

Badania i Rozwój Młodych Naukowców w Polsce

Prawo i ekonomia



www.mlodzinaukowcy.com

Poznań 2021

Redakcja naukowa

dr Jędrzej Nyćkowiak

dr hab. Jacek Leśny, prof. UPWR

Wydawca

Młodzi Naukowcy

www.mlodzinaukowcy.com

wydawnictwo@mlodzinaukowcy.com

ISBN (całość 978-83-66392-91-5)

ISBN (wydanie online 978-83-66743-25-0)

ISBN (wydanie drukowane 978-83-66743-26-7)

Ilość znaków w książce: 366 tys.

Ilość arkuszy wydawniczych: 9.2

Data wydania: maj 2021

Niniejsza pozycja jest monografią naukową. Jej rozdziały zostały wydrukowane zgodnie z przesłanymi tekstami po ich zaakceptowaniu przez recenzentów. Odpowiedzialność za zgodne z prawem wykorzystanie użytych materiałów ponoszą autorzy poszczególnych rozdziałów.

Spis treści

1. Sytuacja prawna osoby podsłuchiwanej na gruncie Kodeksu postępowania karnego	7
<i>Jarocka Justyna</i>	
2. Instytucja podsłuchu procesowego a podsłuch operacyjny – analiza porównawcza	12
<i>Jarocka Justyna</i>	
3. Osamotnienie jako czynnik wiktyimizacji osób starszych	17
<i>Romanowska Agnieszka Urszula</i>	
4. Bezprawne samouwolnienie w świetle doktryny i orzecznictwa	24
<i>Romanowska Agnieszka Urszula,</i>	
5. Dogmatyczno-kryminologiczne ujęcie przestępstwa z art. 242 kodeksu karnego z 1997 r.	30
<i>Omeljaniuk Justyna</i>	
6. Dogmatyczno-kryminologiczne aspekty przestępstwa z art. 243 kodeksu karnego z 1997 r.	37
<i>Omeljaniuk Justyna</i>	
7. Zastosowanie klauzuli <i>rebus sic stantibus</i> w obliczu epidemii COVID - 19	44
<i>Gryguć Paulina Anna</i>	
8. Wykorzystanie nieruchomości wspólnej do prowadzenia działalności gospodarczej w świetle Ustawy o własności lokali	49
<i>Gryguć Paulina Anna</i>	
9. Charakterystyka bankowych papierów wartościowych oraz trybów ich emisji	55
<i>Dominika Gałus</i>	
10. Rekomendacje wydawane przez Komisję Nadzoru Finansowego jako źródło prawa bankowego	61
<i>Dominika Gałus</i>	
11. Althing - najstarsze zgromadzenie prawodawcze na świecie	67
<i>Karczewski Szymon Piotr</i>	
12. Kodeks Haysa a wolność twórczości artystycznej – wybrane aspekty	73
<i>Marciniak Adam</i>	
13. Justynian a homoseksualiści. Prawodawstwo bizantyjskie z czasów Justyniana I Wielkiego (527 – 565) dotyczące osób i zachowań homoseksualnych na tle prawa rzymskiego okresu republiki i cesarstwa.	78
<i>Paweł Więckowski</i>	
14. Outsourcing kontraktowy i outsourcing kapitałowy w świetle wyników badań	91
<i>Norbert Kawęcki</i>	

Przedmowa

Szanowni Państwo, wydawnictwo „Młodzi Naukowcy” oddaje do rąk czytelnika kolekcję monografii naukowych dotyczących szerokiego spektrum nauk. Znajdują się tutaj pozycje dotyczące nauk przyrodniczych, nauk technicznych i inżynierskich, nauk medycznych i nauk o zdrowiu, szeroko pojętych nauk humanistycznych i społecznych oraz nauk prawnych i ekonomicznych.

W prezentowanych monografiach poruszany jest bardzo szeroki przekrój zagadnień, jednak każda z osobna składa się z kilkunastu rozdziałów, spójnych tematycznie, dających jednocześnie bardzo dobry przegląd tematyki naukowej jaką zajmują się studenci studiów doktoranckich lub ich najmłodsi absolwenci, którzy uzyskali już stopień doktora.

Czytelnikom życzymy wielu przemyśleń związanych z tematyką zaprezentowanych prac. Uważamy, że doktoranci i młodzi badacze z pasją i bardzo profesjonalnie podchodzą do swojej pracy, a doświadczenie jakie nabierają publikując prace w monografiach wydawnictwa „Młodzi Naukowcy”, pozwoli im udoskonalać swój warsztat pracy. Dzięki temu, z pewnością wielu autorów niniejszych prac, z czasem zacznie publikować prace naukowe w prestiżowych czasopiśmie. Przyczyni się to zarówno do rozwoju nauki, jak i każdego autora, budując jego potencjał naukowy i osobisty.

Redakcja

1. Sytuacja prawna osoby podsłuchiwanej na gruncie Kodeksu postępowania karnego

The legal situation of the eavesdropped person in the Code of Criminal Procedure

Jarocka Justyna

Uniwersytet w Białymstoku

Jarocka Justyna: justynajarocka96@gmail.com

Słowa kluczowe: podsłuch procesowy, kontrola i utrwalanie rozmów telefonicznych, postępowanie karne

Streszczenie

Za cel artykułu obrano analizę tematyki sytuacji prawnej osoby, w stosunku do której zarządzono kontrolę i utrwalanie rozmów (art. 237 i nn. Kodeksu postępowania karnego). Analizie zostaną poddane następujące zagadnienia: obowiązek informacyjny organów w postaci ogłoszenia postanowienia o kontroli i utrwalaniu rozmów telefonicznych (art. 239 k.p.k.) oraz uprawnienie do zaskarżenia postanowienia w przedmiocie podsłuchu procesowego (art. 240 k.p.k.).

1. Wstęp

Podsłuch procesowy, zwany na gruncie Kodeksu postępowania karnego z dnia 6 czerwca 1997 r. (Dz. U. 1997 Nr 89 poz. 555 ze zm.), kontrolą i utrwalaniem rozmów telefonicznych, to czynność dowodowa, której warunki stosowania, tryb zarządzenia oraz zakresy stosowania zostały uregulowane w rozdziale 26. k.p.k. (w dziale V. k.p.k. poświęconym tematyce dowodów). Jednym z zakresów stosowania podsłuchu procesowego obok zakresu przedmiotowego i czasowego, jest zakres podmiotowy wskazujący na katalog podmiotów, które mogą zostać objęte kontrolą i utrwalaniem rozmów. Na osoby objęte tym zakresem wskazuje art. 237 § 3 k.p.k., stanowiąc, że kontrola i utrwalanie treści rozmów telefonicznych są dopuszczalne w stosunku do osoby podejrzanej, oskarżonego oraz w stosunku do pokrzywdzonego lub innej osoby, z którą może się kontaktować oskarżony albo która może mieć związek ze sprawcą lub z groźącym przestępstwem. W doktrynie przyjmuje się, że katalog osób w stosunku do których może być prowadzona kontrola wskazany w art. 237 § 4 k.p.k. ma charakter zamknięty (Skorupka 2020).

W niniejszym artykule zostanie podjęta próba oceny ukształtowania przez ustawodawcę statusu prawnego osoby, wobec której zarządzono podsłuch procesowy pod kątem przyznania jej należytych gwarancji w zakresie weryfikowania legalności i zasadności stosowania podsłuchu procesowego.

2. Opis zagadnienia

Na podstawie art. 239 k.p.k. został wprowadzony obowiązek informacyjny, w postaci ogłoszenia postanowienia o kontroli i utrwalaniu rozmów telefonicznych osobie, której to postanowienia dotyczy, dodatkowo wskazując na możliwość odroczenia tego ogłoszenia na czas niezbędny ze względu na dobro sprawy. Należałoby zwrócić uwagę, że ustawodawca miał raczej na myśli doręczenie postanowienia niż ogłoszenie, które wiąże się z wezwaniem osób i ogłoszeniem ustnym treści decyzji procesowej. W doktrynie słusznie stwierdza się, że pomimo tego, że ustawa używa sformułowania odroczenie ogłoszenia postanowienia, to w istocie chodzi o odroczenie doręczenia postanowienia (art. 100 § 4k.p.k.). Wynika to z faktu, że postanowienie w przedmiocie kontroli rozmów nie jest wydawane na posiedzeniu, w którym mogą wziąć udział strony, a mając to na uwadze nie podlega ono ogłoszeniu (Drajewicz 2020). Wskazać należy, że celem takiego rozwiązania jest przede wszystkim zapewnienie wysokiej skuteczności korzystania z tego środka dowodowego. W doktrynie podkreśla się, że instytucja podsłuchu przyniesie pozytywny rezultat w momencie, gdy będzie miała charakter niejawnny, a więc wtedy, gdy osoba, w stosunku do której została ta kontrola zarządzona, nie poweźmie informacji o jej stosowaniu. W momencie, gdy

informacja o jej zarządzeniu dotrze do tej osoby, to podsłuch może spełnić wyłącznie funkcję środka ograniczającego swobodę komunikowania się z otoczeniem (Kmieciak 1986). W doktrynie stwierdza się, że odroczenie doręczenia postanowienia dotyczy postanowień pozytywnych, tj. tych, które uruchamiają lub kontynuują kontrolę rozmów. Mając powyższe na uwadze nie można odroczyć ogłoszenia postanowienia sądu o odmowie zarządzenia kontroli i utrwalania rozmów wydanego na podstawie art. 237 § 1 k.p.k., postanowienia sądu o niezatwierdzeniu postanowienia prokuratora o zarządzeniu kontroli i utrwalania rozmów wydanego na podstawie art. 237 § 2 zd. 2 k.p.k. oraz postanowienia sądu o odmowie przedłużenia kontroli i utrwalania rozmów (art. 238 § 1 k.p.k.), ze względu na fakt, że nie są one traktowane jako postanowienia o kontroli i utrwalaniu rozmów w rozumieniu art. 239 § 1 k.p.k. (Drajewicz 2020).

W kontekście omawianego zagadnienia należy zauważyć, że pomimo zasadności wprowadzenia możliwości odroczenia doręczenia postanowienia, odroczenie to powinno być obarczone pewnymi gwarancjami procesowymi. Podstawową kwestią jest wskazanie, że dojdzie do skutecznego odroczenia doręczenia ogłoszenia, w momencie, gdy decyzja zostanie umieszczona w treści postanowienia zarządzającego lub przedłużającego kontrolę rozmów. Skorzystanie z tej instytucji prawnej jest uprawnieniem, a nie obowiązkiem organu, dlatego też każdorazowo należy rozważyć tę kwestię, mając na uwadze wszelkie okoliczności sprawy. Ustawodawca, posługując się przesłanką w postaci pojęcia wysoce ocennego „dobra sprawy”, stworzył szerokie pole do interpretacji. W literaturze przedmiotu wskazuje się, że może to powodować preferowanie interesów postępowania kosztem oskarżonego (Osiecki 1987). Ponadto zauważa się, że skoro dobro sprawy i cele postępowania karnego są bardzo ściśle ze sobą związane, mając na uwadze treść art. 2 k.p.k., to nie powinno dochodzić do preferowania interesów postępowania kosztem oskarżonego (Dudka 1998).

Jedyną granicą czasową, która została wprowadzona jest prawomocne zakończenie postępowania. Tak szczątkowa regulacja w istocie prowadzi do wykształcenia się różnorodnych poglądów, na co wprost wskazuje K. Szczechowicz, twierdząc, że do momentu osiągnięcia pewnego stanu precyzji nie będzie w doktrynie jednolitej praktyki w zakresie interpretowania omawianej kwestii. Zwraca więc uwagę na problematykę limitu czasowego odroczenia doręczenia postanowienia. Podkreśla również, że przy problematyce limitu czasowego odroczenia należy wziąć pod uwagę nie tylko realizację interesów postępowania ale również realizację gwarancji procesowych podejrzanego i praw innych uczestników postępowania (Szzechowicz 2009).

W doktrynie zaznacza się, że maksymalny termin odroczenia doręczenia postanowienia o kontroli i utrwalaniu rozmów określony jest w zależności od tego, czy kontrolę i utrwalanie rozmów telefonicznych zarządziło w postępowaniu przygotowawczym czy jurysdykcyjnym. W przypadku stosowania podsłuchu w postępowaniu przygotowawczym odroczenie doręczenia postanowienia może nastąpić najwyżej do czasu zakończenia postępowania przygotowawczego (art. 239 § 2 k.p.k.), a więc do chwili wniesienia do sądu aktu oskarżenia lub wydania postanowienia o umorzeniu postępowania przygotowawczego. W przypadku podsłuchu zarządził w toku postępowania jurysdykcyjnego nie jest uregulowany czas odroczenia ogłoszenia postanowienia. Twierdzi się, że odroczenie ogłoszenia postanowienia może przekroczyć okres, na który wprowadzono podsłuch procesowy (Boratyńska i Czarnecki 2018). Organ nie ma więc obowiązku informowania osób podsłuchiowanych od razu po zakończeniu podsłuchu, choć niewątpliwie postuluje się, aby zostało to przyjęte za zasadę (Boratyńska i Czarnecki 2018). Wskazuje się jednak, że wprawdzie ustawodawca nie określił maksymalnego terminu, to należy przyjąć, że odroczenie ogłoszenia postanowienia aż do czasu prawomocnego zakończenia postępowania stanowić będzie zazwyczaj nadmierną ingerencję w prawo do obrony. Termin odroczenia do czasu prawomocnego zakończenia postępowania będzie bardzo odległy i uniemożliwi oskarżonemu ustosunkowanie się do dowodów zgromadzonych w czasie prowadzonego podsłuchu i przygotowanie obrony (Hofmański i Sadzik i Zgryzek 2011). Również J. Paśnik przyjmuje, że w celu realizacji gwarancji procesowych oskarżonego oraz praw innych uczestników postępowania owe ogłoszenie powinno nastąpić najpóźniej z chwilą zaznajomienia się z materiałami postępowania przygotowawczego, a w postępowaniu sądowym na przedostatniej rozprawie głównej, na której prowadzony jest przewód sądowy. Ogłoszenie w późniejszym terminie spowoduje, że oskarżony zostanie pozbawiony możliwości przygotowania

obrony i złożenia ewentualnych wniosków dowodowych w tym zakresie (Paśnik 1983). Wsuwa się ponadto tezę, że takie rozumienie przepisu uniemożliwia w zasadzie realizację uprawnień uczestników procesu w przedmiocie zaskarżenia postanowienia. Zażalenie będzie miało charakter fikcyjny i w zasadzie będzie bezprzedmiotowe jako środek ochrony praw konkretnych podmiotów, w przypadku gdy zostanie wydane postanowienie o odroczeniu ogłoszenia decyzji o stosowaniu podsłuchu do prawomocnego zakończenia postępowania (Dudka 1998). W doktrynie stwierdza się ponadto, że ustawodawca nie wymaga wskazania daty kalendarzowej, ani podania terminu poprzez odwołanie się do upływu czasu. Termin ogłoszenia postanowienia o kontroli rozmów może zostać określony również poprzez wskazanie czynności procesowej, której zaistnienie rodzić będzie obowiązek ogłoszenia postanowienia.

Należy zauważyć, że kluczową kwestią z punktu widzenia osoby poddanej kontroli rozmów jest przede wszystkim możliwość zweryfikowania poczynań organów władzy publicznej pod kątem ich działania na podstawie i w granicach prawa. Obowiązek takiego postępowania spoczywa na organach władzy publicznej zgodnie z art. 7 Konstytucji RP (Dz. U. Nr 78, poz. 483 z późn. zm.). W doktrynie podkreśla się, że cechą demokratycznego państwa prawa (art. 2 Konstytucji RP) jest zapewnienie jednostce ochrony przed arbitralnością działań podejmowanych przez organy władzy publicznej oraz to, że ustawa nie może zamykać drogi sądowej dochodzenia naruszonych praw i wolności (Szczechowicz 2009). Stąd też, w przypadku instytucji prawa uznawanych za szczególnie godzące w podstawowe prawa i wolności człowieka, istotne jest przede wszystkim zagwarantowanie skutecznych środków, które służą do kontroli orzeczeń związanych z przeprowadzaniem tego typu czynności dowodowych. Na gruncie k.p.k. istotnym uprawnieniem nadanym osobie, której dotyczy postanowienie w przedmiocie kontroli rozmów, jest możliwość zażalenia, w którym może ona domagać się zbadania zasadności i legalności podsłuchu procesowego.

Przedmiotem zażalenia może być każde postanowienie (zarówno rozstrzygające pozytywnie jak i negatywnie o zastosowaniu tego środka) dotyczące kontroli i utrwalania rozmów telefonicznych, tj. postanowienia o: zastosowaniu, przedłużeniu, zatwierdzeniu postanowienia prokuratora, odmowie uwzględnienia wniosku prokuratora o zastosowanie podsłuchu, odmowie przedłużenia stosowania kontroli i utrwalania rozmów telefonicznych (Stefański i Zabłocki 2019). Natomiast w literaturze przedmiotu wysuwa się tezę, że niemożliwe jest jednak zaskarżenie postanowienia prokuratora, którego sąd następnie nie zatwierdził, gdyż fakt niezatwierdzenia tej decyzji oznacza jej eliminację z postępowania. Przyjmuje się więc, że w takim wypadku zażalenie nie służy z uwagi na brak przedmiotu zaskarżenia (Kulesza 2018). Również R. A. Stefański oraz S. Zabłocki podkreślają, że w powyższej sytuacji postanowienie nie istnieje, stąd też nie ma substratu zaskarżenia. Ponadto cel (niestosowanie podsłuchu) skarżącego został *de facto* osiągnięty przez samą odmowę zatwierdzenia postanowienia prokuratora (Stefański i Zabłocki 2019). Należy ponownie zaznaczyć, że zgodnie z art. art. 237 §2 k.p.k. w przypadku, gdy sąd wyda postanowienie o niezatwierdzeniu postanowienia prokuratora w przedmiocie zarządzenia podsłuchu w wypadku niecierpiącym zwłoki, to zaskarżenie postanowienia sądu wstrzymuje jego wykonanie (a więc wstrzymuje zniszczenie utrwalonych zapisów rozmów). Stanowi to przykład bezwzględnej suspensywności.

Należy wspomnieć, że organem odwoławczym od postanowienia prokuratora jest sąd, o czym przesądza treść art. 240 zd. 3 k.p.k. Właściwy pozostaje sąd ustalany według zasad ogólnych, tj. sąd powołany do rozpoznania sprawy w pierwszej instancji (zgodnie z art. 329 § 1 k.p.k.). Sądem powołanym do rozpoznania sprawy w pierwszej instancji, a dokonującym przewidzianych w ustawie czynności w postępowaniu przygotowawczym, w tym rozpoznającym zażalenia jest ten sąd, który byłby właściwy po wpłynięciu aktu oskarżenia (Drajewicz 2020).

Kluczową kwestią, ze względu na ochronę praw osób poddanych kontroli rozmów, stanowi analiza kryteriów, które są brane pod uwagę przez sąd rozpatrujący zażalenie. Art. 240 k.p.k. wprost wskazuje, że jest to kryterium legalności oraz kryterium zasadności. Najprościej rzecz ujmując zasadność wiąże się z koniecznością i celowością podsłuchu telefonicznego, natomiast legalność odnosi się do zgodności decyzji o podsłuchu z obowiązującym prawem (Skorupka 2011). D. Drajewicz powtarza tezę, że badanie legalności kontroli, to badanie jej zgodności z prawem. W szczególności chodzi o zbadanie jej zgodności z przepisami regulującymi jej zakres przedmiotowy i podmiotowy. Z kolei za badanie zasadności kontroli rozumie ocenę okoliczności faktycznych, które

uzasadniałyby zarządzenie kontroli rozmów. W szczególności podaje ocenę konieczności jej zarządzenia w świetle przesłanek jej dopuszczalności wymienionych z art. 237 §1 k.p.k., tj. potrzeby zarządzenia kontroli w sytuacji, gdy już uzyskano dowody dla toczącego się postępowania. Dodatkowo wskazuje, że odpowiednio odnosi się to do przesłanki przedłużenia kontroli rozmów zawartej w art.238 §1 k.p.k., tj. wystąpienia szczególnie uzasadnionego wypadku, czy ustalenia wypełnienia przesłanki wypadku niecierpiącego zwłoki (art. 237 §2 zd.1 k.p.k.), zezwalający prokuratorowi na zarządzenie kontroli rozmów (Drajewicz 2020). W literaturze przedmiotu stwierdza się ponadto, że zażalenie powinno być uwzględnione, w przypadku gdy w chwili podjęcia decyzji o kontroli i utrwalaniu rozmów była ona nielegalna lub bezzasadna. Ponadto powinno być to uczynione w momencie, gdy ujawnią się nowe okoliczności pozwalające na skuteczne gromadzenie dowodów w sprawie, pomimo pominięcia tego środka. Konsekwencją uwzględnienia zażalenia na postanowienie o stosowaniu podsłuchu jest obowiązek zniszczenia dotychczas zgromadzone materiały (Rogalski 2019).

W doktrynie podaje się, że osobą skarżącą może być strona albo osoba niebędąca stroną lub innym podmiotem uprawnionym do wniesienia zażalenia, w stosunku do której zarządzono kontrolę rozmów- między innymi osoba podejrzana, pokrzywdzony w postępowaniu sądowym, który nie ma statusu oskarżyciela posiłkowego lub inna osoba, z którą może się kontaktować oskarżony albo która może mieć związek ze sprawcą lub z grożącym przestępstwem. A więc są to osoby objęte katalogiem podmiotów zawartym w art.237§4 k.p.k. A *contario* zażalenie nie przysługuje osobie, która nie jest osobą wskazaną w postanowieniu o zarządzeniu kontroli, nawet jeśli jej rozmowy utrwalono. W orzecznictwie wysuwa się tezę, że zażalenie nie przysługuje małżonkowi osoby objętej kontrolą, gdyż postanowienie takie go nie dotyczy(Postanowienie SN z 19.01.2011 r., WZ 455/11). W literaturze przedmiotu fakt, że osobą skarżącą może być osoba, do której postanowienie wprost się odnosi, jest oceniany przez niektórych przedstawicieli doktryny krytycznie. Podnosi się, że w praktyce bardzo często dochodzi do sytuacji, w których, w przypadku zarządzenia kontroli, utrwała się rozmowy ludzi niezwiązanych w żadnym aspekcie ze sprawą. Osoby takie nie są uprawnione do otrzymania odpisu postanowienia o zarządzeniu, ani też nie przysługuje im możliwość zakwestionowania zasadności oraz legalności podsłuchu. Przywołuje się również orzecznictwo ETPC, który w jednym z orzeczeń postawił tezę, że ochrona na gruncie art. 8 Konwencji przysługuje każdej osobie, której treść rozmowy została utrwalona, niezależnie od tego, w stosunku do kogo została ona zarządzona i z czyjej linii telefonicznej była prowadzona rozmowa(Orzeczenie ETPC z dnia 24 sierpnia 1998 r. w sprawie Lambert przeciwko Francji, Skarga nr 46043/14, RJD 1998 V). Stąd też wskazuje się, że powyższym osobom przysługuje prawo do wniesienia skargi do ETPC o stwierdzenie naruszenia art. 8 EKPC(Dz. U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284 z późn. zm.), a w konsekwencji żądania odszkodowania(Szczechowicz 2009).

3. Podsumowanie

Podsumowując należy zauważyć, że obowiązek informacyjny, nałożony na ograny, wobec osób, których dotyczy postanowienie w przedmiocie kontroli jest kwestią złożoną. W doktrynie pojawiają się krytyczne głosy odnośnie możliwości odroczenia ogłoszenia postanowienia osobie do prawomocnego zakończenia postępowania. Przy ocenie należy mieć na uwadze przede wszystkim skuteczność w osiągnięciu celu podsłuchu, a ponadto możliwość złożenia zażalenia na postanowienie dotyczące kontroli i utrwalania rozmów. Oczywiście nie sposób nie zgodzić się, że kontrola dokonywana *ex post* nie przyniesie rezultatu w zakresie zaprzestania stosowania podsłuchu, który został zarządzony niezgodnie z wymogami legalności oraz zasadności. Gdyż już w momencie rozpoczęcia stosowania tej czynności dowodowej dojdzie do ingerencji w sferę tajemnicy komunikowania się. Jednakże uwzględnienie zażalenia odniesie pozytywny skutek w zakresie potwierdzenia naruszenia prawa, a w konsekwencji zasądzenia kompensaty za wadliwe działanie władzy publicznej. To rozwiązanie prawne nie jest w pełni skuteczne co do ochrony wolności i praw jednostki, przy czym inne ukształtowanie obowiązku informacyjnego, a w konsekwencji możliwość niezwłocznej kontroli postanowienia spowodowałoby, że instytucja podsłuchu byłaby pozbawiona immamentnej cechy tajności.

Dodatkowo należy wskazać, że w doktrynie podkreśla się, że zażalenie z art. 240 k.p.k. ma charakter szczególny ze względu na fakt, że z postanowieniami dotyczącymi podsłuchu związana jest, jak już wcześniej wskazywano, możliwość odroczenia doręczenia postanowienia. Niektórzy przedstawiciele doktryny stwierdzają, że może to budzić pewne wątpliwości co do zasadności dokonywania kontroli postanowień (Szczechowicz 2009). Natomiast nie można zapominać o tym, że istotnie kontrola dokonywana przez sąd ma znaczenie pomimo zrealizowana czynności. Przede wszystkim w zakresie oceny dochodzenia roszczeń cywilnych przez osobę, w której sferę wolności i praw ingerowano (Hofmański i Sadzik i Zgryzek 2011). Mając na uwadze specyfikę czynności podsłuchu procesowego (czy też podsłuchów w ogóle) to jego niezmienną i podstawową cechą jest właśnie niejawni charakter, który gwarantuje skuteczne pozyskiwanie informacji. Przy czym należy podkreślić, że zażalenie w istocie jest koniecznym instrumentem prawnym weryfikującym możliwość wykorzystania zapisów z kontroli jako dowodów w postępowaniu karnym, a ponadto jak już wyżej wspomniano w przypadku stwierdzenia nielegalności działań organów stanowi podstawę do dochodzenia roszczeń cywilnoprawnych. Wnosząc zażalenie jednostka ma możliwość potwierdzenia naruszenia prawa, a w konsekwencji zasądzenia odszkodowania za działanie władzy publicznej (uzyskania rekompensaty). Ponadto dochodzenie tych roszczeń pozwala na naprawienie szkody w ramach państwa stosującego podsłuch bez konieczności inicjowania sporów przed ETPC (Szczechowicz 2009).

4. Literatura

- Boratyńska KT, Czarnecki P (2018) Komentarz do art. 239 k.p.k. [w:] Sakowicz A (red.) Kodeks postępowania karnego. Komentarz, Legalis.
- Drajewicz D (red.) (2020) Kodeks postępowania karnego. Tom I. Komentarz. Art. 1- 424, Legalis.
- Dudka K (1998) Kontrola korespondencji i podsłuchu w polskim procesie karnym: 87.
- Hofmański P, Sadzik E, Zgryzek K (2011) Kodeks postępowania karnego. Komentarz, tom I: 223, 293.
- Kmieciak R (1986) Kontrola rozmów telefonicznych jako czynność procesowa i operacyjno-rozpoznawcza [w:] Groszczyk H, Dubel L (red.), Wybrane problemy teorii i praktyki i państwa i prawa: 223.
- Kulesza C (2018) Komentarz do art. 240 k.p.k. [w:] Dudka K (red.), Kodeks postępowania karnego. Komentarz, LEX/el.
- Osiecki W (1987) Kontrola rozmów telefonicznych w ustawodawstwie polskim, Nowe Prawo 1987 (9): 98-99.
- Paśnik J (1983) Zatrzymanie korespondencji i przesyłek pocztowych oraz utrwalanie rozmów telefonicznych w trybie art. 198 k.p.k., Problemy Praworządności 1983 (3): 38.
- Rogalski M (2019) Podsłuch procesowy i pozaprocessowy. Kontrola i utrwalanie rozmów na podstawie kpk oraz ustaw szczególnych: 116.
- Skorupka J (2011) Zgodność z prawem dowodów z podsłuchu telefonicznego na podstawie art. 237 k.p.k. [w:] Przyborowska-Klimczak A, Taracha A (red), Iudicium et scientia. Księga jubileuszowa Profesora Romualda Kmiecika: 629.
- Skorupka J (red.) (2020) Kodeks Postępowania Karnego, Komentarz., Legalis.
- Stefański RA, Zabłocki S (red.) (2019) Kodeks postępowania karnego. Tom II. Komentarz do art. 167-296, LEX/el
- Szczechowicz K (2009)., Podsłuch telefoniczny w polskim procesie karnym: 62-69, 141-142.

2. Instytucja podsłuchu procesowego a podsłuch operacyjny – analiza porównawcza

The eavesdropping in Polish legislation in comparative analysis

Jarocka Justyna

Uniwersytet w Białymstoku

Jarocka Justyna: justynajarocka96@gmail.com

Słowa kluczowe: kontrola i utrwalanie rozmów, kontrola operacyjna, postępowanie karne

Streszczenie

Za cel artykułu obrano omówienie kontroli i utrwalania rozmów (podsłuchu procesowego) będącego jednym z prawnie dopuszczalnych czynności dowodowych uregulowanych w Kodeksie postępowania karnego oraz dopuszczalnego w toku kontroli operacyjnej tzw. podsłuchu operacyjnego. Artykuł zawiera ukazanie najważniejszych różnic i podobieństw między wyżej wymienionymi środkami służącymi tajnemu pozyskiwaniu treści rozmów. W intencji Autorki omówienie to stanowi analizę porównawczą.

1. Wstęp

Tytułem wstępu należy zauważyć, że technologie rejestracji dźwięku stają się w realiach współczesnych coraz bardziej udoskonalanym i coraz częściej wykorzystywanym narzędziem służącym niejawniej inwigilacji. Sam podsłuch na gruncie polskiego ustawodawstwa nie został objęty definicją legalną, pomimo że zwraca się uwagę na fakt, że od dawna nie jest w Polsce zjawiskiem marginalnym (Tomkiewicz 2016). Z kolei w doktrynie trafnie definiuje się podsłuch jako tajne (tj. dokonywane bez wiedzy osób będących uczestnikami procesu komunikacji) uzyskiwanie lub utrwalanie treści rozmów prowadzonych przy użyciu środków łączności za pomocą urządzeń technicznych.

Wyróżnia się istnienie podsłuchu procesowego oraz podsłuchu pozaprocesowego, zwanego również podsłuchem operacyjnym. Ponadto można również wskazać, że doktryna wykształciła pojęcie podsłuchu aktywnego i biernego. Przez podsłuch bierny rozumie się kontrolowanie rozmów w taki sposób, który nie powoduje naruszenia (czyli pewnego rodzaju zmiany treści rozmowy). Przeciwnieństwem podsłuchu biernego jest podsłuch aktywny, podczas którego oprócz kontrolowania rozmów dochodzi do szeregu czynności mających na celu manipulowanie przedmiotem rozmowy, poprzez zmianę treści przekazywanych informacji lub naruszenie ich integralności. Należy zauważyć, że działalność organów zarówno w trybie pozaprocesowym, jak i procesowym wiąże się ze stosowaniem podsłuchu biernego, gdyż ten aktywny jest środkiem niedozwolonym (Dudka 1998).

2. Opis zagadnienia

W pierwszej kolejności należałoby przybliżyć ogólną charakterystykę podsłuchu procesowego i podsłuchu pozaprocesowego. Kontrola i utrwalanie rozmów telefonicznych, zwana również podsłuchem procesowym, to jedna z wielu prawnie dozwolonych czynności dowodowych, która jest zakwalifikowana jako ta o charakterze poszukiwawczym (Waltoś i Hofmański 2018). Jest to instytucja prawa karnego procesowego uregulowana w Kodeksie postępowania karnego z dnia 6 czerwca 1997 r. (Dz. U. 1997 Nr 89 poz. 555 ze zm.). Wszelkie regulacje dotyczące elementów składających się na konstrukcję podsłuchu procesowego zostały zawarte w rozdziale 26. k.p.k. umieszczonym w dziale V. k.p.k. poświęconym tematyce dowodów.

Podsłuch operacyjny jest jedną z dopuszczalnych czynności mieszczącą się w katalogu tzw. czynności operacyjno-rozpoznawczych. Przez czynności operacyjno – rozpoznawcze można określić system tajnych działań uprawnionych organów prowadzonych poza postępowaniem karnym, wykonywanych dla zapobiegania i zwalczania przestępczości i innych prawnie określonych zjawisk społecznych (Hanausek 1996).

Ścisłej podsłuch operacyjny jest używany w toku kontroli operacyjnej stanowiącej jedną z form czynności operacyjno-rozpoznawczych. W orzecznictwie wskazuje się, że kontrola operacyjna pozwala w szczególności na podsłuch osób i pomieszczeń, w tym chodzi o rozmowy za pośrednictwem telefonii stacjonarnej, bezprzewodowej (komórkowej) i internetowej, pozyskiwanie treści wiadomości tekstowych i multimedialnych przesyłanych za pomocą urządzeń telefonicznych oraz innych urządzeń służących do komunikowania się (Wyrok TK z 30.07.2014 r., K 23/11, cz. III, pkt. 6, Dz.U. z 2014 r. poz.1055.).

Należy zauważyć, że podstawową cechą wspólną obu podsłuchów jest przede wszystkim to, że za ich pomocą dochodzi do pozyskiwania informacji przekazywanych w drodze procesu komunikacji prowadzonego przez jednostki. Z kolei za podstawową różnicę uznaje się tę o charakterze formalnym. Mianowicie oba podsłuchy różni umiejscowienie w konkretnych ustawach, składających się na krajowy porządek prawny.

Podsłuch procesowy to czynność prawa karnego procesowego uregulowana w rozdziale 26. Kodeksu postępowania karnego w przepisach 237 i nn. Z kolei regulacji dotyczących materii podsłuchu nieprocesowego należy szukać w przepisach pozakodeksowych, a konkretniej w ustawach regulujących prace poszczególnych służb specjalnych uprawnionych do prowadzenia kontroli operacyjnej. W katalog powyższych ustaw wchodzi: Ustawa o Policji (Dz.U.2020.360ze zm.), Ustawa o zmianie ustawy o niektórych uprawnieniach pracowników urzędu obsługującego ministra właściwego do spraw wewnętrznych oraz funkcjonariuszy i pracowników urzędów nadzorowanych przez tego ministra oraz niektórych innych ustaw (Dz.U.2018.106 ze zm.), Ustawa o Straży Granicznej (Dz.U.2020.305ze zm.), Ustawa o Służbie Ochrony Państwa (Dz.U.2020.384ze zm.), Ustawa o Agencji Bezpieczeństwa Państwa (Dz.U.2020.27ze zm.), Ustawa o Służbie Kontrwywiadu Wojskowego (Dz.U.2019.687ze zm.), Ustawa o Żandarmerii Wojskowej i wojskowych organach porządkowych (Dz.U.2020.431ze zm.), Ustawa o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym (Dz.U.2019.1921ze zm.), Ustawa o Krajowej Administracji Skarbowej (Dz.U.2020.505ze zm.).

Kwestia ta jest logiczną konsekwencją kolejnych różnic – różnych celów podsłuchów oraz fazy procesu karnego, w którym mogą być one zastosowane. W przypadku podsłuchu pozaprocesowego należy zauważyć, że może on zostać zastosowany przed wszczęciem postępowania karnego, gdyż materiały zebrane podczas kontroli operacyjnej mogą stanowić impuls do wszczęcia postępowania oraz do pozyskiwania dowodów przestępstwa w drodze czynności procesowych (Kmieciak 1986). Może być zarządzone również w toku postępowania przygotowawczego toczącego się w fazie *in rem* i *in personam* oraz w postępowaniu jurysdykcyjnym równoległe do innych czynności procesowych. Ponadto dopuszcza się jego zastosowanie w toku postępowania, pomimo zarządzenia podsłuchu procesowego (Tomkiewicz 2016). Pogląd ten został powszechnie zaaprobowany przez przedstawicieli doktryny m.in. T. Grzegorzcyka (Grzegorzcyk 2014), S. Hoca (Hoc 1992), K. Boratyńską (Boratyńska 2012), D. Kaczorkiewiczza (Kaczorkiewicz 2011), E. Gruza i A. Rasz (Gruza i Rasz 2006). Powyższe nie wyklucza istnienia sporu w doktrynie, gdyż dla przykładu P. Tomaszewski (Tomaszewski 1992) i R.A. Stefański (Stefański 1998) nie dopuszczają takiej możliwości. W doktrynie podnosi się, że czynności operacyjno – rozpoznawcze, a więc też podsłuch operacyjny może być dokonywany nie tylko w związku z przestępstwem, lecz również może służyć gromadzeniu, rejestrowaniu, dokumentowaniu i analizowaniu wielu innych informacji służących rozpoznaniu zagrożeń przestępczością. Jego rola nie musi kończyć się wraz z podjęciem decyzji o zakończeniu postępowania karnego, bowiem mogą być one stosowane również po jego zakończeniu w razie np. niewykrycia sprawcy przestępstwa (Marszał i Stachowiak i Sychta i in. 2003). Z powyższego wynika, że funkcja podsłuchu pozaprocesowego nie jest powiązana ściśle z trwającym postępowaniem karnym. Natomiast tryb zarządzenia podsłuchu procesowego został uregulowany odmiennie, gdyż art.237§1 k.p.k stanowi, że możliwość pojawia się dopiero po wszczęciu postępowania karnego. Ponadto jego celem jest wykrycie dowodów dla toczącego się postępowania, zapobieżenie popełnieniu nowego przestępstwa lub wykrycie mienia zagrożonego przypadkiem (art. 237 § 1 i 3a k.p.k).

W uproszczeniu tryb zarządzania podsłuchu operacyjnego przedstawia się w następujący sposób. Organem właściwym do jego zarządzenia jest Sąd Okręgowy w Warszawie, który czyni to na pisemny wniosek szefa danej służby, złożony po uzyskaniu zgody Prokuratora Generalnego. Tego

typu procedura została uregulowana w przypadku takich służb jak Centralne Biuro Antykorupcyjne, Krajowa Administracja Skarbowa, Służba Ochrony Państwa oraz Biuro Nadzoru Wewnętrzny. Kompetencja w zakresie wnioskowania została przyznana Szefowi Centralnego Biura Antykorupcyjnego, Szefowi Krajowej Administracji Skarbowej, Komendantowi Służby Ochrony Państwa oraz Inspektorowi Nadzoru Wewnętrznego. Zgoła inaczej procedura została uregulowana w przypadku Policji. Rozróznilo dwa tryby złożenia wniosku. Uczynić to może Komendant Główny Policji, Komendant Centralnego Biura Śledczego Policji, Komendant Biura Spraw Wewnętrznych Policji po uzyskaniu pisemnej zgody Prokuratora Generalnego lub komendant wojewódzki policji, po uzyskaniu pisemnej zgody prokuratora okręgowego właściwego ze względu na siedzibę składającego wniosek organu Policji (Rogalski 2019). W przypadku procedur inicjowanych przez organy Żandarmerii Wojskowej oraz Służby Kontrwywiadu Wojskowego wnioski są rozpatrywane w ramach właściwych struktur wojskowego wymiaru sprawiedliwości (Tomkiewicz 2016). Z kolei podsłuch procesowy charakteryzuje jednolita podstawowa procedura zarządzania, gdyż zgodnie z art. 237 § 1 k.p.k. kontrolę zarządza sąd (właściwy do rozpoznania sprawy) na wniosek prokuratora. Wyżej wskazane tryby nie odnoszą się do tzw. wypadków niecierpiących zwłoki.

Kolejną różnicą jest kwestia zakresu przedmiotowego podsłuchów. W doktrynie podnosi się, że zakres przedmiotowy obu form kontroli w pewniej mierze pokrywa się, jednak kontrola operacyjna jest zdecydowanie szersza niż kontrola procesowa (Tomkiewicz 2016). Przykładowo w literaturze podaje się, że na gruncie art. 19 ust.1 pkt 8 ustawy o Policji można stosować kontrolę operacyjną w przypadku przestępstw ściganych na mocy umów międzynarodowych ratyfikowanych za uprzednią zgodą wyrażoną w ustawie, określonych w polskiej ustawie karnej (Tomkiewicz 2016). Ponadto różnicowanie związane jest z tym, że uprawnionymi do jej stosowania uczyniono szereg służb, wyspecjalizowanych w danych obszarach działalności państwa. Jednak zakres przedmiotowy kontroli operacyjnej pozostaje w ścisłym związku z pełnionymi zadaniami służb. Dla przykładu Agencja Bezpieczeństwa Wewnętrznego ma kompetencję do stosowania podsłuchu operacyjnego w celu rozpoznania, zapobiegania i wykrywania przestępstw, w celu uzyskania i utrwalenia dowodów tych przestępstw, w celu ujawnienia mienia zagrożonego przepadkiem w związku z tymi przestępstwami i ścigania ich sprawców. Należy przyjąć, że cel stosowania podsłuchu pozaprocesowego może zostać zróżnicowany na gruncie ustaw szczególnych, w taki sposób, aby dostosować ten środek do kompetencji konkretnej służby. Wyżej wskazane cele odnoszą się do przestępstw wskazanych w art. 27 ust. 1 ustawy o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego, są to np. przestępstwa przeciwko mieniu (rozdział XXXV k.k.), przestępstwa przeciwko obrotowi gospodarczemu i interesom majątkowym państwa w obrocie cywilnoprawnym (rozdział XXXVI k.k.) oraz przestępstwa przeciwko obrotowi pieniędzmi i papierami wartościowymi (rozdział XXXVII k.k.), o ile wskazane w tych rozdziałach przestępstwa godzą w interesy ekonomiczne państwa. W przypadku podsłuchu procesowego mamy wskazany w art. 237 § 3k.p.k. zamknięty katalog przestępstw, który wyznacza ramy przedmiotowe jego stosowania. Ponadto na gruncie k.p.k. przyjęto inne rozwiązanie redakcyjne, gdyż przestępstwa wymienione są w sposób opisowy, a nie poprzez wyliczenie rozdziałów k.k. czy konkretnych artykułów, wskazujących na penalizację danego czynu.

Przechodząc do zakresu czasowego owych czynności należy wskazać, że podsłuch procesowy może zostać zarządzony na trzy miesiące, z możliwością przedłużenia w szczególnie uzasadnionych wypadkach na kolejne trzy miesiące, na co wprost wskazuje art. 238 § 1 k.p.k. Ponadto należy zauważyć, że art. 238 § 2 k.p.k. wskazuje na konieczność niezwłocznego zakończenia podsłuchu, w przypadku gdy ustaną przyczyny jej zarządzenia. Również na gruncie ustaw szczególnych, w przypadku podsłuchu pozaprocesowego, podstawowym wyznacznikiem czasu trwania tej czynności jest okres trzech miesięcy, z możliwością przedłużenia o kolejne trzy miesiące. Natomiast istnieje możliwość ubiegania się o przedłużenie na następujące po sobie okresy, z których żaden nie może trwać dłużej niż 12 miesięcy. Powyższe rozwiązanie przyjęto na gruncie art. 27 ust. 8-9 ustawy o ABW. Inne ustawy szczególne również bazują na analogicznym unormowaniu zakresu czasowego stosowania kontroli operacyjnej.

Istotnym aspektem jest również tożsamy uregulowanie kwestii wykorzystania dowodów z kontroli operacyjnej oraz z podsłuchu procesowego. Chodzi o następującą kategorię dowodów, tj. dowód popełnienia przez osobę, wobec której kontrola operacyjna była stosowana, innego

przestępstwa ściganego z urzędu lub przestępstwa skarbowego innego niż przestępstwo objęte zarządzeniem kontroli operacyjnej lub przestępstwa ściganego z urzędu lub przestępstwa skarbowego popełnionego przez inną osobę niż objętą zarządzeniem kontroli operacyjnej. Kompetencję w zakresie podjęcia decyzji o wykorzystaniu dowodu w postępowaniu karnym pozostawiono w gestii prokuratora. O powyższym stanowi w odniesieniu do kontroli operacyjnej art. 168b k.p.k., a w odniesieniu do kontroli procesowej art. 237a k.p.k. Złożoną kwestią pozostaje fakt, że owe rozwiązania budzi w doktrynie niezliczone kontrowersje. Podnosi się między innymi, że oba przepisy pozostają w kolizji z konwencyjnym standardem rzetelnego procesu. Akcentuje się również, iż praktycy oraz teoretycy prawa zgodnie opowiadają się za bezwzględną koniecznością zastrzeżenia omawianych decyzji dla sądu (Gruszecka 2020). Temat wykorzystania dowodów na mocy art. 237a k.p.k. jest analogiczne do art. 168b k.p.k.

Wskazuje się również, że podstawową różnicą jest wskazanie ustawowych obowiązków informacyjnych, spoczywających na organach stosujących kontrolę wobec osoby, która została nią objęta. Przepis art. 240 k.p.k. wprost wskazuje na istnienie obowiązku informacyjnego. Natomiast w stosunku do osób, co do których pozyskano materiały zawierające dowody pozwalające na wszczęcie postępowania karnego lub mające znaczenie, podejrzany ma możliwość zapoznania się z nimi w ramach zaznajamiania się z materiałami postępowania (art. 321 k.p.k.). Nie wiąże się to jednak z pozytywnym obowiązkiem informowania danej osoby z własnej inicjatywy organu, na co wskazuje również w jednym z orzeczeń TK (Wyrok TK z 12.12. 2005 r. (K 32/04) Dz. U. z 2005, nr 250, poz. 2116).

Ponadto w przypadku kontroli procesowej zapisy, które nie mają znaczenia dla toczącego się postępowania podlegają zniszczeniu. W przypadku braku całkowitego znaczenia, po zakończeniu postępowania, na prokuratorze spoczywa obowiązek wynikający z art. 238§3 k.p.k. Prokurator ma obowiązek wnieść o zarządzenie zniszczenia wszystkich utrwalonych zapisów, a sąd powinien niezwłocznie zarządzić zniszczenie utrwalonych zapisów. Z wnioskiem o zarządzenie zniszczenia utrwalonych zapisów mogą wystąpić również inne podmioty, tj. osoba wskazana w postanowieniu sądu, wobec której kontrola została zarządzona. Uprawnienie to przysługuje nie wcześniej niż po zakończeniu postępowania przygotowawczego. W doktrynie podkreśla się, że zasady te nie obowiązują w przypadku materiałów pozyskanych w wyniku kontroli operacyjnej, o znaczeniu materiałów decydują same służby. Uprawnienia nadzorcze w tej kwestii nie przysługują prokuratorowi, sądowi czy innym podmiotom, wobec których stosowano kontrolę (Tomkiewicz 2016). Ponadto należy zwrócić uwagę, że w przypadku podsłuchu procesowego osoba podsłuchiwana ma możliwość żądania zbadania zasadności oraz legalności, gdyż zgodnie z art. 240 k.p.k. przysługuje jej zażalenie na postanowienie dotyczące kontroli i utrwalania rozmów. Dlatego też w doktrynie akcentuje się, że ustawodawca wyraźnie odmiennie uregulował sytuację prawną osób podsłuchiwanych w obu trybach, a w przypadku kontroli procesowej możemy mówić o występowaniu większych gwarancji procesowych (Tomkiewicz 2016). W doktrynie zróżnicowanie to rozpatrywane jest przez niektórych procesualistów w kontekście naruszenia zasady równości wobec prawa, która zakłada równe traktowanie podmiotów znajdujących się w analogicznej sytuacji. Jak na wstępie rozważań zaznaczono, istota obu podsłuchów w dużej mierze w konsekwencji prowadzi do tego samego - naruszenia wolności i tajemnicy komunikowania się poprzez niejawnie środki inwigilacji stosowane przez organy państwowe. Mając powyższe na uwadze na kanwie doktryny postawiono tezę, że obowiązujące w polskim porządku prawnym w zakresie regulacji podsłuchów przepisy zasadę równości w sposób oczywisty łamią (Tomkiewicz 2015).

3. Podsumowanie

Podsumowując należy zauważyć, że w gruncie rzeczy zarówno podsłuch procesowy jak i podsłuch pozaprocessowy są niejawnymi środkami pozyskiwania informacji przekazywanych w drodze procesu komunikacji międzyludzkiej. Podstawowymi różnicami są chociażby cele ich stosowania, gdyż w przypadku podsłuchu pozaprocessowego ich katalog jest znacznie szerszy, co usprawiedliwione jest chociażby samymi rozbudowanymi funkcjami czynności operacyjno – rozpoznawczych. Jak wyżej wskazano sama zależność stosowania podsłuchu pozaprocessowego w toku postępowania karnego w różnych fazach oraz równoległe do podsłuchu procesowego budzi

spory w doktrynie. Zakres przedmiotowy obu środków dowodowych jest uregulowany odmiennie przy założeniu szerszego katalogu przestępstw w przypadku stosowania kontroli operacyjnej. Co również należy wyjaśnić tym, że podmiotami uprawnionymi do stosowania kontroli operacyjnej są w istocie wyspecjalizowane służby. Sama procedura zarządzania podsłuchu pozaprocesowego jest analogiczna we wszystkich ustawach szczególnych. Procedura również w przypadku podsłuchu procesowego w istocie jest uregulowana precyzyjnie. Natomiast najistotniejszy wydaje się być fakt, że w przypadku obu podsłuchów organem decyzyjnym jest sąd. Jak wynika z powyższych rozważań sporą uwagę w doktrynie przywiązuje się również do tematyki pozycji osób, wobec których zarządzono kontrolę w kontekście przysługujących im praw podmiotowych, a w szczególności odmiennie uregulowanych środków prawnych tychże osób podsłuchiwanym w przypadku potencjalnego naruszenia procedury stosowania podsłuchów.

4. Literatura

- Boratyńska KT (2012) Czynności operacyjno-rozpoznawcze i ich relacje do procesu karnego: 180-183.
- Dudka K (1998) Kontrola korespondencji i podsłuchu w polskim procesie karnym: 60.
- Gruszecka D (2020) [w:] Skorupka J (red.), Kodeks postępowania karnego. Komentarz. Legalis.
- Gruza E, Rasz A (2006) Procesowo-kryminalistyczne aspekty podsłuchu, *Studia Iuridica* (46): 114-117.
- Grzegorzczak T (2014) Kodeks postępowania karnego. Tom I. Artykuły 1-467, Lex/el.
- Hanausek T (1996) Kryminalistyka. Zarys wykładu: 96.
- Hoc S (1992) Refleksje na marginesie art. 10 Ustawy o Urzędzie Ochrony Państwa, *Wojskowy Przegląd Prawniczy* (3): 31-39.
- Kaczorkiewicz D (2011) Czynności operacyjno-rozpoznawcze w postępowaniu karnym [w:] T Grzegorzczak (red.), *Funkcje procesu: księga jubileuszowa profesora J. Tylmana*: 209-220.
- Kmieciak R (1986) Kontrola rozmów jako czynność procesowa i operacyjno – rozpoznawcza [w:] Groszyk H, Dubel L, *Wybrane problemy teorii i praktyki państwa i prawa*: 224.
- Marszał K, Stachowiak S, Sychta K i in. (2003) *Proces karny*: 22–24.
- Rogalski M (2019) Podsłuch procesowy i pozaprocesowy. Kontrola i utrwalanie rozmów na podstawie kpk oraz ustaw szczególnych, *Lex/el*.
- Stefański RA (1998) [w:] Gostyński Z (red.), *Kodeks Postępowania karnego-komentarz*: 602.
- Tomaszewski P (1992) Uwagi do artykułu Refleksje na marginesie art. 10 Ustawy o Urzędzie Ochrony Państwa, *Wojskowy Przegląd Prawniczy* (3): 39-45.
- Tomkiewicz M (2015) Kontrola procesowa i operacyjna a ochrona praw podmiotowych osoby inwigilowanej w Polsce, *Profilaktyka Społeczna i Resocjalizacja* (25): 23.
- Tomkiewicz M (2016) Moc dowodowa podsłuchów nielegalnych, *Monitor Prawniczy* (9), Legalis.
- Tomkiewicz M (2016) Stosowanie kontroli operacyjnej w toku postępowania karnego, *Rocznik Nauk Prawnych Tom XXVI* (4): 120-124.
- Waltoś S, Hofmański P (2018) *Proces karny. Zarys systemu*: 383.

