

Nr 1 / 2019
Czasopismo naukowe

**Wydział Prawa i Administracji
Uniwersytetu Warmińsko-Mazurskiego
w Olsztynie**

K

P

P

**Kortowski
Przegląd
Prawniczy**

REDAKCJA

Redaktor Naczelny: Dr Magda Dziembowska
Zastępca Redaktora Naczelnego: Dr Adrianna Szczechowicz
Zastępca Redaktora Naczelnego: Dr Agata Opalska - Kasprzak
Redaktor Techniczny: Mgr Łukasz Cichowicz
Członek Redakcji: Mgr Natalia Kulbacka-Burakiewicz
Członek Redakcji: Mgr Karolina Rzeczkowska
Członek Redakcji: Mgr Katarzyna Ćwik
Członek Redakcji: Elżbieta Roszkowska

ADRES REDAKCJI

ul. Oczapowskiego 12B
10-719 Olsztyn
[www. uwm.edu.pl/kpp](http://www.uwm.edu.pl/kpp)
adres e-mail: kpp.uwmwpia@gmail.com

RADA NAUKOWA

prof. zw. dr hab. Jerzy Kasprzak,
dr hab. Mariola Lemonnier, prof.UWM,
dr hab. Wiesław Pływaczewski, prof. UWM,
dr hab. Maria Szczepaniec, prof. UKSW,
dr Сергій Банах,
dr hab. Сергій Гречанюк,
dr Оксана Коваль,
dr Norbert Malec,
prof. Josef Čentěš,
prof. Edward Burda,
PhDr. Anna Schneiderová
JUDr. Kamila Bubelová, Ph.D.

PROJEKT OKŁADKI

Redakcja

SKŁAD I ŁAMANTE

Elżbieta Roszkowska

ISSN 2300-4673

OLSZTYN 2019

Spis treści

Mysł prawnicza

Karol Jędrzejczyk

Problematyka wypowiedzenia umowy w prawie międzynarodowym na przykładzie wystąpienia Wielkiej Brytanii ze struktur Unii Europejskiej. Formalno-prawne aspekty Brexitu1

Patryk Jarosz

Bio i ekoterroryzm jako elementy wojny hybrydowej.....9

Paweł Rojczyk

Sytuacja prawna pacjenta psychiatrycznego, część 1.....18

Agnieszka Tomczewska

Problematyka uprowadzeń rodzicielskich w państwach członkowskich UE – ewolucja decyzji nakazującej powrót dziecka, z uwzględnieniem zmian dokonanych na podstawie nowelizacji rozporządzenia Bruksela IIa25

Jacek Koziół

Cesja wierzytelności na gruncie podatku od czynności cywilnoprawnych raz podatku od towarów i usług w świetle orzecznictwa trybunału sprawiedliwości Unii Europejskiej, sądów administracyjnych oraz interpretacji indywidualnych.....34

Krzysztof Kamiński

Upoważnienie do spowiadania według Kodeksu Prawa Kanonicznego z 1983 roku.....48

Katarzyna Kowalska

Wykonawca testamentu jako gwarant realizacji ostatniej woli spadkodawcy.....54

Stanisław Kruminis-Łozowski

Dowody nielegalne na gruncie postępowania karnego.....63

Porada prawna

Karolina Szczecińska- Przybulek

Porada prawna dotycząca odmowy wypłaty zasiłku macierzyńskiego.....69

Informacje o autorach.....72

Karol Jędrzejczyk

PROBLEMATYKA WYPOWIEDZENIA UMOWY W PRAWIE MIĘDZYNARODOWYM NA PRZYKŁADZIE WYSTĄPIENIA WIELKIEJ BRYTANII ZE STRUKTUR UNII EUROPEJSKIEJ. FORMALNO-PRAWNE ASPEKTY BREXITU.

I. Wstęp.

Przedmiotem niniejszego opracowania jest niezwykle istotne zagadnienie współpracy prawnomiędzynarodowej państw ze szczególnym uwzględnieniem ich działalności w ramach organizacji międzynarodowych. Z uwagi na obecne uwarunkowania polityczno-prawne, najlepszym przykładem w opinii autora jest przybliżenie zarówno materialnych, jak i formalnych zasad współpracy państw oraz organizacji międzynarodowych w kontekście działalności Unii Europejskiej oraz procedury wystąpienia Wielkiej Brytanii z jej struktur. Analizie poddane zostaną formalne podstawy współpracy w postaci umów międzynarodowych oraz materialne źródła prawa wpływające na kształt zawiązywanych porozumień oraz bieżąca polityka państwa jako konsekwencja realizacji partykularnych celów społeczno-gospodarczych.

Celem artykułu jest również omówienie siatki pojęciowej związanej ze współpracą międzynarodową państw oraz proceduralnych aspektów zawiązywania się oraz wypowiedzania stosunku zobowiązaniowego w przestrzeni prawnomiędzynarodowej.

II. Umowa w prawie międzynarodowym oraz proces jej zawierania.

Sam termin „umowa” w obrocie powszechnym odpowiada przede wszystkim swego rodzaju porozumieniu dwóch lub większej ilości podmiotów w tym samym przedmiocie, które rodzi wzajemne ich prawa oraz obowiązki.¹ Jest to definicja zgodna z tym, o czym stanowią normy prawa cywilnego, zawarte przede wszystkim w przepisach prawa zobowiązań. Taki sposób definiowania stosunków w otaczającej nas rzeczywistości stanowi niewątpliwie punkt wyjścia dla tematyki niniejszego opracowania. Istotniejsze jednak znaczenie będzie miało przełożenie pojęcia „umowy” na przestrzeń prawnomiędzynarodową.

Współcześnie, na podstawie Art. 38 Statutu MTS, stosunki zobowiązaniowe pomiędzy podmiotami prawa międzynarodowego regulowane są przede wszystkim za pomocą „umowy międzynarodowej”, która obok zwyczaju międzynarodowego jest jednym z dwóch niekwestionowanych źródeł prawa międzynarodowego.² Uznaje się za nią zgodne oświadczenia dwóch lub większej ilości podmiotów prawa międzynarodowego, które wywołują skutki w prawie międzynarodowym.³

Źródła prawa międzynarodowego wskazane powyżej mają charakter elementarny przede wszystkim od strony formalnej. Szczególną uwagę w niniejszym wstępie, należy jednak zwrócić na materialne aspekty powstawania prawa międzynarodowego w postaci umów międzynarodowych. Jest to zespół określonych czynników prawnomiędzynarodowych w postaci współpracy, współzawodnictwa czy współuczestnictwa państw w przestrzeni prawnomiędzynarodowej, które były przyczyną, a które doprowadziły *stricte* do powstania skodyfikowanych norm prawa międzynarodowego. Jest to oczywiście ściśle związane z prowadzeniem polityki tychże państw na arenie międzynarodowej, a więc stosunków które często mogą wykraczać poza rozwiązania ściśle prawnicze.⁴

¹ Z. Radwański, Prawo cywilne – część ogólna, Warszawa 2007 r.

² Dz.U.1947.23.90 - Statut Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości.

³ J. Białocerkiewicz, Prawo międzynarodowe publiczne. Zarys wykładu, Olsztyn 2005 r.

⁴ W. Góralczyk, Prawo międzynarodowe publiczne w zarysie, Warszawa 2015 r.

To właśnie aspekty materialne, wynikające z relacji podmiotów prawa międzynarodowego, stanowią punkt wyjścia dla rokowań, które są pierwszym etapem tworzenia prawa formalnego w postaci umowy międzynarodowej. W trakcie negocjacji strony uzgadniają treść norm prawa międzynarodowego oraz redagują je tak, aby bezsprzecznie stanowiły źródło wzajemnych praw oraz obowiązków w postaci umowy międzynarodowej.

Wyżej opisane działania państw stanowią podstawową, a jednocześnie najważniejszą aktywność w celu stworzenia relacji normatywnej w przestrzeni prawnomiędzynarodowej. Samo paraflowanie, które służy ustaleniu prawdziwości oraz autentyczności treści umowy, podpisanie, a więc fizyczna czynność dokonywana przez upoważnionego do zawarcia umowy pełnomocnika, a także ratyfikacja, jako ostateczne zatwierdzenie umowy przez kompetentny organ państwowy, mają jedynie charakter formalny i służą urzeczywistnieniu zgodnej woli państw wyrażonej w procesie tworzenia treści aktu normatywnego.⁵

III. Historia Wielkiej Brytanii w strukturach unijnych oraz formalno-prawne warunki wystąpienia z Unii Europejskiej przez Traktatem Lizbońskim.⁶

Unia Europejska jako nazwa organizacji międzynarodowej zrzeszająca państwa Starego Kontynentu, powstała na mocy Traktatu z Maastricht podpisanego 7 lutego 1992 roku.⁷ Sama współpraca państw wchodzących w struktury unijne ma jednak historię o wiele dłuższą. Sięga ona jeszcze lat 50-tych XX wieku, kiedy to powstawały kolejno Europejska Wspólnota Węgla i Stali - 1952 r., Europejska Wspólnota Gospodarcza - 1958 r. oraz Europejska Wspólnota Energii Atomowej - 1958 r. To one były początkowo forami współpracy państw obecnej Unii. W roku 1993 na mocy wspomnianego traktatu z Maastricht nadano im nazwę Wspólnoty Europejskiej i stanowiły od tego czasu pierwszy filar Unii Europejskiej, która pamiętamy, iż podmiotowość prawnomiędzynarodową uzyskała dopiero po podpisaniu przez państwa członkowskie Traktatu Lizbońskiego 13 grudnia 2007 roku.⁸

Na przełomie już prawie sześćdziesięciu pięciu lat istnienia współpracy państw w ramach Wspólnot Europejskich oraz Unii Europejskiej wielokrotnie dokonywano modyfikacji systemu prawa europejskiego. Zmiany nie ominęły również procedury rozszerzania struktur unijnych. Proces akcesji państw, fachowo nazwanych stronami późniejszymi, dotyczy podmiotów, które przystępują do wielostronnej umowy międzynarodowej o charakterze otwartym po spełnieniu określonych warunków. Prawo unijne jasno precyzuje zasady oraz procedurę przyjmowania nowych państw do swoich struktur i jest to zawarte w najważniejszym obecnie akcie normatywnym systemu prawa Unii Europejskiej, a mianowicie Traktacie Lizbońskim.

Wielka Brytania, mimo usilnych starań swojego premiera i jednocześnie zwolennika integracji europejskiej - Winstona Churchilla, nie wstąpiła do struktur wspólnotowych wraz z innymi państwami zachodnioeuropejskimi w latach 50-tych. Było to oczywiście podyktowane nie tylko względami prawnymi, ale przede wszystkim grą polityczną państw oraz walką o wpływy na Starym Kontynencie po zakończeniu II Wojny Światowej. Pierwszym ważnym etapem współpracy międzynarodowej było podjęcie współpracy przez Wielką Brytanię z innymi państwami na polu handlowym poprzez utworzenie w 1960 r. Europejskiego Stowarzyszenia Wolnego Handlu. Następnie, po dwóch wetach ze strony Francji, w 1970 r. rząd brytyjski po raz kolejny przystąpił do negocjacji w sprawie rozpoczęcia procedury wstąpienia do Wspólnot Europejskich, czego skutkiem było podpisanie wraz z Irlandią oraz Danią traktatów akcesyjnych, na mocy których państwa te 1 stycznia 1973 r. stały się pełnoprawnymi członkami struktur wspólnotowych. Warto jednak dodać, iż Wielka Brytania, na mocy różnych porozumień, nie przystąpiła do strefy Schengen⁹, a także do dzisiaj nie jest członkiem unii walutowej oraz strefy euro¹⁰.

⁵ K. Mingst, Podstawy stosunków międzynarodowych, Warszawa 2008 r.

⁶ Traktat z Lizbony zmieniający Traktat o Unii Europejskiej i Traktat ustanawiający Wspólnotę Europejską (Dz.U. C 306 z 17.12.2007), wszedł w życie w dniu 1 grudnia 2009 r.

⁷ Traktat z Maastricht, oficjalnie Traktat o Unii Europejskiej (fr. *Traité sur l'Union européenne*, ang. *Treaty on European Union*), TUE - umowa międzynarodowa paraflowana 11 grudnia 1991, podpisana 7 lutego 1992 w Maastricht w Holandii.

⁸ https://europa.eu/european-union/about-eu/history_pl stan na 13 listopada 2017 r., dostęp z 15 grudnia 2018 r.

⁹ Strefa Schengen - umowa międzynarodowa zawarta 1985 r. w Schengen w Luksemburgu pomiędzy państwami europejskimi znosząca kontrole w ramach granic wewnętrznych. Jest otwarta do podpisu przez wszystkie państwa Unii Europejskiej.

¹⁰ Wielka Brytania na podstawie klauzuli opt-out nie jest członkiem unii walutowej oraz strefy euro. *Parliament of the United Kingdom* (12 March 1998). "Volume: 587, Part: 120 (12 Mar 1998: Column 391, Baroness Williams of Crosby)". *House of*

Od samego początku uczestnictwo Wielkiej Brytanii w procesie integracji europejskiej niosło za sobą niezwykle dużo problemów. Począwszy od procedury przystąpienia, która nastąpiła dopiero po niemal trzydziestu latach od początków współpracy państw w ramach Wspólnot Europejskich, poprzez sceptyczny stosunek kolejnych przywódców Wielkiej Brytanii do inicjatyw podejmowanych w ramach Unii w postaci wspomnianych już wcześniej, m.in. nieprzystąpienia do strefy Schengen, czy też strefy euro, a skończywszy na podjętej w styczniu 2017 r. decyzji o opuszczeniu Unii Europejskiej przez Zjednoczone Królestwo Wielkiej Brytanii.

Zanim jednak o samym wystąpieniu Wielkiej Brytanii z Unii Europejskiej, należy wspomnieć o problematyce wypowiedzenia umowy międzynarodowej. Otóż, jest to proces niezwykle złożony, gdyż z jednej strony w prawie międzynarodowym obowiązuje zasada *pacta sunt servanda*, z drugiej natomiast obowiązują generalne normy prawa kontraktów i najważniejsza wśród nich, zasada dobrowolności zawierania umów międzynarodowych.¹¹

Unia Europejska jeszcze do niedawna, a mianowicie do 2007 roku była podmiotem prawa międzynarodowego *sui generis*, gdyż sama w sobie posiadała podmiotowość prawnomiędzynarodową poprzez Wspólnotę Europejską stanowiącą na podstawie Traktatu z Maastricht jej pierwszy filar¹². Dopiero po zawarciu w 2007 roku Traktatu Lizbońskiego oraz likwidacji struktur instytucjonalnych Unii w ramach trzech filarów, stała się ona pełnoprawnym podmiotem w rozumieniu prawa międzynarodowego. Z zagadnieniem podmiotowości Unii oraz rozwojem prawa unijnego ściśle związane są normy dotyczące członkostwa państw. Jest to problematyka dość złożona, bo o ile kryteria akcesji państw do struktur zawsze były jasno sprecyzowane i zostały po raz kolejny opisane w art. 49 Traktatu Lizbońskiego, o tyle na przełomie kilkudziesięciu lat nie stworzono aż do roku 2007 zasad występowania państw ze Wspólnot Europejskich. Oczywiście, już dużo wcześniej dostrzegano problem braku reguł oraz procedury opuszczenia struktur przez określone państwo, czego przykładem jest opuszczenie w 1985 r. Wspólnot przez Grenlandię jako terytorium specjalnego należącego do jednego z jej członków - Danii. Sprawa nie dotyczyła jednak wystąpienia z organizacji międzynarodowej całego państwa, a określonego jej terytorium zależnego. Temat szczególnie stał się jednak istotny po kolejnych reformach struktur unijnych na początku XXI wieku, kiedy to poszczególne państwa, takie jak: Niemcy, Francja, czy Wielka Brytania proponowały różne kierunki rozwoju Unii.

Tak jak zostało wskazane na początku niniejszego opracowania, organizacje międzynarodowe powstają na podstawie zawieranych umów międzynarodowych, będącymi źródłami prawa o charakterze formalnym. Z tą kwestią ściśle związana jest wola państw zawierających porozumienie, a więc materialne źródło stosunku zobowiązaniowego w przestrzeni prawnomiędzynarodowej. Unia Europejska przez wiele lat nie miała uregulowanego zagadnienia występowania państw z jej struktur, co rodziło dyskusję, czy jej opuszczenie przez państwo jest w ogóle możliwe. Wiele osób, również wybitnych przedstawicieli nauki prawa międzynarodowego, przychodziło z odpowiedzią, iż bezsprzecznie tak, na podstawie ogólnych norm prawa międzynarodowego. Inni specjaliści deklarowali, iż samo uczestnictwo państwa w strukturach unijnych to jedynie początek łańcucha obligacyjnego z którego wyjście jest co do zasady niemożliwe.¹³ W kolejnych częściach niniejszego artykułu zostanie poruszona kwestia występowania państw-członków ze struktur Wspólnot przed zawarciem Traktatu z Lizbony oraz procedura opuszczania Unii Europejskiej po roku 2007 r. na przykładzie procedury zapoczątkowanej przez Wielką Brytanię, która stanowi współczesny przykład modelu wypowiedzania umów przez określony podmiot w prawie międzynarodowym.

Złożoność historii powstawania obecnie usystematyzowanych struktur Unii Europejskiej, znajduje również swoje odzwierciedlenie w normach prawa unijnego regulujących kwestie członkostwa. W tym miejscu raz jeszcze należy podkreślić rolę polityki w stosunkach prawnomiędzynarodowych. Otóż to właśnie wola państw w tego rodzaju relacji jest decydująca w tworzeniu jakichkolwiek stosunków w ramach organizacji międzynarodowych. Tak też jest w przypadku prawa Unii Europejskiej. Od początku istnienia warunki dotyczące członkostwa państw strukturach regulowane

Lords Hansard. Retrieved 13 October 2007.

¹¹ Podstawowym źródłem zasad jest współcześnie Konwencja wiedeńska o prawie traktatów, KWPT (ang. *Vienna Convention on the Law of Treaties, VCLT*) – konwencja uchwalona w Wiedniu 22 maja 1969 r. a otwarta do podpisu 23 maja 1969 r.

¹² Wspólnota Europejska, WE (fr. *Communauté Économique Européenne, CEE*;) – powołana do życia 1 stycznia 1958 na mocy traktatów rzymskich jako Europejska Wspólnota Gospodarcza (EWG).

¹³ A. Kaczor, Wystąpienie państwa członkowskiego z Unii Europejskiej, „Edukacja prawnicza” 2011, nr 4 (124), s. 19.

były przez postanowienia trzech traktatów Wspólnotowych – art. 98 TEWWiS¹⁴, art. 237 TEWG¹⁵ oraz art. 205 TEWEA¹⁶, co powodowało dość dużą uciążliwość, jeśli chodzi o samą procedurę ich rozszerzenia. Dopiero, w podpisanym w 1992 roku Traktacie z Maastricht uchylono powyższe przepisy oraz wprowadzono artykułem 49 jedną procedurę przyjmowania nowych państw do struktur unijnych.¹⁷

Ukazanie złożoności procesu rozszerzenia dawniej Wspólnot, a obecnie samej Unii Europejskiej jest jedynie punktem wyjścia. W niniejszym opracowaniu jest to jednak istotne dla zrozumienia problematyki wypowiedzenia umowy międzynarodowej. Najlepszym obecnie przykładem jest procedura Brexitu, a więc proces występowania Wielkiej Brytanii ze struktur Unii Europejskiej.

Ustanie członkostwa w Unii Europejskiej było przez wiele lat, aż do 2007 roku, przedmiotem zainteresowania oraz dyskusji nie tylko polityków, ale także prawników oraz politologów. Wszyscy oni dostrzegali problematykę dopuszczalności wystąpienia państwa członkowskiego, nie tylko ze względu na brak regulacji tego zagadnienia na gruncie prawa pierwotnego Wspólnot, ale przede wszystkim w odniesieniu do praktyki oraz doktryny prawa międzynarodowego. Dyskusja nad zagadnieniem ustanienia członkostwa była jak najbardziej uzasadniona, bo i ile normy prawa wspólnotowego precyzyjnie regulowały kwestie akcesji, o tyle prawo traktatowe całkowicie nie dotyczyło zagadnienia wystąpienia państwa ze Wspólnot. Co do zasady każdą umowę, także o charakterze prawnomiędzynarodowym można wypowiedzieć, a w przypadku braku procedury rozwiązywania stosunku obligacyjnego, należy go ustalić *per analogiam*, a więc rozpocząć proces odwrócony do tego, jaki spowodował, iż stosunek zobowiązaniowy w ogóle powstał.¹⁸

W opozycji do tego stanowiska stało ówczesnie jednak wielu przedstawicieli doktryny, którzy wskazywali, iż czas obowiązywania traktatów ustanawiających Wspólnoty miał charakter nieograniczony, wyjątkiem traktatu ustanawiającego Europejską Wspólnotę Węgla i Stali, który został zawarty na 50 lat, a więc z góry określał ustanie uczestnictwa państw w tej Wspólnocie.¹⁹

Bardziej jednak niż na brak ustanowienia formalnych ram czasowych trwania Wspólnot, przeciwnicy możliwości wystąpienia państwa ze Wspólnot wskazywali na prezentowane już wcześniej aspekty polityczne. Otóż, to właśnie zaawansowany stopień integracji, zasady solidarności i lojalności miały być najważniejsze w tej mierze. Potwierdzeniem dla tych opinii był niejako zamknięty system prawa wewnętrznego, który dysponował również aparatem egzekucyjnym. Powodowało to, iż w sytuacji potencjalnie mogącej rodzić roszczenia o wystąpienia ze struktur unijnych przez wypowiedzenie traktatów, swoją rolę odgrywał unijny Trybunał Sprawiedliwości jako gwarant egzekucji praw danego podmiotu do dochodzenia roszczeń. W takiej sytuacji zarówno nieprzestrzeganie przez państwo prawa traktatowego oraz łamanie jego postanowień, a także nadzwyczajna zmiana okoliczności w ramach stosunku zobowiązaniowego nie stanowiły podstawy do wystąpienia państwa ze struktur wspólnotowych. Zgodnie z tym, do roku 2007 istniał problem skuteczności działania mechanizmów prawa wspólnotowego w przestrzeni prawnomiędzynarodowej, gdyż zdarzenia prawne, które na gruncie prawa międzynarodowego dawałyby możliwość wypowiedzenia stosunku zobowiązaniowego oraz wystąpienia ze struktur organizacji międzynarodowej, na podstawie przepisów prawa wspólnotowego, dawały jedynie możliwość dochodzenia roszczeń przed właściwym do rozstrzygnięcia sprawą organem.

Jedyną możliwość ustanienia członkostwa, jaką można było wyinterpretować z prawa traktatowego to wystąpienie ze struktur unijnych na podstawie rewizji Traktatów. Co prawda niektórzy przedstawiciele doktryny opowiadali się jeszcze za możliwością wystąpienia na podstawie Konwencji wiedeńskiej o prawie traktatów, jednak należy jasno stwierdzić, iż tym głosom należy przyznać walor teoretyczny, ze względu na wskazywany już wielokrotnie polityczny aspekt współpracy w ramach Unii, a więc mnogość zobowiązań o istotnym charakterze gospodarczo-handlowym, a także zależnościach wynikających m.in. z kwestii bezpieczeństwa, stabilizacji czy obronności.

¹⁴ Traktat ustanawiający Europejską Wspólnotę Węgla i Stali (TEWWiS)- traktat podpisany 18 kwietnia 1951 r. w Paryżu(jako traktat paryski).

¹⁵ Traktat ustanawiający Europejską Wspólnotę Gospodarczą, który wszedł w życie 1 stycznia 1958.

¹⁶ Traktat ustanawiający Europejską Wspólnotę Energii Atomowej (Euratom), który wszedł w życie 1 stycznia 1958.

¹⁷ J. Galster, Podstawy prawa Unii Europejskiej z uwzględnieniem Traktatu z Lizbony, Toruń 2010 r.

¹⁸ P. Apostolski, *Możliwość wystąpienia z Unii Europejskiej przez państwa członkowskie – analiza zagadnienia przed wejściem i po wejściu Traktatu z Lizbony*, Warszawa 2010 r. s.6.

¹⁹ C. Mik, *Europejskie prawo wspólnotowe. Zagadnienia teorii i praktyki. Tom I*, Warszawa 2010 r.

Podsumowując, należy przyznać słuszność doktrynie, która generalnie była jednomyślna w kwestii, iż przez zawarciem Traktatu z Lizbony, wystąpienie z Unii miało charakter ograniczony i wymiar czysto teoretyczny. Państwa dążyły jednak do zawarcia norm, które uregulowałyby kwestie dotyczące ustania uczestnictwa, pamiętajmy bowiem, iż współpraca, także ta o charakterze prawnomiędzynarodowym powinna posiadać walor dobrowolności, bo tylko wtedy będzie skutecznie przynosiła obopólne korzyści.²⁰

IV. Procedura wystąpienia państwa z Unii Europejskiej po zawarciu Traktatu Lizbońskiego. Przyczyny oraz skutki wystąpienia Wielkiej Brytanii ze struktur unijnych – Brexit.

Po zawarciu w 2007 r. Traktatu Lizbony, do porządku prawnego Unii Europejskiej wprowadzono przepisy regulujące kwestie wypowiedzenia umowy oraz wystąpienia z niej.

Art. 50 Traktatu o Unii Europejskiej stanowi obecnie, iż „Każde Państwo Członkowskie może, zgodnie ze swoimi wymogami konstytucyjnymi, podjąć decyzję o wystąpieniu z Unii”.²¹ Sama procedura wystąpienia z Unii Europejskiej polega na notyfikacji zamiaru wystąpienia takiego państwa Radzie Europejskiej, która w takim wypadku wskazuje zasady, na jakich członkostwo danego państwa w strukturach unijnych ustaje. Określenie tych warunków polega na negocjacjach pomiędzy Unią Europejską a państwem, w trakcie których określone są warunki wystąpienia oraz wskazania co do przyszłych stosunków pomiędzy państwem a Unią. Proces negocjacji zgodnie z przepisem art. 218 TofUE kończy się zawarciem przez Radę umowy, jeśli określona decyzja otrzymuje jej zgodę większością kwalifikowaną po uzyskaniu aprobaty Parlamentu Europejskiego. Po zawarciu umowy, aby weszła ona w życie, wymagany jest upływ terminu wskazanego w jej treści terminu.²² W przypadku, kiedy umowa takiego terminu nie przewiduje, traktaty względem państwa przestają obowiązywać po upływie dwóch lat od notyfikacji zamiaru wystąpienia – tzw. „twarde wystąpienie”, co jest niekorzystne z punktu widzenia państw, które nie zdołały sfinalizować warunków wystąpienia w procesie negocjacji. Istotne podkreślenia jest to, iż państwo, które przestaje być członkiem Unii Europejskiej, na podstawie art. 49 TUE, po spełnieniu określonych warunków, może ubiegać się o ponowną akcesję.²³

W związku ze zmianami dokonanyymi w prawie unijnym w 2007 roku, co raz więcej państw zaczęło żywo interesować się procedurą opisaną w Art. 50 TUE. Przez wiele lat partykularne interesy poszczególnych członków Unii realizowane były przede wszystkim w ramach jej struktur. Obecnie, państwa członkowskie w granicach swej suwerenności otrzymały również prawną ścieżkę realizacji swoich celów, także przez możliwość wystąpienia z Unii Europejskiej. Od samego początku funkcjonowania przepisów Traktatu Lizbońskiego, a więc od roku 2009 mówiło się o możliwości podjęcia próby wystąpienia ze struktur unijnych przez Wielką Brytanię. Początkowo były to jedynie głosy mające charakter gróźb kierowanych w stosunku do organów i instytucji unijnych, pamiętajmy bowiem, iż był to ówczesnie czas recesji gospodarczej wielu zachodnich państw, w tym Zjednoczonego Królestwa, zmagającego się z wieloma problemami natury społeczno-gospodarczej.

Na pierwszy rzut oka można odnieść mylne przekonanie, iż od strony formalnej, procedura wystąpienia z Unii Europejskiej przewidziana w Art. 50 TUE nie jest nadmiernie złożona. Pamiętać należy jednak, iż przedstawiony powyżej proces notyfikacji zamiaru opuszczenia struktur unijnych oraz wymagane ze strony instytucji oraz organów unijnych akceptacje to jedynie formalny wymiar całego przedsięwzięcia. Podchodząc jednak do sprawy sposób praktyczny, trzeba zwrócić po raz kolejny szczególną uwagę na złożoność problematyki. Przede wszystkim, wydanie aktu jednostronnego w postaci notyfikacji dotyczącej chęci wystąpienia z Unii Europejskiej musi mieć swoje źródła. W przypadku członkostwa Wielkiej Brytanii w strukturach początkowo Wspólnot Europejskich, a następnie samej Unii Europejskiej towarzyszyło temu wiele kwestii spornych. Ostatecznie, po wielu latach przepychanek na arenie europejskiej, rząd Zjednoczonego Królestwa podjął decyzję o rozpoczęciu procedury wystąpienia państwa z Unii Europejskiej. Pierwszym krokiem, zanim procedura nabrała znaczenia w rozumieniu Art. 50 TUE, było w świetle prawa brytyjskiego, zorganizowanie referendum wewnętrznego – *Brexit*, gdzie to właśnie obywatele mieli zadecydować, czy chcą, aby Wielka Brytania w dalszym ciągu

²⁰ (red.) M.M. Kenig-Witkowska, *Prawo instytucjonalne Unii Europejskiej*, Warszawa 2015 r.

²¹ A. Łazowski, *Withdrawal from European Union. A Legal Appraisal*, Cheltenham 2015 r.

²² J. Barcz, *Instytucje i prawo Unii Europejskiej*, Warszawa 2015 r.

²³ J. Barcik, A. Wentkowska, *Prawo Unii Europejskiej*, Warszawa 2014 r.

była członkiem Unii Europejskiej. Z prawnego punktu widzenia, jest to niezwykle ważne wydarzenie, bowiem można dostrzec aspekt złożoności całego procesu, a więc część procedury, która odbywa się jeszcze przed przewidzianym w przepisach prawa unijnego. Otóż, społeczeństwo w referendum, które odbyło się 23 czerwca 2016 r. nadało rządowi mandat do notyfikacji zamiaru opuszczenia Unii Europejskiej przez Wielką Brytanię. Kolejnym etapem było wydanie 24 stycznia 2017 r. przez Sąd Najwyższy Zjednoczonego Królestwa wyroku, który stwierdził, iż proces opuszczenia Unii Europejskiej może zostać rozpoczęty po uzyskaniu zgody parlamentu brytyjskiego.

Jako podsumowanie złożoności problematyki współpracy prawnomiędzynarodowej państw w kontekście *Brexitu*, służyć może przede wszystkim sam sposób oraz procedura wyprowadzania Wielkiej Brytanii z Unii Europejskiej, która jest obecnie głównym źródłem zainteresowania konserwatywnego rządu Theresy May, która wraz ze swoimi specjalistami do tej pory nie jest w stanie przekonać brytyjskiego parlamentu do proponowanych w umowie wystąpienia rozwiązań politycznych. Dnia 15 stycznia 2019 r. *Brexit* stał się przyczyną największej porażki rządu brytyjskiego w historii podczas głosowania parlamentarnego, gdzie ekipa rządząca przegrała głosowanie nad propozycją rozwiązań dla Wielkiej Brytanii w związku z opuszczeniem Unii w stosunku głosów 202 „za” do 432 „przeciw”, co w konsekwencji doprowadziło do głosowania nad wotum zaufania dla rządu Premier May w dniu kolejnym, które jednak nieznacznie podczas głosowania uzyskała.

