁸, oraz skorelowanych z nią stron podmiotowych) w sieci teleinformatycznej. Ciężarem jego prowadzenia i udostępniania informacji przy jego pomocy zostały obarczone podmioty określone w art. 4 ust. 1 i ust. 2 u.d.i.p. określane mianem podmiotów zobowiązanych informacyjnie. Obowiązek ten obejmuje dane, o których mowa w art. 6 ust. 1 pkt 1–3, pkt 4 lit. a tiret drugie, lit. c i d i pkt 5 u.d.i.p., jak również informacje o sposobach udostępniania innych informacji znajdujących się w posiadaniu podmiotów publicznych, a nieudostępnionych w BIP. Mimo że nie wynika to z zawartości u.d.i.p., do grupy tej należy zaliczyć również tego rodzaju dane, co do których ustawodawca w przepisach odrębnych wprost wskazuje, że podlegają udostępnieniu w BIP, kreując tym samym obligatoryjność postępowania po stronie konkretnego podmiotu — podmiotu publicznego⁹. Ponadto podmioty zobowiązane informacyjnie mogą wykorzystywać funkcjonalność BIP do upubliczniania innych informacji, niekoniecznie takich, które wyczerpują znamiona wiedzy publicznej, jednocześnie nie nadając im przymiotu informacji publicznych (art. 1 ust. 1 u.d.i.p.). „Żaden przepis prawa nie zabrania umieszczania w BIP informacji innych niż informacje publiczne ani też nie stanowi, że sam fakt umieszczenia takiej informacji w BIP czyni ją informacją publiczną”¹⁰. To prowadzi do konstatacji o występowaniu dwójakiej kategorii danych upublicznianych w BIP: danych objętych obligatoryjnością postępowania i danych publikowanych fakultatywnie. Michał Zaremba odnosi się do niniejszego, wskazując na dwie klasy informacji podlegających upublicznieniu¹¹. Do pierwszej zalicza informacje objęte obligatoryjnością udostępniania, do drugiej zaś — „inne dane, których udostępnienie w ten sposób uznał podmiot za celowe”. Podsumowując, trzeba wskazać, że BIP stanowi system otwarty, co implikuje fakt, że mogą być do niego

⁸ Zob. M. Bernaczyk, M. Jabłoński, K. Wygoda, *Biuletyn Informacji Publicznej. Informatyzacja administracji*, Wrocław 2005, s. 222.

⁹ S. Szczepaniak przedstawia analizę, z której wynika, że określenie BIP, a więc wskazujące na udostępnienie przy użyciu tego trybu bezwznowczego, występuje w 1151 aktach prawnych, zob. S. Szczepaniak, *Biuletyn Informacji Publicznej dzisiaj — anachronizm prawny i informatyczny czy wciąż przydatna instytucja*, [w:] *20 lat ustawy o dostępie do informacji publicznej. Podsumowanie i perspektywy ustawowej regulacji prawa do informacji publicznej*, red. M. Błachucki, G. Sibiga, Warszawa 2022, s. 246.

¹⁰ Zob. Wyrok NSA z 30 maja 2012 roku, I OSK 450/12, <https://orzeczenia.nsa.gov.pl/doc/5AB91038BB> (dostęp: 4.07.2023).

¹¹ M. Zaremba, *Prawo dostępu do informacji publicznej. Zagadnienia praktyczne*, Warszawa 2009, s. 168.

wprowadzane coraz to nowsze kategorie informacji, w tym też i takie, które nie zostały określone jednoznacznie przez ustawodawcę¹².

Nie należy jednak zapominać, że ustawodawca, kreując obligatoryjność upubliczniania danych w BIP, tworzy w tym zakresie również wykluczenia o dwojakim charakterze: przedmiotowe odnoszące się do zakresu danych wyłączonych spod obligatoryjności postępowania podmiotów określonych treścią art. 4 ust. 1 i ust. 2 u.d.i.p. oraz podmiotowo-przedmiotowe wskazujące na podmioty, względem których obowiązek upubliczniania w BIP nie został generalnie wyłączony, ale podlega zawężeniu do określonych danych, a ściślej mówiąc — zostaje pomniejszony o określone informacje, które zasadniczo objęte są powinnością udostępnienia z racji zawierania się w przykładowym katalogu informacji podlegających upublicznieniu (art. 6 u.d.i.p.). Pierwsze wykluczenie — przedmiotowe — sprowadza się do wyłączenia spod obowiązku udostępnienia w elektronicznym publikatorze takich informacji, jak treść decyzji administracyjnych i innych podobnych rozstrzygnięć; treść orzeczeń sądów powszechnych, Sądu Najwyższego, sądów administracyjnych, sądów wojskowych, Trybunału Konstytucyjnego i Trybunału Stanu; stanowisk w sprawach publicznych zajętych przez organy władzy publicznej i funkcjonariuszy publicznych w rozumieniu ustawy z dnia 6 czerwca 1997 roku — Kodeks karny¹³. Wykluczenie to ma zastosowanie generalne. W swoim założeniu odnosi się do wszystkich podmiotów kwalifikowanych informacyjnie. Drugie z kolei, na skutek zawartości art. 6 ust. 1 pkt 2 i pkt 3 u.d.i.p., należy odnosić wyłącznie do partii politycznych i organizacji związkowych oraz pracodawców, o których mowa w art. 4 ust. 2 u.d.i.p.¹⁴ Ustawodawca zwalnia te podmioty z obowiązku udostępnienia w BIP danych dotyczących ich kwestii organizacyjnych (o stanie prawnym, formie, organizacji, przedmiocie działalności i kompetencji itp.) oraz o zasadach ich funkcjonowania (o trybie działania, sposobie stanowienia aktów prawnych, załatwianiu spraw itp.).

Uwzględniając wszystkie aspekty natury organizacyjnej oraz funkcjonalnej, należy przyjąć, że BIP jest wyrazem najbardziej optymalnego realizowania zasad porządkujących odformalizowaną procedurę udostępniania wiedzy publicznej¹⁵. Chodzi w tym wypadku przede wszystkim o zasadę powszechności podmiotowej

¹² M. Bernaczyk, *Obowiązek bezwziostkowego udostępniania informacji publicznej*, s. 133.

¹³ Dz. U. z 2022 r., poz. 1138 ze zm.

¹⁴ Zob. szerzej, M. Kłaczyński, S. Szuster, *Dostęp do informacji publicznej. Komentarz*, SIP Lex, <https://sip.lex.pl/#/commentary/587279053/76493/klaczynski-michal-szuster-sergiusz-dostep-do-informacji-publicznej-komentarz?keyword=Szuster&cm=SREST> (dostęp: 18.07.2023). Jak wskazuje M. Bidziński, wyłączenie to nie ma większego znaczenia, zob. więcej M. Bidziński, M. Chmaj, P. Szustakiewicz, *Ustawa o dostępie do informacji publicznej. Komentarz*, SIP Legalis, <https://sip.legalis.pl/document-view.seam?documentId=mjxw62zogi3damjyha3dmojoobqxlrtgy2deojxgi3a&refSource=toc> (dostęp: 18.07.2023).

¹⁵ Zob. I. Kamińska, M. Rozbicka-Ostrowska, *Ustawa o dostępie do informacji publicznej. Komentarz*, Warszawa 2016, s. 231; P. Fajgielski, *Informacja w administracji publicznej. Prawne aspekty gromadzenia, udostępniania i ochrony*, Wrocław 2007, s. 80 i n.

i przedmiotowej (art. 1 i art. 2 u.d.i.p.), bezwarunkowego udostępnienia (art. 2 ust. 2 u.d.i.p.), terminowości (art. 13 u.d.i.p.), bezpłatności (art. 7 ust. 2 u.d.i.p.), szczegółowego oznaczenia informacji udostępnianych (art. 12 ust. 1 i art. 8 ust. 6 u.d.i.p.) oraz równego dostępu do wiedzy publicznej (art. 2 ust. 1 u.d.i.p.)¹⁶. Bezsprzecznie potwierdzają one szeroki zakres podmiotowo-przedmiotowy udostępniania przy pomocy BIP, kreując z niego nowoczesną ścieżkę komunikowania wiedzy o sprawach publicznych każdemu zainteresowanemu pomiotowi. Wprawdzie nikt nikogo nie jest w stanie zmusić do sięgnięcia po informacje zamieszczone na stronach BIP, ale z racji bezwioskowego upubliczniania dopuszczalność zdobycia oczekiwanej wiedzy została ustawowo zagwarantowana. Występujące w tym zakresie wymogi dotyczące posiadania dostępu do internetu, posiadania określonej wiedzy, a przede wszystkim umiejętność poruszania się w sieci internetowej nie działają już współcześnie deprecjonująco. Ponadto trzeba wskazać, że brak możliwości bezpośredniego zaskarżania faktu nieprowadzenia lub też nieodpowiedniego prowadzenia strony BIP nie jest w stanie osłabić biuletynu jako instrumentu powszechnego udostępnienia, a korzyści jego zastosowania są nieustannie zauważane i doceniane. Wprawdzie podmiot prowadzący stronę BIP jest jej włodarzem (zarówno jeśli chodzi o budowę, jak i sposób prezentowania przy jej użyciu publicznych treści), ale wszelkiego rodzaju niedociągnięcia występujące lub mogące wystąpić w tym zakresie, zgodnie z zasadą pierwszeństwa trybu bezwioskowego, nie są w stanie i nie pozbawiają zainteresowanego możliwości zdobycia interesujących go informacji¹⁷. Zakres swobody przedstawiania informacji w BIP jest porównywalny do zamieszczania informacji na stronach własnych podmiotów publicznych — tak zwanych stronach niebiuletynowych¹⁸.

W „pozytywnym świetle” stawiają biuletyn zasady rządzące jego organizacją i funkcjonowaniem określone w rozporządzeniu BIP. Odnoszą się one między innymi do permanentnego udostępniania informacji publicznej (§ 5, 20 i 21), odpowiedniej jakości danych udostępnianych i mechanizmów je zabezpieczających (§ 7 ust. 2 pkt 1, § 16, 17, 19), zakazu stosowania skrótowości i wykorzystywania BIP do publikowania ogłoszeń komercyjnych (§ 6 oraz 11 ust. 2), zakazu stosowania ograniczeń przed kopiowaniem i drukowaniem informacji upublicznionych w BIP (§ 7 ust. 2 pkt 2)¹⁹. Nie pozostają one bez znaczenia w procesie kwalifikowania biuletynu jako sprawnego instrumentu rozpowszechniania wiedzy nieprzeznaczonej

¹⁶ Na takie zasady wskazuje: M. Bernaczyk, K. Wygoda, M. Jabłoński — zob. M. Bernaczyk, *Obowiązek bezwioskowego udostępniania informacji publicznej*, s. 121–122 oraz M. Bernaczyk, M. Jabłoński, K. Wygoda, *Biuletyn Informacji Publicznej. Informatyzacja administracji*, Wrocław 2005, s. 42–43.

¹⁷ G. Sibiga, *O reformę przepisów o dostępie do informacji publicznej*, „Samorząd Terytorialny” 2015, nr 4, s. 14.

¹⁸ M. Jabłoński, M. Bernaczyk, *Praktyczne problemy wdrażania ustawy o dostępie do informacji publicznej*, „Elektroniczna Administracja” 2006, nr 6, s. 4.

¹⁹ Na takie zasady wskazują M. Bernaczyk, M. Jabłoński, K. Wygoda, *Biuletyn Informacji Publicznej. Informatyzacja administracji*, s. 192 i n.

dla konkretnego adresata, ale w swojej celowości skierowanej do szerokiego kręgu odbiorców będących faktycznie lub też jedynie potencjalnie zainteresowanymi informacyjnie w myśl art. 2 ust. 1 u.d.i.p.

BIP JAKO INSTRUMENT PUBLICZNEGO POWIADAMIANIA I REALIZACJI OBOWIĄZKU INFORMACYJNEGO W ZWIĄZKU Z PRZETWARZANIEM DANYCH OSOBOWYCH

Występujące po obu stronach procesu udostępniania zalety elektronicznego upubliczniania danych nie pozostały bez znaczenia przy projektowaniu zmian do k.p.a. w 2017 i 2019 roku. Proste, szybkie, sprawne oraz niekosztowne udostępnianie uporządkowanych i nieustannie aktualizowanych danych, przy jednoczesnej — przypisywanej temu procesowi — oszczędności czasu i środków finansowych po stronie podmiotu udostępniającego stanowi doskonałą metodę komunikowania informacji. Chodzi w tym wypadku przede wszystkim o sytuacje, w których zachodzi potrzeba dostarczenia informacji, które nie mogą trafić do konkretnego adresata z powodu braku możliwości jego ustalenia, lub też gdy nie dochodzi do wytworzenia dokumentacji, która podlegałaby doręczeniu przy załatwianiu sprawy administracyjnej. Założenie to posiada rację bytu przy uwzględnieniu zawartości komunikowanych danych będących wytworem działalności organu administracji publicznej. „Informacją publiczną będzie każda informacja dotycząca sfery faktów i danych publicznych, a więc każda wiadomość wytworzona lub odnoszona do władz publicznych”²⁰. Takimi informacjami są szeroko rozumiane komunikaty pochodzące od organu administracji publicznej, podlegające powszechnemu udostępnieniu przy wykorzystaniu BIP. Ściśle określając, chodzi w tym wypadku o zawiadomienia o decyzjach czy też innych czynnościach dokonywanych przez organ administracji publicznej, wezwania bliżej niezidentyfikowanych osób czy powiadomienia dotyczące procesu przetwarzania i o „podmiocie przetwarzającym” — administratorze. To implikuje zasadność twierdzenia, że w procedurze administracyjnej uregulowanej treścią k.p.a. przedmiotowe medium informacyjne BIP stanowi instrument publicznego zawiadomienia (art. 49 i 49a k.p.a.), w tym instrument publicznego wezwania (art. 91 § 3 k.p.a.); instrument realizacji obowiązku informacyjnego, o którym mowa w art. 13 ust. 1 i ust. 2 Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z dnia 27 kwietnia 2016 roku w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE²¹ (dalej: RODO) (art. 122h k.p.a.). Podział ten nie ma charakteru

²⁰ Wyrok NSA z 24 maja 2023 roku, III OSK 494/22, <https://orzeczenia.nsa.gov.pl/doc/CEDCFA509A> (dostęp: 5.07.2023).

²¹ Dz. U. UE L 119 z 4.05.2016, s. 1–88.

rozłącznego przy uwzględnieniu zawartości art. 91 § 3 k.p.a. w związku z art. 49 k.p.a. Z jednej bowiem strony, instrument wezwania jest elementem większej kategorii, jaką są ogólnie zdeterminowane treścią art. 49 § 1 k.p.a. zawiadomienia o rozstrzygnięciach i czynnościach materialno-technicznych organu administracji publicznej. Z drugiej zaś — art. 91 § 3 k.p.a. uchodzi za regulację szczególną w odniesieniu do art. 49 § 1 k.p.a., niezbędną dla zaistnienia podstawy do publicznego zawiadomienia o „działaniach” organu administracji publicznej.

Stosownie do zawartości art. 49 i art. 49a k.p.a. organ administracji publicznej może zawiadamiać o swoich decyzjach i innych czynnościach procesowych w formie publicznego obwieszczenia, publicznego ogłoszenia w sposób zwyczajowo przyjęty w danej miejscowości, albo publicznego rozpowszechnienia informacji na swojej stronie podmiotowej BIP. Wszystkie z przedstawionych form poprzez swój wymiar publiczny zasługują na zaliczenie ich do kategorii zbiorczej określanej jako powiadomienia publiczne²². Pozostają w ścisłym związku z zasadą czynnego udziału stron w postępowaniu administracyjnym (art. 10 k.p.a.) i temu właśnie mają służyć²³. Choć w doktrynie nie ma jednolitości stanowisk co do adekwatności tego określenia²⁴, mowa w ich przypadku również o doręczeniach przez obwieszczenie²⁵, chociażby przez wzgląd na umiejscowienie przedmiotowych uregulowań w grupie przepisów dotyczących doręczeń, czyli w rozdziale 8 k.p.a.²⁶ Co ważne, pośród owych powiadomień publicznych można dokonać wyodrębnienia:

1. Zawiadomień, których dopuszczalność realizacji opiera się na szczególnej podstawie prawnej²⁷.
2. Zawiadomień, których dopuszczalność realizacji zdeterminowana jest odpowiednią ilością stron postępowania (więcej niż 20 osób), nie jest warunkowana

²² R. Kędziora określa je mianem ogłoszeń publicznych, zob. R. Kędziora, *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, SIP Legalis, <https://sip.legalis.pl/document-view.seam?documentId=mjxw62zogi3damjxgu2dgnboobqxlrtheytemjrhazq&refSource=toc> (dostęp: 18.07.2023).

²³ Zob. J. Dolny, *Realizacja zasady czynnego udziału stron w postępowaniu o wydanie pozwolenia wodnoprawnego na przestrzeni ostatnich dwudziestu lat*, „Przegląd Prawa Publicznego” 2022, nr 1, s. 38–50.

²⁴ Zgodnie z art. 49b k.p.a. treść decyzji czy postanowienia nie zostaje z urzędu doręczona stronie postępowania wraz z powiadomieniem, ale wymaga z jej strony zaangażowania (wniosku) i może mieć miejsce następczo.