3. Osamotnienie jako czynnik wiktymizacji osób starszych

Loneliness as a risk factor of victimization of older people

Romanowska Agnieszka Urszula

Doktorantka w Katedrze Prawa Karnego i Kryminologii, Wydziału Prawa, Uniwersytetu w Białymstoku

Opiekun naukowy: prof. zw. dr hab. dr h.c. Emil W. Pływaczewski

Agnieszka Romanowska: aga.romanowska94@gmail.com

Słowa kluczowe: pokrzywdzenie, ofiara, podeszły wiek

Streszczenie

Celem niniejszego artykułu jest przybliżenie problematyki osamotnienia osób starszych, w kontekście podatności na stanie się ofiarą przestępstw. Autorka przybliżyła zagadnienia teoretyczne dotyczące samotności, marginalizacji społecznych osób starszych, a także kwestię wiktymizacji w kontekście kryminologicznym. Ponadto przedstawione zostały najczęstsze przestępstwa popełniane na szkodę osób starszych, tj. znęcanie się, kradzież oraz oszustwo, poparte danymi statystycznymi. Dokonano również krótkiej charakterystyki najbardziej rozpowszechnianych metod uzyskania środków pieniężnych od osób w podeszłym wieku. Powyższe zagadnienia są istotne także w kontekście starzenia się społeczeństwa.

1. Wprowadzenie

Podobnie jak jesień może być najpiękniejszą porą roku, tak i starość może być najlepszym okresem życia, w którym osiąga się życiową mądrość i czuje prawdziwy smak życia, a to, co się w życiu przeżyło, daje poczucie rzetelnego dzieła. Bywają jednak jesienie słotne i bezowocne, i starość też jałowa, bolesna, a nawet tragiczna być może.

Wiek starczy kojarzony jest głównie z rolą dziadków. Myśl o babci łączy się z obrazem uśmiechniętej kobiety czekającej na odwiedzinach swoich wnuków, zawsze przekonanej, że zjedli za mało. Dziadek to wesoły staruszek, zazwyczaj dogadujący babci. Oboje są już na emeryturze, mają mnóstwo czasu dla siebie i swoich rodzin. Niczym nie muszą się już przejmować, stresować ani martwić. Cieszą się szacunkiem ze strony najbliższego otoczenia. Czy tak jest w rzeczywistości?

Nie zawsze życie osoby starszej jest tak bez troski jak mogłoby się wydawać. Osoby starsze, tak jak inne grupy społeczne, stają się ofiarami przestępstw. Wraz z biegiem lat pojawiają się choroby, niedołężność, ograniczenia fizyczne i psychiczne. Słabości te, naturalne dla wieku starczego, powinny być pobudką do roztoczenia większej opieki i troski nad osobą straszącą. Tymczasem jednak, te same czynniki powodują, że staje się ona „doskonałą” ofiarą. Literatura dotycząca starości i jej wiktymologicznego charakteru, w porównaniu do innych zjawisk kryminologicznych, jest dosyć uboga. Chwilowe zwiększone medialne zainteresowanie tym zagadnieniem nastąpiło po serii kradzieży na szkodę osób starszych metodą na tzw. „wnuczka”. Generalnie zjawisko przestępczości wobec osób starszych to temat raczej niepopularny, często pomijany oraz lekceważony. Sytuacja ta może jednak ulec zmianie wraz z widoczną tendencją współczesnego świata jaką jest starzenie się społeczeństw. Każdego roku rośnie odsetek osób po 65. roku życia. Szacuje się, że do 2035 r. osoby w tym wieku będą stanowić 1/4 społeczeństwa. Do najważniejszych przyczyn tego zjawiska należą: wydłużenie czasu życia osób starszych oraz spadek liczby urodzeń, a także przesuwaniem średniego wieku rodzenia i tworzenia związków – w kierunku starszych roczników, wzrostem liczby rozwodów i związków nieformalnych.

2. Zagadnienia teoretyczne

Uczucie samotności dotyka każdego człowieka na przestrzeni lat jego życia. Osamotnienie definiujemy jako psychiczny aspekt samotności lub poczucie niemożności bycia zrozumianym przez innych, wyobcowanie pomimo istnienia fizycznych kontaktów z innymi. Należy jednak mieć na

uwadze, iż niekiedy przyczyną poczucia samotności jest czynnik związany ze społecznym wykluczeniem jednostki. Marginalizacja społeczna osób starszych wynika w głównej mierze z postrzegania grupy społecznej osób starszych jako niepełnowartościową. Główne powody takiego wizerunku to: zmniejszone umiejętności przystosowania się do szybkiego tempa życia i zmieniającego się otoczenia, idące za tym zmiany, zmiana języka (używanie przez młodych nowych słów, kolokwializmów, często zaczerpniętych z języka angielskiego), oraz postęp technologiczny oddziałujący na praktyczne wszystkie aspekty życia. Starsze osoby gubią się w natłoku nowości i trudno im się dostosować do zmian społecznych. E. Trafiałek wyróżnia kolejną kategorię wiekową, dzielącą starych od młodych, a mianowicie technologiczną. Według autorki o starości nie decyduje wiek kalendarzowy, ale utracenie zdolności przystosowania się do zmieniających się warunków życia, zarówno własnego, jak i społecznego. Kolejnym powodem marginalizacji osób starszych jest identyfikacja ludzi starszych z dawnym ustrojem. Realia życia, w jakich dorastali i żyli dziadkowie, mocno odcisnęły piętno na ich życiu, postrzeganiu świata i sposobie myślenia. Jak słusznie zauważa E. Trafiałek, „obecne pokolenie to pokolenie specyficzne, prawdopodobnie niepowtarzalne, pokolenie głęboko doświadczone przez historię, zintegrowane silnie umocowaną w świadomości wspólnotowością życia w określonych realiach społeczno-politycznych” (Trafiałek 2003). To pokolenie nauczone zostało pokory, akceptacji stanu rzeczy takim, jaki jest. Nie nagłaśnia swych potrzeb, nie zabiega o nowe prawa, o przestrzeganie praw już zagwarantowanych, nie artykułuje swoich potrzeb. Często widać to w kontaktach formalnych, np. z urzędnikami, czy też w relacjach z pracownikami służby kiedy seniorzy biernie zachowują się wobec złego traktowania (Dąbrowska 2011).

Człowiek ze swej natury jest istotą aktywną. Ta aktywność powinna utrzymywać się również w późniejszych latach życia, przede wszystkim dlatego, żeby człowiek czuł się potrzebny, realizował się, planował dalsze działania, przyjmował i osiągał dalsze cele. Aktywność, szczególnie kulturowo-oświatowa i ta związana z wykonywaniem różnych, niecodziennych czynności, przyczynia się do oświecenia i ta związana z wykonywaniem różnych, niecodziennych czynności, przyczynia się do oświecenia i ta związana z wykonywaniem różnych, niecodziennych czynności, przyczynia się do oświecenia i ta związana z wykonywaniem różnych, niecodziennych czynności, przyczynia się do oświecenia. Im więcej różnego rodzaju bodźców oddziałuje na człowieka, tym jego mózg jest bardziej stymulowany i sprawniejszy, a także zwiększają się możliwości adaptacyjne danej osoby do nowych sytuacji, czy działających bodźców

Kto i dlaczego staje się ofiarą przestępstwa od lat stanowi przedmiot badań psychologów i kryminologów, a także wiktymologów czyli badaczy koncentrującymi się na ofiarach oraz na badaniach prowadzonych nad zjawiskiem wiktyimizacji. Pojęcie to na gruncie wiktyimologii rozumiane jest jako każdy akt sprawiający, że dana osoba staje się ofiarą działania wymierzonego przeciwko niej, przy czym działanie to nie jest formą kary, a jest bardziej działaniem niezasłużonym, niesprawiedliwym i wywołującym poczucie krzywdy oraz cierpienia (Mirska 2003). Polska Karta Praw Ofiary definiuje: „ofiara to osoba fizyczna, której dobro chronione prawem zostało naruszone lub bezpośrednio zagrożone przez przestępstwo” (Pospiszyl 2003). Jednostki, które z jakichkolwiek powodów uległy wiktyimizacji, łączą zawsze pewne znamienne cechy wspólne: a) utrata cenionych dóbr, na przykład materialnych, lub strata wartości, jakimi mogą być zdrowie czy życie; b) strata ta jest niezasłużona, niesprawiedliwa i zawsze wiąże się z cierpieniem ofiary; c) ofiara zawsze jest środkiem służącym do realizacji jakiegoś celu (Hołyst 1997), na przykład dobra materialne, jakimi ofiara dysponuje (pieniądze, biżuteria, lub realizacja potrzeb psychicznych sprawcy). Starsi ludzie są preferowanym przez przestępców celem między innymi, ze względu na różnorodne upośledzenia fizyczne i psychiczne, ale również ze względu na swoistą izolację społeczną. W konsekwencji postrzegani są jako jednostki bezradne i samotne. Niejednokrotnie osamotnienie łączy się ze zgonem znajomych w podobnym wieku oraz segregacją grup wiekowych w naszym społeczeństwie. Uświadomienie sobie pokrzywdzenia przestępstwem następuje dopiero po pewnym czasie. Osoby starsze dużo słabiej mogą się bronić i mają większą trudność w kontakcie z organami ścigania. Z drugiej strony są atrakcyjni z tego powodu, że oczekuje się istnienia ich wcześniejszych oszczędności lub posiadania przez nich przedmiotów wartościowych, które są łatwo dostępne (tzw. oszczędności w pończosze), lub mogą zostać wymienione na pieniądze. Starzy ludzie w pierwszej kolejności padają ofiarami morderstw na tle rabunkowym, ale także wyłudzeń i oszustw (Kiefl i Lamnek 1986). Większy strach odczuwają osoby starsze mieszkające samotnie, aniżeli osoby żyjące

w społecznie zintegrowanych sąsiedztwach co niejako potwierdza hipotezę o samotności jako czynniku warunkującym możliwość wiktymizacji.

Już pół wieku temu H. von Hentig w swoim fundamentalnym dla powstania i rozwoju wiktymologii kryminalnej dziele *The Criminal and his Victim. Studies in the Sociobiology of Crime* wskazywał, że wiek jest znaczącym czynnikiem przy wyborze kogoś na przedmiot ataku przestępczego. Innymi słowy - stanowi on taki element charakterystyki socjodemograficznej, który w dużej mierze przesądza o stopniu zagrożenia przestępstwem. Wśród pięciu wyróżnionych przez siebie tzw. klas ogólnych ofiar, H. von Hentig wymienił obok kobiet, osób upośledzonych, niesprawnych i ociężałych umysłowo oraz imigrantów i przedstawicieli mniejszości narodowych, z jednej strony osoby młode, z drugiej zaś stare. Stworzył on również najbardziej znaną typologię odnoszącą się do indywidualnych cechach osobowości (Hołyst 1997), wśród których wyróżnił między innymi : jednostki depresyjne (the depressive) i apatyczne - osoby te swoim zachowaniem sygnalizują własną słabość i niezdolność do obrony, depresyjność ponadto może wiązać się z izolacją od otoczenia; ofiary samotna i ze złamanym sercem (the lonless and heartbroken). Powyższa klasyfikacja stanowi potwierdzenie tezy jakoby samotność stanowiła czynnik wiktymologiczny.

W kolejnej części niniejszego artykułu zostaną przybliżone najczęściej popełniane przestępstwa na osobach starszych. Analiza struktur przestępstw popełnianych na szkodę osób starszych wskazuje, że najczęściej stają się one ofiarami przestępstw przeciwko mieniu, przestępstw przeciwko rodzinie i opiece, przestępstw przeciwko wolności, wolności sumienia, życia oraz zdrowia. Najczęściej dochodzi zatem do znęcania się, kradzieży, oszustwa oraz przestępstw rozbójniczych. Jak pokazują dane statystyczne, na przykładzie miasta Białystok przestępstwo znęcania się w rodzinie w latach 2007-2009 najczęściej dotyczyło seniora (Tab. 1).

Tab. 1. Przestępstwo znęcania się w rodzinie na osobach starszych w latach 2006-2009 (Halicka i Halicki 2010).

Przestępstwo znęcania się nad rodziną	Liczba zdarzeń	Ofiara – 60 lat i więcej
2006	103	107
2007	101	90
2008	133	110
2009	71	49

Kolejnym przestępstwem popełnianym na szkodę osoby starszej jest kradzież (Tab. 2). Analizując liczbę stwierdzonych przestępstw kradzieży w 2013 roku na obszarze całego kraju, należy dostrzec, że zdecydowanie najczęściej zarówno na seniorach, jak i ogólnie popełniana była kradzież zwykła. Z przedstawionych danych wynika, że stanowi to 91,58%. Drugą najczęściej popełnianą formą zaboru mienia była kradzież energii lub karty uprawniającej do podjęcia pieniędzy z automatu bankowego.

Z kolei przestępstwo oszustwa na szkodę osób starszych wynosi w ogólnej statystyce 2,89% (Tab. 3). „Trend” na stosowanie oszustwa wobec osób starszych w celu osiągnięcia korzyści majątkowej staje się jednak coraz bardziej popularny, więc uzasadnione jest przypuszczenie, że odsetek ten będzie systematycznie wzrastał na przestrzeni kolejnych lat.

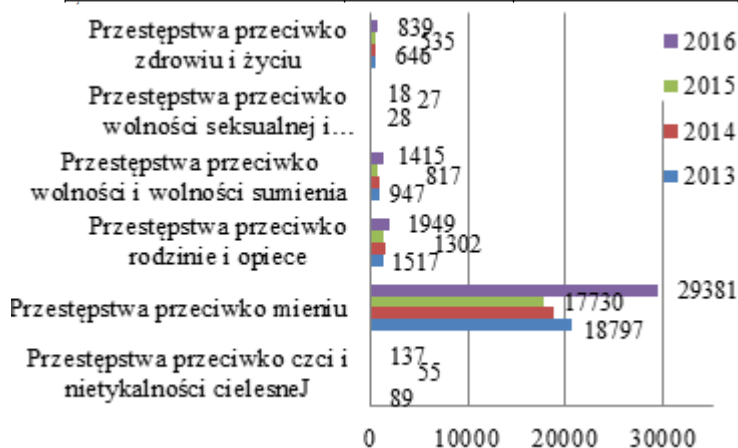
Poniżej przedstawiono najczęściej występujące przestępstwa na szkodę osób starszych (po 65 roku życia) w sposób zbiorczy, w latach 2013-2016 (Rys. 1). Charakterystycznym jest, iż największą liczbę przestępstw stwierdzonych stanowiły te przeciwko mieniu. W roku 2016 funkcjonariusze odnotowali 29 381 przestępstw przeciwko mieniu. Grupą wśród której zanotowano najmniejszą liczbę przestępstw stwierdzonych były przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajowości, których liczba stanowi kilkanaście przypadków rocznie. Niemniej jednak we wszystkich kategoriach czynów zabronionych na przestrzeni lat 2013-2016 odnotowano tendencję wzrostową.

Tab. 2. Liczba stwierdzonych przestępstw kradzieży na terenie Polski w 2013 r. (Wilk i Gołowkin - Hudała 2014).

Akt prawny – Kodeks Karny	Przestępstwa stwierdzone	Przestępstwa stwierdzone na szkodę osób starszych
Art. 278 § 1	179 158	8 382
Art. 278 § 1 w zw. z art. 278 § 5	15 359	477
Art.278 § 1 w zw. z art. 294 § 1	41	1
Art.278 § 1 w zw. z art. 294 § 2	6	0
Art.278 § 2 w zw. z art. 278 § 3	39	0
Art.278 § 2 w zw. z art. 294 § 1	2	0
Art.278 § 3 w zw. z art. 278 § 1	687	21
Art.278 § 3 w zw. z art. 278 § 5	338	9
RAZEM	195 630	8 890

Tab. 3. Liczba stwierdzonych przestępstw oszustwa na terenie Polski w 2013 r. (Wilk i Gołowkin - Hudała 2014).

Akt prawny – Kodeks Karny	Przestępstwa stwierdzone	Przestępstwa stwierdzone na szkodę osób starszych
Art. 286 § 1	92 409	2 691
Art. 286 § 1 w zw. z art. 294 §1	549	6
Art. 286 § 1 w zw. z art. 294 § 2	1	0
Art. 286 § 2	243	6
Art. 286 § 3	730	13
RAZEM	93 932	2 716

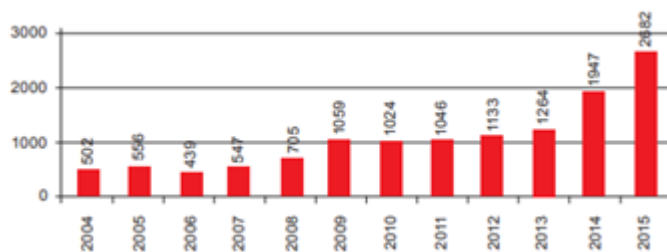


Rys. 1. Liczba przestępstw stwierdzonych w latach 2013-2016 ze wskazanych rozdziałów Kodeksu Karnego, w których pokrzywdzonym jest osoba powyżej 65 roku życia, źródło: opracowanie własne na podstawie danych Komendy Głównej Policji

Współcześnie najpopularniejszą metodą przestępczą jest metoda „na wnuczka”. Pierwszym krokiem jest wytypowanie pokrzywdzonego i zgromadzenie jak największej ilości informacji na jego bądź na jej temat. Najczęściej wybór pada na osoby mieszkające same, powyżej 60 roku życia. Sprawcy posługują się wieloma sposobami znalezienia idealnego kozła ofiarnego. Jednym z nich jest

użycie książki telefonicznej – są w niej poszukiwane osoby o imionach raczej nienadawanych współcześnie np. Mirosława, Nadzieja, Bolesław, Zdzisław. Kolejnym krokiem jest wykonanie telefonu do przyszłego pokrzywdzonego, przedstawiając się najczęściej jako wnuk czy wnuczka. Istotne jest, aby ofiara nie miała aktualnych informacji o danym członku rodziny. Posługując się wcześniej uzyskanymi informacjami, od np. sąsiadów czy kasjerki z pobliskiego sklepu, manipuluje rozmową tak, aby dowiedzieć się jeszcze więcej o ofercie. Czasem wystarczy tylko jeden telefon, a czasem rozmowy są prowadzone przez parę dni, aby osoba starsza była przekonana, że ma do czynienia ze swoim bliskim. Dopiero wtedy sprawca zaczyna nakłaniać swojego nieświadomego rozmówcę do przekazania pewnej sporej sumy pieniężnej na wymagowaną nagłą potrzebę, szczytny cel lub w związku z niespodziewanym zdarzeniem (Niska 2014).

Poniżej przedstawiono liczbę przestępstw oszustwa metodą „na wnuczka/policjanta” w Polsce na przestrzeni lat 2004-2015. Wyraźnie widoczna jest tendencja wzrostowa tego typu przestępstw, począwszy od 502 w roku 2004 do 2682 w roku 2015, co stanowi pięciokrotny wzrost. Jak podaje Komenda Główna Policji, osobami pokrzywdzonymi oszustem metodą „na wnuczka” są osoby w wieku 50-97 lat, a blisko 60% stanowią osoby które ukończyły 70 rok życia. Ponadto większość tego typu przestępstw popełniana jest w dni robocze, w godzinach 8 – 18, ze względu na fakt, że w tym czasie w miejscu zamieszkania przebywają jedynie seniorzy, a pozostali domownicy są nieobecni ze względu na aktywność zawodową czy szkołę (Jewratowski 2016).



Rys. 2. Liczba przestępstw oszustwa metodą „na wnuczka”/ „na policjanta” w Polsce w latach 2004-2015 (Komenda Główna Policji).

Warto zaprezentować niektóre z możliwych metod (Wojciechowski i Hausman 2010) uzyskania środków pieniężnych, na szkodę osób starszych:

- „na pomoc społeczną” — głównym sposobem działania oszusta jest podawanie się za pracownika opieki społecznej, który informuje właściciela mieszkania, że została mu przyznana zapomoga w określonej kwocie; jej wypłata jednak będzie możliwa dopiero po rozmiennieniu pieniędzy przez właściciela mieszkania; osoba, która zgadza się na przedstawione warunki, nieświadomie wskazuje oszustowi, gdzie trzyma swoje pieniądze; następnie sprawca pod pozorem na przykład pragnienia prosi osobę o podanie szklanki wody; gdy właściciel mieszkania wychodzi do kuchni, złodziej okrada mieszkanie;
- „na gazownię” — oszust podaje się za pracownika gazowni (w innym przypadku może również podawać się za pracownika administracji), okazując sfalszowane dokumenty; wynika z nich, że lokator musi dopłacić pieniądze za gaz (albo za mieszkanie); w tej sytuacji ofiara wyjmuje pieniądze, w związku z czym pokazuje, gdzie trzyma swoje oszczędności; następnie fałszywy inkasent odwraca uwagę lokatora, nakazując mu wykonanie jakiejś czynności, na przykład odczytu wskazań z licznika, a sam w tym czasie dokonuje zaboru pieniędzy ze wskazanego przez lokatora miejsca;
- „na handlarza” — oszuści pod pozorem podawania się za akwizytorów, proszą o możliwość prezentacji przyniesionego z sobą produktu; kiedy zostaną wpuszczeni do mieszkania, jeden z „akwizytorów” zachwala swój produkt, drugi nagle musi na przykład wyjść do toalety i w tym czasie plądruje pozostałe pomieszczenia, poszukując pieniędzy i biżuterii;
- „na kominiarza”, „na opłatek” — oszust proponuje lokatorowi zakup kalendarza kominiarskiego, opłatka lub innego rodzaju gadżetów; dostaje za te przedmioty pieniądze,

- często nieadekwatne do realnej wartości oferowanego towaru, jednak faktycznie nie jest ani kominiarzem, ani osobą reprezentującą Kościół upoważnioną do sprzedaży opłatka;
- e) „na zepsuty samochód” — oszuści w tym przypadku wybierają osobę mieszkającą w pobliżu „miejsca zdarzenia” i — udając załamanych i zrozpaczonych — informują ofiarę o poważnej awarii samochodu, jednocześnie prosząc o możliwość skorzystania z telefonu domowego; wykonują pozorowane połączenie telefoniczne do warsztatu samochodowego lub do swojego znajomego, a następnie udają jeszcze bardziej zrozpaczonych i załamanych; grając na emocjach, informują właściciela mieszkania, że nie wiedzą, co mają zrobić, bo bardzo się śpieszą, aby odholować samochód do warsztatu, jednak nie mają już wystarczających na ten cel pieniędzy i proszą właściciela o pożyczkę; często w tych przypadkach oferują zastaw w postaci na przykład posiadanych ze sobą sztuców w walizce lub sprzętu komputerowego, który przypadkiem mają w bagażniku samochodu, niejednokrotnie obiecując, że oddadzą gotówkę po kilku godzinach, w dodatku z procentem; kiedy oszuści dostaną swoje pieniądze, pożyczkodawca nigdy ich już nie zobaczy, a w późniejszym czasie zorientuje się, że wartość pozostawionych pod zastaw przedmiotów jest znikoma w porównaniu do pożyczonej kwoty)
 - f) „na rurę” — w tej sytuacji oszuści, podając się za pracowników administracji, informują właściciela mieszkania, że prawdopodobnie w mieszkaniu pękła rura i zalewa sąsiadów, przez co muszą oni sprawdzić, czy faktycznie jakaś rura w mieszkaniu nie przecieka; oszuści proszą właściciela o udanie się z nimi na przykład do łazienki, gdzie wspólnie odkręcają kurek, następnie wysyłają właściciela do kolejnego pomieszczenia z kranem, prosząc o jego odkręcenie i oczekiwanie na ich „hasło”, kiedy będzie można zakręcić kurek; w tej sytuacji lokator posłusznie wykonuje polecenia „pracowników administracji”, a w tym czasie złodzieje plądrują jego mieszkanie, okradając go.
 - g) „na kuferek” — metoda często stosowana w szpitalach lub w ich okolicy; oszust — wykorzystując lokalizację, podaje się za krewnego osoby, która uległa wypadkowi; twierdząc, że nie ma pieniędzy na opłacenie pilnej operacji ratującej życie członka rodziny, prosi o pożyczkę kilku tysięcy złotych; w zastaw oferuje kuferek z zawartością drogiej biżuterii lub obcej waluty w znacznej ilości; obiecuje przy tym zwrot pożyczonej kwoty ze znacznym procentem; po pewnym czasie osoba pokrzywdzona odkrywa, że została oszukana; w zastawionym kufierku znajdują się rulony pociętych gazet lub niewiele warta biżuteria.

Wydawać by się mogło, iż ryzyko wiktylizacji osób starszy zmaleje, jeśli wyparty zostanie czynnik osamotnienia. Jeżeli chodzi o to, co jednostka może zrobić sama, to najczęściej podaje się konieczność pozostawania wszechstronnie aktywnym i rozwijania własnych zainteresowań, co łączy się też po części z utrzymywaniem dobrych relacji z innymi ludźmi oraz członkami własnej rodziny. Istotną rolę w postrzeganiu swoich możliwości działania odgrywają z jednej strony stan zdrowia, a z drugiej sytuacja materialna osoby starszej. Jednocześnie podniesienie wysokości emerytur było jednym z kilku proponowanych instytucjonalnych rozwiązań na polepszenie jakości życia osób starszych. Warto wskazać iż, państwo może podejmować działania aktywizujące np. poprzez ułatwienie zatrudnienie osób starszych, które były zmuszone po osiągnięciu wieku emerytalnego odejść na emeryturę. Oczekiwania wobec państwa i władz koncentrują się na wspieraniu finansowym równego rodzaju organizacji seniorskich, przy czym osoby najbardziej osamotnione i schorowane myślały raczej o czymś na kształt osiedlowego klubu seniora, gdzie osoby starsze mogłyby się spotykać, czy też domu opieki z bardziej zindywidualizowaną opieką i lepszymi warunkami bytowymi.

3. Podsumowanie

Osamotnienie może stanowić istotny czynnik ryzyka pokrzywdzenia osoby starszej przestępstwem. Dotyczy to zarówno przemocy fizycznej, psychicznej oraz ekonomicznej. Osoba starsza poprzez osamotnienie staje się odizolowana od społeczeństwa. Konsekwencją jest zmniejszona czujność na zachowania przestępcze. Chwilowe zainteresowanie drugiej osoby na przykład fałszywego wnuczka, daje nadzieję na poprawę sytuacji życiowej, odzyskanie kontaktów rodzinnych, jednak faktycznie dochodzi do wiktylizacji przestępstwem. Profilaktyka samotności i poczucia osamotnienia osób starszych obejmuje działania ukierunkowane na jednostkę, krąg

rodzinny i najbliższe otoczenie aż po rozwiązania instytucjonalne. Postępowanie prewencyjne w samotności i osamotnieniu w wieku starszym powinno być zainicjowane już w okresie dzieciństwa obejmując szeroki zakres działań składających się na złożony proces wychowania do starości. Kwestie dotyczące wychowania i przygotowania do starości skupiają się wokół aktywności życiowej, rozwoju zainteresowań oraz podtrzymywania kontaktów społecznych. Wymienia się pięć zakresów aktywności wychowawczej tego zagadnienia a mianowicie zakres biologiczny, psychiczny, intelektualny, społeczny i ekonomiczny. Aktywności wychowawcze w wymienionych obszarach powinny przebiegać w ciągu całego życia, gdyż tylko wówczas możliwe jest zachowanie pozytywnej postawy wobec starości, dobrego stanu zdrowia i sprawności. W profilaktyce samotności osób starszych ważną rolę pełnią działania skierowane do dzieci i młodzieży, których celem jest kształtowanie pozytywnych postaw wobec osób starszych poprzez szeroko realizowaną edukację mającą na celu uwrażliwianie dzieci i młodzieży na potrzeby seniorów, wypracowanie komunikacji międzypokoleniowej, np. poprzez imprezy okolicznościowe, propagowanie wolontariatu, wzbogacenie programów nauczania w treści, które miałyby związek z kulturą czy tradycją, a których źródłem byłyby osoby w wieku starszym. Edukacja społeczna na temat tego, że wiek nie jest czynnikiem wpływającym na ograniczenie sprawności psychofizycznej może przyczynić się do zwiększenia akceptacji osób starszych i zmniejszenia dyskryminacji z powodu wieku. Ukazywanie starości jako wartości, zapoznavanie dzieci i młodzieży z obowiązkami i powinnościami etycznomoralnymi wobec osób starszych oraz z obowiązkami prawnymi i obyczajowymi związanymi ze starością może być szansą nie tylko na zmianę postrzegania starości i kształtowanie postawy tolerancji wobec seniorów, ale też może wpływać na przygotowanie młodego człowieka do przeżywania własnej starości.

4. Literatura

- Dąbrowska P (2011) Samotność osób starszych i sposoby jej przeciwdziałania, *Fides et ratio* Nr 6, 87.
- Halicka M, Halicki J (2010) Przemoc wobec ludzi starszych na przykładzie badań środowiskowych w województwie podlaskim, 27.
- Hołyst B (1997) *Wiktymologia*, 434 -440.
- Hudała M (2014) Prawne aspekty starości, 165.
- Jewratowski B (2016) Bezpieczeństwo osób starszych w kontekście oszustw metodą „na wnuczka” jako problem społeczny, *Studia Politicae Universitatis Silesiensis* T 17, 209.
- Kiefl W, Lamnek S (1986) *Soziologie des Opfers. Theorie, Methoden und Empirie der Viktimologie*, 186.
- Mirska N (2009) Podatność wiktyimizacyjna a samoocena i optymizm, *Bezpieczeństwo Teoria i Praktyka* nr 1-2, 137.
- Niska K (2014) Przewidywania przestępstwa kradzieży i oszustwa na szkodę osób starszych (w:) A. Wilk, *Gołównin-*
- Pospiszyl I (2003) Ofiary chroniczne. Przypadek czy konieczność, 57.
- Trafiałek E (2003) Polska starość w dobie przemian, 98.
- Wojciechowski M, Hausman M (2010) Oszustwa metodą „na wnuczka”. Rola analizy kryminalnej w procesie wykrywczym, *Policja* nr 3, 7.

4. Bezprawne samouwolnienie w świetle doktryny i orzecznictwa

Unlawful self-release in the context of doctrine and case law

Romanowska Agnieszka Urszula,

Doktorantka w Katedrze Prawa Karnego i Kryminologii, Wydziału Prawa, Uniwersytetu w Białymstoku

Opiekun naukowy: prof. zw. dr hab. dr h.c. Emil W. Pływaczewski

Agnieszka Romanowska: aga.romanowska94@gmail.com

Słowa kluczowe: penitencjarystyka, więzień, kodeks karny

Streszczenie

Celem niniejszego artykułu jest przybliżenie problematyki bezprawnego samouwolnienia. W pracy opisano podstawę prawną penalizacji przedmiotowego przestępstwa, tj. art. 242 Kodeksu Karnego z 1997 r. Metodami zastosowanymi w pracy są w głównej mierze: analiza literatury przedmiotu, danych statystycznych pochodzących od Policji oraz Centralnego Zarządu Służby Więziennej w zakresie ucieczki z terenu jednostki penitencjarnej, miejsca pracy lub konwoju. Ponadto cenne źródło stanowi orzecznictwo sądów powszechnych. Zdecydowany prymat w niniejszym dziele wątki karnomaterialne i kryminologiczne. Na wybór tematu wpłynął, fakt iż jest to jedno z najczęściej popełnianych czynów zabronionych z grupy przestępstw przeciwko wymiarowi sprawiedliwości. Konsekwencją zaistnienia przedmiotowego przestępstwa jest konieczność podejmowania przez organy ścigania i organy postępowania wykonawczego czynności związanych z poszukiwaniem zbiegów i doprowadzeniem ich z powrotem do miejsca izolacji. Sprawcy godzą bezpośrednio w autorytet władzy państwowej, a od skuteczności reakcji na te czyny zależy stopień osłabienia tego autorytetu. Jak wskazywał wybitny teoretyk państwa i prawa G. Jellinek, dopełnieniem władzy jest posłuszeństwo osób jej poddanych, bez którego nie mogłaby ona istnieć. Władza, która rozkazuje, nie będąc słuchaną, traci charakter władzy dominującej

1. Wstęp

Penalizacja zachowań polegających samouwolnieniu więźnia, który legalnie został pozbawiony wolności znana była od wieków. Już bowiem w starożytności m.in. w tytule trzecim księgi 48 Digestów – De custodia et exhibitioe reorum (dotyczącym strzeżenia oskarżonego), znajduje się przekaz Callistratusa, zgodnie z którym, jeśli osoby uwięzione w areszcie (carcer) zmówiły się w celu zerwania więzów i ucieczki, powinny być one ukarane niezależnie od przyczyny, z powodu której zostały aresztowane. Współczesne przepisy penalizujące przedmiotowe przestępstwo znalazły się w rozdziale XXX – „Przestępstwa przeciwko wymiarowi sprawiedliwości” Kodeksu Karnego z 1997 roku. W pierwotnym brzmieniu zapisane było: „Art. 242. § 1. Kto uwalnia się sam, będąc pozbawionym wolności na podstawie orzeczenia sądu lub prawnego nakazu wydanego przez inny organ państwowy, podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 2. § 2. Kto, korzystając z zezwolenia na czasowe opuszczenie zakładu karnego lub aresztu śledczego bez dozoru, bez usprawiedliwionej przyczyny nie powróci najpóźniej w ciągu 3 dni po upływie wyznaczonego terminu, podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do roku. § 3. Karze określonej w § 2 podlega, kto, korzystając z przerwy w odbywaniu kary pozbawienia wolności, bez usprawiedliwionej przyczyny nie powróci do zakładu karnego najpóźniej w ciągu 3 dni po upływie wyznaczonego terminu. § 4. Jeżeli sprawca czynu określonego w § 1 działa w porozumieniu z innymi osobami, używa przemocy lub grozi jej użyciem albo uszkadza miejsce zamknięcia, podlega karze pozbawienia wolności do lat 3.”. Artykuł 242 został na przestrzeni 20 lat zmieniony tylko raz. Na mocy ustawy z dnia 20 lutego 2015 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw dodano do art. 242 § 2 typizujące przestępstwo tzw. niepowrotu znamie korzystania z zezwolenia na czasowe opuszczenie zakładu psychiatrycznego dysponującego warunkami podstawowego zabezpieczenia (Poniatowski 2019).

Celem niniejszej pracy jest przybliżenie przestępstwa bezprawnego samouwolnienia, ze szczególnym wskazaniem znamion ustawowych, poglądów doktryny oraz orzecznictwa. Ponadto analiza danych statystycznych pozwala ukazać skalę zjawiska.

2. Przestępstwo bezprawnego samouwolnienia w świetle regulacji art. 242 Kodeksu Karnego z 1997r.

Przepis art. 242 k.k. stanowi występki samouwolnienia. W ramach jednego artykułu penalizowane są cztery typy czynów zabronionych, tj. samouwolnienie się osoby prawnie pozbawionej wolności: w typie podstawowym (§ 1) oraz kwalifikowanym przez działanie w porozumieniu z innymi osobami, użycie przemocy lub groźby jej użycia bądź też uszkodzenie miejsca zamknięcia (§ 4), nadużycie zezwolenia na czasowe opuszczenie zakładu karnego, aresztu śledczego bez dozoru albo zakładu psychiatrycznego dysponującego podstawowymi warunkami zabezpieczenia (§ 2), nieusprawiedliwione nie powrócenie z przerwy w odbywaniu kary pozbawienia wolności (§ 3).

Art. 242 k.k. umieszczone zostały w rozdziale XXX, zatytułowanym „Przestępstwa przeciwko wymiarowi sprawiedliwości”. Rodzajowym przedmiotem ochrony czyli dobrem prawnym wspólnym dla przestępstw zgrupowanych w rozdziale XXX k.k. jest zatem wymiar sprawiedliwości, precyzyjniej ujmując jego prawidłowe funkcjonowanie (Kunicka-Michalska 2010). Doktryna określa to jako zabezpieczenie wymiaru sprawiedliwości przed czynami utrudniającymi prawidłową realizację jego ustawowych zadań (Wojciechowski 2002), a ponadto ochronę sprawności, obiektywności oraz prawidłowości działania wymiaru sprawiedliwości (Śliwowski 1979). Wymiarem sprawiedliwości nazywamy ten aspekt władzy sądowniczej, który sprawowany jest przez sądy. W doktrynie prawa konstytucyjnego wskazuje się, że „wymierzanie sprawiedliwości” jest jedną z trzech podfunkcji władzy sądowniczej, tuż obok „osądzania prawa” i „orzekania o odpowiedzialności konstytucyjnej” (Sarnecki 2016). Zarówno orzecznictwo jak i doktryna nie ustaliła jasnego określenia powyższego pojęcia (Garlicki 2005). Istnieją dwa nurty dotyczące ujmowania istoty wymiaru sprawiedliwości. Pierwszy z nich (przedmiotowy) wskazuje, iż na wymiar sprawiedliwości składa się cała działalność państwa w zakresie rozstrzygania sporów o prawo, w których choć jedną ze stron jest jednostka (Garlicki 2014). Pogląd ten zyskał aprobatę linii orzeczniczej Trybunału Konstytucyjnego. Druga koncepcja (podmiotowa) skupia się na działalności sądów jako szczególnego rodzaju organów państwowych. Łącząc obie definicje należy stwierdzić, iż pod pojęciem wymiaru sprawiedliwości rozumiemy organy państwowe w postaci Sądu Najwyższego, sądów powszechnych, administracyjnych oraz wojskowych, których właściwością jest rozstrzyganie sporów o prawo, w sprawach cywilnych, karnych i administracyjnych poprzez dokonywanie jednostkowych decyzji władczych w zakresie praw i obowiązków podmiotów indywidualnych na podstawie norm generalnych i abstrakcyjnych (Winczorek 2008). Ponadto *sensu largo* w pojęciu tym zawrzemy rozstrzygnięcia prawne przez wszelkie inne organy (pozasądowe), którym na podstawie ustaw lub ratyfikowanych umów międzynarodowych przekazano władztwo publiczne w zakresie rozstrzygania tych spraw (Wyrok TK z dnia 13 stycznia 2015).

Określenie znamion strony przedmiotowej czynu z paragrafu pierwszego odnosi się do dwóch sytuacji, mianowicie uwolnienia się osoby prawnie pozbawionej wolności bądź uwolnienie się spod kontroli straży. Przepis przedmiotowego artykułu, w paragrafie drugim przewiduje odpowiedzialność karną tego, kto korzystając z zezwolenia na czasowe opuszczenie zakładu karnego lub aresztu śledczego bez dozoru albo zakładu psychiatrycznego dysponującego warunkami podstawowego zabezpieczenia, bez usprawiedliwionej przyczyny nie powróci najpóźniej w ciągu 3 dni po upływie wyznaczonego terminu. Korzystanie z zezwolenia na czasowe opuszczenie zakładu karnego lub aresztu śledczego bez dozoru, o którym mowa w tej regulacji, obejmuje swoim zakresem wszystkie legalne zwolnienia uregulowane w Kodeksie karnym wykonawczym, z wyjątkiem przerwy w odbywaniu kary, której dotyczy art. 242 § 3 k.k. Należy zaznaczyć, że zachowaniem kryminalizowanym jest cały okres bezprawnego pozostawiania na wolności, a więc okres od czwartego dnia liczonego od upływu wyznaczonego terminu powrotu do chwili faktycznego powrotu do zakładu penitencjarnego. Art. 242 § 4 k.k. przewiduje cztery odmiany typu kwalifikowanego

przestępstwa samouwolnienia. Sprawca podlega karze pozbawienia wolności do lat 3, jeśli: 1) działa w porozumieniu z innymi osobami, 2) używa przemocy lub 3) grozi jej użyciem albo 4) uszkadza miejsce zamknięcia. Poczynione wyżej uwagi dotyczące znamion strony przedmiotowej typu podstawowego z art. 242 § 1 k.k. mają tu pełne zastosowanie. W tym miejscu należy omówić więc znamiona charakterystyczne dla typu kwalifikowanego. Wszystkie one należą do strony przedmiotowej przestępstwa.

Czyny penalizowane w art. 242 § 1 i 4 k.k. mają charakter materialny (skutkowy), bowiem niezbędny do realizacji znamion jest skutek w postaci odzyskania przez sprawcę wolności. Ponadto można je popełnić wyłącznie w formie działania. Jeśli chodzi o występki z art. 242 § 2 i 3 k.k., to również mają charakter materialny, przy czym można je popełnić z zaniechania (Zgoliński 2020).

Przestępstwo stypizowane w art. 242 k.k. jest przestępstwem indywidualnym (*delictum proprium*) (Wolter 2019). Oznacza to, iż podmiotem popełniającym ten czyn jest osoba, której możemy przypisać pewną cechę (znajdująca się w szczególnej sytuacji, opisanej w ramach znamion tych przestępstw). Jest to także przestępstwo indywidualne właściwe, gdyż szczególna cecha podmiotu jest warunkiem karalności czynu. Sprawcą przestępstw z art. 242 § 1 i 4 k.k. może być wyłącznie osoba pozbawiona wolności i przebywająca w izolacji, choć stosowanej na podstawie różnych podstaw prawnych, np. na podstawie orzeczenia sądu lub prawnego nakazu wydanego przez inny organ państwowy. Sprawcą przestępstw z art. 242 § 2 k.k. może być zaś jedynie osoba korzystająca z zezwolenia na czasowe opuszczenie zakładu karnego, aresztu śledczego bez dozoru bądź zakładu psychiatrycznego dysponującego warunkami podstawowego zabezpieczenia. Sprawcą przestępstwa z art. 242 § 3 k.k. może być tylko osoba korzystająca z przerwy w odbywaniu kary pozbawienia wolności (Zgoliński 2020).

Przestępstwo samouwolnienia może być popełnione wyłącznie umyślnie, jedynie z zamiarem bezpośrednim (Śliwowski 1979). Koniecznym jest aby sprawca miał świadomość, że jest pozbawiony wolności na podstawie orzeczenia sądu lub prawnego nakazu wydanego przez inny organ państwowy i chce tę wolność odzyskać, to znaczy uwolnić się. W zakresie strony woluntatywnej art. 242 § 4 k.k. sprawca musi dodatkowo chcieć działać w porozumieniu z innymi osobami, używać przemocy lub grozić jej użyciem (czyli te okoliczności również muszą być objęte zamiarem bezpośrednim). Jeśli zaś chodzi o odmianę typu kwalifikowanego, która wiąże się z uszkodzeniem miejsca zamknięcia, to sprawca musi (oprócz świadomości odnoszącej się do znamion typu podstawowego) mieć świadomość, że jego zachowanie może doprowadzić lub doprowadzi do tego uszkodzenia (Poniatowski 2019). Przestępstwa niepowrócenia do miejsca izolacji mają charakter umyślny, z zamiarem bezpośrednim. Sprawca ma wtedy świadomość tego, że: 1) korzysta z zezwolenia na czasowe opuszczenie zakładu karnego lub aresztu śledczego bez dozoru, względnie z przerwy w odbywaniu kary pozbawienia wolności, 2) ma obowiązek powrócić do jednostki penitencjarnej w wyznaczonym terminie 3) nie zachodzi żadna okoliczność, która usprawiedliwiłaby zaniechanie powrotu – i w takiej sytuacji chce nie powrócić do miejsca izolacji. Wydaje się, że sprawca nie musi chcieć nie powrócić po upływie 3 dni od wyznaczonego terminu (Poniatowski 2019).

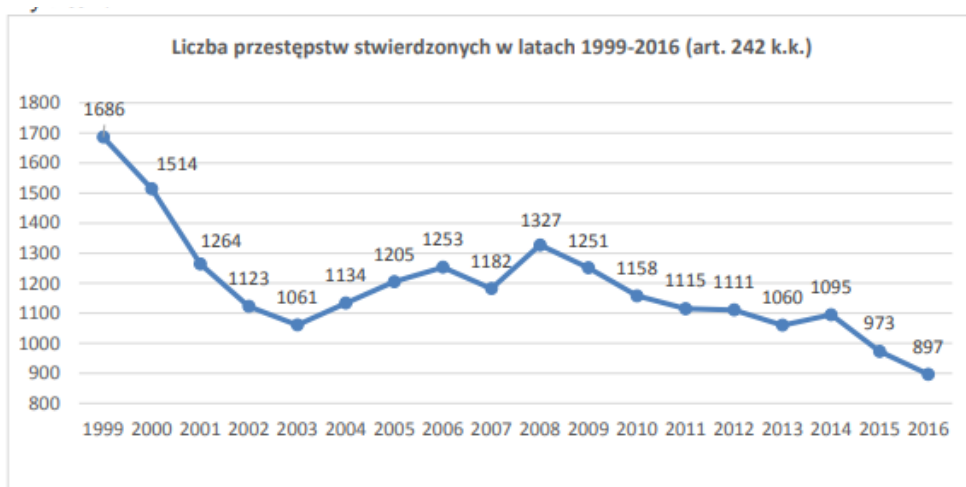
3. Przestępstwo bezprawnego samouwolnienia w świetle orzecznictwa

Należy wskazać, iż różnica pomiędzy poszczególnymi czynami penalizowanymi w art. 242 k.k. dotyczy trwałości. Przestępstwo z art. 242 § 1 nie jest trwałe, bowiem jego istota nie polega na przebywaniu na wolności, ale na bezprawnym uwolnieniu się (Wyrok SN z 20.12.1975). Z kolei judykatura jednoznacznie opowiedziała się za trwałością występków z § 2 i 3 przedmiotowego przestępstwa, szczególnie podkreślając, iż „z użytych w przepisie art. 242 § 3 k.k. słów «nie powróci do zakładu karnego najpóźniej w ciągu 3 dni po upływie wyznaczonego terminu», jak też z *ratio legis* tego przepisu wynika, że określone w nim przestępstwo ma charakter przestępstwa trwałego” (Uchwała SN z 17.03.2000). Kolejno Sąd Najwyższy stwierdził, że „w przepisach art. 242 § 2 i art. 242 § 3 k.k. ustawodawca określił jedynie to zachowanie sprawcy, które wywołuje stan bezprawności, a jako takie ma ono charakter zakończony i sprowadza się do niepowrócenia do zakładu karnego (także aresztu śledczego bądź zakładu psychiatrycznego dysponującego warunkami podstawowego zabezpieczenia) przed upływem określonego terminu. Tak wytworzony przez sprawcę

stan bezprawności jest przez niego utrzymywany aż do czasu dobrowolnego powrotu, bądź do chwili zatrzymania. W tym właśnie tj. w świadomym utrzymywaniu stanu bezprawności, wyraża się cecha trwałości omawianego typu przestępstwa” (Wyrok SN z 17.10.2000). Dodatkowo należy wskazać, iż art. 242 § 2 korzystanie z zezwolenia na czasowe opuszczenie zakładu karnego lub aresztu śledczego bez dozoru, o którym mowa art. 242 § 2, obejmuje swoim zakresem wszystkie legalne zwolnienia uregulowane w Kodeksie karnym wykonawczym, z wyjątkiem przerwy w odbywaniu kary, której dotyczy art. 242 § 3 k.k. Przy wykładni użytego na gruncie art. 242 § 2 k.k. pojęcia "dzień" konieczne jest odwołanie się do dyrektywy języka powszechnego i w konsekwencji przypisanie mu znaczenia, jakie ma ono właśnie w tym języku. Oznacza to, że pod pojęciem "dzień" należy rozumieć każdy 24-godzinny odcinek czasu, niezależnie od tego, w jakiej chwili rozpoczyna się jego liczenie (Wyrok SN z 28.06.2017). Wskazuje się, iż jest to co innego niż „dzień kalendarzowy”, tzn. pełny dzień, - termin używany niegdyś na gruncie art. 303 § 1-3 k.k. z 1969 r. Obliczenie terminu relatywnego z punktu widzenia znamion czynu zabronionego wiąże się z koncepcją *computatio naturalis (a momento ad momentum)*, która nakazuje uwzględniać nie tylko dzień, ale także godzinę i minutę zdarzenia. Jest to koncepcja charakteryzująca się dużą precyzją, a w taki właśnie sposób powinny być interpretowane przepisy materialnoprawne (Wyrok SN z 28.06.2017).

4. Przestępstwo bezprawnego samouwolnienia w świetle danych statystycznych

Statystyki policyjne obejmują swym zakresem lata 1999 – 2016, wobec czego właśnie ten czasokres zostanie poddany analizie (Rys. 1).



Rys. 1. Liczba stwierdzonych przestępstw z art. 242 k.k. w latach 1999-2016.

Jeśli chodzi o przestępstwa stwierdzone z art. 242 k.k., to należy zauważyć, że w latach 1999-2003 mieliśmy do czynienia z tendencją spadkową. W latach 2003-2006 trend był z kolei wzrostowy, jednakże liczba przestępstw stwierdzonych w 2006 r. i tak była o około 25% niższa od liczby takich przestępstw z roku 1999. Tendencja spadkowa zaczęła się znów w 2008 r. i trwała do 2016 r. Mimo to, liczba przestępstw stwierdzonych w 2016 r. stanowiła około 53% liczby przestępstw stwierdzonych w roku 1999. Należy mieć na względzie, iż w roku 2013 nastąpiło podzielenie statystyk policyjnych i prokuratorskich, wobec czego przedstawione liczby nie są do końca miarodajne. Należy uznać, iż generalna tendencja w odniesieniu do przedstawionego przestępstwa jest spadkowa.

Według danych Ministerstwa Sprawiedliwości w 1999 r. odnotowano 141 skazań z art. 242 § 1 k.k. W latach 2000-2004 liczba skazań utrzymywała się na zbliżonym poziomie (86 – 111 skazań rocznie). Po 2004 r. nastąpił gwałtowny wzrost liczby skazań – w 2008 r. wyniosła ona 383, a następnie spadek do 177 w roku 2013. Lata 2014-2015 odznaczyły się niewielkim wzrostem.