Wartym podkreślenia jest to, iż samo głosowanie nad projektem umowy wystąpienia zostało przeprowadzone na zaledwie dziesięć tygodni przed planowanym opuszczeniem struktur przez Wielką Brytanię, a w obliczu braku akceptacji umowy przez parlament nad Wielką Brytanią zawisło widmo tzw. „twardego *Brexitu*”, czyli wyjście z Unii bez ustalonego planu współpracy z drugą największą gospodarką świata jaką stanowią wspólnie państwa Unii Europejskiej, co może zrodzić już w niedługiej przyszłości oplakane konsekwencje.

Obecnie w dalszym ciągu mamy do czynienia jedynie z pracami legislacyjnymi prowadzonymi przez rząd oraz parlament brytyjski, a samo opuszczenie Unii Europejskiej przez Wielką Brytanię, które miało nastąpić o północy 29 marca 2019 r., zostało odsunięte w czasie. Zmiana terminu *Brexitu* wynikała ze względów polityczno-prawnych oraz wydarzeń z końca stycznia, lutego oraz początku marca 2019 r., kiedy to kolejno już w ostatnich dniach stycznia Izba Gmin wyraziła sprzeciw przed „twardym *Brexitem*”, który realnie zagrażał zarówno Zjednoczonemu Królestwu oraz całej Unii Europejskiej.²⁴

27 lutego brytyjski parlament przyjął poprawkę Yvette Cooper dotyczącą dopuszczenia możliwego opóźnienia *Brexitu* z uwagi na odrzuconą po raz kolejny proponowaną przez rząd umowę dotyczącą wystąpienia. 12 marca parlament po raz kolejny odrzucił propozycję wynegocjowanej z Unią umowy, w związku z czym niezwłocznie wszczęto procedowanie projektu uchwały upoważniającej brytyjski rząd do wystąpienia do organów unijnych z prośbą o odroczenie *Brexitu*. Ostatecznie, Wielka Brytania opuści Unię Europejską, mimo próśb o wydłużenie terminu do końca czerwca 2019 r., najpóźniej 22 maja, a więc jeszcze przed planowanymi wyborami do Parlamentu Europejskiego. Wszystko o ile, wynegocjowane już wcześniej, a dwukrotnie odrzucone porozumienie, zostanie finalnie przegłosowane przez Izbę Gmin. W innym przypadku nastąpi najgorszy z możliwych scenariuszy politycznych, a mianowicie - wystąpienie Wielkiej Brytanii bez umowy z Unią Europejską.

Co do samych przyczyn *Brexitu*, nie ma wątpliwości, iż mają one przede wszystkim charakter polityczny i są spowodowane realizacją przez rząd brytyjski interesów, zarówno społecznych, jak i gospodarczych. W niniejszym opracowaniu, najważniejsza część zostanie poświęcona prawnym skutkom wystąpienia Wielkiej Brytanii z Unią Europejską.

Jednym z większych problemów o charakterze prawnym, który pojawi się po wystąpieniu Wielkiej Brytanii z Unii Europejskiej będą zagadnienia prawa gospodarczego, handlowego oraz prawa pracy. Przede wszystkim, jest to związane ze swobodami, jakie funkcjonowały w ramach wspólnego rynku. Należy spodziewać się powrotu pewnego rodzaju ograniczeń w postaci taryf czy kontroli celnych. Szczególną wagę należy również przyznać w tej materii problematyce realizacji umów o charakterze handlowym. Otóż, umowy pomiędzy podmiotami unijnymi oraz brytyjskimi z powodu zmiany okoliczności, najpewniej będą o wiele trudniejsze w realizacji. Pamiętać należy bowiem, iż do tej pory zawierane

²⁴ J. Corbyn, *Metro*: Jeremy Corbyn's Brexit vision defeated again by majority of 83, 27 lutego 2017, dostęp: 25 marca 2019 r.
< <https://metro.co.uk/2019/02/27/jeremy-corbyns-brexit-vision-defeated-majority-83-8772804/> >

były one zgodnie z przepisami prawa unijnego, a po procedurze *Brexitu* powstanie chociażby zagadnienie wyboru prawa właściwego dla danej umowy.²⁵

Istotny problem zrodzi się również w gałęzi prawa finansowego. Po wystąpieniu Wielkiej Brytanii z Unii Europejskiej dojdzie do wzrostu kosztów operacji finansowych oraz całego procesu inwestowania funduszy. Będzie to spowodowane niespójnością norm prawa unijnego oraz brytyjskiego w tej materii. Pamiętać bowiem należy, iż przez ponad 40 lat obecności Zjednoczonego Królestwa w ramach Unii Europejskiej pomiędzy tymi podmiotami oraz pozostałymi państwami członkowskimi wykształciło się wiele relacji opartych na ciągłym przepływnie finansowym²⁶.

Z punktu widzenia wielu państw, niezwykle istotna jest sprawa praw pracowniczych osób, które zarobkowo mieszkają na terenie Wielkiej Brytanii, a które pochodzą z pozostałych państw członkowskich. Początkowo, zdaje się, iż sytuacja takich osób nie ulegnie diametralnej zmianie, gdyż pracownicy pochodzący z Europejskiego Obszaru Gospodarczego z mocy prawa nie będą musieli opuszczać Wysp Brytyjskich. Wszystko w dalszej konsekwencji będzie jednak zależało od polityki emigracyjnej Wielkiej Brytanii oraz Unii Europejskiej. Jest to problem niezwykle istotny dla państw mniej zamożnych, takich jak Polska, gdzie powrót Polaków mieszkających na Wyspach spowodowałby ogromny wzrost bezrobocia, a co za tym idzie duży problem społeczno-gospodarczy.²⁷ Pamiętać należy również o potencjalnych konsekwencjach dla Brytyjczyków, którzy także podejmują pracę poza granicami Wielkiej Brytanii w państwach takich jak Hiszpania, czy Niemcy.

Kolejną konsekwencją *Brexitu* jest zagadnienie Europejskiego Nakazu Aresztowania, którego podstawą prawną jest decyzja ramowa Rady Unii Europejskiej z 13 czerwca 2002 r., jest ona bowiem aktem normatywnym obowiązującym tylko w państwach należących do Unii Europejskiej. Powstaje zatem pytanie, czy po wystąpieniu ze struktur unijnych, Wielka Brytania nadal będzie chciała współdziałać z innymi państwami Unii w kwestii ścigania przestępczości oraz karania przestępców. Wydaje się jednak, iż stronom będzie zależało, aby współpraca w tym wymiarze była kontynuowana, gdyż sam *Brexit* w swoim założeniu miał służyć blokowaniu dopływu emigrantów, a Europejski Nakaz Aresztowania niewątpliwie to ułatwi.

Poza wymienionymi wyżej, kolejnymi istotnymi konsekwencjami tzw. *no-deal Brexit* będzie nieważność Europejskiej Karty Ubezpieczenia Zdrowotnego na terenie Wielkiej Brytanii, w związku z czym także obywatele brytyjscy stracą uprawnienie do bezpłatnej opieki medycznej. Kolejnym zagrożeniem dla Brytyjczyków będą unieważnione prawa jazdy, czy w końcu możliwość kreowania przez brytyjskie sieci telekomunikacyjne wysokich stawek roamingowych, tak jak jest m.in. w znajdującej się poza Unią Europejską – Szwajcarią.

V. Podsumowanie

Zagadnienie wypowiedzenia umowy w prawie międzynarodowym jest to problem niezwykle złożony. Przestrzeń prawnomiędzynarodowa rządzi się zupełnie innymi kryteriami niżeli wewnątrzpaństwowe porządki prawne. Większość decyzji podejmowanych jest przede wszystkim w celach gospodarczo-handlowych, gdzie dominującą rolę odgrywa umacnianie pozycji danego państwa na arenie międzynarodowej. Otóż, przedstawione zagadnienie *Brexitu* może dać idealny obraz rzeczywistości, iż to materialne dążenia rządów poszczególnych państw warunkują obowiązywanie określonych przepisów, a nawet całych porządków prawnych. Procedura wystąpienia Wielkiej Brytanii z Unii Europejskiej jest modelowym przykładem na to, gdzie niezależnie od zasad wspólnego rynku, umacniania różnego rodzaju swobód czy współpracy na poszczególnych polach, polityka zawsze jest nastawiona na osiągnięcie partykularnego dla danego państwa zysku, a sama idea państwowego charakteru organizacji międzynarodowych, w tak zróżnicowanym pod różnymi względami świecie, może mieć wymiar jedynie czysto teoretyczny, jeśli w grę wchodzi tak złożone względy gospodarczo-handlowo-finansowe.

²⁵ N. Pain, *The economy consequences of Brexit. A taxing decision*, Paryż 2016.

²⁶ S. Diaghara, *The consequences of Brexit for UK trade and living standards*, Londyn 2016, s.4.

²⁷ J. Wadsworth, „Immigration and the UK Labour Market” [w:] *Center for Economic Performance Election Analysis*, Nr. 1., Londyn 2016.

TERMINATION OF THE AGREEMENT IN INTERNATIONAL LAW.
THE OCCURRENCE OF GREAT BRITAIN FROM THE STRUCTURES OF THE EUROPEAN UNION.
FORMAL AND LEGAL ASPECTS OF BREXIT.

This study refers to the issue of termination of an international agreement. The starting point is the definition of an international agreement, the source of the law of international agreements, as well as the procedure for their conclusion.

All issues are the basis for a conversation about Brexit, which is the basis and procedure for the British appearance from the European Union. Before I specifically talk about Brexit, I will talk about the British integration procedure with the European Union, as well as the long-term cooperation of this country with the European Union.

All this served to describe the procedure for terminating the international agreement, as well as presenting the potential and unquestionable effects of Brexit.

Patryk Jarosz

BIO I EKOTERRORYZM JAKO ELEMENTY WOJNY HYBRYDOWEJ

WSTĘP

Rozwój cywilizacyjny, postęp naukowo-techniczny oraz nowa sytuacja geopolityczna na świecie, powodują, że zmieniają się formy i środki zagrożeń. Jedno z najpoważniejszych niebezpieczeństw wśród nowych zagrożeń dla systemu międzynarodowego i bezpieczeństwa poszczególnych państw, w tym Polski, stwarza zorganizowany terroryzm międzynarodowy, aczkolwiek stopień zagrożenia dla poszczególnych państw jest różny.

Działania terrorystyczne obecnie są podobne do działań partyzanckich, stąd między innymi członkowie niektórych ugrupowań terrorystycznych określani są mianem „partyzantów”, czy „zielonych ludzików” (separatyści na Ukrainie). Dzisiejsi partyzanci korzystają z najnowocześniejszych osiągnięć techniki i są w stanie prowadzić walkę z regularnymi oddziałami wojskowymi. Dlatego też tego typu działania zostały określone mianem wojny hybrydowej.

W ostatnich latach zjawiska terroryzmu i wojny hybrydowej występują coraz częściej stały się one szczególnym zagrożeniem dla bezpieczeństwa światowego, ze względu na cały wachlarz środków oddziaływania, od niezidentyfikowanych ładunków wybuchowych poczynając, poprzez środki chemiczne, na broni biologicznej kończąc.

Zarówno terroryzm, jak i wojna hybrydowa to zjawiska wielopłaszczyznowe. Bez wątpienia uznać należy, że jedną ze składowych wojny hybrydowej mogą być przejawy terroryzmu. W niniejszym opracowaniu przedstawione zostaną dwa rodzaje terroryzmu: bio i ekoterroryzm jako elementy wojny hybrydowej. Celem pracy jest wykazanie, iż oba te zjawiska jako elementy wojny hybrydowej stanowią realne zagrożenie dla bezpieczeństwa na świecie. W celu kompleksowego zbadania tematu przeanalizowana została literatura polska i zagraniczna, co pozwoliło na odpowiedzieć na następujące pytania: czym jest wojna hybrydowa, czy bio i ekoterroryzm mogą być wykorzystane w wojnie hybrydowej, jakie zagrożenia dla środowiska wynikają z bio i ekoterroryzmu? Opracowanie koncentruje się w szczególności na regulacjach z zakresu prawa międzynarodowego publicznego oraz prawa ochrony środowiska (stan prawny 1 marca 2019).

1. GENEZA POJĘCIA WOJNY HYBRYDOWEJ

Pojęcie „hybrydowy” pochodzi od łacińskiego słowa hybryda, które oznacza coś składającego się z często niepasujących do siebie elementów¹.

Jest to właściwość, która stanowi wynik skrzyżowania, bądź pomieszczenia cech należących do różnych, odmiennych strukturalnie kategorii². Hybrydyzacja, w odniesieniu do konfliktów zbrojnych toczących się we współczesnym świecie, interpretowana jest jako współistnienie elementów „starych” i „nowych” wojen, klasycznych konfliktów zbrojnych i wojen „ponowoczesnych”, starcia narodowych armii i konfliktów asymetrycznych, supertechnologii wojskowych i prymitywnych broni, walki o terytoria i zasoby oraz sporów o tożsamość i wartości, konfrontacji zaściankowości i kosmopolityzmu³.

Za prekursora terminu „wojna hybrydowa” uznawany jest Thomas R. Mockaitis, który pojęcie to wykorzystał w swoich publikacjach odnoszących się do kampanii ekspedycyjnych Wielkiej Brytanii w 1990 i 1995 roku⁴. Jeszcze w 1991 roku, oficer marines płk William Nemeth określił na przykładzie wojen w Czeczeni, że wojny hybrydowe będą stanowić

¹ J. Kruzel John, Hybrid War, <http://www.defense.gov/news/newsarticle.aspx?id=54186>.

² A. Gruszcak, Hybrydowość współczesnych wojen – analiza krytyczna, [w:] Asymetria i hybrydowość – stare armie wobec nowych konfliktów, pod red.: Witolda Sokały i Bartłomieja Zapały, Biuro Bezpieczeństwa Narodowego, Warszawa 2011, s. 11.

³ *Ibidem*, s. 11.

⁴ M. A. Piotrowski, Konflikt nigdy nie jest prosty: amerykańska teoria i doktryna wojen oraz przeciwników hybrydowych, „Sprawy Międzynarodowe” 2015, nr 2, s. 10.

jeden z głównych problemów świata zachodniego w XXI wieku⁵. W swojej publikacji *Future war and Chechnya: A case for hybrid warfare* z 2002 roku Nemeth zastosował termin wojny hybrydowej jak charakteryzujący działania zbrojne polegające m.in. na organizacji armii, która odzwierciedla poziom rozwoju społeczno-ekonomicznego danej wspólnoty, postrzeganiem w całkowicie odmienny sposób niż Zachód siły militarnej polegającej, w odniesieniu do hybrydowości współczesnych konfliktów zbrojnych, na wykorzystaniu taktyk partyzanckich, a także umiejętnego zastosowania najnowszych technologii komunikacyjnych w działaniach nie tylko taktycznych, ale również strategicznych⁶. Wpływ na rozwój kategorii hybrydowości wojen współczesnego świata przyniósł również konflikt Izraela z libańskim Hezbollahem w 2006 roku, który został określony przez Amerykanów jako rozwinięta forma konfliktu o charakterze niekonwencjonalnym, prowadzonego przez aktorów niepaństwowych. Wizja i strategia marines [do] 2025, dokument Piechoty Morskiej Stanów Zjednoczonych wydany w 2008 roku, określa konflikty hybrydowe jako te, które zniwelują istniejące różnice pomiędzy wojnami tradycyjnymi a tymi nieregularnymi, terroryzmem, a także przestępczością⁷. Nie ulega wątpliwości, że wzrost popularności terminu wojna hybrydowa nastąpił w 2014 roku w momencie aneksji przez Rosję Półwyspu Krymskiego. Wtedy pojęcie to zaczęło być wykorzystywane w pracach czy analizach odnoszących się do problematyki szeroko pojętego bezpieczeństwa⁸. Sprecyzowanie pojęcia „konfliktu hybrydowego” miało miejsce w zatwierdzonej w 2015 roku Narodowej strategii wojskowej USA. Dokument ten określa go jako taki, który łączy techniki, zdolności oraz zasoby określonej strony konfliktu do osiągnięcia zamierzonych celów⁹.

Po opublikowaniu pracy Williama Nemetha, próby zdefiniowania zjawiska wojny hybrydowej podjęło się wielu analityków. Jednym z nich jest Frank G. Hoffman, który w publikacji *Conflict in the 21st century: Rise of the Hybrid Wars* z 2007 roku dokonał próby zdefiniowania pojęcia wojny hybrydowej. Jego zdaniem wojny tego typu to połączenie odmiennych działań wojennych, w tym działań konwencjonalnych, nieregularnych taktyk i ugrupowań zbrojnych, aktów terrorystycznych, wliczając masową przemoc i przymus, oraz działalność przestępczą¹⁰.

Wyjaśnienia terminu wojny hybrydowej podjął się również rosyjski teoretyk wojskowości generał Walery Gierasimow. W swojej doktrynie nie zawarł on terminu wojna hybrydowa, jednakże sposób w jaki opisuje rozwój wojen w przyszłości wskazuje na zjawisko takich działań zbrojnych. Gierasimow wskazuje na wzrost znaczenia niemilitarnych środków oddziaływania, przede wszystkim tych o charakterze politycznym, ekonomicznym, ekologicznym a także humanitarnym, które uzupełniane są przez manipulowanie nastrojów miejscowej ludności. Działania tego typu wykorzystywane są przy udziale środków militarnych, które przyjmują najczęściej postać wojny informacyjnej lub operacji jednostek specjalnych¹¹. Przedstawia on zacieranie się różnic pomiędzy operacyjnym, strategicznym, a także taktycznym poziomem działania, czy operacjami o charakterze ofensywnym i defensywnym¹².

2. CECZY HYBRYDOWOCI WSPÓŁCZESNYCH WOJEN

Konflikt noszący znamiona wojny hybrydowej istnieje na dwóch płaszczyznach. Pierwszą z nich jest płaszczyzna terytorialna utożsamiana z państwem bądź tradycyjnymi wspólnotami etnicznymi, klanowymi czy plemiennymi, które zamieszkują dane terytorium. Drugą jest płaszczyzna wirtualna, która ma charakter transgraniczny i ponad terytorialny. Transgraniczność wojny hybrydowej związana jest z możliwością wystąpienia konfliktu nie tylko pomiędzy państwami wykorzystującymi nieregularne oddziały, ale głównie pomiędzy państwem a podmiotem niepaństwowym posiadającym swoją siedzibę na terytorium innego państwa¹³. Ważną cechą konfliktów hybrydowych jest ich psychologiczny charakter,

⁵ *Ibidem*, s. 11.

⁶ Ł. Skoneczny, *op. cit.*, za: Nemeth W. J., *Future war and Chechnya: A case for hybrid warfare*, Monterey, CA 2002, s. 40-41.

⁷ M. A. Piotrowski, *op. cit.*, s. 22.

⁸ Ł. Skoneczny, *op. cit.*, s. 39-40.

⁹ M. A. Piotrowski, *op. cit.*, s. 21.

¹⁰ Ł. Skoneczny, *op. cit.*, za: Hoffman F. G., *Conflict in the 21st century: the rise of hybrid wars*, Potomac Institute for Policy Studies, Arlington 2007, s. 42.

¹¹ *Ibidem*, s. 43.

¹² *Ibidem*, s. 44.

¹³ A. Kleczkowska, *Wojna hybrydowa – uwagi z perspektywy prawa międzynarodowego publicznego*, „Sprawy międzynarodowe” 2015, nr 2, s. 95.

a także wykorzystywanie przestrzeni cybernetycznej w celu zniszczenia systemów informacyjnych oponentów, rozprzestrzeniania treści propagandowych lub przesyłania gróźb. Niemniej jednak pozapaństwowa strona konfliktu często wykorzystuje kryminalne metody działania, aby wesprzeć nieregularne oddziały lub dokonać destabilizacji sytuacji wewnętrznej państwa, m.in. poprzez proliferację broni wszelkiego rodzaju, przemysł narkotyków, bądź współpracę z miejscowymi organizacjami mafijnymi¹⁴.

Wspólne cechy wojen hybrydowych, jakie wskazują Frank G. Hoffman i Walery Gierasimow, to zmiany zachodzące w kierowaniu współczesnymi konfliktami zbrojnymi. Wśród nich wymieniane są decentralizacja struktur dowodzenia, połączenie strategii operacyjnej i taktycznej sfery działania oraz wzrost znaczenia niemilitarnych środków prowadzenia wojny¹⁵. Ponadto obaj teoretycy zwracają uwagę na wzrastającą rolę form prowadzenia operacji wojennych, czyli wykorzystywanie metod partyzanckich oraz małych oddziałów. Zarówno Hoffman, jak i Gierasimow określają przyszłe konflikty zbrojne jako takie, w których nie będzie podziału pomiędzy stanem wojny i pokoju, a także żołnierzami i cywilami.

3. WOJNA HYBRYDOWA W PRAWIE MIĘDZYNARODOWYM

Zjawisko konfliktu noszącego znamiona wojny hybrydowej obecnie nie jest regulowane przez prawo międzynarodowe. Skutkiem tego jest ograniczona możliwość odpowiedzi na tego typu działania przez społeczność międzynarodową, a w szczególności przez NATO i Unię Europejską¹⁶. Jednym z ważniejszych aktów prawnych regulujących problematykę konfliktów zbrojnych jest Karta Narodów Zjednoczonych podpisana w 1945 roku. Artykuł 2, a dokładniej punkt 4 tego artykułu określa, że wszyscy członkowie powinni [...] powstrzymać się od [...] użycia siły przeciwko nietykalności terytorium albo niepodległości politycznej któregośkolwiek państwa, lub wszelkiego innego sposobu niezgodnego z zasadami Narodów Zjednoczonych¹⁷.

Ważną kwestię stanowi także zapis artykułu 51, w którym zawarta została informacja dotycząca prawa do samoobrony na wypadek napaści zbrojnej. Zastosowanie tych norm prawa międzynarodowego będzie właściwe za każdym razem, kiedy dojdzie do konfliktu o charakterze międzynarodowym lub transgranicznym. Oznacza to, że zakaz użycia siły oraz wykorzystanie prawa do samoobrony będą dotyczyły również konfliktów noszących znamiona wojny hybrydowej¹⁸.

Normy międzynarodowego prawa humanitarnego również regulują zasady prowadzenia wojny tego typu. Zgodnie z artykułem 2, który jest wspólny dla czterech Konwencji Genewskich podpisanych w 1949 roku, przepisy w nim zawarte mają zastosowanie w przypadku „wypowiedzenia wojny lub powstania jakiegokolwiek innego konfliktu zbrojnego między dwiema lub więcej niż dwiema Wysokimi Umawiającymi się Stronami, nawet gdyby jedna z nich nie uznała stanu wojny”¹⁹.

W związku z taką interpretacją norm zawartych w Konwencjach Genewskich – bez względu na nazwę konfliktu, bądź środki wykorzystywane przez jego strony – każdorazowe użycie sił zbrojnych lub innych sił, takich jak oddziały ochotnicze lub członków zorganizowanych ruchów oporu, będzie łączyło się z respektowaniem zawartych w tych aktach prawnych przepisów międzynarodowego prawa humanitarnego. Liczba ofiar, rodzaj użytej broni, czy w końcu rozmiar konfliktu, nie mają jakiegokolwiek wpływu na stosowanie norm Konwencji Genewskich. Dotyczą one konfliktów zbrojnych każdego rodzaju, a więc także tych mających charakter hybrydowy²⁰.

W regulaminie, który stanowi załącznik do IV Konwencji Haskiej z 1907 roku dotyczącej praw i zwyczajów wojny lądowej, w artykule 1 określono, że ustawy, prawa i obowiązki wojenne stosują się nie tylko do armii, lecz również do pospolitego ruszenia i oddziałów ochotniczych, o ile odpowiadają one warunkom następującym:

- jeżeli mają na czele osobę odpowiedzialną za swych podwładnych;

¹⁴ *Ibidem*, s. 96.

¹⁵ *Ibidem*, s. 44.

¹⁶ *Ibidem*, s. 54.

¹⁷ Karta Narodów Zjednoczonych, Dz. U. 1947 nr 23 poz. 90, art. 2 (4).

¹⁸ A. Kleczkowska, *op. cit.*, s. 101.

¹⁹ Konwencja genewska o ochronie osób cywilnych podczas wojny z 12 sierpnia 1949 r., Genewa, Dz. U. 1956 nr 38 poz. 171, https://mswia.gov.pl/ftp/OCK/dokumenty_Prawo_MPH/1949_12_VIII_IV%20konwencja_genewska.pdf, art. 2. dostęp z dnia: 21.09.2017 r.

²⁰ A. Kleczkowska, *op. cit.*, s. 102.

- noszą stałą i dającą się rozpoznać z daleka odznakę wyróżniającą;
- jawnie noszą broń;
- przestrzegają w swych działaniach praw i zwyczajów wojennych²¹.

Powyższy artykuł wymienia pospolite ruszenie oraz oddziały ochotnicze, które zobowiązane są do przestrzegania praw oraz zwyczajów prowadzenia wojny.

Ponadto w przypadku wojny hybrydowej, jeśli jedna ze stron wykorzystuje oddziały nieregularne, zobowiązane są one do przestrzegania norm międzynarodowego prawa humanitarnego²².

Jeśli oddziały nieregularne nie spełniają zapisu artykułu 1 Regulaminu, a przede wszystkim punktu, w którym mowa o noszeniu odznak wyróżniających, sprawa ulega komplikacji. Noszenie tego rodzaju odznak ma służyć odróżnieniu kombatantów od ludności cywilnej. W międzynarodowym prawie konfliktów zbrojnych wyróżnia się trzy grupy osób:

- kombatantów, czyli członków sił zbrojnych mających prawo do bezpośredniego udziału w prowadzonych działaniach zbrojnych;
- niekombatantów, czyli członków sił zbrojnych, którzy nie mają prawa do bezpośredniego udziału w prowadzonych działaniach zbrojnych;
- ludność cywilną²³.

Obecnie wymienia się jeszcze czwartą grupę – bezprawnych kombatantów, czyli obcych żołnierzy prowadzących bezprawne działania zbrojne na terytorium innego państwa²⁴. Pojawienie się w trakcie konfliktu na Ukrainie nieidentyfikowanych uczestników biorących udział w walkach, którzy nie posiadali dystynkcji wojskowych, a byli umundurowani i uzbrojeni, doprowadziło do powstania problemu tzw. zielonych ludzików (little green men). Pojęcie to powstało w marcu 2014 roku i stało się częścią składową definicji wojny hybrydowej. Little green men to osoby, których twarze pozostają zasłonięte, noszą zielone mundury, a także posługują się rosyjską bronią i mówią w języku rosyjskim²⁵. Brak noszenia emblematyki wyróżniającej uczestników walk od strony przeciwnej sprawia, że niespełniony zostaje jeden z warunków uznania za kombatanta, a co za tym idzie utraty takiego statusu w trakcie trwania konfliktu zbrojnego.

Konflikt zbrojny, oprócz charakteru międzynarodowego, może również spełniać warunki nadające mu formę działań niemiędzynarodowych. Artykuł 3 Konwencji Genewskich określa, że gdyby na terytorium jednej z Wysokich Umawiających się Stron wybuchł konflikt zbrojny nie posiadający charakteru międzynarodowego [...] ²⁶, to normy zawarte w tym artykule mogą mieć zastosowanie także w trakcie działań zbrojnych, w których udział biorą tzw. aktorzy niepaństwowi. Dalszy zapis tego artykułu („każda ze Stron w konflikcie obowiązana będzie stosować się przynajmniej do następujących postanowień” ²⁷) wskazuje, że postanowienia w nim zawarte obowiązują każdą ze stron biorącą udział w konflikcie, nawet wtedy, gdy nie jest ona jednym z sygnatariuszy Konwencji. Taka interpretacja artykułu 3 pozwala odnieść jego zapis do konfliktu noszącego znamiona wojny hybrydowej, w którym stronami są państwo-strona konwencji oraz aktor niepaństwowy znajdujący się na terytorium tego państwa. W związku z tym, normy międzynarodowego prawa humanitarnego mają również zastosowanie dla wszystkich konfliktów zbrojnych, bez względu na ich nazwę²⁸.

II protokół dodatkowy z 1977 roku, w artykule 1 wskazuje, że normy zawarte w tym akcie prawnym uzupełniają zapis artykułu 3 wspólnego dla wszystkich czterech Konwencji z 1949 roku, a także regulują zastosowanie postanowień genewskich w przypadku konfliktów zbrojnych toczących się „na terytorium Wysokiej Umawiającej się Strony między

²¹ Regulamin do IV Konwencji Haskiej z 1907 roku, http://www.pck.org.pl/pliki/mp/1907_Haga_-_IV_KH%20_Regulamin.pdf, art. 1. dostęp z dnia: 12.08.2017 r.

²² A. Kleczkowska, *op. cit.*, s. 102.

²³ T. Srogosz, Status prawny nieoznakowanych żołnierzy w wojnie hybrydowej, „Sprawy międzynarodowe” 2015, nr 4, s. 85.

²⁴ *Ibidem*, s. 85.

²⁵ A. Kleczkowska, *op. cit.*, s. 103.

²⁶ Konwencja genewska o ochronie osób cywilnych..., art. 3.

²⁷ *Ibidem*, art. 3.

²⁸ A. Kleczkowska, *op. cit.*, s. 103.

jej siłami zbrojnymi a rozłamowymi siłami zbrojnymi lub innymi zorganizowanymi uzbrojonymi grupami, pozostającymi pod odpowiedzialnym dowództwem i sprawującymi taką kontrolę nad częścią jej terytorium²⁹.

Takie sformułowanie powyższego artykułu zobowiązuje podmioty niepaństwowe, wykazujące się formą organizacji podobną do tej zawartej w artykule 1 protokołu, do przestrzegania norm międzynarodowego prawa humanitarnego³⁰. W przypadku, gdy jedna ze stron walczących nie spełnia warunku odpowiedniego zorganizowania, dowodzenia, bądź sprawowania kontroli nad określonym terytorium, tak jak ma to miejsce w przypadku wielu podmiotów niepaństwowych, status osób walczących w takich ugrupowaniach będzie możliwy do określenia nie w trakcie trwania konfliktu zbrojnego, lecz dopiero po ich pojmaniu³¹.