²⁵ Zob. M. Wierzbowski, A. Wiktorowska, *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, SIP Legalis, <https://sip.legalis.pl/document-view.seam?documentId=mjxw62zogi3danbtgi3dgmroobqxlrhaydmmzgtgm> (dostęp: 18.07.2023).

²⁶ Zob. *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, red. R. Hauser, M. Wierzbowski, 2023, SIP Legalis, <https://sip.legalis.pl/document-view.seam?documentId=mjxw62zogi3danbtgmydomjjoobqxlrhaydmmzgtgmyq&refSource=toc#tabs-metrical-info> (dostęp: 17.07.2023).

²⁷ Chodzi w tym wypadku na przykład o art. 5a ustawy z dnia 7 lipca 1994 roku — Prawo budowlane (Dz. U. z 2023 r., poz. 682 ze zm.), oraz art. 8 ustawy z dnia 21 sierpnia 1997 roku o gospodarce nieruchomościami (Dz. U. z 2023 r., poz. 344 ze zm.), zob. *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, wyrok WSA w Krakowie z 26 stycznia 2016 roku, II SA/Kr 1037/15, <https://orzeczenia.nsa.gov.pl/doc/DEB8A7357F> (dostęp: 5.07.2023).

treścią przepisu szczególnego, sama dla siebie stanowi wystarczającą podstawę prawną. Powiadomienie w tym przypadku będzie skuteczne co do zasady wobec tych stron, które zostały uprzednio uprzedzone o zamiarze powiadomienia ich w publiczny sposób²⁸.

3. Zawiadomień, które nie są wprost wyrażone treścią k.p.a., a które mogą stanowić efekt połączenia dwóch regulacji (art. 49 i 49a k.p.a.). Chodzi w tym wypadku o sytuacje, w ramach których istnieć będzie szczególna podstawa prawna dla doręczenia przez obwieszczenie i jednocześnie w danej sprawie będzie występować więcej niż 20 stron²⁹.

Jak wynika z art. 49 k.p.a., BIP jest jedną z możliwości, z której może skorzystać organ administracji publicznej celem rozpowszechnienia informacji o podejmowanych działaniach w toczącym się postępowaniu. Wybór w tym zakresie został pozostawiony samemu organowi, co implikuje fakt, że każda z tych form może być wykorzystana jednocześnie celem zagwarantowania pełnego dotarcia informacji do potencjalnych odbiorców (stron postępowania). Mogą to być dwie z wyróżnionych w przepisie bądź też wyłącznie jedna i niekoniecznie musi ona wiązać się z zastosowaniem BIP. W tym zatem znaczeniu wykorzystanie BIP w procesie publicznego powiadamiania nie ma charakteru obligatoryjnego³⁰ — może, ale nie musi mieć miejsca, a decyzyjność w tym zakresie została przypisana podmiotowi, który w dokonywaniu wyboru powinien kierować się postulatami sprawnego, efektywnego, niekosztownego i szybkiego „doręczenia” informacji³¹. Niewątpliwie jednak ma na celu uproszczenie i usprawnienie postępowania przed organem administracji publicznej.

BIP stanowi równorzędną i stosunkowo „młodą” formę publicznego komunikowania, o której mowa w art. 49 i 49a k.p.a. Twierdzenia niniejszego nie przekreśla fakt, że ten środek komunikowania został przez ustawodawcę wyodrębniony w regulacji jako ostatni. Przyczyn tego stanu rzeczy należy raczej upatrywać w momencie przyznania mu roli instrumentu publicznego zawiadamiania. Możliwość jego wykorzystania pojawiła się bowiem najpóźniej spośród wszystkich wymienionych w treści art. 49 k.p.a., to jest — wraz z wejściem w życie nowelizacji do k.p.a. z 2017 roku. Ustawodawca w treści k.p.a. nie konkretyzuje samego procesu udostępnienia pisma (zawiadomienia) w BIP. Zastosowanie w tym miejscu

²⁸ Zob. też A. Milewska, *Doręczenie decyzji w formie publicznego obwieszczenia*, SIP Legalis, <https://sip.legalis.pl/document-full.seam?documentId=nzuxk4zogi3damrvhazdcni&refSource=search> (dostęp: 17.07.2023) oraz A. Fornalik, *Termin zaskarżania decyzji ZRID liczy się od daty dokonania obwieszczenia*, SIP Legalis, <https://sip.legalis.pl/document-full.seam?documentId=nzuxk4zogi3danbrg4zdkma&refSource=search> (dostęp: 17.07.2023).

²⁹ Zob. Ł. Sadowski, *Zmiany w Kodeksie postępowania administracyjnego*, SIP Legalis, <https://sip.legalis.pl/document-full.seam?documentId=mjxw62zogi3damjwgy3dcnjogeza&refSource=toc> (dostęp: 18.07.2023).

³⁰ Publikowanie w BIP w związku z zawartością art. 10 ust. 1 u.d.i.p. ma charakter obligatoryjny.

³¹ *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz.*

odnajdują regulacje dostępowe, gdzie zasada szczegółowego oznaczenia danych udostępnianych ma dominujące znaczenie. Chodzi w tym wypadku o podanie informacji wskazujących na podmiot udostępniający; informacji wskazujących na tożsamość osoby, która wytworzyła informację lub odpowiada za jej treść; informacji wskazujących na tożsamość osoby, która wprowadziła informację do BIP, oraz o oznaczenie czasu wytworzenia informacji i jej udostępnienia, jak również zabezpieczenie możliwości identyfikacji czasu rzeczywistego udostępnienia informacji. Jak podkreślają Kamila Kędzierska i Michał Kotarba, opublikowanie wymienionych danych i oznaczeń ma na celu zagwarantowanie poprawności, rzetelności i adekwatności publikowanych informacji, jak również ma tworzyć podstawę dla przeprowadzenia ewentualnych czynności weryfikacyjnych³².

Czas udostępnienia jest jednym z elementów skonkretyzowanego oznaczenia informacji zamieszczanych w BIP, mimo to ustawodawca w treści art. 49 § 2 k.p.a. w sposób wyraźny podkreśla, że dzień, w którym nastąpiło publiczne udostępnienie pisma w BIP, musi bezwzględnie zostać wskazany w elektronicznym biuletynie. Co ważne, nie jest on kwalifikowany jako dzień dokonania zawiadomienia. Zawiadomienie uważa się za dokonane dopiero po upływie 14 dni od dnia, w którym nastąpiło publiczne ogłoszenie w BIP, dając tym samym większą możliwość zaznajomienia się z treścią publikowanego pisma jego potencjalnym zainteresowanym (stronom), ale i jednocześnie nie gwarantując przy tym pewności dotarcia informacji do faktycznego odbiorcy. W tym znaczeniu BIP jako sprawny instrument publicznego zawiadomienia ma zabezpieczyć szybki, łatwy, niewymagający nadmiernego wysiłku, czasu i środków dostęp do określonych informacji³³. Jest to rozwiązanie nadzwyczajne odnajdujące swoje zastosowanie w ustawowo określonych sytuacjach, zmierzające do osiągnięcia szybkiego skutku doręczenia wobec wszystkich podmiotów, którzy są jego adresatami³⁴. Stanowi to jednak wyłącznie pewnego rodzaju założenie, albowiem nie można wymagać od jednostek bieżącego i nieustannego śledzenia każdej podmiotowej strony BIP celem zaznajomienia się ze wszystkimi tam umiejscowionymi, publicznymi powiadomieniami, które mogą ich w rzeczywistości dotyczyć. Nie będąc idealnym sposobem komunikowania, daje jednak szanse stronom, o których organ jeszcze nie wie (albo których liczba jest znaczna w związku z art. 49a k.p.a.), na dowiedzenie się o postępowaniu administracyjnym i dokonywanych w jego ramach

³² Zob. K. Kędzierska, M. Kotarba, *Bezwniioskowy tryb udzielania informacji publicznej*, [w:] *Dostęp do informacji publicznej*, red. P. Szustakiewicz, Warszawa 2016, s. 140.

³³ *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*.

³⁴ M. Jaśkowska, M. Wilbrandt-Gotowicz, A. Wróbel, *Komentarz aktualizowany do Kodeksu postępowania administracyjnego*, SIP Lex, <https://sip.lex.pl/#/commentary/587260322/731569/jaskowska-malgorzata-wilbrandt-gotowicz-martyna-wrobel-andrzej-komentarz-aktualizowany-do-kodeksu...?keyword=Komentarz%20aktualizowany%20do%20Kodeksu%20postepowania%20administracyjnego&cm=SFIRST> (dostęp: 17.07.2023), wyrok NSA z 5 kwietnia 2011 roku, II OSK 235/11, <https://orzeczenia.nsa.gov.pl/doc/FDAD3618C5> (dostęp: 5.07.2023).

czynnościach, co z pewnością nie nastąpiłoby przy zastosowaniu tradycyjnego powiadomienia wyłącznie tych jednostek, które są organowi znane w momencie wszczęcia postępowania.

Jak zostało już wskazane, zawartość art. 91 § 3 k.p.a., z jednej strony, stanowi samodzielną podstawę prawną dla publicznego informowania o rozprawie, z drugiej zaś — jest regulacją szczególną (podstawą) dla omówionego uprzednio publicznego zawiadamiania o „działaniach” organu w procedurze administracyjnej. Będąc czynnością materialno-techniczną, wezwanie należy do katalogu ogólnie określanych czynności procesowych organu administracji publicznej w postępowaniu administracyjnym. Ponadto sam ustawodawca, odnosząc się do instrumentu wezwania, określa je w dalszej części regulacji mianem zawiadomienia w BIP. Zatem w i tym zakresie można pokusić się o stwierdzenie, że zawiera się ono w ogólnie kwalifikowanej kategorii publicznego powiadomiania. Wezwanie, o którym mowa w art. 91 § 3 k.p.a., może być dokonane przy użyciu publicznego obwieszczenia, innej formy publicznego ogłoszenia, która jest realizowana w zwyczajowo przyjęty sposób, bądź też przy wykorzystaniu funkcjonalności BIP na stronie podmiotowej danego organu administracji publicznej. Co istotne, sposób zaprezentowania przez ustawodawcę prawnie gwarantowanych metod publicznego wezwania (podobnie jak w przypadku ogólnie określonych publicznych powiadomień) potwierdza fakultatywny charakter BIP. Organ administracji publicznej, uwzględniając postulaty prawidłowego toku postępowania i ogólną charakterystykę BIP, może zdecydować się na jego wykorzystanie. BIP stanowi zatem jedną z możliwości, z której może skorzystać organ administracji publicznej w procesie publicznego „przywołania” na rozprawę, podejmując przy tym decyzję we własnym zakresie. To dodatkowo potwierdza szczególny charakter regulacji względem art. 49 § 1 k.p.a., gdzie dochodzi do uwypuklenia pewnego rodzaju alternatyw zachowania się organu, które mogą, ale nie muszą odnaleźć swojego jednoczesnego zastosowania.

Ustawodawca warunkuje jednak dopuszczalność publicznego zawiadomienia o rozprawie (w tym również przy użyciu BIP) od zaistnienia prawdopodobieństwa, że oprócz stron tradycyjnie wezwanych³⁵ i uczestniczących już w postępowaniu mogą występować jeszcze inne, które nie są organowi znane, a powinny zostać powiadomione jako strony postępowania. W tym znaczeniu wydaje się, że zastosowanie publicznego wezwania ma charakter obligatoryjny, z tym jednak, że stwierdzenie rzeczywistej konieczności jego dokonania zostało przypisane organowi administracji publicznej³⁶. To niewątpliwie deprecjonuje ową obligatoryjność

³⁵ Przy użyciu pisma papierowego lub w postaci elektronicznej. Zmiana w tym zakresie nastąpiła 5 października 2021 roku wraz z wejściem w życie ustawy z dnia 18 listopada 2020 roku o doręczeniach elektronicznych (Dz. U. z 2023 r., poz. 285).

³⁶ Zob. P. Przybysz, *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz aktualizowany*, SIP Lex, <https://sip.lex.pl/#commentary/587751050/692592/przybysz-piotr-marek-kodeks-postepowania-administracyjnego-komentarz-aktualizowany?keyword=P.%20Przybysz,%20Kodeks%20>

postępowania podmiotu publicznego i bezwzględność jego realizacji, ale nie przekreśla możliwości publicznego powiadomienia z uwagi na konieczność respektowania zasady demokratycznego państwa prawa, a w tym i konstytucyjnego uprawnienia do sprawiedliwego i jawnego rozpatrzenia sprawy (art. 45 Konstytucji RP)³⁷.

Celem przeprowadzenia rozprawy administracyjnej jest między innymi potrzeba wyjaśnienia sprawy przy udziale świadków. W ramach tak określonego celu mieści się ustalenie wszystkich okoliczności faktycznych istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy, w tym również tych, które nie były wiadome organowi w momencie wyznaczania rozprawy, a ujawniły się w jej trakcie. Organ administracji publicznej ma wynikający z art. 7 k.p.a. obowiązek podjęcia wszelkich kroków niezbędnych dla dokładnego wyjaśnienia stanu faktycznego oraz do załatwienia sprawy, mając na względzie interes społeczny i słuszny interes obywatela³⁸.

Zestawiając zawartość art. 91 § 3 k.p.a. z art. 49 § 1 k.p.a., nie należy przejść obojętnie wobec kwestii przedmiotowej omawianej kategorii publicznego powiadomienia, tym bardziej że w odróżnieniu do regulacji ogólnej (art. 49 § 1 k.p.a.) dochodzi do wyraźnego określenia zakresu merytorycznego wezwania, które podlega ogłoszeniu publicznemu. Wezwanie na rozprawę musi bezwzględnie wskazywać na jej przedmiot (sprawę administracyjną, której ma dotyczyć) oraz termin i miejsce jej odbycia się³⁹. W doktrynie dochodzi do podkreślenia, że skoro art. 91 § 3 k.p.a. stanowi regulację szczególną, to w zakresie ustalania treści wezwania nie bez znaczenia pozostaje również art. 54 k.p.a. dotyczący ogólnych jego składników⁴⁰. Uwzględniając jednakże charakterystykę przedmiotowego „przywołania na rozprawę”, trudne wydaje się przyjęcie, że wezwanie to jest w stanie w pełni sprostać wymaganiom co do wszystkich elementów określonych treścią art. 54 § 1 k.p.a. Przykładowo określenie osoby wzywanej — podanie jej imienia i nazwiska — nie jest możliwe, skoro wezwanie to skierowane jest do bliżej niezdefiniowanego odbiorcy. Niezależnie jednak od tego, trzeba wskazać, że pod względem przedmiotowym jego zakres merytoryczny nie odbiega od tradycyjnej formy — pisemnego wezwania, mimo to ustawodawca celem zapobieżenia jakimkolwiek wątpliwościom wyraźnie odnosi się do treści wezwania komunikowanego publicznie.

Szczególna rola elektronicznego, teleinformatycznego publikatora uwidacznia się w związku z zawartością art. 122h § 1 k.p.a. Regulacja ta jest stosunkowo nowa,

postępowania%20administracyjnego.%20Komentarz%20aktualizowany&cm=STOP (dostęp: 17.07.2023).

³⁷ *Ibidem*.

³⁸ Zob. wyrok NSA z 23 lutego 2011 roku, II GSK 281/10, <https://orzeczenia.nsa.gov.pl/doc/3E4DA237E2> (dostęp: 6.07.2023).

³⁹ Zob. Z. Kmiecik, J. Wegner, M. Wojtuń, *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, SIP Lex, <https://sip.lex.pl/#commentary/587914753/712193/kmiecik-zbigniew-wegner-joanna-wojtuń-maciej-kodeks-postepowania-administracyjnego-komentarz?keyword=Z.%20Kmiecik%20J.%20Wegner,%20M.%20Wojtuń,%20Kodeks%20postępowania%20administracyjn> (dostęp: 17.07.2023).