Natomiast liczba skazań w roku 2017 wyniosła 158, zaś w 2017 roku 138. Poniższe dane wskazują, iż liczba skazań za przestępstwo z art. . 242§ 1 k.k. utrzymywała się na relatywnie niskim poziomie. Jeśli porównamy liczbę skazań za przestępstwo z art. 242 § 2 k.k., to zauważyć można, że wahała się ona od 177 (2017 r.) do 773 (2000 r.). Generalna tendencja liczby skazań z wyżej wymienionego artykułu była spadkowa. Kolejno, liczba skazań za przestępstwo z art. 242 § 3 k.k. wynosiła pomiędzy 225 (1999 r.) a 444 (2011 r.). Charakterystycznym jest, iż w roku 2017 r. nastąpił dość znaczny spadek liczby skazań w stosunku do roku poprzedniego, który wiązał się najprawdopodobniej z korzystaniem przez osadzonych z przerwy w odbywaniu kary pozbawienia wolności. Ostatnie dane dotyczą liczba skazań za przestępstwo z art. 242 § 4 k.k. Wahały się one od 2 (2017 r.) do 25 (2001 r.), jednak ze względu na tak niewielką liczbę orzeczeń nie można dopatrywać się jakichkolwiek tendencji wzrostowych bądź spadkowych.

5. Podsumowanie

Na przestrzeni wieków samouwolnienie, które nie było kwalifikowane okolicznościami takimi jak na przykład użycie przemocy lub groźby albo uszkodzenie mienia, było karane dość rzadko. Wiązało się to z poglądem, że ucieczka jest przejawem naturalnego dla człowieka pędu do wolności. Nadto uważano, że dopiero naruszenie przez zbiega innych dóbr prawnych niż dobro w postaci powagi decyzji państwa o pozbawieniu wolności stanowi asumpt do uznania ucieczki za karygodną, na tyle, iż należy pociągnąć sprawcę do odpowiedzialności. Osoba skazana, która dopuszcza się bezprawnego samouwolnienia, naraża się na potrójną odpowiedzialność - karną, dyscyplinarną lub związaną z przeniesieniem do surowszego rygoru wykonywania kary. Na koniec należy zwrócić uwagę na kwestię społecznej szkodliwości samouwolnień. W większości przypadków sprawcy, którzy dopuszczają się tego czynu nie są bardzo niebezpieczni dla społeczeństwa. Jednostki niebezpieczne są bowiem osadzone w zakładach karnych typu zamkniętego, z których samouwolnienia stanowią marginalny odsetek. Należy zauważyć, iż osoba dokonująca samouwolnienia znajduje się w sytuacji kryminogennej, która wynika z konieczności ukrywania się, zdobycia środków utrzymania itp. Z drugiej strony, aby zachować się *incognito* i chcąc jak najdłużej zachować wolność, stara się nie zwracać na siebie uwagi, co powinno wiązać się z zaniechaniem podejmowania ryzykownych zachowań, a takim zachowaniem jest przecież popełnienie przestępstwa. Ustalenie rzeczywistej skali problemu jest zgoła trudne, choćby ze względu na fakt nieujawnienia części przestępstw. Pomimo to, należy iż penalizacja bezprawnego samouwolnienia jest konieczna, ze względu na respektowanie całego wymiaru sprawiedliwości, ale także ze względu na zachowanie ładu i porządku społecznego.

6. Literatura

- Garlicki L (2005) Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz. Tom IV: 2.
Garlicki L (2014) Polskie prawo konstytucyjne. Zarys wykładu: 322.
Kunicka-Michalska B (2010) Komentarz do artykułów 222- 316. Kodeks karny. Część szczególna TII: 139.
Poniatowski P (2019) Przestępstwa związane z odzyskaniem wolności przez osobę prawnie jej pozbawioną (art. 242 i 243 k.k.): 75 .
Sarnecki P (2016) Wstęp, art. 1-29.Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz. Tom I: 341.
Śliwowski J (1979) Prawo karne: 518.
Winczorek P (2008) Komentarz do Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997: 343.
Wojciechowski J (2002) Kodeks karny. Komentarz. Orzecznictwo: 446.
Wolter W (2019) Kodeks karny z komentarzem: 797.
Zgoliński I (2020) Art. 242 Kodeks karny. Komentarz, wyd. III.
Wyrok SN z 20.12.1975 r., II KRN 46/75, OSNKW 1976/2, poz. 27.
Wyrok SN z 17.10.2000 r., V KKN 370/00, LEX nr 50991.
Wyrok SN z 28.06.2017 r., III KK 35/17, OSNKW 2017/11, poz. 65.

Wyrok TK z dnia 13 marca 1996 r., K 11/95, OTK 1996, nr 2, poz. 9 oraz wyroki TK: z dnia 9 czerwca 1998 r., K 28/97, OTK 1998, nr 4, poz. 50, z dnia 8 grudnia 1998 r., K 41/97, OTK 1998, nr 7, poz. 117, z dnia 1 grudnia 2008 r., P 54/07, OTK-B 2008, nr 10, poz. 171.

Wyrok TK z dnia 13 stycznia 2015 r., SK 34/12 (OTK-A 2015, nr 1, poz. 1

Uchwała SN z 17.03.2000 r., I KZP 58/99, OSNKW 2000/3–4, poz. 23.

<http://statystyka.policja.pl/st/kodeks-karny/przestepstwprzeciwko11/63589,Samouwolnienie-sie-pozbawionego-wolnosci-art-242.htm>

<https://isws.ms.gov.pl/pl/baza-statystyczna/publikacje/download,2779,9.html>

5. Dogmatyczno-kryminologiczne ujęcie przestępstwa z art. 242 kodeksu karnego z 1997 r.

The dogmatic and criminological approach to the crime under Art. 242 of the Criminal Code of 1997

Omeljaniuk Justyna

Katedra Prawa Karnego i Kryminologii, Wydział Prawa, Uniwersytet w Białymstoku

Opiekun naukowy: prof. dr hab. Katarzyna Laskowska

Omeljaniuk Justyna: justyna1994onet.pl@onet.pl

Słowa kluczowe: wymiar sprawiedliwości, bezprawne samouwolnienie, niepowrót

Streszczenie

Niniejsze opracowanie poświęcone zostało przestępstwu z art. 242 kodeksu karnego z 1997 r. określanemu przez przedstawicieli doktryny jako bezprawne samouwolnienie oraz niepowrót. Przestępstwo to przedstawiono w ujęciu dogmatyczno - kryminologicznym. Dlatego też publikacja podzielona została na dwie części. W pierwszej - tj. dogmatycznej – na podstawie najnowszej literatury przedmiotu wskazano i dokonano krótkiej charakterystyki najważniejszych aspektów i rozumienia pojęć związanych z ustawowymi znamionami przestępstwa z art. 242 kk. W części kryminologicznej zaś, zamieszczono dane statystyczne ilustrujące liczbę postępowań wszczętych oraz przestępstw stwierdzonych z art. 242 kk. Dane te uzyskano ze strony internetowej Komendy Głównej Policji. Dotyczą one lat 1999-2016. Analiza wskazanych danych pozwoliła na podjęcie próby scharakteryzowania dynamiki badanego zjawiska.

1. Wstęp

Popelnienie przestępstwa pociąga za sobą konieczność ustalenia, kto jest jego sprawcą. Celem jest bowiem ukaranie takiej osoby. Działanie takie stanowi realizację podstawowych funkcji prawa karnego m.in. funkcji sprawiedliwościowej.

Nie ulega jednak wątpliwości, że sprawcy przestępstw nie chcą zostać ujęci przez organy ścigania. Nie po to podejmują bowiem ryzyko i dopuszczają się czynów zabronionych, aby mieli zostać ujęci przez organy ścigania i ukarani zwłaszcza karą pozbawienia wolności. Wiązałaby się ona przede wszystkim z odseparowaniem „świata zewnętrznego” tj. od rodziny, przyjaciół, znajomych na pewien dłuższy bądź krótszy okres czasu. Dlatego też gdy pomimo podjętych prób uniknięcia poniesienia odpowiedzialności (np. poprzez ukrywanie się, ucieczkę za granicę) - dochodzi do skazania – mogą pojawić się myśli o podjęciu próby nielegalnego opuszczenia miejsca odbywania kary. Jeżeli myśli te przerodzą się w działanie dochodzi do popelnienia przestępstwa z art. 242 kk (tzw. bezprawne samouwolnienie czy niepowrót).

Konieczność penalizacji jest tutaj jak najbardziej uzasadniona. Polski ustawodawca bezprawne samouwolnienie oraz niepowrót dosyć szeroko spenalizował w art. 242 kodeksu karnego z 1997 r. Nie może mieć bowiem miejsca sytuacja, w której bezprawne opuszczenie miejsca izolacji nie będzie pociągało za sobą żadnych konsekwencji prawnych.

Niniejsze opracowanie podzielone zostało na dwie części – dogmatyczną i kryminologiczną. W pierwszej - tj. w części dogmatycznej – wskazano i dokonano krótkiej charakterystyki najważniejszych aspektów w tym interpretacji pojęć związanych z ustawowymi znamionami obecnie obowiązującej regulacji przestępstwa z art. 242 kodeksu karnego z 1997 r.

W części kryminologicznej zaś, zamieszczono dane statystyczne ilustrujące liczbę postępowań wszczętych oraz przestępstw stwierdzonych z art. 242 kk odnotowanych w Polsce w latach 1999-2016. Dane te zamieszczone są na stronie internetowej Komendy Głównej Policji. Brak jest niestety danych najnowszych – tj. za lata 2017-2019.

2. Ustawowe znamiona przestępstwa bezprawnego samouwolnienia oraz niepowrotu w obecnie obowiązującej regulacji art. 242 kodeksu karnego z 1997 r.

Przestępstwo stanowiące przedmiot analizy niniejszego opracowania uregulowane zostało w art. 242 kodeksu karnego z 1997 r. (Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. - Kodeks karny. Dz.U. z 1997 r., nr 88, poz. 553) w Rozdziale XXX zatytułowanym *Przestępstwa przeciwko wymiarowi sprawiedliwości*.

Polski ustawodawca zdecydował się na następujące brzmienie tejże regulacji:

§1. Kto uwalnia się sam, będąc pozbawionym wolności na podstawie orzeczenia sądu lub prawnego nakazu wydanego przez inny organ państwowy, podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 2.

§2. Kto, korzystając z zezwolenia na czasowe opuszczenie zakładu karnego lub aresztu śledczego bez dozoru albo zakładu psychiatrycznego dysponującego warunkami podstawowego zabezpieczenia, bez usprawiedliwionej przyczyny nie powróci najpóźniej w ciągu 3 dni po upływie wyznaczonego terminu, podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do roku.

§3. Karze określonej w §2 podlega, kto, korzystając z przerwy w odbywaniu kary pozbawienia wolności, bez usprawiedliwionej przyczyny nie powróci do zakładu karnego najpóźniej w ciągu 3 dni po upływie wyznaczonego terminu.

§4. Jeżeli sprawca czynu określonego w §1 działa w porozumieniu z innymi osobami, używa przemocy lub grozi jej użyciem albo uszkadza miejsce zamknięcia, podlega karze pozbawienia wolności do lat 3.

W pierwszej kolejności należy wskazać, że rodzajowym przedmiotem ochrony jest funkcjonowanie wymiaru sprawiedliwości, którego interes narusza sprawca kiedy utrudnia wykonanie orzeczenia pozbawienia wolności (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 5.10.2000 r., sygn. II KKN 31/00, Legalis). Bezpośrednim przedmiotem ochrony jest zgodne z prawem wykonywanie orzeczenia sądu lub prawnego nakazu wydanego przez inny organ państwowy nakazującego pozbawienie wolności (Wiak 2019; Herzog 2020). Według orzecznictwa Sądu Najwyższego należy dopuścić możliwość ponoszenia odpowiedzialności przez sprawcę za przestępstwo z art. 242 kk popełnione za granicą (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 29.3.2011 r., sygn. III KK 365/10, OSNKW 2011, Nr 7, poz. 58).

Bezprawne samouwolnienie jest przestępstwem indywidualnym (Zalewski 2017) właściwym (Banaś-Grabek 2020). Oznacza to, że podmiotem może być jedynie osoba legalnie pozbawiona wolności, która przebywa w zamknięciu (patrz §1 i 4) albo korzysta z zezwolenia na czasowe opuszczenie zakładu karnego bądź aresztu śledczego, lub korzysta z przerwy w odbywaniu kary (patrz §2 i 3) (Herzog 2020; Wiak 2019).

Pozbawienie wolności należy interpretować jako odbywanie kary pozbawienia wolności (zasadniczej lub zastępczej), kary aresztu za wykroczenie, kary aresztu wojskowego, tymczasowe aresztowanie, umieszczenie w zamkniętym zakładzie tytułem środka zabezpieczającego i areszt ekstradycyjny stosowany względem cudzoziemców oraz zatrzymanie przez policję i inne uprawnione organy (Banaś-Grabek 2020; Gardocki i in. 2020).

Należy podkreślić, że pozbawieniem wolności nie jest orzeczenie o umieszczeniu w ośrodku wychowawczym. Wobec tego nie jest przestępstwem z art. 242 §1 kk zbiegnięcie nieletniego z ośrodka wychowawczego (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 22.10.2013 r., sygn. V KK 299/13, Legalis). Osobą pozbawioną wolności nie można określić również kogoś ujętego "na gorącym uczynku" w rozumieniu art. 243 KPK (Banaś-Grabek 2020; Wiak 2019).

Dyskusję pośród przedstawicieli doktryny wywołuje kwestia winy. Zdaniem K. Wiaka (2019) oraz W. Zalewskiego (2017) czynności sprawcze penalizowane w art. 242 §1-4 kk mogą zostać popełnione z winy umyślnej, tylko w zamiarze bezpośrednim. Z kolei M. Banaś-Grabek (2020) uważa, że występki określone w art. 242 §1, 2 i 3 kk mogą być popełnione umyślnie w obu postaciach zamiaru. A. Herzog (2020) zaś podzielał pogląd, dopuszczający zamiar ewentualny w odniesieniu do typów uprzywilejowanych tzw. niepowrotu z art. 242 §2 i 3 kk.

Bezprawne samouwolnienie jest rozumiane w orzecznictwie Sądu Najwyższego (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 23.9.1992 r., sygn. III KRN 129/92, OSNKW 1993, Nr 1–2, poz. 6) jako wydostanie się poza obręb miejsca zamknięcia lub spod dozoru. Znamiona tego przestępstwa wyczerpuje również oddalenie się skazanego z miejsca odbywania kary pozbawienia wolności w systemie dozoru elektronicznego (Kluza 2018). W okresie od 1.7.2015 r. do 15.4.2016 r. dozór elektroniczny nie był formą wykonywania kary pozbawienia wolności, lecz kary ograniczenia wolności, co może mieć znaczenie zgodnie z art. 4 §1 kk (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 21.6.2017 r., sygn. I KZP 3/17, Legalis).

Przestępstwo z art. 242 §1 kk jest dokonane z chwilą wyzwolenia się spod kontroli straży, to jest spowodowania stanu, w którym strażnicy muszą podjąć pościg za sprawcą, bo utracili z nim kontakt bezpośredni. Jak zauważył SA w Krakowie (wyrok z dnia 18.9.2003 r., II AKa 230/03, sygn. KZS 2003, Nr 10, poz. 13) nie ma znaczenia, jak długo trwa ten pościg (choćby krótki czas) ani że uciekający ma w tym czasie ręce skute kajdankami. Sprawca nie zmierza już do uwolnienia się spod straży, bo to już osiągnął, choć jest ścigany.

Czynność sprawcza penalizowana w art. 242 §2 kk polega na tym, że sprawca korzystający z zezwolenia na czasowe opuszczenie zakładu karnego, aresztu śledczego bez dozoru lub zakładu psychiatrycznego dysponującego warunkami podstawowego zabezpieczenia uchylaniu się od obowiązku stawienia się w nich najpóźniej w ciągu 3 dni po upływie wyznaczonego terminu. W literaturze przedmiotu czyn taki określany jest mianem „niepowrotu”. Warto w tym miejscu wspomnieć, że to nowelizacja Kodeksu karnego z 20.2.2015 r. (Ustawa z dnia 20 lutego 2015 r. o zmianie ustawy - Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw, Dz.U. z 2015 r. poz. 396) objęła zakresem karalności nieusprawiedliwione niepowrócenie do właściwego miejsca przez sprawcę korzystającego z zezwolenia na czasowe opuszczenie zakładu psychiatrycznego, dysponującego warunkami podstawowego zabezpieczenia (Wiak 2019).

Niepowrotem będzie także czynność sprawcza spenalizowana w art. 242 §3 kk polegająca na tym, że sprawca korzystając z przerwy w odbywaniu kary pozbawienia wolności nie powraca do zakładu karnego w celu dalszego odbywania kary pozbawienia wolności najpóźniej w ciągu 3 dni po upływie wyznaczonego terminu. Zarówno czynność sprawcza z §2 jak i §3 muszą zostać dokonane bez usprawiedliwionej przyczyny np. ciężkiej choroby, wypadku drogowego czy porwania (Zalewski 2017; Banaś-Grabek 2020).

Pomimo upływu trzydniowego terminu obowiązek powrotu sprawcy do wskazanych miejsc nadal istnieje. Przestępstwo zostaje zakończone dopiero z chwilą stawienia się sprawcy w tychże miejscach (Banaś-Grabek 2020). Obliczając termin nie wlicza się dnia, w którym przypadać miał termin powrotu. Termin zaczyna biec o godzinie 0.00 dnia następnego i kończy się o godzinie 24.00 dnia trzeciego (Zalewski 2017). Sąd Najwyższy (wyrok z dnia 28.6.2017 r., sygn. III KK 35/17, Prok. i Pr. 2017, Nr 9, poz. 7) zaś, wskazał, że „dzień” należy rozumieć *„każdy 24-godzinny odcinek czasu, niezależnie od tego, w jakiej chwili rozpoczyna się jego liczenie”*.

Czynności sprawcze przestępstwa w typie kwalifikowanym tj. z art. 242 §4 kk polegają na działaniach przewidzianych w §1. Znamionami kwalifikującymi będą: podjęcie tych działań w porozumieniu z innymi osobami, połączenie ich z użyciem przemocy lub groźby jej użycia, albo połączenie ich z uszkodzeniem miejsca zamknięcia. Celem wyjaśnienia należy wskazać, że porozumienie może dotyczyć nie tylko współwięźniów, ale też osób z zewnątrz. Uszkodzenie miejsca zamknięcia może polegać na m.in. przepiłowaniu krat, wyłamaniu drzwi, wybiceniu okien (Herzog 2020; Banaś-Grabek 2020, Gardocki i in. 2020).

Jak zauważa A. Herzog (2020) czyny z art. 242 §1 i 4 kk są przestępstwami z działania, zaś te z §2 i 3 są przestępstwami z zaniechania. Art. 242 kk penalizuje przestępstwo skutkowe (Zalewski 2017). W §1 i 4 skutkiem jest odzyskanie wolności przez sprawcę czynu, a w §2 i 3 - niepojawienie się sprawcy najpóźniej po upływie 3 dni od wyznaczonego terminu w zakładzie karnym lub areszcie śledczym (Herzog 2020).

Na koniec tej części opracowania trzeba również zaznaczyć, że wszystkie typy przestępstwa z art. 242 kk ścigane są z oskarżenia publicznego, z urzędu (Herzog 2020). Typ podstawowy przestępstwa z §1 kk zagrożony jest karą grzywny, ograniczenia wolności albo karą pozbawienia wolności do lat 2. Typy uprzywilejowane z §2 i 3 kk są zagrożone grzywną, karą ograniczenia

wolności albo karą pozbawienia wolności do roku. Kwalifikowany typ przestępstwa z §4 kk jest zagrożony karą pozbawienia wolności do lat 3. Jak wskazuje A. Herzog (2020) we wszystkich postaciach omawianego przestępstwa możliwe jest zastosowanie warunkowego umorzenia postępowania. Środki karne mogą być stosowane na zasadach ogólnych. Zagrożenie karne przewidziane w omawianym przepisie czyni aktualną dyrektywę prymat kar wolnościowych (art. 58 §1 kk). In concreto sąd może także odstąpić od wymierzenia kary, jeżeli orzeka jednocześnie środek karny, przepadek lub środek kompensacyjny, a cele kary zostaną w ten sposób spełnione (art. 59 kk).

3. Przestępstwo z art. 242 kk w Polsce w latach 1999-2016 w świetle danych statystycznych Komendy Głównej Policji

Dane statystyczne zamieszczone i analizowane w tej części opracowania pochodzą ze strony internetowej Komendy Głównej Policji (<https://statystyka.policja.pl/st/kodeks-karny/przestepstwa-przeciwko-11/63589,Samouwolnienie-sie-pozbawionego-wolnosci-art-242.html>). Obejmują one dwie kategorie danych tj. liczbę postępowań wszczętych oraz liczbę przestępstw stwierdzonych z art. 242 kk w Polsce w latach 1999-2016. Brak jest niestety danych nowszych tzn. za lata 2017-2019.

W pierwszej kolejności należy dokonać analizy danych dotyczących liczby postępowań wszczętych z art. 242 kk odnotowanych w Polsce w latach 1999-2016 (Tab. 1).

Tab. 1. Liczba postępowań wszczętych z art. 242 kk w Polsce w latach 1999-2016 w świetle danych statystycznych Komendy Głównej Policji (Dane Komendy Głównej Policji (<https://statystyka.policja.pl/st/kodeks-karny/przestepstwa-przeciwko-11/63589,Samouwolnienie-sie-pozbawionego-wolnosci-art-242.html>)).

Rok	Liczba postępowań wszczętych
1999	2624
2000	1887
2001	1446
2002	1393
2003	1315
2004	1463
2005	1532
2006	1651
2007	1720
2008	1613
2009	1495
2010	1430
2011	1417
2012	784
2013	1325
2014	1365
2015	1273
2016	1057

W pierwszej kolejności należy zauważyć, że brak jest jednolitej tendencji (spadkowej/wzrostowej) w przypadku danych przedstawionych w Tab. 1. Okresy spadku liczby postępowań wszczętych przypadły na lata 1999-2003, 2007-2012 oraz 2014-2016. W pozostałych okresach czasowych odnotowywano wzrost liczby postępowań wszczętych z art. 242 kk.

Najmniej postępowań wszczętych odnotowano w roku 2017. Było ich 784. W pozostałych latach statystycznych liczba tych postępowań wynosiła ponad 1000. Najwięcej postępowań wszczętych odnotowano w pierwszym roku statystycznym, czyli 1999 roku. Wtedy to wszczęto 2624 postępowań. W kolejnym roku statystycznym – tj. 2000 – liczba ta uległa znacznemu spadkowi do

poziomu 1887 postępowań wszczętych. W żadnym z kolejnych lat liczba ta nie została przekroczona. Średnio utrzymywała się ona na poziomie 1300 do 1500 postępowań wszczętych.

Następnie wskazane i poddane analizie zostaną dane dotyczące liczby przestępstw stwierdzonych z art. 242 kk odnotowanych w Polsce w latach 1999-2016 (Tab. 2).

Tab. 2. Liczba przestępstw stwierdzonych z art. 242 kk w Polsce w latach 1999-2016 w świetle danych statystycznych Komendy Głównej Policji (Dane Komendy Głównej Policji (<https://statystyka.policja.pl/st/kodeks-karny/przestepstwa-przeciwko-11/63589,Samouwolnienie-sie-pozbawionego-wolnoscii-art-242.html>)).

Rok	Liczba przestępstw stwierdzonych
1999	1686
2000	1514
2001	1264
2002	1123
2003	1061
2004	1134
2005	1205
2006	1253
2007	1182
2008	1327
2009	1251
2010	1158
2011	1115
2012	1111
2013	1060
2014	1095
2015	973
2016	879

W pierwszej kolejności należy zauważyć, że brak jest jednolitej tendencji (spadkowej/wzrostowej) w przypadku danych przedstawionych w Tab. 2. Okresy spadku liczby przestępstw stwierdzonych przypadły na lata 1999-2003, 2006-2007, 2008-2013 oraz 2014-2016. W pozostałych okresach czasowych odnotowywano wzrost liczby przestępstw stwierdzonych z art. 242 kk.

Najwięcej przestępstw stwierdzonych odnotowano w 1999 rok. Było ich 1686. Liczba postępowań wszczętych co do zasady utrzymywała się w przedziale 1100 do 1300 przestępstw stwierdzonych. Najmniej postępowań wszczętych odnotowano w roku 2016. Było ich 879.

Należy również zauważyć, że od 2015 r. liczba postępowań wszczętych z art. 242 kk spadła poniżej 1 tysiąca. Z kolei od 2014 zaczęto odnotowywać spadek liczby przestępstw stwierdzonych. Ze względu na brak danych statystycznych za lata 2017-2019 nie można stwierdzić czy tendencja ta utrzymała się również w latach kolejnych. Jest to dosyć istotny brak, ponieważ uniemożliwia określenie czy liczba przestępstw popełnianych z art. 242 kk uległa zmniejszeniu.

Na koniec należy dokonać porównania danych dotyczących liczby postępowań wszczętych oraz liczby przestępstw stwierdzonych z art. 242 kk odnotowanych w Polsce w latach 1999-2016 (Tab. 3).

Należy zauważyć, że liczba postępowań wszczętych w analizowanym przedziale czasowym była wyższa niż liczba przestępstw stwierdzonych z art. 242 kk. Wyjątek stanowił rok 2012, w którym liczba przestępstw stwierdzonych była o ponad 300 wyższa od liczby postępowań wszczętych. Różnica wydaje się spora. Oznaczać to może, że w 2012 r. ponad 300 przestępstw z art. 242 kk zostało ujawnionych przy okazji popełnienia innego przestępstwa.

Tab. 3. Porównanie liczby postępowań wszczętych oraz liczby przestępstw stwierdzonych z art. 242 kk w Polsce w latach 1999-2016 w świetle danych statystycznych Komendy Głównej Policji (Dane Komendy Głównej Policji (<https://statystyka.policja.pl/st/kodeks-karny/przestepstwa-przeciwko-11/63589,Samouwolnienie-sie-pozbawionego-wolnoscii-art-242.html>)).

Rok	Liczba postępowań wszczętych	Liczba przestępstw stwierdzonych
1999	2624	1686
2000	1887	1514
2001	1446	1264
2002	1393	1123
2003	1315	1061
2004	1463	1134
2005	1532	1205
2006	1651	1253
2007	1720	1182
2008	1613	1327
2009	1495	1251
2010	1430	1158
2011	1417	1115
2012	784	1111
2013	1325	1060
2014	1365	1095
2015	1273	973
2016	1057	879

Istotnym brakiem przedstawionych danych statystycznych jest nie tylko wskazany już wielokrotnie brak danych za lata 2017-2019, ale też brak wyszczególnienia przedstawianych danych z uwzględnieniem ilości przestępstw stwierdzonych z poszczególnych paragrafów artykułu 242 kk. Jak zauważono w dogmatycznej części niniejszego opracowania w analizowanej regulacji spenalizowano bezprawne samouwolnienie oraz niepowrót. Charakterystyka tychże czynności sprawczych (również dokonana w części dogmatycznej publikacji) pozwala zauważyć, że nie są to pojęcia tożsame. Dlatego też przy analizie dynamiki przestępstwa z art. 242 kk istotne byłoby określenie ile przestępstw z tego artykułu popełniono w formie samouwolnienia, czyli tzw. klasycznej ucieczki z miejsca izolacji, a ile przestępstw z art. 242 kk popełniono poprzez niepowrót w określonym terminie do miejsc wskazanych w §2 i 3.

Wydaje się, że łatwiej dokonać jest niepowrotu niż samouwolnienia. Przemawia za tym chociażby fakt, że więcej trudności osobie izolowanej sprawia opuszczenie miejsca izolacji, które jest strzeżone niż np. niestawienie się po upływie określonego terminu osobie korzystającej zezwolenia na czasowe opuszczenie miejsca prawnej izolacji. Jednakże bez konkretnych danych statystycznych rozważania te pozostają nadal niepotwierdzone. Osoby, które podejmują się pracy badawczej nad art. 242 kk, będą musiały zasięgnąć informacji statystycznej z innych źródeł np. Służby Więziennej. Jednakże ze względu na wymogi formalne celem niniejszej publikacji było dokonanie analizy ustawowych znamion przestępstwa z art. 242 kk oraz danych zamieszczonych na stronie Komendy Głównej Policji.

Nie ulega jednak wątpliwości, że analizowane dane wskazują na fakt, że w Polsce są popełniane czyny penalizowane w art. 242 kk i to w znaczącej ilości. Co prawda w wymiarze liczbowym jest ich popełnianych mniej niż np. przestępstwa kradzieży (porównaj <https://statystyka.policja.pl/st/kodeks-karny/przestepstwa-przeciwko-16/63961,Kradziez-art-278.html>). Ze względu jednak na okoliczność, że osoba „uciekająca” z miejsca izolacji (tj. popełniająca przestępstwo z art. 242 kk) mogła zostać skazana na tę karę izolacyjną za np. zabójstwo czy zgwałcenie, należy zauważyć, że osoba taka nie powinna bezkarnie dokonywać samouwolnienia czy niepowrotu.

4. Podsumowanie

Zachowania polegające na niepowrocie lub samouwolnieniu z miejsca izolacji prawnej są niezwykle szkodliwe dla prawidłowego przebiegu wykonywania kary. Funkcją kary jest bowiem m.in. sprawiedliwa odpłata za popełniony czyn. Ma to istotne znaczenie nie tylko dla poczucia sprawiedliwości pokrzywdzonego przestępstwem, lecz również dla ogółu społeczeństwa.

W części dogmatycznej niniejszego opracowania wskazano, że w art. 242 kk penalizowana jest nie tylko „ucieczka z więzienia”, ale też niepowrót w określonym terminie do różnych miejsc, w których może odbywać się izolacja prawna. Oznacza to, że krąg podmiotów mogących podlegać karze z tej regulacji jest bardzo szeroki.

Analiza danych statystycznych Komendy Głównej Policji pozwala wysnuć wniosek, że przestępstwo z art. 242 kk było popełniane w Polsce w latach 1999-2014 na poziomie ponad 1000 przestępstw stwierdzonych. Dopiero w latach 2015-2016 liczba ta spadła poniżej 1000. Niestety brak najnowszych danych statystycznych nie pozwala stwierdzić, czy nadal takowa tendencja się utrzymała. Wskazano również, że w policyjnych danych statystycznych nie wskazano szczegółowiej ile przestępstw stwierdzono z poszczególnych paragrafów art. 242 kk tj. z odrębnym uwzględnieniem sytuacji samouwolnienia i niepowrotu.

5. Literatura

- Banaś-Grabek M, w: Banaś-Grabek M, Gadecki B, Karnat J i in. (2020) Kodeks Karny. Część Szczególna. Art. 148–251. Komentarz. Wydawnictwo C.H.Beck. Legalis.
- Gardocki L, Gardocka T, Jagiełło D (2020) Kodeks Karny. Krótki komentarz dla studiujących. PWN.
- Herzog A, w: Stefański R (2020) Kodeks Karny. Komentarz. Wydawnictwo C.H.Beck. Legalis. <https://statystyka.policja.pl/st/kodeks-karny/przestepstwa-przeciwko-11/63589,Samouwolnienie-sie-pozbawionego-wolnosc-art-242.html>
- Kluza J (2018) Przestępstwo samouwolnienia się. Uwagi na tle orzeczeń Sądu Najwyższego o sygn. I KZP 11/16 oraz I KZP 3/17. Zeszyty Prawnicze 18(2).
- Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. - Kodeks karny, Dz.U. z 1997 r., nr 88, poz. 553.
- Ustawa z dnia 20 lutego 2015 r. o zmianie ustawy - Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw, Dz.U. z 2015 r. poz. 396.
- Wiak K, w: Grześkowiak A, Wiak K (2019) Kodeks Karny. Komentarz. Wydawnictwo C.H.Beck. Legalis.
- Wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 18.9.2003 r., sygn. II AKa 230/03, KZS 2003, Nr 10, poz. 13.
- Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 23.9.1992 r., sygn. III KRN 129/92, OSNKW 1993, Nr 1–2, poz. 6.
- Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 5.10.2000 r., sygn. II KKN 31/00, Legalis.
- Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 29.3.2011 r., sygn. III KK 365/10, OSNKW 2011, Nr 7, poz. 58.
- Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 22.10.2013 r., sygn. V KK 299/13, Legalis.
- Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 21.6.2017 r., sygn. I KZP 3/17, Legalis.
- Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 28.6.2017 r., sygn. III KK 35/17, Prok. I Pr. 2017, Nr 9, poz. 7.
- Zalewski W, w: Królikowski M, Zawłocki R (2017) Kodeks Karny. Część Szczególna. Tom II. Komentarz do artykułów 222–316. Wydawnictwo C.H.Beck. Legalis.

6. Dogmatyczno-kryminologiczne aspekty przestępstwa z art. 243 kodeksu karnego z 1997 r.

The dogmatic and criminological aspects of the crime under Art. 243 of the Criminal Code of 1997

Omeljaniuk Justyna

Katedra Prawa Karnego i Kryminologii, Wydział Prawa, Uniwersytet w Białymstoku
Opiekun naukowy: prof. dr hab. Katarzyna Laskowska

Omeljaniuk Justyna: justyna1994onet.pl@onet.pl

Słowa kluczowe: wymiar sprawiedliwości, uwolnienie, ułatwienie ucieczki

Streszczenie

Niniejsze opracowanie poświęcone zostało przestępstwu z art. 243 kodeksu karnego z 1997 r. określanemu przez przedstawicieli doktryny jako uwolnienia lub ułatwienia ucieczki osobie pozbawionej wolności. Przystępstwo to przedstawiono w ujęciu dogmatyczno-kryminologicznym. Dlatego też publikacja podzielona została na dwie części. W pierwszej - tj. dogmatycznej – najpierw wskazano historyczne uregulowania przestępstwa, które polski ustawodawca zawarł w kodeksie karnym z 1932 r. oraz kodeksie karnym z 1969 r. Następnie na podstawie najnowszej literatury przedmiotu wskazano i dokonano krótkiej charakterystyki najważniejszych aspektów związanych z ustawowymi znamionami przestępstwa z art. 243 kk. W części kryminologicznej zaś, zamieszczono dane statystyczne ilustrujące liczbę postępowań wszczętych oraz przestępstw stwierdzonych z art. 243 kk. Dane te uzyskano ze strony internetowej Komendy Głównej Policji. Dotyczą one lat 1999-2016. Analiza wskazanych danych pozwoliła na podjęcie próby scharakteryzowania dynamiki badanego zjawiska.

1. Wstęp

Pozbawienie wolności jest jednym z rodzajów kar przewidzianych w polskim kodeksie karnym z 1997 r. Oczywiście jest, że sprawcy przestępstw nie chcą zostać ujęci przez organy ścigania. Nie chcą oni przecież zostać ukarani. Gdy dochodzi jednak do skazania - sprawcy mogą próbować zbiec z miejsca odbywania kary. W procedurze tym może im pomagać inna osoba. Jest to jak najbardziej działanie, które budzi dezaprobatę pokrzywdzonego przestępstwem oraz ogółu społeczeństwa. Godzi ono, bowiem w realizację funkcji sprawiedliwościowej kary.

Dlatego też polski ustawodawca działanie takie spenalizował w art. 243 kodeksu karnego z 1997 r. Nie może mieć bowiem miejsca sytuacja, w której uwalnianie lub ułatwianie ucieczki z miejsca izolacji nie będzie pociągało za sobą żadnych konsekwencji prawnych. Są to zachowania godzące w dobro wymiaru sprawiedliwości. Karygodne nie tylko w odczuciu ustawodawcy, ale też społeczeństwa.

Niniejsze opracowanie podzielone zostało na dwie części. W pierwszej - tj. dogmatycznej – wskazano historyczne uregulowania przestępstwa, które polski ustawodawca zawarł w kodeksie karnym z 1932 r. oraz kodeksie karnym z 1969 r. oraz wskazano i dokonano krótkiej charakterystyki najważniejszych aspektów związanych z ustawowymi znamionami obecnie obowiązującej regulacji przestępstwa z art. 243 kodeksu karnego z 1997 r.

W części kryminologicznej zaś, zamieszczono dane statystyczne ilustrujące liczbę postępowań wszczętych oraz przestępstw stwierdzonych z art. 243 kk w Polsce w latach 1999-2016. Dane te uzyskano ze strony internetowej Komendy Głównej Policji. Brak jest niestety danych nowszych – tj. za lata 2017-2019.

2. Historyczne uregulowania przestępstwa uwolnienia lub ułatwienia ucieczki osobie pozbawionej wolności

Kryminalizacja czynów związanych z uwolnieniem czy ułatwianiem „ucieczki z więzienia” penalizowane były również we wcześniejszych kodeksach karnych, które obowiązywały w Polsce.

W kodeksie karnym Makarewicza z 1932 r. (Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 11 lipca 1932 r. - Kodeks karny, Dz.U. z 1932 r., nr 60, poz. 571) zachowania takie spenalizowano w art. 151 w następujący sposób: §1. *Kto osobę pozbawioną wolności na podstawie polecenia sądowego lub prawnego nakazu władzy publicznej uwalnia albo ułatwia jej ucieczkę podlega karze więzienia do lat 3 lub aresztu do lat 3.* §2. *Jeżeli sprawca działa nieumyślnie podlega karze aresztu do roku.*

W podobny sposób penalizacji dokonano w Kodeksie Karnym z 1969 r. (Ustawa z dnia 19 kwietnia 1969 r. Kodeks karny, Dz.U. z 1969 r., nr 13, poz. 94). Tam też art. 257 otrzymał następujące brzmienie: §1. *Kto osobę pozbawioną wolności na podstawie orzeczenia sądu lub prawnego nakazu wydanego przez inny organ państwowy uwalnia albo ułatwia jej ucieczkę podlega karze pozbawienia wolności do roku.* §2. *Jeżeli sprawca działa nieumyślnie podlega karze pozbawienia wolności do lat 2, ograniczenia wolności albo grzywny.*

Czynności sprawcze w obu wskazanych regulacjach były takie same tj. uwolnienie lub ułatwienie ucieczki. Różny był jednak wymiar kary przewidziany za ich popełnienie oraz nazewnictwo związane z podstawą prawną orzeczenia pozbawienia wolności. Warto zwrócić uwagę, że ustawodawca przewidział również możliwość popełnienia analizowanego przestępstwa z winy nieumyślnej, które zagrożone było karą łagodniejszą.

3. Ustawowe znamiona przestępstwa uwalniania lub ułatwiania ucieczki osobie pozbawionej wolności w obecnie obowiązującej regulacji kodeksu karnego z 1997 r.

W obecnie obowiązującym kodeksie karnym polski ustawodawca dokonał penalizacji przestępstwa uwalniania lub ułatwiania ucieczki osobie pozbawionej wolności w art. 243, który otrzymał następujące brzmienie, *Kto osobę pozbawioną wolności na podstawie orzeczenia sądu lub prawnego nakazu wydanego przez inny organ państwowy uwalnia lub ułatwia jej ucieczkę, podlega karze pozbawienia wolności do lat 3.*

W pierwszej kolejności należy zauważyć, że przestępstwo z art. 243 kodeksu karnego z 1997 r. (Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. - Kodeks karny, Dz.U. z 1997 r., nr 88, poz. 553) uregulowane zostało w Rozdziale XXX zatytułowanym Przeszępstwa przeciwko wymiarowi sprawiedliwości. Oznacza to, że rodzajowym przedmiotem ochrony jest interes wymiaru sprawiedliwości (Herzog 2020).

Bezpośrednim przedmiotem ochrony zaś, jak wskazuje W. Zalewski (2017), jest efektywność wykonania środków związanych z pozbawieniem wolności. Chodzi tutaj o egzekwowanie postanowień konkretnego orzeczenia sądu lub prawnego nakazu wydanego przez inny organ państwowy (Herzog 2020).

Podmiotem analizowanego przestępstwa może być każdy. Wynika to z faktu użycia przez ustawodawcę w treści przepisu zaimka „kto”. Jest to zatem przestępstwo o charakterze powszechnym (Gardocki i in. 2020). Zdaniem A. Marka (2007), sprawcą może być także współwięzień, pod warunkiem, że nie jest współsprawcą przestępstwa z art. 242 §4 kk (penalizuje ono przestępstwo bezprawnego samouwolnienia się osoby pozbawionej wolności na podstawie orzeczenia sądu lub prawnego nakazu wydanego przez inny organ państwowy). Kolejnym przykładem podawanym przez A. Marka (2007) jest też funkcjonariusz publiczny np. funkcjonariusz służby więziennej czy funkcjonariusz policji, który konwojuje osobę pozbawioną wolności. Należy jednak w tym miejscu podkreślić, że sprawcą przestępstwa z art. 243 kk nie może być sam pozbawiony wolności, którego się uwalnia lub któremu ułatwia się ucieczkę (Wiak 2019).

Przeszępstwo z art. 243 kk może być popełnione jedynie umyślnie (Herzog 2020). Strona podmiotowa obejmuje w tym przypadku zarówno zamiar bezpośredni, jak i zamiar ewentualny (Zalewski 2017; Szewczyk 2013; Mozgawa 2012). Polski ustawodawca odmiennie niż w przypadku kodeksu karnego z 1932 r., czy kodeksu karnego z 1969 r., w tym aspekcie zrezygnował z penalizacji nieumyślnego zachowania w art. 243 kk. Nie można jednak w tym miejscu nie zauważyć, że w sytuacji, gdyby sprawcą opisywanego przestępstwa był funkcjonariusz publiczny, mógłby on zostać pociągnięty do odpowiedzialności karnej na podstawie art. 231 § 3 kk. Mowa tutaj o przestępstwie nieumyślnego przekroczenia uprawnień lub niedopełnienia obowiązku, gdy wyrządził przy tym istotną szkodę (Herzog 2020).

Czynności sprawcze w przestępstwie z art. 243 kk mogą polegać na uwolnieniu osoby pozbawionej wolności lub też ułatwieniu jej ucieczki (Herzog 2020). Ustawodawca wskazał tutaj więc na dwa alternatywne zachowania, których może dopuścić się sprawca. Z kolei przedmiotem czynności wykonawczej jest krąg podmiotów, które mogą być podmiotami samouwolnienia się (Tyszkiewicz 2006) penalizowanego w art. 242 kodeksu karnego z 1997 r.

Pierwszą ze wskazanych przez ustawodawcę czynności sprawczych stanowi uwolnienie osoby pozbawionej wolności, które zdaniem W. Zalewskiego należy rozumieć, jako każde zachowanie, które prowadzić będzie do odzyskania wolności przez osobę jej pozbawioną. Jako przykład takiego zachowania można wskazać wydanie decyzji o zwolnieniu przez osobę nieuprawnioną. Uwolnienie dokonywane jest z chwilą odzyskania wolności. Do tego momentu zachodzić będzie jedynie usiłowanie tj. forma stadialna przestępstwa uregulowana w art. 13 KK (Zalewski 2017). Warto również zaznaczyć, że sprawca może działać samodzielnie lub współdziałać z osobą, którą uwalnia (Herzog 2020). W tym przypadku nie ma znaczenia długość okresu przebywania na wolności.

Niezwykle interesujący jest także fakt, że przedstawiciele doktryny już na gruncie uregulowań kodeksu karnego z 1932 r. podejmowali dyskusję, co do rozumienia pojęcia „ucieczka”. W tej kwestii wypowiedział się także Sąd Najwyższy wskazując, że poprzez to pojęcie należy rozumieć jako *„uchylanie się spod dozoru osób, którym powierzono wykonanie polecenie sądu lub nakazu władzy publicznej, przez wydobycie z miejsca zamkniętego lub spod władzy osób sprawujących dozór nad pozbawionym wolności, przy czym działanie zbiega ma na celu uniknięcie bezpośredniego niebezpieczeństwa utraty wolności do chwili, kiedy reakcja organów nadzorujących stała się bezskuteczna, a zaszła potrzeba wydania nowych zarządzeń zmierzających do ujęcia zbiega”* (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 26 listopada 1934 r., sygn. III K 1202/34, OSN 1935, Nr 6, poz. 234). Pomimo, że wskazane orzeczenie jest nienajnowsze, należy zauważyć, że linia orzecznicza w tym aspekcie nie uległa zmianie i na orzeczenie to nadal powołują się przedstawiciele doktryny (Wiak 2019; Zalewski 2017).

Wyróżnia się też kilka różnych faz ucieczki takich jak: rozpoczęcie ucieczki, okres trwania, zakończenie (Zalewski 2017). W przypadku art. 243 kk zdaniem przedstawicieli doktryny, akt ucieczki ograniczony jest do pierwszego jej fragmentu tj. uwolnienia, oddalenia się (Kunicka-Michalska i in. 1989). Współcześnie jak podaje R. Stefański pojęcie „ucieczka”, należy rozumieć, jako uwolnienie (oddalenie się), wyrażone jednak językiem bardziej potocznym (Stefański 2003).

W tej części opracowania należy dokonać następnie analizy drugiej czynności sprawczej, którą polski ustawodawca przewidział w art. 243 kk. Mowa tutaj o ułatwieniu ucieczki osobie pozbawionej wolności. Ułatwienie ucieczki w literaturze przedmiotu rozumiane jest, jako udzielenie w jakiegokolwiek postaci pomocy w dokonaniu ucieczki. Jak podaje K. Wiak (2019) przykładem tego zachowania może być dostarczenie narzędzi służących do samouwolnienia się lub udzielenie informacji o sposobach przełamania zabezpieczeń. Z kolei M. Banaś – Grabek (2020) jako przykład wskazuje, że ułatwienie ucieczki może polegać na zaniechaniu sprawowania nadzoru przez funkcjonariusza publicznego.

Jak podkreślał już W. Makowski (1932) pomoc w ucieczce może przybrać różne formy zarówno działania, jak i zaniechania. Może polegać na dostarczeniu środków w celu przekupienia straży, dostarczenia przebrania, przepiłowania krat, przedostania się przez ogrodzenie, wykonania podkopu itp. Ze strony Służby Więziennej ułatwienie może polegać na nieprzeszkodzeniu w ucieczce poprzez bierną postawę: nieściganie, niewłączenie alarmu itd.

Jak z kolei zauważył Sąd Najwyższy ułatwanie ucieczki *„polega na okazaniu pomocy uciekającemu więźniowi w jakiegokolwiek postaci aż do momentu uniknięcia bezpośredniego niebezpieczeństwa utraty odzyskanej wolności, a więc uniknięcia pościgu, wywołanego bezpośrednio wydobyciem się na wolność z zamknięcia lub spod władzy straży czy organów publicznego porządku i bezpieczeństwa”* (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 26 listopada 1934 r., sygn. III K 1202/34, OSN 1935, Nr 6, poz. 234). Należy zatem zaznaczyć, że pomoc ta powinna nastąpić przed, a najpóźniej w trakcie realizacji ucieczki. Jeżeli jest udzielona po dokonaniu ucieczki, może stanowić formę poplecznictwa z art. 239 kk (Wiak 2019). Ta postać czynu z art. 243 kk zakłada więc współdziałanie z osobą pozbawioną wolności, która sama podejmuje zamiar ucieczki (Stefański 2003).

Przestępstwo z art. 243 kk ma charakter materialny, inaczej - skutkowy. Tak przyjmuje się w doktrynie w odniesieniu do postaci tego czynu polegającej na uwolnieniu pozbawionego wolności. Jak wskazuje A. Herzog odmienny pogląd natomiast wyrażany jest wobec ułatwienia ucieczki (Herzog 2020).

Przestępstwo to zagrożone jest karą pozbawienia wolności do lat 3. Oznacza to, że pod względem ciężaru gatunkowego stanowi ono występki. Ustawodawca polski zdecydował, że będzie on ścigany oskarżenia publicznego, z urzędu (Herzog 2020).

4. Przestępstwo z art. 243 kk w Polsce w latach 1999-2016 w świetle danych statystycznych Komendy Głównej Policji

Dane statystyczne dotyczące przestępstwa z art. 243 kk znajdują się na stronie internetowej Komendy Głównej Policji (<https://statystyka.policja.pl/st/kodeks-karny/przestepstwa-przeciwko-11/63590,Uwolnienie-pozbawionego-wolnosc-art-243.html>). Dotyczą one liczby postępowań wszczętych oraz przestępstw stwierdzonych w Polsce w latach 1999-2016. Poniższa Tab. 1. ilustruje liczbę postępowań wszczętych z art. 243 kk w Polsce w latach 1999-2016. Niestety raporty statystyczne KGP nie zawierają danych statystycznych z lat 2017-2019.

Tab. 1. Liczba postępowań wszczętych z art. 243 kk w Polsce w latach 1999-2016 w świetle danych statystycznych Komendy Głównej Policji (Dane Komendy Głównej Policji (<https://statystyka.policja.pl/st/kodeks-karny/przestepstwa-przeciwko-11/63590,Uwolnienie-pozbawionego-wolnosc-art-243.html>)).

Rok	Liczba postępowań wszczętych
1999	6
2000	8
2001	8
2002	9
2003	14
2004	15
2005	11
2006	13
2007	13
2008	11
2009	12
2010	14
2011	7
2012	6
2013	4
2014	3
2015	7
2016	3

W pierwszej kolejności należy zauważyć brak jednolitej tendencji (wzrostowej/spadkowej) odnośnie postępowań wszczętych w Polsce w latach 1999-2016. Tendencje wzrostowe w przypadku liczby postępowań wszczętych odnotowywano w latach: 1999-2004, 2005-2006, 2008-2010, 2014-2015. W 2016 r. odnotowano spadek liczby postępowań wszczętych. Największą liczbę postępowań wszczętych odnotowano w 2014 r. Było to 15 postępowań. Najmniejszą zaś odnotowano – w 2014 r. i 2016 r. – odpowiednio po 3 postępowania.

Niestety ze względu na brak danych statystycznych za lata 2017-2019 – nie ma możliwości stwierdzenia, czy ta tendencja utrzymała się do chwili obecnej. Jest to dosyć istotny brak ze względu na fakt, że w 2016 r. odnotowano jedynie 3 przypadki postępowań wszczętych z art. 243 kk.

Tab. 2. ilustruje liczbę przestępstw stwierdzonych z art. 243 kk w Polsce w latach 1999-2016. Niestety dane statystyczne KGP nie zawierają danych statystycznych z lat 2017-2019.

Tab. 2. Liczba przestępstw stwierdzonych z art. 243 kk w Polsce w latach 1999-2016 w świetle danych statystycznych Komendy Głównej Policji (Dane Komendy Głównej Policji (<https://statystyka.policja.pl/st/kodeks-karny/przestepstwa-przeciwno-11/63590,Uwolnienie-pozbawionego-wolnosci-art-243.html>)).

Rok	Liczba przestępstw stwierdzonych
1999	11
2000	24
2001	13
2002	21
2003	22
2004	20
2005	12
2006	15
2007	20
2008	14
2009	14
2010	12
2011	13
2012	14
2013	4
2014	6
2015	4
2016	3

Na podstawie analizy danych zawartych w Tab. 2. należy stwierdzić, że brak jest jednolitej tendencji (wzrostowej/spadkowej) raportowanej liczby przestępstw stwierdzonych z art. 243 kk w latach 1999-2016.