4. BIOTERRORYZM JAKO ELEMENT WOJNY HYBRYDOWEJ

Z wcześniejszych rozważań na temat wojny hybrydowej da się wyciągnąć wniosek, iż jednym z jej elementów są ataki terrorystyczne. Jednym z rodzajów przejawów terroryzmu jest bioterroryzm, niosący za sobą zagrożenie dla bezpieczeństwa ekologicznego. Nie ulega wątpliwości, iż bezpieczeństwo ekologiczne jest jedną z głównych potrzeb człowieka i polega zachowaniu oraz zapewnieniu mu zasobów środowiska odpowiedniej jakości oraz ilości³². Bioterroryzm jest jedną z odmian terroryzmu³³ – jest zjawiskiem wielopłaszczyznowym i dynamicznym, które może wystąpić w postaci różnych zachowań. Nie udało się w tym zakresie opracować jednej ścisłej i precyzyjnej definicji, która obejmowałaby swoim zakresem wszystkie zachowania z tym związane. Powodem owego stanu rzeczy jest wpływ rozwoju cywilizacji a zwłaszcza szybki postęp naukowy. Wskazuje się, iż istnieje około 100 definicji charakteryzujących zjawisko bioterroryzmu³⁴. Ze względu na wyróżniane cechy w piśmiennictwie można bioterroryzm wiązać z celowym zanieczyszczeniem (lub groźbą zanieczyszczenia) środowiska (w tym żywności, wód etc.) czynnikami biologicznymi, chemicznymi bądź radioaktywnymi mającymi wywołać śmierć lub chorobę u populacji cywilnej lub zakłócenia stabilności społecznej, ekonomicznej lub politycznej państwa³⁵. Bioterroryzm definiuje się także jako zamierzone użycie albo groźba użycia w celu wywołania choroby, zabicia ludzi, zwierząt lub zniszczenia roślin – wirusów, bakterii, grzybów, toksyn produkowanych przez żywe organizmy³⁶. Ponadto Brunon Hołyst definiuje bioterroryzm jako użycie biologicznego środka bojowego (bakterii, wirusów, riketsji, grzybów, toksyn) charakteryzującego się patogennością, zjadliwością, ekspansywnością, a także trudnością wykrywania i identyfikacji oraz niskimi kosztami wytwarzania³⁷. Terrorysty już są w stanie wykorzystać najnowsze zdobycze nauk biologicznych w swoich atakach. Z perspektywy społeczeństw największe znaczenie odgrywają zagrożenia, które dotyczą bezpieczeństwa zwykłych ludzi oraz zagrażają stabilności demokratycznych systemów państwowych i rozwojowi ekonomicznemu³⁸. Należy zatem zauważyć, że w charakterystyce zjawiska wskazuje się na fakt, iż wykorzystywane środki są skierowane bezpośrednio w bezpieczeństwo człowieka lub ekosystemu³⁹. Celem takich działań jest skuteczne wywołanie lęku i paniki wśród ludności oraz chaosu w wielu dziedzinach życia, jak również strat ekonomicznych, aby osiągnąć określone skutki. Do takich celów mogą być wykorzystane drobnoustroje wywołujące

²⁹ Protokół dodatkowy do konwencji genewskich z dnia 12 sierpnia 1949 r. dotyczący ochrony ofiar niemiędzynarodowych konfliktów zbrojnych z 8 czerwca 1977 r., Dz. U. 1992 nr 41 poz. 175, http://www.pck.org.pl/pliki/konwencje/ii_pd.pdf, dostęp z dnia: 13.08.2017 r.

³⁰ A. Kleczkowska, *op. cit.*, s. 104.

³¹ *Ibidem*, s. 104.

³² E. Zębek, Bioterroryzm jako zagrożenie dla bezpieczeństwa ekologicznego, *Studia Prawnoustrojowe* 2016, nr 31, s. 233.

³³ Według S. Pikulskiego terroryzm to działalność przestępcza na tle politycznym, zorganizowanych grup przestępczych o charakterze antypaństwowym. Podejmowane przez te ugrupowania akty terrorystyczne zmierzają do wymuszenia określonych następstw przez władze państwowe. Ugrupowania te osiągają swój cel poprzez wywoływanie strachu i paniki w opinii publicznej, a służy temu np. podkładanie bomb w miejscach publicznych czy zamachy na życie znanych osób życia politycznego – zobacz także: S. Pikulski, *Prawne środki zwalczania terroryzmu*, Olsztyn 2000, s. 13.

³⁴ P. Daniszewski, Bioterroryzm – zagrożeniem dla bezpieczeństwa regionalnego i światowego. *International Letters of Social and Humanistic Sciences* 2013, nr 1, s. 29.

³⁵ W. Dziwolak, Terroryzm żywnościowy – czynniki zagrożenia. *Przemysł Spożywczy* 2009, tom 63, nr 9, s. 43-45.

³⁶ P. Daniszewski, *Bioterroryzm...*, s. 29.

³⁷ B. Hołyst, *Kryminalistyka*, Warszawa 2007, s. 87.

³⁸ K. Chomiczewski, J. Kocik, M. T. Szkoda, *Bioterroryzm. Zasady postępowania lekarskiego*, Warszawa 2002, s. 52-53.

³⁹ U. Szymańska, E. Zębek, K. Krassowski, *Application of criminalistics to the environmental protection*, (w:) *Criminalistics and forensic examination: science, studies, practice VI – Corporate Study*, H. Malevski, G. Juodkaite – Granskiene (red.), Vilnius 2009, s. 251 – 259.

schorzenia takie, jak: węglik, bruceloza, pryszczycza, zapalenie mózgu i rdzenia koni, pomór świń, rzekomy pomór drobiu, księgosusz⁴⁰.

W ramach broni biologicznej wyjątkowo niebezpieczna może być produkcja wirusów, które potrafią kamuflować się w DNA ofiary i uaktywniać się dopiero po dłuższym czasie. Powoduje to, iż bardzo trudno jest wtedy pociągnąć sprawcę do odpowiedzialności karnej, w szczególności, że ciężko jest oszacować obszar działania broni biologicznej samo oddziaływanie może być dostrzeżone po długim czasie. Ponadto modyfikacje broni biologicznej mogą być wykorzystywane przeciw roślinom i zwierzętom. Stąd stworzenie mikroorganizmów niszczących hodowle i zasiewy może przyczynić się do „uderzenia” w gospodarkę innego państwa, bez prowadzenia jakichkolwiek działań militarnych⁴¹.

Obecnie możemy zauważyć ogromny postęp, jaki zachodzi na polu biotechnologii. Ów postęp w tej dziedzinie sprawia, iż problem broni biologicznej i bioterroryzmu staje się aktualny, a nawet poważniejszy ze względu na fakt, iż jest to najtańsza broń masowego rażenia w przeliczeniu na liczbę zabitych lub ciężko chorych po ataku. Lista rodzajowa broni biologicznej jest obecnie bardzo duża. Znajdują się na niej substancje bardzo trujące, które mogą być wytwarzane z wykorzystaniem taniej technologii oraz tanich smrodków przenoszenia (rażenia).

Jakie są główne przyczyny zagrożeń bioterroryzmem? Można je pogrupować w cztery charakterystyczne obszary:

- 1) polityczno-zbrojeniowa ekspansja ery zimnej wojny na świecie (wielkie mocarstwa świata i państwa satelitarne w celu zwiększenia swojej potęgi militarnej realizowały liczne programy badań nad bronią biologiczną);
- 2) trudna do realizacji kontrola broni biologicznej. Wiele państw utrudnia kontrolę, nie przyznając się do prac badawczych i produkcyjnych tego typu broni (np. Chiny, Egipt, Iran, Korea Północna i Południowa, Kuba, Laos, Rosja, RPA);
- 3) szybki postęp technologiczny spowodował rewolucję biotechnologiczną i jej rozprzestrzenienie się na całym świecie, stając się przedsięwzięciem ekonomiczno-komercyjnym nastawionym na zysk;
- 4) łatwa dostępność na rynku komponentów do wytworzenia i produkcji broni bakteriologicznej.

Przyczyny użycia przez terrorystów broni biologicznej mogą być bardzo różne. Mogą mieć podłoże: konfliktu politycznego, fanatyzmu religijnego, rasizmu, motywu działań kryminalnych poszczególnych grup przestępczych, nacjonalizmu. Przyczyn jest na chwilę obecną wiele i tylko na podstawie przypuszczeń organizacji rządowych lub oficjalnych komunikatów terrorystów można je określić.

Bioterroryzm czy terroryzm z zastosowaniem środków masowego rażenia są skuteczną bronią w ofensywie propagandowej. Wiadomości o zamiarze spowodowania epidemii, informowanie, że gdzieś w jakimś państwie, w jakimś mieście krąży grupa ludzi zarażonych zmutowanym wirusem śmiertelnej choroby może wywołać psychozę, której konsekwencje będą równie poważne, jak sam atak terrorystyczny. Ekspertsi są zdania, że terroryści nie ograniczają się jedynie do propagandy.

Bioterroryści coraz częściej, zamiast zastraszania, że przeprowadzą atak, wybierają faktycznie użycie biologicznie czynnych substancji toksycznych lub patogennych drobnoustrojów wywołujących choroby zakaźne. Wynika to bowiem z tego, że broń biologiczna jest najtańsza w produkcji. Jej gromadzenie i przechowywanie można łatwo utajnić, a jej wytworzenie nie wymaga skomplikowanej technologii. Oprócz tego produkcja mikroorganizmów i środków chorobotwórczych nie jest łatwa do szybkiego wykrycia, gdyż czynniki biologiczne są bezwonne i niewidzialne. Transmisji czynników zakaźnych sprzyja także obecny styl życia człowieka, związany z jego egzystencją. Zjawisku efektywnego rozprzestrzeniania się mikroorganizmów i innych środków chorobotwórczych sprzyjają częste i dalekie podróże ludzi oraz techniczne wykonanie obiektów wyposażonych w wentylację i zamknięty obieg powietrza. Te warunki konstrukcyjne sprzyjają rozprzestrzenianiu się epidemii różnych chorób. W tym przypadku choroby nie znają granic, a możliwości ich negatywnego wpływu na życie człowieka są bardzo duże.

⁴⁰ T. R. Aleksandrowicz, Nowy terroryzm, (w:) Współczesne zagrożenia terroryzmem oraz metody działań antyterrorystycznych, J. Szafranski (red.), Szczytno 2007; zobacz także: A. Machowski, Zagrożenia bioterroryzmem. Dydaktyczno – prewencyjne aspekty zarządzania bezpieczeństwem społecznym, Mysłowice 2008, s. 29.

⁴¹ P. Krajewski, Wojna terroryzm i biotechnologie. Journal of Modern Science 2006, nr 1, s. 667 – 678.

Pomimo istnienia wielu uwarunkowań prawnych o znaczeniu międzynarodowym ograniczających i wprowadzających zakaz stosowania broni biologicznej⁴² cały czas istnieje realna groźba użycia tej broni zarówno w obszarze działań wojennych (konfliktów zbrojnych) oraz przez różne ugrupowania terrorystyczne bądź podmiotów niepaństwowych prowadzących wojnę hybrydową. W tej sytuacji istotnym zadaniem całej społeczności międzynarodowej jest wzmocnienie już istniejących instrumentów prawnomiędzynarodowych w tym zakresie.

5. EKOTERRORYZM JAKO ELEMENT WOJNY HYBRYDOWEJ

Pojęcie terroryzmu ekologicznego, zwanego także ekoterroryzmem, jest stosunkowo nowym pojęciem. Jest pewnego rodzaju odmianą terroryzmu. Nie jest pojęciem normatywnym, nie został zdefiniowany w żadnym akcie prawnym. Najczęściej odwołuje się to pojęcie do działalności organizacji ekologicznych stosujących zakazane prawem smrodki w celu realizacji celów ekologicznych. Jednak nie można zapominać również o działaniach terrorystów, które nie mają na celu ochrony środowiska, a tym samym nie służą zapewnieniu bezpieczeństwa ekologicznego. Środowisko dla nich jest jedynie celem ataku. Dlatego też ekoterroryzm należy rozumieć szeroko mając na względzie zarówno działania niezgodne z prawem lub na granicy prawa podejmowane przez organizacje ekologiczne, jak również działania ekoterrorystów, dla których elementy środowiska są jedynie przedmiotem ataku. Źródła zagrożeń oraz ich skutki nie zawsze są rozpoznawalne, jednak bezsprzecznie należy podkreślić, że mogą wywoływać negatywne skutki odczuwalne, zarówno przez społeczność międzynarodową, jak i przez obywateli poszczególnych państw. Mogą stanowić zagrożenie dla wewnętrznego bezpieczeństwa państwa

Shannon O'Lear klasyfikuje w swojej pracy ekoterroryzm pisząc o grupach ekoterrorystycznych w USA oraz o traktowaniu środowiska jako celu ataku⁴³. Ze względu na źródła inspiracji ideowej i cele ataku autor wyróżnia dwa rodzaje „zielonego terroryzmu”:

- ekoterroryzm instrumentalny (ekologiczny szantaż) - działanie terrorystów nie ma żadnego związku z realizacją idei ekologicznych, a wręcz przeciwnie, może być ich zaprzeczeniem; chodzi zaś o wywołanie powszechnego przerażenia możliwymi następstwami ataku i efektami wywołanymi w środowisku naturalnym na znacznym obszarze. Tło ekologiczne ma więc dla terrorysty wymiar instrumentalny, gdyż to właśnie ekosystem jest celem zamachu terrorystycznego, podobnie jak w działaniach militarnych współczesnego (i najprawdopodobniej przyszłego) pola walki. Stopień zagrożenia środowiska jest w przypadku tzw. superterroryzmu („czarne scenariusze” zniszczenia elektrowni jądrowej, dokonania radioaktywnych skażeń, użycia broni biologicznej lub chemicznej itp.) bardzo wysoki.
- ekoterroryzm millenarystyczny (właściwy) - radykalizm form działania wynika z inspiracji ideowej „zielonego mistycyzmu”, a więc wątków ekologii głębokiej, neomaltuzjanizmu czy ekofaszyzmu; antyhumanizm ideologów zielonej utopii przybiera wręcz formy awersji do gatunku ludzkiego, w ekoterroryzmie właściwym celem zamachów byłoby więc przede wszystkim ludzkie, i to całe populacje. Również i w tym przypadku stopień zagrożenia środowiska może być wysoki, gdyby celem zamachowców było niszczenie obiektów czy urządzeń przemysłowych; łagodna forma ekoterroryzmu właściwego jest ekosabotaż, czyli akty wandalizmu wymierzone przeciwko przedmiotom i obiektom postrzeganym jako symbole konsumpcjonizmu, w tym przypadku akcje mają charakter mechanizmu kompensacyjnego wobec frustracji na tle socjoekonomicznym.

Istotne znaczenie na gruncie niniejszego opracowania ma ekoterroryzm instrumentalny. Ten przejaw terroryzmu obejmuje działania celowe, które polegają na wprowadzeniu do ekosystemu energii bądź substancji, prowadzące do postępującej i szybkiej degradacji środowiska⁴⁴. Terroryzm ekologiczny cechuje się takimi działaniami jak wprowadzenie

⁴² Konwencja o Zakazie Broni Biologicznej i Toksycznej (BTCW), podpisana w 1972 roku, weszła w życie w 1975 roku. Polska jest stroną Konwencji (podpisanie: 10.04.1972 roku, ratyfikacja: 11.12.1972 roku). Sygnatariuszami BTWC są 162 państwa, z których 145 ratyfikowało zapisy Konwencji. Konwencja nie wprowadziła skutecznych mechanizmów umożliwiających weryfikację jej stosowania przez strony.

⁴³ S. O'Lear, *Environmental Terrorism: A Critique* [w:] S. D. Brunn (red.), *11 September and Its Aftermath. The Geopolitics of Terror*, London - Portland, Or 2004, s. 127-150.

⁴⁴ B. Hołyst, *Kryminalistyka*, Warszawa 2007, s. 87

do atmosfery, wody lub gruntu, w tym także do mórz strefy kontynentalnej, substancji zagrażającej zdrowiu ludzi lub zwierząt albo środowisku naturalnemu, jeśli zachowanie to pozostaje w związku z działaniem indywidualnym lub zbiorowym, których celem jest poważne zakłócenie porządku publicznego poprzez zastraszenie lub terror⁴⁵. Narzędziem ekoterrorystów jest broń chemiczna oparta na syntetycznie wytwarzanych substancjach, asymilowanych przez żywe organizmy, prowadzących do okresowego paraliżu lub śmierci⁴⁶. Substancje chemiczne wykorzystywane w celach militarnych są bardzo toksyczne i prowadzą do silnego skażenia zasobów wodnych, gleb, upraw rolnych, powietrza oraz odznaczają się szkodliwym a nawet śmiertelnym wpływem na ludzi i zwierzęta. Potencjalnym narzędziem ekoterrorystów obok zastosowania substancji silnie toksycznych mogą być także odpady niebezpieczne i promieniotwórcze⁴⁷.

W 2014 r. separatyści zajmujący teren Donbasu zagrozili zaprzestaniem konserwacji polegających na wypompowaniu wody z zalanych kopalń na tym obszarze. Działanie to miało na celu groźbę wywołania katastrofy ekologicznej. Woda w tych kopalniach zanieczyszczona była substancjami chemicznymi takimi jak metan, a w przypadku jednej z kopalń odpadami radioaktywnymi. Skutkiem nie podjęcia działań w zalanych kopalniach byłoby przedostanie się toksycznych wód do gruntu i wód podziemnych, co doprowadziłoby do skażenia wód i gleby. Przytoczona sytuacja stanowi wprost przykład wykorzystania ekoterroryzmu jako elementu wojny hybrydowej.

ZAKOŃCZENIE

Na początku XXI wieku pojęcie wojny hybrydowej i terroryzmu (konfliktu hybrydowego) zaczęło być używane znacznie częściej niż miało to miejsce wcześniej. Wzrost aktywności tzw. Państwa Islamskiego, a także konflikt na Ukrainie w 2014 roku przyczyniły się do zintensyfikowanego wykorzystania obu terminów⁴⁸.

W przypadku współczesnych konfliktów zbrojnych akt wypowiedzenia wojny nie ma zastosowania, co jest wynikiem zakazu użycia siły znajdującego się w Karcie Narodów Zjednoczonych. W odniesieniu do konfliktu hybrydowego mógłby on jednak stanowić pewnego rodzaju wsparcie dla państwa będącego ofiarą ataku. Nie tylko przyczyniłby się on do „zaangażowania napastnika w wojnę i przekształcenia tego konfliktu w konflikt konwencjonalny”, a więc podjęcia działań niehybrydowych, ale także zwróciłby uwagę społeczności międzynarodowej⁴⁹. Wypowiedzenie wojny jest korzystnym rozwiązaniem w przypadku, kiedy obie strony konfliktu posiadają porównywalny potencjał militarny. Z kolei w przypadku, kiedy między stronami konfliktu istnieje dysproporcja sił, dla podmiotu słabszego atrakcyjnymi metodami prowadzenia walki stają się akty terroryzmu, w szczególności bio i ekoterroryzmu. Fakt ten wynika z łatwości wytworzenia broni biologicznej bądź chemicznej niskim kosztem, zaś jej potencjalne zastosowanie wywołuje w szeregach wroga olbrzymie zniszczenia, zarówno w postaci śmierci ludzi jak również szkód w środowisku. Ponadto obok skutków fizycznych wywołuje skutki psychologiczne w społeczności, takie jak lęk, panika, strach i przerażanie.

Nie ulega wątpliwości, że bio i ekoterroryzm stanowią istotne zagrożenie dla bezpieczeństwa ekologicznego całego świata. O ile w przypadku zastosowania ich przez podmioty państwowe, prawo międzynarodowe stwarza mechanizmy umożliwiające pociągnięcie tych państw do odpowiedzialności, o tyle w przypadku podmiotów niepaństwowych, obowiązujące regulacje międzynarodowe mogą okazać się niewystarczające.

⁴⁵ K. Indeck, W sprawie definicji normatywnej terroryzmu, (w:) *Przestępczość zorganizowana. Świadek koronny. Terroryzm w ujęciu praktycznym*, W. Pływaczewski (red.), Kraków 2005, s. 284.

⁴⁶ B. Hołyst, *Terroryzm tom 1*, Warszawa 2009, s. 47.

⁴⁷ E. Zębek, Bezpieczeństwo ekologiczne w zakresie zapewnienia obywatelom odpowiedniej jakości zasobów wody pitnej, (w:) *Bezpieczeństwo personalne a bezpieczeństwo strukturalne państwa. Wolność i bezpieczeństwo obywatela*, T. Grabińska i H. Spustek (red.), Wrocław 2013, s. 35-50.

⁴⁸ K. Wąsowski, *op. cit.*, s. 39.

⁴⁹ *Ibidem*, s. 105.

BIO AND ECOTERRORISM AS ELEMENTS OF A HYBRID WAR

This article presents the character of modern armed conflicts which feature is hybridism. It defines genesis of the notion of hybrid warfare and little green men. It also presents their status in the international law. Additionally, there became presented characteristic features of hybrid conflicts, in particular, bio and ecoterrorism as elements of a hybrid war.

Paweł Rojczyk

SYTUACJA PRAWNA PACJENTA PSYCHIATRYCZNEGO, CZĘŚĆ 1

1. Wstęp

Choroby psychiczne są jednymi z najbardziej rozwijających się i eskalujących schorzeń obecnego świata. Kondycja psychiczna wpływa nie tylko na produktywność jednostki, a co za tym idzie i społeczeństwa.

Według badań przeprowadzonych przez Światową Organizację Zdrowia (World Health Organization, dalej: WHO), na podstawie których klasyfikuje się skalę zjawiska obciążenia chorób na świecie (Global Burden of Disease Study – GBD), zaburzenia behawioralne i psychiczne w Europie obejmują około 20% wszystkich przypadłości dotyczących aktualne społeczeństwa.

Problemy ze stanem zdrowia psychicznego dotyczą jedną na cztery osoby, a nadmienić w tym miejscu należy, iż to w regionie europejskim znajduje się sześć krajów o najwyższym wskaźniku samobójstw na świecie z pierwszej dziesiątki.

Niniejszy artykuł ma na celu przybliżenie i analizę sytuacji prawnej, na podstawie wybranych regulacji Unii Europejskiej, osób dotkniętych zaburzeniem psychicznym, wraz z systematyką pojęć zdrowia i pacjenta psychiatrycznego. Autor zamierza rozpocząć tym artykułem cykl dotyczący przedstawienia problematyki osób z zaburzeniami psychicznymi.

2. Pojęcie zdrowia, prawa do zdrowia oraz zdrowia psychicznego

Dokładne zrozumienie terminu zdrowie jest potrzebne na tle dalszej dyskusji w temacie zdrowia psychicznego. Próby utworzenia jednej, spójnej definicji **zdrowia** były podejmowane już w II w. n. e. przez, chociażby, lekarza rzymskiego, Galena. On to określił, iż zdrowie to „taki stan, w którym nie odczuwamy bólu, a codzienna aktywność nie ulega zahamowaniu”².

Należy zważyć, iż próby definiowania zdrowia mają szeroki charakter: znajduje się tam i aspekt społeczny - związany z czynnikami miejsca zamieszkania, dochodami, sposobem odżywiania się – a także związany jest z aspektem ekonomicznym, rozwojem osobistym, bezpieczeństwem czy też sytuacją prawną.³

Polski higienista i pionier w teoretyzacji społecznej medycyny, Marcin Kacprzak, żyjący na przełomie XIX i XX wieku, określił, iż „zdrowie to nie tylko brak choroby czy niedomagań, ale i dobre samopoczucie oraz taki stopień przystosowania biologicznego, psychicznego i społecznego, jaki jest osiągalny dla danej jednostki w najkorzystniejszych warunkach”.⁴ Marian Sygit określa to zagadnienie jako modelowy stan zgodności i równowagi organów organizmu, oraz samego organizmu jako takiego⁵.

Natomiast wspomniana już wcześniej WHO określiła, iż zdrowiem jest „stan zupełnej pomyślności fizycznej, umysłowej i społecznej, a nie jedynie brak choroby lub ułomności”. Następnie definicja ta została dookreślona poprzez dodanie „prowadzenia produktywnego życia społecznego i ekonomicznego”, a nawet o wymiar religijny.⁶

Zgodnie więc ze stanowiskiem WHO zdrowiem fizycznym nazywamy stan prawidłowego funkcjonowania organizmu oraz jego organów.

¹ World Health Organization, *Preventing suicide: a global imperative*, [online], dostęp: 01.11.2018 r., https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/131056/9789241564779_eng.pdf;jsessionid=FA797AE69567DA98B90FA7CD6B961C28?sequence=1.

² E. Korzeniowska, *O zdrowiu i jego definicjach*, Zdr. Publ. 1988, Nr 9, s. 466-469.

³ A. Litwiejko, *Podstawy zdrowia publicznego w aspekcie prawnospołecznym*, Warszawa 2010, s.14.

⁴ M. Sygit, *Zdrowie publiczne*, Wolters Kluwer Polska Sp. z o. o., Warszawa 2010, s. 14.

⁵ Ibidem, s. 14.

⁶ Konstytucja Światowej Organizacji Zdrowia, Porozumienie zawarte przez Rządy reprezentowane na Międzynarodowej Konferencji Zdrowia i Protokół dotyczący Międzynarodowego Urzędu Higieny Publicznej, podpisane w Nowym Jorku dnia 22 lipca 1946 r., (Dz.U. 1948 nr 61 poz. 477); Poprawki do art. 24 i 25 KŚOZ, podpisanej w Nowym Jorku 22.7.1946 r., (Dz. U. z 1978 r. nr 7, poz. 26); Poprawki do art. 24 i 25 KŚOZ (Dz. U. z 2006 r., nr 162, poz. 1145).

Należy więc przyjąć, iż pojęcie *prawo do zdrowia*, jako prawa osobiste jednostki, będzie miało swoje początki w uniwersalnym systemie praw człowieka, praw etycznych, i jest naturalną konsekwencją tego, iż człowiek posiada – powszechną i przyrodzoną – godność ludzką⁷. Trzeba zaznaczyć, iż w systemach prawnych obligatoryjność i gwarancja poszanowania godności ludzkiej są podstawami dla działalności krajów i międzynarodowych organizacji⁸. Jednoznaczne jest, iż ażeby ochronić godność człowieka, opieka socjalna musi zostać ukonstytuowana na wysokim poziomie oraz zapewnić człowiekowi prawo do należytych warunków życia, czy to w aspekcie materialnym (tutaj: dostęp do odzieży, dostęp do żywności, dostęp do własnego lokum, dostęp do uzyskania pomocy lekarskiej, dostęp do infrastruktury antykrzysowej), czy też w aspekcie psychicznym (tutaj: prawo do uczenia się, udział w wydarzeniach kulturalnych i życiu społecznym, wspomaganie w rozwiązywaniu problemów)⁹.

Jerzy Leowski określa, iż zdrowiem publicznym będziemy nazywać zespół działań naukowych i sztukmistrzowskich – nie łączony w tym aspekcie z artyzmem jako takim, a raczej jako artyzmem zawodowym – w celu zapobiegania chorobom, przedłużania życia wraz z promocją zdrowia przez wysiłek zorganizowanego społeczeństwa¹⁰. Jest to wersja skrócowa definicji klasycznej zdrowia publicznego stworzonej przez Charlesa-Edwarda Winslowa. W jego koncepcji zdrowie publiczne to także wysiłek społeczny nałożony na odpowiednie promowanie zdrowia, higienę środowiskową, kontrolę nad zakażeniami i epidemiami, wraz z dobrze funkcjonującą służbą zdrowia¹¹.

Rozpatrując problematykę chorób psychicznych i zaburzeń psychicznych, należy poddać pod rozwałę ogólną jej tematykę. Nie jest możliwym podjęcie analizy takich pojęć jak choroba i zaburzenie psychiczne bez próby utworzenia bazowej koncepcji *zdrowia psychicznego*. Należy zauważyć, iż nie jest możliwym oddzielenie zdrowia psychicznego od życia w społeczeństwie oraz próbą realizacji i podołaniem wymaganiom codziennego funkcjonowania.

Nie ma jednak jednej, zasadniczej, definicji zdrowia psychicznego. *Zdrowiem psychicznym* określić można stan zdrowia emocjonalnego – zdolności rozpoznania i reagowania na uczucia, odpowiedniego i jasnego wyrażania uczuć, umiejętność radzenia sobie z sytuacjami kryzysowymi, stresogennymi, napięciem, strachem bądź agresją – oraz stan zdrowia umysłowego – czyli zdolności logicznego i klarownego myślenia.¹²

Według S. Dąbrowskiego i J. Pietrzykowskiego, którzy w swoim komentarzu do *ustawy o ochronie zdrowia psychicznego* określają, iż samo stwierdzenie *zdrowia psychicznego* nie jest możliwe w zadowalającym wszystkie strony stopniu¹³. K. Dąbrowski spróbował dokładnie oddać swoje badania nad zdrowiem psychicznym tworząc definicję głoszącą jakoby jest to „zdolność do wielopłaszczyznowego i wielopoziomowego rozwoju psychicznego”¹⁴. Jan Czesław Czabała w wydaniu drugim *Psychiatrii* podał własną definicję. Według niego zdrowie psychiczne to „zespół właściwości osoby, umożliwiających jej takie spostrzeganie i rozumienie siebie i własnego otoczenia, które pozwala jej na przystosowanie się do warunków życia i zmienianie ich w korzystny dla siebie sposób. (...) jest to zespół przekonań, że świat jest zrozumiały, że można na niego wpływać i że życie ma sens”¹⁵.

Najważniejszą, jednakże, definicją zdrowia psychicznego będzie ta wypracowana przez WHO i pochodząca z pism Komisji Europejskiej: *The State of Mental Health in the European Union*¹⁶ z 2004 r. oraz innych, mówiąca, iż „zdrowie psychiczne jest stanem dobrego samopoczucia, w którym człowiek wykorzystuje swoje zdolności, radzi sobie ze stresem w codziennym życiu, wydajnie i owocnie pracuje oraz jest w stanie wnieść wkład w życie danej wspólnoty. Można je

⁷ B. Sygit, D. Wąsik, *Prawo do ochrony zdrowia*, Difin SA, Warszawa 2016, s. 13.

⁸ G. Grabowska, Wartości uniwersalne a prawa człowieka we współczesnym świecie, [w:] *Uniwersalny i regionalny wymiar ochrony praw człowieka. Nowe wyzwania – nowe rozwiązania*, t. 1, J. Jaskiernia (red.), Warszawa 2014, s. 20.

⁹ A. Zieliński, Pojmowanie godności ludzkiej w świetle praw ekonomicznych i socjalnych, [w:] *Godność człowieka a prawa ekonomiczne i socjalne. Księga jubileuszowa wydana w piętnastą rocznicę ustanowienia Rzecznika Praw Obywatelskich*, Warszawa 2003, s. 53.

¹⁰ J. Leowski, *Polityka zdrowotna a zdrowie publiczne. Ochrona zdrowia w gospodarce rynkowej*, Warszawa 2004, s. 14.

¹¹ C.-E. Winslow, *United field of Public Health*, *Modern Medicine* 1920, z. 2.

¹² A. Fiutak, *Pomoc psychologiczna. Prawo i etyka w zawodach terapeuty i psychiatry*, Difin SA, Warszawa 2016, s. 19-20.

¹³ S. Dąbrowski, J. Pietrzykowski, *Ustawa o ochronie zdrowia psychicznego. Komentarz*, Instytut Psychiatrii i Neurologii, Warszawa 1997, s. 217-224.