⁴⁰ Zob. *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*.

została dodana w 2019 roku⁴¹. Ustawodawca zdecydował się w niej na nadanie BIP statusu instrumentu realizacji obowiązku informacyjnego, o którym mowa w treści art. 13 ust. 1 i ust. 2 RODO. W myśl bowiem art. 2a § 1–3 k.p.a. ustawa regulująca procedurę administracyjną określa sposób realizacji tego zobowiązania, a jego wykonywanie odbywa się niezależnie od innych obowiązków organu administracji publicznej i w żadnym razie nie wpływa na tok oraz wynik postępowania administracyjnego. Zakres przedmiotowy informacji rozpowszechnianych między innymi przy pomocy BIP w związku z realizacją obowiązku informacyjnego został wyraźnie zakreślony, mimo że nie sposób go odnaleźć w samej treści k.p.a., a w zawartości RODO (art. 13 ust. 1 i ust. 2). Ten sposób publicznego informowania nie ma charakteru nieograniczonego, jest warunkowany sposobem realizowania spraw administracyjnych przez organ, a ściślej — brakiem możliwości przekazania konkretnych danych w obliczu ich milczącego załatwiania. Status zaś biuletynu różni się od tego, który został zaprezentowany w art. 49, 49a i 91 k.p.a. Jak wskazuje ustawodawca, realizacja obowiązku następuje poprzez zamieszczenie informacji w BIP na stronie podmiotowej, na stronie internetowej oraz w widocznym miejscu (na przykład tablicy ogłoszeń) w siedzibie organu administracji publicznej. Te zatem sposoby publicznego komunikowania stanowią równorzędne formy, które są stosowane jednocześnie wówczas, gdy sprawa podlega załatwieniu bez doręczenia stronie dokumentacji pochodzącej od organu administracji publicznej, a stanowiącej potwierdzenie dla realizacji jej wniosku. Ustawodawca nie pozostawił żadnego wyboru organowi administracji publicznej, nadając publikacji BIP obligatoryjny charakter, tak jak to ma miejsce w świetle regulacji ogólnych. Wszystkie wyodrębnione w regulacji formy powszechnego upublicznienia muszą wystąpić w tym samym czasie, gwarantując tym samym szerokie ramy komunikowania informacji osobie, której dane w związku z wniesionym przez nią żądaniem zostały pozyskane i podlegają przetworzeniu. Zawartość art. 122h k.p.a. uwidacznia jednak brak równorzędności pomiędzy publicznym i indywidualnym komunikowaniem informacji związanych z przetwarzaniem danych osobowych. W przypadku bowiem pierwszej czynności organu administracji publicznej skierowanej do strony, ustawodawca zobowiązuje go do „imiennego” przekazania informacji, które są niezbędne dla należytej realizacji uprawnień związanych z ochroną danych osobowych zagwarantowanych w RODO. W żadnym bowiem razie publiczne rozpowszechnienie tego rodzaju informacji między innymi przy pomocy BIP jako wyjątek od reguły ogólnej⁴², pomimo wielu przypisywanych zalet, nie jest w stanie

⁴¹ Zob. P. Przybysz, *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz aktualizowany*; Z. Kmiecik, J. Wegner, M. Wojtuń, *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*.

⁴² Na taką regułę wskazuje P. Fajgielski, twierdząc, że powiązany z zasadą przejrzystości przetwarzania obowiązek informacyjny powinien być realizowany w sposób zindywidualizowany, zob. P. Fajgielski, *Ogólne rozporządzenie o ochronie danych. Ustawa o ochronie danych osobowych*, zob. P. Fajgielski, *Ogólne rozporządzenie o ochronie danych*, Warszawa 2018, s. 234–235, zob. też E. Bielak-Jomma, D. Lubasz, *RODO. Ogólne rozporządzenie o ochronie danych osobowych. Komentarz*, Warszawa 2018, s. 479–480.

zastąpić indywidualnego poinformowania i nie zwalnia z powinności uczynienia niniejszego wobec konkretnej osoby — strony postępowania (art. 122h § 2 k.p.a.).

W zakresie terminowości realizacji obowiązku, o którym mowa, należy wskazać, że ustawodawca sam tego nie uregulował w treści k.p.a. Poza tym odnosząc się do uregulowań ogólnych dotyczących udostępniania informacji publicznej, trzeba wskazać, że regulacje u.d.i.p. nie kształtują szczególnego terminu dla zamieszczenia informacji w BIP, choć w odformalizowanej procedurze dostępowej dominuje zasada szybkości i terminowości działania podmiotu udostępniającego. Ustawodawca determinuje w miarę szczegółowo, ale wyłącznie czas przekazania informacji udostępnianych na wnioski. Stosownie do art. 13 ust. 1 u.d.i.p. udostępnienie informacji publicznej na wniosek następuje bez zbędnej zwłoki, nie później niż w terminie 14 dni od dnia złożenia wniosku przez zainteresowanego informacyjnie. Warto dokonać podkreślenia, że ze względu na rodzaj omawianej powinności należy w tym zakresie odnieść się do art. 13 RODO. Już bowiem sam tytuł regulacji sugeruje szczególny termin dla realizacji obowiązku informacyjnego. Mowa tam o momencie zbierania danych od osoby, której dane dotyczą. Prawodawca unijny wskazuje, że jeżeli dane osoby, której dane dotyczą, zbierane są od tej osoby, administrator podczas pozyskiwania tych danych podaje jej wszystkie informacje, o których mowa w art. 13 ust. 1 i ust. 2 RODO. To implikuje zasadność twierdzenia, że publiczne informowanie, o którym mowa (w tym przy użyciu BIP), powinno mieć miejsce w momencie wejścia w posiadanie danych osobowych, czyli w rzeczywistości niezwłocznie po wpłynięciu wniosku do organu dotyczącego konkretnej sprawy administracyjnej. Małgorzata Jaśkowska, Martyna Wilbrandt-Gotowicz i Andrzej Wróbel wskazują, że „organ administracji publicznej jest zatem zobowiązany podać stronie postępowania w sprawie załatwianej milcząco informacje, o których mowa w art. 13 ust. 1 i ust. 2 RODO, podczas pozyskiwania danych osobowych od strony, nie zaś w terminie późniejszym”⁴³.

ZAKOŃCZENIE

Joseph Eugene Stiglitz podkreśla, że w państwie o ustroju demokratycznym świadomość tego, co jest robione przez władze publiczne, z jaką motywacją i po co, ma dominujące znaczenie w życiu współczesnego człowieka⁴⁴. Elektroniczny, teleinformatyczny urzędowy publikator stanowi jeden ze sposobów pozyskiwania tego rodzaju wiedzy — wiedzy publicznej. Pośród całokształtu zalet, jakie są mu przypisywane, BIP nie jest pozbawiony również wad, które niewątpliwie osłabiają

⁴³ Zob. M. Jaśkowska, M. Wilbrandt-Gotowicz, A. Wróbel, *Komentarz aktualizowany do Kodeksu postępowania administracyjnego*.

⁴⁴ J.E. Stiglitz, *On Liberty, the Right to Know, and Public Discourse: The Role of Transparency in Public Life*, [w:] *Globalizing Right. The Oxford Amnesty Lectures*, red. U.J. Gibney, Oxford–New York 2003, s. 115 i n.

jego wartość jako środka informacyjnego⁴⁵. Jest to rezultat niepełnego uregulowania w u.d.i.p. pewnych materii go dotyczących, co nie w każdym przypadku może być oceniane jako zachowanie świadome (złe i dokonywane z premedytacją), ale również jako będące rezultatem pewnego rodzaju niemocy prawodawczej (bo niektórych kwestii w sposób jednoznaczny uregulować się nie da). Mimo to BIP jako pozytywnie oceniana bezwnioskowa forma rozpowszechniania informacji stanowi sprawne narzędzie komunikowania wiedzy publicznej w rozmaitych regulacjach prawa administracyjnego, gdzie procesowi udostępniania przy jego użyciu przypisywany jest obligatoryjny charakter. Implikuje on brak możliwości odstąpienia od procesu udostępnienia, brak zezwolenia na odejście od wykorzystania BIP na rzecz innego instrumentu (nawet wówczas, gdy w mniemaniu udostępniającego wydaje się to bardziej korzystne) i zastąpienia jego funkcjonalności innym środkiem gwarantującym również publiczne ogłoszenie. Wykorzystanie BIP uwidacznia się również w regulacjach k.p.a., gdzie ustawodawca nadaje mu znaczenie instrumentu publicznego powiadamiania oraz realizacji obowiązku informacyjnego związanego z przetwarzaniem danych osobowych. W tych regulacjach jednak obligatoryjny charakter BIP towarzyszy fakultatywnemu zastosowaniu i — co ważne — to ono wysuwa się na pierwszy plan. W ramach publicznych powiadomień, w tym również w zakresie publicznych wezwań na rozprawę, BIP stanowi jedną z możliwości, z której może skorzystać organ administracji publicznej. Niemniej jednak ustawodawca pozostawia w tym wypadku swobodę decyzyjną co do jego zastosowania: jako jedyne go środka informacyjnego, środka towarzyszącego innym narzędziom informacyjnym lub środka, z którego można zrezygnować w procesie tak zwanego doręczenia przez obwieszczenie. Inaczej sytuacja wygląda w zakresie realizacji obowiązku informacyjnego, o którym mowa w art. 122h k.p.a., gdzie obligatoryjny charakter zdeterminowany treścią u.d.i.p. został utrzymany, a BIP stanowi jedno z narzędzi informacyjnych, o zrezygnowaniu z którego w żadnym razie nie może być mowy.

THE ROLE OF THE PUBLIC INFORMATION BULLETIN IN LIGHT OF THE REGULATIONS OF THE ACT OF 14 JUNE 1960 — CODE OF ADMINISTRATIVE PROCEDURE

Summary

The Public Information Bulletin is of the means of making public information generally available. The legal basis for its organization and application should be sought in the Act of September 6, 2001, on access to public information (Journal of Laws of 2002, item 902), but the use of its functionality is also visible in specific regulations. Such use can also be considered taking

⁴⁵ Zob. też K. Kędzierska, *Prawo do informacji w polskim porządku prawnym*, [w:] *Dostęp do informacji publicznej a prawo do prywatności*, red. A. Gałach, K. Kędzierska, A. Lipiński, B. Opaliński, B. Pietrzak, P. Szustakiewicz, A. Zołotar-Wiśniewska, Warszawa 2015, s. 6 i 8.

into account the regulations of the Act of 14 June 1960 — Code of Administrative Procedure (Journal of Laws of 2023, item 775). The considerations conducted in the article focus on a detailed definition of the role of The Public Information Bulletin in the regulations organizing the Polish administrative procedure.

Keywords: access to public information, Public Information Bulletin, public notifications, delivery by notice

BIBLIOGRAFIA

- Bernaczyk M., *Obowiązek bezwziostkowego udostępniania informacji publicznej*, Warszawa 2008.
- Bernaczyk M., Jabłoński M., Wygoda K., *Biuletyn Informacji Publicznej. Informatyzacja administracji*, Wrocław 2005.
- Bidziński M., Chmaj M., Szustakiewicz P., *Ustawa o dostępie do informacji publicznej. Komentarz*, SIP Legalis, <https://sip.legalis.pl/document-view.seam?documentId=mjxw62zogi3damjyha3dmojoobqxlrtgy2deojxgi3a&refSource=toc> (dostęp: 18.07.2023).
- Bielak-Jomma E., Lubasz D., *RODO. Ogólne rozporządzenie o ochronie danych osobowych. Komentarz*, Warszawa 2018.
- Dolny J., *Realizacja zasady czynnego udziału stron w postępowaniu o wydanie pozwolenia wodnoprawnego na przestrzeni ostatnich dwudziestu lat*, „Przegląd Prawa Publicznego” 2022, nr 1.
- Fajgielski P., *Informacja w administracji publicznej. Prawne aspekty gromadzenia, udostępniania i ochrony*, Wrocław 2007.
- Fajgielski P., *Ogólne rozporządzenie o ochronie danych. Ustawa o ochronie danych osobowych. Komentarz*, Warszawa 2018.
- Fornalik A., *Termin zaskarżenia decyzji ZRID liczy się od daty dokonania obwieszczenia*, SIP Legalis, <https://sip.legalis.pl/document-full.seam?documentId=nzuxk4zogi3danbrg4zdkma&refSource=search> (dostęp: 17.07.2023).
- Jabłoński M., Bernaczyk M., *Praktyczne problemy wdrażania ustawy o dostępie do informacji publicznej*, „Elektroniczna Administracja” 2006, nr 6.
- Jaśkowska M., Wilbrandt-Gotowicz M., Wróbel A., *Komentarz aktualizowany do Kodeksu postępowania administracyjnego*, SIP Lex, <https://sip.lex.pl/#/commentary/587260322/731569/jaskowska-malgorzata-wilbrandt-gotowicz-martyna-wrobel-andrzej-komentarz-aktualizowany-do-kodeksu...?keyword=Komentarz%20aktualizowany%20do%20Kodeksu%20postepowania%20administracyjnego&cm=SFIRST> (dostęp: 17.07.2023).
- Kamińska I., Rozbicka- Ostrowska M., *Ustawa o dostępie do informacji publicznej. Komentarz*, Warszawa 2016.
- Kędzierska K., *Prawo do informacji w polskim porządku prawnym*, [w:] *Dostęp do informacji publicznej a prawo do prywatności*, red. A. Gałach, K. Kędzierska, A. Lipiński, B. Opaliński, B. Pietrzak, P. Szustakiewicz, A. Zołotar-Wiśniewska, Warszawa 2015.
- Kędzierska K., Kotarba M., *Bezwziostkowy tryb udzielania informacji publicznej*, [w:] *Dostęp do informacji publicznej*, red. P. Szustakiewicz, Warszawa 2016.
- Kędziora R., *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, SIP Legalis, <https://sip.legalis.pl/document-view.seam?documentId=mjxw62zogi3damjxgu2dgnboobqxlrtheytemjrhzq&refSource=toc> (dostęp: 18.07.2023).
- Kmieciak Z., Wegner J., Wojtuń M., *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, SIP Lex, <https://sip.lex.pl/#/commentary/587914753/712193/kmieciak-zbigniew-wegner-joanna-wojtun-maciej-kodeks-postepowania-administracyjnego-komentarz?keyword=Z.%20Kmieciak%20J.%20Wegner,%20M.%20Wojtuń,%20Kodeks%20postepowania%20administracyjn> (dostęp: 17.07.2023).

- Klarczyński M., Szuster S., *Dostęp do informacji publicznej. Komentarz*, SIP Lex, <https://sip.lex.pl/#/commentary/587279053/76493/klarczyński-michal-szuster-sergiusz-dostęp-do-informacji-publicznej-komentarz?keyword=Szuster&cm=SREST> (dostęp: 18.07.2023).
- Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, red. R. Hauser, M. Wierzbowski, 2023, SIP Legalis, <https://sip.legalis.pl/document-view.seam?documentId=mjxw62zogi3danbtgmydomjoobqxlrwhaydmmzgtmgyq&refSource=toc#tabs-metrical-info> (dostęp: 17.07.2023).
- Milewska A., *Doręczenie decyzji w formie publicznego obwieszczenia*, SIP Legalis, <https://sip.legalis.pl/document-full.seam?documentId=nzuxk4zogi3damrvhazdcni&refSource=search> (dostęp: 17.07.2023).
- Przybysz P., *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz aktualizowany*, SIP Lex, <https://sip.lex.pl/#/commentary/587751050/692592/przybysz-piotr-marek-kodeks-postepowania-administracyjnego-komentarz-aktualizowany?keyword=P:%20Przybysz,%20Kodeks%20postepowania%20administracyjnego.%20Komentarz%20aktualizowany&cm=STOP> (dostęp: 17.07.2023).
- Sadowski Ł., *Zmiany w Kodeksie postępowania administracyjnego*, SIP Legalis, <https://sip.legalis.pl/document-full.seam?documentId=mjxw62zogi3damjwyg3dcnjogeza&refSource=toc> (dostęp: 18.07.2023).
- Sibiga G., *O reformę przepisów o dostępie do informacji publicznej*, „Samorząd Terytorialny” 2015, nr 4.
- Stiglitz J.E., *On Liberty, the Right to Know, and Public Discourse: The Role of Transparency in Public Life*, [w:] *Globalizing Right. The Oxford Amnesty Lectures*, red. U.J. Gibney, Oxford–New York 2003.
- Szczepaniak S., *Biuletyn Informacji Publicznej dzisiaj — anachronizm prawny i informatyczny czy wciąż przydatna instytucja*, [w:] *20 lat ustawy o dostępie do informacji publicznej. Podsumowanie i perspektywy ustawowej regulacji prawa do informacji publicznej*, red. M. Błachucki, G. Sibiga, Warszawa 2022.
- Wierzbowski M., Wiktorowska A., *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, SIP Legalis, <https://sip.legalis.pl/document-view.seam?documentId=mjxw62zogi3danbtgi3dgmroobqxlrwhaydmmzgtm> (dostęp: 18.07.2023).
- Zaremba M., *Prawo dostępu do informacji publicznej. Zagadnienia praktyczne*, Warszawa 2009.

WYKAZ AKTÓW PRAWNYCH

- Konstytucja RP z dnia 2 kwietnia 1997 roku (Dz. U. z 1997 r. Nr 78, poz. 483 ze zm.).
- Rozporządzenie Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 18 stycznia 2007 roku w sprawie Biuletynu Informacji Publicznej (Dz. U. z 2007 r. Nr 10, poz. 68).
- Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z dnia 27 kwietnia 2016 roku w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE (Dz. U. UE L 119 z 4.05.2016, s. 1–88).
- Ustawa z dnia 14 czerwca 1960 roku — Kodeks postępowania administracyjnego (Dz. U. z 2023 r., poz. 775).
- Ustawa z dnia 7 lipca 1994 roku — Prawo budowlane (Dz. U. z 2023 r., poz. 682 ze zm.).
- Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 roku — Kodeks karny (Dz. U. z 2022 r., poz. 1138 ze zm.).
- Ustawa z dnia 21 sierpnia 1997 roku o gospodarce nieruchomościami (Dz. U. z 2023 r., poz. 344 ze zm.).
- Ustawa z dnia 6 września 2001 roku o dostępie do informacji publicznej (Dz. U. z 2022 r., poz. 902).
- Ustawa z dnia 7 kwietnia 2017 roku o zmianie ustawy — Kodeks postępowania administracyjnego oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2017 r., poz. 935).

Ustawa z dnia 21 lutego 2019 roku o zmianie niektórych ustaw w związku z zapewnieniem stosowania Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z dnia 27 kwietnia 2016 roku w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE (Dz. U. z 2019 r., poz. 730).