Najwięcej przestępstw stwierdzonych odnotowano w 2000 r. tj. 24 przypadki. Najmniej zaś odnotowano w 2016 r. tj. 3 przestępstwa. Od 2014 r. dane statystyczne wykazywały tendencję spadkową. Niestety ze względu na brak danych za lata 2017-2019 nie ma możliwości stwierdzenia, czy taka tendencja się utrzymała, czy też liczba przestępstw stwierdzonych uległa wzrostowi.

20 i więcej przypadków przestępstw stwierdzonych odnotowano w latach 2000, 2002-2004 oraz 2007. W latach 1999-2014 liczby odnotowywanych przestępstw osiągały wartości dwucyfrowe. Od 2013 r. liczby te były jednocyfrowe, co mimo braku jednolitej tendencji wskazuje na fakt, iż w zasadzie można mówić o spadku przestępczości popełnianej na gruncie art. 243 kk.

Tab. 3. ilustruje porównanie liczby postępowań wszczętych oraz liczby przestępstw stwierdzonych z art. 243 kk w Polsce w latach 1999-2016. Niestety dane statystyczne KGP nie zawierają danych statystycznych z lat 2017-2019.

Porównując dane zawarte w Tab. 3. należy w pierwszej kolejności zauważyć, że co do zasady liczba postępowań wszczętych z art. 243 kk była niższa niż liczba przestępstw stwierdzonych. Oznaczać to może, że część przestępstw stwierdzonych nie została ujawniona na podstawie wszczętego postępowania stricte z art. 243 kk. Mogło to mieć miejsce np. w przypadku prowadzenia postępowania z tytułu popełnienia przez sprawcę innego przestępstwa czy zmiany kwalifikacji prawnej czynu, gdyby to okazało się, że osobie, która podjęła próbę „ucieczki z więzienia” ktoś jeszcze pomagał.

W 2010 r. i 2015 r. odnotowano więcej postępowań wszczętych niż przestępstw stwierdzonych. Sytuacja taka mogłaby być skutkiem trudności w udowodnieniu, że dana osoba popełniła przestępstwo z art. 243 kk, lub też jej czyn wypełniał znamiona innego przestępstwa, przez co konieczna była zmiana kwalifikacji prawnej. W latach 2013 i 2016 z kolei wykazano taką samą

liczbę postępowań wszczętych oraz przestępstw stwierdzonych. Oznacza to, że wszystkie z wszczętych postępowań potwierdziły popełnienie analizowanego przestępstwa.

Należy jednak zauważyć, że ilość przestępstw stwierdzonych odnotowanych w latach 2013-2016 rzeczywiście była bardzo mała, co stanowi pozytywną informację. Świadczy również o tym, że przestępstwo z art. 243 kk było bardzo rzadko popełniane.

Tab. 3. Porównanie liczby postępowań wszczętych oraz liczby przestępstw stwierdzonych z art. 243 kk w Polsce w latach 1999-2016 w świetle danych statystycznych Komendy Głównej Policji (Dane Komendy Głównej Policji (<https://statystyka.policja.pl/st/kodeks-karny/przestepstwa-przeciwno-11/63590,Uwolnienie-pozbawionego-wolnosc-art-243.html>)).

Rok	Liczba postępowań wszczętych	Liczba przestępstw stwierdzonych
1999	6	11
2000	8	24
2001	8	13
2002	9	21
2003	14	22
2004	15	20
2005	11	12
2006	13	15
2007	13	20
2008	11	14
2009	12	14
2010	14	12
2011	7	13
2012	6	14
2013	4	4
2014	3	6
2015	7	4
2016	3	3

5. Podsumowanie

Zachowania polegające na uwolnieniu, czy ułatwieniu innej osobie ucieczki z miejsca izolacji prawnej są niezwykle szkodliwe dla prawidłowego przebiegu wykonywania kary. Funkcją kary jest bowiem m.in. sprawiedliwa odpłata za popełniony czyn. Ma to istotne znaczenie nie tylko dla poczucia sprawiedliwości pokrzywdzonego przestępstwem, lecz również dla ogółu społeczeństwa. Dlatego też polski ustawodawca zdecydował się dokonać penalizacji czynów zmierzających ku temu, aby dana osoba mogła zbiec z miejsca odbywania kary.

Przepis art. 243 kk został sformułowany na tyle klarownie, że jego interpretacja nie budzi szerokich dyskusji wśród przedstawicieli doktryny. Nie jest to również *novum* w polskim ustawodawstwie, ponieważ we wcześniej obowiązujących kodeksach karnych taka regulacja również się znajdowała. Była nawet obszerniejsza niż ta obecnie obowiązująca. Zawierała bowiem również penalizację nieumyślnego działania sprawcy.

Analiza danych statystycznych Komendy Głównej Policji pozwala wysnuć wniosek, że przestępstwo z art. 243 kk nie było zbyt często popełniane w Polsce w latach 1999-2016. Oznacza to, że społeczeństwo tj. osoby trzecie nie chciały się angażować w działania mające na celu uwolnienie lub ułatwienie ucieczki osobie pozbawionej wolności. Jest to pozytywna informacja. Społeczeństwo bowiem oczekuje ukarania sprawców przestępstw i nie chce pomagać im w uniknięciu kary. Zapoczątkowana w 2014 r. tendencja spadkowa liczby przestępstw stwierdzonych również jest informacją pozytywną. Niestety brak najnowszych danych statystycznych nie pozwala stwierdzić, czy nadal takowa tendencja się utrzymała.

6. Literatura

- Banaś-Grabek M, w: Banaś-Grabek M, Gadecki B, Karnat J i in. (2020) Kodeks Karny. Część Szczególna. Art. 148–251. Komentarz. Wydawnictwo C.H.Beck. Legalis.
- Gardocki L, Gardocka T, Jagiełło D (2020) Kodeks Karny. Krótki komentarz dla studiujących. PWN.
- <https://statystyka.policja.pl/st/kodeks-karny/przestepstwa-przeciwko-11/63590,Uwolnienie-pozbawionego-wolnosc-art-243.html>
- Herzog A, w: Stefański R (2020) Kodeks Karny. Komentarz. Wydawnictwo C.H.Beck. Legalis.
- Kunicka-Michalska B, Andrejew I, Kubicki L i in. (1989) System Prawa Karnego. O przestępstwach w szczególności. t. 4. cz. 2. Ossolineum.
- Makowski W (1933) Kodeks karny 1932: komentarz. Część szczególna. nakładem Księgarni F. Hoesicka.
- Marek A (2007) Kodeks karny. Komentarz. Wolters Kluwer Polska.
- Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 11 lipca 1932 r. - Kodeks karny, Dz.U. z 1932 r., nr 60, poz. 571.
- Stefański RA (2003) Przestępstwo uwolnienia osoby pozbawionej wolności (art. 243 kk) Prokuratura i Prawo 2.
- Tyszkiewicz L, w: Górniok O (2006) Kodeks karny. LexisNexis.
- Ustawa z dnia 19 kwietnia 1969 r. - Kodeks karny, Dz.U. z 1969 r., nr 13, poz. 94.
- Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. - Kodeks karny, Dz.U. z 1997r., nr 88, poz. 553.
- Wiak K, w: Grześkowiak A, Wiak K (2019) Kodeks Karny. Komentarz. Wydawnictwo C.H.Beck. Legalis.
- Wyrok Sądu Najwyższego z 26.11.1934 r., III K 1202/34, OSN 1935, Nr 6, poz. 234.
- Zalewski W, w: Królikowski M, Zawłocki R (2017) Kodeks Karny. Część Szczególna. Tom II. Komentarz do artykułów 222–316. Wydawnictwo C.H.Beck. Legalis.

7. Zastosowanie klauzuli *rebus sic stantibus* w obliczu epidemii COVID - 19

Applying the clause *rebus sic stantibus* in the face of COVID - 19 epidemic

Gryguć Paulina Anna

Zakład Prawa Handlowego, Katedra Prawa Cywilnego i Handlowego, Wydział Prawa Uniwersytetu w Białymstoku

Opiekun naukowy: dr Renata Tanajewska

Gryguć Paulina Anna: paulinagryguc@gmail.com

Słowa kluczowe: nadzwyczajna zmiana stosunków, spełnienie świadczenia, nadmierna trudność, zagrożenie rażąca stratą, strona zobowiązania

Streszczenie

Artykuł stanowi syntetyczne omówienie klauzuli *rebus sic stantibus* wraz z analizą w przedmiocie skuteczności zastosowania tej instytucji w dobie epidemii COVID-19. Należy wskazać, iż klauzula *rebus sic stantibus* stanowi jedno z najbardziej problematycznych zagadnień cywilistycznych. Uregulowana kodeksowo instytucja o bardzo ogólnych przesłankach zastosowania, dająca szerokie uprawnienia sędziemu w zakresie ingerencji w stosunek zobowiązaniowy, nieustannie cieszy się dużym zainteresowaniem teoretyków prawa. Znamiennym jest, iż w okresie względnej stabilizacji stosunków społecznych i gospodarczych istnienie klauzuli w polskim porządku prawnym wydawało się mniej potrzebne i uzasadnione. Rola klauzuli wzrastała w okresie wstrząsów społeczno - gospodarczych. W obliczu panującej obecnie epidemii koronawirusa (COVID - 19) prowadzone są intensywne rozważania, co do możliwości modyfikowania przez sąd stosunków zobowiązaniowych w sytuacji nagłej, szybko rozprzestrzeniającej się epidemii w Polsce. Czy wybuch epidemii COVID - 19, wpływającej destrukcyjnie i destabilizująco na polską gospodarkę, a co za tym idzie - wywierającej negatywny wpływ na istniejące stosunki obligacyjne, można uznać za nadzwyczajną zmianę stosunków w rozumieniu art. 357¹ k.c.? A jeżeli tak, to czy klauzula *rebus sic stantibus* jest rzeczywiście skutecznym instrumentem prawnym, pozwalającym na niwelowanie negatywnych skutków epidemii? Zdaniem autora powyżej postawione pytania świadczą o ciągłej aktualności klauzuli *rebus sic stantibus*.

1. Wstęp

Tematyka wpływu nadzwyczajnej zmiany okoliczności na zobowiązania należy do jednych z najbardziej problematycznych zagadnień cywilistycznych w polskiej nauce prawa. Wydaje się, że jest to spowodowane w dużej mierze dość ogólną regulacją kodeksową, dającą szerokie pole do interpretacji, a przez to powodującą wiele wątpliwości w płaszczyźnie jej stosowania. Obecnie nie budzi już wątpliwości, iż w okresie pomiędzy powstaniem stosunku zobowiązaniowego a jego wykonaniem może nastąpić nadzwyczajna zmiana okoliczności skutkująca tym, że wykonanie zobowiązania byłoby dla stron nadmiernie utrudnione, groziłoby jednej z nich rażąca stratą lub nawet stałoby się nieopłacalne z ekonomicznego punktu widzenia. Nie zawsze jednak podchodzono do tej materii w równie jednolity sposób. Przez długi okres pojawiały się w tym zakresie wątpliwości, które dotyczyły głównie tego, czy nagła i niespodziewana zmiana okoliczności może w ogóle uzasadniać ingerencję wymiaru sprawiedliwości w łączący strony stosunek obligacyjny? A jeżeli tak, to w jaki sposób należy uregulować tę materię na gruncie prawa? (Brzozowski 2014). Wyrazem uznania doniosłości zagadnienia wpływu zmiany okoliczności na zobowiązania jest fakt, iż w większości państw europejskich są tworzone regulacje prawne, których celem jest zabezpieczenie obrotu cywilnoprawnego w sytuacji wystąpienia nagłej i niespodziewanej zmiany stosunków. W polskim Kodeksie cywilnym taką rolę pełni art. 357¹ k.c., który reguluje instytucję klauzuli *rebus sic stantibus*.

W ostatnim czasie pojawiły się nowe wątpliwości w przedmiocie zasadności i skuteczności stosowania klauzuli *rebus sic stantibus* w sytuacji wystąpienia nagłej zmiany okoliczności, spowodowanej rozprzestrzeniającą się epidemią COVID - 19. Przedmiotem niniejszego artykułu będzie próba udzielenia odpowiedzi na pytanie, czy rzeczywiście instytucja klauzuli *rebus sic*

stantibus jest instrumentem prawnym, który w należyty sposób jest w stanie wypełnić swoją funkcję w tak nadzwyczajnej sytuacji, jak wybuch epidemii. Analiza powyższego tematu zostanie przeprowadzona w oparciu o wypowiedzi doktryny.

2. Materiał i Metody

Rozważania w przedmiocie zasadności stosowania klauzuli *rebus sic stantibus* w obliczu epidemii COVID - 19 należałoby rozpocząć od syntetycznego omówienia kodeksowej regulacji tej instytucji. Treść art. 357¹ k.c. brzmi następująco: *Jeżeli z powodu nadzwyczajnej zmiany stosunków spełnienie świadczenia byłoby połączone z nadmiernymi trudnościami albo groziłoby jednej ze stron rażąca strata, czego strony nie przewidywały przy zawarciu umowy, sąd może po rozważeniu interesów stron, zgodnie z zasadami współzycia społecznego, oznaczyć sposób wykonania zobowiązania, wysokość świadczenia lub nawet orzec o rozwiązaniu umowy. Rozwiązując umowę sąd może w miarę potrzeby orzec o rozliczeniach stron, kierując się zasadami określonymi w zdaniu poprzedzającym* (Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny).

Jak wynika z powyżej przytoczonej treści, art. 357¹ k.c. jest regulacją o charakterze dyspozytywnym, podobnie zresztą jak większość przepisów regulujących sferę prawa zobowiązań. Jest to przepis należący do tzw. prawa sędziowskiego, albowiem do zastosowania klauzuli władny jest jedynie sąd w postępowaniu zainicjowanym wniesieniem powództwa przez stronę stosunku zobowiązaniowego.

Głównym celem klauzuli *rebus sic stantibus* jest dostosowanie literalnego brzmienia umowy do zmienionych w znaczny sposób okoliczności, tak aby ochronić interes prawny stron umowy, dotkniętych negatywnymi następstwami zaistniałych zmian na tle społecznym i gospodarczym. Instytucja ta ma zastosowanie jedynie do zobowiązań wynikających z umów (Małarewicz 2005). Powyższa reguła dotyczy wszelkich rodzajów umów, zarówno nazwanych jak i nienazwanych. Bez znaczenia pozostają takie kwestie, jak np. wzajemność umowy, jej odpłatność czy też nieodpłatność. Elementem nieistotnym jest również to, czy o zastosowanie klauzuli wnosi dłużnik, czy wierzyciel, albowiem przepis prawny przyznaje jednakowy stopień ochrony przed następstwami nadzwyczajnej zmiany stosunków zarówno wierzycielowi, jak i dłużnikowi. Należy jednak zauważyć, że z żądaniem zastosowania przez sąd klauzuli będzie najczęściej występowała ta strona zobowiązania, która odczuła negatywne następstwa nadzwyczajnej zmiany stosunków.

Główną przesłanką, od której uzależniona jest możliwość zastosowania klauzuli *rebus sic stantibus* jest wystąpienie nadzwyczajnej zmiany stosunków (Strugała 2010). Dla stwierdzenia, iż wystąpiła nadzwyczajna zmiana stosunków konieczne jest porównanie okoliczności z chwili zawarcia umowy z okolicznościami, w których umowa miała być wykonana. Należy zauważyć, iż posłużenie się przez polskiego ustawodawcę sformułowaniem „nadzwyczajna zmiana stosunków” eliminuje spod zastosowania klauzuli zdarzenia wchodzące w ramy zwykłego ryzyka kontraktowego. Klauzula nie obejmuje więc swym zakresem zwyczajnych, aczkolwiek gruntownych zmian gospodarczych, które pomimo swej intensyfikacji i istotności dla wykonania umowy, nie będą miały charakteru nadzwyczajnego. Przesłankę wystąpienia nadzwyczajnej zmiany stosunków rozumie się najczęściej jako zdarzenie, które pojawia się stosunkowo rzadko, a jednocześnie ma charakter wyjątkowy, niebywały oraz powszechny. Jest przy tym zewnętrzne wobec stron, niezależne od ich woli, obiektywne oraz nieobjęte typowym ryzykiem kontraktowym. Powoduje ono zachwianie równowagi kontaktowej stron zobowiązania, co w konsekwencji prowadzi do jego zniekształcenia (Rajski 2010). Ważne jest, aby to zdarzenie wystąpiło po powstaniu zobowiązania, lecz jeszcze przed jego wygaśnięciem oraz przed terminem wymagalności roszczenia. Jako przykłady nadzwyczajnej zmiany stosunków często są wskazywane m.in. klęski żywiołowe, zamieszki, strajk generalny, operacje wojenne, zaprzestanie produkcji danego towaru, jak również nagła niedostępność danego surowca na rynku.

Wskutek nadzwyczajnej zmiany stosunków musi wystąpić taki stan rzeczy, w którym dalsze związanie umową, jak również wykonywanie świadczeń będących przedmiotem umowy, zgodnie z jej pierwotną treścią, powoduje nadmierną trudność w spełnieniu świadczenia lub zagrożenie rażąca strata dla jednej ze stron. R. Longchamps de Bérier wskazywał, jeszcze na gruncie art. 269 Kodeksu zobowiązań, iż o nadmiernych trudnościach można mówić w szczególności wówczas, gdy spełnienie

świadczenia może skutkować zagrożeniem życia albo zdrowia dłużnika (R. Longchamps de Bérier 1948). O rażącej stracie można natomiast mówić wówczas, gdy wskutek zaistnienia nadzwyczajnej zmiany stosunków dochodzi do istotnego naruszenia równowagi kontraktowej stron. Polega ono na tym, iż spełnienie świadczenia zgodnie z postanowieniami umowy byłoby niesprawiedliwe i niezgodne z prawem, prowadziłyby do wyzysku jednej ze stron lub tworzyłyby stan, którego strony nie planowały przy zawieraniu umowy. W przypadku tej przesłanki chodzi więc o rażące naruszenie zasady ekwiwalentności świadczeń w umowie wzajemnej.

Ważne jest również kryterium nieprzewidywalności, związane z brakiem możliwości przewidzenia następstw nadzwyczajnej zmiany stosunków. Nie chodzi tutaj o samą nieprzewidywalność wystąpienia nadzwyczajnej zmiany stosunków, lecz o nieprzewidywalność skutków jej wystąpienia.

Należy pamiętać, iż pomiędzy nadzwyczajną zmianą stosunków a komplikacjami w wykonaniu zobowiązania musi istnieć związek przyczynowy. Chodzi w tym przypadku o obiektywne powiązanie kauzalne, nie zaś o tzw. adekwatny związek przyczynowy w rozumieniu art. 362 § 1 k.c. Nadzwyczajna zmiana stosunków powinna stanowić warunek *sine qua non* wystąpienia trudności w spełnieniu świadczenia lub pojawienia się zagrożenia rażącej stratą.

Powyżej omówione przesłanki muszą wystąpić kumulatywnie, aby możliwa była ingerencja sądu w łączący strony stosunek zobowiązaniowy. W przypadku spełnienia się przesłanek, sąd jest uprawniony do innego niż w umowie oznaczenia sposobu wykonania zobowiązania, odmiennego oznaczenia wysokości świadczenia oraz do rozwiązania umowy. Rozwiązując umowę, sąd może orzec o wzajemnych rozliczeniach stron. Przy ocenie i wyborze przez sąd najodpowiedniejszego sposobu ingerencji w stosunek zobowiązaniowy, sąd powinien kierować się interesem każdej ze stron zobowiązania, uwzględniając również zasady współzycia społecznego. Obowiązkiem sądu jest uwzględnianie obu tych kryteriów kumulatywnie.

3. Wyniki i dyskusja

Jak zostało to wskazane we wstępie niniejszego opracowania, epidemia COVID - 19 wywołuje wiele negatywnych następstw w sferze gospodarczej. Wskazuje się nawet, że spowodowany nią przestój gospodarczy jest przyczyną pogłębiającego się kryzysu ekonomicznego (Brzozowski 2020). Sytuacja ta spotyka się z różnymi reakcjami ze strony różnych grup społecznych, które wskutek epidemii poniosły szczególnie dotkliwe skutki w sferze finansowej. Jedną z najbardziej poszkodowanych grup są w tym zakresie przedsiębiorcy. W obecnym czasie często są przez nich podejmowane działania mające na celu jak najlepsze zabezpieczenie ich sytuacji na rynku. Oprócz oferowanych przez państwo programów pomocy, poszukuje się również środków prywatnoprawnych, umożliwiających zmodyfikowanie łączących strony zobowiązań umownych. Chodzi w tym przypadku o instrumenty prawne, które pozwoliłyby na odroczenie terminu zapłaty, rozłożenie tej zapłaty na raty, albo nawet na odstąpienie od umowy bez ponoszenia negatywnych następstw za jej niewykonanie, w postaci np. kar umownych. Wśród przedsiębiorców można zauważyć tę grupę, która mając zasoby pieniężne, wykorzystuje trudną sytuację gospodarczą do odmowy regulowania różnego rodzaju należności pieniężnych, powołując się przy tym na epidemię jako „siłę wyższą”. Część przedsiębiorców odwołuje się natomiast do klauzuli, aby utrzymać prowadzoną działalność gospodarczą. Analizując pokrótce opisane powyżej zjawiska, można jednakowoż stwierdzić, iż kształtujące się w społeczeństwie zachowania świadczą o tym, że epidemia koronawirusa jest uznawana za zdarzenie wyjątkowe i nieprzewidywalne. Uznaje się, iż przez wzgląd właśnie na ten charakter, jej wybuch powinien uzasadniać odstąpienie od przyjętych reguł i zastosowanie nowych rozwiązań.

Nie ma większych wątpliwości w przedmiocie tego, iż epidemię COVID - 19 można kwalifikować jako nadzwyczajną zmianę stosunków, która jest przesłanką zastosowania klauzuli *rebus sic stantibus* (Brzozowski 2020). Mając na względzie powyższe wydaje się zasadnym stwierdzenie, iż obecny czas jest swoistego rodzaju testem dla tej instytucji, który oceni jej skuteczność w polskim porządku prawnym. Z racji tego, iż od czasu uregulowania klauzuli w Kodeksie cywilnym w 1990 r., nie wystąpiło w Polsce równie powszechne i destabilizujące

zjawisko jak obecna epidemia, test ten zakwalifikować należy jako najważniejszy od początku jej obowiązywania.

W celu omówienia skuteczności zastosowania klauzuli *rebus sic stantibus* w dobie epidemii COVID – 19, należy pochylić się zarówno nad pozytywnymi, jak i negatywnymi aspektami jej stosowania.

Analizując treść art. 357¹ k.c. wydaje się, że regulacja ta jest jak najbardziej adekwatnym i skutecznym środkiem prawnym, który ma za zadanie ochronę istniejących zobowiązań umownych właśnie w takich sytuacjach, jak obecna epidemia COVID – 19. Niemal natychmiast po wprowadzeniu stanu epidemii w Polsce, środowisko prawnicze zwróciło uwagę właśnie na klauzulę, jako - wydawałoby się – bardzo obiecujący instrument prawny do walki ze skutkami epidemii. Optymizm w zakresie stosowania klauzuli ulega jednak znacznemu osłabieniu, jeżeli przeanalizuje się możliwość skorzystania z tej instytucji w ujęciu praktycznym (Brzozowski 2020).

Należy przede wszystkim wskazać, że aby możliwe było skorzystanie z art. 357¹ k.c. konieczne jest wniesienie powództwa do sądu, gdyż jak już wcześniej zostało to wskazane, władny do zastosowania klauzuli jest jedynie sąd. Z wniesieniem powództwa związane są różnego rodzaju koszty. Zalicza się do nich m.in. opłata sądowa, którą trzeba uiścić jeszcze przed wytoczeniem powództwa. Z uwagi na bardzo ogólną regulację klauzuli przy wytoczeniu powództwa niezbędna może okazać się pomoc prawnika. Będzie się to wiązało z koniecznością poniesienia dodatkowo kosztów zastępstwa prawnego. Co ważniejsze, w przypadku przegrania procesu, osoba przegrywająca zobowiązana będzie zwrócić na żądanie przeciwnika poniesione przez niego koszty niezbędne do celowego dochodzenia praw i celowej obrony.

Jak wynika z przeprowadzonej analizy, jednym z negatywnych aspektów stosowania klauzuli są koszty, które trzeba ponieść przy wytoczeniu powództwa. Nie jest to jednak w tym zakresie jedyne utrudnienie. Jak powszechnie wiadomo, jednym z problemów polskiego sądownictwa jest przewlekłość postępowań. Zdarza się, że niektóre z nich toczą się nawet parę lat. W czasie epidemii, kiedy wiele rozpraw jest zdejmowanych z wokandy i przenoszonych na inny termin, czas rozpatrywania danej sprawy przez sąd jest jeszcze bardziej wydłużony. Z tego względu zasadnym jest stwierdzenie, iż regulacja art. 357¹ k.c. została skonstruowana z myślą o umowach długoterminowych. W przypadku umowy krótkoterminowej, skorzystanie z klauzuli może się okazać bezcelowe, ponieważ w chwili wydania przez sąd rozstrzygnięcia, a potem jego uprawomocnienia, zobowiązanie może już dawno wygasnąć.

Problematyka czasowości związana jest również z tym, iż nawet w przypadku uzyskania po wielu latach orzeczenia, może się ono okazać zupełnie niepasujące i niecelowe do aktualnych warunków zobowiązania. Dla przedsiębiorcy, który wytoczył powództwo na podstawie art. 357¹ k.c. tak długi okres oczekiwania na rozstrzygnięcie sądu wiąże się również z niepewnością gospodarczą. Tego typu sytuacja może doprowadzić do pogorszenia jego pozycji na rynku (<https://poradnikprzedsiębiorcy.pl/>). W celu zapobiegnięcia takim przypadkom do sądu składa się wniosek o udzielenie zabezpieczenia roszczenia, w myśl art. 730 k.p.c.

Ze stosowaniem klauzuli *rebus sic stantibus* związany jest również brak przewidywalności, co do orzeczenia, które wyda sąd. Jest to spowodowane tym, iż sąd oprócz uznania albo oddalenia powództwa, może również zdecydować, że w danej sprawie właściwsza będzie inna forma sądowej ingerencji w zobowiązanie od tej wskazanej w treści pozwu. A więc przykładowo, powód może powołać się w pozwie na regulację art. 357¹ k.c. i żądać na jej podstawie zmniejszenia przez sąd wysokości świadczenia, natomiast sąd może w takiej sytuacji zupełnie nie uwzględnić tego żądania i orzec np. o rozwiązaniu danej umowy.

Należy zauważyć, iż utrudnienia w zakresie stosowania klauzuli *rebus sic stantibus* w dobie epidemii związane są również z przesłanką nieprzewidywalności. Jak zostało to wyjaśnione wcześniej, jej zaistnienie jest konieczne, aby można było powołać się na regulację art. 357¹ k.c. Na klauzulę często powołują się podmioty, które zaciągnęły zobowiązanie tuż przed wprowadzeniem stanu epidemii w Polsce. Jeśli strony zawarły umowę w lutym 2020 r., a więc w czasie, gdy w Polsce pojawiały się dopiero pierwsze zakażenia COVID – 19, przyjmuje się, iż powinny przewidywać, że w najbliższym czasie nastąpi wzrost zachorowań, co wywoła różnego rodzaju negatywne skutki

w sferze gospodarczej. Odwoływanie się w takim przypadku do klauzuli i żądanie podjęcia przed sąd ingerencji w zobowiązanie będzie skutkowało oddaleniem powództwa (<https://www.rp.pl/>).

W tym miejscu należy również zwrócić uwagę na kwestię możliwości powoływania się na klauzulę przez osoby, które są w zwłoce ze spełnieniem świadczenia. Należy pamiętać, iż z regulacji art. 357¹ k.c. można skorzystać, o ile nie nastąpił jeszcze termin wymagalności roszczenia. Jest to ograniczenie dla sporej grupy osób, albowiem na klauzulę często powołują się podmioty, które już są w zwłoce ze spełnieniem świadczenia. Przykładowo, jeżeli najemca zalegał z zapłatą czynszu za miesiąc styczeń i luty 2020 r. i do tej pory go nie uregulował, nie będzie miał możliwości skutecznego powołania się na treść art. 357¹ k.c. Jest to uzasadnione tym, iż taki podmiot jest w zwłoce z zapłatą należności pieniężnej, którą zgodnie z treścią zobowiązania powinien zapłacić jeszcze przed wystąpieniem nadzwyczajnej zmiany stosunków.

4. Wnioski

Przeprowadzona analiza jednoznacznie wskazuje, że klauzula *rebus sic stantibus* nie jest najskuteczniejszym instrumentem prawnym do walki z epidemią COVID - 19. Jest to swoisty paradoks. Regulacja prawna, która została stworzona w celu ochrony zobowiązania przed skutkami wystąpienia nagłej zmiany stosunków, okazuje się mało praktyczna w sytuacji jej rzeczywistego wystąpienia.

Wydaje się, że strony umowy, dotknięte negatywnymi skutkami nadzwyczajnej zmiany stosunków, potrzebują łatwego w zastosowaniu rozwiązania, które nie będzie generowało dodatkowych kosztów. Taką rolę mogą spełniać alternatywne metody rozwiązywania sporów, jak np. mediacja albo sąd polubowny. Z pewnością byłoby to rozwiązanie mniej sformalizowane i kosztowne w porównaniu z postępowaniem sądowym. Osiągnięcie porozumienia między stronami wydaje się rozwiązaniem bardziej praktycznym, niż rozstrzygnięcie sporu przez sąd. Pomimo tego uważam, że w żadnym wypadku nie należy traktować regulacji art. 357¹ k.c. jako martwego przepisu, albowiem klauzula *rebus sic stantibus* może być w niektórych przypadkach efektywnym instrumentem prawnym.

5. Literatura

- Brzozowski A (2014) Wpływ zmiany okoliczności na zobowiązania. Klauzula *rebus sic stantibus*: XI.
- Brzozowski A (2020) Wpływ zmiany okoliczności na zobowiązania w dobie pandemii - o konieczności zastosowania nadzwyczajnych środków, „Studia Prawa Prywatnego” nr 2: 3. <https://www.rp.pl/Dobra-Firma/304029960-Koronawirus-a-klauzula-rebus-sic-stantibus-skuteczne-remedium-czy-martwy-przepis.html>
- <https://poradnikprzedsiębiorcy.pl/-koronawirus-a-umowy-czy-klauzula-rebus-sic-stantibus-to-rozwiazanie-dla-przedsiębiorców-w-czasie-epidemii-koronawirusa>
- Longchamps de Bérier R (1948) Zobowiązania, s: 417.
- Malarewicz A (2005) Wpływ zmiany stosunków na wykonanie zobowiązań - cz. II, „Monitor Prawniczy”, nr 12: 587.
- Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny, tekst jedn. Dz.U. 2020 poz. 1740.
- Rajski J (2010) Z problematyki funkcjonowania zasady *pacta sunt servanda* i klauzuli *rebus sic stantibus*, „Przegląd Prawa Handlowego”, nr 3: 6.
- Strugała R (2010) Ingerencja sądu w stosunek zobowiązaniowy na podstawie art. 357¹ Kodeksu cywilnego, „Państwo i Prawo”, z. 8: 49.

8. Wykorzystanie nieruchomości wspólnej do prowadzenia działalności gospodarczej w świetle Ustawy o własności lokali

The use of common real estate for business activities in the light of the Act on the ownership of premises

Gryguć Paulina Anna

Zakład Prawa Handlowego, Katedra Prawa Cywilnego i Handlowego, Wydział Prawa Uniwersytetu w Białymstoku

Opiekun naukowy: dr Renata Tanajewska

Gryguć Paulina Anna: paulinagryguc@gmail.com

Słowa kluczowe: wspólnota mieszkaniowa, zarząd, przedsiębiorca, lokal, użytkowanie.

Streszczenie

Przedmiotem opracowania jest omówienie możliwości wykorzystywania nieruchomości wspólnej stanowiącej własność właścicieli lokali zrzeszonych w ramach wspólnoty mieszkaniowej do prowadzenia działalności gospodarczej. Analiza przedmiotowego zagadnienia przeprowadzona została w oparciu o przepisy zawarte w Ustawie o własności lokali. Podstawowym problemem wynikającym z budowania budynków mieszkalnych, w których wyodrębnia się kilka lokali użytkowych, nastawionych na prowadzenie działalności gospodarczej jest konflikt interesów. Po jednej osi sporu jest przedsiębiorca, zaś po drugiej są właściciele lokali mieszkalnych, którzy nie zgadzają się z takim sposobem współkorzystania z nieruchomości wspólnej przez przedsiębiorcę. Lokale użytkowe w budynkach mieszkalnych wykorzystywane są najczęściej do prowadzenia niewielkich sklepów spożywczych, przedszkoli, żłobków, czy też salonów fryzjerskich. Z jednej strony zapewnia to mieszkańcom budynków możliwość załatwienia codziennych, życiowych spraw w usytuowanych nieopodal punktach usługowych. Z drugiej strony rodzi konflikty, ponieważ przedsiębiorcy wykorzystują do potrzeb prowadzonej działalności gospodarczej osiedlowe parkingi, czy place zabaw, stanowiące nieruchomość wspólną w rozumieniu Ustawy o własności lokali. Z tego typu działaniami związanych jest wiele problematycznych zagadnień o charakterze prawnym. W głównej mierze odnoszą się one do potrzeby rozstrzygnięcia, czy tego typu działalność gospodarcza jest wykorzystywaniem nieruchomości wspólnej zgodnie z jej przeznaczeniem oraz czy nie wiąże się z nadmierną uciążliwością dla pozostałych członków wspólnoty. Kolejne wątpliwości rodzą się na gruncie procesowym. Odpowiedzi wymagają bowiem pytania o to, czy w przypadku braku możliwości polubownego rozwiązania sporu i potrzeby wystąpienia na drogę sądową legitymację czynną w procesie będzie posiadała wspólnota mieszkaniowa, czy też zbiorczo jej członkowie. Ponadto, problematyczna może okazać się kwestia sposobu umocowania wspólnoty do występowania w postępowaniu sądowym w imieniu jej członków. Wątpliwości budzi w tym zakresie zagadnienie kwalifikacji tego typu działań w ramach pojęcia zarządu nieruchomością przez wspólnotę mieszkaniową. W celu rozstrzygnięcia tych kwestii w opracowaniu przeanalizowano regulacje prawne, poglądy doktryny oraz dostępne orzecznictwo sądowe.

1. Wstęp

Tytułem wstępu należy wskazać, że w ostatnich czasach widoczna jest tendencja budowania budynków mieszkalnych, w których wyodrębnia się kilka lokali użytkowych, nastawionych na prowadzenie działalności gospodarczej. Tego typu lokale, w dużej mierze usytuowane na parterze, są zazwyczaj wykorzystywane do prowadzenia niewielkich sklepów spożywczych, przedszkoli, żłobków, czy też salonów fryzjerskich. Łatwa i niczym nieskrępowana możliwość załatwienia codziennych, życiowych spraw w usytuowanych nieopodal punktach usługowych jest bezspornie rozwiązaniem praktycznym i nader wygodnym. Zauważyć jednakże należy, że nieraz przedsiębiorcy wykorzystują do potrzeb prowadzonej działalności gospodarczej osiedlowe parkingi, czy place zabaw, które stanowią nieruchomość wspólną w rozumieniu Ustawy o własności lokali (Ustawa z dnia 24 czerwca 1994 r. o własności lokali; dalej jako u.w.l.). Opisane sytuacje często powodują

wiele konfliktów, w których po jednej stronie jest przedsiębiorca, będący właścicielem albo najemcą lokalu użytkowego, a po drugiej wspólnota mieszkaniowa, której ustawowym obowiązkiem jest zarząd nieruchomością wspólną, w tym podejmowanie działań zmierzających do zachowania wspólnego prawa. W tym miejscu należy wyjaśnić, że rozważania zostaną przedstawione w kontekście tzw. „dużej” wspólnoty mieszkaniowej, do której stosuje się przepisy Ustawy o własności lokali. Zgodnie z regulacją ustawową o „dużej” wspólnocie mieszkaniowej można mówić wówczas, gdy liczba lokali wyodrębnionych i niewyodrębnionych jest większa niż trzy. W takiej sytuacji istnieje konieczność podjęcia przez właścicieli lokali uchwały o wyborze jednoosobowego lub kilkuosobowego zarządu, który będzie kierował sprawami wspólnoty oraz zajmie się jej reprezentacją na zewnątrz.

2. Materiał i Metody

W pierwszej kolejności należy wyjaśnić dwie kwestie, które są kluczowe dla omawianej problematyki. Mianowicie, właściciel lokalu oprócz prawa własności do swojego lokalu dysponuje również zawsze udziałem w nieruchomości wspólnej, gdyż udział w nieruchomości wspólnej jest prawem nierozdzielnie związanym z prawem własności lokalu. Prawa tego nie można właściciela lokalu pozbawić. Prawna konstrukcja odrębnej własności lokalu została więc zdefiniowana poprzez powiązanie ze sobą dwojakiego rodzaju praw, a mianowicie własności nieruchomości lokalowej oraz udziału we współwłasności nieruchomości wspólnej (Deneka 2013). Aktualnie pozostaje natomiast pytanie czy jest nieruchomość wspólna? Zgodnie z art. 3 ust. 1 u.w.l. *nieruchomość wspólną stanowi grunt oraz części budynku i urządzenia, które nie służą wyłącznie do użytku właścicieli lokali*. W praktyce przedmiotową nieruchomością wspólną mogą więc być: parking, plac zabaw, chodnik, pobliski skwer zielony, klatka schodowa. Właściciele lokali mogą w umowie o ustanowieniu odrębnej własności lokali albo w umowie zawartej później w formie aktu notarialnego określić sposób zarządu nieruchomością wspólną. W szczególności mogą powierzyć zarząd osobie fizycznej albo prawnej. W przypadku braku ustalenia sposobu zarządu nieruchomością wspólną, czynności te wykonuje wspólnota mieszkaniowa, a dokładniej zarząd wspólnoty mieszkaniowej. Należy podkreślić, iż wspólnota mieszkaniowa jako struktura organizacyjna, na którą składa się ogół właścicieli lokali, posiada kompetencje tylko i wyłącznie w zakresie zarządu nieruchomością wspólną.

Z prawem do udziału w nieruchomości wspólnej nierozdzielnie związane jest prawo do współkorzystania z nieruchomości wspólnej, o czym wprost stanowi art. 12 ust. 1 u.w.l. Co ważne, współkorzystanie musi być zgodne z przeznaczeniem nieruchomości wspólnej, albowiem nieruchomość wspólna ma służyć do współkorzystania wszystkim współwłaścicielom, zapewniając im realizację celów mieszkaniowych (Szymczak 2020). W związku z powyższym, Ustawa nakłada w tym zakresie na właściciela lokalu obowiązki, m.in. w postaci uczestniczenia w kosztach zarządu związanych z utrzymaniem nieruchomości wspólnej, jak również korzystania z nieruchomości wspólnej w sposób nieutrudniający korzystania z niej przez innych współwłaścicieli oraz współdziałania z innymi właścicielami w ochronie wspólnego dobra.

3. Wyniki i dyskusja

Przechodząc do zasadniczej części analizy należy postawić pytanie, czy wykorzystywanie przez właściciela lokalu nieruchomości wspólnej do prowadzenia działalności gospodarczej jest zgodne z prawem? Dla potrzeb niniejszego opracowania przyjmijmy przykład właściciela lokalu użytkowego, wchodzącego z zasób wspólnoty mieszkaniowej, który w ramach działalności gospodarczej prowadzi w przedmiotowym lokalu przedszkole. Przykład ten pozwoli na przeprowadzenie analizy prawnej w tym zakresie. Prowadzenie tego typu działalności gospodarczej wiąże się z tym, że podopieczni placówki, których jest kilkanaścioro, w ramach zajęć przedszkolnych, korzystają z placu zabaw, który stanowi nieruchomość wspólną. Placem zabaw zarządza wspólnota mieszkaniowa, a dokładniej kolegiálny zarząd wspólnoty mieszkaniowej. Korzystanie przez przedsiębiorcę z części wspólnej nieruchomości może nie odpowiadać wspólnocie, ponieważ zwykle będzie się to wiązało z różnego rodzaju utrudnieniami w korzystaniu z części wspólnej przez pozostałych właścicieli lokali zrzeszonych we wspólnocie. W praktyce niejednokrotnie prowadzi to

do konfliktów interesów i podejmowania przez wspólnotę działań, zmierzających do ograniczenia lub wręcz zakazania przedsiębiorcy wykorzystywania nieruchomości wspólnej do potrzeb prowadzonej działalności gospodarczej. Nieraz brak osiągnięcia porozumienia pomiędzy przedsiębiorcą a wspólnotą mieszkaniową może doprowadzić do wstąpienia na drogę sądową. Przedmiotem tego typu postępowań są różnego rodzaju czynności zachowawcze w stosunku do nieruchomości wspólnej, którą zarządza wspólnota mieszkaniowa. Naturalnie nasuwającym się żądaniem, z którym jej zarząd mógłby wystąpić przeciwko przedsiębiorcy jest roszczenie ochronne poprzez zakazanie właścicielowi lokalu, tudzież jego najemcy, udostępniania placu zabaw do korzystania podopiecznym prowadzonego przez niego przedszkola.

Podążając się analizy przedstawionego powyżej zagadnienia prawnego należy w pierwszej kolejności zastanowić się nad tym, czy wspólnota mieszkaniowa ma w ogóle prawo żądać zakazania właścicielowi albo najemcy lokalu użytkowego, wchodzącego w zasób wspólnoty, wykorzystywania nieruchomości wspólnej - w tym przypadku placu zabaw - do prowadzonej działalności gospodarczej w formie przedszkola? Z pewnością wspólnota mieszkaniowa nie może zakazać prowadzenia tego typu działalności w samym lokalu, wszakże jest to lokal o charakterze użytkowym. Ponadto, jak już wcześniej zostało to podkreślone, kompetencje wspólnoty ograniczają się jedynie do zarządu nieruchomością wspólną, co wyklucza podejmowanie przez nią działań w sferze poszczególnych lokali.

Trudno jest udzielić jednoznacznej odpowiedzi w kwestii możliwości domagania się przez wspólnotę zakazania właścicielowi lokalu wykorzystywania nieruchomości wspólnej do potrzeb prowadzonej działalności gospodarczej. Problematyczne jest to, iż żaden przepis Ustawy o własności lokali nie zawiera wyartykułowanego wprost w tym zakresie zakazu. Ponadto w kontekście przedmiotowego zagadnienia nie bez znaczenia pozostaje również zasada swobody działalności gospodarczej, wprost wyrażona w art. 2 Ustawy z dnia 6 marca 2018 r. Prawo Przedsiębiorców, zgodnie z którą *podejmowanie, wykonywanie i zakończenie działalności gospodarczej jest wolne dla każdego na równych prawach* (Ustawa z dnia 6 marca 2018 r. Prawo Przedsiębiorców). Wydaje się jednak, iż zasada ta nie może stanowić wartości absolutnej, pozwalającej na samowolne podejmowanie przez przedsiębiorcę działań w odniesieniu do nieruchomości wspólnej. Bez wątplenia, korzystanie z nieruchomości wspólnej w ramach prowadzonego przedszkola powinno być oceniane pod kątem dwóch dyrektyw, wynikających z przepisów Ustawy o własności lokali. Po pierwsze korzystanie z nieruchomości wspólnej powinno następować zgodnie z jej przeznaczeniem. Po drugie zaś korzystanie z nieruchomości wspólnej nie powinno powodować utrudnień w jej korzystaniu innym właścicielom lokali. W przedstawionym przykładzie plac zabaw mógłby być wykorzystywany przez dzieci przedszkolne. Czy można zatem twierdzić, że jest on wykorzystywany niezgodnie ze swoim przeznaczeniem? Zakładając, że dzieci wykonują na placu zabaw aktywności, które są zazwyczaj w takich miejscach wykonywane (np. zjeżdżają na zjeżdżalni, bawią się w piaskownicy), nie sposób twierdzić, aby plac zabaw był wykorzystywany niezgodnie ze swoim przeznaczeniem. Ważniejsza w tym przypadku wydaje się druga przesłanka, odnosząca się do współkorzystania z placu zabaw w sposób niepowodujący utrudnień w jego korzystaniu dla innych właścicieli lokali, wchodzących w zasób wspólnoty mieszkaniowej. Bezspornie, inne utrudnienia wiążą się z korzystaniem z placu zabaw przez pojedyncze dzieci, a inne z jego korzystaniem przez większą grupę dzieci. W przypadku grupy dzieci nieporównywalnie większa jest również eksploatacja znajdujących się na placu zabaw urządzeń. W takich sytuacjach kluczową rolę odgrywa indywidualna ocena w przedmiocie tego, czy dane działanie polegające na wykorzystywaniu nieruchomości wspólnej do prowadzenia działalności gospodarczej, można uznać za korzystanie niezgodnie z jej przeznaczeniem i w sposób powodujący utrudnienia we współkorzystaniu dla innych członków wspólnoty mieszkaniowej.

W sytuacji, gdy członkowie wspólnoty mieszkaniowej dojdą do wniosku, że korzystanie z nieruchomości wspólnej przez danego przedsiębiorcę wykracza poza ramy określone w Ustawie o własności lokali, istnieje wiele rozwiązań o charakterze pozasądowym, których celem byłoby pogodzenie interesów obu stron oraz osiągnięcie porozumienia. Przykładem mogą być tzw. alternatywne metody rozwiązania sporu, a wśród nich mediacja oraz negocjacje, dzięki którym strony mają szansę na wypracowanie ugody. Do wypracowania porozumienia niezbędne jest wzajemne

poczynienie ustępstw przez obie strony. Stosunkowa swoboda ukształtowania przyjętego porozumienia pozwala np. na przyjęcie przez przedsiębiorcę dodatkowych obciążeń, czy obowiązków. Zaliczyć do nich można choćby podniesienie wysokości opłaty na utrzymanie nieruchomości wspólnej. Kolejnym rozwiązaniem może być zobowiązanie się przedsiębiorcy do zrealizowania inwestycji, której celem byłoby podniesienie standardu infrastruktury nieruchomości wspólnej.

W sytuacji braku możliwości samodzielnego osiągnięcia porozumienia przez skonfliktowane strony, rozwiązaniem pozostaje wystąpienie przez wspólnotę mieszkaniową na drogę postępowania sądowego. Pojawia się jednak w tym zakresie problem prawny dotyczący legitymacji czynnej do wystąpienia przeciwko przedsiębiorcy z roszczeniem ochronnym. Należy zauważyć, iż nieraz z tego rodzaju roszczeniami występuje wspólnota mieszkaniowa, która jest reprezentowana przez zarząd.

W doktrynie przyjmuje się, iż wspólnota mieszkaniowa jest podmiotem cywilnoprawnym w rozumieniu art. 33¹ Kodeksu cywilnego i jako jednostka organizacyjna ma własną zdolność prawną (Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny; dalej jako k.c.). Należy również wskazać, iż przepis art. 6 zd. 2 u.w.l. doprecyzowuje konstrukcję prawną wspólnoty mieszkaniowej jako uczestnika obrotu cywilnoprawnego. Wspólnota, jako jednostka organizacyjna nabywająca prawa i zaciągająca zobowiązania dla tworzącego ją zespołu właścicieli lokali, została wprost wyposażona w zdolność do czynności prawnych oraz w zdolność sądową (Doliwa 2021). Zgodnie z treścią art. 6 zd. 2 u.w.l.: *wspólnota mieszkaniowa może nabywać prawa i zaciągać zobowiązania, pozywać i być pozwana*. Z przepisów Ustawy o własności lokali wynika jednak ograniczenie zakresu zdolności prawnej wspólnoty mieszkaniowej. Z uwagi na fakt, że wspólnota mieszkaniowa powołana została do sprawowania zarządu nieruchomością wspólną, jej kompetencje ograniczają się do czynności z nim związanych. Powyższe wyznacza także zakres legitymacji procesowej wspólnoty mieszkaniowej, a więc jej umocowania do występowania w danym postępowaniu sądowym jako strona i uzyskania w tym zakresie merytorycznego rozstrzygnięcia. Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 14 marca 2013 r. (sygn. I CSK 379/12, LEX nr 1350237) wskazał, że *wspólnota mieszkaniowa powołana została do sprawowania zarządu nieruchomością wspólną i do tego ograniczają się jej uprawnienia, także w zakresie sądowego dochodzenia roszczeń*. Jak wynika z przedstawionych powyżej rozważań, brak związku z nieruchomością wspólną jest negatywnym kryterium wyznaczającym granice zdolności prawnej wspólnoty mieszkaniowej. W tym miejscu wymaga wyjaśnienia, że za zarząd nieruchomością wspólną należy uznać dokonywanie czynności faktycznych, prawnych oraz procesowych. W tym zakresie wyróżnić można tzw. czynności zwykłego zarządu, które polegają na załatwianiu bieżących spraw związanych ze zwykłą eksploatacją nieruchomości wspólnej i jej utrzymaniem w stanie niepogorszonym. Zgodnie z treścią art. 22 ust. 1 u.w.l. w odniesieniu do tej kategorii czynności zarząd wspólnoty mieszkaniowej jest umocowany do samodzielnego działania. Kolejną kategorią są czynności przekraczające zwykły zarząd. W ich przypadku waga rozstrzyganej sprawy jest znacząca, lecz nie wykracza poza prawidłowe zarządzanie, czyli utrzymanie wartości i zdolności użytkowej nieruchomości wspólnej. Jak stanowi art. 22 ust. 2 u.w.l. w ich zakresie konieczna jest uchwała właścicieli lokali będących członkami wspólnoty mieszkaniowej, w której wyrażą oni zgodę na dokonanie przez zarząd danej czynności procesowej.

W orzecznictwie podnosi się, że występowanie przez wspólnotę mieszkaniową z tzw. czynności zachowawczymi, uregulowanymi w art. 209 Kodeksu cywilnego nie wpisuje się w pojęcie zarządu nieruchomością wspólną. Mianem czynności zachowawczych doktryna określa wszelkie czynności mające na celu ochronę wspólnego prawa, wśród których można wyróżnić czynności faktyczne, prawne, jak i procesowe, takie jak np. wytoczenie powództwa negatoryjnego i windykacyjnego (Fras, Habdas 2018). Wyłączenie czynności zachowawczych spod pojęcia zarządu nieruchomością wspólną wynika z tego, iż w art. 209 k.c. jest mowa o współwłaścicielach nieruchomości, którzy zmierzają do ochrony wspólnego prawa, zaś wspólnota mieszkaniowa nie jest współwłaścicielem nieruchomości wspólnej, a jedynie jej zarządcą.