¹⁴ K. Dąbrowski, *W poszukiwaniu zdrowia psychicznego*, PWN, Warszawa 1989, s. 48-65, 102-103.

¹⁵ J. Cz. Czabała, *Zdrowie psychiczne: definicje, wskaźniki, determinanty, zagrożenia, promocja*, [w:] Wciórka J., S. Pużyński, Rybakowski J. (red.), *Psychiatria. T. 3. Metody leczenia. Zagadnienia etyczne, prawne, publiczne, społeczne*, wyd. 2, Elsevier Urban & Partner, Wrocław 2012, s. 575-585.

¹⁶ *The State of Mental Health in the European Union*, [online], dostęp: 04.11.2018 r., https://ec.europa.eu/health/archive/ph_projects/2001/monitoring/fp_monitoring_2001_frep_06_en.pdf.

ujmować przez dwa wymiary:

- pozytywne zdrowie psychiczne - to dobrostan jednostki i takie zasoby, które umożliwiają radzenie sobie z trudnościami i unikanie załamania stanu zdrowia. Przykładowe zmienne charakteryzujące ten wymiar: wysoka samoocena, poczucie panowania nad sytuacją, optymizm, poczucie koherencji, poczucie skuteczności, odporność;
- negatywne zdrowie psychiczne - wiąże się z objawami negatywnymi określanymi jako psychologiczny dystres i występowanie zaburzeń psychicznych (kwalifikowanych według ICD-10 lub DSM-IV)¹⁷.

Według autora ta właśnie definicja zdrowia psychicznego, na potrzeby niniejszego cyklu artykułów, jest definicją najtrafniejszą, najpełniejszą i, co także ważne, najczęściej stosowaną przez środowisko lekarzy psychiatrów.

Brak jest wątpliwości w zagadnieniu, iż zdrowie psychiczne jest jedną z fundamentalnych składowych dóbr osobistych człowieka. Wynikiem tego jest zobowiązanie państwa do ochrony praw osób z zaburzeniami psychicznymi.

3. Pojęcie choroby psychicznej

Przy pojęciu *choroby psychicznej* pojawia się podobny problem jak przy określeniu zdrowia psychicznego. Definicja ta, podczas prób jej określenia, podlegała ciągłym zmianom – co odpowiadało aktualnym nurtom filozoficznym, etycznym, panującej wokół kultury społecznej, a także od badań w temacie procesów psychologicznych oraz badań w kwestii objawów i powodów występowania zaburzeń psychicznych.

W *Encyklopedycznym słowniku psychiatrii* z 1972 r., Lucjan Korzeniowski określił stan psychozy - nie występuje tam hasło *choroba psychiczna* - jako „schorzenie psychiczne charakteryzujące się zmianami chorobliwymi w zakresie myślenia, świadomości, intelektu, woli, uczuć, działania i innych funkcji psychicznych, prowadzącymi do znacznych niekiedy zaburzeń zachowania w środowisku społecznym”¹⁸.

Często w miejsce *choroby psychicznej* stosuje się zamiennie termin *zaburzenie psychiczne*, które w Międzynarodowej Statystycznej Klasyfikacji Chorób i Problemów Zdrowotnych ICD-10 zostało wprowadzone na stałe¹⁹. Hasło *psychiczne choroby* zawarte w *Wielkiej encyklopedii powszechnej PWN*²⁰, wydaniu 2000-2004, jest przykładem takiego postępowania:

„Psychiczne choroby - określenie obejmujące wszelkie zaburzenia psychiczne, które są przedmiotem zainteresowania psychiatrii ze względu na potrzebę ich leczenia; wyodrębnienie choroby psychicznej jest zwykle podyktowane względami praktycznymi, związanymi z wprowadzaniem zasad postępowania medycznego, społecznego lub prawnego (uprawnień lub ograniczeń, wyjątków, przywilejów), różnicowanymi w odniesieniu do osób spełniających ustalone kryteria choroby psychicznej (np. w Polsce osoby cierpiące na chorobę psychiczną mają większy dostęp do nieodpłatnych świadczeń zdrowotnych niż ogół osób z zaburzeniami psychicznymi, ale też tylko wobec osób z chorobą psychiczną jest możliwe postępowanie lecznicze bez ich zgody). Przyczyną stanów zaliczanych do choroby psychicznej mogą być: choroby, uszkodzenia lub dysfunkcje mózgu, wpływ substancji psychoaktywnych, czasem szczególne okoliczności wyzwalające stres, który przekracza zdolności przystosowawcze osoby, w wielu przypadkach ostateczne przyczyny choroby psychicznej pozostają niejasne. Kwalifikowanie pewnych zaburzeń jako choroba psychiczna wiąże się często ze stereotypami i uprzedzeniami, dlatego coraz częściej postuluje się rezygnację z użycia tego określenia i poprzestanie na mniej obciążającym, pozbawionym negatywnych konotacji określeniu: zaburzenia psychiczne”²⁰.

Treść tej definicji jest zgodna także z określeniem płynącym z *ustawy o ochronie zdrowia psychicznego*, które umieszczono w art. 3 brzmiącym: „Ilekcroć przepisy niniejszej ustawy stanowią o:

1. osobie z zaburzeniami psychicznymi, odnosi się to do osoby:
 - a. chorej psychicznie (wykazującej zaburzenia psychotyczne),
 - b. upośledzonej umysłowo,

¹⁷ D. Hajdukiewicz, *Zagadnienia psychiatrii sądowej. Część I. Podstawy prawne i medyczne*, Instytut Psychiatrii i Neurologii, Warszawa 2016, s. 24-25.

¹⁸ L. Korzeniowski, *Zdrowie psychiczne*, [w:] Korzeniowski L., Pużyński S. (red.): *Encyklopedyczny słownik psychiatrii*, PWZL, Warszawa 1972, s. 298.

¹⁹ *Klasyfikacja zaburzeń psychicznych i zaburzeń zachowania w ICD-10. Opisy kliniczne i wskazówki diagnostyczne*. Uniwersyteckie Wydawnictwo Medyczne „Vesalius”, Instytut Psychiatrii i Neurologii, Kraków-Warszawa 1997, s. 13-17.

²⁰ *Wielka encyklopedia powszechna*, Warszawa: PWN; 2000-2004.

b. wykazującej inne zakłócenia czynności psychicznych, które zgodnie ze stanem wiedzy medycznej zaliczane są do zaburzeń psychicznych, a osoba ta wymaga świadczeń zdrowotnych lub innych form pomocy i opieki niezbędnych do życia w środowisku rodzinnym lub społecznym²¹.

Jednakże z obu przytoczonych wcześniej definicji można pośrednio wyprowadzić, na potrzeby niniejszego artykułu, jedną, opierającą się na następujących filarach: **choroba psychiczna to stan, w którym dana osoba wykazuje objawy psychotyczne**. Natomiast w kontekście zaburzenia psychicznego należy rozumieć to jako **chorobę, w której mamy do czynienia z objawami psychotycznymi**. Jak wskazuje S. Pużyński obie te definicje są niewystarczające, aby oddać pełnię problemu pojawiającego się przy zaistnieniu tych dolegliwości²².

4. Pojęcie pacjenta psychiatrycznego

Natomiast najbardziej problematycznym jest konkretne sprecyzowanie terminu odnoszącego się do **pacjenta psychiatrycznego**. Definicja legalna nie istnieje i brak jest informacji w temacie prób jej stworzenia, a rozpoczynając rozważania należy wspomnieć o historycznym i etymologicznym znaczeniu tego słowa.

Znaczenie słowa *pacjent* wywodzi się z języka łacińskiego, gdzie *patiens* oznaczało osobę cierpiącą, chorą bądź też znoszącą trudy cierpienia²³. Jak podaje ujęcie słownikowe języka polskiego pacjentem jest „chory zwracający się po poradę do lekarza, znajdujący się pod jego opieką”²⁴, zaś język wyrazów obcych jako „chorego zgłaszającego się po poradę do lekarza będącego pod opieką lekarza”²⁴.

Regulacje międzynarodowe WHO określają pacjenta jako każdą osobę korzystającą z usług medycznych bądź świadczeń zdrowotnych niezależnie od tego, czy jego stan jest określany jako zdrowy, czy jako chory. Wynika z tego, iż pacjent jest także klientem tych podmiotów, które świadczą usługi medyczne, np. zakładów opieki zdrowotnej, psychiatry, nawet pomimo tego, iż wiele osób w doktrynie twierdzi, że nie ma to w tym wypadku zastosowania.²⁵

Ustawa o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta wprowadza do polskiego systemu legislacyjnego definicję legalną pojęcia *pacjent*. Mianem pacjenta, w art. 3. ust. 1 pkt 4 u.p.p, określa się „osobę zwracającą się o udzielenie świadczeń zdrowotnych udzielanych przez podmiot udzielający świadczeń zdrowotnych lub osobę wykonującą zawód medyczny”²⁶. W literaturze nie występuje zdefiniowanie pojęcia *pacjenta psychiatrycznego*. Należy więc, poprzez analizę pojęcia szpitala psychiatrycznego²⁷, zaburzeń/chorób psychicznych i pojęcia pacjenta, podjąć próbę zdefiniowania.

Należy więc podjąć próbę wskazania definicji pacjenta psychiatrycznego na potrzeby niniejszego, jak i następnych, artykułów.

Tym samym, **pacjentem psychiatrycznym będziemy określali osobę, która została umieszczona - za lub bez jej zgody - w wyodrębnionej jednostce w przedsiębiorstwie podmiotu leczniczego, której zadaniem jest wykonywanie działalności leczniczej na zasadzie pomocy psychiatrycznej**.

5. Regulacje Unii europejskiej w sferze pacjenta psychiatrycznego – wybrane zagadnienia

Aby wstępnie przeanalizować sytuację prawną pacjenta psychiatrycznego autor zdecydował się przybliżyć wybrane zagadnienia takich aktów międzynarodowych jak Powszechna Deklaracja Praw Człowieka, Europejskiej Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności oraz Konwencji o ochronie praw człowieka i godności istoty ludzkiej w odniesieniu do zastosowań biologii i medycyny.

²¹ Ustawa z dnia 19 sierpnia 1994 r. o ochronie zdrowia psychicznego (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1878).

²² S. Pużyński, Choroba psychiczna - problemy z definicją oraz miejscem w diagnostyce i regulacjach prawnych, *Psychiatria Polska*, tom XLI, 2007, numer 3, s. 299-308.

²³ J. Budny, *Prawa pacjenta. Między autonomią a paternalizmem*, Wydawnictwo C. H. Beck, Warszawa 2007, s. 9.

²⁴ *Słownik wyrazów obcych* (red.) E. Sobol, Warszawa 1995, s. 809.

²⁵ K. Opolski, Zarządzanie przez jakość w usługach zdrowotnych, teoria i praktyka, CeDeWu, Warszawa 2003, s. 58.

²⁶ Ustawa z dnia 6 listopada 2008 r. o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta (tekst jedn.: Dz. U. z 2012 r. poz. 159 z późn. zm.).

²⁷ Ustawa z dnia 15 kwietnia 2011 r. o działalności leczniczej (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 2190 z późn. zm.), określa w pkt 9, ust. 1 art. 2, iż szpitalem jest przedsiębiorstwo podmiotu leczniczego, gdzie podmiot wykonuje działalność leczniczą w rodzaju świadczenia szpitalnego. Nie występuje natomiast ujęcie „szpital/oddział psychiatryczny”, dlatego też - dokonując analizy logicznej - będzie to wyodrębniona jednostka w przedsiębiorstwie podmiotu leczniczego, w której podmiot ten wykonuje leczniczą działalność w rodzaju leczenia psychiatrycznego.

Powszechna Deklaracja Praw Człowieka²⁸ (później: Deklaracja), zawarta 10 grudnia 1948 roku w Paryżu, jest jednym z najdonioślejszych aktów prawnych zawierających w swoich przepisach prawa człowieka. Powstała ona w odpowiedzi na wyjawione zbrodnie nazistowskie. W 1945 r. zaznaczano, iż Karta Narodów Zjednoczonych²⁹ bardzo ogólnikowo formuje i deklaruje poszanowanie praw człowieka. Należy zauważyć, iż jest to pierwsze jakiegokolwiek zaakcentowanie przez Organizację Narodów Zjednoczonych praw człowieka w akcie prawnym międzynarodowym.

Najważniejszymi artykułami w Deklaracji, w odniesieniu do sytuacji osób psychicznie chorych, jest art. 3, 5 oraz 9. Stanowią one, iż każda istota ludzka ma prawo do życia, poszanowania i zagwarantowania jej wolności i bezpieczeństwa (art. 3), a także, że nie mogą być stosowane wobec jednostki żadne nieludzkie działania - w tym tortury - bądź zmierzające w kierunku poniżenia (art. 5). Także nie możliwe jest traktowanie człowieka arbitralnie - nie można bezprawnie człowieka aresztować, zatrzymać bądź poddać deportacji (art. 9)³⁰.

Poprzez określenie „prawo do życia” w Deklaracji należy rozumieć także prawo do zdrowia, a, co za tym idzie, do zdrowia psychicznego, ponieważ nie można oddzielić tych dwóch aspektów w momencie mówienia o zdrowiu. W obliczu traktowania osób psychicznie chorych - na przestrzeni wieków - niehumanitarnie, podkreślenie ich prawa do dobrego obchodzenia się z nimi jest szczególnie ważne i znamienne.

Mimo tendencji zmierzających w kierunku poprawy ich statusu należy zauważyć, że często nadal podstawowe ich prawa są łamane - co autor przedstawi w następnym artykule. Prawo do braku bezprawnego uwięzienia jest także szczególnie ważne - osoba chora psychicznie może zostać umieszczona w szpitalu psychiatrycznym bez jej zgody, jednakże jest to obostrzone odpowiednimi regulacjami prawnymi.

Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności³¹ (później: Konwencja o wolnościach), ogłoszona w dniu 4 listopada 1950 r. oraz ratyfikowana przez wszystkie państwa będące członkami Rady Europy, to podstawowy dokument o charakterze międzynarodowym, który reguluje ochronę naczelných wolności i praw człowieka. Konwencja ta, oprócz jednoznacznego określenia przypisanych człowiekowi podstawowych praw, także ustanowiła najważniejszy element instytucjonalny systemu ochrony prawa człowieka: Europejski Trybunał Praw Człowieka. Orzecznictwo tegoż Trybunału jest jednym z najbardziej liczących się, co do kwestii rozwoju ochrony praw człowieka, zaś Wyroki te dodatkowo tworzą standardy i ramy ochrony. Rzeczypospolita Polska jest stroną Konwencji o wolnościach od roku 1993, zaś standardy określane przez ETPC i samą Konwencję miały ogromny wpływ na rozwijanie się i tworzenie podwalin pod demokratyczny ustrój państwa polskiego.

W tym miejscu warto, tak samo jak przy Deklaracji, przeanalizować pokrótce artykuły odnoszące się do sytuacji zaburzonych psychicznie. Konwencja o wolnościach stanowi - dla potrzeb niniejszego artykułu zostaną przedstawione tylko niektóre, wybrane zagadnienia - o prawie do życia (art. 2, ust. 1, zdanie pierwsze.), zakazie tortur i nieludzkiego traktowania (art. 3), zakazie niewoli (art. 4, ust. 1) oraz - bezpośrednio skonstruowane - odniesienie do sytuacji zatrzymania osoby chorej psychicznie bez jej zgody (art. 5, ust. 1, pkt e)³².

Artykuł 3, analogicznie do Deklaracji, stanowi o prawie do życia człowieka, co należy także rozumieć poprzez prawo do zdrowego życia, a zatem i prawo do pełnego, niezakłóconego i aktywnego życia fizycznego i psychicznego. Zakaz tortur i nieludzkiego traktowania człowieka - w kontekście osób psychicznie chorych - należy odnieść przede wszystkim do ich sytuacji w szpitalach psychiatrycznych i innych ośrodkach pomocy, w których, niekiedy, należy zastosować wobec pacjenta przymus bezpośredni - należy zważyć, iż nie może dojść do sytuacji, w której pacjent jest traktowany w sposób, który urąga jego człowieczeństwu. Jeżeli chodzi o zatrzymanie osoby chorej psychicznie bez jej zgody należy zauważyć, iż konstrukcja pkt e, ust 1 art. 5 Konwencji o wolnościach, w przeciwieństwie do Deklaracji, charakteryzuje z dokładnością, iż taki wypadek może mieć miejsce jedynie w oparciu o przepisy obowiązującego w danym państwie ustawodawstwa. Konwencja o ochronie praw człowieka i godności istoty ludzkiej w odniesieniu do zastosować biologii i medycyny z dnia

²⁸ Powszechna Deklaracja Praw Człowieka, rezolucja Zgromadzenia Ogólnego ONZ 217 A (III) z dnia 10 grudnia 1948 r.

²⁹ Karta Narodów Zjednoczonych, Statut Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości i Porozumienie Ustanawiającej Komisję Przygotowawczą Narodów Zjednoczonych z dnia 26 czerwca 1945 r. (Dz. U. 1947 Nr 23, poz. 90)

³⁰ Powszechna Deklaracja Praw Człowieka, rezolucja Zgromadzenia Ogólnego ONZ 217 A (III) z dnia 10 grudnia 1948 r.

³¹ Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności sporządzona w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r., zmieniona następnie Protokołami nr 3, 5 i 8 oraz uzupełniona Protokołem nr 2. (Dz.U. 1993 nr 61 poz. 284).

³² Ibidem, art. 2, 3, 4, 5.

4 kwietnia 1997 r.³³ (później: Konwencja bioetyczna), jest aktem prawnym, który ma na celu sprecyzowanie oraz uzupełnienie systemu ochrony praw człowieka, czyli Konwencję o wolnościach. Wraz z rozwojem techniki medycznej oraz samej wiedzy medycznej powstają nowe zagrożenia dla praw człowieka. Standardy wprowadzone przez Konwencję bioetyczną mają na celu wprowadzenia ogólnych reguł ochrony w sferze medycznej. Najważniejszymi regulacjami są: wyrażenie zgody przez pacjenta na wdrażenie wobec niego procedury medycznej, zagwarantowanie praw do prywatności i poszanowania jego godności i informacji. Należy także pamiętać, iż Konwencja bioetyczna reguluje także procesy transplantacyjne, wprowadza zakaz osiągania zysku z wykorzystania części ciała bądź organów ludzkich.

Rzeczpospolita Polska podpisała Konwencję bioetyczną w dniu 7 maja 1999 r., jednakże nie ratyfikowała jej do tej pory. Rzecznik Praw Obywatelskich, stojący na straży przestrzegania praw człowieka w RP, niejednokrotnie kierował czy to do Marszałka Sejmu czy to do Prezesa Rady Ministrów wnioski o zakończeniu procesu mającego na celu ratyfikację Konwencji bioetycznej³⁴. Zdaniem RPO ratyfikacja leży w interesie państwa polskiego, ponieważ należy dostosować prawo polskie do rozwijającej się sytuacji sfery medycznej. Należy to uczynić by w pełni realizować zobowiązanie Rzeczypospolitej Polskiej do ochrony praw podstawowych człowieka. Brak ratyfikacji wpływa na, chociażby, brak regulacji prawnych dotyczących embrionu ludzkiego oraz brak jest określonych jasno standardów dotyczących procedury zapłodnienia pozaustrojowego.

Protokoły dodatkowe do Konwencji bioetycznej stanowią:

- a) O zakazie klonowania człowieka;
- b) O standardach badań genetycznych w celach zdrowotnych;
- c) O transplantacji organów i części ciała ludzkiego;

O standardach przeprowadzania badań biomedycznych dla potrzeby niniejszego artykułu należy skupić się na rozdziale 1, zawierającego cztery artykuły o numeracji od 1 do 4, i rozdziale 2, zawierającym pięć artykułów o numeracji od 5 do 9, Konwencji bioetycznej.

Artykuł 1 określa, iż głównym celem i przedmiotem Konwencji bioetycznej jest ochrona godności oraz tożsamości ludzkiej oraz gwarancji co do poszanowania - bez zachowań dyskryminujących - integralności tejże osoby. Państwa będące stronami zobowiązują się jednoznacznie do kroków, które w prawie wewnętrznym wytworzą konieczne środki w celu zagwarantowania skuteczności przepisów Konwencji bioetycznej.

Interes i dobro osoby (art. 2) określony jest jako nadrzędny nad interesem i dobrem społeczeństwa bądź też nauki.

Artykuł 3 obliguje strony Konwencji bioetycznej do tego, aby sprawiedliwie umożliwiały dostęp do opieki zdrowotnej - dobrej jakości - uwzględniając przy tym odpowiednio potrzeby zdrowotne wraz z dostępnymi środkami państwa.

Ekspertyzy medyczne czy jakiegokolwiek zabieg medyczny, muszą być nadzorowane przez wykwalifikowaną odpowiednio kadrę (art. 4), która - według tychże kwalifikacji zawodowych i etycznych - musi być oparta o poszanowanie praw człowieka i o przepisy prawne danego państwa.

Rozdział 2 reguluje szeroko rozumianą zgodę pacjenta. W artykule 5 określone jest, iż nie można przeprowadzić medycznej interwencji bez świadomej oraz swobodnej zgody zainteresowanej osoby. Osoba zainteresowana w każdym momencie może swoją zgodę wycofać. Należy także poinformować daną osobę, przed samą interwencją, o konsekwencjach, naturze interwencji, jej celu oraz ewentualnym ryzyku z nią związanym.

Artykuł 6 ma na celu ochronę osób, które są niezdolne do wyrażenia takiej zgody, ponieważ określa on, iż interwencja taka może być dokonana wobec takiej osoby, ale wtedy i tylko wtedy, gdy ma ona na celu środki określone jako korzystne. Jednakże w przypadku małoletniego, zgoda musi zostać wyrażona przez przedstawiciela ustawowego bądź innej osoby określonej przez prawo państwa strony układającej się. To samo tyczy się osoby, które za względu na brak zdolności do wyrażenia takiej zgody poprzez przepisy prawa, w szczególności, gdy jest ona zaburzona psychicznie, chora bądź innych powodów podobnych. Sama osoba podlegająca interwencji medycznej winna, w miarę możliwości, uczestniczyć w podejmowaniu tejże decyzji.

W celu ochrony osoby z zaburzeniami psychicznymi określono w artykule 7 Konwencji bioetycznej, iż może ona zostać

³³ Konwencja o ochronie praw człowieka i godności istoty ludzkiej w odniesieniu do zastosowań biologii i medycyny z dnia 4 kwietnia 1997 r., [online] dostęp: 13.11.2018 r., http://www.coe.int/t/dg3/healthbioethic/texts_and_documents/ETS164Polish.pdf

³⁴ Por. wystąpienie RPO do Prezesa Rady Ministrów z dnia 4 stycznia 2001 r., oraz wystąpienie z dnia 22 kwietnia 2009 r., atakujące z dnia 7 sierpnia 2012 r. (RPO-577511).

poddana interwencji medycznej bez wyrażenia swojej zgody. Jest to możliwe tylko wtedy, gdy brak interwencji może spowodować znaczny uszczerbek na jej zdrowiu – rzecz jasna, interwencja ta musi pozostać umocowana w granicach obowiązującego prawa co do kontroli, środków odwoławczych, czy też nadzoru nad tą osobą.

Sytuacje nagłe (art. 8), w których nie ma możliwości uzyskania zgody, a przypadek jest na tyle poważny, iż prawdopodobieństwo negatywnych skutków zdrowotnych wynikających przez brak interwencji jest bardzo wysokie, są wyłączone z rygoru wydania zgody przez pacjenta. Interwencję medyczną należy w takim przypadku przeprowadzić bezzwłocznie.

Artykuł 9 Konwencji bioetycznej określa jasno, iż w przypadku wyrażenia zgody pacjenta wcześniej, a w sytuacji, gdy pacjent nie może wyrazić takiej zgody w momencie przed interwencją medyczną, należy brać pod uwagę jego życzenie.³⁵

6. Podsumowanie

Na przełomie ostatnich trzydziestu lat zauważa się tendencję wskazującą na zwiększania świadomości społeczeństwa w kwestii zaburzeń psychicznych. Rosnące zrozumienie dla powszechniejących chorób depresji, zaburzeń lękowych czy też zaburzeń paranoidalnych, łącznie z nowymi osiągnięciami w kwestii produktów leczniczych, stwarza szansę na coraz to pełniejsze zrozumienie sytuacji osób psychicznie chorych.

W następnym artykule autor przedstawi podstawowe prawa pacjenta psychicznie chorego na kanwie ustawodawstwa polskiego, a także obowiązki Rzeczypospolitej Polskiej wobec takich osób.

LEGAL SITUATION OF A PSYCHIATRIC PATIENT PART 1

This article aims to introduce the reader to the sphere of basic concepts regarding the legal situation of a psychiatric patient based on Polish legislation and international regulations, and, above all, to systematize them. This applies to the following terms: health, right to health, mental health, mental illness.

In addition, the author, for the purposes of further publications, tries to derive the definition of a psychiatric patient, which he will use in further parts.

In this article, the author introduces selected international regulations concerning the sphere of mental illness, such as: Universal Declaration of Human Rights, European Convention on Human Rights and Protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with regard to the Application of Biology and Medicine.

³⁵Konwencja o ochronie praw człowieka i godności istoty ludzkiej w odniesieniu do zastosowań biologii i medycyny z dnia 4 kwietnia 1997 r., [online] dostęp: 13.11.2018 r., http://www.coe.int/t/dg3/healthbioethic/texts_and_documents/ETS164Polish.pdf

Agnieszka Tomczewska

PROBLEMATYKA UPROWADZEŃ RODZICIELSKICH W PAŃSTWACH CZŁONKOWSKICH UE – EWOLUCJA DECYZJI NAKAZUJĄCEJ POWRÓT DZIECKA, Z UWZGLĘDNIENIEM ZMIAN DOKONANYCH NA PODSTAWIE NOWELIZACJI ROZPORZĄDZENIA BRUKSELA IIA

Sprawy dotyczące uprowadzeń są sprawami rodzącymi olbrzymie emocje, zwłaszcza, gdy mają charakter transgraniczny. W sytuacji, gdy jedno z rodziców postanowiło z pominięciem drogi sądowej zakończyć relację małżeńską lub partnerską i zabrać dziecko do państwa swojego pochodzenia, bez obowiązywania odpowiednich regulacji prawa międzynarodowego – drugi rodzic posiadałby ograniczone możliwości dochodzenia swych praw w zakresie pieczy nad dzieckiem i prawa do kontaktów z nim.

Problem uprowadzeń rodzicielskich został dostrzeżony przez wspólnotę międzynarodową czego efektem było przyjęcie konwencji haskiej z 1980 r. dotyczącej cywilnych aspektów uprowadzenia dziecka za granicę (Dz. U. z dnia 25 września 1995 r.), której podstawowym celem jest natychmiastowy powrót dziecka do państwa jego zwykłego miejsca zamieszkania.

Celem niniejszego artykułu jest omówienie kwestii uprowadzeń rodzicielskich w kontekście uregulowań prawa Unii Europejskiej, w tym ewolucji przepisów dotyczących problematyki decyzji w sprawie nakazania powrotu dziecka jaka miała miejsce od uregulowań konwencyjnych, poprzez przepisy rozporządzenia Rady (WE) nr 2201/2003 z dnia 27 listopada 2003 r. dotyczącego jurysdykcji oraz uznawania i wykonywania orzeczeń w sprawach małżeńskich oraz w sprawach dotyczących odpowiedzialności rodzicielskiej, uchylającego rozporządzenie (WE) nr 1347/2000 (tzw. rozporządzenie Bruksela IIA), z uwzględnieniem zmian wprowadzanych do nowelizowanej wersji tego rozporządzenia, czyli wniosku Rady dotyczącego jurysdykcji, uznawania i wykonywania decyzji w sprawach małżeńskich i w sprawach dotyczących odpowiedzialności rodzicielskiej oraz w sprawach międzynarodowego uprowadzenia dziecka¹.

I. Powrót dziecka na podstawie konwencji haskiej z 1980 r. o cywilnych aspektach uprowadzenia dziecka za granicę.

Punktem wyjścia do powyższych rozważań są przepisy konwencji haskiej z 1980 r. dotyczącej cywilnych aspektów uprowadzenia dziecka za granicę. Jest to podstawowy akt prawa międzynarodowego dotyczący stricte problematyki uprowadzeń rodzicielskich, a głównym jego założeniem i celem jest doprowadzenie do jak najszybszego (niezwłocznego) powrotu dziecka do państw jego zwykłego pobytu (art. 1 lit a). W tym celu państwo stosuje procedury mające zastosowanie w nagłych wypadkach.

W rozumieniu konwencji uprowadzenie lub zatrzymanie dziecka będzie uznane za bezprawne, jeżeli:

- a) nastąpiło naruszenie prawa do opieki przyznanego określonej osobie, instytucji lub innej organizacji, wykonywanego wspólnie lub indywidualnie, na mocy ustawodawstwa państwa, w którym dziecko miało miejsce stałego pobytu bezpośrednio przed uprowadzeniem lub zatrzymaniem, oraz
- b) w chwili uprowadzenia lub zatrzymania prawa te były skutecznie wykonywane wspólnie lub indywidualnie albo byłyby tak wykonywane, gdyby nie nastąpiło uprowadzenie lub zatrzymanie.

¹ Projekt rozporządzenia jeszcze nie został opublikowany w Dzienniku Urzędowym UE. Zgodnie z jego przepisami końcowymi ma wejść w życie 20 dni od opublikowania, natomiast ma być stosowane pierwszego dnia miesiąca następującego po 3 latach od publikacji. Niniejszy artykuł wykorzystuje najnowszą wersję projektu z dnia 3 kwietnia 2019 r. nr 2016/0190 (CNS).

De facto chodzi więc o osobę prawującą opiekę nad dzieckiem wbrew zgodzie której dziecko zostało przemieszczone do innego państwa (strony konwencji – przypis napisać w jakich państwach konwencja obowiązuje). Należy wskazać, że przepisy konwencji mają zastosowanie do dziecka, które nie ukończyło 16 lat i ma miejsce zamieszkania w jednym z umawiających się państw członkowskich.

Rodzic poszkodowany, którego poprzez bezprawne uprowadzenie gwałtownie pozbawiono kontaktu z dzieckiem, może na podstawie konwencji haskiej złożyć odpowiedni wniosek o nakazanie powrotu dziecka za pośrednictwem organów centralnych (tj. do organu centralnego państwa, w którym dziecko miało miejsce zwykłego pobytu lub organu centralnego państwa do którego dziecko zostało uprowadzone). W Polsce organem centralnym jest Minister Sprawiedliwości.² Konwencja precyzuje, iż zarządzenie niezwłocznego powrotu dziecka powinno być dokonane w sytuacji, gdy a chwili wpłynięcia wniosku o powrót dziecka do władzy sądowej lub administracyjnej umawiającego się państwa, w którym dziecko się znajduje, upłynął okres krótszy niż jeden rok do dnia uprowadzenia lub zatrzymania. Konwencja w sposób dosyć niejasny wskazuje, iż władze sądowe lub administracyjne państwa powinny niezwłocznie podejmować czynności mające zapewnić powrót dziecka. Brak podjęcia decyzji w terminie 6 tygodni od wpłynięcia wniosku skutkuje obowiązkiem wskazania powodów zwłoki państwu wzywającemu (lub w zależności od okoliczności wnioskodawcy). Nie jest przy tym wskazane o jaką decyzję dokładnie chodzi, w szczególności czy ma być to decyzja końcowa w przedmiocie powrotu dziecka, czy jakkolwiek decyzja podjęta po złożeniu wniosku o nakazanie powrotu dziecka wydana w toku tego postępowania.