Ustawa z dnia 18 listopada 2020 roku o doręczeniach elektronicznych (Dz. U. z 2023 r., poz. 285).

Ustawa z dnia 11 sierpnia 2021 roku o otwartych danych i ponownym wykorzystywaniu informacji sektora publicznego (Dz. U. z 2021 r., poz. 1641 ze zm.).

WYKAZ ORZECZNICTWA

Wyrok NSA z 23 lutego 2011 roku, II GSK 281/10, <https://orzeczenia.nsa.gov.pl/doc/3E4DA237E2> (dostęp: 6.07.2023).

Wyrok NSA z 5 kwietnia 2011 roku, II OSK 235/11, <https://orzeczenia.nsa.gov.pl/doc/FDAD3618C5> (dostęp: 5.07.2023).

Wyrok NSA z 30 maja 2012 roku, I OSK 450/12, <https://orzeczenia.nsa.gov.pl/doc/5AB91038BB> (dostęp: 4.07.2023).

Wyrok NSA z 24 maja 2023 roku, III OSK 494/22, <https://orzeczenia.nsa.gov.pl/doc/CEDCFA509A> (dostęp: 5.07.2023).

Wyrok WSA w Krakowie z 26 stycznia 2016 roku, II SA/Kr 1037/15, <https://orzeczenia.nsa.gov.pl/doc/DEB8A7357F> (dostęp: 5.07.2023).

FILIP WYSZYŃSKI

ORCID: 0000-0002-0792-5730

Uniwersytet w Białymstoku

TRANSFORMACJE PARADYGMATU PRAWA I GOSPODARKI. TRZY TEZY PROF. S. SOŁTYSIŃSKIEGO VS. UWAGI UAKTUALNIAJĄCE I POLEMICZNE

Abstrakt: Tematem niniejszej pracy jest problematyka transformacji paradygmatu w prawie i gospodarce. Zaobserwować można, że demokracja liberalna w ramach społecznej gospodarki wolnorynkowej ulega zmianom trendowym. Nadzwyczajne zmiany stosunków w perspektywie globalnej identyfikowane jako sytuacje kryzysowe zmieniają kierunki rozumienia funkcji prawa jako narzędzia kształtowania gospodarki. Widoczny staje się paradygmat interwencjonizmu państwa w gospodarce. Celem artykułu jest zweryfikowanie hipotezy przez pryzmat regulacji jako dowodów potwierdzających ich słuszność bądź zaprzeczających im. Wnioski potwierdzają hipotezę o wzroście zaangażowania państwa w procesy gospodarcze w czasie nadzwyczajnej zmiany okoliczności. Do zweryfikowania hipotezy posłużyły trzy tezy prof. S. Sołtysińskiego.

Słowa kluczowe: transformacja paradygmatu, prawo i gospodarka, nadzwyczajna zmiana stosunków, sytuacje kryzysowe

WPROWADZENIE

Celem niniejszej pracy jest analiza transformacji paradygmatu prawa i gospodarki we współczesnych realiach¹. Mimo przyjęcia w Polsce ustroju demokracji liberalnej w modelu społecznej gospodarki wolnorynkowej² paradygmat ustrojowy

¹ O transformacji paradygmatu na gruncie samej komercjalistyki zob. M. Żak, *Corporate governance w XXI wieku — w stronę instytucjonalizacji nowego paradygmatu prawa handlowego?*, „Przeгляд Prawa Handlowego” 2019, nr 5(321), s. 20–26.

² Jak stanowi art. 20 Konstytucji RP, społeczna gospodarka rynkowa oparta na wolności działalności gospodarczej, własności prywatnej oraz solidarności, dialogu i współpracy partnerów społecznych stanowi podstawę ustroju gospodarczego Rzeczypospolitej Polskiej (Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 roku. Dz. U. z 1997 r. Nr 78, poz. 483, z 2001 r. Nr 28, poz. 319, z 2006 r. Nr 200, poz. 1471, z 2009 r. Nr 114, poz. 946). Jak wskazuje S. Sołtysiński, zmiany regulacyjne, takie jak między innymi prawo holdingowe i pozostałe gruntowne zmiany

jest częściowo wahlivy³. Niewątpliwie kryzysy ostatnich lat — by wymienić choćby kryzys finansowy z lat 2007–2009 i jego wieloletnie następstwa globalne, nadzwyczajną zmianę stosunków⁴ w związku z pandemią COVID-19, przerwane łańcuchy dostaw, a obecnie kryzys związany z pełnoskalową inwazją Rosji na Ukrainę — wymuszają paradygmatyczne zmiany myślenia o prawie i jego roli w gospodarce jako instrumentu ją współkształtującego. Z owymi sytuacjami kryzysowymi wiążą się dodatkowe problemy o charakterze globalnym, jak kryzysy surowcowo-energetyczne, inflacyjno-stagflacyjne, demograficzne, socjalne itp. Dostrzegać należy także nadzwyczajne zmiany stosunków związane ze zmianami klimatycznymi i degradacją środowiska, czy wyzwania na płaszczyźnie

w Kodeksie spółek handlowych, wznawiają pytania o rolę państwa i granice jego interwencjonizmu w prawo gospodarcze prywatne na płaszczyźnie prawnoustrojowej w nawiązaniu do art. 20 Konstytucji RP. Zob. F. Wyszyński, *Sprawozdanie z konferencji pt. „20-lecie Kodeksu spółek handlowych” (a próba uchwycenia tendencji paradygmatycznych w nauce prawa handlowego)*, „Temidium” 2022, nr 4(111), s. 58. Przyjęta w Konstytucji RP koncepcja społecznej gospodarki rynkowej jest koncepcją „otwartą”, „programową”, która wedle rozumienia jej twórców miałyby być koncepcją zdatną do jej ulepszania pod wpływem zmiennych doświadczeń, idei i pomysłów. Stąd dopuszcza się w tym miejscu pewną dozę elastyczności co do zmian. Zob. K. Strzyżkowski, *Konstytucyjna zasada społecznej gospodarki rynkowej jako podstawa tworzenia i stosowania prawa*, [w:] *Zasady ustroju społecznego i gospodarczego w procesie stosowania Konstytucji*, red. C. Kosikowski, Warszawa 2005, s. 11.

³ Paradygmat rozumieć tutaj wedle T.S. Kuhna. Zob. B. Chrzęszcz, *Paradygmat według koncepcji Thomasa Samuela Kuhna. Analiza metodologiczno-prawna*, „Folia Iuridica Universitatis Wratislaviensis” 2021, nr 10(1), s. 46–47. Jak wskazuje J. Bieluk, w prawie zmiana paradygmatyczna to zmiana tak podstawowa, że zmienia się podstawa prawa, jego zasadnicze reguły. Zob. J. Bieluk, *Zmiana paradygmatu prawa rolnego*, „Studia Iuridica Agraria” 2015, nr 13, s. 73.

⁴ Pojęcie to czerpię z art. 357¹ ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku — Kodeks cywilny (t.j. Dz. U. z 2022 r., poz. 1360, 2337, 2339, z 2023 r., poz. 326), by wytyczyć zakres znaczeniowy kryzysów. Nie chodzi zatem o jakikolwiek kryzys, ale taką nadzwyczajną zmianę stosunków, która jest określona dogmatycznie i ugruntowana. W konsekwencji mam na myśli działania wojenne i klęski żywiołowe, katastrofalne załamania gospodarcze, pandemię, problemy surowcowo-energetyczne, inflację itp. Zob. P. Machnikowski, [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. E. Gniewek, P. Machnikowski, Warszawa 2021, s. 733; H. Mielnik, *Klauzula rebus sic stantibus (art. 269 kodeksu zobowiązań) w warunkach okupacji niemieckiej w Generalnym Gubernatorstwie w świetle tez prawnych polskich (nieniemieckich) sądów*, „Miscellanea Historico-Iuridica” 2022, t. 21, z. 2, s. 257; Ł. Chyla, *Próba uchwycenia kierunków zmian w zakresie klauzuli rebus sic stantibus w Polsce*, „Studenckie Prace Prawnicze, Administratywistyczne i Ekonomiczne” 2016, nr 20, s. 98; A. Brzozowski, *Wpływ zmiany okoliczności na zobowiązania. Klauzula rebus sic stantibus*, Warszawa 2014, s. 152–153; R. Jastrzębski, *Geneza i znaczenie klauzuli rebus sic stantibus w polskim prawie prywatnym*, „Studia z Dziejów Państwa i Prawa Polskiego” 2010, nr 13, s. 162; W. Robaczyński, *Powrót klauzuli rebus sic stantibus*, „Palestra” 1991, nr 35(11–12), s. 8. Jak trafnie dostrzega J. Bieluk, im dłużej trwa sytuacja kryzysowa związana z nadzwyczajną zmianą stosunków, tym bardziej — w szczególności dla nowych zobowiązań — staje się ona zmianą zwyczajną i punktem odniesienia. Zob. J. Bieluk, *Nadzwyczajna zmiana stosunków i jej wpływ na zobowiązania (klauzula rebus sic stantibus)*. *Komentarz praktyczny z orzecznictwem*, Warszawa 2020, s. X.

nowotechnologicznej, zwłaszcza w kontekście dynamicznego rozwoju sztucznej inteligencji, wobec której nie istnieje jeszcze rozwinięta sfera regulacyjna, przez co nie do końca kontrolowany rozwój sztucznej inteligencji (pomimo szans, z którymi się on wiąże) każe mi klasyfikować to zjawisko w kategoriach kryzysowych, czy przynajmniej turbulentnych bądź niepewnych⁵.

Kryzysy i wyzwania współczesności wymagają częstokroć zmiany myślenia o funkcji prawa i stabilizacji gospodarki. Dostrzega się w tym świetle zwłaszcza wzrost interwencjonizmu i paternalizmu państwowego oraz zwiększoną aktywność normodawczą. Jest to jednak w dużej mierze spostrzeżenie (hipoteza główna) intuicyjne i generalne. Toteż w niniejszej pracy zamierzam dokonać uporządkowania tego założenia i zestawzić je z konkretnymi przejawami aktywizmu (protekcjonizmu) na polu legislacyjnym i regulatorским. Chodzi więc, w pierwszym rzędzie, o dostrzeżenie załamania trendu paradygmatycznego w rozwoju prawa w relacji z gospodarką wolnorynkową. W drugim zaś — problematyzowane zostaną konkretne przykłady rozwiązań zdające się potwierdzać to założenie. Przykłady zostaną dobrane z perspektywy przepływu kapitału w ujęciu makroekonomicznym, to jest — w skali najdonioślejszej dla gospodarki.

Uzupełnienia wymaga jeszcze kwestia metodologiczna. Niniejsze rozważania dogmatycznoprawne prowadzę w odwołaniu do trzech tez profesora Stanisława Sołtysińskiego z 2016 roku na temat prognoz dotyczących rozwoju prawa w relacjach z gospodarką w ujęciu ogólnoustrojowym i paradygmatycznym. Jest to uzasadnione z kilku powodów. Po pierwsze, tezy te dotyczą kluczowych obszarów rozwoju legislacyjno-regulatorskiego. W tym sensie zapewniają ujęcie konkretne, a jednocześnie maksymalnie ogólne i obejmujące trendy prawno-gospodarcze układające się w kierunek o charakterze faktycznie-ustrojowym. Po drugie, oparcie rozważań na tychże tezach gwarantuje uporządkowanie wywodu i osadzenie go w realiach dogmatycznych. Po trzecie, uwagi wygłoszone przed kilkoma laty, co do kierunków rozwoju prawa i jego miejsca w gospodarce, wymagają rewizji i zweryfikowania ich z perspektywy czasu. Po czwarte wreszcie, odniesienie się do poglądów prof. Stanisława Sołtysińskiego jest niezmiennie istotne z uwagi na jego nieoceniony wkład naukowy w obszar polskiego prawa prywatnego⁶.

⁵ M. Pszczyński, *Konstytucyjne wartości u progu ery sztucznej inteligencji*, „Przegląd Prawa Konstytucyjnego” 2021, nr 5(63), s. 516–517.

⁶ Zob. Z. Radwański, A. Nowicka, *Słowo wstępne*, [w:] *Prawo prywatne czasu przemian. Księga pamiątkowa dedykowana Profesorowi Stanisławowi Sołtysińskiemu*, red. A. Nowicka, Poznań 2005, s. 5–16.

TRZY TEZY PROF. S. SOŁTYSIŃSKIEGO JAKO ASUMPT
DO ROZWAŻAŃ NA TEMAT TRANSFORMACJI PARADYGMATU
PRAWA I GOSPODARKI

W refleksjach Stanisława Sołtysińskiego pojawiają się trzy tezy dotyczące współczesnych, coraz silniej uaktywniających się zagrożeń⁷.

Po pierwsze, Stanisław Sołtysiński przekonuje, że współcześnie w dobie uwspólnotowionego rynku europejskiego i globalnej wymiany gospodarczej powracają tendencje pronacjonalne⁸. Choć w tym miejscu należy dokonać pewnego uzupełnienia i wskazać, że tezy te wygłoszone były jeszcze przed pandemią COVID-19 oraz wojną w Ukrainie, w związku z czym zachodzić może proces w tym jednym względzie odwrotny, a więc deglobalizacyjny⁹, gdyż owe dwie nadzwyczajne zmiany stosunków — rynkowo silnie odciskające swoje piętno na realiach społeczno-gospodarczych, a także prawnych XXI wieku — doprowadziły do zerwania łańcuchów dostaw i wartości, zaś paradygmat globalizacyjny został nadszarpięty, jednak nie wyrwócony na nice mimo utrudnionej wymiany gospodarczej podczas pandemii, czy też słusznego sankcjonowania Federacji Rosyjskiej i podmiotów współpracujących podczas rosyjskiej inwazji. Jednak owe dwa procesy nie mogą i nie przesłaniają ogólnej tendencji generalnego zglobalizowania gospodarek. Mimo dostrzegalnego i realnie odczuwalnego dla gospodarek (zwłaszcza pod względem surowcowym) osłabienia czy zachwiania paradygmatu państwa i ich gospodarki, a także liczne podmioty prywatne, w dalszym ciągu nie są w stanie obrócić się ku paradygmatowi gospodarczo-autarkizującemu i izolacjonistycznemu (przy czym tendencje gospodarczo-pronacjonalne, a społecznie nawet pronacjonalistyczne zyskują, zdaniem Stanisława Sołtysińskiego, na znaczeniu, przez co przykładowo w wyborczych realiach brytyjskich David Cameron, by odnieść sukces w kampanii, obrał kurs głoszący ustępliwość partnerów zagranicznych, zaś w pozostałych krajach elity polityczne agendę rywalizacji wyborczej opierają w wielu wypadkach na pryncypium zastępowania wpływów zagranicznych przez wizję wewnętrznej, nacjonalnej samodecyzyjności, pozbawionej nacisków z państw obcych)¹⁰.

Szerokie perswadowanie frazeologii nieufności względem państw i podmiotów zagranicznych znajdować może uzasadnienie również względem intensyfikowania prawnych mechanizmów ochrony i kontroli spółek wewnątrz krajowych

⁷ S. Sołtysiński, *Odnowienie doktoratu prof. zw. dr. hab. dr. h.c. Stanisława Sołtysińskiego*, Poznań 2016, s. 48–51.

⁸ *Ibidem*, s. 48.

⁹ A. Vitale, *Protectionism and the global trade stagnation*, „Przegląd Europejski” 2020, nr 4, s. 147–153. Szerzej zob. A. Dylus, *Trudny związek demokracji i wolnego rynku w warunkach deglobalizacji. Perspektywa katolickiej nauki społecznej*, „Roczniki Nauk Społecznych” 2019, nr 11(47), s. 5–30.

¹⁰ S. Sołtysiński, *Odnowienie doktoratu prof. zw. dr. hab. dr. h.c. Stanisława Sołtysińskiego*, s. 48–51.

przed przejściami. W Polsce i w państwach unijnych¹¹ motorem dla eurosceptycyzmu jest w dużej mierze fakt, że nadzwyczajne zmiany stosunków w ostatnich latach doprowadziły państwa zachodnie do nadmiernego zadłużenia finansów publicznych, co zaczęło się od państwowych pakietów ratunkowo-stymulacyjnych w sytuacji kryzysowej, jakim był krach w 2007 roku¹². Wskazuje się nawet, że heterogeniczność gospodarcza wspólnej waluty jest realnym zagrożeniem dla gospodarek unijnych, pozostających w sferze konkurencyjności, które to nie są jednorodne, co prowadzi do ekspozycji kosztów wynikłych z „szoków asymetrycznych”¹³.