W kwestii możliwości skorzystania przez wspólnotę mieszkaniową z czynności zachowawczych w trafny sposób wypowiedział się Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 15 października 2008 r. (sygn. I CSK 118/08, LEX nr 658169), w którym wskazał, iż *mając na uwadze taki cel*

unormowania zawartego w art. 209 k.c. należy stwierdzić, że nie stanowi on szczególnej regulacji czynności zarządu rzeczą wspólną, lecz samodzielnie reguluje zagadnienia podejmowania przez każdego współwłaściciela czynności i dochodzenia roszczeń, które zmierzają do ochrony wspólnego prawa. Jak wynika więc z przytoczonego orzeczenia, z ewentualnymi czynnościami zachowawczymi przeciwko przedsiębiorcy wykorzystującemu nieruchomości wspólną do potrzeb prowadzonej działalności gospodarczej mogłyby więc wystąpić poszczególni współwłaściciele nieruchomości wspólnej, np. poprzez wniesienie pozwu zbiorowego. Mając jednak na uwadze fakt, że współwłaściciele nieruchomości wspólnej może być nawet kilkudziesięciu, w praktyce wystąpienie przez nich z tego typu roszczeniem i jednocześnie działanie na polu procesowym może się okazać problematyczne.

Wymaga wskazania, iż nawet przy założeniu, że wystąpienie przez wspólnotę mieszkaniową z tzw. czynnościami zachowawczymi wpisuje się w pojęcie zarządu nieruchomością wspólną, to bezspornie jest to czynność przekraczająca zwykły zarząd, w zakresie której zarząd wspólnoty nie jest uprawniony do samodzielnego działania. Potrzebna byłaby w tym zakresie uchwała właścicieli lokali wchodzących w zasób wspólnoty. Z uwagi na fakt, iż dla podjęcia tego typu uchwały konieczne jest jej zaaprobowanie przez większość właścicieli lokali, która obliczana jest według wielkości udziałów, przy licznych wspólnotach mieszkaniowych podjęcie takiej uchwały mogłoby okazać się nader trudne do zrealizowania.

4. Wnioski

Podsumowując powyższe rozważania należy stwierdzić, że żaden przepis Ustawy o własności lokali nie zakazuje wprost wykorzystywania nieruchomości wspólnej do prowadzenia działalności gospodarczej. Tego typu wykorzystywanie nieruchomości wspólnej nie zawsze może jednak odpowiadać jej przeznaczeniu oraz może powodować utrudnienia w jej korzystaniu dla innych właścicieli lokali wchodzących w zasób wspólnoty. Jeżeli granice korzystania z nieruchomości wspólnej zostaną przekroczone, tj. będzie ona przez przedsiębiorcę wykorzystywana niezgodnie z przeznaczeniem lub będzie powodowała utrudnienie w korzystaniu z niej przez innych właścicieli lokali, działania przedsiębiorcy mogą okazać się bezprawne. W związku z tym, że przesłanki przewidziane w ustawie mają charakter ogólny i dalece ocenny, każdą konfliktową sytuację, zaistniałą pomiędzy przedsiębiorcą a wspólnotą mieszkaniową, należy oceniać indywidualnie.

W przypadku braku porozumienia możliwe jest oczywiście wystąpienie przez wspólnotę mieszkaniową na drogą sądową z tzw. czynnościami zachowawczymi. Przy podejmowaniu takich działań istotne będzie jednakże prawidłowe zidentyfikowanie stron procesowych. W tym zakresie należałoby zająć stanowisko, zgodnie z którym powodami powinni być poszczególni właściciele lokali zrzeszonych w ramach wspólnoty mieszkaniowej, nie zaś sama wspólnota mieszkaniowa, albowiem podejmowanie czynności zachowawczych nie mieści się w pojęciu zarządu nieruchomością wspólną. Konieczność jednoczesnego działania w postępowaniu sądowym przez wielu właścicieli lokali może rodzić poważne problemy w praktyce. Działanie samej wspólnoty mieszkaniowej na drodze sądowej może zaś napotykać w tym zakresie trudności związane z brakiem legitymacji czynnej do wystąpienia z danym powództwem ochronnym.

Na uwagę zasługuje też fakt, że omówione powyżej sprawy podlegają indywidualnej ocenie sądu, co wiąże się ze znacznym ryzykiem przegranej. Z tego względu w praktyce dużo lepszym rozwiązaniem jest umowne uregulowanie pomiędzy wspólnotą mieszkaniową a przedsiębiorcą kwestii wykorzystywania nieruchomości wspólnej do potrzeb prowadzonej działalności gospodarczej przez danego właściciela lokalu. Przykładem umownego rozwiązania sporu w sposób kompromisowy może być np. poczynienie ustalenia, zgodnie z którym przedsiębiorca będzie ponosił wyższe opłaty na utrzymanie nieruchomości wspólnej.

5. Literatura

Deneka M (2013), Uczestnictwo współwłaścicieli nieruchomości lokalowej w podejmowaniu uchwał dotyczących zarządu nieruchomością wspólną, „Annales Universitatis Mariae Curie - Skłodowska Sectio G”, vol. LX, 1: 7.

- Doliwa A (2021), Prawo mieszkaniowe. Komentarz, C.H.Beck 2021.
- Fras M, Habdas M (2018), Kodeks cywilny. Komentarz. Tom II. Własność i inne prawa rzeczowe (art. 126-352), WKP 2018.
- Szymczak I (2020), Własność lokali. Komentarz, WKP 2020.
- Ustawa z dnia 24 czerwca 1994 r. o własności lokali, tekst jedn. Dz.U. 2020 poz. 1910.
- Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny, tekst jedn. Dz.U. 2020 poz. 1740.
- Ustawa z dnia 6 marca 2018 r. - Prawo przedsiębiorców, Dz.U. 2021 poz. 162.
- Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 14 marca 2013 r., I CSK 379/12, LEX nr 1350237.
- Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 15 października 2008 r., I CSK 118/08, LEX nr 658169.

9. Charakterystyka bankowych papierów wartościowych oraz trybów ich emisji

Characteristics of bank securities and modes of their issue

Dominika Gałus

Uniwersytet Warszawski, Wyższa Szkoła Bankowa w Warszawie

Opiekun naukowy: prof. UW dr hab. Paweł Wajda

Gałus Dominika: dominika_galus@wp.pl

Słowa kluczowe: bank, nadzór, pozyskiwanie środków, papiery wartościowe, prawo bankowe

Streszczenie

Artykuł odnosi się do przedstawienia charakterystyki bankowych papierów wartościowych jako instrumentów emitowanych przez banki w celu gromadzenia środków pieniężnych w złotych lub w innej walucie wymiennej. W literaturze przedmiotu wskazuje się, iż w ramach bankowych papierów wartościowych możliwa jest kreacja różnego typu papierów wartościowych, a bankowy papier wartościowy nie stanowi jednego, nazwanego typu papieru wartościowego, a w jego zakres można zaklasyfikować wiele różnorodnych instrumentów, które spełniają przesłanki określone w rozdziale siódmym ustawy Prawa bankowego. Przedstawiciele doktryny wyrażają również stanowisko odmienne, zgodnie z którym bankowe papiery wartościowe stanowią jednorodzący instrument finansowy. Ponadto, w artykule przedstawiono informacje na temat elementów konstytutywnych pozwalających na klasyfikację danego instrumentu jako bankowego papieru wartościowego. Dodatkowo, poddano analizie regulację prawną oraz problematyka trybu emisji bankowych papierów wartościowych przez banki.

1. Wstęp

Emisji bankowych papierów wartościowych poświęcono w ustawie z dnia 29 sierpnia 1997 r. Prawo bankowe (Dz. U. z 2020 r. poz. 1896 ze zm.), dalej p.b.; rozdział siódmy zatytułowany Emisja bankowych papierów wartościowych, w ramach którego ustawodawca uregulował warunki emisji bankowych papierów wartościowych w treści art. 89 p.b. Ponadto, rozdział ten zawiera również sprecyzowanie dotyczące niezbędnych elementów składających się na treść oraz formę bankowych papierów wartościowych (*explicite* w art. 90 p.b.) oraz wprowadza w ramach art. 91 p.b. zakaz kredytowania zakupu bankowych papierów wartościowych.

Celem emisji bankowych papierów wartościowych jest gromadzenie przez banki środków pieniężnych w złotych lub w innej walucie wymiennej. W tym kontekście warto nadmienić, iż wyrażenie zobowiązania banku wynikającego z emisji bankowego papieru wartościowego w walucie obcej oznacza, że przedmiotem spełnienia świadczenia jest kwota pieniężna nominowana w obcej walucie, a nie kwota przeliczona według kursu przeliczeniowego, wyrażona w złotych. Środki pozyskane w drodze emisji bankowych papierów wartościowych nie podlegają ograniczeniom dotyczącym sposobu wykorzystywania ich przez banki, co interpretowane jest jako możliwość używania tych środków na ogólnych zasadach, a więc do finansowania swojej działalności kredytowej, inwestycyjnej, w formie lokat międzybankowych. Kwestią niebudzącą w doktrynie żadnych wątpliwości jest również prawne zastrzeżenie posiadania zwrotu bankowy papier wartościowy w swojej nazwie, co świadczy o tym, że czynność emisji tego instrumentu zastrzeżona jest tylko dla banków (*ergo* czynność ta klasyfikowana jest jako czynność bankowa *sensu stricte*) (Ofiarski 2013; Srokosz 2011; Wajda 2010).

2. Opis zagadnienia

W literaturze wskazuje się, iż bankowe papiery wartościowe stanowią odrębną kategorię papierów wartościowych (Wiktorzak 2010). Po bardziej dokładnym przyjrzeniu się temu instrumentowi można zauważyć, że jest on niejednorodny oraz trudny do sklasyfikowania. Kwestia

statusu bankowych papierów wartościowych oraz problematyka trybu ich emisji przez banki od wielu lat rozgrzewają środowisko prawnicze, które nie jest w stanie wypracować spójnego stanowiska, co wynika zarówno niejako z lakoniczności ustawodawcy w zakresie zdefiniowania bankowych papierów wartościowych oraz zróżnicowania samych instrumentów określanych mianem bankowych papierów wartościowych.

3. Przegląd literatury dotyczącej bankowych papierów wartościowych

Pojęcie bankowego papieru wartościowego nie zostało zdefiniowane w prawie bankowym przez prawodawcę (Księżopolski 1998). Brak legalnej definicji wywołał wśród prawników potrzebę określenia statusu bankowych papierów wartościowych w drodze rozważań podejmowanych w ramach doktryny. Za barierę uniemożliwiającą stworzenie jednolitej definicji pojęcia bankowego papieru wartościowego należy uznać odmienne interpretowanie charakteru tych papierów wartościowych. Trudno bowiem jednoznacznie stwierdzić czy przepisy prawa bankowego tworzą jeden, szczególnie, nazwany typ papieru wartościowego, tj. bankowy papier wartościowy czy też w zakresie szeroko rozumianej instytucji bankowego papieru wartościowego możliwa jest kreacja różnego typu papierów wartościowych.

Zwolennikiem poglądu głoszącego, że bankowy papier wartościowy jest typem nazwanym papieru wartościowego jest A. Chłopecki (Chłopecki 2003). Uzasadnia on taką tezę argumentem porównawczym oraz legislacyjnym (Michalski 1998). Według autora, zgodnie z art. 90 p.b., bankowy papier wartościowy zawiera w nazwie wyrazy bankowy papier wartościowy. Przepis precyzuje również treść samego papieru - pomijając oczywiście bankowy papier w formie zdematerializowanej dopuszczalny również w prawie bankowym. Chłopecki wykazuje, że takie unormowanie instrumentu w ustawie stanowi typowy zabieg legislacyjny zmierzający do stworzenia określonej kategorii nazwanego papieru wartościowego. Ponadto autor stwierdza, że ewentualny argument przemawiający za tym, że bankowy papier wartościowy może być ukształtowany w sposób bardzo różny (na przykład różne waluty, terminy płatności i wypłaty odsetek), można obalić poprzez wskazanie, że zakres możliwych regulacji obligacji ujęty być może znacznie szerzej. Jednocześnie zaznacza również, że bankowy papier wartościowy pozostaje typowym papierem wartościowym dłużnym - nie inkorporuje żadnych praw o charakterze prawnorzeczowym lub udziałowym (Chłopecki 2003).

Wśród prawników istnieje także spora grupa wyrażająca stanowisko przeciwne, zakładające, że w ramach bankowych papierów wartościowych możliwa jest kreacja różnego typu papierów wartościowych (Ofiarski 2013). Zgodnie z tym spojrzeniem bankowy papier wartościowy nie stanowi jednego, nazwanego typu papieru wartościowego, ale pojęcia do którego zaklasyfikować można wiele różnorodnych instrumentów, które spełniają przesłanki określone w rozdziale siódmym prawa bankowego – zgodnie z tym rozumieniem za bankowe papiery wartościowe uznane zostaną zarówno papiery wartościowe o charakterze depozytowym, pozostające w związku z lokatami albo wkładami oszczędnościowymi (Michalski 2003), jak również papiery wartościowe o charakterze pożyczkowym, charakteryzujące się zamiennością oraz seryjnością implikowaną przez cechę wcześniejszą (Michalski 2002). W ramach tego ujmowania wyróżnia się w szczególności między innymi następujące postacie bankowych papierów wartościowych, tj. bony pieniężne, bony oszczędnościowe, bony komercyjne, bony handlowe, certyfikaty depozytowe, certyfikaty oszczędnościowe (Bączyk i in. 2000).

W ramach poglądu o istnieniu różnego typu papierów wartościowych będących bankowymi papierami wartościowymi wypracowano kilka cech różnicujących instrumenty podlegające kwalifikacji do grupy bankowych papierów wartościowych. Jednym z kryteriów przyjętych w doktrynie jest podział bankowych papierów wartościowych na te, co do których samodzielna emisja została zastrzeżona dla banków działających w formie spółek akcyjnych oraz banków państwowych, jak również na te, co do których istnieje niesamodzielna możliwość podejmowania działań emisyjnych także przez inne banki. W tej ostatniej grupie wskazuje się przykładowo na banki spółdzielcze, które są uprawnione do emitowania bankowych papierów wartościowych za zgodą banku zrzeszającego. Ponadto, bankowe papiery wartościowe można różnicować na te, które mogą być emitowane wyłącznie przez wskazaną przez ustawodawcę kategorię banków, i na te, co do których ustawodawca wyłączył możliwość emisji przez określoną kategorię banków (listy zastawne,

świadczenia użytkowe, obligacje) (Ofiarski 2013). Warto podkreślić, że w piśmiennictwie wyrażane są zastrzeżenia w stosunku do kwalifikacji niektórych papierów wartościowych jako bankowych papierów wartościowych. Obiekcje takie zgłaszane są do kategorii listów zastawnych emitowanych przez banki hipoteczne (Olszak 2000) oraz bonów pieniężnych emitowanych przez Narodowy Bank Polski.

Abstrahując od dywagacji przedstawionych powyżej, każdy bankowy papier wartościowy powinien zawierać elementy wymienione w art. 90 ust. 1 p.b. Podstawowym elementem jest posiadanie nazwy bankowy papier wartościowy. Kolejnym niezbędnym ogniwem jest określenie wartości nominalnej instrumentu, co do którego ustawodawca pozostawił bankom duży zakres swobody - w ustawie nie zamieszczono żadnych ograniczeń, w szczególności określających minimalną lub maksymalną wartość nominalną instrumentu. Nominalna cena, co do zasady, ustalana jest w zależności od kategorii nabywców, do których kierowana jest oferta nabycia – naturalnym jest, że niższa cena zostanie ustalona w przypadku skierowania oferty do klientów detalicznych niż podmiotów profesjonalnych. Ustawodawca jako obligatoryjne określił również zobowiązanie banku do naliczenia określonego oprocentowania według ustalonej stopy procentowej oraz dokonania wypłaty oznaczonej kwoty osobie uprawnionej, w określonych terminach. W odniesieniu do oprocentowania bankowi przysługuje jedynie swoboda w określeniu sposobu jego obliczania (stała lub zmienna stopa procentowa). Warto także podkreślić, że osoba uprawniona nie może żądać od banku wykupu papieru przed upływem terminu, chyba że w warunkach misji bankowego papieru wartościowego *explicite* wyrażono taką możliwość. Wymienionym w art. 90 ust. 1 pkt 3) p.b. jest również wymóg oznaczenia posiadacza papieru wartościowego, w przypadku papieru imiennego lub zamieszczenie adnotacji, że jest to papier wartościowy na okaziciela. Następnym komponentem jest sprecyzowanie zasad przenoszenia praw wynikających z papieru wartościowego. Element ten zależy od tego czy instrument ma charakter imienny, czy wystawiany jest na okaziciela. Ponadto istotna jest również kwestia formy bankowego papieru wartościowego - czy występuje w postaci materialnej, czy zdematerializowanej, które podlegają rejestracji w depozycie prowadzonym przez bank emitujący te papiery lub Krajowy Depozyt Papierów Wartościowych S.A., lub spółkę, której Krajowy Depozyt Papierów Wartościowych S.A. przekazał wykonywanie czynności z zakresu prowadzenia depozytu papierów wartościowych, lub firmę inwestycyjną. Obligatoryjne jest także oznaczenie numerem papieru wartościowego i podanie daty emisji. Wynika to z przeprowadzanej przez Komisję Nadzoru Finansowego kontroli następczej, weryfikującej, czy bank nie dokonał emisji większej od pierwotnie zgłoszonej. Obowiązek wskazania daty emisji jest również istotny z punktu widzenia obowiązku banku zgłoszenia zamiaru emisji do Komisji Nadzoru Finansowego, ma także znaczenie dla ustalenia momentu, od którego będzie naliczane oprocentowanie bankowych papierów wartościowych (Ofiarski 2013). Finalnym elementem są podpisy osób upoważnionych do składania oświadczeń w zakresie praw i obowiązków majątkowych banku, przy czym mogą być one odtwarzane mechanicznie.

W ramach art. 89 ust. 1 p.b. ustawodawca przewidział, że bank emitujący bankowe papiery wartościowe jest zobowiązany do podania do publicznej wiadomości warunków emisji tych instrumentów. W praktyce oznacza to, że informacja taka powinna być powszechnie dostępna, tak aby każdy podmiot mógł do niej dotrzeć i zapoznać się z jej treścią. Jednocześnie bank zobligowany jest do wskazania, czy podane do publicznej wiadomości warunki emisji bankowych papierów wartościowych należy uważać za ofertę, którą bank jest związany przez określony w jej treści czas, czy też należy je uważać za zaproszenie do składania ofert przez inwestorów zainteresowanych nabyciem bankowych papierów wartościowych (Wajda 2010). Kolejnym obowiązkiem związanym z emisją instrumentów przez bank jest poinformowanie Komisji Nadzoru Finansowego o zamierzonym programie emisji papierów wartościowych na 30 dni przed terminem emisji, wskazując jednocześnie warunki oraz wartość programu emisji.

Tryb emisji bankowych papierów wartościowych nie został *explicite* unormowany w przepisach prawa bankowego. Detale dotyczące oferowanego przez bank instrumentu zawarte są w dokumencie – warunkach emisji bankowych papierów wartościowych. Jest to podstawowy dokument przygotowywany zazwyczaj przez bank (albo doradcę prawnego banku) po uchwaleniu przez zarząd uchwały emitenta, dotyczącej wyrażenia zgody na emisję bankowych papierów

wartościowych. Warunki emisji zazwyczaj są kilkunastostronicowym dokumentem, w którym sprecyzowane są postanowienia dotyczące między innymi: podstawy prawnej dokonywanej emisji bankowych papierów wartościowych, określenia formy oraz tytułu własności papierów. Warunki emisji zawierają również informacje dotyczące oprocentowania oraz sposobu naliczania odsetek, a także kwestii dotyczących wykupu oraz nabycia. Dobrą praktyką jest również zamieszczenie w warunkach emisji klauzul dotyczących zmiany postanowień zawartych w warunkach, określenia dodatkowych praw przysługujących posiadaczom bankowych instrumentów oraz określenia kwestii związanych z różnego rodzaju nieprzewidzianymi czynnikami (tj. likwidacja emitenta, niewypełnienie zobowiązania). Innym istotnym dokumentem jest propozycja nabycia danego papieru wartościowego, stanowiąca zaproszenie lub ofertę dla inwestorów. W przypadku kilku serii realizowanych w ramach jednej emisji, banki mogą przygotować specyfikacje parametrów subskrypcji odrębne dla każdej serii.

W przepisach prawa bankowego nie wyłączono możliwości nadania bankowym papierom wartościowym cech właściwych dla instrumentów rynku kapitałowego (Pawelczyk 1999). W piśmiennictwie sformułowano nawet pogląd, według którego bezwzględny zakaz stosowania do bankowych papierów wartościowych regulacji właściwych dla oferty publicznej i zorganizowanego systemu obrotu nie wyłącza możliwości stworzenia takiego instrumentu pochodnego, dla którego bankowy papier wartościowy stanowić będzie podstawę (Sienko 2004; Sokal 2005; Zapadka 2010).

Nieaktualne w piśmiennictwie natomiast stały się poglądy dotyczące rozważań odnoszących się do kwalifikacji bankowych papierów wartościowych jako papierów wierzycielskich znajdujących się poza publicznym obrotem, mimo że banki są uprawnione do przeprowadzania publicznej emisji instrumentów (Ciarkowski 2001) oraz dorobek doktryny odnoszący się do możliwości wprowadzenia bankowych papierów wartościowych do publicznego obrotu. W tym kontekście warto przypomnieć, iż w doktrynie wskazywano iż art. 92 p.b. jako norma bezwzględnie wiążąca, co skutkuje stworzeniem odrębnego reżimu prawnego dla bankowych papierów wartościowych niezależnie od ich konstrukcji prawnej oraz funkcji przyjętych w warunkach emisji (Bączek 2007; Kawulski 2013). Wskazywano zatem w literaturze, iż bankowe papiery wartościowe nie mogły stanowić przedmiotu oferty publicznej oraz nie mogły zostać dopuszczone do obrotu na rynku regulowanym w rozumieniu ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o ofercie publicznej i warunkach wprowadzania instrumentów finansowych do zorganizowanego systemu obrotu oraz o spółkach publicznych (Dz. U. z 2020 r. poz. 2080), co oznacza, iż emisja przeprowadzana przez bank wyłączona była spod nadzoru Komisji Nadzoru Finansowego określonego w ustawie z dnia 29 lipca 2005 r. o nadzorze nad rynkiem kapitałowym (Dz. U. z 2020 r. poz. 1400) (Kawulski 2013). W literaturze przedmiotu wyrażany był również pogląd o dyspozytywności art. 92 p.b., co przesądzało o możliwości stosowania ustawy o ofercie do emisji papierów bankowych w sytuacji spełniania określonych przesłanek (Michalski 2002; Michalski 2000).

Odnosząc się do przedstawionych powyżej rozważań, warto wskazać, iż ustawa Prawo bankowe została zmieniona w treści ustawy z dnia 16 października 2019 r. o zmianie ustawy o ofercie publicznej i warunkach wprowadzania instrumentów finansowych do zorganizowanego systemu obrotu oraz o spółkach publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2019 r. poz. 2217 ze zm.); dalej ustawa zmieniająca. W treści art. 7 ustawy zmieniającej uchylono art. 92 p.b., który wyłączał stosowanie ustawy o ofercie publicznej do bankowych papierów wartościowych. Uchylenie art. 92 p.b. stanowiła skutek uchylenia art. 2 pkt 2 ustawy o ofercie publicznej, wyłączającego zastosowanie przepisów tej ustawy do emisji bankowych papierów wartościowych. W efekcie, oznacza to, iż od dnia 30 listopada 2019 r. emisja bankowych papierów wartościowych odbywa się w trybie określonym w treści Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2017/1129 z dnia 14 czerwca 2017 r. w sprawie prospektu, który ma być publikowany w związku z ofertą publiczną papierów wartościowych lub dopuszczeniem ich do obrotu na rynku regulowanym oraz uchylenia dyrektywy 2003/71/WE (Dz.U. UE. L 168, 30.6.2017, p. 12–82); dalej Rozporządzenie. Wskazać bowiem należy, iż bankowe papiery wartościowe jako papiery wartościowe spełniające wymogi definicji uwzględnionej w treści art. 2 lit. a Rozporządzenia podlegają pod zakres regulacji tego Rozporządzenia bezpośrednio.

4. Wnioski

Status prawny bankowych papierów wartościowych jest bardzo trudny do jednoznacznego sklasyfikowania i określenia. Według części przedstawicieli doktryny praktyki, mówiąc o bankowych papierach wartościowych, powinniśmy mieć na myśli jeden, wyszczególniony oraz nazwany przez ustawodawcę typ papieru wartościowego. Reprezentanci drugiego stanowiska dostrzegają możliwość emisji papierów wartościowych, które mimo wzajemnego zróżnicowania, mieszczą się w zakresie szeroko rozumianej instytucji bankowego papieru wartościowego.

Przeprowadzenie analizy mającej za przedmiot poprzez bankowe papiery wartościowe należy rozumieć różne instrumenty, spełniające przesłanki wymienione w normach z art. 89-91 p.b. Wydaje się, że racjonalny prawodawca tworząc wymogi, które muszą spełniać bankowe papiery wartościowe (na czele z obowiązkiem zamieszczenia zwrotu bankowy papier wartościowy jako określenia emitowanych papierów wartościowych), dążył do tego aby, banki w jak najszerszy sposób mogły finansować swoją działalność lub inwestycje poprzez emisję papierów wartościowych. O swego rodzaju uprzywilejowanej pozycji banków świadczy również wyłączność przyznana im w ustawie Prawo bankowe w zakresie emisji bankowych papierów wartościowych poprzez wskazanie, iż czynność tę należy uznać za zwykłą działalność banku, *ergo* czynność banku *sensu stricto*, co można poczytywać jako maksymalne ułatwienie bankom korzystanie z instrumentu bankowego papieru wartościowego. Ponadto, dokonując wykładni celowościowej rozdziału siódmego ustawy Prawo bankowe wskazać można, iż ustawodawca miał zamiar umożliwić bankom w jak najszerszym zakresie posiłkowanie się w prowadzonej działalności środkami uzyskanymi z emisji bankowych papierów wartościowych. Wynika to z okoliczności, iż ustawodawca określił, iż bankowe papiery wartościowe powinny spełniać wskazane w art. 90 p.b. wymogi, co wskazuje na brak celu wykreowania jednolitego instrumentu. Działanie takie mogłoby bowiem znacząco ograniczyć pozyskiwanie kapitału przez banki, bowiem wszelkie, nawet najdrobniejsze odstępstwa od „standardowego” bankowego papieru wartościowego (przy czym nie istnieje „wzór” bankowego papieru wartościowego), uniemożliwiłaby lub utrudniałaby przeprowadzenie emisji. Jednocześnie, każdy papier wartościowy spełniający warunki określone w art. 90 p.b. oraz emitowany będzie przez bank należy zakwalifikować jako bankowy papier wartościowy.

W zakresie trybu emisji bankowych papierów wartościowych wskazać należy na nieaktualność dyskursu prowadzonego wśród przedstawicieli doktryny oraz praktyki co do reżimu prawnego, któremu podlega emisja tych instrumentów przez bank u odniesieniu do stosowania przepisów ustawy o ofercie publicznej. W tym zakresie, wskazać bowiem należy na treść ustawy zmieniającej, w ramach której został uchylony art. 92 p.b., a sama emisja bankowych papierów wartościowych odbywać się będzie zgodnie z wymogami przewidzianymi w treści Rozporządzenia. Stan taki można uznać jako utrudniający przeprowadzanie emisji, i tak stosunkowo rzadko przeprowadzanych przez banki, z powodu co do zasady konieczności przeprowadzenia postępowania o zatwierdzenie prospektu przez Komisję Nadzoru Finansowego. Z drugiej strony należy jednakże zauważyć, iż objęcie emisji bankowych papierów wartościowych wymogami wynikającymi z Rozporządzenia gwarantuje wyższy poziom bezpieczeństwa na rynku, co należy uznać za prawidłowe i pożądane działanie, podobnie jak wprowadzenie jednolitych warunków w obrębie całej Unii Europejskiej.

5. Literatura

- Bączyk M (2007), Komentarz do art. 92 ustawy Prawo bankowe, [w:] Prawo bankowe. Komentarz, wyd. V, red. E. Fojcik-Mastalska: 429-430.
- Bączyk M i in. (2000), Papiery wartościowe: 45.
- Chłopecki A (2003) Definicja papierów wartościowych dłużnych. Zeszyty Prawnicze 3/2: 93-111.
- Ciarkowski S (2001) Prawa pochodne jako papiery wartościowe. Prawo Papierów Wartościowych 4: 8.
- Kawulski A (2013) Prawo bankowe. Komentarz. Komentarz do art. 89-92 p.b.: Lex/el.
- Księżopolski S. (1998) Nowe bankowe papiery wartościowe. Gazeta Prawna 37: 4.

- Michalski M (1998) Konstrukcje bankowych papierów wartościowych w świetle zasady numerus clausus papierów wartościowych w prawie polskim. Prawo Bankowe 2: 43 i nast.
- Michalski M (2000) Czy bankowe papiery wartościowe mogą być wprowadzane do publicznego obrotu?. Prawo Bankowe 6: 73.
- Michalski M (2002) Sprawa wcale nie śliska. Rzeczpospolita 12: 16.
- Michalski M (2003) Prawne uwarunkowania tzw. zdolności emisyjnej banków. Prawo Bankowe 5: 71.
- Ofiarski Z (2013) Prawo bankowe. Komentarz: 563-584.
- Olszak M (2000) Instytucja banku hipotecznego i listu zastawnego w świetle wybranych regulacji Unii Europejskiej. Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego 11: 11-15.
- Pawelczyk M (1999) Bankowe papiery wartościowe na krajowym rynku finansowym. Zagadnienia prawne. Przegląd Prawa Handlowego 6: 23-30.
- Sieńko B (2004) Bankowe papiery wartościowe na rynku kapitałowym. Głosa 11: 28.
- Sokal P (2005) Ustawa o niektórych zabezpieczeniach finansowych - uwagi ogólne. Prawo Bankowe 4: 73.
- Srokosz W (2011) Instytucje parabankowe w Polsce: Lex/el.
- Wajda P (2010) Prawne i ekonomiczne aspekty bankowych papierów wartościowych. Przegląd Prawa Publicznego 2: 67-81.
- Wiktorzak A (2010) Zasada numerus clausus a bankowe papiery wartościowe. Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Szczecińskiego - Prawo 22: 119-137.
- Zapadka P (2010) Bankowe papiery wartościowe - dopuszczenie do obrotu na Giełdzie Papierów Wartościowych. Forum Prawnicze 2: 50-55.

10. Rekomendacje wydawane przez Komisję Nadzoru Finansowego jako źródło prawa bankowego

Recommendations issued by the Polish Financial Supervision Authority as a source of banking law

Dominika Gałus

Uniwersytet Warszawski, Wyższa Szkoła Bankowa w Warszawie

Opiekun naukowy: prof. UW dr hab. Paweł Wajda

Gałus Dominika: dominika_galus@wp.pl

Słowa kluczowe: bank, sektor bankowy, organ nadzoru, *soft law*

Streszczenie

Artykuł odnosi się do przedstawienia problematyki statusu prawnego rekomendacji wydawane przez Komisję Nadzoru Finansowego zgodnie z art. 137 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo bankowe w kontekście ich stosowania jako źródła prawa bankowego dla podmiotów z sektora bankowego. Analizie poddane są podstawy prawne dotyczące wydawania przez organ nadzoru rekomendacji z art. 137 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo bankowe, mające wpływ na klasyfikację rekomendacji Komisji Nadzoru Finansowego jako instrumentu wiążącego lub nie podmioty nadzorowane. W efekcie należy wskazać, iż Komisja Nadzoru Finansowego nie ma kompetencji do wydawania aktów prawa powszechnie obowiązującego ani aktów o charakterze wewnętrznym adresowanych do podległych jednostek organizacyjnych w stosunkach z podmiotami nadzorowanymi, prowadzi do klasyfikacji rekomendacji dotyczących dobrych praktyk, jako aktów o charakterze nienormatywnym i niewiążącym. Rekomendacje dotyczące dobrych praktyk ostrożnego i stabilnego zarządzania bankami można zakwalifikować jako funkcjonalne źródło prawa bankowego. Rekomendacje stanowią w polskim prawie bankowym rodzaj *soft law*, którego znaczenie w obecnym systemie prawnym staje się coraz bardziej doniosłe za sprawą silnego rozwoju niewiążącego prawodawstwa europejskiego oraz coraz bardziej powszechnego korzystania przez organy nadzoru rynku finansowego (w tym bankowego) z możliwości wydawania tego typu instrumentów.

1. Wstęp

Nadzór bankowy zorientowany jest na zapewnienie prawidłowego funkcjonowania tego rynku, jego stabilności, bezpieczeństwa oraz przejrzystości, zaufania do rynku finansowego, a także zapewnienie ochrony interesów uczestników tego rynku również poprzez rzetelną informację dotyczącą funkcjonowania rynku, przez realizację celów określonych w ustawie z dnia 29 sierpnia 1997 r. Prawo bankowe (Dz. U. z 2020 r. poz. 1896 ze zm.); dalej p.b. Celem nadzoru bankowego jest w szczególności gwarantowanie przez organ nadzoru bezpieczeństwa środków pieniężnych gromadzonych na rachunkach bankowych, zapewnienie zgodności działalności banków z przepisami ustawy, Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 575/2013 z dnia 26 czerwca 2013 r. w sprawie wymogów ostrożnościowych dla instytucji kredytowych i firm inwestycyjnych zmieniającego rozporządzenie (UE) nr 648/2012 (Dz. Urz. UE L 176, 27.6.2013: 1–337), ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. o Narodowym Banku Polskim (Dz. U. z 2020 r. poz. 2027), statutem oraz decyzją o wydaniu zezwolenia na utworzenie banku, zgodności działalności prowadzonej przez banki zgodnie z art. 70 ust. 2 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o obrocie instrumentami finansowymi (Dz. U. z 2020 r. poz. 89 ze zm.) z przepisami tej ustawy, Rozporządzeniem Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 596/2014 z dnia 16 kwietnia 2014 r. w sprawie nadużyć na rynku (rozporządzenie w sprawie nadużyć na rynku) oraz uchylającego dyrektywę 2003/6/WE Parlamentu Europejskiego i Rady i dyrektywy Komisji 2003/124/WE, 2003/125/WE i 2004/72/WE (Dz. Urz. UE L 173, 12.6.2014: 1–61), aktami delegowanymi wydanymi na podstawie tego rozporządzenia oraz ze statutem (*argumentum ex art. 2* ustawy z dnia 21 lipca 2006 r. o nadzorze nad rynkiem finansowym (Dz.U. z 2020 r. poz. 2059) w związku z art. 133 ust. 1 p.b.). Dyrektywy te realizowane są poprzez

stosowanie różnych środków nadzoru, w szczególności poprzez działalność prawotwórczą lub możliwość wydawania dokumentów mających charakter rekomendujący określone sposoby postępowania, wprowadzania uznawanych przez organ nadzoru za skuteczne rozwiązań w zakresie sektora bankowego. Można postawić hipotezę, że kompetencja tego typu została przyznana Komisji Nadzoru Finansowego (dalej: KNF) jako organowi nadzorującemu sektor bankowy w Polsce, w ramach art. 137 ust. 1 pkt 5 p.b. KNF zgodnie z brzmieniem tego artykułu posiada kompetencję do wydawania rekomendacji w zakresie dobrych praktyk ostrożnego i stabilnego zarządzania. Rekomendacje stanowią zbiór bankowych norm ostrożnościowych. Treść rekomendacji zazwyczaj odnosi się do sprecyzowania pewnych sposobów postępowania zalecanych przez KNF w toku prowadzenia działalności bankowej (Ofiarski 2013). Prawo bankowe nie reguluje (a także nie regulowało w przeszłości) kwestii procedury, w wyniku której tworzone są rekomendacje dla sektora bankowego. Tryb wydawania rekomendacji wynika z przyjęcia zasady, że dokument ten wydawany jest w wyniku podjęcia uchwały KNF o przyjęciu danej rekomendacji. Forma takiego procedowania aktu stanowi przyjętą praktykę KNF oraz jej poprzedniczki – Komisji Nadzoru Bankowego.

Praktyka wydawania rekomendacji zapoczątkowana została w czerwcu 1996 r., wydaniem przez Narodowy Bank Polski, będący w tym okresie organem właściwym do sprawowania kontroli nad sektorem bankowym „*Rekomendacji dla banków dotyczącej systemu monitorowania płynności finansowej*”. Kompetencja do tworzenia rekomendacji przejęta została następnie przez Komisję Nadzoru Bankowego, która w okresie od 1998 do 2008 r. wydała kilkanaście rekomendacji odnoszących się do problematyki zarządzania ryzykami związanymi z działalnością banków (zarządzanie ryzykiem detalicznych ekspozycji kredytowych, ryzykiem walutowym, zarządzanie ryzykiem związanym z instrumentami pochodnymi, zarządzanie ekspozycjami kredytowymi finansującymi nieruchomości oraz zabezpieczonymi hipotecznie oraz inne) oraz ustanawiających dobre praktyki dla banków. Sukcesorem Komisji Nadzoru Bankowego stała się KNF, która od stycznia 2008 r. jest podmiotem nadzorującym działalność banków w Polsce.

2. Opis zagadnienia

Rekomendacje w zakresie dobrych praktyk ostrożnego i stabilnego zarządzania, mimo długiej praktyki ich wydawania, budzą spore wątpliwości w doktrynie oraz orzecznictwie. Kontrowersję stanowi generalny i abstrakcyjny charakter prawny rekomendacji, które ponadto wydawane są na podstawie delegacji ustawowej. Ukształtowanie w ten sposób tego instrumentu oddziaływania na rynek bankowy sugerować mogłoby, że rekomendacje sklasyfikować można jako akty powszechnie obowiązujące. Z drugiej strony, rekomendacje posiadają cechy, które sprawiają, że można je także uznawać za akty prawa wewnętrznego. Zgodnie z innym poglądem, instrument o którym mowa w art. 137 ust. 1 pkt 5 p.b., nie stanowi aktu prawnego a jedynie zbiór niewiążących zaleceń dla banków. Jednoznacznie scharakteryzowanie rekomendacji KNF utrudniają również kwestie niejako marginalne związane z istnieniem przepisu upoważniającego KNF, a wcześniej Komisję Nadzoru Bankowego do wydawania rekomendacji. Punkt 5 w art. 137 ust. 1 p.b. został dodany ustawą zmieniającą z dnia 1 kwietnia 2004 r., która weszła w życie w dniu 1 maja 2004 r. Oznacza to, że wcześniej wydane rekomendacje zostały wydane bez wyraźnego upoważnienia w przepisach, co jest niezgodne z ogólnymi zasadami prawa administracyjnego oraz wyrażoną w art. 7 Konstytucji RP zasadą legalizmu. M. Olszak uznaje jednak, że organ nadzoru był upoważniony do wydawania tego rodzaju aktów bez wyraźnej podstawy prawnej, powołując się na uzasadnienie do projektu zmiany ustawy Prawo bankowe (Olszak 2010). Z praktycznego punktu widzenia najbardziej interesująca jest jednak kwestia czy rekomendacje wydawane przez KNF są wiążące dla banków oraz czy banki mogą ponieść konsekwencje z tytułu niezastosowania się do nich?

3. Przegląd literatury

Rekomendacje dotyczące dobrych praktyk ostrożnego i stabilnego zarządzania zalicza się do katalogu źródeł bankowych norm mikroostrożnościowych, przy czym w piśmiennictwie zaznacza się również, iż są one instrumentem niewładczego oddziaływania KNF na banki (Olczak 2011). Rekomendacje ze względu na przedmiot oraz organ który je wydaje zaliczane są do nienormatywnych

form działania administracji, co oznacza, iż nie stanowią prawa w świetle obowiązujących standardów (Czech 2009). Swoją opinię w tym przedmiocie wyraził T. Czech stwierdzając, że wydane przez KNF rekomendacje – podobnie jak inne uchwały organu nadzoru – nie są źródłem powszechnie obowiązujących przepisów prawa, jak również przepisów o charakterze wewnętrznym. T. Czech formuje również tezę, że KNF nie posiada narzędzi w postaci zalecenia bądź innego rodzaju jednostronnego rozstrzygnięcia władczego, który w sposób prawnie wiążący nakładałby na bank obowiązek stosowania wytycznych wynikających z wydanych przez organ nadzoru rekomendacji (Pelc 2010).

Rekomendacje KNF mają charakter generalno-abstrakcyjnego co sugerowałoby, iż zakwalifikować je można do źródeł prawa powszechnie obowiązującego. Jednakże po analizie art. 87 ust. 1 oraz ust. 2 Konstytucji RP, zauważyć można, że w polskim systemie obowiązuje zamknięty, enumeratywnie wyliczony zbiór aktów normatywnych obowiązujących powszechnie (Garlicki 2012): Konstytucja, ustawy, ratyfikowane umowy międzynarodowe a także prawo stanowione przez organizację międzynarodową (art. 91 ust. 3 Konstytucji RP), rozporządzenia, rozporządzenia Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej z mocą ustawy (art. 234 Konstytucji RP) oraz akty prawa miejscowego. Niespełnianie przez rekomendacje wydawane przez KNF tejsze przesłanki przedmiotowej, sprawia że instrumentu tego nie można zaklasyfikować do aktów prawa powszechnie obowiązującego (Banaszak 2012).

Rekomendacje nie mogą zostać także zakwalifikowane jako akty normatywne mające charakter wewnętrzny w rozumieniu Konstytucji RP. Co prawda, art. 93 Konstytucji RP określa cechy wewnętrznych aktów normatywnych przez wskazanie, że mogą one być wydawane przez Radę Ministrów i Prezesa Rady Ministrów, niezbędne jest również upoważnienie zawarte w ustawie. Kolejną cechą posiadaną przez akty prawa wewnętrznego jest podleganie kontroli co do ich zgodności z powszechnie obowiązującym prawem. Akty interny, zgodnie z Konstytucją, obowiązują tylko jednostki organizacyjnie podległe organowi wydającemu te akty, co oznacza, że nie mogą stanowić podstawy decyzji organów państwowych wobec obywateli i osób prawnych oraz innych podmiotów.

Analizując wszelkie przesłanki, należy wskazać, iż w przepisie wymienione są dwa podmioty upoważnione do wydawania aktów prawa wewnętrznego – Rada Ministrów oraz Prezes Rady Ministrów. Mimo iż KNF nie została wymieniona *explicite* w tym gronie, Trybunał Konstytucyjny w wyroku z dnia 1 grudnia 1998 r. o sygnaturze K 21/98 (wyrok TK z 01.12.1998 r., K 21/98), dopuścił wydawanie tego typu aktów przez podmioty, którym brak kompetencji do wydawania aktów interny, utrudniłby prowadzenie skutecznej działalności. W efekcie w doktrynie wskazywano, iż KNF w świetle wskazanego powyżej orzeczenia jest władna wydawać akty prawa wewnętrznego (Ochnio 2013). Rekomendacje wydawane przez KNF spełniają także przesłankę formalną – są uchwałami wymienionymi w Konstytucji RP – oraz podstawą ich tworzenia jest przepis rangi ustawowej – art. 137 ust. 1 pkt 5 p.b. Ostatnia przesłanka, tj. przesłanka podległości podmiotów wobec organu wydającego akt prawa wewnętrznego, powinna być analizowana w oparciu o orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego z dnia 28 czerwca 2000 r. o sygnaturze K 25/99 (wyrok TK z 28.06.2000 r., K 25/99), dotyczącego charakteru prawnego uchwał wydawanych przez Narodowy Bank Polski. Trybunał stanął na stanowisku, że uchwały te stanowią akty interny, ponieważ między bankami komercyjnymi a Narodowym Bankiem Polskim występuje relacja funkcjonalnej podległości organizacyjnej. W wyroku tym, sformułowane zostały wymogi, które przesadzają o możliwości wydawania aktów prawa wewnętrznego w przypadku występowania funkcjonalnej podległości wobec organu państwowego – wymóg aby organ wydający taki akt był organem konstytucyjnym, a akty dotyczyły jedynie konstytucyjnie określonych zadań publicznych (Banaszak 2012).

Zestawienie powyższego stanowiska Trybunału Konstytucyjnego ze statusem KNF jednoznacznie wskazuje na fakt, że KNF w ostatecznym rozrachunku nie jest upoważniona do wydawania aktów prawa wewnętrznego. KNF nie jest bowiem centralnym organem administracji publicznej, któremu banki są podległe organizacyjnie. Do KNF nie znajdzie również zastosowania wymóg istnienia ewentualnej funkcjonalnej podległości banków, bowiem KNF nie jest organem konstytucyjnym (Banaszak 2012). W obecnej sytuacji prawnej, rekomendacje KNF nie mogą zostać uznane za akty prawa wewnętrznego. Uległoby to zmianie, gdyby ustawodawca umiejscowił KNF

w Konstytucji RP, jednakże prawdopodobieństwo realizacji takiego zdarzenia oceniane jest w doktrynie jako znikome (Kawulski 2013).

Przyjęcie, że KNF nie ma kompetencji do wydawania aktów prawa powszechnie obowiązującego ani aktów o charakterze wewnętrznym adresowanych do podległych jednostek organizacyjnych w stosunkach z podmiotami nadzorowanymi, prowadzi do klasyfikacji rekomendacji dotyczących dobrych praktyk, jako aktów o charakterze nienormatywnym i niewiążącym. Rekomendacje dotyczące dobrych praktyk ostrożnego i stabilnego zarządzania bankami można zakwalifikować jako funkcjonalne źródło prawa bankowego. Rekomendacje stanowią w polskim prawie bankowym rodzaj *soft law*, którego znaczenie w obecnym systemie prawnym staje się coraz bardziej doniosłe za sprawą silnego rozwoju niewiążącego prawodawstwa europejskiego (Łętowska 2016) oraz coraz bardziej powszechnego korzystania przez organy nadzoru rynku finansowego (w tym bankowego) z możliwości wydawania tego typu instrumentów.

Praktyka pokazuje, że mimo braku wiążącego charakteru rekomendacji KNF, podmioty funkcjonujące na rynku bankowym często decydują się na wprowadzanie pewnych rekomendowanych rozwiązań, co w dużej mierze spowodowane jest nie tyle dbałością o przejrzystość na rynku bankowym czy skuteczność postulowanych przez KNF metod, co próbą prewencyjnego ograniczenia uwag KNF wyrażanych w czasie inspekcji poszczególnych podmiotów (wyrażenie przez KNF pewnych zastrzeżeń w stosunku do sposobu prowadzenia działalności zazwyczaj kończy się prowadzeniem długotrwałej korespondencji z KNF w sprawie wyjaśnień, co wiąże się z poniesieniem nakładów w zakresie pracy oraz jest kapitałochłonne). W obecnym stanie prawnym, wydawane przez KNF rekomendacje, nie będąc aktami prawa powszechnie obowiązującego oraz internymi, nie mogą nakładać na adresatów obowiązków, a jedynie mogą zalecać podejmowanie określonych w ich treści działań (Kaszubski 2006). Ponadto konsekwencją wynikającą z braku mocy wiążącej rekomendacji jest niemożliwość zbadania ich treści przez Trybunał Konstytucyjny, Sąd Najwyższy, sądy powszechne ani sądy administracyjne. Stan taki należy ocenić jako uciążliwy, bowiem zdarza się iż pewne postanowienia zawarte w rekomendacjach wywołują pytania o ich zgodność z powszechnie obowiązującymi aktami prawnymi. Aby unikać występowania takich sytuacji, w stosunku do instrumentu przewidzianego w art. 137 ust. 1 pkt 5 p.b., projekty rekomendacji publikowane są z dużym wyprzedzeniem. Takie rozwiązanie ma na celu umożliwienie bankom oraz innym zainteresowanym podmiotom na odniesienie się do treści proponowanej rekomendacji, chociażby poprzez zgłaszanie uwag oraz wniosków co do treści rekomendacji. Prowadzone konsultacje są także pomocne dla klientów, którzy wiedząc o planowanych zmianach mogą zastanowić się czy wolą skorzystać z oferty banku przed czy po wprowadzeniu rekomendacji (Zygier 2015).

Ciekawą teorię, nieaktualną już na gruncie obowiązującej ustawy o obrocie instrumentami finansowymi, w zakresie charakteru rekomendacji jako instrumentu *soft law* zaprezentował P. Pelc, który dokonał analizy porównawczej przyjętych praktyk rynkowych, o których mowa w ustawie o obrocie instrumentami finansowymi. W rozumieniu ustawy o obrocie instrumentami finansowymi, przyjętymi praktykami rynkowymi były zachowania, co do których można było sformułować pewne oczekiwanie o ich obowiązywaniu na jednym lub wielu rynkach finansowych i które podlegały akceptacji przez KNF. Rola KNF w tym przypadku, zdaniem autora, ograniczała się przede wszystkim do funkcji edukacyjnej oraz porządkującej, co skutkowało ujednoczeniem praktyk rynkowych bez ingerencji normatywnej KNF. P. Pelc wyraził pogląd, iż rekomendacje KNF odnoszące się do dobrych praktyk ostrożnego i stabilnego zarządzania bankami, powinny mieć analogiczny charakter co przyjęte praktyki rynkowe (przy czym aktualnie art. 44 oraz art. 45 ustawy o obrocie instrumentami finansowymi zostały uchylone przez ustawodawcę). Zdaniem P. Pelca przyjęcie takiej praktyki zapewniłoby zachowanie kompetencji KNF do wydawania rekomendacji. W przeciwnym wypadku należałoby uznać, że rekomendacje powinny mieć charakter prawa powszechnie obowiązującego i jako takie powinny być wydawane przez organ konstytucyjnie do tego uprawniony (na przykład ministra właściwego do spraw instytucji finansowych), co skutkowałoby uprawnieniem organu nadzoru do domagania się od podmiotów nadzorowanych przestrzegania jego wytycznych (Pelc 2010).

Zalecane przez KNF działania, oczekiwanie zastosowania się do zaleceń oraz nakaz stosowania się postanowień rekomendacji, jak również stanowisko wyrażane przez KNF, że dana rekomendacja obowiązuje należy zdaniem M. Olszaka interpretować w ten sposób, że w określonym terminie oraz zakresie postanowienia rekomendacji są aktualne. Jednocześnie uznaje się, iż rekomendacje należy traktować jako akty o cechach dydaktyki oficjalnej, kreującej modele działania banków wobec konkretnych typów ryzyk, ponieważ służą prawidłowej ocenie i dotyczą prawidłowego zabezpieczenia przed konkretnymi ryzykami (Olszak 2011).

Można jednakże w doktrynie odszukać także odmienne spostrzeżenia dotyczące zagadnienia mocy obowiązującej rekomendacji KNF. Jednym z przedstawicieli odmiennego stanowiska w doktrynie jest A. Kawulski, który zauważa, że racjonalny ustawodawca nie przekazał innym organom upoważnień do wydania aktów generalnych wydawanych przez KNF na podstawie ustaw odnoszących się do regulacji rynku finansowego oraz kapitałowego na rzecz ministra właściwego do spraw instytucji finansowych. Autor wychodząc z założenia, że racjonalny ustawodawca nie mógł celowo ograniczyć albo wręcz uniemożliwić organowi nadzoru skutecznego wykonywania swoich funkcji, chcąc potwierdzić brak kompetencji KNF do wydawania aktów wiążących sektor bankowy w zakresie dobrych praktyk ostrożnego i stabilnego zarządzania bankami, powinien był przekazać te kompetencje organowi konstytucyjnemu. Autor wskazuje również, iż jednym z zadań KNF przewidzianych przez przepisy ustawy Prawo bankowe jest określanie zasad działania banków, co ma zapewniać bezpieczeństwo środków pieniężnych zgromadzonych przez klientów w bankach (Kawulski 2013). Rekomendacje stanowiące źródło bankowych norm ostrożnościowych wydają się realizować ten cel, w związku z czym powinny być stosowane przez podmioty działające na rynku bankowym.