Ubocznie należy jednak wskazać, bo nie jest to zasadniczym celem niniejszego artykułu, że konwencja ta nie ustanawia obligatoryjnego mechanizmu prowadzącego do powrotu dziecka i w ramach uprawnień wynikających z władzy rodzicielskiej rodzic poszkodowany uprowadzeniem i pozbawiony w związku z tym kontaktu z dzieckiem może uzyskać decyzję nakazującą powrót dziecka z pominięciem przepisów tej konwencji – wydaną bezpośrednio przez sąd posiadający jurysdykcję ze względu na zwykle miejsce dotychczasowego pobytu dziecka. Możliwość zastosowania innego instrumentu prawa międzynarodowego w celu uzyskania decyzji nakazującej powrót dziecka do państwa jego zwykłego pobytu jest przewidziana w samej konwencji. Mianowicie poprzez art.34 który stanowi, że konwencja nie stoi na przeszkodzie powoływaniu się na inne postanowienia międzynarodowe wiążące państwo wzywające i państwo wezwane lub na prawo państwa wezwanego dla uzyskania zwrotu dziecka, które zostało bezprawnie uprowadzone lub zatrzymane. Jednocześnie art. 36 konwencji przewiduje możliwość złagodzenia ustanowionych jej wymogów zakresie zwrotu dziecka. Tym samym otwarta jest droga do złagodzenia ustanowionych w konwencji wyjątków od wymogów stanowiących podstawę nakazu powrotu dziecka. W uwagi na wyłączną kompetencję UE w tym obszarze³ – przepis ten może być wdrożony wyłącznie poprzez akt prawny UE obowiązujący w państwach członkowskich UE.

Naczelną ideą jaka przyświeca celowi konwencji w postaci natychmiastowego powrotu dziecka do państwa jego zwykłego

2 Czynności polskiego organu centralnego określa ustawa z dnia 26 stycznia 2018 r. o wykonywaniu niektórych czynności organu centralnego w sprawach rodzinnych z zakresu obrotu prawnego na podstawie prawa Unii Europejskiej i umów międzynarodowych. Zgodnie z jej art. 1. Ustawa określa zasady i tryb postępowania polskiego organu centralnego, polskich sądów oraz innych polskich organów w sprawach rodzinnych z zakresu obrotu prawnego na podstawie prawa Unii Europejskiej i umów międzynarodowych, a także postępowania przed polskim organem centralnym w sprawach objętych:

- 1) Europejską konwencją o uznawaniu i wykonywaniu orzeczeń dotyczących pieczy nad dzieckiem oraz o przywracaniu pieczy nad dzieckiem, sporządzoną w Luksemburgu dnia 20 maja 1980 r. (Dz. U. z 1996 r. poz. 134 i 135 oraz z 1997 r. poz. 196),
- 2) Konwencją dotyczącą cywilnych aspektów uprowadzenia dziecka za granicę, sporządzoną w Hadze dnia 25 października 1980 r. (Dz. U. z 1995 r. poz. 528 oraz z 1999 r. poz. 1085),
- 3) Konwencją o jurysdykcji, prawie właściwym, uznawaniu, wykonywaniu i współpracy w zakresie odpowiedzialności rodzicielskiej oraz środków ochrony dzieci, sporządzoną w Hadze dnia 19 października 1996 r. (Dz. U. z 2010 r. poz. 1158),
- 4) rozporządzeniem Rady (WE) nr 2201/2003 z dnia 27 listopada 2003 r. dotyczącym jurysdykcji oraz uznawania i wykonywania orzeczeń w sprawach małżeńskich oraz w sprawach dotyczących odpowiedzialności rodzicielskiej, uchylającym rozporządzenie (WE) nr 1347/2000 (Dz. Urz. UE L 338 z 23.12.2003, str. 1 – Dz. Urz. UE Polskie wydanie specjalne, rozdz. 19, t. 6, str. 243, z późn. zm.3)).

3 Zob. opinia Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej 1/13 z dnia 14 października 2014 r.

pobytu jest fakt, że gwałtowne wyrwanie dziecka z jego dotychczasowego środowiska negatywnie wpływa na jego rozwój, pozbawia kontaktu ze środowiskiem społecznym i otoczeniem. Konwencja nakazuje zatem zwrotu dziecka do państwa jego pochodzenia, pod jurysdykcję sądu jego miejsca zwykłego pobytu, mając na uwadze fakt, że sąd ten jako umiejscowiony najbliżej otoczenia dziecka jest w stanie najlepiej ocenić jego sytuację i osądzić sprawę pieczy nad dzieckiem. Jednakże od ustanowionej w konwencji zasady przewiduje ona kilka wyjątków.

Podstawy odmowy powrotu dziecka sprecyzowane zostały w art. 12 i 13 i 20 konwencji. I tak odmowę powrotu dziecka uzasadnia stwierdzenie przez organ rozpoznający sprawę o powrót dziecka, że dziecko przystosowało się do nowego środowiska, co można również interpretować w kontekście nabycia przez dziecko w tym państwie do którego zostało uprowadzone zwykłego miejsca pobytu, a więc zawiązanie się pomiędzy dzieckiem a tym państwem więzi środowiskowych, społecznych oraz kulturowych. W takiej sytuacji nakazanie jego powrotu nie zawsze jest zasadne, gdyż ponownie oznacza wyrwanie dziecka z jego dotychczasowego środowiska. Prawodawca konwencyjny przyjął założenie, iż upływ terminu jednego roku pozwala na ustalenie, iż w tym czasie dziecko uzyskało swoje nowe miejsce zwykłego pobytu w tym państwie członkowskim. Natomiast zasadniczo, jeżeli dziecko przebywa w danym państwie krócej niż jeden rok, to wówczas organu tego państwa zobowiązane są zarządzić natychmiastowy powrót dziecka, chyba że – pomimo krótszego terminu – dziecko przystosowało się do nowego środowiska (art. 12).

Natomiast niezależnie od upływu rocznego terminu, państwo, do którego dziecko zostało uprowadzone nie jest zobowiązane do jego wydania, jeżeli osoba (lub instytucja) sprzeciwiająca się wydaniu wykaże, że opieka nad dzieckiem faktycznie nie była wykonywana lub osoba sprawująca opiekę nad dzieckiem wyraziła zgodę na uprowadzenie dziecka (art. 13 lit. a). Kolejną przesłanką odmowy powrotu dziecka jest ustalenie, iż powrót naraziłby je na szkodę fizyczną lub psychiczną lub inną sytuację nie do zniesienia. Także sprzeciw dziecka, które osiągnęło dostateczny stopień dojrzałości powinien zostać wzięty pod uwagę i stanowi podstawę odmowy nakazania powrotu dziecka.

Ogólną podstawą odmowy powrotu dziecka jest również sytuacja, gdy powrót dziecka byłoby niedopuszczalny ze względu na prawa człowieka i podstawowe wolności (art. 20).

Istotne jest również to, iż co do zasady organy tego państwa nie mogą merytorycznie rozstrzygać o pieczy nad dzieckiem, chyba, że wymogi dotyczące zwrotu dziecka nie zostały spełnione (art. 16). Wynika z tego że nabycie jurysdykcji do rozstrzygania spraw z zakresu odpowiedzialności rodzicielskiej będzie możliwe w sytuacji gdy właściwy organ odmowi zwrotu dziecka. Konwencja milczy na temat tego czy dziecko powinno nabyć w tym państwie miejsce zwykłego pobytu. Wydaje się jednak, że aspekt ten nie powinien być pomijany przez organy państwa do którego dziecko zostało uprowadzone.

Generalnie można zatem stwierdzić, iż konwencja przewiduje jako zasadę nakazanie przez organy państwa do którego dziecko zostało uprowadzone jego natychmiastowego powrotu dziecka ale przewiduje kilka wyjątków od tej zasady. Nie zamyka również państwom – stronom konwencji, możliwości uregulowania międzynarodowych spraw z zakresu nakazania powrotu dziecka bezprawnie uprowadzonego w drodze innych aktów prawnych, włącznie ze zminimalizowaniem wymogów w zakresie decyzji nakazującej powrót, co de facto oznacza odejście od ustanowionych w konwencji wyjątków od nakazania powrotu dziecka.

II. Rozporządzenie 2201/2003 tzw. rozporządzenie Bruksela IIa

O ile w państwach spoza UE decyzja odmawiająca powrotu dziecka kończy sprawę uprowadzenia i otwiera możliwość uregulowania w państwie do którego dziecko zostało uprowadzone kwestii pieczy nad dzieckiem, o tyle rozporządzenie 2201/2003 wprowadza mechanizm umożliwiający uzyskanie decyzji w przedmiocie nakazania powrotu dziecka w ramach postępowania w sprawie pieczy – przed sądem miejsca zwykłego pobytu dziecka sprzed uprowadzenia. Postępowanie to może zostać wszczęte przed lub po zakończeniu postępowania prowadzonego na podstawie konwencji haskiej z 1980 r. Wpływ tego postępowania na postępowanie w sprawie powrotu dziecka zostanie omówiony w dalszej części artykułu.

Podkreślenia wymaga, że rozporządzenie w art. 60 (pt. „Stosunek do określonych konwencji wielostronnych”) wprost stanowi, że w stosunkach pomiędzy państwami członkowskimi rozporządzenie ma pierwszeństwo między innymi przed konwencją haską z 1980 r.

Mechanizm uzyskania decyzji pociągającej powrót dziecka i uznawanej i wykonalnej bez dalszych innych procedur został wprowadzony na podstawie rozporządzenia 2201/2004, które weszło w życie 1 sierpnia 2004 r.

Wymienione rozporządzenie (obowiązujące we wszystkich państwach członkowskich z wyjątkiem Danii) oprócz uregulowania spraw związanych z uznawaniem i wykonywaniem orzeczeń w sprawach dotyczących odpowiedzialności rodzicielskiej oraz małżeńskich uzupełnia przepisy konwencji haskiej z 1980 r. Stanowi o tym motyw 17 preambuły rozporządzenia, zgodnie z którym w przypadkach bezprawnego zabrania lub zatrzymania dziecka, powrót dziecka powinien nastąpić bezzwłocznie; w tym celu stosuje się nadal konwencję haską z 1980 r. uzupełnioną niniejszym rozporządzeniem. Sądy państwa członkowskiego, do którego dziecko zostało bezprawnie zabrane powinny mieć możliwość sprzeciwienia się powrotowi dziecka w szczególnych, należyście uzasadnionych wypadkach. Jednakże decyzja taka może zostać zastąpiona późniejszą decyzją podjętą przez sąd państwa członkowskiego miejsca stałego pobytu dziecka przed bezprawnym zabraniem lub zatrzymaniem. Jeżeli orzeczenie takie pociąga za sobą powrót dziecka powinien mieć on miejsce bez wymagania żadnej procedury dla uznania i wykonania tego orzeczenia w państwie członkowskim do którego dziecko zostało bezprawnie zabrane lub zatrzymane.

Rozwinięcie motywu rozporządzenia znajduje się w art. 11 rozporządzenia, z którego wynika, że możliwość zastąpienia decyzji o odmowie powrotu dziecka decyzją sądu państwa jego zwykłego pobytu sprzed uprowadzenia podlegającą natychmiastowemu wykonaniu i braku możliwości się sprzeciwienia w państwie do którego dziecko zostało uprowadzone ograniczona jest do przypadków, kiedy decyzja o odmowie powrotu dziecka została wydana na podstawie art. 13 konwencji haskiej (art. 11 ust. 8). Sąd ten oczywiście powinien uwzględniać powody odmowy powrotu dziecka uzasadniające decyzję odmawiającą powrotu wydaną na podstawie art. 13 konwencji haskiej. Jeżeli z decyzji tej wynika powrót dziecka – jest ona wykonywana, bez żadnej szczególnej procedury i bez możliwości sprzeciwienia się uznaniu. Podstawy odmowy dziecka na podstawie art. 13 konwencji haskiej zasadniczo dotyczą sytuacji takich jak zgoda na uprowadzenie dziecka strony której przysługuje władza rodzicielska, faktyczne niewykonywanie przez nią prawa pieczy nad dzieckiem, a także sprzeciw dziecka oraz narażenie jego na krzywdę psychiczną lub fizyczną lub sytuację nie do zniesienia – i omówione zostały w pierwszej części niniejszego artykułu.

Nakazanie powrotu dziecka na podstawie decyzji sądu państwa jego zwykłego miejsca pobytu sprzed uprowadzenia w sytuacji gdy decyzja dotycząca odmowy powrotu miała inną podstawę prawną jest również możliwe lecz uznanie i wykonanie takiej decyzji odbywa się na ogólnych zasadach przewidzianych w rozporządzeniu dotyczących uznawania i wykonywania orzeczeń, czyli – w odróżnieniu od sytuacji przewidzianych w art. 13 – w celu wykonania takiej decyzji w państwie członkowskim wykonania konieczne jest stwierdzenie jej wykonalności w państwie, w którym ma zostać wykonana (art. 28 rozporządzenia 2201/2003).

Istotną kwestią która wymaga zaakcentowania – zwłaszcza w odniesieniu do przepisów konwencji haskiej – jest ograniczenie możliwości nabycia przez sąd państwa do którego dziecko zostało uprowadzone jurysdykcji do rozstrzygnięcia sprawy pieczy nad dzieckiem. O ile przepisy konwencji zezwalały na taką możliwość w przypadku decyzji o odmowie powrotu dziecka, o tyle rozporządzenie przewiduje dalej idące wymagania i oprócz nabycia w tym państwie miejsca zwykłego pobytu art. 10 rozporządzenia wprowadza dodatkowe kryteria, które generalnie sprowadzają się one do ustalenia, że strona uprawniona do żądania powrotu dziecka nie złożyła w ciągu roku od momentu gdy dowiedziała się lub powinna była się dowiedzieć o miejscu zamieszkania dziecka wniosku o jego powrót (lub zostanie on wycofany). Natomiast w sytuacji, gdy sąd odmówił wydania dziecka na podstawie art. 13 konwencji haskiej – strona nie złożyła wniosku do właściwego sądu państwa zwykłego miejsca pobytu sprzed uprowadzeniem wniosku o rozpoznanie kwestii pieczy nad dzieckiem, lub postępowanie nie zakończyło się nakazaniem powrotu dziecka.

Znamienne jest również, że w celu wszczęcia postępowania w sprawie pieczy nad dzieckiem w państwie zwykłego pobytu dziecka sprzed uprowadzenia rozporządzenie wprowadza swoisty mechanizm notyfikacji o decyzji sądu odmawiającej powrotu dziecka na podstawie konwencji haskiej sądu właściwego ze względu na jego miejsce zwykłego pobytu sprzed uprowadzenia. Mechanizm notyfikacji ograniczony jest do sytuacji, gdy sąd odmówił powrotu dziecka na podstawie art. 13 konwencji haskiej. Wówczas art. 11 ust. 6 rozporządzenia Bruksela IIA wymaga aby przekazał on – bezpośrednio lub za pośrednictwem swojego organu centralnego⁴, w terminie 1 miesiąca – odpis tego orzeczenia i innych odpowiednich dokumentów (protokołu rozpraw). Po otrzymaniu takich informacji sąd lub organ centralny otrzymujące informacje o decyzji o odmowie powrotu na podstawie art. 13 konwencji, jeżeli przed sądem państwa zwykłego pobytu dziecka nie

4 Ustanowiony w rozporządzeniu 2201/2003 system organów centralnych jest tożsamy z tym ustanowionym w Konwencji haskiej z 1980 r.

toczy się postępowanie w sprawie pieczy, informują o tym strony zapraszając je do złożenia odpowiednich wniosków w celu zbadania przez sąd kwestii pieczy nad dzieckiem. Dopiero brak decyzji pociągającej powrót dziecka w tym postępowaniu w sprawie pieczy – i nabycie miejsca zwykłego pobytu przez dziecko w państwie do którego zostało uprowadzone skutkuje nabyciem jurysdykcji sądu tego państwa do rozstrzygnięcia kwestii pieczy nad dzieckiem.

Odnosząc się do kwestii zmiany decyzji w sprawie powrotu wydanej na podstawie konwencji haskiej przez sąd miejsca zwykłego pobytu dziecka sprzed uprowadzenia należy podnieść, że ponowne rozpoznanie sprawy dotyczącej powrotu dziecka przez sąd innego państwa członkowskiego w ramach postępowania w sprawie pieczy nad dzieckiem oznacza ponowną ocenę tych samych okoliczności faktycznych, które były już przedmiotem analizy i oceny prawnej przez sąd innego państwa członkowskiego. W prawie międzynarodowym jest to dosyć nietypowa sytuacja i rodząca wątpliwości zwłaszcza w kontekście zasady *res iudicata* a także wzajemnego zaufania do orzeczeń sądowych, stanowiącej podstawę współpracy sądowej w sprawach cywilnych UE. Uzasadnione jest to faktem, że sąd ten, jako sąd miejsca zwykłego pobytu dziecka i jego rodziców jest w stanie lepiej ocenić i osądzić sprawę, zważywszy na całokształt okoliczności. Jest to tak zwany „mechanizm nadrzędny”, zakładający nadrzędność decyzji sądu, który badając aspekt uprowadzenia dziecka w ramach postępowania w sprawie pieczy nad dzieckiem jest władny *de facto* do zmiany orzeczenia sądu innego państwa członkowskiego. Można oczywiście zakwestionować tę logikę twierdząc, że w sytuacji, gdy dokonana przez sąd ocena okoliczności faktycznych danej sprawy wskazuje na nabycie przez dziecko zwykłego miejsca pobytu w danym państwie członkowskim – to właśnie ten sąd powinien być władny do lepszej oceny sytuacji dziecka. Wydaje się zatem, że decydującym czynnikiem, który przesądził taki kształt regulacji jest niechęć prawodawcy unijnego do sankcjonowania uprowadzenia i tym samym dążenie do uregulowania sprawy dotyczącej pieczy nad dzieckiem – w sytuacji rozpadu relacji jego rodziców – przed sądem wspólnego zamieszkiwania całej rodziny. Potwierdził tą tezę Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej w orzeczeniach w sprawie C-195/08 PPU Rinau oraz C-211/10 Povse stwierdzając, że rozporządzenie ma na celu zniechęcanie do uprowadzenia dziecka z jednego państwa członkowskiego do drugiego, a w przypadku gdy do takiego uprowadzenia dojdzie – spowodowanie, by powrót dziecka nastąpił niezwłocznie (sprawa Rinau). Konsekwencją tego jest, iż bezprawne uprowadzenie nie powinno bezpośrednio skutkować przekazaniem jurysdykcji sądom państwa członkowskiego, do którego dziecko zostało uprowadzone, i to nawet przy założeniu, że w następstwie uprowadzenia to państwo stało się miejscem pobytu dziecka (pkt wyrok TSUE w sprawie Povse C-211/10 PPU).

Co więcej – zgodnie z art. 11 ust. 8 rozporządzenia Bruksela IIA – orzeczenie tego sądu w sprawie pieczy pociągające powrót dziecka może podlegać będzie bezwarunkowemu wykonaniu (brak możliwości sprzeciwienia się) w państwie wykonania i to bez potrzeby wymaganej obecnie w odniesieniu do pozostałych nadających się do wykonania decyzji w sprawie pieczy nad dzieckiem objętych przepisami rozporządzenia procedury *exequatur*, czyli stwierdzenia jego wykonalności w państwie wykonania w sytuacji, gdy sąd ten wystawi odpowiednie zaświadczenie.

Warunki wydania zaświadczenia do orzeczenia w sprawie pieczy, z którego wynika powrót dziecka uregulowane są w art. 40 rozporządzenia. I tak zgodnie z jego treścią zaświadczenie może być wydane jeżeli:

- dziecko miało możliwość bycia wysłuchanym, o ile nie uznano tego za niewłaściwe ze względu na jego wiek lub stopień dojrzałości
- strony miały możliwość bycia wysłuchanym
- wydając orzeczenie, sąd uwzględnił podstawy i środki dowodowe na podstawie których wydano orzeczenie zgodnie z art. 12 i 13 konwencji haskiej.

Istotne jest również to, że wystawienie zaświadczenia nie podlega żadnym środkom zaskarżenia. Jedynie istnieje możliwość – ograniczona jedynie do państwa pochodzenia – jego sprostowania lub podważenie autentyczności⁵. Zaświadczenie to potwierdza, że orzeczenie, z którego wynika powrót dziecka, zostało wydane z zachowaniem podstawowych gwarancji proceduralnych dla stron i z poszanowaniem prawa dziecka do wysłuchania go. Łączne spełnienie tych przesłanek prowadzi do wydania zaświadczenia pozwalającego na automatyczne wykonanie orzeczenia w sprawie pieczy nad dzieckiem z którego wynika powrotu dziecka do państwa jego dotychczasowego zwykłego pobytu.

Taka konstrukcja wyklucza możliwość zakwestionowania zaświadczenia w sytuacji jego wystawienia niezgodnie z wymogami rozporządzenia (art. 43 rozporządzenia) w innym państwie członkowskim na etapie wykonania decyzji z której

⁵ Wyrok w sprawie Rinau pkt 85, 88 i 89.

wynika powrót dziecka.

Zasadą jest, że wykonanie orzeczenia następuje zgodnie z prawem państwa wykonania i na tych samych warunkach, które stosuje się do orzeczeń krajowych. Jedyną podstawą odmowy wykonania orzeczenia zaopatrzonego w zaświadczenie z art. 42 rozporządzenia jest brak możliwości jego pogodzenia z późniejszym wykonalnym orzeczeniem i to – po doprecyzowaniu przez TSUE⁶ – orzeczeń później wydanych w państwie pochodzenia orzeczenia zaopatrzonego zaświadczeniem. Zdaniem TSUE stwierdzenie, że później wykonalne orzeczenie stanowi przeszkodę do wykonania wydanego i zaopatrzonego zaświadczeniem orzeczenia państwa pochodzenia stanowiłoby odejście całego mechanizmu efektywnego wykonania orzeczenia zaopatrzonego zaświadczeniem z art. 42 (ustanowionego w sekcji 4 rozdziale III rozporządzenia) i pozbawiłoby skuteczności art. 11 ust. 8 rozporządzenia (tzw. mechanizm nadrzędny). Rozwiązanie to prowadzi również do tego, że nawet wydane w państwie wykonania tymczasowe orzeczenie w sprawie pieczy nie może stanowić przeszkody do wykonania orzeczenia zaopatrzonego zaświadczeniem. Brak jest możliwości odmowy wykonania orzeczenia zaopatrzonego zaświadczeniem a ewentualna zmiana okoliczności w której wykonanie tego orzeczenia mogłaby poważnie zagrażać interesom dziecka powinna zostać podniesiona przed sądem państwa członkowskiego pochodzenia⁷.

Natomiast brak spełnienia choćby jednej z przesłanek uprawniających do wystawienia zaświadczenia z art. 42 rozporządzenia prowadzi do wykonania orzeczenia w zgodzie z ogólnymi zasadami uznawania i wykonania orzeczeń przewidzianych w rozporządzeniu, czyli po nadaniu klauzuli wykonalności przez sąd państwa wykonania (tzw. procedura exequatur) i zbadaniu orzeczenia pod kątem podstaw odmowy jego uznania i wykonania – sprecyzowanych w art. 23 rozporządzenia w zw. z art. 31 ust. 2, co w rzeczywistości może spowodować znaczenie przedłużenie postępowania wykonawczego.

Na gruncie prawa polskiego orzeczenie zaopatrzone certyfikatem takie podlega wykonaniu – dopóki nie pojawią się przeszkody do jego wykonania przewidziane w prawie krajowym – w postaci narażenia dziecka na poważny uszczerbek (art. 598^{12a} k.p.c.). Regulacja ta prowadzi do wstrzymania czynności wykonawczych – jednak nie daje możliwości zawieszenia czy umorzenia postępowania wykonawczego. W praktyce prowadzi to do sytuacji, gdy – pomimo niemożliwości wykonania orzeczenia – przez wiele lat mogą być podejmowane próby jego wykonania, które de facto nie może nastąpić. Rozporządzenie, które obecnie obowiązuje nie rozwiązuje wprost tego problemu.

Podkreślenia wymaga, że zasady wykonania orzeczenia sądu miejsca zwykłego pobytu dziecka sprzed uprowadzeniem mają również do środków tymczasowych zarządzonych przez ten sąd, jeżeli wynika z nich nakaz powrotu dziecka do tego państwa członkowskiego. W orzeczeniu TSUE w sprawie C- 211/ 10 Povse, Trybunał wskazał, że wykładni art. 11 ust. 8 rozporządzenia nr 2201/2003 należy dokonywać w ten sposób, że orzeczenie sądu właściwego zarządzające powrót dziecka mieści się w zakresie stosowania tego przepisu, nawet jeśli nie zostało poprzedzone orzeczeniem tego sądu kończącym postępowanie w sprawie prawa do pieczy nad dzieckiem. TSUE potwierdził autonomię proceduralną przepisów art. 11 ust. 8 oraz art. 40 i 42 rozporządzenia a także pierwszeństwo jurysdykcyjne przyznane sądowi państwa członkowskiego pochodzenia w ramach sekcji 4 rozdziału III rozporządzenia.

Może to w praktyce prowadzić do sytuacji, gdy w toku postępowania o powrót dziecka na podstawie konwencji haskiej z 1980 r. – sąd ten nie ma sposobności ustosunkować się i rozpoznać zarzutów strony opartych na podstawie art. 13 tej konwencji, w sytuacji, gdy w drodze zarządzenia tymczasowego sąd miejsca pobytu dziecka sprzed uprowadzenia nakaze jego powrót do tego państwa członkowskiego w ramach postępowania w sprawie pieczy nad dzieckiem. TSUE we wskazanym wyżej wyroku uznał, że w takiej sytuacji wykonalność orzeczenia nakazującego powrót (nawet jeżeli zapadło później aniżeli orzeczenie o odmowie powrotu) nierozdzielnie związane jest w problematyką uregulowaną w rozporządzeniu, w szczególności z prawem do pieczy i korzysta z autonomii proceduralnej mającej na celu zapobieganie opóźnieniom w powrocie dziecka bezprawnie uprowadzonego. Taki prymat orzeczenia ws. powrotu dziecka w środku tymczasowym uzasadniony jest pierwszeństwem rozporządzenia przez konwencją haską z 1980 r. TSUE podkreślił tutaj również aspekt merytoryczny – fakt podwójnego badania kwestii powrotu dziecka – raz w ramach postępowania na podstawie konwencji haskiej, a po raz drugi w ramach postępowania w przedmiocie pieczy nad dzieckiem, a także powołał prawa karty podstawowej w zakresie praw dziecka do utrzymywania kontaktów z obojgiem rodziców

6 Wyrok TSUE w sprawie C-211/20 Povse pkt 77.

7 Wyrok TSUE w sprawie C-211/10 Povse pkt 83.

III. Rozporządzenie Bruksela II bis recast

Omawiając zmiany jakie zaszyły w projekcie rozporządzenia w stosunku do aktualnie obowiązującej wersji – należy poczynić uwagę natury ogólnej, iż projekt znosi całkowicie procedurę exequatur. Co oznacza, że decyzje w sprawach odpowiedzialności rodzicielskiej podlegające wykonaniu w państwie członkowskim pochodzenia – są wykonywalne w państwie wykonania – bez żadnej szczególnej procedury stwierdzenia jego wykonalności w tym państwie. Nowela rozporządzenia Bruksela IIA zachowuje współlistnienie dwóch rodzajów decyzji – jednakże ich zróżnicowanie jest zmniejszone. Wobec zniesienia procedury exequatur decyzje dotychczas funkcjonujące w oparciu o system ogólny nie podlegają stwierdzeniu wykonalności w państwie wykonania. Możliwość natomiast ich zakwestionowania pojawia się na etapie wykonania w oparciu o dotychczasowe przesłanki odmowy. I tak wykonanie decyzji nieuprzywilejowanej jest możliwe na zasadach ogólnych czyli z powołaniem wszystkich podstaw odmowy wymienionych w art. 39 projektu na etapie wykonania. W dalszym ciągu rozporządzenie przewiduje uprzywilejowanie decyzji w sprawie pieczy zarządzającej powrót dziecka w sytuacji gdy została zaopatrzona w odpowiedni certyfikat. Decyzje te funkcjonują na dotychczasowych zasadach, czyli podlegają automatycznemu wykonaniu po zaopatrzeniu odpowiednim certyfikatem, przy niemalże wyłącznej możliwości podnoszenia podstaw odmowy wykonania w państwie wykonania orzeczenia.

W sytuacji, gdy zostanie złożony wniosek o powrót dziecka na podstawie konwencji haskiej z 1980 r. rozporządzenie uzupełnia przepisy tej konwencji. Tym jednak razem odpowiednie postanowienie rozporządzenia, z którego jasno wynika taka zależność znajduje się w tekście normatywnym a sprawy dotyczące powrotu dziecka jako objęte zakresem przedmiotowym rozporządzenia – zostały wymienione w art. 1 projektu rozporządzenia – czyli w przepisach określających jego zakres przedmiotowy.

Przechodząc do omówienia podstawowych różnic pomiędzy obowiązującym modelem a modelem jaki zostanie wprowadzony na podstawie projektu rozporządzenia Bruksela IIA, nie sposób nie wskazać, że jeżeli chodzi o nabycie jurysdykcji w sprawie pieczy na dzieckiem przez sąd w państwie do którego dziecko zostało uprowadzone, to utrzymane zostało status quo w tym zakresie. Mianowicie podobnie jak w obecnie obowiązującym modelu nabycie tej jurysdykcji nie jest uzależnione jedynie od uzyskania w tym państwie przez dziecko miejsca zwykłego pobytu – lecz obwarowane jest dodatkowymi przesłankami odnoszącymi się do aktywności procesowej strony, której prawa do opieki nad dzieckiem zostały naruszone poprzez uprowadzenie. Zasadniczo przesłanki te są tożsame jak obecnie obowiązujące i de facto oznaczają brak złożenia przez stronę wniosku o powrót dziecka na podstawie konwencji haskiej oraz wszczęcia sprawy dotyczącej pieczy nad dzieckiem w państwie jego zwykłego pobytu sprzed uprowadzenia – w odpowiednim terminie.