Narastający, czy też miejscowo wzrastający, eurosceptycyzm jest zróżnicowany ze względu na perspektywę danego państwa — w Niemczech krytyka zasadzać się będzie przede wszystkim na kosztach związanych z pakietami pomocowymi dla państw południa Europy, w innych zaś państwach chodzić może o tracię sterowności Unią Europejską na rzecz podporządkowania niemieckiemu modelowi gospodarczemu, który dąży do podnoszenia marżowości dzięki gospodarkom unijnie skooperowanym, fabrykującym podzespoły¹⁴. Nurty unijnie sceptyczne wykorzystują fakt tychże nierówności do propagowania idei UE jako zewnętrznego integratora zagranicznych interesów poprzez mechanizmy prawodawcze (rozporządzenia, dyrektywy) oraz prawne („arbitralność Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (TSUE)”), nie dostrzegając, że prawo unijne jest w tożsamym stopniu wspólnym i wynikowym systemem tych państw jako prawnogospodarczej inherencji. Prawo unijne jest w tym względzie unikatowe, gdyż dysponuje własnym autonomicznym porządkiem, jednak współkształtowanym przez wszystkie państwa na podstawie wspólnych zasad, wartości, tradycji i tożsamości kulturowej. Szczególny charakter wyraża się tym, że także instytucje UE fragmentarycznie posiadają kompetencje prawodawcze: z jednej strony, państwa związały traktatowo, z drugiej jednak — ich prawo jest niezmiennie stosowane, co może wyrażać się także w postaci „konkurencji ustawodawczej” w dopuszczalnej sferze dowolności¹⁵. Jednak jeśli eurosceptycznie podchodzi się do *quasi*-prawotwórczej działalności TSUE¹⁶, wskazać trzeba, że prawo UE wywodzi się

¹¹ W Niemczech można zwrócić uwagę na zbiór poglądów prezentowanych przez partię AfD, zaś największym i najdotkliwszym urealnieniem postawy eurosceptycznej było, jak dotąd, wystąpienie Wielkiej Brytanii ze struktur unijnych w 2020 roku pod względem prawnym.

¹² R. Riedel, *Eurosceptycyzm w kontekście kryzysu gospodarczego w Europie*, „Studia Ekonomiczne. Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego w Katowicach” 2015, nr 228, s. 181–182.

¹³ *Ibidem*, s. 182–183.

¹⁴ *Ibidem*, s. 183.

¹⁵ Zob. A. Wziątek-Kubiak, *Konkurencyjność polskiego przemysłu*, Warszawa 2003, s. 16: „O konkurencyjności decyduje władza ustawodawcza”. Jak pisze M. Szydło, tak jak w modelu konkurencji gospodarczej rywalizują pomiędzy sobą przedsiębiorstwa, tak w sferze regulacyjnej rywalizację podejmują poszczególne państwa. Zob. M. Szydło, *Konkurencja regulacyjna w prawie spółek*, Warszawa 2008, s. 24.

¹⁶ W wąskim rozumieniu prawotwórstwa, to jest — w takim, że TSUE może stwierdzić istnienie lub też tworzyć ogólne zasady prawa UE. Zob. P. Charzewski, *Rola Trybunału Sprawied-*

jednocześnie z kultury prawa kontynentalnego i systemu *common law*, jest w tym sensie mieszaną i paralelną konstrukcją prawną, gdzie pierwszeństwo stosowania prawa UE przed prawem krajowym zapewnia jednolitość jego stosowania, co przesądza o bezpieczeństwie dla państwa UE względem ograniczoności konkurencji prawnej zniekształcającej wspólny system. Z perspektywy nadzwyczajnej zmiany stosunków wskazać trzeba, że państwa unijne zachowują duży wycinek kompetencji wyłącznych — przykładowo w stosunku do finansów państwa, podatków itd., a także na płaszczyźnie „bezpieczeństwa narodowego”; rynek wewnętrzny stanowi zaś kompetencję dzieloną według art. 4 ust. 2 lit. a Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej¹⁷.

Zauważyć przy tym trzeba, że interwencjonizm w aspekcie ochrony spółek zarejestrowanych w państwach unijnych dokonuje się na dwóch szczeblach. Po pierwsze, na szczeblu wewnętrznym, chroniąc spółki krajowymi mechanizmami kontroli w sytuacjach transakcji przejęciowych¹⁸; po drugie zaś — na szczeblu unijnym, nie dopuszczając do sfery gospodarczej ryzykownego kapitału¹⁹.

Wskazuje się, że wszelkiego rodzaju przepisy prawa wewnętrznego zakłócające nabywanie praw udziałowych w spółkach lub ograniczające (również w sposób faktycznie odwołujący od transakcji, to jest — w formule *dissuade*) mogą być uznane za naruszenie swobody przepływu kapitału statuowanego w art. 63 ust. 1 TfUE, co podkreślono w wyroku TSUE (pierwsza izba) z dnia 28 września 2006 roku — Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Królestwu Niderlandów sprawy połączone C-282/04 oraz C-283/04, pkt 20²⁰ — stwierdzając między innymi, że do ograniczeń należy zakwalifikować takie środki krajowe, które mogą stanowić przeszkodę lub ograniczać nabywanie akcji w danych spółkach lub które są w stanie zniechęcić inwestorów z innych państw członkowskich do inwestowania w ich kapitał (co rozpatrywano na gruncie akcji specjalnych (*golden shares*))

liwości Unii Europejskiej w wykładni prawa w dobie multicentryzmu, [w:] Prawo i polityka w sferze publicznej. Perspektywa wewnętrzna, red. P. Jabłoński, J. Kaczor, M. Pichlak, Wrocław 2017, s. 54.

¹⁷ Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (wersja skonsolidowana 2016) (Dz. U. UE poz. C 202) (dalej: TfUE). Szerzej zob. M. Cesarz, *Porządek prawny Unii Europejskiej, [w:] Procesy integracyjne i dezintegracyjne w Europie. Podręcznik akademicki*, red. A. Pacześniak, M. Klimowicz, Wrocław 2014, s. 179–183.

¹⁸ Ustawa z dnia 24 lipca 2015 roku o kontroli niektórych inwestycji (t.j. Dz. U. z 2023 r., poz. 415) (dalej: u.k.n.i.). Z kolei w niemieckim porządku prawnym zob. Außenwirtschaftsgesetz vom 6. Juni 2013 (BGBl. I S. 1482).

¹⁹ Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2019/452 z dnia 19 marca 2019 roku ustanawiające ramy monitorowania bezpośrednich inwestycji zagranicznych w Unii (Dz. U. UE poz. L1 79/1). Zob. nadto wniosek rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie subsydiów zagranicznych zakłócających rynek wewnętrzny (COM(2021) 223 final2021/0114(COD)).

²⁰ Wyrok Trybunału (pierwsza izba) z dnia 28 września 2006 roku. Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Królestwu Niderlandów. Sprawy połączone C-282/04 oraz C-283/04, zbiór orzeczeń 2006 I-09141. Na wyrok słusznie zwrócono uwagę w Komentarzu do u.k.n.i. Zob. A. Krzywoń, M. Mataczyński, M. Saczywko, [w:] *Ustawa o kontroli niektórych inwestycji. Komentarz*, red. M. Mataczyński, Warszawa 2016, s. 33–34.

Królestwa Niderlandów, ograniczających swobodny przepływ kapitału w spółkach KPN i TPG)²¹. Wyrok może być o tyle ważny, że dotyczył świadczenia usług pocztowych²².

Drugim wskazywanym przez Stanisława Sołtysińskiego zagrożeniem jest fala emigracji i kryzysy uchodźcze²³. Pod względem gospodarczym fale migracyjne zostały wywołane ustawicznym hamowaniem rozwoju państw rozwijających się (tak zwanych „państw Trzeciego Świata” czy „państw globalnego Południa”), którym zostały narzucone niekonkurencyjne reguły partycypacji gospodarczej²⁴. W dużej mierze jest to kwestia stanu zastanego — podział dobrobytu dokonał się uprzednio, wobec tego ochrona przed kapitałami z państw rozwijających się (w szczególności państw Afryki) nie jest relewantna, gdyż państwa nieosiągające przewag kapitałowych nie stają się nawet w wypadku swojego potencjalnie nieprzyjaznego ukierunkowania zagrożeniem na rynku bezpośrednich inwestycji

²¹ Państwo niderlandzkie podzieliło przedsiębiorstwo Koninklijke PTT Nederland NV (PTT) na dwie niezależne spółki, to znaczy — KPN NV i TPG NV, by zapewnić sobie korzystanie z akcji specjalnych w każdej z tych dwóch nowych spółek. W podanym stanie faktycznym państwo niderlandzkie zobowiązało się do niekorzystania z praw przysługujących z akcji w celu ochrony tych spółek przed niepożądaną zmianą kontroli. W sentencji TSUE wskazał, że utrzymanie przez Królestwo Niderlandów w statutach KPN i TPG określonych postanowień zapewniających szczególnie uprawnienia państwu niderlandzkiemu w zakresie podejmowania decyzji zarządczych i wykraczających poza nadrzędny interes ogólny (to jest — zapewnienie powszechnych usług pocztowych) uchybiło zobowiązaniom wynikającym z art. 56 ust. 1 WE (obecnie art. 63 ust. 1 TfUE). Szerzej zob. M. Mataczyński, *Swoboda przepływu kapitału a złota akcja Skarbu Państwa*, Warszawa 2007, s. 64.

²² Co do kwestii strategiczności spółki pocztowej należałoby odmiennie oceniać takową spółkę, gdyby przeprowadzała tak zwane „wybory kopertowe”. Wówczas jej strategiczność nie wiązałaby się wyłącznie ze sferą komunikacji i świadczenia usług pocztowych w interesie publicznym, ale przeszłaby w strategiczność związaną z infrastrukturą krytycznie ważną. Jednak konieczność ochrony infrastruktury wyborczej wynikałaby z prawa UE, ale nie bezpośrednio z polskiego prawa krajowego. Jak stanowi art. 4 ust. 1 lit. a rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2019/452 z dnia 19 marca 2019 roku ustanawiającego ramy monitorowania bezpośrednich inwestycji zagranicznych w Unii (Dz. U. UE poz. LI 79/1), przy ustalaniu, czy bezpośrednia inwestycja zagraniczna może mieć wpływ na bezpieczeństwo lub porządek publiczny, państwa członkowskie i Komisja mogą uwzględniać jej ewentualny wpływ między innymi na fizyczną lub wirtualną infrastrukturę krytyczną, w tym infrastrukturę związaną z energią, transportem, wodą, zdrowiem, komunikacją, mediami, przetwarzaniem lub przechowywaniem danych, przestrzenią powietrzną oraz przestrzenią kosmiczną, obronnością, infrastrukturą wyborczą lub finansową oraz obiekty o szczególnym znaczeniu, jak również grunty i nieruchomości mające kluczowe znaczenie dla takiej infrastruktury.

²³ S. Sołtysiński, *Odnowienie doktoratu prof. zw. dr. hab. dr. h.c. Stanisława Sołtysińskiego*, s. 48.

²⁴ Najładarniej rzecz ujmując, państwa zachodnie prowadziły politykę protekcyjną, chroniącą własne rynki i subsydiującą eksport. Zob. *ibidem*, s. 48–49. Co potwierdzają między innymi P. Maśloch, *Globalizacja i rozwój gospodarki w warunkach kryzysu*, „Prace Komisji Geografii Przemysłu Polskiego Towarzystwa Geograficznego” 2013, nr 22, s. 156 oraz A. Dzun, *Globalizacja a współczesny handel międzynarodowy*, „Studia Ekonomiczne / Uniwersytet Ekonomiczny w Katowicach” 2013, nr 139, s. 92.

zagranicznych. Można by wręcz powiedzieć, że fale uchodźcze charakteryzują się odwrotną specyfiką co do przepływu kapitału, gdyż migracja ludnościowa motywowana jest ubóstwem i brakiem perspektyw; natomiast w przypadku przepływu kapitału sytuacja ekonomiczna państwa jest na tyle dobra („rozwijająca się”), lecz rynkowo nienasycona, że wskazane jest poszukiwanie nowych ścieżek inwestycyjnych. Konkurencja normodawcza toczy się zatem między krajami o przewagach ekonomicznych, czyli między krajami spoza UE a UE, a także wewnątrz UE między państwami członkowskimi w dopuszczalnych ramach, to jest — z dopuszczalnymi współzawodniczącymi odmiennościami ustawodawczymi.

Wedle trzeciej tezy Stanisława Sołtysińskiego w zakresie współczesnych zagrożeń autor wskazał na zjawisko „psucia gospodarki rynkowej”; co ważne jednak, S. Sołtysiński zwraca uwagę, że koncepcja gospodarki rynkowej jest podważana w okresie ostatnich 40 lat, a nie kilku — datą graniczną nie jest, zdaniem S. Sołtysińskiego, w realiach polskich rok 2015, wiążący się z objęciem władzy przez odmienną większość prezentującą paradygmat rywalizacyjny względem poprzedniego²⁵. Data 2015 roku jest kluczowa z perspektywy bezpośrednich inwestycji zagranicznych, gdyż wówczas uchwalono w Polsce u.k.n.i. jako podstawę normatywną dla ochrony i kontroli transakcji przejściowych. Ustawa była jednak przyjęta przez większość, która kończyła wówczas kadencję, toteż nieuzasadniona byłaby teza, że doszło do gruntownej rewizji paradygmatu w tym obszarze na skutek wyboru nowego rządu. Jednakowoż nie sposób nie dostrzegać odmienności w zakresie kierowania spółkami z kapitałowym udziałem Skarbu Państwa na płaszczyźnie przejściowej²⁶.

Na gruncie trzeciej tezy S. Sołtysiński wyszczególnia trzy subtezy pomocnicze. Zdaniem autora do zaburzenia paradygmatu gospodarki rynkowej przyczyniły się: uprzywilejowanie dużych podmiotów wskutek kryzysów gospodarczych („podmiotów zbyt wielkich, by upaść”), a także 1) uprzywilejowanie inwestorów zagranicznych; 2) powściągnięcie (zliberalizowanie) polityki antymonopolowej; ponadto dopuszczenie spekulatywności rynkowej (lewarowania) kosztem klasycznie rozumianej inwestowalności (popartej aktywem)²⁷. Tezy szczegółowe (pomocnicze) w ramach tezy trzeciej Stanisława Sołtysińskiego warte są słowa komentarza, jako że w moim przekonaniu te założenia z 2016 roku (podówczas dalece trafne) nie ostały się w swoje aktualności z uwagi na szybką zmienność otoczenia rewidowanego nadzwyczajną zmianą stosunków.

²⁵ *Ibidem*, s. 49.

²⁶ To jest — absorpcji i tendencji centralizującej mającej skupić spółki strategiczne wokół jednego podmiotu paliwowego przy jednoczesnym zbywaniu krajowego kapitału jako kosztu transakcyjnego.

²⁷ *Ibidem*.

PIERWSZA TEZA S. SOŁTYSIŃSKIEGO — UWAGI

Stanisław Sołtysiński wywodził, że przywilejem największych podmiotów jest państwowa ochrona przed ich bankructwem gwarantowana pieniędzmi podatników²⁸. Jednakże w międzyczasie popularność zyskuje przymusowa restrukturyzacja (*resolution*) jako pozasądowy i proceduralnie uproszczony mechanizm dokonywania zmian w strukturach podmiotów, których niewypłacalność zagraża stabilności całego systemu. Mechanizm *resolution* gwarantuje przeniesienie punktu ciężkości z budżetu państwa (pieniędzy podatników) na akcjonariuszy i wierzycieli. Procedura *resolution* stanowi odpowiedź na wnioski z kryzysu finansowego z lat 2007–2009, zapewniając „ciągłość funkcji krytycznych”, dezaktualizując koncepcję unikania upadłości w systemie bankowym kosztem pomocy publicznej bankom, którym zagraża upadłość (*non-failure regime*)²⁹. Imperatyw pomocy publicznej uzasadniany założeniem, że banki (czy system finansowy) w sytuacji kryzysowej jako sytuacji nadzwyczajnej zmiany stosunków stanowią aktorów rynku „zbyt dużych, by upaść”, dezaktualizuje się w odpowiedzi na ostatni kryzys finansowy; toteż — jak wskazuje się w piśmiennictwie — wyszukiwany zostaje nowy punkt ciężkości regulacyjnej pomiędzy oddziaływaniem interesu publicznego (stabilnością) a interesem prywatnym banków (efektywnością), tak by żaden nie uzyskał pozycji wyraźnie dominacyjnej³⁰. Co więcej, jak dostrzegł Jan Szczygieł, wszczęcie przymusowej restrukturyzacji (*resolution*) następuje w zderzeniu z celami określonymi w art. 66 ustawy o Bankowym Funduszu Gwarancyjnym, systemie gwarantowania depozytów oraz przymusowej restrukturyzacji³¹, które są rozpatrywane w kontekście klauzuli generalnej interesu publicznego jako warunkującej przesłanki wszczęcia procedury (niekiedy zmiennie interpretowanej)³².

Klauzula interesu publicznego stanowi w tym sensie znak orientacyjny dla wyważenia liberalizmu w zderzeniu z ujęciem interwencjonistycznym. Innymi słowy, interes publiczny jest czynnikiem różnicującym prawo publiczne i prywatne i pozwala na wyklarowanie paradygmatu. Zmiana paradygmatu polegająca na odciążeniu budżetu państwa (pieniędzy podatników) z ponoszenia kapitałowego ryzyka z powodu upadłości banku wytracała się już po kryzysie finansowym z lat 2007–2009, przenosząc ryzyko na akcjonariuszy i obligatariuszy, gdyż

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ O. Szczepańska, A. Dobrzańska, B. Zdanowicz, *Resolution czyli nowe podejście do banków zagrożonych upadłością*, Warszawa 2015, s. 8–11, 22.

³⁰ *Ibidem*, s. 13.