4. Podsumowanie

Nie ulega wątpliwości, że rekomendacje KNF wydawane w oparciu o art. 137 ust. 1 pkt 5 p.b. mają istotny wpływ na rynek bankowy, ofertę kredytową oraz inne aspekty działalności prowadzonej przez banki komercyjne. Rekomendacje KNF wydawane na gruncie prawa bankowego należy przy tym zakwalifikować jako funkcjonalne źródło prawa bankowego, stanowiące akty o charakterze *soft law*, a więc co do zasady niewiążące banki. Wskazać przy tym należy, że wydawanie rekomendacji przez KNF stanowi formę realizacji zadania w zakresie zapewniania warunków w obszarze bezpiecznego i stabilnego funkcjonowania systemu bankowego oraz tworzenia oraz wzmocnienia poziomu zaufania klientów do banków. W tym kontekście zauważyć należy, iż banki co do zasady w całości wdrażają rekomendacje KNF. Takie postępowanie banków należy odczytywać jako pozytywny sygnał, ponieważ *soft law* wydawane przez KNF, co do zasady promuje korzystne praktyki dla klientów oraz stanowi swego rodzaju instrument dyscyplinujący banki, z uwagi na rekomendowane przez KNF niejednokrotnie, stosunkowo rygorystyczne praktyki i działania mające na celu ograniczenie ewentualnych ryzyk występujących po stronie klientów związanych z działalnością prowadzoną przez banki.

Charakter rekomendacji KNF jako *soft law*, w związku z jego rosnącą popularnością, mimo iż nie stanowi nowego instrumentu na rynku, to nadal wywołuje dyskusje oraz budzi wątpliwości. W doktrynie, a przede wszystkim w praktyce prezentowane jest również stanowisko, zgodnie z którym KNF sprawuje nadzór nad sektorem bankowym w sposób rygorystyczny oraz przekracza pewne bariery istotnie ingerując w działalność banków na skutek wydawania rekomendacji. Okoliczność ta uwidacznia się zwłaszcza w kontekście badania banków oraz oceny nadzorczej dokonywanej przez KNF, w sytuacji w której organ nadzoru wyraża się negatywnie oraz niejako piętnuje niewykonywanie postanowień rekomendacji KNF przez podmiot nadzorowany, co niejako pozostaje w sprzeczności z charakterem rekomendacji KNF na gruncie prawa bankowego jako niewiążącego i funkcjonalnego źródła prawa bankowego. W praktyce natomiast rekomendacje są całościowo implementowane do regulacji wewnętrznych banków, chociażby ze względu na możliwość poniesienia ewentualnych konsekwencji wyciąganych przez KNF wobec podmiotu niestosującego się do rekomendacji w postaci przykładowo obniżenia not banku w ramach badania i oceny nadzorczej dokonywanej przez KNF.

Zarówno przedstawiciele sektora bankowego jak i środowisko prawnicze, dostrzegając problem złożonego statusu rekomendacji jako źródła prawa bankowego, postulowało wielokrotnie zmianę treści art. 137 ust. 1 pkt 5 p.b. Jedną z takich propozycji została wyrażona w piśmie Prezesa Związku Banków Polskich z dnia 29 września 2014 r. (pismo Prezesa ZBP), w którym wyrażono poparcie dla idei przestrzegania rekomendacji KNF na zasadzie *comply or explain*. Prezes Związku Banków Polskich wysunął postulat zmiany brzmienia art. 137 p.b., tak aby jednoznacznie w treści przedmiotowego artykułu określić status rekomendacji KNF jako wytycznych o charakterze ogólnym w zakresie podejmowanych przez banki działań w przedmiocie zasad ostrożnego zarządzania bankiem. Stanowisko to jednoznacznie wskazuje na próbę określenia przez sektor bankowy charakteru rekomendacji KNF. Ponadto, można wskazane stanowisko uznać za formę samoregulacji rynku w zakresie osiągania określonych przez KNF celów na skutek wdrażania własnych, optymalnych i dostosowanych do indywidualnej sytuacji danego banku komercyjnego, a także zgodnych z prawem rozwiązań. Zauważyć przy tym należy, iż po wprowadzeniu postulowanych przez rynek standardów w zakresie przestrzegania rekomendacji KNF na zasadzie *comply or explain*, zmaterializowałyby się sytuacja, w której bank mógłby ponieść odpowiedzialność administracyjną wyłącznie w obliczu braku zapewnienia realizacji celu regulacyjnego, którego realizacji służyło wydanie przez KNF rekomendacji, jeżeli działanie to byłoby równocześnie naruszeniem przepisów prawa powszechnie obowiązującego.

5. Literatura

- Banaszak B (2012) Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz, Legalis/el.
- Czech T (2009) Charakter prawny rekomendacji Komisji Nadzoru Finansowego. *Przegląd Prawa Publicznego* 11: 73–75.
- Garlicki L (2012) Konstytucyjne podstawy funkcjonowania administracji publicznej [w:] System prawa administracyjnego. Tom 2, red. R. Hauser, A. Wróbel, Z. Niewiadomski (red.), Warszawa, Legalis/el.
- Kaszubski R (2006) Funkcjonalne źródła prawa bankowego publicznego: 78.
- Kawulski A (2013) Prawo bankowe. Komentarz: Lex/el.
- Krzyżewski J (2000) Rekomendacje nadzorcze - charakter prawny i zakres mocy obowiązującej. *Prawo Bankowe* (7-8): 110-121.
- Łętowska E (2016) Sugestie dla mego librecisty wykład w czasie uroczystości przyznania doktoratu honoris causa Uniwersytetu Warszawskiego (24.06.2016 r.). *Państwo i Prawo* 9: 114-123.
- Ochnio M (2013) Rekomendacje organu nadzoru bankowego w świetle polskiego systemu źródeł prawa [w:] *Źródła prawa z perspektywy piętnastu lat obowiązywania Konstytucji*, red. M. Zubik, R. Puchta, Warszawa: 171–182.
- Ofiarski Z (2013) Prawo bankowe. Komentarz: 563-584.
- Olszak M (2011) Bankowe normy ostrożnościowe. 161.
- Olszak M (2010) Rekomendacje organu nadzoru bankowego - geneza, przedmiot regulacji, charakter prawny. *Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego* 11: 2-11.
- Pelc P (2010) Rekomendacje Komisji Nadzoru Finansowego w polskim systemie prawnym. *Gazeta Bankowa*.
- Pismo Prezesa Związku Banków Polskich z 29 września 2014 r. w przedmiocie propozycji zmian legislacyjnych do projektu ustawy o zmianie ustawy – Prawo bankowe i niektórych innych ustaw [wdrażające regulację CRD IV].
- Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 01 grudnia 1998 r., sygn. K 21/98.
- Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 28 czerwca 2000 r., sygn. K 25/99.
- Zygier M (2015) Zarządzanie ryzykiem operacyjnym na podstawie rekomendacji M, [w:] *Studia Prawnicze i Administracyjne* 11 (1): 41-45.

11. Althing - najstarsze zgromadzenie prawodawcze na świecie

Althing - the Oldest Legislative Assembly in the World

Karczewski Szymon Piotr

Pracownia Myśli Politycznej i Prawnej, Wydział Prawa i Administracji, Uniwersytet im. Adama Mickiewicza w Poznaniu

Opiekun naukowy: Prof. UAM dr hab. Przemysław Krzywoszyński

Karczewski Szymon: szykar5@st.amu.edu.pl

Słowa kluczowe: parlamentaryzm, władza ustawodawcza, demokracja, Islandia

Streszczenie

Cel artykułu stanowi przybliżenie powstania oraz ewoluowania islandzkiego *Althingu*, a także jego współczesnej roli oraz zasad. Zdaniem autora wiedza na temat islandzkiego parlamentu jest w Polsce słabo rozpowszechniona w porównaniu z wiedzą na temat parlamentów innych państw. Rzecz niezwykle ważną stanowi, iż właśnie na tej odległej wyspie Oceanu Atlantyckiego, na miejscu zwanym po islandzku *Pingvellir*, czyli “równina *Thingu*” lub też “równina parlamentarna”, narodził się najstarszy parlament, *Althing* który zachował swoją ciągłość historyczną od swych początków z roku 930 po dziś dzień. Zgromadzenie to ma swoją genezę w tradycyjnych germańskich wiecech, zgromadzeniach wolnych ludzi, zdolnych do noszenia broni (niem. *Ding*), które pełniły funkcje prawodawcze, sędownicze, a także wybierały wodzów i wypowiadały wojny. W przypadku Islandii istotna była również funkcja interpretacyjna obowiązujących już praw, która dokonywała się w utworzonej w tym celu Radzie Prawa (isl. *lögrétta*). Choć Islandia od roku 1264 aż do 1944 była pozbawiona suwerenności, a funkcje *Althingu* coraz bardziej ograniczały władze Norwegii, a później Danii, jednak parlament (z wyłączeniem zawieszenia w latach 1800-1845), zachował swoją ciągłość instytucjonalną. Obecnie na mocy Konstytucji Republiki Islandii z 1944 r. liczący 63 członków, jednoizbowy *Althing* wraz z Prezydentem stanowią władzę ustawodawczą w kraju.

1. Wstęp

Na samym początku należałoby przedstawić powody, które skłoniły autora do wybrania akurat takiej tematyki artykułu. Można postawić pytanie, jaki jest cel pisania o *Althingu*, parlamencie Islandii, kiedy współcześnie prawie każdy ma dostęp do Internetu i w ciągu kilku chwil może przybliżyć sobie jakikolwiek temat, w tym ten przedstawiany w niniejszym tekście? Autor pragnie wysunąć twierdzenie, iż w epoce powszechnego dostępu do informacji nie można wziąć za pewnik, że ludzie są proporcjonalnie do wzrostu dostępności informacji, bardziej poinformowani niż dotychczas. Nadmiar informacji jest tym, co odstrasza i czasem bardzo utrudnia dostęp do treści, których - jak się okazuje - mamy nierzadko w nadmiarze, a w dodatku darmo. Dlatego żeby nie zachowywać nagromadzonych informacji tylko dla siebie, lecz popularyzować tego typu wiedzę, autor pragnie podzielić się z czytelnikami historią *Althingu* – oryginalnego przykładu ciała prawodawczego, w dodatku będącego jednym z najstarszych na świecie. Parlamentu, który wykształcił się na mroźnej, odległej od europejskich wybrzeży wyspie – Islandii.

Pozycji dotyczących bezpośrednio tematyki podnoszonej w artykule nie ma zbyt wiele. Ograniczona jest także liczba prac w języku polskim. Pamiętać trzeba o aktualności wybieranych pozycji, które obejmują tematykę współczesnego *Althingu*. Z autorów polskich zajmujących się *Althingiem* warto wymienić na pierwszym miejscu Mariana Grzybowskiego i Annę Pulit, którzy są autorami książki pod tytułem “Althing Parlament Islandii”. Ukazała się ona nakładem Wydawnictwa Sejmowego w 2007 roku. Stanowi ona źródło skondensowanych informacji na temat islandzkiego parlamentu, opisując rys historyczny, pozycję ustrojową, system wyborczy oraz procedurę obrad w tej instytucji. Jest to doskonała propozycja dla osób zaczynających interesować się tym tematem. Innym ciekawym materiałem dostępnym w języku polskim jest artykuł autorstwa Stanisława Sagana i Viktoriji Serzhanovej, który nosi tytuł “Akty ustrojowe i konstytucje Islandii”, który ukazał się w tomie XXXI czasopisma “Gdańskie Studia Prawnicze”. Profesor Stanisław Sagan jest także

autorem książki „Ustrój polityczny Republiki Islandii” (2005) oraz prac dotyczących *Riksdagu*, czyli parlamentu Królestwa Szwecji. Kolejnym polskim autorem, który zajmował się poruszonym w tym artykule zagadnieniem był profesor Bernard Piotrowski - autor dzieła pod tytułem „Althing - najstarszy parlament Europy” (1972). Z autorów zagranicznych, tworzących w języku angielskim, należy wymienić Jesse’ego Byocka z UCLA, specjalisty z zakresu historii średniowiecznej Skandynawii. Bardzo wiele przydatnych informacji można odnaleźć na oficjalnej witrynie islandzkiego parlamentu, która dostarcza materiałów o charakterze edukacyjnym w języku angielskim. Poza tym większość dostępnych materiałów na temat historii *Althingu* jest autorstwa autorów zagranicznych, lecz ich dostępność w Polsce, szczególnie w okresie pandemii, jest ograniczona.

2. Ewolucja instytucji *Althingu* od średniowiecza po współczesność

Początki demokracji oraz parlamentaryzmu islandzkiego wiążą się z czasami zwanymi „erą wikingów”. (umowny przedział czasowy od końca VIII do początku XI wieku). Jest to pojęcie o tyle nieprecyzyjne, iż “wikingami”, czy raczej “wikingierami” była niewielka część mieszkańców ówczesnej Skandynawii i to przez ograniczony czas. Jak stwierdza Julian D. Richards: “to jasne, że większość Skandynawów nie była wikingami; tylko ci co płynęli na *viking* powinni być kwalifikowani według tego opisu” (Richards 2005). Jak można wyczytać z islandzkich sag, pierwsi osadnicy uciekli na Islandię z Norwegii, gdzie uciskać miał ich król Harald Pięknowłosa (rządził prawdopodobnie w latach od 872 do 930). Nie ma zgody, czy rzeczywiście przyszłym Islandczykom żyło się tak źle pod rządami Haralda, czy też jest to urozmaicenie dla opowieści o zasiedlaniu wyspy, które określane jest w języku islandzkim jako *landnám*. Liczbę skandynawskich imigrantów, którzy wypłynęli szukać nowego domu na Islandii szacuje się na 10 tysięcy a nawet 20 tysięcy osób. Na tle innych społeczeństw średniowiecznych, mieszkańcy Islandii zdecydowanie wyróżniali się pod względem egalitaryzmu, struktury własności (był to bowiem naród wolnych rolników) oraz partycypacji społeczeństwa w sprawach publicznych na zgromadzeniach. Według Jesse’ego Byocka, profesora Uniwersytetu Kalifornijskiego zajmującego się naukowo średniowieczną Skandynawią: “Islandia ery wikingów, jeśli nie w pełni demokratyczna, była niemniej średniowiecznym społeczeństwem z niezwykle silnymi proto-demokratycznymi i republikańskimi tendencjami” (Byock 2002). W XIX wieku, kiedy to Islandczycy zaczęli dążyć do niepodległości i budować swoją tożsamość narodową, nazwano ustrój panujący na Islandii w średniowieczu jako *þjóðveldi*, co można przetłumaczyć jako “rządy ludu”. Innymi nazwami, którymi starano się określić ten ustrój jako *goðaveldi* (władza wodzów - *goðar*), a także jako *commonwealth* (wspólnota) w języku angielskim (Sagan i Serzhanova 2014). Widać tutaj ewidentne wskazanie na cechy republikańskie tego nietypowego dla średniowiecza ustroju.

Osadnicy przenieśli ze sobą instytucję typową dla Skandynawów, jak i dla wielu innych ludów germańskich, którą był *thing* lub *Ding*, czyli wiec, na którym zbierali się *goðar*, czyli naczelnicy poszczególnych rodów, którzy pełnili także funkcje sakralne. Od samego początku, podczas owych wieców rozstrzygano spory, a także stanowiono na nich prawa dla danego plemienia bądź lokalnej społeczności. Opis funkcjonowania *thingu* znajdziemy już w *Germanii* Tacyta. Początkowo zgromadzenia te miały charakter jedynie lokalny i obejmowały tylko część populacji wyspy. Należy wskazać, że lokalne wiece były również miejscem, gdzie klasy wyższe i arystokraci konfrontowali swoje interesy z resztą wolnej populacji, która mogła w wyraźny sposób wyrazić swoje postulaty. Pierwsze Wielkie Zgromadzenie, czyli *Althing*, zostało zwołane w roku 930, którą to datę uznaje się za narodziny narodu islandzkiego. Było ono swoistym “parlamentem rodów”, jak to określają Stanisław Sagan i Viktoriya Serzhanova (Sagan i Serzhanova 2014). Odbłyło się ono na równinach *Þingvellir*, miejscu bardzo ważnym dla tożsamości narodowej Islandczyków. Obecnie miejsce to wchodzi w skład Parku Narodowego *Þingvellir*. Obrady *Althingu* zaczynały się w połowie czerwca i kończyły się po upływie około dwóch tygodni. W trakcie tych obrad toczyło się nie tylko życie polityczne, handlowe, ale i towarzyskie społeczności. Okres, w którym odbywał się *Althing* był świętą okazją dla rodzin, aby poprzez małżeństwa budować wzajemne poparcie w sprawach politycznych. W *Þingvellir* przyjezdni budowali obozowiska zwane po islandzku *búdir*. Zgromadzenie zaczęło pełnić podobne funkcje do *thingów* lokalnych, lecz na skalę ogólnokrajową.

Po pierwsze, podczas obrad *Althingu* stanowiono prawo, a po drugie interpretowano prawo już obowiązujące. Interpretacji tej dokonywała *lögrétta*, czyli Rada Prawa, w której skład wchodził *goðar* z 39 regionów Islandii. Do jej zadań należał także wybór sędziów do *fimmtardómur*, czyli odpowiednika sądu apelacyjnego dla całej wyspy, który został ustanowiony na początku XI w. Po chrystianizacji Islandii do składu *lögrétty* dołączyli także biskupi. Decyzje w Radzie Prawa zapadały zwykłą większością głosów, a na jej czele stawał *lögsögumadur*, to jest Głosiiciel Prawa. Urząd ten był o tyle charakterystyczny, że występował również u innych ludów germańskich, jak na przykład w postaci *rachinburga* u Franków (Modzalewski 2004). Do zadań Głosiiciela, który był wybierany na swoje stanowisko na trzyletnią kadencję, należało, oprócz kierowania obradami Rady Prawa, zapamiętywanie i wygłaszanie na obradach *Althingu* wszystkich ustaw islandzkich, które składały się na prawo obowiązujące na wyspie. Był to wyraźny relikw z czasów sprzed upowszechnienia się na Islandii pisma, które przybyło na wyspę po roku 1000 wraz z rozpoczęciem się procesu chrystianizacji. Urząd Głosiiciela Prawa nie dawał sprawującemu realnej władzy, lecz jedynie prestiż dla niego i jego rodu, który mógł przez następne pokolenia szczyścić się przodkiem, który był Głosiicielem. Kolejną niezwykle ważną funkcją pierwotnego parlamentu Islandii było rozstrzyganie spraw sądowych. Sprawowanie wymiaru sprawiedliwości miało przeznaczone do tego miejsce przy *lögberg* - Skale Prawa. Obok *Althingu* nadal funkcjonowały zgromadzenia lokalne w 39 regionach (*goðord*) wyspy, lecz teraz były one związane tym, co ustaliło Wielkie Zgromadzenie. Co warte podkreślenia, w tamtym okresie nie ma mowy o odpowiedniku tego, co dzisiaj nazywamy władzą wykonawczą. Na szczeblu lokalnym najbardziej zbliżoną funkcję do władzy wykonawczej mieli *goðar* - namiestnicy lokalnych rodów (Grzybowski i Pulit 2007).

Pełna suwerenność wyspy trwała aż do roku 1262, kiedy to wyspa została zajęta przez Norwegów po okresie 20-letniej wojny domowej. Islandia utraciła swoją niepodległość na mocy traktatu zwanego "starym konwentem", który został zawarty z Norwegią. Rozpoczął się również proces ograniczania kompetencji *Althingu*. Utracił on pełnię kompetencji do stanowienia prawa, które to musiało być teraz zatwierdzane przez norweskiego monarchę. Takimi aktami były kodeksy: *Grágás*, czyli Kodeks "Szarej Gęsi" spisany w latach 1262-1270, *Járnsida* ("Żelaznoboki") z 1271 roku oraz *Jónsbók* ("Księga Jana") z roku 1281. Kodeksy służyły ujednoczeniu oraz zharmonizowaniu praw Islandii z tymi panującymi w Królestwie Norwegii. Z kolei parlament zatwierdzał akty prawne wydawane przez króla. *Althingi* ograniczono do 36 członków, którzy byli mianowani przez lokalnych urzędników. Urząd Głosiiciela Prawa został zastąpiony przez dwóch Ludzi Prawa, jeden dla północnej części wyspy, a drugi dla południowej. Natomiast *Lögrétta* przejęła funkcję ogólnokrajowego sądu odwoławczego. Została ona także podzielona na dwie izby dla północy i południa, na czele których stali Ludzie Prawa. Władca Norwegii wyznaczał także swojego namiestnika na Islandii, któremu pomagali w sprawowaniu władzy królewscy urzędnicy i komisarze (*hirdstjorar*). Kolejnym etapem utraty samodzielności przez Islandię było ograniczenie zwoływania parlamentu. Zaczęto zwoływać go co 9 lat, a jego funkcja coraz bardziej sprowadzała się do organu doradczego niż prawodawczego. Pod panowaniem norweskim to namiestnik miał największe kompetencje. W 1380 r. Islandia przeszła pod panowanie duńskie (w ramach Unii Kalmarskiej). Ostateczna odrębność wyspy skończyła się w 1662 roku, kiedy została ona inkorporowana bezpośrednio do Królestwa Danii. Uznaje się to za początek duńskiego absolutyzmu na Islandii. Kolejnym czynnikiem wpływającym na wzrost silnej władzy był rozwój protestantyzmu. Wszak głową Duńskiego Kościoła Narodowego był i pozostaje nią do dnia dzisiejszego duński monarcha. W 1798 roku zaprzestano zwoływania sesji *Althingu* w *Pingvellir*. Odtąd obrady samej tylko Rady Prawa miały odbywać się w budynku szkoły *Hólavellir* w Reykjavíku. W roku 1800 całkowicie rozwiązano *Althing*, a wszystkie kompetencje jakie mu pozostały przejął Wysoki Sąd utworzony w Reykjavíku. Wysoki Sąd był najwyższą instancją sądową na Islandii, aż do powołania Sądu Najwyższego w 1920 r.

Opisane zmiany wzmocniły w mieszkańcach chęć uzyskania większej niezależności, a nawet niepodległości. Zaczął się tworzyć ruch niepodległościowy, a pierwszym efektem tych dążeń był dekret z 8 marca 1843 r., w którym przywrócono funkcjonowanie *Althingu*. W następnym roku przeprowadzono pierwsze wybory do tego ciała, w których mogli uczestniczyć mężczyźni powyżej 25 roku życia, którzy spełniali cenzus majątkowy. Oznaczało to, że tylko 5% mieszkańców było

zdolnych do głosowania w wyborach (Grzybowski i Pulit 2007). Po raz kolejny parlament rozpoczął obrady 1 lipca 1845 r. Trwały one cztery tygodnie. Spełniał on nadal funkcję konsultacyjną dla Korony poprzez debatowanie nad proponowanymi aktami w dwóch czytaniach i uchwalanie rezolucji. Funkcję inicjatywy ustawodawczej pełniły "petycje" uchwalane przez parlament i przedstawiane w metropolii. *Althing* składał się w tym czasie z 19 członków, choć liczba ta uległa zwiększeniu w 1857 r., kiedy to do parlamentu wybierano odąd 27 członków, z czego 6 pochodziło z królewskiej nominacji. Mimo formalnej niemocy parlamentu, stał się on ważną platformą dla debaty politycznej nad przyszłością Islandii w ramach Królestwa Danii, co znalazło swoje apogeum w zwołanym w 1851 roku konwencie narodowym. Delegaci wysuwali żądania, by *Althing* zyskał prerogatywy ustawodawcze i fiskalne, lecz konwent rozwiązano zanim udało się przeprowadzić dyskusje nad powyższymi kwestiami.

Rok 1874 przyniósł Islandii nadanie własnej konstytucji przez parlament duński, lecz była ona ściśle wzorowana na konstytucji Danii. Przyznawała ona islandzkiemu parlamentowi do stanowienia prawa wyłącznie w zakresie wewnętrznych spraw wyspy, uprawnienie do nakładania podatków i alokacji środków finansowych. Monarcha duński zachował prawo do zawetowania aktów stanowionych przez *Althing*. Rząd Danii reprezentował gubernator, który otwierał i nadzorował obrady parlamentu. Na mocy konstytucji *Althing* obradował w dwóch izbach: izba wyższa składała się z 12 członków, a izba niższa z 24. Projekty ustaw były dyskutowane w trzech czytaniach i musiały być przyjęte w obydwu izbach, aby ustawy mogły wejść w życie. 1 lutego 1904 Islandia uzyskała autonomię w ramach Królestwa Danii, a także uzyskała prawo do tworzenia parlamentarnego rządu, który współpracował z mianowanym przez króla ministrem. Procedurę tajnego głosowania wprowadzono na wyspie w 1908 roku, a w 1916 roku wprowadzono prawo wyborcze dla kobiet powyżej 40 roku życia i mężczyzn powyżej 35 roku życia. Wówczas wprowadzono po raz pierwszy wymóg, aby głosujący był urodzony na Islandii. Zrezygnowano także z królewskiej nominacji parlamentarzystów. W 1920 roku czynnym prawem wyborczym objęto wszystkich Islandczyków bez względu na płeć, którzy ukończyli 25 lat (w 1968 roku obniżono próg wiekowy do lat 20, a w 1987 do 18 lat). Dzień 1 grudnia 1918 roku stanowił kolejny krok dla Islandczyków na drodze do niepodległości. Wówczas na mocy Aktu Unii przyznano wyspie suwerenność, lecz zachowano unię personalną z Danią. Akt miał obowiązywać planowo przez 25 lat. Królowi pozostało prawo do zawetowania ustaw islandzkiego parlamentu, lecz nie zostało ono nigdy przez niego użyte. *Althing* mógł się cieszyć nieskrępowanym zakresem swoich funkcji z wyłączeniem polityki zagranicznej. W 1940 roku wojska niemieckie zajęły Danię. Wobec tego faktu islandzki parlament ogłosił, że prerogatywy króla zostają przekazane islandzkiemu rządowi, co oznaczało ostatecznie przejęcie spraw polityki zagranicznej. W roku 1941 wybrano wicekróla (*rikisstjóri*), który reprezentował osobę monarchy. Sprawował on swój urząd do czasu, kiedy Akt Unii został uchylony. W referendum przeprowadzonym w dniach 20 do 23 maja 1944 roku Islandczycy opowiedzieli się za zerwaniem unii z Danią i utworzeniem republiki. 17 czerwca 1944 roku na równinach *Pingvellir*, tradycyjnym miejscu obradowania starego *Althingu*, ogłoszono powstanie Republiki Islandii, uchwalono nową konstytucję oraz wybrano pierwszego Prezydenta Republiki. Kształt islandzkiej konstytucji nie zmienił się znacząco do naszych czasów. Od czasu uchwalenia nowelizowano ustawę zasadniczą w latach 1959, 1968, 1984, 1991, 1995 i 1999. Zmiany dotyczyły w przeważającej części stopniowego zwiększania liczby członków parlamentu, jak i obniżania wieku uzyskania czynnego prawa wyborczego.

Na gruncie konstytucji z 17 czerwca 1944 roku, a konkretnie Artykułu 2 współczesny *Althing* wraz z Prezydentem Islandii wykonują wspólnie władzę wykonawczą. Poza tym, główne przepisy regulujące funkcjonowanie i konstrukcję *Althingu* znajdują się w Rozdziale III oraz Rozdziale IV. *Althing* składa się z 63 członków. Konstytucja w Artykule 31 reguluje wybory do parlamentu jako tajne, powszechne, proporcjonalne, bezpośrednie i równe. Wyniki wyborów są liczone zgodnie z zasadą d'Hondta. Okręgów wyborczych na terenie Islandii nie może być mniej niż sześć, a nie więcej niż siedem. Od 1959 roku istniało na Islandii osiem okręgów wyborczych, lecz po nowelizacji Konstytucji z czerwca 1999 r. wprowadzono obecny system. Po raz pierwszy nowy podział na okręgi wyborcze został wykorzystany w wyborach parlamentarnych w 2003 roku. Zastrzeżona jest również możliwość modyfikacji granic okręgów wyborczych obejmujących

terytorium miasta Reykjavik z okolicami. Granice pozostałych okręgów są ustalone na stałe przez prawo. Obecnie trzy okręgi wyborcze przysługują obszarowi stołecznemu, a drugie trzy pozostałym regionom. Do dyspozycji okręgów nie może być mniej niż 6 mandatów, lecz poza tym ich liczba jest dostosowywana do liczby głosujących w danym okręgu w danym roku. Przyznaje się również w ramach owych 63 mandatów tak zwane "mandaty wyrównawcze", które są przyznawane partiom, które uzyskały minimum 5% głosów, a ich celem jest jak najwierniejsze oddanie wyniku wyborów. Uprawnionymi do głosowania są wszyscy Islandczycy, którzy ukończyli 18 rok życia i mają stałe miejsce zamieszkania na terenie Islandii. Każdy mający czynne prawo wyborcze ma także prawo bierne, lecz kandydat musi się odznaczać ponadto nieskazitelnym reputacją. Wyjątkiem są tutaj sędziowie Sądu Najwyższego, którzy nie są uprawnieni do startowania w wyborach. Konstytucja określa również *Althing* jako parlament jednoizbowy. Szczegółowe zasady dotyczące wyborów do *Althingu* są także zawarte w ustawie o wyborach do *Althingu* z 16 maja 2000 roku.

W Rozdziale IV Konstytucji określono początek obrad parlamentu na 1 października danego roku bądź na dzień następny, jeśli wypada on w dzień wolny od pracy. Ustawa zasadnicza artykułuje także wyraźnie nienaruszalność obrad parlamentu. Obrady są jawne, lecz osoby, które nie są członkami parlamentu mogą być wykluczone z obrad na wniosek Przewodniczącego *Althingu* bądź parlamentarzystów, jeśli wymaga tego materia, która będzie dyskutowana na sesji. Domyślnym miejscem obrad jest stolica kraju Reykjavik, lecz Prezydent Islandii może wyznaczyć inne miejsce na terenie wyspy. W ramach *Althingu* mogą być tworzone komisje w celu wyjaśnienia określonych kwestii mających znaczenie dla interesu publicznego. Artykuły od 41 do 43 dotyczą budżetu i finansów państwa. Konstytucja dopuszcza możliwość nakładania nowych podatków bądź rozporządzania mieniem publicznym jedynie w drodze ustawy. W Artykule 41 została wyrażona zasada zupełności budżetu, a w artykule następnym zasada roczności. Kontrola parlamentu nad wykonaniem budżetu przez rząd została ustanowiona w Artykule 43. Projekty ustaw są dyskutowane w trzech czytaniach. Członkowie parlamentu mają zagwarantowany immunitet, który może zostać uchylony za zgodą *Althingu*, lecz nie dotyczy to sytuacji, w których parlamentarzysta zostaje złapany *in flagranti*. W przypadku, gdy członek parlamentu utraci uprawnienia czyniące go zdolnym do bycia wybranym do parlamentu, musi on zrzec się swojego mandatu. Legislatura wybiera swojego Przewodniczącego, który czuwa nad przebiegiem obrad. Dla ważności głosowania nad uchwałami wymagane jest kworum. Obecnych na obradach musi być więcej niż połowa członków parlamentu. Parlamentarzyści mają prawo do zapytań i interpelacji w stosunku do członków Rady Ministrów. W kontroli parlamentarnej nad rządem, jak i administracją państwa pomagają mają: Narodowe Biuro Audytu oraz Rzecznik Praw Obywatelskich, czyli *Ombudsman*. Szczegółowe zasady prac legislatury zawiera regulamin. *Althing* pełni również bardzo ważną rolę przy zmianie przepisów islandzkiej konstytucji. W Artykule 79 ustawy zasadniczej został uregulowany proces zmiany Konstytucji, który przewiduje głosowanie nad nowelizacjami dwóch kolejnych składów parlamentu. Po przegłosowaniu projektu przez daną kadencję *Althingu*, ulega on rozwiązaniu i zostają przeprowadzone nowe wybory. Jeśli za zmianami opowie się nowy skład legislatury, to wówczas nowelizacja Konstytucji wchodzi w życie. Widać tutaj przykład sztywnej ustawy zasadniczej w bardzo rygorystycznym wydaniu, typowym dla państw skandynawskich. Inicjatywa do wprowadzania zmian w przepisach Konstytucji może wyjść od deputowanych, członków rządu lub Prezydenta Republiki, jeśli przewodniczy posiedzeniu rządu, który obraduje jako Rada Państwa (Sagan i Serzhanova 2014).

3. Podsumowanie

Althing jest przykładem legislatury, która mimo wielu wieków dzielących jej średniowiecznego protoplastę od współczesnego odpowiednika, nadal czerpie z oryginalnych wzorców. Islandzkie społeczeństwo od swojego zarania wykazywało silną niezależność i przejawiało wartości, które dzisiaj nazwalibyśmy republikańskimi. Choć znaczną część swojej historii Islandia była pod obcym panowaniem, to nawet brak organu przedstawicielskiego nie zatarł w tym narodzie pamięci o swoich demokratycznych początkach. Jak silne było to wspomnienie i jak silna ta demokratyczna tożsamość - pokazało referendum z 1944 roku, w którym zdecydowana większość Islandczyków wykazała pragnienie powrotu do niezależności i republikańskiego ustroju. Współcześnie, Islandia to kraj, w którym widać jak duży wpływ mogą mieć obywatele na

sprawowanie władzy, a także, w którym silne są nurty progresywne i obywatelskie. Oczywiście nie można zapomnieć, że jednym z czynników, które to umożliwiają są: niewielki obszar oraz populacja Islandii. Jednak nawet tak mały kraj jak Islandia, z tak bogatą historią i tradycjami w budowaniu demokratycznego społeczeństwa, może stanowić inspirację dla większych państw i społeczeństw. Autor pragnie wyrazić nadzieję, iż lektura tekstu przedstawiającego zagadnienie *Althingu* w zakresie na jaki pozwala forma artykułu, skłoni do przemyśleń i być może zainteresuje czytelników tym tematem.

4. Literatura

- Byock J (2002) *The Icelandic Althing: Dawn of Parliamentary Democracy. Heritage and Identity: Shaping the Nations of the North: 1-18.*
- Grzybowski M (2014) *Geneza i współczesne tendencje rozwojowe skandynawskich instytucji parlamentarnych. Gdańskie Studia Prawnicze Tom XXI: 281-303.*
- Grzybowski M, Pulit A (2007) *Althing Parlament Islandii.*
- Modzalewski K (2004) *Barbarzyńska Europa.*
- Richards JD (2005) *The Vikings: A Very Short Introduction.*
- Sagan S, Serzhanova V (2014) *Akty ustrojowe i konstytucyjne Islandii. Gdańskie Studia Prawnicze Tom XXXI: 419-434.*

12. Kodeks Haysa a wolność twórczości artystycznej – wybrane aspekty

Hays Code and artistic freedom – selected problems

Marciniak Adam

Pracownia Myśli Politycznej i Prawnej, Wydział Prawa i Administracji, Uniwersytet im. Adama Mickiewicza w Poznaniu

Opiekun naukowy: prof. UAM dr hab. Przemysław Krzywożyński

Marciniak Adam: adamar98@wp.pl

Słowa kluczowe: cenzura w filmie, Hollywood, kino, swoboda wypowiedzi artystycznej

Streszczenie

Trudno nie zgodzić się ze słowami P. Kearnsa, zdaniem którego „swoboda artystyczna jest kopciuszką wśród swobód, rzadko w świetle jupiterów i nigdy w światłach rampy” (Kearns 2013). Problemy odnoszące się do różnych form swobody artystycznej często są dostrzegane *post factum*, z kolei wszelkich rozważań w tym zakresie snuje się zdecydowanie mniej, aniżeli w kontekście pozostałych praw, wolności i swobód. Niniejszy artykuł skupia się na jednym z przejawów tej swobody, tj. na twórczości artystycznej w dziedzinie kinematografii, oraz na jej ograniczaniu przez hollywoodzką cenzurę. Omówiona zostanie geneza oraz ewolucja kształtowania się różnych form kontroli nad filmami oraz poruszonymi w nich tematami, a także pojawiającymi się motywami. Zwieńczenie tego procesu stanowi niejako przyjęcie w 1930 r. tzw. Kodeksu Haysa, którego postanowienia przez ponad trzydzieści lat decydowały o tym, co wolno, a czego nie wolno pokazywać na ekranie. Artykuł w sposób przekrojowy omawia wybrane aspekty związane z Kodeksem – jego strukturę, zasady oraz znaczenie praktyczne; a ponadto wskazuje przykłady filmów, w których starano się „obejść” pewne zakazy i ograniczenia. W podsumowaniu autor próbuje dokonać oceny wpływu Kodeksu Haysa na zakres realizowania swobody artystycznej w kinie oraz zaakcentować istotę cenzury na kształtowanie się hollywoodzkiego przemysłu filmowego *per se*.

1. Wstęp

Wolność twórczości artystycznej (swoboda twórczości/wypowiedzi artystycznej – w niniejszym opracowaniu pojęcia te będą używane zamiennie) z pewnością nie ma charakteru absolutnego. W różnych systemach prawnych, w aktach prawa krajowego czy też międzynarodowego, będzie ona normowana w nieco odmienny sposób, jednak faktem jest, iż stanowi wolność prawnie chronioną, najczęściej konstytucyjnie. Mimo to zdefiniowanie swobody wypowiedzi artystycznej nie jest rzeczą łatwą, podobnie zresztą jak zdefiniowanie szerszego pojęcia „sztuka”. Terminy te stanowiły zresztą już od czasów starożytnych przedmiot rozważań filozofów oraz samych artystów, podejmujących wysiłki nad analizowaniem przyczyn, celów oraz sposobów uprawiania ów „sztuki”, a także pewnym „przekraczaniem”, faktycznego czy pozornego zakresu wypowiedzi artystycznej. Przykładowo, L. Wittgenstein oraz A. Schopenhauer dostrzegali w sztuce sposób poznania rzeczywistości (Górski 2019). Podobne spojrzenie zdawał się prezentować P. Picasso, któremu przypisuje się słowa: „Sztuka to kłamstwo, które pozwala uświadomić sobie prawdę”. Dla prawników z kolei, w tym także filozofów prawa, szczególnie istotne były próby poszukiwania oraz wyznaczania determinantów wolności wypowiedzi artystycznej. W niniejszym opracowaniu pojęcia tego będziemy używać *de facto* wyłącznie w kontekście rozważań odnoszących się do wypowiedzi artystycznej w kinie, działalności związanej z filmem, jego dystrybucją oraz wyświetlaniem w Stanach Zjednoczonych, a przede wszystkim – w kontekście rozważań na temat cenzury w Hollywood, która na szeroką skalę obowiązywała od lat 30., praktycznie do końca lat 60. XX wieku. Nie byłaby ona możliwa bez wprowadzenia tzw. Kodeksu Haysa, którego to problematyka stanowi najważniejszą oś niniejszego artykułu. *Notabene*, Kodeksowi Haysa, poświęcono w literaturze, szczególnie nieanglojęzycznej, stosunkowo niewiele miejsca, toteż nadrzędny cel autora stanowi nadto zaakcentowanie istoty, wpływu oraz znaczenia Kodeksu na amerykański przemysł filmowy, a szerzej – także podkreślenie potrzeby dokonania kolejnych rozważań

odnoszących się do cenzury w amerykańskim kinie, i powiązanych z nią wszelkich aspektów kulturowych, społecznych, prawnych oraz *stricte* kinematograficznych.

2. Opis zagadnienia

Intuicyjnie możemy wyrazić, skądinąd słuszne, przypuszczenie, że na przestrzeni dziejów określone cenzorzy (politycy, prawnicy, duchowni) niezwykle często próbowali wywierać wpływy oraz naciski na twórczą działalność artystów: pisarzy, poetów, aktorów oraz muzyków. Teza ta okazuje się szczególnie widoczna, kiedy przyjrzymy się początkom filmu w Stanach Zjednoczonych. Tytułem dygresji, choć początek filmu datuje się na rok 1895, kiedy to bracia Lumière opatentowali pierwszy w dziejach kinematograf, by miesiąc później zaprezentować w Paryżu film pt. „Wyjście robotników z fabryki”, to w rzeczywistości pierwsze krótkometrażowe filmy, trwające dwie – trzy sekundy, zostały nakręcone już pod koniec lat 80. XIX wieku. W Stanach Zjednoczonych pierwszy publiczny pokaz filmowy miał miejsce niespełna rok później, w 1896 r., za sprawą Towarzystwa Filmowego, którego założycielem był Thomas Edison. Kwestia ta warta jest szczególnego podkreślenia, ponieważ choć za początek cenzury w amerykańskim filmie uważa się powszechnie rok 1907 (o czym szerzej za chwilę), to w rzeczywistości pierwszy jej przejaw miał miejsce już w roku 1897, kiedy to Legislatura Maine przyjęła ustawę zakazującą wyświetlania filmów o tematyce bokserskiej. Jakikolwiek pokazywanie treści powiązanych z meczami bokserskimi było zagrożone wówczas grzywną do wysokości pięciuset dolarów (Orbach, 2009). *Notabene*, boks był wówczas zabroniony w każdym amerykańskim stanie za wyjątkiem Nevady, toteż uchwalenie pierwszych przepisów cenzorskich odnoszących się do wypowiedzi artystycznej w filmie miało *de facto* na celu zakazanie wyświetlania filmów bokserskich nakręconych w Nevadzie. W szczególności jednak chodziło o niedopuszczenie do dystrybucji transmisji z walki Corbett – Fitzsimmons, która została stoczona właśnie w Nevadzie, a z której owa transmisja stanowiła, po pierwsze – pierwszy „sfilmowany” mecz zawodowych bokserów, a po drugie – najdłuższy „nakręcony” ówczesnie film. Ten konkretny przypadek spowodował jednak, że to w Maine doszło do pierwszego przypadku filmowej cenzury. Za przykładem Maine próbowało pójść, jeszcze w tym samym roku, kilka kolejnych stanów. Projekty analogicznych ustaw wpłynęły bowiem do legislatur Illinois, Minnesoty, Massachusetts, Nowego Jorku, New Jersey oraz Pensylwanii. Za pewną ironię dziejów można ponadto uznać fakt, iż dzień przed przyjęciem ustawy przez Legislaturę Maine, do Kongresu USA wpłynął projekt ustawy Aldricha – Hepburna, która to zabraniała transmitowania walk bokserskich w jakiegokolwiek formie. Projekt ten jednak ostatecznie upadł (Orbach, 2009).

Jak już wyżej wspomniano, powszechnie uznaje się jednak, że pierwszy akt prawny cenzurujący przejawy swobody wypowiedzi artystycznej w amerykańskim filmie pojawił się w 1907 r. w Chicago. Abstrahując od prawdziwości tego poglądu (mając wszak na uwadze ustawę z Maine), należy wskazać, że chicagowskie rozporządzenie nadawało niezwykle szerokie uprawnienia lokalnemu komisarzowi policji, który miał prawo do zablokowania wyświetlania określonych filmów oraz powołania komisji cenzorskiej (Chicago Board of Censors) dbającej o to, czy dany film spełnia wymagane standardy. Drogą Chicago poszły w kolejnych latach następne stany, m.in. Detroit, Pensylwania, Kansas oraz Ohio. Prawdziwy punkt kulminacyjny nastąpił jednak dopiero w 1915 r., kiedy to Sąd Najwyższy Stanów Zjednoczonych wydał przełomowe orzeczenie, które *de facto* zezwoliło na cenzurę w amerykańskim filmie, a pośrednio wytyczyło szlak Kodeksowi Haysa. Sąd Najwyższy w orzeczeniu w sprawie *Mutual Film Corporation v. Industrial Commission of Ohio* uznał bowiem, że Pierwsza Poprawka do Konstytucji USA (stanowiąca przede wszystkim gwarancję wolności słowa) nie znajduje zastosowania do twórczości artystycznej w kinie. Co więcej, Sąd Najwyższy orzekł, że swoboda wypowiedzi artystycznej w filmie nie zasługuje na ochronę konstytucyjną, ponieważ działalność w dziedzinie kinematografii nie jest sztuką, lecz „zwykłym biznesem” nakierowanym na osiągnięcie zysku (Biesen 2018). *Notabene*, taka linia interpretacyjna utrzymała się aż do 1952 r., kiedy to w orzeczeniu w sprawie *Joseph Burstyn, Inc v. Wilson* (tzw. „Miracle Decision”), Sąd Najwyższy stwierdził, że twórczość artystyczna w filmie jest objęta ochroną wynikającą z Pierwszej oraz Czternastej Poprawki do Konstytucji USA (Haberski Jr. i Wittern – Keller 2008). Cenzura została więc w 1915 r. niejako „zalegalizowana”, w efekcie czego do 1921 r. aż w trzydziestu sześciu amerykańskich stanach pojawiły się czy to ustawy, czy to przynajmniej

projekty ustaw, powołujące określone organy cenzorskie. Coraz więcej zaczęło się również pojawiać głosów o potrzebie cenzorskich regulacji na szczeblu federalnym.

Hollywoodzcy filmowcy, głównie producenci oraz dystrybutorzy, od początku dążyli jednak do wprowadzenia ewentualnej samokontroli zamiast legislacji na poziomie ogólnopaństwowym. Przykładowo, utworzona w 1921 r. organizacja National Association of the Motion Picture Industry zaproponowała wprowadzenie tzw. „Trzynastu punktów”, tj. zbioru reguł i zasad obowiązujących filmowców przy realizowaniu swej działalności twórczej (Biesen 2018). Krótko przed tym wydarzeniem, hollywoodzkie studio filmowe Famous – Players Lasky (poprzednik dzisiejszego Paramount Pictures) zaproponowało swoją listę czternastu punktów, określających czego nie wolno prezentować na wielkim ekranie. Zarówno jednak „Czternaście punktów Lasky’ego”, jak i „Trzydzieści punktów” szybko uznano za zupełnie nieefektywne i nieegzekwowalne. W 1922 r. powstała kolejna organizacja zrzeszająca amerykańskich producentów i dystrybutorów – Motion Pictures Producers and Distributors Association (MPPDA), na czele której stanął Will Hays – pochodzący z partii republikańskiej poczmistrz generalny USA, jeden z architektów zwycięstwa tzw. „powrotu do normalności” Warrena Hardinga w wyborach prezydenckich 1920 r. Głównym zadaniem W. Haysa stało się tym samym wprowadzenie efektywnej i skutecznej samoregulacji w hollywoodzkim przemyśle filmowym (Kronika filmu 1995). Na marginesie warto nadmienić, że pomimo obowiązywania Kodeksu Haysa (formalnie od roku 1930) w siedmiu amerykańskich stanach utrzymano urzędy cenzorskie (Wittern – Keller 2008).

Faktycznych przyczyn wprowadzenia Kodeksu Haysa (i wszelkich wcześniejszych przejawów cenzury na szczeblu stanowym) należy doszukiwać się m.in. wśród skandali obyczajowych, których głównymi postaciami często bywały największe hollywoodzkie gwiazdy. Ponadto na zagrożenia, jakie niesie ze sobą kino, nieustannie wskazywały organizacje feministyczne, protestanci, katolicy, a nawet środowiska nauczycielskie. Już w drugiej dekadzie XX w. dwie ówczesne największe organizacje zrzeszające wyłącznie kobiety, wskazały na konieczność kontroli nad twórczością artystyczną w filmie. Inna organizacja (The Society for the Prevention of Crime) wyraziła przekonanie, iż „wyznacznikiem moralności stanowych komisji jest ochrona nas przed moralną zgnilizną, która czai się w atrakcyjnych, uwodzicielskich filmach” (Wittern – Keller 2008). W. Hays, nazwany wkrótce „carem kina”, stanął więc przed niełatwym zadaniem poprawy wizerunku Hollywood, uwzględnienia postulatów środowisk religijnych i kobiecych oraz zabezpieczenia interesów samych filmowców. Uważa się, że do 1925 r. organizacja kierowana przez Haysa zabroniła ekranizacji stu sześćdziesięciu książek oraz sztuk teatralnych (Biesen 2018). Brakowało jednak precyzyjnego „źródła” samokontroli – zaproponowana w 1927 r. lista tematów, których filmowcy powinni unikać (tzw. „Don’ts and Be Carefuls”) również okazała się być zupełnie nieegzekwowalna.

Dopiero stworzony w 1930 r. przez jezuitę D. Lorda oraz katolickiego wydawcę „Motion Picture Herald” M. Quigleya specyficzny „kodeks” filmowy (pod oficjalną nazwą Motion Picture Production Code, jednak powszechnie określa się go mianem właśnie „Kodeksu Haysa”) rozbudził nadzieje cenzorów na uzyskanie rzeczywistej kontroli nad tematyką podejmowaną przez filmowców. Kodeks wyszczególniał dwanaście kategorii pojęć/tematów, których prezentowanie na ekranie uznawano za gorszące. W ten sposób zostały przedstawione zakazy i nakazy odnoszące się do przestępstw, seksu, przemocy, wulgarności, nieprzyzwoitości, bluźnierstwa, strojów, tańca, religii, położenia określonych obiektów w filmie, symboli narodowych, tytułów filmowych oraz innych „gorszących tematów” (Biesen 2018). Kodeks zawierał także zasady ogólne, z których najważniejsza mówiła, że „żaden film nie obniży standardów moralnych jakiegokolwiek osoby, która go zobaczy” (Koppes 2012). Poza tym, w poszczególnych kategoriach znalazły się postanowienia szczególne, zabraniające m.in. przedstawiania w filmie nagości oraz zmysłowych tańców, związków osób o różnym kolorze skóry, zdrad małżeńskich, kary śmierci, prostytucji, okrucieństwa wobec dzieci oraz zwierząt, a także zbyt sugestywnego prezentowania określonych rodzajów przestępstw (np. podpaleń, przemytu, szczegółowych sposobów dokonywania kradzieży z włamaniem, np. do sejfu). Niepożądane było również pokazywanie scen porodu oraz operacji chirurgicznych, z kolei pocałunki filmowych bohaterów mogły trwać najwyżej kilka sekund (prawdopodobnie trzy). Do kodeksu załączono ponadto „Reasons Supporting the Preamble of the Code” (w dosłownym tłumaczeniu „uzasadnienia wspierające preambułę kodeksu”), które stanowiły w istocie ogólne spostrzeżenia

odnoszące się do sztuki filmowej oraz pewne dookreślenie zasad i reguł moralnych, jakie powinny iść w parze z realizowaniem ów swobody twórczości artystycznej w kinie. Historyk filmu T. Doherty określił Kodeks Haysa mianem „dekalogu próbującego wprowadzić katolicką doktrynę do Hollywood”, zgodnie z którą „winni zostają ukarani, cnotliwi nagradzani, autorytet Kościoła i Państwa jest usankcjonowany, a więzy małżeńskie uświęcane” (Biesen 2018). Z kolei zdaniem T.W. Adorno „film, który bezwzględnie i rygorystycznie przestrzega przepisów Kodeksu Haysa może okazać się dziełem sztuki, ale nie w świecie, w którym sam Kodeks obowiązuje” (Adorno 2005). Nietrudno się zatem domyślić, że kolejna próba cenzury nie spotkała się z życzliwym przyjęciem w Hollywood. Znowu pojawiły się jednak problemy ze stosowaniem się do postanowień Kodeksu. Celem pogrążonego w kryzysie finansowym przemysłu filmowego (do 1933 r. każda z pięciu największych hollywoodzkich wytwórni filmowych poniosła stratę – Koppes 2012) było raczej odnalezienie sposobu na poprawę swej sytuacji ekonomicznej, aniżeli respektowanie zakazów wynikających z Kodeksu. Stąd też w latach 1930 – 1934 zrealizowano szereg filmów, *notabene* w większości niezwykle pozytywnie przyjętych przez widzów, w których przewijały się motywy raczej dalekie od wymogów narzucanych przez Kodeks (np. *Mały Cezar* – 1931; *Frankenstein* – 1931; *Człowiek z blizną* – 1932; *Blond Venus* – 1932; *Pod znakiem krzyża* – 1932).