Dodatkowo projekt wyjaśnia kwestię czasu trwania postępowania w sprawie powrotu dziecka. Mianowicie precyzuje, że organ centralny otrzymujący wniosek o powrót dziecka w terminie 5 dni od jego wpłynięcia powinien potwierdzić jego otrzymanie, a także – bez zbędnej zwłoki – poinformować organ centralny państwa wnioskodawcy o podjętych czynnościach dotyczących wniosku jak również może żądać przedstawienia dalszych, koniecznych informacji. Projekt również precyzuje terminy sądowe na rozpoznanie wniosku o powrót dziecka złożonego na podstawie konwencji haskiej z 1980 r. – w pierwszej instancji rozstrzygnięcie sprawy powinno nastąpić w terminie 6 tygodni od wpłynięcia wniosku., natomiast w drugiej instancji postępowanie powinno być zakończone w terminie 6 tygodni od dnia kiedy sąd podjął wszystkie wymagane prawem procesowym czynności w celu zbadania apelacji. Sprecyzowanie terminu nastąpiło również w zakresie postępowania wykonawczego w odniesieniu do decyzji zarządzającej powrót dziecka – mianowicie po upływie 6 tygodni od wszczęcia postępowania wykonawczego decyzja ta nie zostanie wykonana – to wówczas organ wykonawczy – na wniosek organu centralnego – ma wyjaśnić przyczyny opóźnienia.

Jeżeli chodzi o dalsze zmiany jakie nastąpiły w rozporządzeniu Bruksela IIA, to projekt rozporządzenia wprowadził możliwość cykulacji decyzji nakazującej powrót dziecka na podstawie konwencji haskiej w sytuacji dalszego uprowadzenia dziecka. Niestety brak jest na tym etapie możliwości oceny tej okoliczności przez organ sądowy. Jest to odmiennosc w porównaniu do obowiązującego obecnie modelu, gdyż decyzje te nie były objęte przepisami rozporządzenia a ich wykonanie ograniczone było do państwa wydania. Uzupełnieniem tego rozwiązania jest wprowadzenie możliwości cykulacji zarządzeń tymczasowych wydanych przez sąd rozpoznający sprawę na podstawie konwencji haskiej z 1980 r. – w celu zabezpieczenia powrotu dziecka i narażania je na ryzyko określone w art. 13 ust. 1 lit. b) – pod warunkiem, że nadmiernie nie przedłuży to postępowanie w sprawie powrotu dziecka. Decyzje te podlegają uznaniu i wykonaniu – zgodnie z przepisami IV rozporządzenia – w innych państwach członkowskich. Jest to swoiste novum, gdyż uznawanie i

wykonywanie środków tymczasowych zarządzonych przez sąd państwa, który nie ma jurysdykcji w sprawie pieczy nad dzieckiem ograniczone jest aktualnie tylko do terytorium tego państwa.

Jednocześnie projekt rozporządzenia ustanawia swoistą normę procesową – dającą sądowi który nakazuje powrót dziecka, możliwość zaopatrzenia tej decyzji tymczasową klauzulą wykonalności niezależnie od wniesienia apelacji – jeżeli powrót dziecka przed rozpoznaniem apelacji leży w interesie dziecka. Można uznać, że jest to kontrowersyjne rozwiązanie, które zakłada, że sąd pierwszej instancji jest władny ocenić zasadność apelacji, niezależnie od tego czy w sposób obiektywny można apelację uznać za oczywiście bezzasadną. Może się w tym aspekcie rodzić wątpliwość czy takie rozwiązanie nie oznacza pozbawienia możliwości rozpoznania sprawy przez sąd drugiej instancji. Wykonanie orzeczenia o powrocie dziecka oznacza bowiem zabranie go spod jurysdykcji sądu rozpoznającego sprawę o powrót dziecka na podstawie konwencji haskiej.

Odmiennością wobec obowiązującego aktualnie stanu prawnego jest wprowadzenie przez projekt rozporządzenia ograniczonego mechanizmu nadzrędnego. Mianowicie, obecnie istnieje możliwość zmiany decyzji o odmowie powrotu opartej na podstawie art. 13 konwencji haskiej i – po zaopatrzeniu go certyfikatem z art. 42 – automatyczne wykonanie – bez specjalnej procedury uznania i nadawania exequatur. Projekt ogranicza zakres mechanizmu nadzrędnego do art. 13 ust. 1 lit b) oraz ust. 2 Konwencji haskiej. Co oznacza, że spod działania mechanizmu usunięte zostały sytuacje, gdy doszło do odmowy powrotu dziecka na tej podstawie, że strona której przysługuje prawo do pieczy nad dzieckiem zgodziła się na uprowadzenie. Takie rozwiązanie wydaje się korespondować z meritum tej podstawy – trudno bowiem argumentować potrzebę ponownej oceny okoliczności faktycznych kwestii powrotu dziecka w ramach postępowania w sprawie pieczy nad nim – w sytuacji, gdy zgodę na to wyraził sam uprawniony.

Jeżeli chodzi o mechanizm informujący wydaniu przez sąd decyzji o odmowie powrotu dziecka na podstawie art. 13 ust. 1 lit. b) oraz art. 13 ust. 2 – to w tym obszarze nastąpiły niewielkie różnice formalne. Mianowicie sąd który wydał odmowną decyzję w oparciu o w/w przepisy – ze swojej własnej inicjatywy wydaje certyfikat odpowiedni dla tej decyzji. W terminie 3 miesięcy od zawiadomienia o decyzji odmownej strona może wszcząć przed sądem państwa zwykłego pobytu dziecka sprzed uprowadzenia – postępowanie w sprawie pieczy nad nim.

Natomiast jeżeli w czasie wydania decyzji o odmowie powrotu przed sądem państwa członkowskiego, w którym dziecko miało zwykły pobyt sprzed uprowadzenia toczy się postępowanie w przedmiocie pieczy nad dzieckiem – wówczas sąd, który wydał decyzję o odmowie powrotu – w terminie jednego miesiąca – przekazując do tego sądu niezbędne dokumenty (kopię decyzji, certyfikat i protokoły przesłuchania stron).

Decyzja sądu w sprawie pieczy nad dzieckiem, z której wynika powrót do państwa członkowskiego jego miejsca zamieszkania jest wykonywana zgodnie z przepisami rozdziału IV – dotyczącymi uznawania i wykonywania orzeczeń. Wykonanie takiej decyzji następuje bez stwierdzenia wykonalności – ale nie jest to specyfiką wykonania tylko tych decyzji, gdyż jak wskazano na wstępie – zniesienie procedury exequatur nastąpiło w odniesieniu do wszystkich decyzji w sprawach odpowiedzialności rodzicielskiej. Podobnie również jak w obecnie obowiązującym modelu – brak jest możliwości sprzeciwienia się wykonaniu takiej decyzji – chyba, że jest ona nie do pogodzenia z inną decyzją w sprawie pieczy. Tym razem jednak projekt rozporządzenia precyzuje, że chodzi o inną decyzję wydaną przez sąd państwa pochodzenia lub sąd jakiegokolwiek innego państwa członkowskiego lub państwa trzeciego. Warunkiem jest jednak aby decyzje te spełniały warunki konieczne do ich uznania w państwie członkowskim, gdzie dochodzi się uznania decyzji.

Projekt wprowadza ponadto możliwość zawieszenia postępowania wykonawczego w sytuacji powołania się na istnienie takiej decyzji, jak również w sytuacji wniesienia wniosku o wycofanie certyfikatu.

Odmienne niż w przypadku obecnych wymogów wydania certyfikatu, o którym mowa w art. 42 rozporządzenia – kryteria wydania certyfikatu jakim zaopatrywana jest decyzja w sprawie pieczy pociągająca powrót dziecka polegają na wysłuchaniu wszystkich stron oraz dziecka (zgodnie z art. 20), oraz – w sytuacji decyzji wydanej zaocznie – dokument inicjujący postępowanie został doręczony w odpowiednim czasie umożliwiającym obronę lub ustalono jednoznacznie, że osoba ta akceptuje decyzję. Podobnie jak w obecnie obowiązującej wersji rozporządzenia certyfikat ten podlega sprostowaniu jak również wycofaniu przez sąd państwa jego pochodzenia, w sytuacji, gdy zostanie ustalone, że został wydany niezasadnie.

Istotną nowością jest również możliwość wydania certyfikatu potwierdzającego ustanie wykonalności decyzji w sprawie pieczy pociągającej powrót dziecka. Przedłożenie certyfikatu w państwie wykonania powinno skutkować zakończeniem postępowania wykonawczego.

Odmiennością w porównaniu do obecnej wersji rozporządzenia, jest możliwość zawieszenia postępowania wykonawczego w sytuacji, gdy wykonanie mogłoby narazić dziecko na szkodę psychiczną lub fizyczną z powodu przejściowych przeszkód. Wykonanie powinno być wznowione jak tylko te przeszkody ustaną. W przypadku gdy przeszkody te mają charakter trwały – istnieje możliwość odmowy wykonania decyzji. Zatem, w sytuacji gdy wykonanie orzeczenia zarządzającego powrót będzie dla dziecka traumatycznym przeżyciem i sprzeciwia się ono jej wykonaniu, co musi być połączone w konkretnym zagrożeniem dla zdrowia czy życia dziecka, projekt rozporządzenia zezwala na umorzenie postępowania wykonawczego. W obecnej wersji rozporządzenia brak jest harmonizacji takiej przesłanki na szczeblu prawa UE, jakkolwiek wstrzymanie czynności wykonawczych – z tych powodów – było również możliwe na podstawie prawa krajowego. Jednocześnie rozporządzenie przed tym rozwiązaniem prowadzącym do umorzenia postępowania wykonawczego nakłada na organy wykonawcze obowiązek podjęcia kroków w kierunku uzyskania zgody na powrót do państwa jego zwykłego miejsca pobytu. Rozwiązanie to niewątpliwie prowadzi do ograniczenia przypadków niewykonania decyzji z których wynika powrót dziecka do takich, w których jego wykonanie prowadziłoby do realnej szkody dziecka. Brak jest wskazania w rozporządzeniu przykładów na czym polega takie współdziałanie. Można jednak przypuszczać, że brak wykonania decyzji w sprawie powrotu dziecka jest na tyle sytuacją nieakceptowalną przez rodzica lub innego podmiotu który o taki powrót wnioskował, że brak takiego współdziałania a dzieckiem lub niedostateczne działanie może być podstawą odesłania prejudycjalnego do TSUE, którego orzecznictwo wykształci w tym zakresie odpowiednie kryteria ocenę.

Konkluzja

Powyższy artykuł ma na celu zaprezentowanie zmian jakim ulegała decyzja nakazująca powrót dziecka do państwa jego pochodzenia w przypadku bezprawnego uprowadzenia do innego państwa członkowskiego. Prawo UE, w porównaniu do przepisów konwencji, ustanowiło skuteczny mechanizm umożliwiający powrót dziecka do państwa jego zwykłego miejsca pobytu, dając przewagę decyzjom sądów tych państw członkowskich miejsca zwykłego pobytu dziecka, podjętym w postępowaniu w sprawie pieczy nad dzieckiem. Niezależnie więc od oceny podstaw odmowy powrotu dziecka na podstawie konwencji haskiej z 1980 r. o cywilnych aspektach uprowadzenia dziecka za granicę przez sąd państwa do którego dziecko zostało uprowadzone – okoliczności te mogą być ocenione w sposób skutkujący nakazem powrotu dziecka do państwa jego dotychczasowego miejsca pobytu. Przewidziana w projekcie rozporządzenia Bruksela IIa harmonizacja podstaw zawieszenia lub umorzenia postępowania wykonawczego – niewątpliwie stanowi odpowiedź na potrzebę przerwania takiego postępowania w sytuacji, gdy z powodu możliwej realnej szkody na osobie dziecka – nie może być ono długotrwale wykonane.

Jacek Kozielowicz

CESJA WIERZYTELNOŚCI NA GRUNCIE PODATKU OD CZYNNOŚCI CYWILNOPRAWNYCH ORAZ PODATKU OD TOWARÓW I USŁUG W ŚWIELE ORZECZNICTWA TRYBUNAŁU SPRAWIEDLIWOŚCI UNII EUROPEJSKIEJ, SĄDÓW ADMINISTRACYJNYCH ORAZ INTERPRETACJI INDYWIDUALNYCH

Celem niniejszego opracowania jest przedstawienie skutków podatkowych cesji wierzytelności na gruncie podatku od czynności cywilnoprawnych oraz podatku od towarów i usług w świetle orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, sądów administracyjnych oraz interpretacji indywidualnych. Zagadnienie to jest aktualne i bardzo interesujące bowiem ma wpływ zarówno na interpretację przepisów podatkowych, jak i na praktykę podatkową w zakresie cesji wierzytelności.

Omawiane opracowanie nie stanowi glosy. W ocenie autora do czasu, gdy zapadły orzeczenia TSUE w sprawie C-93/10 oraz NSA sygn. akt I FPS 5/11, odnośnie opodatkowania cesji wierzytelności, istniały w orzecznictwie sądowoadministracyjnym dwa rozbieżne stanowiska. Według pierwszego stanowiska nabycie wierzytelności na podstawie art. 509 § 1 K.c., następowało w imieniu własnym cesjonariusza i na jego własny rachunek. Nabywca wchodził w miejsce dotychczasowego wierzyciela. Dalszy przebieg zdarzeń odnośnie przedmiotowych wierzytelności był niezależny od zawartej uprzednio umowy cesji wierzytelności. Według drugiego stanowiska nabywca wierzytelności świadczył usługę na rzecz zbywcy wierzytelności, który był jej beneficjentem. Rezultatem tej usługi było uwolnienie zbywcy wierzytelności od ciężaru jej egzekwowania. Natomiast po wydaniu wyżej cytowanych orzeczeń wydaje się, że orzecznictwo sądowoadministracyjne nie miało wątpliwości prawnych odnośnie opodatkowania cesji wierzytelności, dopóki organ interpretacyjny nie wydał omawianych niżej interpretacji indywidualnych. Z tego też względu zdaniem autora omawiana sprawa zawiera interesujący problem prawny.

Wstęp

W dniu 17 lipca 2018 r. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością skierowała do Dyrektora Krajowej Informacji Skarbowej dwa wnioski o wydanie dwóch interpretacji indywidualnych, pierwszy z nich dotyczył podatku od czynności cywilnoprawnych w zakresie skutków podatkowych zawarcia umowy sprzedaży wierzytelności. Natomiast drugi odnosił się do podatku od towarów i usług w zakresie opodatkowania czynności nabycia wierzytelności z tytułu szkód majątkowych, głównie na pojazdach samochodowych. W pierwszym wniosku spółka z o.o. przedstawiła następujące zdarzenie przyszłe. Z jego treści wynikało, że aktualnie wnioskodawca znajduje się w fazie organizacyjnej. Zamierza prowadzić działalność gospodarczą związaną z oceną ryzyka i szacowaniem poniesionych strat (symbol PKD 66.21.Z, symbol PKWiU 66.21.10.0 - usługi związane z oceną ryzyka i szacowaniem poniesionych strat), której podklasa obejmuje dochodzenie roszczeń ubezpieczeniowych. Spółka z o.o. planuje kupować od osób fizycznych - poszkodowanych, w zdarzeniach drogowych, wierzytelności z tytułu szkód majątkowych, przede wszystkim szkód na pojazdach samochodowych. Przedmiot nabycia stanowiłyby wyłącznie szkody majątkowe, a nie osobowe. Jeżeli po przeprowadzonym, przez zakład ubezpieczeniowy, postępowaniu likwidacyjnym osoba poszkodowana uzyska odszkodowanie, które nie zaspokoi jej roszczeń o naprawienie wyrządzonej szkody w pełnej wysokości i w rezultacie uzna ona, że wysokość tego świadczenia jest zbyt niska, a jednocześnie nie ma zamiaru zmagać się z zakładem ubezpieczeniowym i toczyć z nim sporów sądowych w zakresie dopłaty odszkodowania, bądź nie wie jak uzyskać dopłatę do już otrzymanego odszkodowania, może dokonać sprzedaży wierzytelności na rzecz cesjonariusza. Przedmiotowy zakup byłby realizowany na podstawie umowy sprzedaży wierzytelności (cesji wierzytelności). Z treści cesji wierzytelności wynikać będzie oświadczenie cedenta, że w związku z określonym zdarzeniem drogowym uległ uszkodzeniu pojazd stanowiący jego własność i z tego tytułu poszkodowany może dochodzić swoich roszczeń odszkodowawczych albo bezpośrednio od sprawcy szkody (nawet, jeżeli jest on ubezpieczony w zakresie OC komunikacyjnego) albo też od zakładu ubezpieczeń z którym sprawca zawarł umowę ubezpieczenia OC. Następnie

cedent składa oświadczenie, że otrzymał od zakładu ubezpieczeniowego odszkodowanie w określonej wysokości, które jednak nie czyni zadość jego roszczeniom odszkodowawczym w zakresie naprawy pojazdu. Wnioskodawca nie będzie zobowiązany, na podstawie cesji, do wykonania innych czynności na rzecz poszkodowanego poza zapłatą ceny. Z chwilą zawarcia umowy cesji cedent zbywa za umówioną cenę, a cesjonariusz nabywa wierzytelność o zapłatę pozostałej należnej części odszkodowania, powyżej kwoty już wypłaconego świadczenia, do wysokości pełnego odszkodowania. Wraz z wierzytelnością na cesjonariusza przechodzą wszelkie prawa z nią związane (m.in. prawo do odsetek i zwrotu kosztów wykonania opinii przez biegłego). Pozostała należna część odszkodowania, wynikająca z umowy cesji, nie będzie określona kwotowo w treści umowy i nie będzie dokładnie znana w momencie podpisywania przedmiotowej umowy. Zostanie ona precyzyjnie określona dopiero w wyroku sądowym lub w wyniku zawarcia ugody z zakładem ubezpieczeniowym bądź też dobrowolnym uznaniem jej wysokości przez zakład ubezpieczeniowy. W momencie zawierania cesji stronom znana będzie jedynie hipotetyczna wysokość wierzytelności. Cena umowy sprzedaży wierzytelności będzie odzwierciedlać rzeczywistą ekonomiczną wartość tych wierzytelności w

chwili ich nabycia przez Spółkę z o.o. Będzie ona stanowiła różnicę pomiędzy wartością nominalną wierzytelności, nabytych przez wnioskodawcę, a ceną ich nabycia. Poza wskazaną wyżej

ceną wnioskodawca nie otrzyma żadnego innego wynagrodzenia oraz nie będzie on obciążony innymi obowiązkami na rzecz zbywcy wierzytelności. Spółka z o.o. będzie nabywała wierzytelności uruchamiając własne środki finansowe, we własnym imieniu oraz na własny rachunek. Wierzytelności w dacie nabycia będą wymagalne. W przypadku braku polubownego spełnienia świadczenia przez dłużnika sprawy dotyczące nabytych wierzytelności będą kierowane na drogę postępowania sądowego, a następnie ewentualnie będą one egzekwowane przez komornika. Umowa przelewu nie będzie zawierała zastrzeżenia w przedmiocie zwrotnego przeniesienia wierzytelności. Będzie ona miała charakter definitywny. Nabyte wierzytelności, na podstawie umowy, będą sporne, jedynie co do wysokości.

Wnioskodawca w związku z powyższym opisem zawartym we wniosku zadał następujące pytanie: „Czy z tytułu cesji wierzytelności (umowy sprzedaży wierzytelności) należy odprowadzić podatek od czynności cywilnoprawnych w wysokości 1% od ceny zakupu wierzytelności?”. W ocenie wnioskodawcy zgodnie z treścią art. 1 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy z dnia 9 września 2000 r. o podatku od czynności cywilnoprawnych¹.

Podatkowi od czynności cywilnoprawnych podlegają m.in. umowy sprzedaży praw majątkowych. Ponieważ przedmiotowa czynność nie wyczerpuje definicji odpłatnego świadczenia usług, więc nie podlega podatkowi od towarów i usług, a zatem należy uznać, że podlega ona opodatkowaniu podatkiem od czynności cywilnoprawnych. Obowiązek podatkowy powstaje z chwilą zawarcia umowy sprzedaży wierzytelności i spoczywa on na wnioskodawcy. Podstawę opodatkowania stanowi każdorazowo wynegocjowana z cedentem cena sprzedaży wierzytelności. Stawka podatku wynosi 1% podstawy opodatkowania.

Podatek od czynności cywilnoprawnych.

W dniu 27.09.2018 r. w zakresie pierwszego wniosku została wydana interpretacja indywidualna znak: 0111-KDIB2-2.4014.113.2018.2.AR². Organ interpretacyjny w zakresie podatku od czynności cywilnoprawnych uznał stanowisko wnioskodawcy za nieprawidłowe. Organ wskazał, iż przelew wierzytelności stanowi swoistą konstrukcję prawną, przewidzianą w ogólnych zasadach zobowiązań, prowadzącą do zmiany osoby wierzyciela podczas, gdy przedmiot zobowiązania pozostaje ten sam. Umowy cesji wierzytelności należą do czynności prawnych rozporządzających o skutkach zbliżonych do umowy przenoszącej własność. Cesja nie ma formy samoistnej umowy, dlatego też dla jej realizacji musi być dokonana czynność cywilnoprawna, na podstawie której nastąpi przeniesienie wierzytelności. Zgodnie z treścią art. 510 § 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny³ - dalej K.c., czynnością stanowiącą podstawę cesji może być umowa sprzedaży, zamiany, darowizny lub inne umowy zobowiązujące do przeniesienia wierzytelności. Zgodnie z art. 1 ust. 1 pkt 1) u.p.c.c. podatkowi temu podlegają następujące czynności cywilnoprawne: a) umowy sprzedaży oraz zamiany rzeczy i praw majątkowych, b) umowy pożyczki pieniędzy lub rzeczy oznaczonych tylko co do gatunku, c) (uchylona), d)

¹ (Dz. U. z 2017r., poz. 1150 z późn. zm.).

² (dostęp: 04.04.2019 portal podatki.gov.pl bip <https://sip.mf.gov.pl/>).

³ (Dz. U. z 2018 r., poz. 1025 z późn. zm.).

umowy darowizny - w części dotyczącej przejęcia przez obdarowanego długów i ciężarów albo zobowiązań darczyńcy, e) umowy dożywocia, f) umowy o dział spadku oraz umowy o zniesienie współwłasności - w części dotyczącej spłat lub dopłat, g)(uchylona), h) ustanowienie hipoteki, i) ustanowienie odpłatnego użytkowania, w tym nieprawidłowego, oraz odpłatnej służebności, j) umowy depozytu nieprawidłowego, k) umowy spółki. Artykuł 1 ust. 1 u.p.c.c. określa zamknięty katalog czynności prawnych, które podlegają podatkowi od czynności cywilnoprawnych, o ile spełniają przesłanki zawarte w art. 1 ust. 4 u.p.c.c.

Zdaniem organu interpretacyjnego umowa cesji jako niewymieniona w art. 1 ust. 1 u.p.c.c., a zatem nie podlega opodatkowaniu podatkiem od czynności cywilnoprawnych, o ile nie przybierze postaci jednej z umów wymienionych w tym przepisie, w szczególności umowy sprzedaży uregulowanej w przepisach Kodeksu cywilnego. Natomiast wówczas, gdy umowa cesji wierzytelności będzie miała postać umowy sprzedaży, to wówczas będzie podlegać opodatkowaniu tym podatkiem na podstawie art. 1 ust. 1 pkt 1 lit. a) u.p.c.c. i obowiązek uiszczenia tegoż podatku, zgodnie z art. 4 pkt 1 u.p.c.c. będzie ciążył na kupującym. Na podstawie art. 2 pkt 4 lit. a) i lit. b) u.p.c.c. nie podlegają podatkowi czynności cywilnoprawne, inne niż umowa spółki i jej zmiany:

a.) w zakresie, w jakim są opodatkowane podatkiem od towarów i usług,

b.) jeżeli przynajmniej jedna ze stron jest zwolniona od podatku od towarów i usług z tytułu dokonania tej czynności, z wyjątkiem: umów sprzedaży i zamiany, których przedmiotem jest nieruchomości lub jej część, albo prawo użytkowania wieczystego, spółdzielcze własnościowe prawo do lokalu, prawo do domu jednorodzinnego w spółdzielni mieszkaniowej lub prawo do miejsca postojowego w garażu wielostanowiskowym lub udział w tych prawach,

umów sprzedaży udziałów i akcji w spółkach handlowych. Z treści art. 2 pkt 4 u.p.c.c. wynika, że o wyłączeniu z opodatkowania podatkiem od czynności cywilnoprawnych nie decyduje okoliczność, że strony umowy posiadają status podatnika podatku od towarów i usług, lecz wyłącznie fakt, że konkretna czynność jest opodatkowana podatkiem od towarów i usług lub przynajmniej jedna ze stron tej czynności jest z tego podatku zwolniona. Samo bycie podatnikiem VAT przez strony czynności cywilnoprawnej lub jedną z nich nie przesądza o zastosowaniu art. 2 pkt 4 u.p.c.c. W każdym indywidualnym przypadku należy badać, czy z racji dokonania tej czynności cywilnoprawnej powstaje obowiązek z tytułu podatku od towarów i usług, czy też nie, a więc czy strona tej konkretnej czynności jest opodatkowana tym podatkiem lub z podatku tego jest zwolniona. Taka teza wynika z wyroku Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 15 stycznia 2019 r. II FSK 62/17⁴.

Podatek od towarów i usług.

W drugim wniosku spółka z o.o. przedstawiła zdarzenie przyszłe tożsame, jak we wniosku pierwszym. Dodatkowo w dniu 28 sierpnia 2018 r. uzupełniła opis sprawy i wyjaśniła, że zapłata wynagrodzenia nastąpi wyłącznie za przelew wierzytelności. W umowie strony nie przewidują żadnego innego wynagrodzenia. Różnica pomiędzy wartością nominalną wierzytelności, które cesjonariusz nabędzie od cedenta, a ceną ich nabycia będzie odzwierciedlała rzeczywistą ekonomiczną wartość tych wierzytelności w chwili ich nabycia przez wnioskodawcę. Umowa sprzedaży wierzytelności, poza ceną, nie będzie nakładać na wnioskodawcę innych dodatkowych do wykonania obowiązków na rzecz cedenta. Przedmiotowa umowa nie będzie zawierała upoważnienia dla cesjonariusza do występowania wobec dłużnika, w celu wyegzekwowania wierzytelności na rachunek zbywcy. Wierzytelność będzie egzekwowana wyłącznie na rachunek nabywcy. Wnioskodawca będzie nabywał wierzytelności we własnym imieniu i na własne ryzyko. Nabyte wierzytelności będą stanowiły w dacie ich nabycia wierzytelności wymagalne. Wobec nabytych wierzytelności mogą być prowadzone postępowania sądowe oraz egzekucyjne, jeżeli dłużnik nie spełni świadczenia polubownie. W ocenie wnioskodawcy w zdecydowanej większości spraw, jeśli nie we wszystkich, konieczne będzie postępowanie sądowe. Umowa sprzedaży wierzytelności nie będzie zawierała zastrzeżenia o zwrotnym przeniesieniu wierzytelności. Sprzedaż wierzytelności będzie miał charakter definitywny. Nabyte wierzytelności będą sporne jedynie co do ich wysokości. W dniu 27.09.2018 r. w zakresie drugiego wniosku, została wydana interpretacja indywidualna znak: 0111-KDIB3-1.4012.563.2018.2JCz5. We wskazanym wyżej wniosku

4 (dostęp: 04.04.2019 Centralna Baza Orzeczeń Sądów Administracyjnych – <http://www.orzeczenia.nsa.gov.pl>).

5 (dostęp: 04.04.2019 portal podatki.gov.pl bip <https://sip.mf.gov.pl/>).

spółka z o.o. zadała następujące pytanie: "Czy opisany przykład cesji wierzytelności stanowi usługę opodatkowaną podatkiem od towarów i usług VAT?"

Zdaniem wnioskodawcy opisany przykład cesji wierzytelności nie stanowi usługi opodatkowanej podatkiem od towarów i usług. Wnioskodawca na poparcie swojego stanowiska wskazał, że zgodnie z treścią art. 2 pkt 22 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług⁶ – dalej u.p.t.u. sprzedażą jest m.in. odpłatne świadczenie usług na terytorium kraju. Według treści art. 5 ust. 1 pkt 1 u.p.t.u. opodatkowaniu podatkiem od towarów i usług podlega m.in. odpłatne świadczenie usług na terytorium kraju. Aby uznać dane świadczenie za odpłatne musi istnieć stosunek prawny między świadczącym usługę, a odbiorcą, a w zamian za wykonanie usługi powinno zostać wypłacone wynagrodzenie. Oznacza to, że z danego stosunku prawnego, na podstawie którego wykonywana jest usługa, musi wynikać wyraźna, bezpośrednia korzyść na rzecz świadczącego usługę.

W przedmiotowej sprawie istnieje różnica między wartością nominalną cedowanych wierzytelności, a ceną ich sprzedaży, jednakże w ocenie wnioskodawcy różnica ta nie stanowi wynagrodzenia, lecz odzwierciedla rzeczywistą ekonomiczną wartość owych wierzytelności w chwili sprzedaży. Wartość ta jest uzależniona od wątpliwych perspektyw co do ich zasadności i możliwości ich uzyskania. Brak jest zatem w przedmiotowej sytuacji elementu odpłatności, który musi wystąpić, by można było mówić o sprzedaży. Wskazana wyżej czynność nie wyczerpuje definicji odpłatnego świadczenia usług na terytorium kraju, a więc nie podlega podatkowi od towarów i usług. Konkludując wnioskodawca stwierdził, iż opisana we wniosku cesja wierzytelności nie stanowi usługi opodatkowanej podatkiem od towarów i usług. Organ interpretacyjny nie potwierdził stanowiska wnioskodawcy stwierdzając, że „nabycie przedmiotowych wierzytelności będzie stanowiło odpłatne świadczenie usług w rozumieniu art. 8 ust. 1 u.p.t.u., a tym samym będzie podlegało opodatkowaniu podatkiem od towarów i usług na podstawie art. 5 ust. 1 u.p.t.u.”. Zdaniem organu interpretacyjnego nabywanie wierzytelności przez wnioskodawcę od zbywcy, za cenę niższą od wartości nominalnej, będzie podlegało opodatkowaniu podatkiem od towarów i usług na podstawie art. 8 ust. 1 w zw. z art. 5 ust. 1 u.p.t.u. W ocenie organu przez świadczenie usług, o którym mowa w art. 5 ust. 1 pkt 1 u.p.t.u. stosownie do treści art. 8 ust. 1 u.p.t.u. rozumie się każde świadczenie na rzecz osoby fizycznej, osoby prawnej lub jednostki organizacyjnej niemającej osobowości prawnej, które nie stanowi dostawy towarów. Zdaniem organu interpretacyjnego wskazana definicja jest bardzo szeroka. Świadczenie usług przede wszystkim oznacza określone zachowanie podatnika na rzecz innego podmiotu, które wynika z dwustronnego stosunku zobowiązaniowego. Z jednej strony istnieje podmiot będący odbiorcą (nabywcą usługi), a z drugiej strony podmiot świadczący usługę. Świadczenie usług stanowi każde zachowanie się niebędące dostawą towarów, świadczone na rzecz innego podmiotu. Zdaniem organu treść art. 5 ust. 1 pkt 1 u.p.t.u. jednoznacznie wskazuje, że dostawa towarów i świadczenie usług co do zasady podlegają opodatkowaniu podatkiem od towarów i usług wtedy, gdy są wykonywane odpłatnie (z wyjątkiem przypadków określonych w art. 7 ust. 2 oraz w art. 8 ust. 2 u.p.t.u.). Świadczenie jest odpłatne wówczas, gdy istnieje stosunek prawny pomiędzy świadczącym usługę a jej odbiorcą. A w zamian za wykonanie usługi powinno zostać wypłacone wynagrodzenie. Przy czym przepisy ustawy nie określają postaci wynagrodzenia. W uzasadnieniu organ przywołał orzeczenie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej – wyrok z dnia 8 marca 1988 r. w sprawie C-102/86 Apple and Pear Development Council przeciwko Commissioners of Customs and Excise⁷. We wskazanym wyżej wyroku Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej przyjął, że odpłatność ma miejsce wtedy, gdy istnieje bezpośredni związek pomiędzy dostawą towarów lub świadczeniem usług, a otrzymanym wynagrodzeniem, przy czym wynagrodzenie jakkolwiek musi być wyrażone w pieniądzu, to jednak nie musi być w tej formie dokonane. Na gruncie przepisów ustawy o podatku od towarów i usług bez znaczenia pozostaje to, czy kwota uzyskanego wynagrodzenia (cena) została skalkulowana tak, że stanowi tylko koszt wytworzenia towaru lub wykonania usługi, czy została powiększona także o zysk sprzedającego. Dana czynność (świadczenie) podlega opodatkowaniu podatkiem od towarów i usług, gdy istnieje bezpośredni związek o charakterze przyczynowym pomiędzy świadczoną usługą, a świadczeniem wzajemnym. Zapłata stanowi konsekwencję wykonania świadczenia. Umowa cesji wierzytelności wypełnia znamiona określone w art. 8 ust. 1 u.p.t.u. polega bowiem na przeniesieniu prawa do wartości niematerialnych i prawnych, a zatem stanowi świadczenie usług w rozumieniu ustawy o podatku od towarów i usług. Z punktu widzenia nabywcy wierzytelności do świadczenia usług

6 (Dz.U. z 2018r., poz.2174 z późn. zm.).