³¹ Ustawa z dnia 10 czerwca 2016 roku o Bankowym Funduszu Gwarancyjnym, systemie gwarantowania depozytów oraz przymusowej restrukturyzacji (t.j. Dz. U. z 2022 r., poz. 2253, z 2023 r., poz. 825) (dalej: ustawa o BFG).

³² J. Szczygieł, *Klauzula generalna interesu publicznego jako przesłanka wszczęcia przymusowej restrukturyzacji*, „Bezpieczny Bank” 2022, nr 2(87), s. 75, 84.

w 2014 roku na poziomie UE przyjęto dyrektywę BRRD³³, implementując ją do polskiego porządku prawnego ustawą z dnia 10 czerwca 2016 o BFG³⁴.

Paradoksalne jest współistniejące zjawisko umacniania ochrony i kontroli spółek, kiedy procedura *resolution* jako procedura wypracowana na kanwie nadzwyczajnej sytuacji (konkretnie: kryzysu finansowego) doprowadziła do wniosków odmiennych, czyli do konieczności zaprzestania współfinansowania przez państwo ryzyka kapitałowego w przypadku nadzwyczajnej zmiany stosunków. Zatem interwencja prawodawcza miała doprowadzić do trwałego „nieinterwencjonizmu” — w tym sensie państwo dąży do wyzbycia się ciężaru współponoszenia strat (*bail-in*) na rzecz ryzyka transakcyjnego autonomicznych podmiotów prywatnych (przejście do *bail-out*), co stanowi reformę globalną. W tym sensie nieuzasadnione jest nabywanie przez państwo kolejnych praw udziałowych w spółkach z udziałem SP, zamiast oczekiwać płynności kapitalizacji w otoczeniu zastanym. Wskazuje się, że od 2019 roku Skarb Państwa (dalej: SP) nabył ze środków funduszu reprivatyzacyjnego udziały i akcje za ponad 10 miliardów złotych, kapitalizując 14 spółek³⁵. Przekazywanie pieniędzy budżetowych na ten cel wydaje się sprzeczne z paradygmatem wypracowanym po kryzysie finansowym z lat 2007–2009, który dążyłby do separacji środków budżetowych i ryzyka prowadzenia działalności gospodarczej, w tym wpisanej w spekulatywność giełdową.

Trzymając się postkryzysowego paradygmatu na przykładzie procedury *resolution* jako procedury kluczowo zmieniającej punkt ciężkości w pozycjonowaniu roli państwa, nie należałoby oczekiwać kapitalizowania SP aktywami z budżetu państwa, lecz pozostawienia spółek SP w przestrzeni akcydentalności i kontraktacji giełdowej („aleatoryjnej”). Zakup kolejnych znacznych pakietów akcji przez SP w spółkach z udziałem SP jest przykładem zaangażowania państwa „w poprzek” wywodzonego paradygmatu.

DRUGA TEZA S. SOŁTYSIŃSKIEGO — UWAGI

Dezaktualizacji ulega też teza o nadmiernym złagodzeniu polityki antynopolowej, przynajmniej w tymże obszarze badawczym. Dane dotyczące zgody

³³ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/59/UE z dnia 15 maja 2014 roku ustanawiająca ramy na potrzeby prowadzenia działań naprawczych oraz restrukturyzacji i uporządkowanej likwidacji w odniesieniu do instytucji kredytowych i firm inwestycyjnych oraz zmieniająca dyrektywę Rady 82/891/EWG i dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2001/24/WE, 2002/47/WE, 2004/25/WE, 2005/56/WE, 2007/36/WE, 2011/35/UE, 2012/30/UE i 2013/36/EU oraz rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1093/2010 i (UE) nr 648/2012 (Dz. U. UE poz. L 173/190).

³⁴ J. Jastrzębski, M. Machalski, *Struktury transakcji w ramach przymusowej restrukturyzacji banków. Uwagi ogólne dotyczące strukturyzowania transakcji oraz wnioski z doświadczeń krajowych*, „Bezpieczny Bank” 2022, nr 2(87), s. 89.

³⁵ I. Kacprzak, *Premier na zakupach*, „Rzeczpospolita” 2022, nr 230(12385), s. A3.

organów antymonopolowych na fuzje czy przejęcia wskazują, że organy antymonopolowe coraz dogłębniej badają wpływ transakcji na konkurencyjność i wymierzają kary za nieprzestrzeganie przepisów, co „kończy czasy łatwych przejęć”³⁶. Trendy te widać również na poziomie UE, gdzie, po pierwsze, ograniczone są duże europejskie podmioty („europejscy mistrzowie”); po drugie zaś — wzmacniane regulacje. Instytucje unijne z coraz większą obawą podchodzą do transakcji koncentrujących podmioty gospodarcze w wybranych strategicznych sektorach i blokują takowe transakcje³⁷. Zajmuję przy tym stanowisko, że proces ten jest jednak obosieczny — organy antymonopolowe (czy to na szczeblu unijnym, czy krajowym), ograniczając transakcje fuzji i przejęć czy też wydając zgody warunkowe, jednocześnie stają się kreatorami okazji rynkowych dla dużych podmiotów, w tym zagranicznych. Organ antymonopolowy, uzależniając daną transakcję od zbycia części praw udziałowych i ingerując w antymonopolową warstwę transakcji, staje się jednocześnie wyzwalaczem pobocznych transakcji konsolidacyjnych, czyli pełni kreatywną rolę rynkową.

Ponadto o wzroście roli ochrony konkurencji na płaszczyźnie bezpośrednich inwestycji niech zaświadczy zmiana regulacyjna we wspomianej u.k.n.i. Otóż prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (dalej: UOKiK) uzyskał szersze kompetencje związane z transakcjami nabywania praw udziałowych przez zagraniczne podmioty w spółkach zarejestrowanych w Polsce³⁸. Prezes UOKiK jest organem ustrojowo powołanym do dekartelizacji gospodarki i kontroli koncentracji środków produkcji³⁹, czy też — posługując się sformułowaniem ustawowym — do ochrony konkurencji i konsumentów, co wynika z art. 29 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów⁴⁰. Jak wskazuje Krzysztof Jaroszyński, prezes UOKiK pełni rolę krajowego organu antymonopolowego⁴¹. Organ ten działa w otoczeniu kompetencyjnym wynikającym z u.k.k. Z kolei w świetle

³⁶ J. Ojczyk, *Coraz trudniej o zgodę na fuzję czy przejęcie*, <https://www.prawo.pl/biznes/kontrola-fuzji-i-przejec-przez-organy-antymonopolowe-raport,377282.html> (dostęp: 12.06.2023).

³⁷ *Ibidem*. KE zakazała choćby fuzji wydzielonej spółki kolejowej niemieckiego Siemensu i francuskiego Alstomu. Na gruncie prawa polskiego wskazać trzeba, że w przypadku tak zwanych „transakcji fuzji” PKN Orlen SA i Lotos SA zgoda wydana została pod warunkiem zbycia części przedsiębiorstwa spółki Lotos, a więc została ograniczona na poziomie antymonopolowym.

³⁸ Na mocy art. 12c ust. 1 pkt 4. Generalnie zaś według słownika definicji legalnych przewidzianego w art. 3 ust. 1 pkt 6 u.k.n.i. przez organ kontroli rozumie się ministra właściwego do spraw aktywów państwowych — w zakresie określonym w art. 4 ust. 1 pkt 1–6, 8–10, 11–13 (art. 3 ust. 1 pkt 6 litera a u.k.n.i.), ministra obrony narodowej — w zakresie określonym w art. 4 ust. 1 pkt 7 i 14 (art. 3 ust. 1 pkt 6 litera c u.k.n.i.) oraz ministra właściwego do spraw gospodarki morskiej — w zakresie określonym w art. 4 ust. 1 pkt 10a (art. 3 ust. 1 pkt 6 litera d u.k.n.i.).

³⁹ R.R. Wasilewski, *Postępowanie dowodowe przed Prezesem Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów*, Warszawa 2020, s. 2.

⁴⁰ Ustawa z dnia 16 lutego 2007 roku o ochronie konkurencji i konsumentów (t.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 275, z 2022 r., poz. 2581, 2640, z 2023 r., poz. 852) (dalej: u.k.k.).

⁴¹ K. Jaroszyński, [w:] *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów*, red. T. Skoczny, Warszawa 2014, s. 826.

u.k.n.i. nowelizacyjne przyznane mu zostały uprawnienia dotąd zastrzeżone dla ministrów. Dochodzi zatem do istotnego poszerzenia kompetencji organu antymonopolowego. W konsekwencji na płaszczyźnie instytucjonalnej dochodzi do umocnienia pozycji organu ochrony konkurencji, choć innym aspektem pozostaje faktyczne korzystanie z uprawnień. Stanisław Sołtysiński, z jednej strony, trafnie dostrzegając łągodzenie polityki antymonopolowej, a z drugiej — nie przeoczył wieloletniej posttransformacyjnej i ustrojowej tendencji organu antymonopolowego do poszerzenia palety kompetencyjnej⁴².

TRZECIA TEZA S. SOŁTYSIŃSKIEGO — UWAGI

Co do trzeciej tezy dotyczącej dopuszczenia spekulacji (lewarowania) w kontekście przewagi spekulacyjnej nad potencjałem inwestycyjnym wyrazić należy zdanie ostrożnie krytyczne. Po pierwsze, trzeba odnieść się do „spekulatywności” akcji. Jak zaznacza Marcin Sokal, akcja może mieć wartość wielopostaciową, to znaczy — nominalną (widniejącą na samym dokumencie akcji, z zastrzeżeniem procesu dematerializacji)⁴³, emisyjną (względem której akcje są wydawane akcjonariuszowi przez emitenta w ramach obrotu pierwotnego, gdy jej wartość nominalna jest gwarancją spetryfikowania kapitału zakładowego⁴⁴; sama zaś wartość emisyjna określana jest często ceną rynkową obrotu pierwotnego) oraz rynkową, czyli taką, jaką akcja osiąga po dopuszczeniu jej do obrotu wtórnego, a więc w efekcie transakcyjności między zbywcą akcji a jej nabywcą; przy czym — jak podkreśla M. Sokal — w spółkach publicznych wartość rynkowa ustalana jest w sposób zinstytucjonalizowany, to jest — w ramach giełdy papierów wartościowych albo tak zwanego rynku pozagiełdowego⁴⁵. Wartość rynkowa akcji w obrocie giełdowym i pozagiełdowym *ex definitione* jest wartością spekulatywną, determinowaną ekonomicznym prawem popytu i podaży, choć prawo powinno być stabilizatorem względem prób sztucznego wpływania na popyt i podaż akcji, chociaż końcowo nie do ustabilizowania jest sytuacja wahań nastrojów inwestycyjnych i kursów⁴⁶. Dość powiedzieć, że zagrożenie spekulowaniem akcjami może dokonywać się przez samą spółkę poprzez spekulowanie akcjami własnymi i sztuczne wpływanie

⁴² Zob. S. Sołtysiński, *O systemowej doniosłości prawa antymonopolowego. Refleksje w ćwierć wieku po utworzeniu UOKiK*, [w:] *Prawo konkurencji 25 lat. Pierwszy Polski Kongres Prawa Konkurencji*, red. T. Skoczny, Warszawa 2016, s. 32.

⁴³ Na temat dematerializacji akcji przede wszystkim zob. M. Michalski, *Wprowadzenie do problematyki dematerializacji powszechnej akcji*, [w:] *Powszechna dematerializacja akcji. Modernizacja konstrukcji spółki akcyjnej*, red. M. Michalski, Warszawa 2021, s. 11–20.

⁴⁴ Określenie to jest często przedmiotem kontrowersji, również doktrynalnych. Zob. M. Romanowski, *Cena emisyjna akcji*, „Przegląd Prawa Handlowego” 1999, nr 7(82), s. 37–38.

⁴⁵ M. Sokal, *Obniżenie kapitału zakładowego w spółce akcyjnej*, Warszawa 2008, s. 25–26.

⁴⁶ *Ibidem*, s. 26–27.

na ich kurs drogą ich nabywania⁴⁷. Istnieje też ryzyko spekulowania akcjami pożyczonymi⁴⁸.

Wyrażam w tym miejscu stanowisko polemiczne nie co do samej tezy o dalece idących możliwościach spekulacji w trakcie nadzwyczajnej zmiany stosunków, ale — zawartego w tezie instrumentu lewarowania i *de facto* zrównania go z aktywnością spekulacyjną⁴⁹. Wykup lewarowany jako forma akwizycji polega na istotnym wykorzystaniu długu (przyjmuje się, że dług stanowi przynajmniej połowę zaangażowania kapitałowego)⁵⁰, resztę zaś ma stanowić wkład własny inwestora bądź kapitał zarządu (lewarowany wykup menadżerski). Wykup lewarowany polega na zakupie kontrolnego pakietu udziałów bądź akcji i znany jest przynajmniej od lat osiemdziesiątych XX wieku, choć stopniowo dostrzega się uwielokrotnienie tych transakcji, co wprawdzie przyczyniło się do kryzysu w 1990 roku, jednak kryzys finansowy z lat 2007–2009 nie spowodował już załamania, jako że ustrukturyzowanie finansowe uodporniło się na nadzwyczajne zmiany stosunków⁵¹.

Same transakcje lewarowane są przykładem transakcji pozytywnie stymulujących gospodarkę, o ile podmiot przejmujący dysponuje znacznymi przepływami pieniężnymi (a dokładniej: stabilnością i przewidywalnością przepływów czy pojemnością zadłużeniową)⁵². Nie sposób też postrzegać wykupów lewarowanych jednoznacznie negatywnie z uwagi na zróżnicowanie źródeł wykupu. Istnieje przykładowo wykup typu hybrydowego (*mezzanine*) przy wykorzystaniu choćby akcji uprzywilejowanych⁵³.

Kryzys finansowy z lat 2007–2009 uczy, że wykorzystanie kapitału wysokiego ryzyka i transakcji lewarowanych zatrzymał rozwój tych transakcji jedynie krótkoterminowo, gdyż transakcje lewarowane dalej stanowią główny zastrzyk kapitalizowania inwestycyjnego⁵⁴. Interesującym mechanizmem finansowania wydawałyby się wykupy lewarowane długiem w formie hybrydowej, gdyż istnieje możliwość zamiany długu na papier wartościowy, co łączyłoby banki krajowe

⁴⁷ D. Dąbrowski, *Nabywanie akcji własnych przez spółkę akcyjną*, Warszawa 2010, s. 46.

⁴⁸ J.W. Wójcik, *Przeciwdziałanie finansowaniu terroryzmu*, Warszawa 2007, s. 97. Sztuczna stymulacja wzrostu wartości akcji (spekulacji) miała miejsce przykładowo w Stanach Zjednoczonych w latach dwudziestych XX wieku. Zob. K. Michałek, *Na drodze ku potędze. Historia Stanów Zjednoczonych Ameryki 1861–1945*, Warszawa 1991, s. 306. Pamiętać trzeba także o specyficznym rodzaju instrumentu funkcjonującego w obrocie, jakim są obligacje zamienne na akcje. Zob. M. Liberadzki, *Obligacje zamienne na akcje*, „Prace Naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego we Wrocławiu” 2011, nr 158, s. 999–1008.

⁴⁹ S. Sołtysiński, *Odnowienie doktoratu prof. zw. dr. hab. dr. h.c. Stanisława Sołtysińskiego*, s. 49. Postulat ograniczenia lewarowania propaguje także J. Winiecki. Zob. J. Winiecki, *Słowo wstępne*, [w:] *Kryzys globalny. Początek czy koniec?*, red. J. Winiecki, Gdańsk 2009, s. 8.

⁵⁰ Z. Kuryłek, *Wykup lewarowany. Sposób akwizycji firm*, Warszawa 2017, s. 65.

⁵¹ *Ibidem*, s. 66–67.

⁵² *Ibidem*, s. 76–78.

⁵³ *Ibidem*, s. 78.

⁵⁴ *Ibidem*.

bądź pochodzące z państw przyjaznych (jeśli istnieje nieufność co do dopuszczalności inwestycji). W czasie kryzysu finansowego z lat 2007–2009 istotnie doszło do „oderwania wycen aktywów w ramach rynków finansowych od ich fundamentalnej wartości”, jednakowoż wyabstrahowanie aktywów od realnego podłoża gospodarczego (lewarowanie transakcjami Repo stosowane przez Lehman Brothers) pierwotnie zakotwiczone było na rynku nieruchomości, gdzie kredyty *subprime* zaczęły być niespłacalne⁵⁵. W moim przekonaniu postulatem powinno być w tym względzie wzmacnianie wymogów kapitałowych, parametryzowanie sposobu zarządzania ryzykiem czy narzucanie dyscypliny rynkowej⁵⁶. Jednak nie należałoby dążyć do nader rygorystycznego ograniczenia elementu „spekulacji”, gdyż kluczem do tworzenia trafnych mechanizmów normatywnych wydaje się wyważenie prawa publicznego i prywatnego, a wartość spekulacyjna jako wartość zmienności giełdowej może być w czasie nadzwyczajnej zmiany stosunków kreowana głównie przez państwo⁵⁷.