Konsekwencją lekceważenia przepisów Kodeksu stało się powstanie w 1933 r., wspieranego przez katolików Legionu Przyzwoitości, silnie protestującego przeciwko wyświetlaniu „niemoralnych” filmów oraz zbierającego podpisy na rzecz ich bojkotu (Kronika filmu 1995). W krótkim czasie działalność Legionu Przyzwoitości rozszerzyła się na cały kraj, a pod koniec 1933 r. organizację popierało już 7 milionów osób (Black 1989). Fakt ten spowodował, że rok później MPPDA zdecydowało się na utworzenie „organu kontrolnego” – Production Code Administration (PCA), na czele którego stanął katolicki dziennikarz Joseph Breen, a którego głównym zadaniem miało być zapewnienie zgodności pomiędzy treścią filmów wyświetlanych w kinach a „moralnymi” wymogami wynikającymi z Kodeksu. Od tego momentu wszystkie filmy, które miały trafić do dystrybucji kinowej, podlegały certyfikacji dokonywanej przez PCA. W istocie chodziło więc o zagwarantowanie oczekiwanej egzekwowalności postanowień Kodeksu Haysa. Ponownego podkreślenia wymaga jednak w tym miejscu jeden fakt – Motion Picture Production Code nie był aktem prawnym powszechnie obowiązującym i nie stanowił „kodeksu” w ścisłym tego słowa znaczeniu; władze federalne i stanowe nie miały żadnego wpływu na fakt jego przestrzegania. *Summa summarum* Kodeks Haysa stanowił więc przykład samokontroli, samocenzury, którą hollywoodzkie studia filmowe wciąż uważały za mimo wszystko mniej groźną od regulacji państwowych.

Jak nietrudno się domyślić filmowcy, realizując swoje prawo do wolności twórczości artystycznej, starali się zrećnie omijać, bądź przynajmniej w pewien sposób „naginać” ograniczenia i zakazy narzucane przez cenzurę. Tytułem egzemplifikacji warto wskazać w tym kontekście kilka filmów. Bodaj najsłynniejszym przykładem „ominięcia” wymogów Kodeksu jest ostatnia scena *Przeminęło z wiatrem*, którego producent D. Selznick zdecydował się zapłacić PCA pięć tys. dolarów za możliwość zachowania maksymalnej zgodności filmowej ekranizacji z książkowym pierwowzorem, czyli użycia przekleństwa w słynnej kwestii: „Frankly, my dear, I don't give a damn”. Jednak o wiele sprytniej poradził sobie A. Hitchcock przy realizacji filmu *Oslawiona*. Otóż, jak już wyżej wspomniano, skoro zgodnie z wymogami pocałunki filmowych bohaterów mogły trwać maksymalnie kilka sekund (prawdopodobnie trzy), to Hitchcock zdecydował się na zwyczajne wydłużenie całej sceny. W ten sposób w *Oslawionej* para ekranowych postaci całuje się przez przepisowe kilka sekund, by następnie przerwać pocałunek, delikatnie się przytulić, zamienić ze sobą kilka słów i ponowić tę samą czynność jeszcze kilka razy (łącznie cała scena trwa blisko trzy minuty – Connolly 2014). Z kolei B. Wilderowi przy okazji kręcenia *Straconego weekendu*, czyli filmu pokazującego dzień z życia alkoholika, cenzura narzuciła tzw. „happy end” (wszak podejmowanie tematyki alkoholizmu i wszelkich używek również było niepożądane), jednak reżyserowi, obawiającego się o zbytnią jednoznaczność swojego dzieła, udało się pozostawić zakończenie bardziej otwarte, aluzyjne, skłaniające widza do własnych refleksji i dopowiedzenia sobie tej historii.

3. Próba podsumowania i wnioski

Uważa się, że wymogi Kodeksu znalazły zastosowanie do około dwudziestu tysięcy filmów. Każdy scenariusz, który trafiał do PCA, a wobec którego pojawiały się wątpliwości natury „moralnej”, był pieczołowicie omawiany ze studium filmowym, które to z kolei zamierzało przecieżyć zrealizować na jego podstawie film (Black 1989). W uproszczeniu możemy więc stwierdzić, że mniej więcej tyle tytułów podległo swoistej cenzurze ze strony PCA. *Notabene*, przyjmuje się, że sam Kodeks Haysa obowiązywał do 1968 r., jednak stopniowe zanikanie jego znaczenia nastąpiło *de facto* już w 1952 r. w momencie wydania przez Sąd Najwyższy USA, wspomnianego już wyżej, przełomowego orzeczenia w sprawie *Joseph Burstyn, Inc v. Wilson*. Przyczyny „upadku” Kodeksu, a także pewna ewolucja całego „systemu” cenzorskiego, z uwagi na swoją wieloaspektowość, zasługują jednak na osobne opracowanie.

Nie powinien jednak budzić wątpliwości pogląd, że jakakolwiek forma cenzury oraz wkraczania w zakres wolności twórczości artystycznej, jest zjawiskiem niepożądanym, szkodliwym, negatywnym. Obowiązywanie Kodeksu Haysa, będącego w praktyce pewnym rodzajem samokontroli, także należałoby więc ocenić krytycznie. Mimo to, trudno nie pozbyć się wrażenia, zwłaszcza patrząc z dzisiejszej perspektywy, że niektóre kodeksowe ograniczenia w efekcie pobudziły wyobraźnię twórców, skłoniły ich do poszukiwania niestandardowych rozwiązań oraz przyczyniły się do realizowania nowych pomysłów przy użyciu niebanalnych środków. Przykładowo, zdaniem reżysera E. Dmytryka: „Kodeks [...] skłaniał nas (*twórców filmowych* – przyp. aut.) do myślenia. Kiedy chcieliśmy osiągnąć coś, co było zabronione przez cenzurę...musieliśmy zaprezentować to w sposób bardziej przebiegły. Musieliśmy być sprytni. I zazwyczaj okazywało się to o wiele lepsze, niż gdyby zostało pokazane w sposób bezpośredni” (PBS American Cinema – Film Noir, dostęp: <https://www.youtube.com/watch?v=zaeA1jHt0X8>).

4. Literatura

- Adorno T (2005) *Minima Moralia: Reflections on a Damaged Life*.
Black G (1989) *Hollywood Censored. The Production Code Administration and the Hollywood Film Industry, 1930 – 1940* [w:] *Film History Vol. 3*: 177.
Biesen SC (2018) *Film Censorship: Regulating America's Screen*.
Connolly K (2014) *Mroczna historia Hollywood*.
Górski M (2019) *Swoboda wypowiedzi artystycznej. Standardy międzynarodowe i krajowe*.
Haberski Jr. RJ, Wittern – Keller L (2008) *The Miracle Case. Film Censorship and the Supreme Court*.
Kearns P (2013) *Freedom of Artistic Expression. Essays on Culture and Legal Censure*.
Koppes C (2012) *Show Stoppers: Movie Censorship Considered as a Business Proposition* [w:] *Essays in Economic & Business History Vol. XXX*: 70.
Kronika filmu (1995).
Orbach B (2009) *Prizefighting and the Birth of Movie Censorship* [w:] *Arizona Legal Studies Discussion Paper No. 09 – 08*: 254 – 255; 299 – 300.
Wittern – Keller L (2008) *Freedom of the Screen: Legal Challenges to State Film Censorship, 1915-1981*.
Źródła internetowe
PBS American Cinema – Film Noir, dostęp: <https://www.youtube.com/watch?v=zaeA1jHt0X8>

13. Justynian a homoseksualiści. Prawodawstwo bizantyjskie z czasów Justyniana I Wielkiego (527 – 565) dotyczące osób i zachowań homoseksualnych na tle prawa rzymskiego okresu republiki i cesarstwa.

English title: Justinian and a homosexual people`s. Byzantine legislation in the time of Justinian the Great (AD 527-565) regarding homosexual people`s and behavior`s.

Paweł Więckowski

Instytut Historii Wojskowej, Akademia Sztuki Wojennej w Warszawie

Paweł Więckowski: p.wieckowski@akademia.mil.pl

Słowa kluczowe: cesarstwo wschodniorzymskie, legislacja, historia LGBT+, Konstantynopol, wczesne chrześcijaństwo

Streszczenie

Nie ulega wątpliwości, iż grecko-rzymska cywilizacja tolerowała stosunki homoseksualne oraz homoseksualistów, czego nie można powiedzieć o wiekach późniejszych, np. średniowieczu, a tym bardziej nowożytności. Sytuacja homoseksualistów uległa jednak diametralnemu pogorszeniu się w cesarstwie bizantyjskim, a więc w państwie, które wyrosło na gruncie symbiozy religii chrześcijańskiej, azjatyckich despotii oraz cywilizacji helleńskiej. Co może budzić zdziwienie, wszak po dzień dzisiejszy seksualne kontakty pomiędzy mężczyznami nazywane są „miłością grecką”. Cesarz Justynian I Wielki (527 – 565) będący uosobieniem potęgi i mocy cesarstwa bizantyjskiego wypowiedział osobom homoseksualnym bezwzględną wojnę. Na śmierć i życie. Aresztowania i egzekucje, a także rozbudowany system szpiegowania i donosicielstwa stał się chlebem powszednim, a strach o cień podejrzenia o „uciechy sprzeczne z naturą i wolą Bożą” przekleństwem tysięcy ludzi. Oskarżenie o homoseksualizm stało się również wygodną bronią stosowaną w celu pozbycia się niewygodnej konkurencji lub przeciwników politycznych. Antyhomoseksualne wystąpienia w Bizancjum stały się podwaliną pod przyszłe prześladowania mniejszości seksualnej w innych częściach euroazjatyckiej sfery geopolitycznej.

1. Wstęp

Homoseksualizm oraz osoby homoseksualne były i są nieodłączną częścią naszego jestestwa. Od tysiącleci osoby o orientacji homoseksualnej współtworzyły cywilizację ludzką pod każdą szerokością geograficzną. Politycy, prawnicy, malarze, rzeźbiarze, pisarze, lekarze, naukowcy, architekci, filozofowie i „zwykli Kowalscy” – w każdej z tych grup można było spotkać gejów lub lesbijki, współtworzących coś, co dzisiaj nazywamy: *działami rąk ludzkich*. Kwestie homoseksualne bardzo często poruszane były przez ludzi pióra, pędzla i dłuta; niejednokrotnie stając się inspiracją dla artystycznych ponderabliów. Jednakże bardzo często homoseksualiści stawali się obiektem zainteresowań władzy ustawodawczej, a ta powiązawszy zachowania homoseksualne z systemem polityczno – prawnym niejednokrotnie – poprzez ich penalizację – dążyła do anihilacji tak homoseksualizmu, jak i samych osób o teźże orientacji.

Celem niniejszej pracy jest omówienie polityki najwybitniejszego władcy bizantyjskiego – Justyniana I Wielkiego – względem osób homoseksualnych poprzez analizę bizantyjskiego ustawodawstwa karnego z okresu panowania w/w monarchy, a więc z lat 527 – 565, kiedy to cesarstwo bizantyjskie przeżywało okres największego rozkwitu.

2. Panowanie Justyniana I Wielkiego (527 – 565)

Najsłynniejszy władca bizantyjskiego imperium – Flavius Petrus Sabbatus – znany światu jako Justynian I, przyszedł na świat w 483 roku w Tauresium – mieście położonym w prowincji Iliria. Był synem Wigilantii siostry cesarza Justyna I oraz Sabbatiusa. Dynastia Justynianów była pochodzenia chłopskiego, a sam wuj przyszłego monarchy, panujący od 518 roku Justyn I był

chłopem pochodzącym z Naissus – dzisiejszego Niszu w Serbii. Cesarz usynowił swojego siostrzeńca, zaś 1 kwietnia 527 roku wywyższył Justyniana do rangi współwładcy Bizancjum. Wspólne panowanie wuja i adoptowanego siostrzeńca trwało zaledwie trzy miesiące. 78 – letni Justyn zmarł 1 sierpnia 528 r., a jednym władcą rozległego cesarstwa został 44 – letni wówczas Justynian I. Trwające 38 lat rządy Justyniana Wielkiego, przeszły do historii jako najświetniejsze czasy bizantyjskiego państwa. Cesarz zreformował system prawny, administracyjny, religijny oraz wojskowy. A jego wkład w rozwój kultury, nauki, sztuki i bizantyjskiego budownictwa jest nie do przecenienia. To z jego inicjatywy wzniesiono m.in. świątynię *Hagia Sophia*, zaś głównym celem, który postawił sobie nowy władca była odbudowa cesarstwa w granicach z IV i V wieku.

Dla Justyniana fundamentem państwowości rzymskiej było prawo – *Lex Romana*. Funkcję głównego kodyfikatora rzymskich przepisów, ustaw, regulacji i konstytucji powierzył najwybitniejszemu bizantyjskiemu juryście – Trybonianowi. Już w 528 roku powołał pierwszą komisję, której celem było zebranie w jednym kodeksie całego piśmiennictwa prawnego od czasów cesarza Hadriana (117 – 138). Na efekt pracy komisji cesarstwo nie musiało długo czekać i już 7 kwietnia 529 roku Justynian ogłosił ułożony pod przewodnictwem Tryboniana zbiór rozporządzeń nazwany później *Codex vetus*. Następnie od 16 grudnia 529 do 15 grudnia 533 roku komisja, celowo poszerzona o znamienitych jurystów ze szkół prawnych w Konstantynopolu i Berytos¹ przygotowywała tzw. *Digesta*, a więc zbiór wybranych materiałów prawnych i administracyjnych wydanych przez rzymską administrację na przestrzeni wieków. Zanim dane rozporządzenie lub ustawa trafiła do *Digesta*, była ona skrupulatnie badana i analizowana przez skład komisji. Miesiąc wcześniej, w listopadzie 533 roku Justynian ogłosił wprowadzenie w całym państwie nowego podręcznika do nauki prawa rzymskiego, tzw. *Institutiones* bo o nich mowa były – obok – *Digestów* podstawowym podręcznikiem do nauki *ius civilis* w średniowiecznych uniwersytetach.

W 533 roku justyniański zapal reformatorski ogarnął również studia prawnicze. Konstytucją *Omnem* cesarz zezwolił na prowadzenie szkół prawnych jedynie w trzech szkołach na terenie Bizancjum – w Konstantynopolu, Rzymie oraz Berytos. Przedłużył czas trwania studiów do pięciu lat oraz ujedynolili program nauczania i wykładnię przedmiotów na poszczególnych semestrach. Konstytucja *Omnem* pozwala historykom prawa zapoznać się z charakterem oraz kształtem studiów prawniczych przed wiekami. Kodyfikację wieńczył *Codex repetitae praelectionis* wydany 16 listopada 534 roku. Co zastanawiające było to nowe wydanie *Codexu* z 529 roku, a więc aktualizowano prawo po zaledwie pięciu latach jego funkcjonowania w przestrzeni publicznej. Według Justyniana było to posunięcie niezbędne, gdyż *Codex* wymagał przede wszystkim uzgodnienia z *Digestami*, bowiem tylko w ten sposób zachowywano tradycję prawną i ciągłość jurystyczną Konstantynopola z Rzymem sprzed wieków. Prawno-reformatorską działalność monarchy podsumował w *Poczcie cesarzy bizantyjskich* wielki polski historyk starożytności i eseista prof. Aleksander Krawczuk, który stwierdził: *Wszystkie trzy dzieła – Kodeks, Digesta i Instytucje, a także późniejsze edykty Justyniana, tak zwane nowe – przyjęło się określać mianem Corpus Iuris Civilis, to jest „Zbiór prawa obywatelskiego”. Jest to suma mądrości prawniczej starożytnego Rzymu i zarazem podwalina ustawodawstwa oraz myślenia prawniczego w niemal wszystkich krajach europejskich, pośrednio działająca aż po dzień dzisiejszy.* (Litewski 2003)

John Haldon – brytyjski profesor bizantynistyki studiów hellenistycznych na Uniwersytecie Princeton w swojej książce pt: *Wojny Bizancjum* stwierdził: *W bizantyjskim świecie w VI wieku dominowały trzy wielkie regiony (...). Balkany, niekiedy sięgające na północ aż po Dunaj, Azja Mniejsza (Anatolia, w przybliżeniu obszar zajmowany przez dzisiejszą Turcję) oraz bliskowschodnie tereny Syrii, zachodniego Iraku i Jordanii* (Haldon 2019). Profesor Haldon uzupełnił bizantyjskie posiadłości także o Egipt, Afrykę Północną, część Italii oraz południową Hiszpanię, podkreślając iż na większości z tych terenów Justynian przez całe swoje panowania prowadził działania wojenne.

Gdy Justynian wstąpił na tron jego imperium prowadziło od roku działania wojenne na wschodzie. Tam głównym przeciwnikiem cesarstwa bizantyjskiego była Persja rządzona przez wojowniczą dynastię Sasanidów, której przedstawiciel – szach Kawad I chciał narzucić perskie zwierzchnictwo całemu Bliskiemu Wschodowi. W latach 528-529 to głównie Persowie prowadzili

¹ Starożytne Berytos to współczesny Bejrut, stolica Libanu (przyp – PW).

działania zaczepne jednakże sytuacja uległa diametralnej zmianie w kwietniu 529 r., gdy Justynian obwołał naczelnym dowódcą bizantyjskiej armii Belizariusza. Wzmocniona posiłkami armia bizantyjska wyparła Persów z Syrii, zdobyła twierdzę Dara i parła ku Palestynie. Jednocześnie między Konstantynopolem a Ktezyfonem trwały negocjacje pokojowe, które jednak zakończyły się fiaskiem. Brak kompromisu postanowili wykorzystać Persowie, którzy latem 530 roku zaatakowali Darę z siłą około 50 tys. żołnierzy. Syryjskiej fortecy broniły dwukrotnie mniejsze siły Belizariusza. Pomimo przewagi Persów Belizariusz stoczył z nimi bitwę obronną, która zakończyła się spektakularnym zwycięstwem Bizantyjczyków. Według greckiego historyka Prokopiusza z Cezarei na polach przed Darą padło około 8 tys. Persów, a kolejnych 3 tys. dobito. Podobne informacje przytacza w *Historiach Konstantynopolitańskich* polska bizantolog, profesor Uniwersytetu Łódzkiego – Halina Evert Kappersowa.

O sukcesie wojsk bizantyjskich zadecydowała przede wszystkim doskonała taktyka oraz strategiczny geniusz Belizariusza, który przed decydującym starciem dokładnie zbadał pole bitwy, przeanalizował krok po kroku strategię oraz bardzo rozmyślnie rozmieścił swoje siły dookoła Dary. Efektem było nie tylko zwycięstwo Bizantyjczyków, ale jak pisze cytowany wcześniej John Haldon, podniesienie morale wschodnich Rzymian i zmiana polityki wojskowej Konstantynopola względem Persów.

(...) bitwa pod Darą stanowiła ważny punkt ciągnącej się od dawna wojny na wschodnim froncie, gdyż po raz pierwszy od lat rzymskie siły – i do tego słabsze liczebnie – zdołały pokonać Persów w otwartym polu. Miało to wpływ na morale zarówno Rzymian, jak i Persów (Haldon 2019).

W Konstantynopolu świętowano podwójnie bowiem zwycięstwo nad Persami zbiegło się z bizantyjską Victorią pod Satalą w Armenii. Radość ze zwycięstwa nie trwała jednak długo, gdyż już rok później Persowie pokonali Belizariusza w wyjątkowo krwawej bitwie pod Callinicum nad Eufratem, gdzie poległo ponad 20 tys. Bizantyjczyków i tyle samo Persów. Na rozkaz Justyniana w Konstantynopolu zebrała się specjalna komisja, której zadaniem było ustalenie przyczyn klęski wschodnich Rzymian. Zdaniem komisji główną przyczyną przegranej przez Bizantyjczyków bitwy były taktyczne błędy Belizariusza jako głównodowodzącego. Decyzją komisji, zaakceptowanej przez Justyniana, było odwołanie wodza z frontu wschodniego. Persowie próbowali wykorzystać chwilowy zamęt w szeregach Bizantyjczyków i przeprowadzić znad Eufratu kontrofensywę jednakże śmierć szacha Kawada I – 13 sierpnia 531 r., i objęcie tronu państwa Sasanidów przez jego syna Chosroesa I Sprawiedliwego, zakończyła działania wojenne i pozwoliła przejść do rokowań pokojowych, które rozpoczęły się wiosną 532 r., a ich rezultatem był wyjątkowo trudny kompromis. Ustalono, że Bizancjum weźmie na swoje barki koszty utrzymania twierdz na południe od Kaukazu, a dowództwo wojskowe z Dary zostanie przeniesione na zachód, do Konstantyny. W zamian za bizantyjskie ustępstwa Sasanidzi wycofali się z Lazyki, a zatrzymali w swoich rękach tzw. Iberię kaukaską. Pokój pomiędzy Bizancjum a Persją – choć nazywany był, zgodnie z ówczesnym językiem dyplomacji, *wieczystym* – przetrwał zaledwie osiem lat. W 540 r. Chosroes I – korzystając z zaangażowania Bizancjum w walki z barbarzyńcami na Półwyspie Apenińskim – zaatakował cesarstwo od wschodu wyprowadzając uderzenie na bizantyjskie pozycje na Kaukazie oraz w północnej Syrii, czym rozpoczął wojnę, która ze zmiennym szczęściem miała trwać niemal dwie dekady. Ostateczny pokój między Persją a Bizancjum podpisano dopiero w 561 r., głównym motorem sprawczym negocjacji oraz podpisania pokoju było wyczerpanie obydwu stron długoletnim konfliktem toczonym na kilku frontach od Kaukazu i Anatolii po Syrię i Mezopotamię. Traktat bizantyjsko – perski takimi słowami podsumował znawca tamtego okresu – cytowany wcześniej prof. Aleksander Krawczuk

Persowie rezygnowali ostatecznie z kraju Lazów, w większości chrześcijan, cesarz zaś miał płacić rocznie królowi 30 000 sztuk złota, część z góry za tal siedem. Granica w Syrii i Mezopotamii pozostawała nie zmieniona, a obie strony zobowiązywały się do nie wznoszenia nowych umocnień i twierdz. Wyznaczono miejscowości, w których kupcy z obu państw mogli prowadzić handel. Zbiegów miano wzajem wydawać. Chrześcijanie w Persji mogli wyznawać swoją wiarę, nie wolni im jednak było prowadzić żadnej działalności misyjnej (Krawczuk 1996).

W trakcie ośmioletniego pokoju z Persją, w latach 532 – 540 Justynian zdążył, rękoma Belizariusza, podporządkować Bizancjum północną Afrykę gromiąc państwa Wandalów. W połowie 533 roku potężna – licząca ponad pięćset okrętów – bizantyjska flotylla pod wodzą Belizariusza

wypłynęła z Konstantynopola z zamiarem rekonkwisty afrykańskiej prowincji utraconej w V wieku na rzecz germańskich barbarzyńców, którym w 455 roku udało się złupić Rzym i wywieźć z *Wiecznego Miasta* cesarskie insygnia koronacyjne.

Zwycięstwo nad Wandalami przyszło Bizantyjczykom nad wyraz łatwo. Wojna składała się z trzech etapów, po których państwo germańskich barbarzyńców przestało istnieć. 13 września 533 r., Wandalowie zostali rozbitci pod Decimum, 15 grudnia 533 r., po raz kolejny Belizariusz rozgromił przeciwników pod Tricamarum, a wiosną 534 r., padły Kartagina i Hippona główne centra germańskiego oporu. Władca Wandalów Gelimer w obawie przed bizantyjską zemstą schronił się w numidyjskich górach. Co ciekawe nie spotkała go żadna krzywda ze strony Justyniana, a wręcz przeciwnie. Otrzymał nawet liczne posiadłości w Galacji. Jednakże pozostając przy herezji ariańskiej i ani myśląc o przejściu na katolicyzm, do czego namawiał go sam Justynian, musiał się pożegnać z rzymskimi tytułami honorowymi.

Zwycięska kampania i likwidacja państwa Wandalów doprowadziła do powrotu północnej Afryki w granice imperium. Justynian zajął również Sycylię, Korsykę i Baleary, dzięki czemu o Morzu Śródziemnym Rzymianie znów mogli powiedzieć *mare nostrum*. Latem 534 r., Belizariusz w glorii zwycięzcy powrócił do Konstantynopola, a sam Justynian zdecydował się na krok, którego nie widziano w Rzymie od czasów Oktawiana Augusta. Monarcha pozwolił Belizariuszowi odbyć triumfalny wjazd do Rzymu. Od czasów upadku Republiki Rzymskiej, a więc od 27 r. przed Chr., honory te były zarezerwowane jedynie dla władców. Dodatkowo 1 stycznia 535 roku Belizariusz został mianowany konsulem. Jednakże już wkrótce Justynian, pełen nadziei w wojskowy geniusz Belizariusza, powierzył mu zadanie odbicia Półwyspu Apenińskiego.

Justynian Wielki postanowił wykorzystać wewnętrzne walki między rządzącymi Italią Ostrogotami i uderzyć zniemacka w 535 roku. Potężna armia dowodzona przez Belizariusza uderzyła na Półwysep Apeniński z dwóch stron – na Sycylię od południa, i na Dalmację od północy. Dalmacja przechodziła z rąk do rąk, broniona zażarcie przez Ostrogotów, jednak Sycylia szybko poddała się przyniatającym siłom bizantyjskim. Z opanowanej w krótkim czasie Sycylii Belizariusz przeprowadził wojska na kontynentalną część Italii i zajął – równie szybko – Rhegium oraz Neapolis, aby w grudniu 536 roku wkroczyć do Rzymu. Okazało się, że opanowanie Italii nie będzie dla Bizantyjczyków tak bezproblemowe, jak opanowanie kilka lat wcześniej Afryki. Już w lutym 537 roku nowy władca Ostrogotów – Witiges obległ z wojskami *Wieczne Miasto*. Walki o Rzym były niezwykle zacięte i wyniszczające jednakże bizantyjska załoga nie poddała miasta, a pozbawiony zapasów i posiłków Witiges w marcu 538 roku odstąpił od oblegania i zawrócił swoje siły na północ. Belizariusz uznał odstąpienie barbarzyńców od bram Rzymu za przejaw słabości i rozpoczął zwycięski marsz na północ półwyspu, aby w maju 540 roku wkroczyć do Rawenny, która pełniła wówczas funkcję stolicy państwa Ostrogotów. Bizantyjczykom udało się schwytać Witiges, jednakże i on został przez Justyniana wyróżniony, podobnie jak wcześniej król Wandalów Gelimer. Władca Ostrogotów otrzymał liczne dobra ziemskie w Dalmacji oraz tytuł patrycjusza Rzymu. Wojna jednak nie miała się ku końcowi, choć w szeregach Ostrogotów doszło do dwóch królóbójstw. Najpierw, wiosną 541 roku z ręki sługi zginął Ildibald, zaś w październiku tego samego roku zamordowano jego następcę Eraryka. Na jego miejsce starszyzna ostrogocka, obradująca w październiku 541 roku w Pawii, obrała na swojego króla niezwykle zdolnego wojownika, a przy tym dobrego organizatora Totillę, który miał rządzić Ostrogotami do 552 roku. Totilla od pierwszych chwil rozpoczął odzyskiwanie Półwyspu Apenińskiego z rąk wschodnich Rzymian, co zaowocowało wybuchem tzw. II wojny gockiej, która przyniosła fatalne skutki tak Cesarstwu Bizantyjskiemu, jak i italskim terenom, na których się toczyła. Berizariusz w 544 roku powrócił do Italii, aby stłumić germańskie powstanie jednakże nie dysponował już takimi siłami jak wcześniej. Bizancjum było zbyt zajęte wojnami z Persją, aby zwracać baczniejszą uwagę na Italię. Dodatkowo od 542 roku ludność cesarstwa było dziesiątkowana tzw. Dżumą Justyniana, która niosła ze sobą opłakane skutki dla gospodarki imperium¹. *Wieczne*

¹ Dżuma Justyniana – epidemia dżumy dymienicznej, która przetoczyła się przez Cesarstwo Bizantyjskie w latach 541-542. Szczególnie wysokie śmiertelne żniwo zebrała w dużych skupiskach ludzkich, a więc w największych miastach imperium, w – Jerozolimie, Aleksandrii, Antiochii, Berytos, Atenach, a przede wszystkim w Konstantynopolu, gdzie według relacji Prokopiusza z Cezarei w okresie szczytowym zachorowalności

miasto, które w połowie VI wieku było zaledwie cieniem dawnej metropolii przechodziło z rąk do rąk. Belizariusz utracił zaufanie Justyniana i został odwołany do Konstantynopola, a jego miejsce na czele bizantyjskich wojsk w Italii zajął Narses, który w czerwcu 552 roku pokonał wojska ostrogockie w krwawej i niezwykle wyniszczającej bitwie pod Busta Gallorum, w której poległ sam Totilla. Narses odzyskał Rzym, a następnie niszczył kolejne punkty ostrogockiego oporu. W bitwie Lactarius pokonał Teję, który był następcą Totilli, a następnie zdobył Weronę, Brescię i Rawennę. Do 562 roku cała Italia znalazła się pod panowaniem Bizantyjczyków, a jej stolicą stała się Rawenna. Było to jednak *pyrrusowe zwycięstwo*. Niemal ćwierć wieku wojen i przechodzenie frontów sprawiło, że Italia przypominała pobojoywisko. Dawne antyczne miasta były wyludnioną kupą gruzu, a ludność półwyspu zmalała niemal o jedną trzecią.

Zdobywanie Italii było ostatnim, wielkim aktem Justyniana Wielkiego. Cesarz zreformował bizantyjskie prawodawstwo, armię, system finansowy cesarstwa, był mecenasem artystów, podporządkował Bizancjum Afrykę Północną, Italię oraz południe Hiszpanii. Zmarł po 38 latach panowania, 14 listopada 565 roku, w wieku 82 lat. Cesarz pragnął odtworzyć antycznego giganta, a jednocześnie dać podwaliny pod coś nowego. Jednakże – jak zauważył bizantolog Georg Ostrogorski – *Panowanie Justyniana stało się zakończeniem wielkiej epoki w dziejach ludzkości, a nie – jak tego pragnął – początkiem nowej ery* (Ostrogorski 2008).

3. Izajasz i Aleksander – homoseksualni biskupi?

W bizantyjskim systemie prawno-karnym na kształt, charakter i treść paragrafów odnoszących się do skłonności homoseksualnych, miała nie tylko sytuacja polityczna panująca w cesarstwie czy sojusz ołtarza z tronem, ale przede wszystkim osobiste poglądy Justyniana względem homoseksualistów i „greckiej miłości”.

Zdaniem ks. prof. dr hab. Antoniego Dębińskiego – historyka prawa i specjalisty w zakresie prawa rzymskiego, rektora z Katolickiego Uniwersytetu Lubelskiego – Justynian był tym bizantyjskim władcą, który wydał najwięcej przepisów regulujących życie religijne mieszkańców wschodniego mocarstwa, o czym w/w historyk wspomina w swoim dziele zatytułowanym: *Ustawodawstwo karne cesarzy chrześcijańskich w sprawach religijnych*.

Regulacje prawne odnoszące się do kwestii religijnych powstały gł. w pierwszych latach panowania Justyniana, a więc w latach 527 – 535, co wiąże się poniekąd z trwającą w latach 532 – 535 budową Świątyni Mądrości Bożej, a więc słynnego kościoła *Hagia Sophia*, która przez dziewięć stuleci była największą świątynią chrześcijaństwa. Całe prawodawstwo religijne tamtego okresu zostało zgromadzone w księdze pierwszej kodeksu justyniańskiego oraz w nowelach justyniańskich, co jest niepodważalnym dowodem symbiozy wschodniego chrześcijaństwa i życia publicznego w Bizancjum. Co ciekawe justyniańskie regulacje prawno-karne dotyczące życia religijnego w imperium bizantyjskim nie jest owocem samego Justyniana, tylko stanowi powielenie poprzednich ustaw np. konstytucja cesarza Walentyniana III oraz Teodozjusza II z 427 roku¹.

umierało od 5 do 10 tys. mieszkańców stolicy każdego dnia. Pandemia dżumy miała skalę światową i przetoczyła się od Etiopii i Nubii po Azję Mniejszą, Italię, Galię, Hiszpanię, Germanię, Skandynawię, Wyspy Brytyjskie i Irlandię. Liczba ludności, która padła ofiarą dżumy Justyniana szacuje się na 50 – 100 milionów. Vide: Prokopiusz z Cezarei, *Historia wojen*, t.II, rozdział XXII i XXIII.

¹ Ustawodawstwo prawno-karne zawarte w *Corpus Iuris Civilis*, które w sposób pośredni lub bezpośredni odnosi się do zagadnień natury religijnej można podzielić na siedem kategorii. Pierwsza kategoria dotyczy ustaw wydanych przeciwko heretykom. Druga obejmuje przestępstwo apostazji, a więc odejścia od chrześcijaństwa. Trzecia grupa ustaw została skierowana przeciwko wyznawcom religii pogańskich, których Justynian bezwzględnie tępił (ostatnia pogańska świątynia w Bizancjum została zamknięta w 540 r., na wyspie File, na Nilu, a była poświęcona Herze). Czwarta kategoria dotyczyła ustaw wymierzonych w ludność żydowską, która w liczbie około trzech milionów zamieszkiwała cesarstwa Justyniana. Ustawy żydowskie nie miały jedynie charakteru penitencjarnego. Regulowały również prawa i przywileje ludności żydowskiej oraz ograniczenie w zakupie przez Żyda niewolnika będącego chrześcijaninem. Piąta grupa regulacji dotyczyła zakazów ponownego udzielania oraz przyjmowania sakramentu Chrztu Świętego, np. osobom, które wcześniej odeszły z kościoła. W grupie tej znalazły się zapisy z *Kodeksu Teodozjusza* wydanej sto lat wcześniej. Szóstą grupą były ustawy, które zabraniały malowania lub rzeźbienia krucyfiksu. Ostatnią, siódmą, grupę stanowiły ustawy

Przez cały 38 letni okres swojego panowania Justynian Wielki dążył do odbudowy potęgi i mocy Imperium Romanum w oparciu o dwa filary – religię chrześcijańską z jej etyką, filozofią społeczną oraz prawo rzymskie z jego skrupulatnością, klarownością i logiką. Restytucja cesarstwa miała odbywać się poprzez odzyskanie kontroli nad zachodnią częścią dawnego państwa cesarów oraz umocnieniem granic oraz władztwa Konstantynopola na wschodzie. Podporą władzy cesarskiej w Konstantynopolu był cesarz, i to osoba monarchy w filozofii kościoła bizantyjskiego zastępowała na Ziemi Jezusa Chrystusa. Tak jak Jezus był założycielem i głową Chrześcijaństwa, tak głową wszystkich chrześcijan – zgodnie z bizantyjską ideą władzy – był właśnie cesarz, a nie papież, patriarcha Konstantynopola, Antiochii, Jerozolimy, czy Aleksandrii. Restytucja imperium oraz umacnianie władzy cesarskiej w oparciu o religię – to były zasadnicze drogowskazy, dzięki którym po politycznych drogach ówczesnego *Lewantu* poruszał się Justynian, co przekładało się na stosowaną przez władzę wykładnię bizantyjskiego prawa karnego.

Ideał bizantyjskiego cesarza stanowił swoistą symbiozę świata pogańskiego oraz religii chrześcijańskiej, do niedawna brutalnie prześladowanej przez władzę rzymską, która w pierwszych wyznawcach Chrystusa widziała niebezpieczną sektę, której głównym celem jest odwrócenie do góry nogami odwiecznego porządku świata, swoistego *lex naturalis*, na czele którego stał Rzym. Justynian mógł czuć się zarówno spadkobiercą ponad tysiącletniej tradycji rzymskiej oraz uważać się za głowę i obrońcę religii chrześcijańskiej, a więc tej samej, która w rzymskiej tradycji widziała bałwochwalstwo, zaś sam Rzym był dla pierwszych chrześcijan: *macierzą nierządnicstwa i wszelkich obrzydliwości tej Ziemi (...)* (Apokalipsa św. Jana)

Z tradycji rzymskiej Justynian przejął strój, tytułaturę, ceremoniał oraz wyobrażenie o powinnościach i kompetencjach władcy, w które wpleciono pewne elementy z chrześcijańskiej wizji monarchy, zaczerpniętej z pism Euzebiusza z Cezarei (264 – 340 po Chr.) Justynian zdawał sobie sprawę z różnic pomiędzy władzą świecką a kościelną, jednak uważał, iż obowiązkiem chrześcijańskiego władcy jest utrzymanie porządku w Kościele, a tym samym uważał Kościół za jeden z głównych filarów, na którym opiera się i państwa, i cesarska władza, i siebie samego jako następcę Chrystusa na Ziemi, która jest zorganizowana w idealny, grecki porządek.

W 528 roku, a więc w niecały rok po objęciu tronu przez Justyniana, dwóch dostojników kościoła – Aleksander z Diospolis oraz Izajasz z Rodos – zostało oskarżonych o skłonności homoseksualne, a następnie usunięto ich z kościelnych stanowisk. Dla młodego władcy było to jednak stanowczo za mało. Kilka dni później Justynian nakazał aresztować Aleksandra i Izajasza, przy czym Aleksandra cesarz nakazał wykastrować, a następnie nagiego i ponad miarę wyszydzanego obwozić na osle po ulicach bizantyjskiej stolicy. Według przekazów źródłowych, w kolejnych latach rządów Justyniana, na podobne kary skazywano innych dostojników bizantyjskich – zarówno kościelnych, jak i świeckich.

Tragedię wspomnianych dostojników kościoła opisał żyjący w latach 491 – 578, kronikarz bizantyjski, zhellenizowany Syryjczyk z Antiochii – Jan Malalas¹. Opis wydarzeń umieścił w księdze osiemnastej *Chronografii: W roku niniejszym biskupi z różnych prowincji zostali oskarżeni o niemoralne prowadzenie, a także o sodomie. Pośród nich byli Izajasz, biskup Rodos, były preafectus vigilum z Konstantynopola, a także biskup Diospolis w Tracji znany pod imieniem Aleksander. Zgodnie ze świętym prawodawstwem zostali przywiezieni do Konstantynopola, gdzie przesłuchał ich prefekt miasta Victor, który postanowił ich ukarać – wygnał Izajasza po uprzednim poddaniu go torturom, zaś Aleksandra wykastrował, aby ku uciechu gawiedzi obwozić go po ulicach Konstantynopola. Cesarz wydał dekret nakazujący aresztowanie i kastrowanie każdego, któremu udowodniono sodomie. Następnie wielu aresztowanych sodomitów zmarło po tym, jak ich*

dotyczące prawa udzielania azylu w świątyniach. Vide: K. Amielańczyk, *Prawo karne i polityka. Czy rzymscy prawodawcy prowadzili ukierunkowaną politykę karną?* [w:] *Prawo karne i polityka w państwie rzymskim*, red. K. Amielańczyk, A. Dębiński, D. Słapek, wyd. UMCS, Lublin 2015, ss. 23.

¹ Dzieło Jana Malalasa zatytułowane *Chronografia* powstało w latach 570 – 577. Takie daty podają m.in. Ewa Gajda w *Justyniańskich źródłach prawnych i pozaprawnych w papirusach i inskrypcjach VI-VII wieku oraz w apokryfach według źródeł VI-XVI wieku*, a także Oktawiusz Jurewicz w *Historii literatury bizantyjskiej*.

pozbawiono genitaliów z cesarskiego rozkazu. Od tego czasu padł blady strach na tych, których dotknęła sodomia.

Podobny przekaz możemy znaleźć w *Historii sekretnej* pióra wspomnianego wcześniej Prokopiusza z Cezarei. Kronikarz twierdzi, iż wyroki zapadały często z pominięciem litery prawa, a surowe wyroki, które zapadały nie znajdowały odzwierciedlenia w kodeksach, a sądy często opierały się na fikcyjnych dowodach, a nawet – co jest zatrważające – na samych pomówieniach. Sankcje spadały przede wszystkim na politycznych przeciwników dworu cesarskiego, a więc ze stronnictwa *Zielonych*. Choć z perspektywy stuleci wydaje się być to nieroztropnym posunięciem, to nie sposób porównać tych wydarzeń do osławionych „polowań na czarownice”, z którymi mieliśmy do czynienia w okresie nowożytnym, gł. w państwach protestanckich (północne Niemcy, Szwecja, Anglia oraz purytańskie osady w kolonizowanej Ameryce Północnej).

XVIII wieczny brytyjski historyk Edward Gibbon, w swoim monumentalnym dziele pt: *Zmierzch Cesarstwa Rzymskiego* poddał drobiazgowej analizie opisywane przez Prokopiusza oraz Jana Malalasa „justyniańskie polowania na homoseksualistów”. Gibbon wyszedł z wnioskiem, iż postępowanie Justyniana było dwutorowe. Po pierwsze dążył do oczyszczenia z grzechu sodomii podległych jemu instytucji kościelnych i państwowych, po drugie zaś – w działaniu tym – dopatrywał się możliwości szybkiej eliminacji przeciwników politycznych. Możliwe również, że obydwaj biskupi należeli to politycznych przeciwników wszechwładnej cesarzowej Teodory, której wpływ na małżonka był ogromny. Oskarżony nie mógł liczyć na uczciwy proces, który był gwarantowany przez prawo. Dowody bardzo często były sfingowane, a powszechnie stosowaną przez sądy praktyką było dopuszczanie pomówień i poddawanie skazanego torturom celem wymuszenia na nim zeznań.

Po piętnastu stuleciach bardzo trudno stwierdzić fakty oddzielając je od mitów. Nie wiemy czy zarzut homoseksualizmu Izajasza i Aleksandra znajdował potwierdzenie w faktach, ani też dlaczego – naprawdę – Justynian zdecydował się skazać obydwu biskupów. Pewnym jest, iż historia Izajasza i Aleksandra stała się podstawą do wydawania szeregu uregulowań prawa karnego dotyczącego homoseksualistów, które należy nazwać *polowaniem*.

4. Rzymskie prawodawstwo a stosunki homoseksualne.

Starożytność nie знаła pojęcia orientacji seksualnej w dzisiejszym rozumieniu tego słowa. W kulturze antycznej zjawisko homoseksualizmu było wszechobecne i wiązało się ono nie z seksualnością, ale z samym ludzkim jestestwem, a w przypadku młodego mężczyzny było nieodłączną częścią nauki i wkraczania w dorosłość. Prawo rzymskie tolerowało homoseksualizm, choć owe zjawisko uważane było za sprzeczne z tradycyjnym, rzymskim modelem małżeństwa i rodziny, i nazywane było *greckim obyczajem* lub *grecką miłością*. Wielu rzymskich pisarzy pozostawiło obszerny materiał źródłowy do badania zjawiska homoseksualizmu pośród wyższych sfer rzymskiego społeczeństwa, jednakże należy odnosić się do nich z wyjątkową rezerwą; część z nich ma charakter antycznego *tabloidu*.

Rzymskie pisma jurystyczne okresu późnej republiki i cesarstwa nazywały stosunki homoseksualne mianem: *stuprum* (*stup rum cum masculo*, *stup rum cum puero*). Ojcowie Kościoła oraz filozofowie wczesnochrześcijańscy – w stosunku do homoseksualistów – używali określenia *sodomia*. W starszej literaturze tematu stosunki homoseksualne określano mianem: *pederastii*. Obecnie zarówno *pederastia*, jak i *sodomia*, uważane są za określenia pejoratywne, stosuje się zatem – wymiennie – sformułowania: stosunki homoseksualne lub zachowanie homoseksualne.

Antyczne teksty źródłowe – zarówno prawne, jak i filozoficzne – kulturowe deliberując o stosunkach homoseksualnych poruszają jedynie kwestie miłości męsko-męskiej. Stosunki lesbijskie oraz sama kwestia lesbijek w świecie rzymskim były poruszane niezwykle rzadko (Sokala 1998). W rzymskiej filozofii społecznej męskie kontakty homoseksualne potępiano jedynie wówczas, gdy obywatel rzymski pełnił w ich trakcie rolę pasywną. Rzymskie ideologia oraz jurysprudence uważały taką rolę mężczyzny za hańbiącą i przyrównywały poddającego się jej homoseksualistę do bezwolnej kobiety. W oczach antycznych pasywny wolny obywatel tracił swoją męskość, a wraz z nią honor i godność. Rzymianie nie widzieli problemu, gdy ich obywatel pełnił rolę aktywną i wykorzystywał (dobrowolnie lub nie) swojego niewolnika lub (dobrowolnie) wolnego mężczyznę nie posiadającego rzymskiego obywatelstwa. O lesbijskach Rzymianie nie rozprawiali, a jeżeli już, to uważali

homoseksualne kobiety za zagrażające równowadze społecznej i uzurpujące sobie prawo do bycia mężczyzną.

Istnieją przesłanki, aby uważać, iż w okresie republikańskim prawo rzymskie oficjalnie zakazywało kontaktów homoseksualnych. W praktyce jednak, istniała – w społeczeństwie – duża doza tolerancji w stosunku do osób homoseksualnych. W *Institutiones* Gaiusa kontakty homoseksualne były traktowane jako *iniuria*. Jako dowód, że homoseksualizm był poddawany penalizacji może świadczyć poniższy fragment w/w *Institutiones* Gaiusa:

G.3.220: *Iniuria autem committitur non solum, cum quis pugno putta aut fuste percussus vel etiam (...) sive quis matrem familis aut praetextatum adsectatus fuerit et denique aliis pluribus modis.*

Według słynnego jurysty prawo rzymskie za zniewagę uważało nie tylko naruszenie czyjejś cielesności, ale również nękanie – w formie uporczywego chodzenia i namawiania do stosunku mężatki (matrony) lub młodzieńca. Dodatkowo należałoby wspomnieć, iż homoseksualiści pasywni byli dyskryminowani w stosunku do ogółu społeczeństwa w zakresie uprawnień procesowych, o czym możemy przeczytać m.in. w pismach Ulpiana Domitiusa, żyjącego na przełomie II i III wieku po Chr.

D. 3,1,1,6 (Ulpianus libro sexto ad edictum): *Removet autem a postulando pro aliis et eum, qui corpore suo muliebira passus est, si quis tamen vi praedonum vel hostium stupratus est, non debet notari, ut et Pomponius ait.*

Z pism Ulpiana dowiadujemy się, iż pretor odmówił zdolności do samodzielnego działania w postępowaniu sądowym (tzw. zdolność postulacyjna) mężczyźnie, który w Rzymie parał się prostytutką, przebierając się za kobietę i „służąc” swoim „klientom” jako kobieta. Jednocześnie dowiadujemy się, iż zdolności takowej nie był pozbawiany mężczyzna, który został zgwałcony. Z pism Valeriusa Maximusa dowiadujemy się, iż stosunki homoseksualne podlegały jurysdykcji sądów domowych oraz jurysdykcji wojskowej w ramach obowiązującego postępowania karnego.

Co już zasygnalizowano, penalizacji nie podlegał homoseksualny związek z niewolnikiem lub osobą nieposiadającą rzymskiego obywatelstwa, także kontakty homoseksualne z męskimi prostytutkami, choć z moralnego punktu widzenia potępiane, prawnie nie spotykały się z reperkusjami. Seneka Starszy w *Controversiae* pisał: *Impudicitia In ingenuo crimen est, in servo necessitas, in liberto officium*. Oznaczało to, iż kontakty homoseksualne są przestępstwem jedynie wówczas, gdy zachodzą między dwoma wolnymi obywatelami. Gdy jednak stroną jest niewolnik, którego zadaniem jest służenie swojemu Panu i wykonywanie wszelkich jego poleceń, rozkazów, czy też zachcianek, wówczas przestępstwem nie są.

Od czasów Oktawiana Augusta męska prostytutka – podobnie jak kobieca – była opodatkowana, a prostytutki – tak kobiety jak i mężczyźni – mieli zagwarantowany przez państwo ustawy dzień wolny od pracy.

Niezwykle trudno ustalić jest, która z ustaw jako pierwsza poddawała kontakty homoseksualne sankcjom karnym. Większość badaczy wskazuje, iż mogła to być *Lex Scantinia* wydana prawdopodobnie ok. 149 roku przed Chr. Treść ustawy nie jest dzisiaj znana. Polska badaczka prawa rzymskiego – Profesor Joanna Misztal – Konecka wykładowca z Katolickiego Uniwersytetu Lubelskiego i Sędzia Sądu Najwyższego, która w badaniach naukowych niejednokrotnie podejmowała wątek seksualności w rzymskim ustawodawstwie twierdzi, iż *Lex Scantinia* dotyczyła kwestii *stuprum* jednakże nie zwalczała samego zjawiska homoseksualizmu, a jedynie brała w obronę młodzież obojga płci przed „zakusami” rzymskich gejów i lesbijek. Na podstawie pozaprawnych tekstów źródłowych (m.in. *Epistula et familiares*, Cyncerona) możemy stwierdzić, iż ustawa *Lex Scantinia* była wymierzona w pederastię (*struprum cum puero*), czy raczej homoseksualną pedofilię oraz gwałty homoseksualne, których ofiarą padali wolni obywatele. Teorię jakoby penalizacji podlegały dobrowolne stosunki homoseksualne między wolno urodzonymi obywatelami rzymskimi należałoby odrzucić.

Warto zauważyć, iż *struprum cum puero* podlegała karze finansowej, a wspominają o tym dwaj starożytni autorzy: Plutarch z Cheronei oraz Kwintylian. Pierwszy z nich podaje informację, iż w 227 roku przed Chr., Senat nałożył karę finansową na trybuna plebejskiego Scantiniusza za uwiedzenie oraz stosunki seksualne z synem Marka Klaudiusza Marcellusa, późniejszego konsula z 222 roku przed Chr. Kwintylian podał z kolei, iż na Scantiniusza nałożono karę 10 tysięcy sestercji.