7 (dostęp: 04.04.2019 InfoCuria - Case-law of the Court of Justice <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-102/86>).

dochodzi już w momencie samego nabycia wierzytelności, obojętnie czy nabycie zostało dokonane w celu windykacji tej wierzytelności przez samego nabywcę, czy też innego jej wykorzystania do celów prawno-gospodarczych. Celem nabycia cudzej wierzytelności nie musi być jej odsprzedaż, ale także inne wykorzystanie do celów prawno-gospodarczych przez nabywcę. Sposób wykorzystania nabytej wierzytelności może decydować o charakterze usługi nie zaś o istocie czynności prawnej, jaką jest nabycie cudzej wierzytelności. Zdaniem organu zakup wierzytelności stanowi usługę polegającą na przeniesieniu wierzytelności z majątku dotychczasowego wierzyciela do majątku osoby trzeciej na mocy umowy zawartej między zbywcą wierzytelności (cedentem), a jej nabywcą (cesjonariuszem). Nabywca wierzytelności świadczy na rzecz jej zbywcy usługę, której celem jest uwolnienie sprzedawcy od ciężaru egzekwowania wierzytelności. Jednakże przedmiotowa usługa podlega opodatkowaniu wówczas, gdy jest świadczona odpłatnie. Organ interpretacyjny przywołał również wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 27 października 2011 r., w sprawie C-93/10 Finanzamt Essen-NordOst przeciwko GFKL Financial Services AG⁸. Organ odniósł się do passusu wyroku, w którym Trybunał wskazał, że „Artykuł 2 pkt 1 i art. 4 VI Dyrektywy Rady 77/388/EWG z dnia 17 maja 1977 r. w sprawie harmonizacji ustawodawstw państw członkowskich w odniesieniu do podatków obrotowych – wspólny system podatku od wartości dodanej: ujednoliconą podstawę wymiaru podatku należy interpretować w ten sposób, że podmiot, który na własne ryzyko nabywa trudne wierzytelności po cenie niższej od ich wartości nominalnej, nie świadczy odpłatnie usługi w rozumieniu art. 2 pkt 1 i nie dokonuje tym samym czynności z zakresu działalności gospodarczej objętej zakresem stosowania wspomnianej dyrektywy, jeżeli różnica między wartością nominalną tych wierzytelności a ceną ich sprzedaży odzwierciedla rzeczywistą ekonomiczną wartość przedmiotowych wierzytelności w chwili sprzedaży, która jest uzależniona od wątpliwych perspektyw na ich spłatę i zwiększonego ryzyka niewypłacalności dłużników. Zdaniem organu cytowane wyżej orzeczenie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej odwołuje się do wierzytelności „trudnych”, tj. wymagalnych, o wątpliwej perspektywie spłaty. Organ uznał, iż w omawianej sprawie przedmiotem nabycia będą co prawda wierzytelności wymagalne, lecz nie spełniające przesłanek „trudnych”, o których mowa w orzeczeniu TSUE w sprawie C-93/10. Dalej organ podniósł, że nieuzasadnione jest twierdzenie, jakoby wierzytelności opisane we wniosku nie zostały spłacone w ogóle. Nie są one obciążone ryzykiem wątpliwej perspektywy spłaty oraz zwiększonym ryzykiem niewypłacalności dłużników.

Skoro wnioskodawca będzie nabywał wierzytelności za wartość niższą niż ich wartość nominalna, to w ocenie organu nie będzie to oznaczało, że przedmiotowe wierzytelności będą miały charakter „trudny”. Czynność nabycia wierzytelności będzie świadczeniem odpłatnym. Wynagrodzenie będzie stanowiła różnica pomiędzy wartością nominalną wierzytelności, a ceną ich sprzedaży. Zdaniem organu wnioskodawca oszacuje wartość nominalną wierzytelności i indywidualnie określi cenę jej wykupu, przy uwzględnieniu elementu ryzyka. A zatem ustali swoje wynagrodzenie na bezpiecznym i racjonalnym poziomie. W ocenie organu nie można stanowczo twierdzić, iż wierzytelności będące przedmiotem wniosku nie zostaną w ogóle spłacone. Niewątpliwie są to wierzytelności wymagalne, lecz realizowane przez zakłady ubezpieczeń, a zatem nie można im przypisać wątpliwej perspektywy spłaty. Nie są one również obciążone ryzykiem niewypłacalności dłużników. W aspekcie przelewu wierzytelności jako usługi organ przywołał wyrok z dnia 6 listopada 2009 r., sygn. akt I SA/Po 628/09 Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Poznaniu⁹, w którym Sąd stwierdził: „Biorąc pod uwagę powyższe Sąd podziela pogląd organów podatkowych, że wierzytelność nie jest towarem, a zakup wierzytelności jest usługą. Istotą tej usługi jest zdjęcie z dotychczasowego wierzyciela (zbywcy) ciężaru egzekucji, czy też niewypłacalności dłużnika. Usługa ta wyraża się w tym, że usługodawca uzyskuje zysk generowany „kosztem zbywcy”. Zbywca w tym wypadku otrzymuje za wierzytelność cenę niższą od jej wartości nominalnej. Z drugiej strony zbywca uzyskuje konkretne świadczenie w postaci zdjęcia z niego ryzyka niewypłacalności dłużnika, konieczności prowadzenia postępowania egzekucyjnego, czy też opóźnień związanych z egzekwowaniem gotówki.”.

⁸ (dostęp: 04.04.2019 InfoCuria Orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=pl&jur=C,T,F&num=c-93/10&td=ALL>).

⁹ (dostęp: 05.04.2019 Centralna Baza Orzeczeń Sądów Administracyjnych – <http://www.orzeczenia.nsa.gov.pl>).

Podatek od czynności cywilnoprawnych

Wnioskodawca złożył skargę do Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Gliwicach¹⁰ na interpretację indywidualną Dyrektora Krajowej Informacji Skarbowej z dnia 27.09.2018 r. znak: 0111-KDIB2-2.4014.113.2018.2.AR. W dniu 05 lutego 2019 r. zapadł wyrok nieprawomocny¹¹. Sąd orzekł, iż skarga zasługuje na uwzględnienie. W ocenie Sądu zgodnie z art. 1 pkt 1 lit. a u.p.c.c. podatkiem od czynności cywilnoprawnych podlegają m.in. umowy sprzedaży oraz zamiany rzeczy i praw majątkowych. Według art. 2 pkt 4 u.p.c.c. podatkiem temu nie podlegają czynności cywilnoprawne, inne niż umowa spółki i jej zmiany: a) w zakresie, w jakim są opodatkowane podatkiem od towarów i usług, b) jeżeli przynajmniej jedna ze stron jest zwolniona od podatku od towarów i usług z tytułu dokonania tej czynności, z wyjątkiem: umów sprzedaży i zamiany, których przedmiotem jest nieruchomości lub jej część, albo prawo użytkowania wieczystego, spółdzielcze własnościowe prawo do lokalu, prawo do domu jednorodzinnego w spółdzielni mieszkaniowej lub prawo do miejsca postojowego w garażu wielostanowiskowym lub udział w tych prawach, umów sprzedaży udziałów i akcji w spółkach handlowych. W myśl art. 3 ust. 1 pkt 1 u.p.c.c. obowiązek podatkowy powstaje z chwilą dokonania czynności cywilnoprawnej. Według art. 4 pkt 1 u.p.c.c. w ramach umowy sprzedaży spoczywa na kupującym. W ocenie Sądu należało rozwiązać problem czy spółka z o.o. z tytułu zawierania umów kupna-sprzedaży wierzytelności będzie zobligowana do uiszczenia podatku od czynności cywilnoprawnych. Jednakże udzielenie odpowiedzi na tak przedstawiony problem wymaga uprzednio ustalenia, czy nabywając wierzytelności spółka z o.o. będzie świadczyła na rzecz zbywców usług podlegającą podatkiem od towarów i usług. Zdaniem Sądu podatek od towarów i usług oraz podatek od czynności cywilnoprawnych nie są wobec siebie konkurencyjne. Naczelny Sąd Administracyjny w wyroku z dnia 24 czerwca 2016 r., sygn. akt II FSK 1493/14¹², skłonił, iż bycie podatnikiem VAT to za mało, aby nie musieć płacić podatku od czynności cywilnoprawnych. Nie ma go wtedy, gdy konkretna transakcja jest objęta podatkiem od towarów i usług jako realizowana w ramach działalności gospodarczej. WSA w Gliwicach zwrócił uwagę, iż zgodnie z art. 5 ust. 1 pkt 1 u.p.t.u. opodatkowaniu podatkiem od towarów i usług podlega odpłatna dostawa towarów i odpłatne świadczenie usług na terytorium kraju. W art. 8 ust. 1 u.p.t.u. określono, co należy rozumieć przez świadczenie usług. Otóż według cytowanego wyżej przepisu przez świadczenie usług, o którym mowa w art. 5 ust. 1 pkt 1 u.p.t.u., rozumie się każde świadczenie na rzecz osoby fizycznej, osoby prawnej lub jednostki organizacyjnej niemającej osobowości prawnej, które nie stanowi dostawy towarów w rozumieniu art. 7 u.p.t.u., w tym również: 1) przeniesienie praw do wartości niematerialnych i prawnych, bez względu na formę, w jakiej dokonano czynności prawnej, 2) zobowiązanie do powstrzymania się od dokonania czynności lub do tolerowania czynności lub sytuacji, 3) świadczenie usług zgodnie z nakazem organu władzy publicznej lub podmiotu działającego w jego imieniu lub nakazem wynikającym z mocy prawa. W ocenie Sądu zgodnie z postanowieniami ustawy o podatku od towarów i usług, świadczenie usług podlegających podatkiem od towarów i usług musi mieć charakter odpłatny. Wobec powyższego WSA w Gliwicach podjął się rozważenia następującego problemu: czy nabycie wierzytelności pieniężnej na własne ryzyko, w celu windykacji, w swoim imieniu i na swoją rzecz, jest odpłatną usługą w rozumieniu art. 5 ust. 1 pkt 1 u.p.t.u., a tym samym w rozumieniu art. 8 ust. 1 u.p.t.u. Sąd wskazał, iż zagadnienie sporne było przedmiotem rozstrzygnięcia Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej. Mianowicie w wyroku TSUE (trzecia izba) z dnia 27 października 2011 r., w sprawie C 93/10 Trybunał orzekł, że art. 2 pkt 1 i art. 4 VI Dyrektywy Rady Nr 77/388/EWG z dnia 17 maja 1977 r. w sprawie harmonizacji ustawodawstw Państw Członkowskich w odniesieniu do podatków obrotowych – wspólny system podatku od wartości dodanej: ujednolicona podstawa wymiaru podatku (Dz.U. UE. L z 1977 r. Nr 145, poz. 1 – dalej VI Dyrektywa, należy interpretować w ten sposób, że podmiot, który na własne ryzyko nabywa trudne wierzytelności po cenie niższej od ich wartości nominalnej, nie świadczy odpłatnej usługi i nie dokonuje tym samym czynności z zakresu działalności gospodarczej objętej zakresem stosowania wspomnianej dyrektywy, jeżeli różnica między wartością nominalną tych wierzytelności, a ceną ich sprzedaży odzwierciedla rzeczywistą ekonomiczną wartość owych wierzytelności w chwili sprzedaży. TSUE zauważył, że art. 2 pkt 1 VI Dyrektywy wskazuje,

10 Wyrok WSA w Gliwicach z dnia 05.02.2019, sygn. akt I SA/Gl 1293/18. (dostęp: 05.04.2019 Centralna Baza Orzeczeń Sądów Administracyjnych – <http://www.orzeczenia.nsa.gov.pl>).

11 Wyrok WSA w Gliwicach z dnia 05.02.2019, sygn. akt I SA/Gl 1293/18.

12 (dostęp: 05.04.2019 Centralna Baza Orzeczeń Sądów Administracyjnych – <http://www.orzeczenia.nsa.gov.pl>).

że opodatkowaniu podatkiem od wartości dodanej podlegają dostawa towarów i świadczenie usług wykonywane za wynagrodzeniem na terytorium kraju przez podatnika występującego w takim charakterze, z kolei art. 4 VI Dyrektywy stanowi, że podatnikiem jest każda osoba wykonująca samodzielnie i niezależnie od miejsca zamieszkania działalność gospodarczą określoną w ust. 2 bez względu na cel, czy rezultat takiej działalności (ust. 1), a działalność gospodarcza określona w ust. 1 obejmuje wszelką działalność producentów, handlowców, osób świadczących usługi, w tym działalność górnictwa i rolnictwa oraz działalność w ramach wolnych zawodów. Za działalność gospodarczą uznaje się również wykorzystywanie majątku rzeczowego oraz wartości niematerialnych i prawnych w celu uzyskiwania z tego tytułu stałego dochodu. Czynnościami podlegającymi opodatkowaniu VAT są transakcje między stronami, przewidujące zapłatę ceny lub inne wynagrodzenie (pkt 17), zatem świadczenie usługi odpłatnie w rozumieniu art. 2 pkt 1 VI Dyrektywy, a więc podlegające opodatkowaniu, następuje tylko wtedy, jeżeli pomiędzy usługodawcą, a usługobiorcą istnieje stosunek prawny, w ramach którego następuje wymiana świadczeń wzajemnych (pkt 18), dla uznania, że świadczenie usług dokonywane jest odpłatnie w rozumieniu art. 2 pkt 1 VI Dyrektywy wymagany jest bezpośredni związek między świadczoną usługą, a otrzymanym wynagrodzeniem (pkt 19). TSUE stwierdził również, że cesjonariusz wierzytelności nie otrzymuje od cedenta żadnego wynagrodzenia, w związku z czym nie dokonuje czynności z zakresu działalności gospodarczej w rozumieniu art. 4 VI Dyrektywy, ani nie świadczy usługi w rozumieniu art. 2 pkt 1 tego aktu (pkt 22). TSUE podkreślił, że istnieje różnica między wartością nominalną cedowanych wierzytelności, a ceną ich sprzedaży, jednakże stwierdził, że różnica pomiędzy wartością nominalną, a ceną sprzedaży nie stanowi wynagrodzenia, lecz odzwierciedla rzeczywistą ekonomiczną wartość owych wierzytelności w chwili sprzedaży, która jest uzależniona od wątpliwych perspektyw na ich spłatę i zwiększonego ryzyka niewypłacalności dłużników (pkt 23 i 25). Następnie WSA w Gliwicach przywołał wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 19 marca 2012 r. oznaczonego sygn. akt I FPS 5/11¹³, w którym wskazano, że zarówno z celu postępowania określonego w art. 267 TSUE (wcześniej art. 234 TWE), jakim jest zapewnienie jednolitej wykładni i stosowania prawa wspólnotowego, jak i z zasady efektywności prawa wspólnotowego, która byłaby zagrożona, gdyby sądy krajowe odmawiały stosowania tego prawa w rozumieniu przyjętym przez Trybunał, wynika, że odpowiedź udzielona przez TSUE na wskazane pytanie prejudycjalne wiąże sądy krajowe państw członkowskich Unii Europejskiej w zakresie dokonanej wykładni prawa wspólnotowego. Naczelny Sąd Administracyjny uwzględniając powyższe orzeczenie TSUE stwierdził, że transakcja nabycia na własne ryzyko wierzytelności trudnej, po cenie niższej od jej wartości nominalnej, nie będzie mogła być zakwalifikowana jako świadczona przez nabywcę wierzytelności usługa, w rozumieniu art. 5 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 8 ust. 1 u.p.t.u. ze względu na fakt, że w takim przypadku nie mamy do czynienia z zobowiązaniem się przez usługodawcę do ściągnięcia długu w zamian za wynagrodzenie. Naczelny Sąd Administracyjny wskazał, jakie okoliczności należy wziąć pod uwagę, ustalając, czy po stronie kupującego-cesjonariusza wystąpiło wynagrodzenie bezpośrednio związane z nabyciem wierzytelności, rzeczywiście otrzymane (bądź należne), jako świadczenie wzajemne za wykonaną na rzecz zbywcy - cedenta usługę, stającą się tym samym usługą odpłatną, czyli czynnością opodatkowaną. NSA stwierdził, iż korzystając z pomocy, jaką daje orzeczenie TSUE, i będąc zarazem związanym wykładnią prawa unijnego w nim zawartą, dotyczącą art. 2 pkt 1 i art. 4 ust. 1 VI Dyrektywy¹⁴, czyli także tak samo brzmiącego art. 2 ust. 1 lit. c i art. 9 ust. 1 Dyrektywy Rady z dnia 26 listopada 2006 r. nr 2006/112/WE w sprawie wspólnego systemu podatku od wartości dodanej¹⁵ (Dz.U. UE. L z 2006 r. nr 347, poz. 1) zastępującej VI dyrektywę, Naczelny Sąd Administracyjny w wyroku z dnia 19 marca 2012 r. sformułował na gruncie ustawy o podatku od towarów i usług twierdzenie, że nabycie wierzytelności pieniężnej na własne ryzyko, w celu windykacji, w swoim imieniu i na swoją rzecz, nie jest odpłatną usługą w rozumieniu art. 5 ust. 1 pkt 1 oraz w rozumieniu art. 8 ust. 1 u.p.t.u., jeżeli różnica między wartością nominalną tych wierzytelności, a ceną ich sprzedaży odzwierciedla rzeczywistą ekonomiczną wartość owych wierzytelności w chwili sprzedaży. Zdaniem WSA w Gliwicach przyszła działalność polegająca na zawieraniu umów kupna-sprzedaży wierzytelności nie może być traktowana jako świadczenie przez spółkę z o.o. odpłatnych usług.

13 (dostęp: 05.04.2019 Centralna Baza Orzeczeń Sądów Administracyjnych – <http://www.orzeczenia.nsa.gov.pl>).

14 (Dz.U. UE L z 1977 r., nr 145, str. 1, dostęp: 05.04.2019 <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/ALL/?uri=CELEX%3A31977L0388>).

15 (Dz.U. UE. L z 2006 r. nr 347, str. 1, dostęp: 05.04.2019 <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/?uri=CELEX%3A32006L0112>).

W ocenie Sądu analiza opisu zdarzenia przyszłego prowadzi do jednoznacznego stanowiska, że spółka z o.o. będzie nabywać wierzytelności na własny rachunek i na własne ryzyko. Spółka w ramach tych czynności będzie zobowiązana do przekazania zbywcy wierzytelności wyłącznie umówionej ceny sprzedaży. W tym miejscu należy przywołać wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 23 stycznia 2018 r. sygn. akt II FSK 3491/15¹⁶. NSA orzekł, że jeżeli cena nabytych wierzytelności uzależniona jest od wątpliwych perspektyw na ich spłatę i zwiększonego ryzyka niewypłacalności dłużników, różnica między wartością nominalną cedowanych wierzytelności, a ceną ich sprzedaży (nie stanowiąc wynagrodzenia za tego rodzaju usługę) odzwierciedla rzeczywistą ekonomiczną wartość owych wierzytelności w chwili sprzedaży.

Podatek od towarów i usług czy podatek od czynności cywilnoprawnych?

Wnioskodawca złożył skargę do Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Gliwicach¹⁷ na interpretację indywidualną Dyrektora Krajowej Informacji Skarbowej z dnia 27.09.2018 r. znak: 0111-KDIB3-1.4012.563.2018.2.ICz. W dniu 27 lutego 2019 r. zapadł wyrok nieprawomocny¹⁸. Sąd orzekł, iż skarga zasługuje na uwzględnienie. Spór dotyczył tego, czy umowa cesji, na podstawie której spółka z o.o. nabywa wierzytelność od cedenta (zbywcy wierzytelności), podlega podatkowi od towarów i usług czy podatkowi od czynności cywilnoprawnych? Kwestia ta była przedmiotem kontroli WSA w Gliwicach, gdyż spółka z o.o. zaskarżyła wydaną przez Dyrektora Krajowej Informacji Skarbowej interpretację indywidualną wydaną na wniosek skarżącej, a dotyczącą podatku od czynności cywilnoprawnych w zakresie skutków podatkowych zawarcia umowy sprzedaży wierzytelności. Sprawa zwiśla pod sygn. akt I SA/GI 1293/18 i zakończyła się nieprawomocnym wyrokiem z dnia 5 lutego 2019 r. uchylającym zaskarżoną interpretację. Sąd w ww. wyroku, w tym samym stanie faktycznym i prawnym rozstrzygnął, że zakup wierzytelności nie stanowi odpłatnego świadczenia usługi w rozumieniu art. 8 ust. 1 w związku z art. 5 ust. 1 u.p.t.u. ale podlega opłacie podatkiem od czynności cywilnoprawnych. WSA w Gliwicach w sprawie oznaczonej sygn. akt III SA/GI 1264/18 pogląd ten w pełni podzielił i stwierdził, iż zawieranie umów kupna-sprzedaży wierzytelności nie może być traktowane jako świadczenie przez Spółkę odpłatnych usług. Skoro Spółka z o.o. będzie nabywać wierzytelności na własny rachunek i na własne ryzyko. Cesjonariusz w ramach tych czynności będzie zobowiązany do przekazania cedentowi wyłącznie umówionej ceny sprzedaży. To w konsekwencji zbywca nie będzie miał obowiązku przekazania jakiegokolwiek innego wynagrodzenia na rzecz Spółki w przypadku ściągnięcia długu od kontrahentów, gdyż Spółka będzie ściagała je na własną rzecz. W każdym przypadku, jeżeli cena nabytych wierzytelności uzależniona będzie od wątpliwych perspektyw na ich spłatę i zwiększonego ryzyka niewypłacalności dłużników, różnica między wartością nominalną cedowanych wierzytelności a ceną ich sprzedaży, nie stanowiąc wynagrodzenia za tego rodzaju usługę, będzie odzwierciedlała rzeczywistą ekonomiczną wartość owych wierzytelności w chwili sprzedaży. Według wyroku NSA z dnia 23 stycznia 2018 r. sygn. akt II FSK 3491/15, podstawowym i koniecznym warunkiem uznania transakcji za odpłatną usługę, a więc czynność opodatkowaną, jest wystąpienie wynagrodzenia bezpośrednio związanego z tą czynnością, rzeczywiście otrzymanego (bądź należnego) jako świadczenia wzajemnego za wykonaną usługę. Wynagrodzenia, które otrzymuje kupujący - cesjonariusz, jako świadczenie wzajemne za ewentualnie wykonaną na rzecz zbywcy - cedenta usługę. Wynagrodzenie będzie stanowiło strumień pieniędzy płynący od zbywcy (cedenta) do nabywcy (cesjonariusza) za wykonaną usługę. Strumień ten będzie płynął odwrotnie niż w przypadku umowy kupna sprzedaży, kiedy zapłatę za wierzytelność otrzymuje zbywca od nabywcy. Skoro brak jest wynagrodzenia należnego od cedenta (zbywcy) dla cesjonariusza (nabywcy), to nie może być mowy o wykonywaniu przez Spółkę odpłatnej usługi. Stanowisko WSA w Gliwicach znajduje potwierdzenie w ugruntowanym orzecznictwie Naczelnego Sądu Administracyjnego. Mianowicie egzekwowanie własnych należności na swoją rzecz jest zwyczajnym elementem obrotu gospodarczego i nie tworzy usługi w rozumieniu przepisu art. 8 ust. 1 u.p.t.u., a w konsekwencji, nie podlega opodatkowaniu podatkiem od towarów i usług.

NSA w wyroku z dnia 14 lutego 2018 r., sygn. akt I FSK 344/17¹⁹ orzekł, że egzekwowanie własnych należności na swoją

16 (dostęp: 05.04.2019 Centralna Baza Orzeczeń Sądów Administracyjnych – <http://www.orzeczenia.nsa.gov.pl>).

17 Wyrok WSA w Gliwicach z dnia 27.02.2019 r., sygn. akt III SA/GI 1264/18. (dostęp: 06.04.2019 Centralna Baza Orzeczeń Sądów Administracyjnych – <http://www.orzeczenia.nsa.gov.pl>).

18 Wyrok WSA w Gliwicach z dnia 27.02.2019 r., sygn. akt III SA/GI 1264/18.

19 (dostęp: 06.04.2019 Centralna Baza Orzeczeń Sądów Administracyjnych – <http://www.orzeczenia.nsa.gov.pl>).

rzecz jest zwyczajnym elementem obrotu gospodarczego i nie tworzy usługi w rozumieniu przepisu art. 8 ust. 1 u.p.t.u., a w konsekwencji, nie podlega opodatkowaniu. Z kolei NSA w wyroku z 26 września 2017 r., sygn. akt I FSK 2323/15²⁰ stwierdził, iż nabycie wierzytelności w imieniu własnym i na własne ryzyko, w sytuacji gdy cena za wierzytelności ustalona została poniżej ich wartości nominalnej i odzwierciedla ich rzeczywistą wartość z chwili sprzedaży, nie może być traktowana jako odpłatna usługa ściągania długów, stwierdzając w odniesieniu do takiej czynności, że wnioskodawcy nie przysługuje żadne wynagrodzenie i nie podlega ona w związku z tym opodatkowaniu podatkiem VAT. Następnie NSA w wyroku z dnia 10.04.2013 r., sygn. akt I FSK 772/12²¹ orzekł, że transakcje pomiędzy cedentem a cesjonariuszem przy braku dyskonta (lub wynagrodzenia w innej postaci) nie mogą być uznane za usługę świadczoną osobiście, ponieważ nie posiadają cech odpłatności. Nie podlegają zatem opodatkowaniu, mimo że podatnik jest podatnikiem podatku VAT. Nawet różnica między wartością nominalną cedowanych wierzytelności a ceną ich sprzedaży nie stanowi wynagrodzenia za tego rodzaju usługę, lecz odzwierciedla rzeczywistą ekonomiczną wartość owych wierzytelności w chwili sprzedaży, która jest uzależniona od wątpliwych perspektyw na ich spłatę i zwiększonego ryzyka niewypłacalności dłużników. Bez znaczenia jest to, że cesjonariusz wierzytelności nabywa je w celu ich ściągnięcia, gdyż w momencie realizacji tej czynności czyni to na własny rachunek i ryzyko, a nie na rachunek i ryzyko cedenta wierzytelności. Skoro nabycie wierzytelności w celu egzekucji lub dalszej odsprzedaży ma charakter jednorazowy a strony ustalając cenę wierzytelności w wysokości odpowiadającej jej wartości nominalnej nie przewidziały otrzymania przez nabywcę wierzytelności od zbywcy wynagrodzenia, nabycia wierzytelności za cenę równą jej wartości nie można traktować jako usługi podlegającej obowiązkowi podatkowemu z tytułu VAT. Wyrok NSA z dnia 23.01.2018 r., sygn. akt II FSK 3491/15. Nabycie wierzytelności w imieniu własnym i na własne ryzyko, w sytuacji gdy cena za wierzytelności ustalona została poniżej ich wartości nominalnej i odzwierciedla ich rzeczywistą wartość z chwili sprzedaży, nie może być traktowana jako odpłatna usługa ściągania długów. Stwierdzenie więc w odniesieniu do takiej czynności, że wnioskodawcy nie przysługuje żadne wynagrodzenie, uzasadnia stanowisko, iż nie podlega ona w związku z tym opodatkowaniu podatkiem VAT. Z kolei NSA w wyroku z dnia 23.01.2018 r., sygn. akt II FSK 3491/15, orzekł, że w przypadku umów cesji (obrotu) wierzytelnościami, gdy dochodzi do nabycia przez cesjonariusza wierzytelności od cedenta za umówioną cenę - niższą niż nominalna wartość tej wierzytelności - i nie ustalono między stronami żadnego wynagrodzenia z tytułu tak określonej usługi nabycia długu, czynność ta, jeżeli umowa jest zawarta na własne ryzyko cesjonariusza (nabywcy), nie stanowi odpłatnej usługi, w rozumieniu art. 8 ust. 1 u.p.t.u. i w konsekwencji nie podlega opodatkowaniu. Wynagrodzeniem cesjonariusza nie jest różnica między wartością nominalną cedowanych wierzytelności a ceną ich sprzedaży, która odzwierciedla rzeczywistą ekonomiczną wartość owych wierzytelności w chwili sprzedaży i jest uzależniona od wątpliwych perspektyw na ich spłatę i zwiększonego ryzyka niewypłacalności dłużników. Nie ma znaczenia, że cesjonariusz wierzytelności nabywa je w celu ich ściągnięcia, gdyż w momencie realizacji tej czynności czyni to na własny rachunek i ryzyko, a nie na rachunek i ryzyko cedenta wierzytelności. W każdym przypadku, jeżeli cena nabytych wierzytelności uzależniona jest od wątpliwych perspektyw na ich spłatę i zwiększonego ryzyka niewypłacalności dłużników, różnica między wartością nominalną cedowanych wierzytelności a ceną ich sprzedaży (nie stanowiąc wynagrodzenia za tego rodzaju usługę), odzwierciedla rzeczywistą ekonomiczną wartość owych wierzytelności w chwili sprzedaży. NSA w wyroku z dnia 23.01.2018 r., sygn. akt II FSK 3491/15 stwierdził, że nabywanie wierzytelności na własny rachunek w aspekcie opodatkowania podatkiem od towarów i usług wobec opodatkowania podatkiem od czynności cywilnoprawnych należy oprzeć się na wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej w sprawie C-93/10 oraz wyroku siedmiu sędziów Naczelnego Sądu Administracyjnego z 19 marca 2012 r., sygn. akt I FPS 5/11.