PODSUMOWANIE

Ekonomiczna analiza prawa jako analiza o potencjale aplikacyjnym pozwala na przenoszalność wniosków ekonomicznych na grunt normatywny; toteż konstatować trzeba, że co do subtezy pierwszej sformułowanej w obrębie trzeciej hipotezy Stanisława Sołtysińskiego — zmienił się paradygmat w zakresie obrony podmiotów największych, których problemy płynnościowe mogłyby destabilizować całe otoczenie, co przejawia się w konkretnych mechanizmach prawnych (czego przykładem może być instytucja *resolution*). Jednakowoż stwierdzić trzeba, że faktyczne działania prowadzą w Polsce do koncentracji (centralizacji) kapitału państwowego w spółkach z udziałem SP, częściowo również wykorzystując środki z budżetu państwa⁵⁸.

⁵⁵ S. Wyciślak, *Efekt zarażania a działalność organizacji*, Kraków 2013, s. 97–98.

⁵⁶ T. Braun, *Unormowania compliance w korporacjach*, Warszawa 2017, s. 210.

⁵⁷ Zob. problematyka podatków od tak zwanych „ponadnormatywnych zysków”, gdzie po ogłoszeniu koncepcji podatku wycena warszawskiego parkietu została uszczuplona o kilkadziesiąt miliardów złotych.

⁵⁸ Co łączy się z nowymi narzędziami normatywnymi — zob. art. 21² § 1 ustawy z dnia 15 września 2000 roku — Kodeks spółek handlowych (t.j. Dz. U. z 2022 r., poz. 1467, 1488, 2280, 2436, z 2023 r., poz. 739, 825), który określa, że spółka dominująca może wydać spółce zależnej uczestniczącej w grupie spółek wiążące polecenie dotyczące prowadzenia spraw spółki (wiążące polecenie), jeżeli jest to uzasadnione interesem grupy spółek oraz przepisy szczególne nie stanowią inaczej. Szerzej zob. R. Adamus, [w:] *Kodeks spółek handlowych. Komentarz do nowelizacji. Prawo holdingowe. Zmiany w funkcjonowaniu organów spółek kapitałowych*, red. R. Adamus, Warszawa 2022, s. 62–64.

Co do podtezy drugiej — nadmiernie złagodzona polityka antymonopolowa przynajmniej w sferze fuzji i przejęć ulega faktycznej rewizji, i w tym sensie stanowi zmianę paradygmatyczną.

Co do podtezy trzeciej zaakcentować trzeba, że podejście krytyczne do dopuszczenia spekulatywności giełdowej dla podmiotów prywatnych może znajdować uzasadnienie, jednak tym trudniej je obronić, im łatwiej państwo samo staje się czynnikiem wzbudzającym spekulacje (choćby zapowiadając interwencję normatywną w sposób tyle nieskonsultowany, co niepewny). Sam zaś mechanizm lewarowania może budzić wątpliwości w przypadku szerszego powiązania z różnymi instrumentami finansowymi, jednakże w przypadku bezpośrednich inwestycji nie wydaje się mechanizmem szczególnie ryzykownym, jako że zasadniczo podmioty prowadzące przedsiębiorstwo odznaczają się wymierną wartością ekonomiczną. Ponadto lewarowanie transakcji M&A nigdy nie będzie zjawiskiem powszechnym, jak chociażby powiązane z ryzykiem kredytów *subprime*, będących wyzwalaczem kryzysu finansowego w latach 2007–2009.

Reasumując, państwa skłonne do budowy wielkich grup kapitałowych (również przy użyciu środków budżetowych), zacieśniające politykę antymonopolową dla podmiotów prywatnych oraz będące generatorem spekulacji giełdowych, przestają konkurować liberalizmem, a zaczynają funkcjonować w paradygmacie interwencjonistycznym (i protekcjonistycznym). Nadzwyczajne zmiany stosunków wymagałyby, moim zdaniem, raczej dekoncentrowania kapitału, co nie pozwalałoby na budowę podmiotów „zbyt wielkich, by upaść” — ograniczona byłaby wówczas w przypadkach zadłużeniowych pomoc publiczna, która kierowana byłaby bezpośrednio w stronę infrastruktury krytycznej, a nie zakupu materiałów i surowców krytycznych przez spółki SP, które jako podmioty działające na wolnym rynku i giełdowe w sposób niecelowy stają się częścią systemu krytycznego. Nadto potencjalne niepowodzenie ochrony spółki powodowałoby utracenie kontroli jedynie nad wydzielonym przedsiębiorstwem, a nie całością strategicznych aktywów. Istnieje jednak obawa, że nowa konstrukcja grup kapitałowych posłuży do umacniania podmiotów dużych, kierujących grupą, okrawających z odrębności korporacyjnej i kapitału spółki zależne. Z kolei niektóre z metod lewarowania uznać trzeba za pożądane i zbieżne z kursem ochronnym spółek w nowym paradygmacie interwencjonistycznym (paternalistycznym), jak przykładowo wykup przez polskich menadżerów udziałów lub akcji w spółce przed investorem zagranicznym z wykorzystaniem lewarowania długu (*management buy-out* jako metoda ochrony przed wrogim przejęciem w sytuacji kryzysowej, kiedy konieczne jest nagłe pozyskanie inwestora, za czym opowiada się między innymi Robert L. Kieschnick)⁵⁹.

⁵⁹ R.L. Kieschnick, *Management Buyouts of Public Corporations: An Analysis of Prior Characteristics*, [w:] *Leveraged Management Buyouts: Causes and Consequences*, red. Y. Amihud, Waszyngton 2002, s. 38.

PARADIGM SHIFTS IN LAW AND ECONOMY: THREE THESES OF PROF. S. SOŁTYSIŃSKI VS. UPDATING AND POLEMICAL REMARKS

Summary

This paper discusses the issue of paradigm shifts in law and economy. It can be observed that liberal democracy within the framework of a social free market economy is undergoing trend changes. Extraordinary transformations in relations in a global perspective identified as crisis situations are changing the directions of understanding the function of law as a tool for shaping the economy. The paradigm of state interventionism in the economy is becoming apparent. The purpose of the article is to verify the hypotheses through the prism of regulation as evidence confirming or contradicting them. The conclusions support the hypothesis of increasing state involvement in the processes of the economy during an extraordinary change of circumstances. Three theses of Prof. Sołtysiński were used to verify the hypothesis.

Keywords: paradigm shift, law and economy, extraordinary change in relations, crisis situations

BIBLIOGRAFIA

- Adamus R., [w:] *Kodeks spółek handlowych. Komentarz do nowelizacji. Prawo holdingowe. Zmiany w funkcjonowaniu organów spółek kapitałowych*, red. R. Adamus, Warszawa 2022.
- Bieluk J., *Nadzwyczajna zmiana stosunków i jej wpływ na zobowiązania (klauzula rebus sic stantibus). Komentarz praktyczny z orzecnictwem*, Warszawa 2020.
- Bieluk J., *Zmiana paradygmatu prawa rolnego*, „Studia Iuridica Agraria” 2015, nr 13.
- Braun T., *Unormowania compliance w korporacjach*, Warszawa 2017.
- Brzozowski A., *Wpływ zmiany okoliczności na zobowiązania. Klauzula rebus sic stantibus*, Warszawa 2014.
- Cesarz M., *Porządek prawny Unii Europejskiej*, [w:] *Procesy integracyjne i dezintegracyjne w Europie. Podręcznik akademicki*, red. A. Paczeński, M. Klimowicz, Wrocław 2014.
- Charzewski P., *Rola Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej w wykładni prawa w dobie multicentryzmu*, [w:] *Prawo i polityka w sferze publicznej. Perspektywa wewnętrzna*, red. P. Jabłoński, J. Kaczor, M. Pichlak, Wrocław 2017.
- Chrzęszcz B., *Paradygmat według koncepcji Thomasa Samuela Kuhna. Analiza metodologiczno-prawna*, „Folia Iuridica Universitatis Wratislaviensis” 2021, nr 10(1).
- Chyla Ł., *Próba uchwycenia kierunków zmian w zakresie klauzuli rebus sic stantibus w Polsce*, „Studenckie Prace Prawnicze, Administratywistyczne i Ekonomiczne” 2016, nr 20.
- Dąbrowski D., *Nabywanie akcji własnych przez spółkę akcyjną*, Warszawa 2010.
- Dylus A., *Trudny związek demokracji i wolnego rynku w warunkach deglobalizacji. Perspektywa katolickiej nauki społecznej*, „Roczniki Nauk Społecznych” 2019, nr 11(47).
- Dzun A., *Globalizacja a współczesny handel międzynarodowy*, „Studia Ekonomiczne / Uniwersytet Ekonomiczny w Katowicach” 2013, nr 139.
- Jaroszyński K., [w:] *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów*, red. T. Skoczny, Warszawa 2014.
- Jastrzębski J., Machalski M., *Struktury transakcji w ramach przymusowej restrukturyzacji banków. Uwagi ogólne dotyczące strukturyzowania transakcji oraz wnioski z doświadczeń krajowych*, „Bezpieczny Bank” 2022, nr 2(87).
- Jastrzębski R., *Geneza i znaczenie klauzuli rebus sic stantibus w polskim prawie prywatnym*, „Studia z Dziejów Państwa i Prawa Polskiego” 2010, nr 13.
- Kacprzak I., *Premier na zakupach*, „Rzeczpospolita” 2022, nr 230(12385).

- Kieschnick R.L., *Management Buyouts of Public Corporations: An Analysis of Prior Characteristics*, [w:] *Leveraged Management Buyouts: Causes and Consequences*, red. Y. Amihud, Waszyngton 2002.
- Krzywoń A., Mataczyński M., Saczywko M., [w:] *Ustawa o kontroli niektórych inwestycji. Komentarz*, red. M. Mataczyński, Warszawa 2016.
- Kuryłek Z., *Wykup lewarowany. Sposób akwizycji firm*, Warszawa 2017.
- Liberański M., *Obligacje zamienne na akcje*, „Prace Naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego we Wrocławiu” 2011, nr 158.
- Machnikowski P., [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. E. Gniewek, P. Machnikowski, Warszawa 2021.
- Maśloch P., *Globalizacja i rozwój gospodarki w warunkach kryzysu*, „Prace Komisji Geografii Przemysłu Polskiego Towarzystwa Geograficznego” 2013, nr 22.
- Mataczyński M., *Swoboda przepływu kapitału a złota akcja Skarbu Państwa*, Warszawa 2007.
- Michalski M., *Wprowadzenie do problematyki dematerializacji powszechnej akcji*, [w:] *Powszechna dematerializacja akcji. Modernizacja konstrukcji spółki akcyjnej*, red. M. Michalski, Warszawa 2021.
- Michałek K., *Na drodze ku potędze. Historia Stanów Zjednoczonych Ameryki 1861–1945*, Warszawa 1991.
- Mielnik H., *Klauzula rebus sic stantibus (art. 269 kodeksu zobowiązań) w warunkach okupacji niemieckiej w Generalnym Gubernatorstwie w świetle tez prawnych polskich (nieniemieckich) sądów*, „Miscellanea Historico-Iuridica” 2022, t. 21, z. 2.
- Pszczyński M., *Konstytucyjne wartości u progu ery sztucznej inteligencji*, „Przegląd Prawa Konstytucyjnego” 2021, nr 5(63).
- Radwański Z., Nowicka A., *Słowo wstępne*, [w:] *Prawo prywatne czasu przemian. Księga pamiątkowa dedykowana Profesorowi Stanisławowi Sołtysińskiemu*, red. A. Nowicka, Poznań 2005.
- Riedel R., *Eurosceptycyzm w kontekście kryzysu gospodarczego w Europie*, „Studia Ekonomiczne. Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego w Katowicach” 2015, nr 228.
- Robaczyński W., *Powrót klauzuli rebus sic stantibus*, „Palestra” 1991, nr 35(11–12).
- Romanowski M., *Cena emisyjna akcji*, „Przegląd Prawa Handlowego” 1999, nr 7(82).
- Sokal M., *Obniżenie kapitału zakładowego w spółce akcyjnej*, Warszawa 2008.
- Sołtysiński S., *Odnowienie doktoratu prof. zw. dr. hab. dr. h.c. Stanisława Sołtysińskiego*, Poznań 2016.
- Sołtysiński S., *O systemowej doniosłości prawa antymonopolowego. Refleksje w ćwierć wieku po utworzeniu UOKiK*, [w:] *Prawo konkurencji 25 lat. Pierwszy Polski Kongres Prawa Konkurencji*, red. T. Skoczny, Warszawa 2016.
- Strzyczkowski K., *Konstytucyjna zasada społecznej gospodarki rynkowej jako podstawa tworzenia i stosowania prawa*, [w:] *Zasady ustroju społecznego i gospodarczego w procesie stosowania Konstytucji*, red. C. Kosikowski, Warszawa 2005.
- Szczepańska O., Dobrzańska A., Zdanowicz B., *Resolution czyli nowe podejście do banków zagrożonych upadłością*, Warszawa 2015.
- Szczygieł J., *Klauzula generalna interesu publicznego jako przesłanka wszczęcia przymusowej restrukturyzacji*, „Bezpieczny Bank” 2022, nr 2(87).
- Szydło M., *Konkurencja regulacyjna w prawie spółek*, Warszawa 2008.
- Vitale A., *Protectionism and the global trade stagnation*, „Przegląd Europejski” 2020, nr 4.
- Wasilewski R.R., *Postępowanie dowodowe przed Prezesem Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów*, Warszawa 2020.
- Winiecki J., *Słowo wstępne*, [w:] *Kryzys globalny. Początek czy koniec?*, red. J. Winiecki, Gdańsk 2009.
- Wójcik J.W., *Przeciwdziałanie finansowaniu terroryzmu*, Warszawa 2007.
- Wyciślak S., *Efekt zarażania a działalność organizacji*, Kraków 2013.

Wyszyński F., *Sprawozdanie z konferencji pt. „20-lecie Kodeksu spółek handlowych” (a próba uchwycenia tendencji paradygmatycznych w nauce prawa handlowego)*, „Temidium” 2022, nr 4(111).

Wziątek-Kubiak A., *Konkurencyjność polskiego przemysłu*, Warszawa 2003.

Żak M., *Corporate governance w XXI wieku — w stronę instytucjonalizacji nowego paradygmatu prawa handlowego?*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2019, nr 5(321).

VARIA

JUSTYNA MIELCZAREK-MIKOŁAJÓW

ORCID: 0000-0001-8706-2930

Uniwersytet Wrocławski

MICHAŁ RADUŁA

ORCID: 0000-0002-9527-966X

Uniwersytet Wrocławski

SPRAWOZDANIE ZE SPOTKANIA
PRZEDSTAWICIELI KONSORCJUM W RAMACH
PROJEKTU GOSPOSTRATEG9/001G/22
W DNIU 8 LISTOPADA 2023 ROKU

W dniu 8 listopada 2023 roku na Wydziale Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego odbyło się spotkanie przedstawicieli konsorcjum oraz drugie spotkanie Komitetu Sterującego projektu finansowanego przez Narodowe Centrum Badań i Rozwoju pod tytułem *Opracowanie założeń zintegrowanego systemu gromadzenia i przetwarzania wiedzy ratowniczej dla faz: przygotowania, zapobiegania, reagowania i odbudowy na potrzeby ochrony przeciwpożarowej i ochrony ludności*, realizowanego w ramach Strategicznego Programu Badań Naukowych i Prac Rozwojowych „Społeczny i gospodarczy rozwój Polski w warunkach globalizujących się rynków” — GOSPOSTRATEG (nr umowy GOSPOSTRATEG9/001G/22 z dnia 23 czerwca 2023 roku). W spotkaniu uczestniczyli przedstawiciele wszystkich członków konsorcjum: Akademii Pożarniczej (lider konsorcjum), Komendy Głównej Państwowej Straży Pożarnej (lider merytoryczny konsorcjum), Wydziału Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego, Akademii Sztuki Wojennej oraz Centrum Naukowo-Badawczego Ochrony Przeciwpożarowej im. Józefa Tuliszkowskiego — Państwowego Instytutu Badawczego.

Wizytę rozpoczęło spotkanie z dziekanem Wydziału Prawa, Administracji i Ekonomii dr. hab. Jackiem Przygodzkiem, prof. UWrocław, który zwrócił uwagę na wieloletnią tradycję współpracy pomiędzy Uniwersytetem Wrocławskim a Państwową Strażą Pożarną. Uczestników przywitał również rektor Uniwersytetu Wrocławskiego prof. dr hab. Robert Olkiewicz, który podkreślał wagę projektu i wyrażał zadowolenie z tego, że bierze w nim udział Uniwersytet Wrocławski.

Zasadnicza merytoryczna część spotkania zorganizowana została w sali im. Iwo Jaworskiego na Wydziale Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego. Otworzył ją kierownik projektu ze strony Uniwersytetu Wrocławskiego prof. dr hab. Karol Kiczka, wyrażając nadzieję, że efekty realizacji podejmowanego przedsięwzięcia przyniosą korzyści zarówno państwu jako organizacji, jak i społeczeństwu jako całości. Ten wątek kontynuował w swoim przemówieniu dziekan Wydziału Prawa, Administracji i Ekonomii dr hab. Jacek Przygodzki, prof. UWr, podkreślając, że beneficjentami prac konsorcjum powinni być przede wszystkim obywatele. Z kolei dyrektor Instytutu Nauk Administracyjnych Wydziału Prawa, Administracji i Ekonomii dr hab. Jerzy Korczak, prof. UWr, zaakcentował znaczny udział pracowników Instytutu w badaniu faktów administracyjnych służących opisaniu rzeczywistości administracyjnej oraz ich wkład w proces tworzenia prawa.