Ustawa *Lex Scantinia* funkcjonowała do końca istnienia systemu republikańskiego, a nawet utrzymała moc prawną w okresie wczesnego cesarstwa. Zachował się tekst autorstwa Modestynusa (D.48, 5, 35, 1): *Adulterium In nupta admittitur: stuprum inv vidua vel virginie vel puero committitur*, w którym powszechnie jednak uważa się sformułowanie: *puero committitur* za interpretację justyniańską, co może potwierdzać teza prof. Joanny Misztal – Koneckiej, że kwestię tą nie poruszał – w swoim ustawodawstwie małżeńskim – cesarz Oktawian August. Nie jest to do końca prawda. Ustawa małżeństwa Oktawiana Augusta nakładała sankcje karne na wynajem domu pod uprawianie homoseksualnych schadzki i podciągała to pod stręczycielstwo, które rzymska jurysprudencja nazywała: *leoncinium*, a homoseksualną schadzki: *stuprum cum masulo*.

W zawartej w *Digestach* księdze drugiej Marcjanusa możemy przeczytać:

D. 48, 5, 9pr. (Marcianus libro secundo de adulterium): Qui domum suam, ut stuprum adulteriumve cum aliena matre familias vel cum masculo fieret, sciens praeberit vel quaestum ex adulterio uoris suae fecerit: cuiuscumque sit condicionis, quasi adulter punitur.

W kolejnych wiekach – ale jeszcze przed ustanowieniem Chrześcijaństwa religią panującą – nastąpiło zaostrzenie kar za kontakty homoseksualne. Żyjący na przełomie II i III wieku po Chr., rzymski jurysta Iulius Paulus podawał, że dopuszczenie się gwałtu wobec wolnego mężczyzny winno być karane śmiercią, a próba zabójstwa zesłaniem, o czym możemy się dowiedzieć w *Digestach*:

D. 47, 11, 1, 2 (Paulus libro quinto ad sententiam): Qui puero stuprum abducto ab eo vel corrupto persuaserit aut mulierem puellamve interpellaverit quide impudicitiae gratia fecerit, domum praeberit pretiumve, quo is persuadeat, dederit: perfecto flagitio punitur capite, imperfecto in insulam deportatur: corrupti comites summo supplicio adficiuntur.

Dodatkowo wolno urodzonych obywateli, którzy w związku homoseksualnym pełnili rolę pasywną skazywano na konfiskatę połowy ich dóbr, a ponadto takowy skazany nie mógł dysponować majątkiem na wypadek śmierci głównego spadkodawcy, a więc traciła prawo do udziału w spadku:

Qui masculum liberum invitum stupraevit, capite punietur. Qui voluntate sua stuprum flagitiumque inpurum patitur, dimidia parte bonorum suorum multatum nec testamentum ei ex maiore parte facere licet (Coll. 5.2).

Kolejne zaostrzenie prawa wymierzonego w homoseksualistów następowało z rozkazu cesarzy chrześcijańskich. W 342 roku cesarze Konstancjusz i Konstans wydali *constitutiones*, w której zakazywali wszelkich związków jedнопłciowych. W konstytucji tej możemy przeczytać:

Cod. Th 9. 7. 3: Cum vir nubuit in feminam, Femina viros proiecura quid cupiat, ubi sexus perdidit locum, ubi scelus est id, quod non proficit scire, ubi venus mutatur in alteram formam, ubi amor quaeritur nec videtur, iubemus insurgere leges, armari iura gladio ultore ut exquisitis poenis subdantur infames, qui sunt vel qui futuri sunt rei (A. Sokala 1992).

Analizując powyższy zapis powinniśmy przyjąć, iż za czynny homoseksualizm groziła kara śmierci, a więc najwyższa – przewidziana przez prawo – forma kary. Czy faktycznie tak było? Polski prawnik, profesor nauk prawnych i specjalista prawa rzymskiego – Bronisław Sitek, w książce zatytułowanej: *Infamia w ustawodawstwie cesarzy rzymskich*, stwierdza iż w cytowanym tekście nie ma literalnego postanowienia o karze śmierci wobec wszystkich homoseksualistów. Mowa jest jedynie o tym, iż czyny homoseksualne powinny być surowo karane zgodnie z *iubemus insurgere leges* oraz *armari iura gladio ultore*. Zdaniem prof. Sitka nie musiała to być skrajna kara: *pena gladii*.

Z opublikowanego konstytucją z dnia 15 lutego 438 r., *Kodeksu Teodozjańskiego* wynika, iż w 390 roku cesarz Teodozjusz – będąc pod wpływem biskupa mediolańskiego Ambrożego – wydał konstytucję zasądającą karę śmierci przez spalenie na stosie za udowodnioną winę zmuszania mężczyzny do prostytucji lub sprzedawanie ich stręczycielom. Stos groził również temu, który w związku homoseksualnym odgrywał rolę pasywną:

Cod. Th. 9, 7, 6: Idem aaa. Orientio vicario urbis romae. Omnes, quibus flagitii usus est, virile corpus muliebritter constitutum alieni sexus damnare patientia (nihil enim discretum videntur habere cum feminis), huius modi scelus spectante populo flammis vindicibus expiabunt (Brev 9.4.5).

5. Justynian a homoseksualiści

Justynian od początku swoich rządów bezwzględnie zwalczał homoseksualistów. Na wzór konstytucji cesarza Teodozjusza, wprowadził w Bizancjum ustawodawstwo karne, uderzające

w sposób bezpośredni we wszelkie kontakty międzyludzkie, które nosiły znamiona homoseksualizmu. Cesarskie inicjatywy wymierzone w homoseksualistów prawdopodobnie nastąpiły po wydarzeniach związanych z Izajaszem i Aleksandrem, opisanymi przez wspomnianego Jana Malaskasa.

W księdze czwartej *Institutiones* Justyniana umieszczono zapis prawny o zdecydowanie antyhomoseksualnej wymowie. Historycy prawa rzymskiego – prof. Antoni Dębiński oraz prof. Krzysztof Amielańczyk uważają, iż był to pierwszy akt normatywny, powstały w czasach Justyniana, który za praktyki homoseksualne stosował „karę gardła”.

I.4, 18, 4: *Item lex Iulia de adulteriis coercendis, quae non solum temeratores alienarum nuptiarum gladio punit, sed etiam eos qui cum masculis infandam libidinem exercere audent, sed eadem lege Iulia etiam stupri flagitium punitur, cum quis sine vi vel viriginem vel viduam honeste viventem stupraverit. Poenam autem eadem lex irrogat peccatoribus, si honesti sunt. Publicationem partis dimidia, bonarum, si humiles, corporis coercionem cum relegatione.*

Przytoczona w *Institutiones* ustawa, na którą powoływał się Justynian, to pochodząca z 18 roku przed Chr., *Lex Iulia de adulteriis coercendis*, autorstwa Oktawiana Augusta. Na jej podstawie wprowadzono w Rzymie specjalny trybunał karny, zwany – *quaestio perpetua* dla sądenia i karania przypadków cudzołóstwa, które zostało uznane za *crimen publicum*, a więc przestępstwo wobec prawa publicznego. Do kar za cudzołóstwo Justynian dodał artykuł mówiący o karze śmierci za praktyki homoseksualne.

Zasadnicze pytanie brzmi: dlaczego Justynian powoływał się właśnie na tę ustawę? Wydawać się może, że Justynian pragnął odnowić społeczeństwo bizantyjskie w duchu moralności, poszanowania świętości instytucji małżeństwa oraz podkreślenia związku mężczyzny i kobiety jako jedynej, prawnie i moralnie dopuszczanej, koneksji cielesnej. Postanowił zatem wzorować się na Oktawianie Auguście i jego *Lex Iulii*. Należy przy tym podkreślić, iż penalizacja stosunków homoseksualnych i nałożenie na nich najwyższej, dopuszczalnej przez prawo, kary było inicjatywą Justyniana, bowiem w czasach rządów Oktawiana Augusta homoseksualizm (*stuprum* lub *adulterium*) podlegały jedynie karze majątkowej w formie grzywny lub konfiskaty połowy mienia.

Autorstwu Justyniana przypisywane są również dwie nowele prawne dotyczące karania osób, którym udowodniono „zbrodnię” homoseksualizmu. W 538 roku z kancelarii cesarskiej wyszła nowela zatytułowana: *Ut non luxurietur contra naturam neque iuretur per capillos aut aliquid huiusmodi neque blasphemetur in Deum*. Wspomniana nowela o numeracji siedemdziesiątej siódmej wprowadzała kary za uprawianie miłości homoseksualnej:

Nov. 77: *Igitur quoniam quidam diabolica instigatione comprehensi et gravissimis luxurii sempetipsos inseruerunt et ipsi naturae contraria agunt, et istis iniungimus accipere in sensibus dei Timorem et futurum iudicium et abstinere ab huiusmodi diabolicis et illicitis luxuriis, ut non per huiusmodi impios actus ab ira dei iusta inveniantur et civitates cum habitatoribus earum pereant. Docemur enim a divinis scripturis, quia ex huiusmodi impiis actibus et civitates cum hominibus pariter perierunt. I. Et quonia quidam ad haec quae diximus et blasphema verba et sacramenta de deo iurant deum ad irauandiam provocantes, et istis iniungimus abstinere ab huiusmodi blasphemis verbis et iurare per capillos et caput et his proxima verba. Si enim contra homines factae blasphemiae impunitate non relinquuntur, multo magis qui ipsum deum blasphemat dignus est supplicia sustinere. Propterea igitur omnibus huiusmodi praecipimus a praedictis delictis abstinere et dei timorem in corde percipere et sequi eos qui bene vivunt. Propter talia enim delicta et fames et terrae motus et pestilentiae fiunt, et propterea admonemus abstinere ab huiusmodi praedictis illicitis, ut non susperdant animas. Sin autem et post huiusmodi nostram admonitionem inveniuntur aliqui in talibus permanentes delictis, primum quidam indignos semetipsos faciunt dei misericordia, post haec autem et legibus constitutis subiciuntur tormentis. II. Praecipimus enim gloriosissimo praefecto regiae civitatis permanentes praedictis illicitis et impus actibus et post haec nostram admonitionem et comprehendere et ultimis subdere suppliciis, ut non ex contemptu talium inveniantur et civitas et publica per hos impios actus laedi. Si enim et post hanc nostram suasionem quidam tales inveniunt hos subterclaverint, similiter a domino deo condemnabuntur. Et ipse enim gloriosissimus praefectus in invenerit quosdam tale aliquid delinquentes et vindictam in eos non intulerit secundum nostras leges, primum quidem obligatus erit dei iudicio, post haec autem et nostram indignationem sustinere.*

We wstępie do *novelli* – powołując się na wiarę oraz prawo boskie – Justynian zakazał wszelkich kontaktów homoseksualnych. Językowo tekst dokumentu nie odbiega patetycznością od innych wystawianych – na przestrzeni wieków – ustaw. W nim również znajdują się odwołania do moralności, prawa natury, a nade wszystko do boskich nakazów, które – według ustawodawcy – mieli łamać homoseksualiści ściągając na ludzkość gniew Stwórcy. Co ciekawe w pierwszym paragrafie ustawy kontakty homoseksualne zostały przez Justyniana postawione na równi z takimi kataklizmami jak głód, trzęsienie ziemi oraz zarazy dziesiątkujące ludność, zaś sami homoseksualiści zostali okrzyknięci niegodnymi Bożego miłosierdzia i skazanymi na wiekiwie potępienie. A jako Ci, którzy sprzeniewierzają się stworzonej przez Boga naturze mieli podlegać surowym karom również na Ziemi. Kara ziemską i męki w piekle po śmierci – to zdaniem bizantyjskich jurystów, z cesarzem na czele, miało spotkać osoby homoseksualne. Stało to w całkowitej sprzeczności z helleńską ideą ciała i erotyki, a także z rzymską tradycją prawną. System kar wymierzony w homoseksualistów został omówiony w paragrafie drugim ustawy. W sankcji prawnokarnej homoseksualizm został zrównany z przestępstwem bluźnierstwa oraz krzywoprzysięstwa, a więc postawiono go na równi z najcięższymi przewinieniami przewidzianymi przez rzymskie prawo, a jedyną przewidzianą za to karą była śmierć. Postępowanie sądowe wobec osób homoseksualnych, a także wobec tych, którzy wiedzieli o homoseksualistach, ale kryli ich przed wymiarem sprawiedliwości, prowadzić mieli prefektowie miast (*praefecto regiae civitatis*).

W datowanej na 559 roku *novellae: De luxuriantibus contra naturam* (numer 141), która była skierowana do mieszkańców bizantyjskiej stolicy, Justynian orzeka, co następuje:

Nov.141: Cum semper omnes clementia et benignitate dei indigemus, tum maxime nunc, ubi propter multitudinem peccatorum nostrorum multis eum mods iratum reddidimus. Atque minatus est quidem et ostendit, quibus suppliciis secundum peccata nostra digni essemus: tamen celementer egit iramque reiecit paenitentiam nostram expectans, ut qui nolit mortem nostram peccatorum, sed conversionem et vitam. Itaque non par est omnino nos contemnere copias benignitatis et patientiae et indulgentiae clementis dei, ne per durum et a paenitentia alienum cor nostrum ipsi nobis accumulamus iram in die irae, sed omnes quidem improbis studiis et acitionibus abstinere, maxime vero eos qui in abominabili et merito exosa deo actione impia computruerunt: loquimur autem de stupro masculorum, quod multi nefarie committunt mares cum maribus turpitudinem perpetrantes. 1. Scimus enim ex sacris scripturis edocti, quale deus iustum supplicium iis qui Sodomis olim habitaverunt, propter hunc in commixtione furorem intulerit, adeo ut in hunc usque diem regio illa inextincto igni ardeat, cum deus per hoc nos erudiat, ut impiam istam actionem aversemur. Rursum scimus, qualia de his talibus sanctus apostolus dicat, et qualia rei publicae leges praecipiant. Itaque omnes timori dei intenti abstinere debent impia et nefaria actione, quae ne a brutis quidem animalibus invenitur commissa: et qui quidem nullius eiusmodi rei sibi conscii sunt, in futurum quoque tempus sibi caveant, qui autem hoc affectu iam computruerunt, non solum in posterum ab eo desistant, sed etiam meritam paenitentiam agant et deo se submittant, et beatissimo patriarchae morbum dentuntient et senationis rationem accipiant, et secundum id quod scriptum est fructum ferant paenitentiae, ut clemens deus pro copia misericordiae suae nos quoque clementia sua dignetur, et omnes ei gratias agamus pro eorum qui paenitentiam agunt salute: quos nonc quoque magistratus persequi iussimus deum concilians, qui merito nobis irascitur. Et nonc quidem ad sacrorum dierum religionem respicientes benignum deum rogamus, ut qui in tali impae huius actionis coeno volutantur, ita ad paenitendum agantur, u talia rei persequendae occasio nobis non iam praebeat. Denontiamus autem omnibus deinceps qui eiusmodi alicuius peccati sibi conscii sunt, nisi et peccare desierint et se ipsi beatissimo patriarchae deferentes propriae saluti prospererint, pro impiis eiusmodi actionibus deum intra sanctos dies festos placentes, acerbiores sibi poenas arcessituros esse, quippe qui nulla in posterum venia digni sint. Neque enim remittetur neque neglegetur rei inquisitio et emendatio adversus eos qui intra sanctos dies festos se non detulerint, vel etiam in eadem impia ctione perseveraverint: ne per negligentiam hac in re commissam deum contra nos irriteremus, si actionem tam impiam et prohibitam praetermittamus quaeque idonea sit ad bonum deum in omnium perniciem irritandum.

Powołując się na Bożą dobroć i miłosierdzie, cesarz nakazywał powstrzymanie się od grzechu sodomii, używając – w odniesieniu do seksu męsko-męskiego – określenia: *obrzydliwy*. Jednocześnie informuje, iż osoby dopuszczające się grzechu sodomii będą ścigane drogą sądową

i grozi im postępowanie karne, a także pokuta nadana przez odpowiednią – do tego typu „przestępstw” – władzę kościelną.

Novella 141 jest powtórzeniem regulacji prawnokarnych zawartych w novelli 77. Do rozwiązań prawnych zawartych w obu ustawach odniósł się XII wieczny bizantyjski kronikarz - Jan Zonaras w swoim dziele zatytułowanym: *Skrót historii*. Według Zonarasa, Justynian – poprzez penalizację świętokradztwa oraz homoseksualizmu – wprowadził do prawa bizantyjskiego tzw. *kary mutulacyjne*. Były to kary cielesne polegające po pozbawieniu skazańca określonych przez prawodawstwo części ciała, np. oczu, uszu, nosa, kończyn lub genitaliów. Kary mutulacyjne były szeroko rozpowszechnione w średniowieczu, jednakże były znane już w ustawodawstwach cywilizacji starożytnych. Ucięciem ręki karano pierwsze przyłapanie na stosunkach homoseksualnych. Gdy „nieszczęśnika” przyłapano po raz drugi, dokonywano kastracji. Opisując w *Skrócie historii* opisywane wydarzenia Jan Zonaras, odnosząc się do kontaktów homoseksualnych, używa określenia *sacrilegium*, co należy traktować nie tylko jako świętokradztwo, ale również jako swoistą formę kradzieży rzeczy świętych; imponderabiliów (*furum res sacrae*).

Współczesny Justynianowi – historyk i pisarz bizantyjski – Prokopiusz z Cezarei uważał, iż uderzające w homoseksualistów ustawy, były następstwem „dżumy Justyniana”, która wybuchła w Konstantynopolu w 542 roku. Według bizantyjskich kręgów władzy, to właśnie homoseksualizm miał być powodem, dla którego Bóg karał mieszkańców stolicy zarazą. Niewykluczone, że homoseksualiści stali się dla Justyniana wygodnym „kozłem ofiarnym”, dzięki któremu można było odwrócić uwagę niezadowolonego społeczeństwa od wszechobecnej w Bizancjum korupcji i niewydolności cesarskiej administracji w obliczu kataklizmu spowodowanej szalejącą pandemią.

6. Zakończenie

W ustawodawstwie Justyniana homoseksualiści nieustannie porównywani są do bluźnierców, świętokradców, do tych, którzy sprzeniewierzyli się boskim prawom oraz boskiemu porządkowi. Można z tego wywnioskować, iż w cesarstwie bizantyjskim homoseksualizm był przestępstwem religijnym, a wiedząc jak mocno religia i władza cesarska były ze sobą powiązane, możemy przyjąć, iż stosunki homoseksualne traktowano jako przestępstwo wobec państwa i cesarskiego ładu w Bizancjum.

Przez całe swoje życie Justynian był głęboko wierzącym chrześcijaninem, a swoje rządy traktował jako wypełnianie boskiego planu na Ziemi. Wszelkie kataklizmu naturalne, takie jak huragany, powodzie, trzęsienia ziemi, pożary, głód czy zarazy traktował jako kary, które Bóg wymierza ludzkości za „zbrodnię sodomii”. W przeświadczeniu Justyniana, ale i ówczesnych „udobruchanie” Stwórcy mogło nastąpić jedynie poprzez wytepienie homoseksualistów – bluźnierców i świętokradców. Nie jesteśmy w stanie stwierdzić czy tego typu poglądy Justyniana były podyktowane jedynie względami religijnymi i politycznymi, czy miały również swoje odzwierciedlenie w osobistych poglądach władcy na temat osób homoseksualnych. Być może decydowały o tym wszystkie wymienione czynniki: wychowanie, religia, osobiste poglądy, sytuacja polityczna etc, etc.

Bez względu na skrajny wydźwięk antyhomoseksualnych ustaw Justyniana, które kryminalizowały zarówno same stosunki homoseksualne, jak i osoby o skłonnościach homoseksualnych, musimy przyjąć do wiadomości, iż bizantyjskie karanie śmiercią za „zbrodnię” homoseksualizmu stało się podstawą prawa karnego, penalizującego homoseksualizm, na długie stulecia w większości krajów europejskich.

7. Bibliografia

- Amielińczyk K (2015) Prawo karne i polityka w prawie rzymskim: Prawo karne i polityka. Czy rzymscy prawodawcy prowadzili ukierunkowaną polityką karną? ss. 231.
Apokalipsa św. Jana.
Beard M (2019) S.P.Q.R. Historia starożytnego Rzymu, ss. 539.
Bennett J (2017) Trajan. Optimus Princeps. Życie i czasy, ss. 417.
Bojarski W, Dajczak W, Sokala A (2016) Verba iuris – reguły i kazusy prawa rzymskiego, ss. 198.

- Boswell J (2006) Chrześcijaństwo, tolerancja społeczna i homoseksualizm. Geje i lesbijki od początku ery do XIV wieku, ss. 383.
- Bralewski S (2019) Symmachia cesarstwa rzymskiego z Bogiem chrześcijan (IV – VI wiek), t. II, ss. 324.
- Browning R (1977) Justynian i Teodora, ss. 269.
- Cesaretti P (2003) Teodora, s. 335.
- Dębiński A (2006) Rzymskie prawo prywatne, ss. 376.
- Dębiński A (1995) Sacrilegium w prawie rzymskim, ss. 239.
- Dębiński A (1993) Sacrilegium w prawie rzymskim jako kradzież (furum) rzeczy świętych (res sacrae): Roczniki Nauk Prawnych, t. III, s. 1-24.
- Dębiński A (1990) Ustawodawstwo karne cesarzy bizantyjskich w sprawach religijnych, ss. 230.
- Evans J.A (2008) Justynian i Imperium Bizantyjskie, ss. 192.
- Evert – Kappesowa H (1964) Historie Konstantynopolińska, ss. 199.
- Gajda E (2006) Justyniańskie źródła prawne i pozaprawne w papirusach i inskrypcjach VI – VII wieku oraz w apokryfach według źródeł VI – XVI wieku, ss. 273.
- Gibbon E (2007) Zmierzch cesarstwa rzymskiego, t. II, ss. 584.
- Gregory T.E (2008) Historia Bizancjum, ss. 404.
- Haldon J (2019) Wojny Bizancjum. Strategia, kampania, taktyka, ss. 256.
- Holland R (2019) Oktawian August. Ojciec Chrzestny Europy, ss. 331.
- Jurewicz O (2007) Historia literatury bizantyjskiej, ss. 320.
- Krawczuk A (2019) Neron, wyd. Czytelnik, ss. 375.
- Krawczuk A (1996) Portret cesarzy bizantyjskich, ss. 1018.
- Krawczuk A (2010) Poczet cesarzy rzymskich, ss. 1022.
- Litewski W (1996) Rzymskie prawo prywatne, ss. 471.
- Martin Th.R (2019) Starożytny Rzym. Od Romulusa do Justyniana, ss. 330.
- Misztal – Konecka J (2010) Ograniczenie wolności seksualnej w starożytnym Rzymie. Uwagi na gruncie kazirodztwa, bigamii i pederastii: Idea wolności w ujęciu historycznym i prawnym, ss. 538.
- Ostrogorski G (2008) Dzieje Bizancjum, ss. 626.
- Pędracki M (1997) Przepisy prawne „najstarszych” kodeksów mezopotamskich ustanowionej kary dla ludzi wolnych: Studia i Materiały z Dziejów Nauki, s. 7-41.
- Plutarch z Cheronei (1956) Marcellus: Żywoty sławnych mężów, ss. 769.
- Prokopiusz z Cezarei Historia wojen, t. II, ss. 454.
- Prokopiusz z Cezarei, Wojna Perska, ss. 223.
- Schieff S (2019) Czarownice z Salem, ss. 524
- Seksuologia. Zarys encyklopedyczny, pod red. K. Imielińskiego, PWN, Warszawa 1985, ss. 462.
- Seneka Starszy, Pisma filozoficzne, t. II, ss. 549;
- Sitek B (2003) Infamia w ustawodawstwie cesarzy rzymskich, ss. 336.
- Sokala A (1992) Lenocinium w prawie rzymskim, ss. 92.
- Sokala A (1998) Meretrix i jej pozycja w prawie rzymskim, ss. 162.
- Swetoniusz, Żywoty Cezarów, ss. 391;
- Sylwestrzak A (2003) Historia doktryn politycznych i prawnych, ss. 484.
- Winniczuk L (2012) Ludzie, zwyczaje i obyczaje starożytnej Grecji i Rzymu, ss. 648.
- Wolińska T (2003) Justynian Wielki, ss. 100.
- Ziółkowski A (2009) Historia powszechna. Starożytność, ss. 1095.

14. Outsourcing kontraktowy i outsourcing kapitałowy w świetle wyników badań

Contract Outsourcing and Capital Outsourcing in light of the research results

Norbert Kawęcki

Katedra Kapitału Intelktualnego i Jakości, Wydział Ekonomiczny, Uniwersytet Marii Curie Skłodowskiej, Lublin

Opiekun Naukowy: prof. dr hab. Elżbieta Skrzypek

Norbert Kawęcki : norbert.kawęcki@googlemail.com

Słowa kluczowe: Outsourcing, Outsourcing kapitałowy, Outsourcing kontraktowy

Streszczenie

Celem artykułu jest przedstawienie outsourcingu kontraktowego i outsourcingu kapitałowego z uwzględnieniem różnic.

Metody badawcze opierają się na przeglądzie i analizie publikacji autorów zagranicznych i polskich oraz dostępnych raportów i informacji. Celem artykułu jest wskazanie głównych cech jak również zalet stosowania outsourcingu kapitałowego i kontraktowego oraz analiza dostępnych źródeł internetowych, której celem ma być wskazanie przyczyn podejmowania decyzji outsourcingowych. W outsourcingu kapitałowym firmy są narażone na niepewność cenową, natomiast w outsourcingu kontraktowym cena jest ustalona z góry. Podpisywanie umowy długoterminowej może zabezpieczyć przed niepewnością ceny wyjściowej. Według raportu z 2006 roku Global Outsourcing 100 International Association of Outsourcing Professionals (IAOP), dochody wśród najlepszych firm outsourcingowych wzrosły o prawie 20 proc. do ponad 170 miliardów dolarów. Przeciętna wartość ze sprzedaży firm outsourcingowych z listy 100 najlepszych to 1 miliard dolarów dolarów. Zatrudnienie w tych firmach wzrosło przeciętnie o 13 proc. w porównaniu do ubiegłych lat i przeciętnie wynosi 13688 pracowników. Produktywność w tych firmach wzrosła przeciętnie o 83 tys. dolarów na jednego pracownika.

1. Wstęp

Słowo outsourcing zostało zaczerpnięte z języka angielskiego i pochodzi od złożenia wyrażenia outside-resource-using. Oznacza to wykorzystanie zasobów zewnętrznych. Według Trockiego outsourcing definiowany jest jako „przedsięwzięcie, polegające na wydzieleniu ze struktury organizacyjnej przedsiębiorstwa macierzystego realizowanych przez nie funkcji i przekazanie ich do realizacji innym podmiotom gospodarczym” (Trocki 2001). Pojęcie outsourcingu pojawiło się w latach 80., natomiast do teorii zarządzania weszło na stałe w latach 90. Miało za zadanie oddzielić funkcje podstawowe od funkcji pomocniczych, celem koncentracji przedsiębiorstwa na kluczowych zadaniach. W wyniku tego, pozostałe działania firmy były zlecane na zewnątrz innym profesjonalnym przedstawicielom, głównie też w celu redukcji kosztów.

Ze względu na zakres wydzielenia można wyróżnić outsourcing kapitałowy oraz outsourcing kontraktowy. Według Trockiego, outsourcing kapitałowy polega na „zamianie (w wyniku wydzielenia) podporządkowania i oddziaływania organizacyjnego na podporządkowanie kapitałowe i oddziaływanie właścicielskie” (Trocki 2011).

Trocki w swojej pracy przedstawia cele outsourcingu kontraktowego w przedsiębiorstwie macierzystym (Tab. 1).

Zastosowanie struktur kontraktowych w działalności gospodarczej przynosi wiele korzyści (Tab. 2).

Outsourcing kontraktowy polega na zamianie (w wyniku wydzielenia) podporządkowania i oddziaływania organizacyjnego na podporządkowywanie i oddziaływanie kontraktowe” (Trocki 2011).

Tab. 1. Cele outsourcingu kontraktowego (Trocki 2001).

Grupa celów	Cele przedsiębiorstwa macierzystego
Strategiczne	<ul style="list-style-type: none"> • Koncentracja na problemach strategicznych • Zwiększenie swobody strategicznej działalności • Zwiększenie skuteczności i efektywności działania • Zwiększenie elastyczności działania • Dostęp do zewnętrznego know-how • Rozszerzenie zakresu oddziaływania strategicznego
Rynkowe	<ul style="list-style-type: none"> • Poprawa pozycji konkurencyjnej w zakresie prowadzonej działalności • Zwiększenie skali działalności na skutek wykorzystania uwolnionego potencjału • Konkurencja działalności
Ekonomiczne	<ul style="list-style-type: none"> • Redukcja kosztów i poprawa ich struktury • Poprawa wyników ekonomicznych • Ograniczenie ryzyka ekonomicznego
Organizacyjne	<ul style="list-style-type: none"> • Redukcja struktury organizacyjnej • Uproszczenie struktur i procedur ekonomicznych
Operacyjne	<ul style="list-style-type: none"> • Redukcja problemów operacyjnych • Podniesienie jakości realizacji procesów operacyjnych
Motywacyjne	<ul style="list-style-type: none"> • Porównanie własnych wyników z wynikami podmiotów zewnętrznych • Obiektywizacja wyników ekonomicznych • Zastosowanie myślenia i działania ekonomicznego

Tab. 2. Korzyści zastosowania struktur kontraktowych działalności gospodarczej (Domberger 1998).

Rodzaj korzyści	Określenie	Oszacowanie korzyści
Specjalizacja	Koncentracja na działalności, w zakresie której przedsiębiorstwo ma wyróżniające go umiejętności.	Specjalizacja wiąże się z konkretnymi ekonomicznymi korzyściami. W przypadku koncentracji na działalności, w zakresie której przedsiębiorstwo jest wysoce efektywne, łączna wartość dodana jest maksymalizowana. Jest to wynikiem ekonomii skali.
Dyscyplina rynkowa	Identyfikacja warunków, w których zleceniodawca jest niezależny od wykonawcy i może współpracować z nim na podstawie kontraktu.	Dyscyplina rynkowa dostarcza wielu korzyści i umożliwia koncentrację działalności na wielkościach wyjściowych (produktach), a nie na wielkościach wejściowych (dobrach zaopatrzeniowych), wymusza konkurencję pomiędzy dostawcami usług, umożliwia wybór dostawców usług, wprowadza innowacyjne metody pracy.
Elastyczność	Zdolność do dostosowania skali i zakresu działalności do warunków otoczenia.	Sieć małych przedsiębiorstw powiązanych z ich klientami na podstawie kontraktów może dostosować się szybciej i przy niższych kosztach do zmiennych wymagań w stosunku do dużych zintegrowanych organizacyjnie przedsiębiorstw.
Oszczędność kosztów	Niższe koszty wykorzystania zasobów dostawców usług w stosunku do kosztów realizacji działalności własnymi siłami.	Badania międzynarodowe wykazują istotne oszczędności kosztów (przeciętnie o 20%) osiągnięte w wyniku współdziałania kontraktowego bez obniżki jakości.

Tab. 3. Cele outsourcingu kapitałowego (Trocki 2001).

Grupa celów	Cele przedsiębiorstwa macierzystego	Cele spółki-córki przejmującej wydzielaną działalność
Strategiczne	<ul style="list-style-type: none"> • Koncentracja na problemach strategicznych • Zwiększenie swobody strategicznej działalności • Zwiększenie skuteczności i efektywności działania • Zwiększenie elastyczności struktur, szybkości ich dostosowania do wymagań rynku 	<ul style="list-style-type: none"> • Zwiększenie swobody i możliwości kształtowania własnego rozwoju • Dostęp do zewnętrznego know-how poprzez nowych inwestorów
Rynkowe	<ul style="list-style-type: none"> • Poprawa pozycji konkurencyjnej • Koncentracja działalności przedsiębiorstwa macierzystego i dywersyfikacja działalności w ramach grupy 	<ul style="list-style-type: none"> • Zwiększenie skali działalności • Poprawa pozycji konkurencyjnej
Ekonomiczne	<ul style="list-style-type: none"> • Obniżenie kosztów działalności • Poprawa wyników ekonomicznych działalności • Ograniczenie ryzyka ekonomicznego 	<ul style="list-style-type: none"> • Pozyskanie nowych źródeł przychodów • Łatwiejszy dostęp do kapitału • Podniesienie efektywności ekonomicznej działalności
Organizacyjne	<ul style="list-style-type: none"> • Redukcja struktury organizacyjnej • Uproszczenie struktur i procedur organizacyjnych 	<ul style="list-style-type: none"> • Lepsze dostosowanie struktury organizacyjnej do specyfiki prowadzonej działalności • Realizacja struktur i procedur organizacyjnych
Operacyjne	<ul style="list-style-type: none"> • Ograniczenie problemów operacyjnych 	<ul style="list-style-type: none"> • Lepsze wykorzystanie potencjału operacyjnego
Motywacyjne	<ul style="list-style-type: none"> • Uruchomienie wewnętrznej konkurencji • Obiektywizacja oceny wyników jednostek, różnicowanie systemów operacyjnych • Rozwój przedsiębiorczości 	<ul style="list-style-type: none"> • Obiektywizacja wyników ekonomicznych • Wyzwolenie działania i myślenia ekonomicznego oraz przedsiębiorczości • Powiązania wynagrodzeń z wynikami ekonomicznymi • Silniejsza motywacja

Jeśli chodzi o zalety stosowania outsourcingu kapitałowego to należy wyróżnić (https://mfiles.pl/pl/index.php/Outsourcing_kapita%C5%82owy):

- unikanie zwolnień pracowników przez zatrudnienie ich w nowo powstałej jednostce,
- łatwiejszy nadzór wykonywania zadań w zakresie wydzielonej funkcji związany z korzystną dla firmy macierzystej strukturą udziałów własnościowych,
- zapewnienie większej precyzji w planowaniu strategicznym działalności przez przedsiębiorstwo macierzyste,

- ścisła współpraca w zakresie kształtowania i utrzymania odpowiedniego wizerunku rynkowego obu podmiotów,
- znaczny wpływ na poziom cen oferowanych usług,
- udział firmy macierzystej w dochodach nowego podmiotu dzięki pozyskaniu przez niego nowych zewnętrznych zleceniodawców.

Wśród głównych przyczyn tworzenia struktur kapitałowych działalności gospodarczej należy wskazać (Gomez 1992):

- Wykorzystanie kluczowych kompetencji
- Ograniczenie ryzyka niewykorzystania potencjału
- Wykorzystanie efektu skali
- Wykorzystanie efektów różnorodności
- Optymalizacja łącznego wyniku
- Przydzielenie odpowiedzialności jednostkom składowym.

2. Materiały i metody

Do pokazania skali stosowania outsourcingu kontraktowego i kapitałowego użyto dostępnych informacji merytorycznych i empirycznych ze źródeł pochodzących z globalnych portali i raportów światowych. Poniżej charakterystyka tych materiałów:

- Business Insider – Amerykański portal finansowo-biznesowy założony w 2007 roku, który ma 14 wydań krajowych i międzynarodowych
- Clutch – przewodnik oparty na danych zakupowych w biznesie. Zajmuje się przeprowadzaniem ankiet z prawdziwymi klientami zbierając dane empiryczne
- CreditDonkey – witryna poświęcona finansom osobistym. Publikuje recenzje, oferty i wskazówki.
- Deloitte – brytyjska międzynarodowa sieć profesjonalnych usług w siedzibą w Londynie. Przeprowadza globalne ankietę także w dziedzinie outsourcingu światowego
- Entrepreneur Europe – publikuje oryginalne artykuły przedsiębiorców na temat zakładania i prowadzenia firmy w Europie lub w kraju ich pochodzenia, a także inne interesujące tematy dotyczące outsourcingu
- Gallup – globalna firma analityczna i doradcza, która pozwala liderom i organizacjom rozwiązać ich najpilniejsze problemy
- Gartner – wiodąca firma badawczo-rozwojowa
- A.T. Kearney – wiodąca globalna firma konsultingowa w zakresie zarządzania operująca w 40 krajach
- KPMG- angielsko-holenderska międzynarodowa sieć profesjonalnych usług
- NeilPatel – przewodnik dla przedsiębiorców dotyczących outsourcingu pracy bez utraty jakości
- Statista – niemiecka firma specjalizująca się w danych rynkowych i konsumenckich
- The Balance – udziela praktycznych, jasnych zasad dotyczących zarządzania finansami
- TimeDoctor -narzędzie do śledzenia czasu i produktywności

3. Wyniki

Na podstawie światowych raportów (Statista Research Department 2020) dotyczących stosowania outsourcingu kapitałowego i kontraktowego wyodrębniono następujące dane empiryczne i statystyczne:

- W roku 2019 światowy rynek outsourcingu był warty 92,5 miliard dolarów amerykańskich
- Głównymi przyczynami dla wprowadzenia outsourcingu (59%) są cięcia kosztów oraz oszczędności
- 14,3 miliona to liczba pracowników zatrudnionych w zagranicznych oddziałach USA w 2015 roku

- W 2017 roku aż 84,2% umów outsourcingowych pochodziło ze Stanów Zjednoczonych.
- Według statystyk outsourcing IT to 60% zleczanych prac
- Indie to największy na świecie kraj pod względem outsourcingu procesów biznesowych (BPO).
- Około 300 000 miejsc pracy jest zleczanych rocznie przez Stany Zjednoczone.
- Po kryzysie gospodarczym w 2008 roku, 86% ankietowanych stwierdziło, że outsourcing miał negatywny wpływ na gospodarkę.
- 23% firm twierdzi, że kwestie cyberbezpieczeństwa są głównym powodem rezygnacji z outsourcingu usług.
- Około 37% małych firm korzysta z outsourcingu do obsługi przynajmniej jednego z procesów biznesowych.

Tab. 4. Dane i statystyka w outsourcingu kontraktowym i kapitałowym (<https://capitalcounselor.com/outsourcing-statistics/>, 03.12.2020).

Fakty i statystyki dotyczące outsourcingu kapitałowego i kontraktowego	Opis	Źródło
Coraz więcej firm decyduje się na „przełomowe rozwiązania” - czyli chmurę i RPA.	93% firm na świecie rozważa wdrożenie różnych rozwiązań chmurowych, a 72% rozważa wprowadzenie zrobotyzowanej automatyzacji procesów (w skrócie RPA). Nie oznacza to jednak końca outsourcingu, a jedynie to, że nowe, wyłaniające się trendy przejmują tradycyjny outsourcing.	Deloitte
Około 300 000 miejsc pracy jest zleczanych rocznie przez Stany Zjednoczone	Jeśli chodzi o Stany Zjednoczone, statystyki dotyczące outsourcingu wskazują, że duża liczba miejsc pracy jest oddawana za granicę, pozostawiając ciężko pracujących Amerykanów bez zatrudnienia.	Entrepreneur
Ponad 80% liderów logistyki stwierdziło, że nie jest już kwestią tego, czy zlecić outsourcing, ale ile	Według firmy Gartner 85% światowych liderów logistyki spodziewa się wzrostu budżetów outsourcingu w roku 2020 Ponadto stwierdzili, że outsourcing to nie tylko „główny nurt”, ale raczej konieczność na dzisiejszym rynku	Gartner
Głównym powodem outsourcingu (59%) jest oszczędność pieniędzy i cięcie kosztów	Zgodnie z wykresami statystyk dotyczących outsourcingu Deloitte, drugim najważniejszym powodem jest skupienie się na podstawowych funkcjach biznesowych (57%). Ponadto rozwiązywanie problemów związanych z wydajnością biznesową zajmuje trzecie miejsce (47%).	Deloitte
14,3 miliona to liczba pracowników zatrudnionych w zagranicznych oddziałach USA w 2015 roku	Firmy zatrudniały pracowników z różnych sektorów, od technologii i call center po zasoby ludzkie i produkcję.	The Balance

Fakty i statystyki dotyczące outsourcingu kapitałowego i kontraktowego	Opis	Źródło
Jeśli chodzi o liczbę miejsc pracy utraconych w wyniku outsourcingu, statystyki pokazują zniechęcającą liczbę - 5,9 miliona	5,9 miliona bezrobotnych Amerykanów jest z powodu outsourcingu zagranicznego. Ponadto 4,3 miliona pracowników zatrudnionych w niepełnym wymiarze godzin mogłoby również zostać zatrudnionych na pełny etat, gdyby nie outsourcing zagraniczny	The Balance
Indie są największym na świecie krajem pod względem outsourcingu procesów biznesowych (BPO)	Raporty wskazują, że offshoring do Indii jest wykorzystywany głównie do usług finansowo-księgowych, a także do obsługi klienta	Kearney
Statystyki outsourcingu w USA z 2017 roku pokazują, że aż 84,2% transakcji outsourcingu pochodziło ze Stanów Zjednoczonych	Wielka Brytania podąży za tym przykładem z zaledwie 5,2% transakcji outsourcingu. Hiszpania i Australia skutecznie zamykając pierwszą czwórkę pod względem outsourcingu miejsc pracy utworzonych dla reszty świata	KPMG
78% firm utrzymywało dobre relacje ze swoimi partnerami outsourcingowymi	Amerykańskie statystyki outsourcingu z 2019 roku sugerują, że utrzymanie dobrych relacji z partnerami outsourcingowymi jest kluczem do sukcesu (dla obu zaangażowanych firm). I odwrotnie, jeśli te dwie firmy są niezgodne, może to negatywnie wpłynąć na wykonywaną pracę	Deloitte
Zaledwie 30% firm IT w USA, które próbowały outsourcingu, twierdziło, że pomogło im to obniżyć koszty	Kolejne 55% twierdzi, że częściowo udało im się obniżyć koszty, podczas gdy 15% twierdzi, że miało to niewielki lub żaden wpływ na koszty ogólne, jak wskazują najnowsze statystyki outsourcingu.	CreditDonkey
W 58% przypadków innowacje posłużyły do podniesienia jakości outsourcingu	Innowacje outsourcingowe posłużyły również do obniżenia ceny dostawy (44% przypadków); poprawę doświadczenia użytkownika (38%); zwiększenie przychodów klientów (31%)	Deloitte
Po kryzysie gospodarczym 2008 roku 86% ankietowanych stwierdziło, że outsourcing miał negatywny wpływ na gospodarkę	Wygląda na to, że ogół społeczeństwa w USA nie patrzy tak przychylnie na usługi outsourcingu, jak ujawniają statystyki dotyczące outsourcingu.	CreditDonkey
36% pracowników w Stanach Zjednoczonych jest częścią tzw. "gig economy"	Gig Economy tworzą freelancerzy i osoby, które zawierają krótkoterminowe kontrakty w zamian za zapłatę, co obejmuje również freelancerów działających w sektorze outsourcingu. Statystyki freelancerów pokazują, że są bardzo zadowoleni z dochodów	Gallup

Fakty i statystyki dotyczące outsourcingu kapitałowego i kontraktowego	Opis	Źródło
W 2019 roku światowy rynek outsourcingu był wart 92,5 miliarda dolarów	Jest to znacznie więcej niż liczba z 2016 roku, która wynosiła zaledwie 76,9 miliarda dolarów, a jeśli spojrzymy na obecne trendy, liczba ta najprawdopodobniej wzrośnie również w 2020 roku.	Statista
66,5 miliarda dolarów to globalny przychód z outsourcingu IT w 2019 roku	Według statystyk outsourcingu z 2019 roku, w tym samym roku BPO (outsourcing procesów biznesowych) wygenerował kolejne 26 miliardów dolarów globalnych przychodów.	Statista
23% firm twierdzi, że kwestie cyberbezpieczeństwa są głównym powodem rezygnacji z outsourcingu usług	Według ankiety dotyczącej outsourcingu przeprowadzonej przez Deloitte w 2016 r., zaledwie 39% firm ma wdrożone protokoły bezpieczeństwa, podczas gdy kolejne 8% oczekuje, że ich partner outsourcingowy wykona wszystkie ciężkie prace.	Deloitte
3 z 4 firm nie są nawet świadome zakresu danych, które udostępniają swoim partnerom outsourcingowym	Cyberbezpieczeństwo jest ogólnym powodem do niepokoju, zwłaszcza biorąc pod uwagę, że tak niewielka liczba firm stosuje odpowiednie środki bezpieczeństwa	Kearney
Większe firmy są o 66% bardziej skłonne do outsourcingu niż małe firmy (tylko 29% z nich korzysta z outsourcingu)	Mniejsze firmy (poniżej 50 pracowników) nie mają środków finansowych na inwestycje w usługi outsourcingowe, w przeciwieństwie do większych firm, które dysponują większymi zasobami finansowymi	Time Doctor
Około 37% małych firm korzysta z outsourcingu do obsługi co najmniej jednego procesu biznesowego, jak wskazują najnowsze statystyki dotyczące offshoringu	Może to być wszystko, od operacji IT i HR po obsługę klienta i ochronę danych. Na przykład księgowość stanowi 37% wszystkich zleconych miejsc pracy, podczas gdy marketing cyfrowy i internetowy - kolejne 34%.	Clutch
24% małych firm korzysta z usług outsourcingu, aby zwiększyć efektywność swojej działalności	Kolejne 18% robi to, aby uzyskać pomoc ekspertów; 16% robi to, aby być bardziej elastycznym; wreszcie, według statystyk dotyczących outsourcingu, 15% robi to w celu ograniczenia i usprawnienia przepływu pracy	Clutch
Trzy główne sposoby, w jakie outsourcing może pomóc małym firmom, to generowanie zysków, zwiększanie przychodów i poprawa	Zasadniczo pięć największych wyzwań, przed którymi stają małe firmy, to zatrudnianie nowych pracowników (50%), zwiększanie zysków (46%), opieka zdrowotna pracowników (44%), rosnące przychody (39%) i zarządzanie przepływami pieniężnymi (34%).	Neil Patel

Fakty i statystyki dotyczące outsourcingu kapitałowego i kontraktowego	Opis	Źródło
przepływu środków pieniężnych	Ogólnie rzecz biorąc, outsourcing eliminuje potrzebę zatrudniania pracowników i kupowania opieki zdrowotnej dla pracowników.	
60% zleczanych prac jest związanych z branżą IT	Posiadanie własnego działu IT oznacza wydawanie większych pieniędzy na koszty rekrutacji, szkolenia, drogie oprogramowanie, sprzęt i tym podobne. Dlatego nic dziwnego, że tak wiele firm zleca je innym firmom. Do najczęściej zleczanych na zewnątrz funkcji informatycznych należą obsługa klienta, administracja bazami danych, tworzenie aplikacji mobilnych, operacje w centrum danych.	TimeDoctor
Według statystyk outsourcingu HR, kolejne 47% firm korzysta z outsourcingu usług i operacji związanych z HR	32% planuje zwiększyć całkowity wolumen outsourcingu	Deloitte
Jeśli chodzi o obsługę prawną, 63% firm w USA korzysta z outsourcingu tego działu	Usługi prawne najczęściej nie mają nic wspólnego z podstawowymi procesami biznesowymi - stąd tak wiele firm zleca te usługi wykwalifikowanym ekspertom	Deloitte
Popularnym celem outsourcingu było również zarządzanie nieruchomościami i finansami - 60% firm je zleca	Niewiele firm ma z tym do czynienia na co dzień, ani nie są ekspertami w tej dziedzinie, co sprawia, że outsourcing jest najbardziej oczywistym wyborem.	Deloitte

4. Dyskusja i wnioski

- Rosnący trend outsourcingu na świecie w różnych branżach powoduje jednocześnie wzrost wykorzystania outsourcingu kapitałowego i kontraktowego jako narzędzia wykorzystywanego przez firmy
- Wzrost wydziałania funkcji podstawowych i wydziałanie określonych funkcji na zewnątrz jest trendem rosnącym w outsourcingu kontraktowym
- Wzrasta możliwość wybierania zleceniobiorcy dla outsourcingu kontraktowego i kapitałowego, co zapewnia najlepszy stosunek ceny do jakości
- Firmy używają outsourcingu kapitałowego i kontraktowego w celu uzyskania dostępu do profesjonalnej wiedzy oraz najnowszych technologii
- Outsourcing kapitałowy i kontraktowy zwiększa elastyczność w firmie
- Outsourcing kapitałowy i kontraktowy daje okazję pozyskania doświadczonego partnera biznesowego, który może wypracować dla firmy odpowiednią strategię logistyczną.

5. Literatura

- Trocki M (2001) Outsourcing. Metoda restrukturyzacji działalności gospodarczej, PWE Warszawa: 9-179.
- Domberger S (1998) The Contracting Organization. A Strategic Guide to Outsourcing, Oxford University Press, Oxford: 51.
- Gomez P (1992) Neue Trends in Konzernorganisation, ZfO, 3: 166-172.
- https://mfiles.pl/pl/index.php/Outsourcing_kapita%C5%82owy [dostęp 02.12.2020].
- <https://markets.businessinsider.com/news/stocks/the-5-best-countries-to-outsourcing-to-in-2019-plus-the-top-14-outsourcing-companies-data-entry-agencies-1028079868> [dostęp 03.12.2020].
- <https://capitalcounselor.com/outsourcing-statistics/> [dostęp 03.12.2020].
- <https://clutch.co/bpo/virtual-assistants/resources/small-business-outsourcing-statistics> [dostęp 03.12.2020].
- <https://www.creditdonkey.com/outsourcing-statistics.html> [dostęp 03.12.2020].
- <https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/nl/Documents/operations/deloitte-nl-s&o-global-outsourcing-survey.pdf> [dostęp 03.12.2020].
- <https://www2.deloitte.com/us/en/pages/operations/articles/global-outsourcing-survey.html> [dostęp 03.12.2020].
- <https://www.entrepreneur.com/article/305139> [dostęp 03.12.2020].
- <https://www.gallup.com/workplace/240929/workplace-leaders-learn-real-gig-economy.aspx> [dostęp 03.12.2020].
- <https://www.gartner.com/en/newsroom/press-releases/2019-12-12-gartner-says-85--of-logistics-leaders-expect-their-ou> [dostęp 03.12.2020].
- <https://www. Kearney.com/documents/20152/793366/The+Widening+Impact+of+Automation.pdf/42b06cf4-e5f9-d8ec-a30c-a82dd26d4953> [dostęp 03.12.2020].
- <https://assets.kpmg/content/dam/kpmg/in/pdf/2018/05/KPMG-Deal-Tracker-2017.pdf> [dostęp 03.12.2020].
- <https://neilpatel.com/blog/outsource-work/> [dostęp 03.12.2020].
- <https://www.reliableplant.com/Read/1716/68-of-us-consumer-products-companies-use-outsourcing> [dostęp 03.12.2020].
- <https://www.statista.com/statistics/189788/global-outsourcing-market-size/> [dostęp 03.12.2020].
- <https://www.statista.com/statistics/189800/global-outsourcing-industry-revenue-by-service-type/> [dostęp 03.12.2020].
- <https://www.thebalance.com/how-outsourcing-jobs-affects-the-u-s-economy-3306279> [dostęp 03.12.2020].
- <https://biz30.timedoctor.com/outsourcing-statistics/> [dostęp 03.12.2020].