Następnie głos zabrała bryg. dr hab. inż. Bożena Kukfisz, prof. Akademii Pożarniczej, pełniąca funkcję kierownika projektu. Zwróciła uwagę na jego charakter przybierający formę innowacyjnej hybrydy, przedstawiła też podział pracy pomiędzy poszczególnymi członkami konsorcjum. Za najważniejsze cele projektu prelegentka uznała opracowanie otwartego jednolitego systemu klasyfikacji dziesiętnej działań ratowniczych, spisanie i przeciwiczenie procedur, przeprowadzenie analizy stanu prawnego oraz przygotowanie propozycji zmian w celu włączenia wypracowanych rozwiązań do obiegu prawnego.

Zastępca Komendanta Głównego Państwowej Straży Pożarnej nadbryg. dr inż. Adam Konieczny, przewodniczący Komitetu Sterującego, który zabrał głos w następnej kolejności, wskazywał na rozwiązania przyjęte w projekcie ustawy o ochronie ludności i obronie cywilnej, jednocześnie podkreślając wagę upowszechnienia tej ochrony, co wynika z przyjęcia, że proponowane rozwiązania powinny być skierowane do wszystkich obywateli, a nie tylko organów administracji publicznej. Ważny jest także ich ponadpartyjny charakter.

Po tych wystąpieniach odbyła się dyskusja z udziałem członków konsorcjum. Podkreślano w niej konieczność dostosowania Krajowego Systemu Ratowniczo-Gaśniczego do wymagań stawianych przez NATO oraz Unię Europejską. Zaznaczono, że powinno się dokonać identyfikacji możliwych zagrożeń oraz przeanalizować procedury, w tym te pozwalające na wykorzystanie sił zbrojnych, co ma służyć wypracowaniu najodpowiedniejszych rozwiązań i unowocześnieniu systemu. W tym celu warto przeprowadzić także badania prawno-porównawcze w zakresie rozwiązań przyjętych w innych państwach, przede wszystkim europejskich, w tym przykładowo w Szwecji, Ukrainie i Niemczech.

Profesor dr hab. Tadeusz Kocowski przedstawił założenia i wyniki wstępnej analizy prawnej realizowanej w ramach pierwszej fazy projektu (fazy A) w ramach zadania 1 „Analiza prawna regulacji związanych z konstrukcją i funkcjonowaniem planów ratowniczych”, realizowanej samodzielnie przez Uniwersytet Wrocławski. Zwrócił uwagę na dużą liczbę obowiązujących planów oraz kryteria ich oceny,

w tym między innymi podstawę prawną, charakter prawny, możliwość realizacji, finansowanie czy sprawowanie nad nimi kontroli. Prosił również o wskazówki i uwagi związane choćby z koniecznością poszerzenia analiz i dopasowania ich do potrzeb uczestników kolejnych zadań i faz projektu.

W odpowiedzi na tę prośbę głos zabrał Zastępca Komendanta Głównego Państwowej Straży Pożarnej nadbryg. dr inż. Adam Konieczny, który stwierdził, że plany powinny realizować jednostki dysponujące odpowiednimi zasobami. Zwrócił uwagę na kwestię zbyt dużej liczby planów oraz ich wzajemnej korelacji, przedstawił także problemy wynikające z ogłoszenia stanu klęski żywiołowej, związane między innymi z sytuacją przedsiębiorców. Kończąc, podkreślił konieczność jasnego określenia zadań i roli centrów oraz zespołów zarządzania kryzysowego, w tym Rządowego Centrum Zarządzania Kryzysowego i Rządowego Zespołu Zarządzania Kryzysowego.

Opisane problemy zachęciły innych członków konsorcjum do przedstawienia własnych stanowisk. Uczestnicy dyskusji zwrócili uwagę na konieczność ustalenia jasnych ram kompetencyjnych, a także minimalnych wymogów, jakie powinny spełniać osoby wykonujące zadania z zakresu zarządzania kryzysowego. Podkreślono konieczność sprecyzowania działań i zadań, które w razie potrzeby mogą być realizowane zarówno w czasie wojny, jak i pokoju, bez jednoczesnej zmiany struktury organów administracji. Trzeba pamiętać, że obrona cywilna jest realizowana również na terenie tymczasowo zajęтым przez przeciwnika, dlatego należy szukać rozwiązań opartych na strukturze Państwowej Straży Pożarnej zarówno na czas wojny, jak i pokoju, gdyż w świetle konwencji genewskiej działanie tej służby ma charakter ciągły i nieprzerwany, w przeciwieństwie do organów administracji rządowej, w tym wojewody, które w takiej sytuacji nie będą mogły prawidłowo funkcjonować. Zwrócono uwagę na konieczność obudowania przepisami prawnymi klasyfikacji działań ratowniczych, podkreślając, że istotne wydaje się również rozdzielenie zadań pomiędzy administrację rządową a samorządową oraz precyzyjne określenie zasad przekazywania tych zadań.

Uwagę zwróciło także wystąpienie dr. hab. Piotra Lisowskiego, prof. UW, członka Komitetu Sterującego, podkreślającego istotę konieczności dokonania przez konsorcjantów analizy stanu prawnego pod kątem merytorycznym i operacyjnym, co w efekcie powinno przynieść skutek w postaci propozycji opracowania zmian prawnych w aktualnym kształcie prawodawstwa.

W konkluzji ustalono, że w pierwszej fazie realizacji projektu należy skupić uwagę przede wszystkim na dokonaniu inwentaryzacji stanu prawnego, ze szczególnym uwzględnieniem planów ratowniczych. W tym celu Uniwersytet Wrocławski dokona oceny aktualnego stanu prawnego w zakresie tych planów, a także opracuje skutki proponowanych zmian prawnych oraz ich wpływu na podmioty, organizacje, systemy oraz instytucje. Za istotne, w kontekście dalszych działań zespołu, należy uznać opracowanie bilansu różnic pomiędzy dotychczasowym a zaplanowanym porządkiem prawnym, ze szczególnym wskazaniem na

poszerzenie lub zawężenie obszarów kompetencji badanych podmiotów i zakresu zmian obszarów tematycznych podlegających planowaniu. Powyższe działania powinny doprowadzić do sformułowania zmian w sferze kompetencji i zadań w zakresie podmiotów, organizacji, systemów, instytucji, ich wzajemnych relacji w procesie współpracy, z uwzględnieniem wyróżnienia czterech faz cyklu zarządzania kryzysowego: przygotowania, zapobiegania, reagowania i odbudowy.

Warto podkreślić, że spotkanie pozwoliło na wyznaczenie kierunków współpracy, umożliwiło też przedstawienie wzajemnych oczekiwań, co okazało się szczególnie ważne w kontekście konstrukcji projektu, w którym biorą udział przedstawiciele różnych środowisk. Uwzględniając dotychczasowe wyniki współpracy członków konsorcjum, a także przebieg spotkania, należy oczekiwać najwyższego poziomu zaangażowania i dobrej współpracy, co stwarza uzasadnione nadzieje na rzetelne wypełnienie wszystkich założeń projektu.

LISTA UCZESTNIKÓW SPOTKANIA

AKADEMIA POŻARNICZA

1. Bryg. dr hab. inż. Bożena Kukfisz, prof. Uczelni (kierownik projektu).
2. Kpt. mgr inż. Mateusz Banaś (zastępca kierownika projektu).
3. Dr hab. Mariusz Nepelski, prof. Uczelni.
4. Dr inż. Dorota Markowska.
5. R.pr. Monika Łagowska.
6. Mgr inż. Przemysław Wysoczyński.

KOMENDA GŁÓWNA PAŃSTWOWEJ STRAŻY POŻARNEJ

1. Zastępca Komendanta Głównego PSP nadbryg. dr inż. Adam Konieczny.

AKADEMIA SZTUKI WOJENNEJ

1. Dr hab. Bogdan Michailiuk, profesor ASzWoj.
2. Ppłk dr inż. Jacek Stępień.
3. Dr Witold Ostant.
4. Mgr Monika Szpura.

CENTRUM NAUKOWO-BADAWCZE OCHRONY PRZECIWPOŻAROWEJ IM. JÓZEFA TULISZKOWSKIEGO — PAŃSTWOWY INSTYTUT BADAWCZY

1. Mgr inż. Paweł Stępień.
2. Mgr Emilia Żebrowska.

UNIwersytet Wrocławski

1. Prof. dr hab. Karol Kiczka (kierownik projektu z ramienia UWr).
2. Prof. dr hab. Tadeusz Kocowski (koordynator merytoryczny z ramienia UWr).
3. Dr hab. Jacek Przygodzki, prof. UWr (dziekan WPAiE UWr).
4. Dr hab. Jerzy Korczak, prof. UWr (dyrektor INA UWr).
5. Dr hab. Piotr Lisowski, prof. UWr (członek Komitetu Sterującego projektu).
6. Dr Michał Raduła (zastępca kierownika projektu z ramienia UWr).
7. Dr hab. Renata Babińska-Górecka, prof. UWr.
8. Dr hab. Krzysztof Horubski, prof. UWr.
9. Dr hab. Rafał Kowalczyk, prof. UWr.
10. Dr hab. Karolina Stopka.
11. Dr hab. Jacek Kaczor.
12. Dr hab. Jan Gola.
13. Dr Justyna Mielczarek-Mikołajów.
14. Dr Andrzej Pakuła.
15. Dr Witold Małecki.
16. Dr Mateusz Paplicki.
17. St. bryg. w st. spocz. Andrzej Jaroszek.
18. St. bryg. w st. spocz. Stanisław Ręclawowicz.
19. Mgr Norbert Czechowski.
20. Mgr Krzysztof Szczęśniak.

RECENZENCI „PRZEGLĄDU PRAWA I ADMINISTRACJI”
W 2023 ROKU

Dr hab. MARCIN DĄBROWSKI, prof. Uniwersytetu Warmińsko-Mazurskiego w Olsztynie

Prof. dr hab. RAFAŁ DOWGIER, Uniwersytet w Białymstoku

Prof. dr hab. RADOSŁAW GRABOWSKI, Uniwersytet Rzeszowski

Prof. dr hab. SABINA GRABOWSKA, Uniwersytet Rzeszowski

Dr MONIKA HACZKOWSKA, Politechnika Opolska

Dr hab. JOANNA JUCHNIEWICZ, prof. Uniwersytetu Warmińsko-Mazurskiego w Olsztynie

Dr hab. PAWEŁ KUCZMA, prof. Uniwersytetu Zielonogórskiego

Prof. dr hab. ARKADIUSZ LACH, Uniwersytet Mikołaja Kopernika w Toruniu

Dr hab. MONIKA LEWANDOWICZ-MACHNIKOWSKA, prof. Uniwersytetu SWPS

Prof. dr hab. LESZEK MITRUS, Uniwersytet Jagielloński

Dr hab. ARTUR OLECHNO, prof. Uniwersytetu w Białymstoku

Dr hab. KONRAD SKŁADOWSKI, prof. Uniwersytetu Łódzkiego

Dr hab. TERESA WYKA, prof. Uniwersytetu Łódzkiego

INFORMACJA DLA AUTORÓW

1. Redakcja przyjmuje niepublikowane wcześniej teksty naukowe z zakresu prawa i ekonomii. Redakcja nie zwraca tekstów niezamówionych.

2. Przesłanie przez Autora tekstu do redakcji czasopisma jest równoznaczne z a) jego oświadczeniem, że przysługują mu autorskie prawa majątkowe do tego tekstu, że tekst jest wolny od wad prawnych oraz że nie był wcześniej publikowany w całości lub części ani nie został złożony w redakcji innego pisma, a także b) z udzieleniem nieodpłatnej zgody na wydanie tekstu w czasopiśmie „Przegląd Prawa i Administracji” oraz jego nieograniczone co do czasu i terytorium rozpowszechnianie, w tym na wprowadzenie do obrotu egzemplarzy czasopisma oraz odpłatne i nieodpłatne udostępnianie jego egzemplarzy w Internecie.

3. Objętość: artykuł powinien liczyć maksymalnie do 30 000 znaków, obejmujących tekst właściwy, przypisy, bibliografię oraz streszczenia (w języku polskim i angielskim); recenzja powinna liczyć do 15 000 znaków; opinie, glosy, polemiki do 15 000 znaków; sprawozdania oraz noty powinny zawierać maksymalnie do 10 000 znaków.

4. Wymagania formalne tekstu: czcionka Times New Roman 12, interlinia 1,5, przypisy dolne. Autor jest zobowiązany do przedstawienia tekstów zgodnych z wymogami stawianymi przez Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego, zamieszczonymi na stronie <https://wuw.edu.pl/wskazowki-dla-autorow/>. Tytuły, nazwiska i imiona autorów opracowań powoływanych w kierowanych do wydania artykułach, które są w oryginale zapisane w alfabetych innych niż łacińskie, muszą być podane w tekstach w transkrypcji na alfabet łaciński.

5. Sposób przesłania pracy: artykuły należy przysyłać w wersji elektronicznej (dokument MS Word: DOC/DOCX lub tekst sformatowany RTF) na CD lub e-mailem na adres: mariusz.jablonski@uwr.edu.pl lub sylwia.jarosz-zukowska@uwr.edu.pl oraz w wersji wydrukowanej w jednym egzemplarzu na adres: „Przegląd Prawa i Administracji”, ul. Uniwersytecka 22/26, 50-145 Wrocław. Prace mogą być nadsyłane w każdym czasie. Teksty odbiegające od podanych standardów mogą nie być uwzględniane w procesie kwalifikacyjnym.

6. O przyjęciu tekstu do wydania w czasopiśmie „Przegląd Prawa i Administracji” Autor zostanie poinformowany za pośrednictwem poczty elektronicznej pod wskazanym przez niego adresem w ciągu 4 miesięcy od złożenia tekstu.

7. Artykuły są recenzowane poufnie i anonimowo (tzw. *double-blind review*). Lista recenzentów jest publikowana w ostatnim w roku numerze czasopisma. Uwagi recenzyjne są przysyłane Autorowi, który zobowiązuje się do uwzględnienia zasugerowanych poprawek lub nadesłania uzasadnienia w wypadku ich nieuwzględnienia. Przy dwóch recenzjach negatywnych redakcja odmawia przyjęcia tekstu do druku.

8. Redakcja czasopisma przeciwdziała wypadkom *ghostwriting*, *guest authorship*, które są przejawem nierzetelności naukowej. Zjawisko *ghostwriting* oznacza sytuację, gdy ktoś wniósł istotny wkład w powstanie publikacji, bez ujawnienia swojego udziału, jako jeden z autorów lub bez wymienienia jego roli w podziękowaniach zamieszczonych w publikacji. Z *guest authorship* (*honorary authorship*) mamy do czynienia wówczas, gdy udział autora jest znikomy lub w ogóle go nie było, a pomimo to osoba taka jest autorem/współautorem publikacji. Zaporą dla wymienionych praktyk jest jawność informacji dotyczących wkładu poszczególnych autorów w powstanie

publikacji (podanie informacji, kto jest autorem koncepcji, założeń, metod itp., wykorzystywanych przy przygotowaniu publikacji).

9. Wszystkie artykuły prezentujące wyniki badań statystycznych są kierowane do redaktora statystycznego.

10. W przesłanym tekście w lewym górnym rogu strony tytułowej powinny być zapisane dane autora/autorów publikacji (adres poczty elektronicznej oraz numer telefonu, miejsce pracy autora publikacji; w wypadku pracowników naukowych należy podać afiliację). Zaleca się również stworzenie profilu ORCID (Open Research and Contributor ID), umożliwiającego śledzenie dorobku naukowego autora w sieci, oraz wskazanie nr ORCID pod danymi autora/autorów.

11. Do tekstu w języku polskim należy dołączyć krótkie (maksymalnie 800 znaków) streszczenie i tytuł artykułu w języku angielskim oraz 5 słów kluczowych w języku angielskim. Do tekstu w innym języku niż polski należy dołączyć streszczenie w języku angielskim i w języku polskim. Streszczenie powinno określać temat, cele oraz główne wnioski opracowania. Na końcu tekstu należy zamieścić także wykaz cytowanej literatury.

12. Wydawnictwo zastrzega sobie prawo dokonywania w tekstach poprawek redakcyjnych.

13. Autor jest zobowiązany do wykonania korekty autorskiej w ciągu 7 dni od daty jej otrzymania. Niewykonanie korekty w tym terminie oznacza zgodę Autora na wydanie tekstu w postaci przesłanej do korekty.

14. Przesyłając tekst, Autor wyraża zgodę na umieszczenie w internetowej bazie Czasopisma Naukowe w Sieci (CNS) i innych bazach, z którymi współpracuje Wydawnictwo, oprócz samego tekstu także podstawowych danych o artykule, m.in. jego streszczenia w języku angielskim wraz z danymi personalnymi autora (imię i nazwisko, miejsce zatrudnienia, adres e-mail) i słowami kluczowymi.

15. Autor nie otrzymuje honorarium autorskiego za artykuły.



Wydawnictwo
Uniwersytetu
Wrocławskiego

Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego

pl. Uniwersytecki 15

50-137 Wrocław

wydawnictwo@uwr.edu.pl

wuwr.eu

Facebook/wydawnictwouwr