W orzeczeniu TSUE istotne jest dla przedmiotowej sprawy, że podmiot, który na własne ryzyko nabywa trudne wierzytelności po cenie niższej od ich wartości nominalnej, nie świadczy odpłatnie usługi w rozumieniu art. 2 pkt 1 i nie dokonuje tym samym czynności z zakresu działalności gospodarczej objętej zakresem stosowania wspomnianej Dyrektywy, jeżeli różnica między wartością nominalną tych wierzytelności a ceną ich sprzedaży odzwierciedla rzeczywistą ekonomiczną wartość owych wierzytelności w chwili sprzedaży. W orzeczeniu tym TSUE podkreślił, że jeżeli czynność polega jedynie na świadczeniu jednej ze stron, bez bezpośredniego wynagrodzenia, nie ma podstawy opodatkowania, w związku

20 (dostęp: 06.04.2019 Centralna Baza Orzeczeń Sądów Administracyjnych – <http://www.orzeczenia.nsa.gov.pl>).

21 (dostęp: 06.04.2019 Centralna Baza Orzeczeń Sądów Administracyjnych – <http://www.orzeczenia.nsa.gov.pl>).

z czym świadczenie takie nie podlega podatkowi od wartości dodanej. NSA w cytowanym wyżej orzeczeniu odwołał się do wyroku MKG-Kraftfahrzeuge-Factoring w sprawie C-305/01²², w którym Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej orzekł, że czynność faktora, polegająca na gwarancji wobec faktoraanta spłaty wierzytelności i przejęciu ryzyka niewypłacalności dłużników należy uznać za wykorzystywanie własności dóbr celem stałego osiągania zysku w rozumieniu art. 4 ust. 2 VI Dyrektywy, jeżeli czynność ta jest wykonywana za wynagrodzeniem i przez określony czas. W stanie faktycznym sprawy C-305/01, cesjonariusz wierzytelności zobowiązywał się świadczyć wobec cedenta usługę faktoringu, w zamian za te usługi otrzymywał wynagrodzenie, to jest prowizję oraz premię *del credere*. Natomiast w odniesieniu do sprawy C-93/10 Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej podkreślił, iż odmiennie niż w sprawie C-305/01, cesjonariusz wierzytelności nie otrzymuje żadnego wynagrodzenia od cedenta, w związku z czym nie dokonuje czynności z zakresu działalności gospodarczej w rozumieniu art. 4 VI Dyrektywy, ani nie świadczy usługi w rozumieniu art. 2 pkt 1 tej Dyrektywy. W sprawie zawisłej przed WSA w Gliwicach sygn. akt III SA/GI 1264/18 istnieje różnica między wartością nominalną cedowanych wierzytelności a ceną ich sprzedaży, jednakże ma ona inny charakter prawny niż prowizja z tytułu faktoringu i premia *del credere*, którą otrzymywał faktor w sprawie MKG-Kraftfahrzeuge-Factoring. Różnica ta nie stanowi wynagrodzenia z tytułu usługi świadczonej przez nabywcę cedowanych wierzytelności. Różnica między wartością nominalną cedowanych wierzytelności a ceną ich sprzedaży nie stanowi bowiem wynagrodzenia za tego rodzaju usługę, lecz odzwierciedla rzeczywistą ekonomiczną wartość owych wierzytelności w chwili sprzedaży, która jest uzależniona od wątpliwych perspektyw na ich spłatę i zwiększonego ryzyka niewypłacalności dłużników.

Konkluzja

W ocenie autora dwa stanowiska organu interpretacyjnego zawarte we wskazanych wyżej interpretacjach indywidualnych wydają się nieprawidłowe. Mimo, iż oba wyżej wymienione wyroki WSA w Gliwicach, które zapadły w przedmiotowych sprawach są nieprawomocne, to jednak mając na uwadze zarówno orzecznictwo TSUE, jak i sądowoadministracyjne można zasadnie stwierdzić, iż analiza przywołanych wyżej orzeczeń prowadzi do zgoda odmiennych wniosków. Różnica nie stanowi bezpośredniego wynagrodzenia z tytułu usługi świadczonej przez nabywcę cedowanych wierzytelności. Różnica pomiędzy wartością nominalną cedowanych wierzytelności, a ceną ich sprzedaży nie stanowi bowiem wynagrodzenia za tego rodzaju usługę, lecz odzwierciedla ekonomiczną wartość wierzytelności w chwili sprzedaży. Nie spełnia więc definicji podstawy opodatkowania wyrażonej w art. 29a u.p.t.u. W myśl definicji podstawą opodatkowania będzie wszystko, co stanowi zapłatę, którą dokonujący dostawy lub usługodawca otrzymał lub ma otrzymać z tytułu sprzedaży od nabywcy, usługobiorcy lub osoby trzeciej łącznie z otrzymanymi dotacjami, subwencjami i innymi dopłatami o podobnym charakterze mającymi bezpośredni wpływ na cenę towarów dostarczanych lub usług świadczonych przez podatnika.

Często ubezpieczyciel nie uznaje roszczeń i pozostaje wyłącznie dochodzenia odszkodowania w pełnej wysokości na drodze sądowej. W przypadku niezaspokojenia lub częściowego zaspokojenia roszczeń Spółka z o.o. musi liczyć się z koniecznością ich dochodzenia na drodze postępowania sądowego. Jest to związane z długotrwałym procesem, kosztami procesowymi oraz istnieje duże ryzyko oddalenia powództwa. Niewątpliwie przedmiotowe wierzytelności stanowią „wierzytelności trudne”. Są one bezsporne co do zasady, lecz posiadają sporny charakter co do wysokości.

Natomiast zdaniem organu pojęcie świadczenia usług ma bardzo szeroki zakres. Z treści art. 5 ust. 1 pkt 1 u.p.t.u. jednoznacznie wynika, iż dostawa towarów i świadczenie usług co do zasady podlegają opodatkowaniu podatkiem od towarów i usług wówczas, gdy są wykonywane odpłatnie z wyjątkiem przypadków ściśle określonych w art. 7 ust. 2 oraz art. 8 ust. 2 u.p.t.u. Aby uznać dane świadczenie za odpłatne, musi istnieć stosunek prawny pomiędzy świadczącym usługę a jej odbiorcą. W zamian za wykonanie usługi powinno być wypłacone wynagrodzenie. Jednakże przepisy ustawy nie określają postaci wynagrodzenia. Następnie organ przywołał jako *acquis communautaire* wyrok Trybunału Sprawiedliwości

22 (dostęp: 06.04.2019 InfoCuria - Case-law of the Court of Justice <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-305/01>).

Unii Europejskiej z dnia 8 marca 1988 r. w sprawie C-102/86 Apple and Pear Development Council przeciwko Commissioners of Customs and Excise)²³, Trybunał stwierdził, że odpłatność ma miejsce wtedy, gdy istnieje bezpośredni związek pomiędzy dostawą towarów lub świadczeniem usług a otrzymanym wynagrodzeniem, przy czym wynagrodzenie jakkolwiek musi być wyrażone w pieniądzu, to jednak nie musi być w tej formie dokonane. Należy podkreślić, że na gruncie przepisów o podatku od towarów i usług bez znaczenia pozostaje to, czy kwota uzyskanego wynagrodzenia (cena) została skalkulowana tak, że stanowi tylko koszt wytworzenia towaru lub wykonania usługi, czy została powiększona także o zysk sprzedającego. Skoro przepisy nie określają formy zapłaty za świadczoną usługę, należy uznać, że zobowiązanie usługobiorcy może mieć postać świadczenia nie tylko określonej sumy pieniędzy, ale także świadczenie innej usługi (usługi wzajemnej). Oznacza to, że z danego stosunku prawnego, na podstawie którego wykonywana jest usługa, musi wynikać wyraźna, bezpośrednia korzyść na rzecz świadczącego usługę. Ponadto, aby dana czynność (świadczenie) podlegała opodatkowaniu podatkiem od towarów i usług, musi istnieć bezpośredni związek o charakterze przyczynowym pomiędzy świadczoną usługą a świadczeniem wzajemnym. Otrzymana zapłata powinna być konsekwencją wykonania świadczenia. W ocenie organu, aby dana czynność (świadczenie) podlegała opodatkowaniu podatkiem od towarów i usług, musi istnieć bezpośredni związek o charakterze przyczynowym pomiędzy świadczoną usługą a świadczeniem wzajemnym. Otrzymana zapłata powinna być konsekwencją wykonania świadczenia. Odpłatność określana jest przez strony umowy i jeśli strony ustalą zapłatę, wówczas wykonane świadczenie staje się odpłatne. W przypadku istnienia świadczenia wzajemnego otrzymanego przez świadczącego usługę, należy uznać czynności wykonywane w ramach zawartej umowy za odpłatne świadczenie usług określone w art. 8 ust. 1 u.p.t.u., podlegające opodatkowaniu podatkiem od towarów i usług. W ocenie autora pogląd ten wzbudza kontrowersje. W tym miejscu należy przywołać wyrok NSA z dnia 23.01.2018 r., sygn. akt II FSK 3491/15, w którym NSA stwierdził, że w przypadku umów cesji (obrotu) wierzytelnościami, gdy dochodzi do nabycia przez cesjonariusza wierzytelności od cedenta za umówioną cenę – niższą niż nominalna wartość tej wierzytelności – i nie ustalono między stronami żadnego wynagrodzenia z tytułu tak określonej usługi nabycia długu, czynność ta, jeżeli umowa jest zawarta na własne ryzyko cesjonariusza (nabywcy), nie stanowi odpłatnej usługi, w rozumieniu art. 8 ust. 1 u.p.t.u. i w konsekwencji nie podlega opodatkowaniu. Wynagrodzeniem cesjonariusza z tytułu tego rodzaju czynności nie jest w szczególności różnica między wartością nominalną cedowanych wierzytelności a ceną ich sprzedaży, która odzwierciedla rzeczywistą ekonomiczną wartość owych wierzytelności w chwili sprzedaży i jest uzależniona od wątpliwych perspektyw na ich spłatę i zwiększonego ryzyka niewypłacalności dłużników. W takim przypadku nie ma znaczenia, że cesjonariusz wierzytelności nabywa je w celu ich ściągnięcia, gdyż w momencie realizacji tej czynności czyni to na własny rachunek i ryzyko, a nie na rachunek i ryzyko cedenta wierzytelności. NSA wskazał, że zawarte zostało w tezie 25 wyroku w sprawie C-93/10 stwierdzenie: "różnica między wartością nominalną cedowanych wierzytelności a ceną ich sprzedaży nie stanowi bowiem wynagrodzenia za tego rodzaju usługę, lecz odzwierciedla rzeczywistą ekonomiczną wartość owych wierzytelności w chwili sprzedaży, która jest uzależniona od wątpliwych perspektyw na ich spłatę i zwiększonego ryzyka niewypłacalności dłużników". Zdaniem NSA TSUE przyjął, że w każdym przypadku, jeżeli cena nabytych wierzytelności uzależniona jest "od wątpliwych perspektyw na ich spłatę i zwiększonego ryzyka niewypłacalności dłużników", to "różnica między wartością nominalną cedowanych wierzytelności a ceną ich sprzedaży" (nie stanowiąc wynagrodzenia za tego rodzaju usługę) "odzwierciedla rzeczywistą ekonomiczną wartość owych wierzytelności w chwili sprzedaży". W takim przypadku należy poszukiwać strumienia pieniędzy płynącego od zbywcy (cedenta) do nabywcy (cesjonariusza) za wykonaną usługę. Wspomniany wyżej strumień płynie w odwrotnym kierunku niż w przypadku umowy kupna-sprzedaży, gdy zapłatę za wierzytelność otrzymuje zbywca od nabywcy. A zatem transakcja cesji wierzytelności nie stanowi odpłatnego świadczenia usług określonego w art. 8 ust. 1 u.p.t.u., a zatem nie podlega opodatkowaniu. Zauważyć należy, że organ w swoich rozważaniach odniósł się do wyroku TSUE z dnia 27.10.2011 r., w sprawie C-93/10, wyłącznie w zakresie wierzytelności „trudnych”, tj. wymagalnych, o wątpliwej perspektywie spłaty. Zdaniem organu nie można uznać, że wierzytelności opisane we wniosku stanowią wierzytelności „trudne”, o których mowa we wskazanym wyżej orzeczeniu TSUE. W ocenie organu odnośnie wierzytelności, o których mowa we wniosku nie można

23(dostęp: 06.04.2019 InfoCuria - Case-law of the Court of Justice <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-102/86>).

stwierdzić, że nie zostaną one spłacone w ogóle, gdyż są wymagalne. Zdaniem organu wierzytelności wypłacane przez zakłady ubezpieczeń nie charakteryzują się wątpliwą perspektywą spłaty, czy też zwiększonym ryzykiem niewypłacalności dłużników. Zdaniem organu wnioskodawca będzie nabywał wierzytelności za wartość niższą niż ich wartość nominalna, a zatem nie dowodzi to, że będą to wierzytelności „trudne”. Czynności nabycia wierzytelności będą świadczeniem odpłatnym, w przypadku którego wynagrodzeniem będzie różnica pomiędzy wartością nominalną wierzytelności a ceną ich sprzedaży. Wnioskodawca przez oszacowanie wartości nominalnej wierzytelności tj. przez indywidualne określenie ceny jej wykupu (uwzględniającej element ryzyka) ustali swoje wynagrodzenie na bezpiecznym i realnym do osiągnięcia poziomie. Tym samym zagwarantuje sobie konkretne wynagrodzenie, które ostatecznie zostanie pozyskane jako wypłacona sporna część odszkodowania przez zakład ubezpieczeń, czy to na zasadzie zawartej ugody, czy też w drodze postępowania cywilnego przed sądem. Wobec powyższego stanowisko organu nie można uznać za prawidłowe. A to z tego względu, że w analizowanej sprawie nie występuje wynagrodzenie bezpośrednio związane z czynnością – odpłatnym świadczeniem usług, o którym mowa w art. 8 ust. 1 u.p.t.u., które otrzymuje cesjonariusz, jako świadczenie wzajemne, za wykonaną na rzecz cedenta usługę.

W pierwszym rzędzie należy wskazać, iż przywołany wyrok TSUE w sprawie C-102/86 został wydany w dniu 8 marca 1988 r. W ocenie autora przedmiotowa sprawa powinna być analizowana w oparciu o dwa orzeczenia TSUE. Wyrok w sprawie C-305/01 MKG-Kraftfahrzeuge-Factoring oraz wyrok w sprawie C-93/10 Finanzamt Essen-NordOst przeciwko GFKL Financial Services AG.

W sprawie C-305/01 TSUE orzekł, że czynność faktora, polegająca na gwarancji wobec faktoranta spłaty wierzytelności i przejęciu ryzyka niewypłacalności dłużników należy uznać za wykorzystywanie własności dóbr celem stałego osiągania zysku w rozumieniu art. 4 ust. 2 VI Dyrektywy, jeżeli czynność ta jest wykonywana za wynagrodzeniem i przez określony czas. W stanie faktycznym sprawy, cesjonariusz wierzytelności zobowiązywał się świadczyć wobec cedenta usługę faktoringu, w zamian za co otrzymywał wynagrodzenie, to jest prowizję oraz premię *del credere*. Strony umowy ustaliły zapłatę za wykonanie usługi. A zatem cesjonariusz otrzymywał zapłatę za wykonane świadczenie. W takim przypadku czynności wykonywane w ramach zawartej umowy należało uznać za odpłatne świadczenie usług w rozumieniu art. 8 ust. 1 u.p.t.u.

Odmienne sytuacja ma miejsce w sprawie C-93/10. Mianowicie cesjonariusz wierzytelności nie otrzymuje żadnego wynagrodzenia od cedenta, bowiem nie dokonuje on czynności z zakresu działalności gospodarczej w rozumieniu art. 4 VI Dyrektywy, ani nie świadczy usługi w rozumieniu art. 2 pkt 1 tej Dyrektywy. Należy odnotować, iż istnieje różnica między wartością nominalną cedowanych wierzytelności a ceną ich sprzedaży (nie stanowiąc wynagrodzenia za tego rodzaju usługę), która odzwierciedla rzeczywistą ekonomiczną wartość owych wierzytelności w chwili sprzedaży. Jednakże nie stanowi ona wynagrodzenia za usługę jak w sprawie C-305/01. Faktoring oznacza usługę nabycia przez faktora bezspornej, krótkoterminowej pieniężnej wierzytelności handlowej od faktoranta (dostawcy) przed terminem jej płatności z potrąceniem opłaty na rzecz faktora z przejęciem ryzyka braku jej spłaty lub bez przejęcia takiego ryzyka. Kwestia przejęcia bezspornej należności przed terminem zapłaty odróżnia tę usługę od usługi windykacji lub też skupu wierzytelności przeterminowanych²⁴. Jest to umowa złożona. Obejmuje zarówno przeniesienie wierzytelności, jak również szereg innych czynności faktycznych i prawnych, świadczonych przez faktora na rzecz faktoranta. A zatem w stanie faktycznym sprawy C-305/01 wierzytelności pieniężne miały charakter bezsporny. Inaczej sprawa wygląda w przedmiotowym stanie faktycznym, podobnie jak w sprawie C-93/10, gdzie wierzytelności mają charakter sporny. W celu ich wypłaty wymagane jest dokonanie szeregu czynności faktycznych, prawnych i procesowych. Niewątpliwie przedmiotowe wierzytelności posiadają wątpliwą perspektywę spłaty bowiem mają charakter „trudny”. Według słownika języka polskiego – pojęcie „trudny” oznacza niełatwy, ciężki, mozolny, męczący, kłopotliwy²⁵. W ocenie autora przedmiotowa sprawa winna być analizowana w oparciu o sprawę C-93/10.

Na gruncie podatku od towarów i usług świadczenie, które nie jest dostawą, jest usługą. Wierzytelność jest prawem ma-

24 I. Heropolitańska, P. Kawaler, A. Koziół, Skup i sprzedaż wierzytelności przez banki (cesja, faktoring, dyskonto, sprzedaż publiczna i niepubliczna), Warszawa 2000, „Twigger”, s. 89.

25 (dostęp: 06.04.2019 internetowy słownik języka polskiego: <https://sjp.pl/trudny>).

jątkowym, a zatem nie jest towarem, tym samym jej sprzedaży nie można traktować jako dostawy towarów opodatkowanej podatkiem od towarów i usług. Rozbieżności w dotychczasowym orzecznictwie związane były z ustaleniem czy nabycie wierzytelności w celu jej wykorzystania do operacji prawno-gospodarczych, jest usługą. Wymaga podkreślenia, iż do czasu, gdy zapadły orzeczenia TSUE w sprawie C-93/10 oraz NSA sygn. akt I FPS 5/11, w orzecznictwie sądowoadministracyjnym istniały dwa rozbieżne stanowiska. Według pierwszego stanowiska nabycie wierzytelności na podstawie art. 509 § 1 K.c., następuje w imieniu własnym cesjonariusza i na jego własny rachunek. Nabywca wchodzi w miejsce dotychczasowego wierzyciela. Dalszy przebieg zdarzeń odnośnie przedmiotowych wierzytelności jest niezależny od zawartej uprzednio umowy cesji wierzytelności. A zatem następcza czynność ściągnięcia długu będzie czynnością odrębną i obojętną dla transakcji przelewu wierzytelności. Cesja wierzytelności o charakterze definitywnym, bez regresu, gdzie dalsze czynności nabywcy związane z nabytymi wierzytelnościami nie mają żadnego wpływu na sytuację faktyczną i prawną zbywcy, nie mogą być traktowane jako usługa ściągania długów (wyrok WSA w Poznaniu z dnia 27 kwietnia 2009 r., sygn. akt I SA/Po 8/09). Według drugiego stanowiska nabywca wierzytelności świadczył usługę na rzecz zbywcy wierzytelności, który był jej beneficjentem. Rezultatem tej usługi było uwolnienie zbywcy wierzytelności od ciężaru jej egzekwowania (wyrok WSA w Gliwicach z dnia 25 października 2011 r., sygn. akt III SA/Gl 692/11)²⁶.

Przedmiotowe rozbieżności istniały w orzecznictwie dlatego skład orzekający NSA w sprawie oznaczonej sygn. akt I FSK 375/09, ze względu na uzasadnione wątpliwości prawne, które ujawniły na rozprawie w dniu 29 kwietnia 2010 r., podczas rozpoznawania kasacji Spółki z o. o. w S. od wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Gliwicach z dnia 3 października 2008 r., sygn. akt III SA/Gl 1390/07²⁷, postanowił przedstawić do rozpoznania składowi siedmiu sędziów Naczelnego Sądu Administracyjnego wyłaniające się na tle rozpoznawanej sprawy następujące zagadnienie prawne budzące poważne wątpliwości: "czy nabycie wierzytelności pieniężnej w celu windykacji na podstawie umowy przelewu, określonej w art. 509 i następcze K.c. jest usługą ściągania długów w rozumieniu art. 8 ust. 1 pkt 1 i art. 43 ust. 1 pkt 1 u.p.t.u., w związku z pozycją 3 pkt 5 załącznika nr 4 do tej ustawy?". Z kolei Naczelny Sąd Administracyjny w sprawie oznaczonej sygn. akt I FPS 5/11 w składzie siedmiu sędziów rozpoznający przedstawione zagadnienie prawne w dniu 8 listopada 2010 r. postanowił na podstawie art. 187 § 3 ustawy z dnia 30 sierpnia 2002 r. Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi²⁸ - dalej p.p.s.a. przejąć sprawę do rozpoznania i na podstawie art. 125 § 1 pkt 1 p.p.s.a. zawiesił postępowanie w sprawie do czasu rozstrzygnięcia przez Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej pytania prejudycjalnego skierowanego przez Bundesfinanzhof w dniu 17 lutego 2010 r. w sprawie C-93/10, ze względu na to, że treść tegoż pytania prejudycjalnego pokrywa się z przedstawionym do rozpoznania składowi siedmiu sędziów NSA zagadnieniem prawnym, budzącym poważne wątpliwości w sprawie I FSK 375/09. W ocenie NSA zgodnie z art. 267 TUE (wcześniej art. 234 TWE), w celu zapewnienia jednolitej wykładni i stosowania prawa wspólnotowego, jak również zgodnie z zasadą efektywności prawa wspólnotowego, która byłaby zagrożona, gdyby sądy krajowe odmawiały stosowania tego prawa w rozumieniu przyjętym przez Trybunał, wynika, że odpowiedź udzielona przez TSUE na wskazane pytanie prejudycjalne wiąże sądy krajowe państw członkowskich Unii Europejskiej w zakresie dokonanej wykładni prawa wspólnotowego, tym samym bezpośrednio wpływając na wyjaśnienie wątpliwości istniejących w sprawie I FSK 375/09²⁹. W dniu 27.11.2011 r. Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej wydał wyrok w sprawie C-93/10, w którym stwierdził, że art. 2 pkt 1 i art. 4 VI Dyrektywy Rady z dnia 17 maja 1977 r. w sprawie harmonizacji ustawodawstw Państw Członkowskich w odniesieniu do podatków obrotowych - wspólny system podatku od wartości dodanej: ujednolicona podstawa wymiaru podatku (77/388/EWG) (Dz.U.UE.L.1977.145.1 z dnia 13 czerwca 1977 r.), zwanej dalej "VI Dyrektywą", należy interpretować w ten sposób, że podmiot, który na własne ryzyko nabywa trudne wierzytelności po cenie niższej od ich wartości nominalnej, nie świadczy odpłatnie usługi w rozumieniu art. 2 pkt 1 i nie dokonuje tym samym czynności z zakresu działalności gospodarczej objętej zakresem stosowania wspomnianej Dyrektywy, jeżeli różnica między wartością nominalną tych wierzytelności a ceną ich sprzedaży odzwierciedla rzeczywistą ekonomiczną wartość owych wierzytelności w chwili sprze-

26 (dostęp: 06.04.2019 Centralna Baza Orzeczeń Sądów Administracyjnych – <http://www.orzeczenia.nsa.gov.pl>).

27 (dostęp: 06.04.2019 Centralna Baza Orzeczeń Sądów Administracyjnych – <http://www.orzeczenia.nsa.gov.pl>).

28 ustawa z dnia 30 sierpnia 2002 r. Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi (Dz.U. z 2018 r., poz. 1302 z późn. zm.) - dalej p.p.s.a.

29 (dostęp: 06.04.2019 Centralna Baza Orzeczeń Sądów Administracyjnych – <http://www.orzeczenia.nsa.gov.pl>).

daży. W orzeczeniu tym TSUE podkreślił, że jeżeli czynność polega jedynie na świadczeniu jednej ze stron, bez bezpośredniego wynagrodzenia, nie ma podstawy opodatkowania, w związku z czym świadczenie takie nie podlega podatkowi od wartości dodanej.

Z kolei w dniu 19.03.2012 r. zapadł wyrok NSA w sprawie oznaczonej sygn. akt I FPS 5/11. NSA stwierdził, że zawarcie umowy cesji, na podstawie przepisów Kodeksu cywilnego (art. 509-510 K.c.), powoduje przejście praw i obowiązków z jednego podmiotu (cedenta) na drugi (cesjonariusza). W miejsce cedenta do istniejącego stosunku zobowiązaniowego wstępuje cesjonariusz. NSA na gruncie ustawy o podatku od towarów i usług, zauważył, że nabycie wierzytelności pieniężnej na własne ryzyko, w celu windykacji w swoim imieniu i na swoją rzecz, nie jest odpłatną usługą w rozumieniu art. 5 ust. 1 pkt 1, tym samym art. 8 ust. 1 u.p.t.u., jeżeli różnica między wartością nominalną tych wierzytelności a ceną ich sprzedaży odzwierciedla rzeczywistą ekonomiczną wartość owych wierzytelności w chwili sprzedaży. Dalej NSA odwołał się do wyroku TSUE w sprawie C-93/10 i podniósł, że na gruncie ustawy o podatku od towarów i usług umowa cesji wierzytelności stanowi odpłatną usługę, a więc czynność opodatkowaną, wyłącznie wówczas, gdy wystąpi wynagrodzenie bezpośrednio związane z tą czynnością, rzeczywiście otrzymane, bądź należne, jako świadczenie wzajemne za wykonaną usługę.

Odnosić należy, że w zakresie kwestii umowy cesji wierzytelności jako świadczenia usług, to zarówno orzeczenie TSUE w sprawie C-93/10, jak i orzeczenie NSA w sprawie sygn. akt I FPS 5/11 wpłynęły na zmianę dotychczasowej linii orzeczniczej sądów administracyjnych (wyrok NSA z dnia 9 maja 2012 r., sygn. akt I FSK 175/12, wyrok NSA z dnia 26 lipca 2012 r., sygn. akt I FSK 505/12)³⁰.

Nabycie wierzytelności przez nabywcę poniżej jej wartości nominalnej, nie może być uznane za świadczenie usług na gruncie podatku od towarów i usług. Cesja wierzytelności w celu ich egzekucji nie jest świadczeniem usługi w rozumieniu ustawy o podatku od towarów i usług. A zatem nie podlega opodatkowaniu. W rezultacie nie powstaje obowiązek podatkowy z tytułu podatku od towarów i usług. Skoro zakup wierzytelności nie podlega podatkowi od towarów i usług. Toteż żadna ze stron umowy nie może być opodatkowana lub zwolniona z podatku od towarów i usług.

ASSIGNMENT OF RECEIVABLES ON THE BASIS OF THE TAX ON CIVIL LAW TRANSACTIONS AND THE VALUE ADDED TAX TREATMENT IN THE LIGHT OF THE JURISPRUDENCE OF THE COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN UNION, THE POLISH ADMINISTRATIVE COURTS AND INDIVIDUAL TAX INTERPRETATIONS ISSUED BY THE POLISH TAX AUTHORITIES.

These activities related to purchasing of receivables on one's own behalf and on one's own risk that do not constitute supply of services for consideration within the meaning of Article 8 par. 1) in conjunction with Article 5 par. 1) of value added tax and are not subject to value added tax.

As a result in that case shall not apply to exclusion from the scope of the tax treatment on civil law transactions referred to in Article 2 item 4) the tax on civil law transactions. The purchase of receivables (sale and purchase agreement) is liable to tax on civil law transactions pursuant to Article 1 par.1 item 1(a). The tax liability lies with the assignee pursuant to Article 4 item 1) the tax on civil law transactions. Tax rate is 1% pursuant to Article 7 par. 1 item 1(b).

³⁰ (dostęp: 06.04.2019 Centralna Baza Orzeczeń Sądów Administracyjnych – <http://www.orzeczenia.nsa.gov.pl>).

Krzysztof Kamiński

UPOWAŻNIENIE DO SPOWIADANIA WEDŁUG KODEKSU PRAWA KANONICZNEGO Z 1983 ROKU

Kodeks Prawa Kanonicznego z 1983 roku (dalej: KPK/83) określa jedynie kapłana szafarzem sakramentu pokuty. Przez określenie „kapłan” należy rozumieć wyłącznie biskupa bądź prezbitera. Podstawą działania prezbitera, w wyniku którego dokonuje on pojednania człowieka z Bogiem i Kościołem, są święcenia kapłańskie, na mocy których działa on *in persona Christi*, odpuszczając grzechy niezależnie od własnej świętości¹.

Wobec powyższego diakona, jak i osobę świecką należy od razu wykluczyć i uznać za niezdolnych do udzielenia rozgrzeszenia².

Podobnie ujmują to „Obrzędy pokuty dostosowane do zwyczajów diecezji polskich” z których wynika, że: „Kościół spełnia sakramentalną posługę pokuty przez biskupów i kapłanów, którzy głosząc słowo Boże wzywają wiernych do nawrócenia oraz ogłaszają i udzielają im odpuszczenia grzechów w imieniu Chrystusa i mocą Ducha Świętego. Kapłani wykonując tę posługę działają w łączności z biskupem i uczestniczą w jego władzy i urzędzie, on bowiem czuwa nad sprawowaniem sakramentu pokuty zgodnie z przepisami”³.

Jednak „do ważnego odpuszczania grzechów wymaga się, aby szafarz – oprócz władzy święceń – posiadał upoważnienie do jej wykonywania w odniesieniu do wiernych, którym udziela rozgrzeszenia”⁴. Upoważnienie, czyli *facultas*, to termin, który wszedł w życie wraz z Kodeksem Prawa Kanonicznego Jana Pawła II. W poprzednim kodeksie używano w odniesieniu do władzy, jaką musi posiadać spowiednik, pojęcia *iurisdictio*. Pojęcie *facultas* pierwszy raz, zanim jeszcze znalazło się w KPK/83, użyto w *Ordo paenitentiae* w 1974 roku. Zmiana tego terminu znalazła swoje odzwierciedlenie w innym rozumieniu natury tego upoważnienia, co pociągnęło za sobą także wiele problemów⁵. Okazało się bowiem, iż termin *facultas* bardzo trudno jest przetłumaczyć na język polski. Problem polega na tym, iż termin *facultas* użyty w Kodeksie Jana Pawła II zawiera w sobie złożoność tego zagadnienia. I tak w odniesieniu do pojęcia *facultas* Kodeks Prawa Kanonicznego z 1983 roku w tłumaczeniu na język polski zastosował najpierw słowo „upoważnienie”⁶. Niestety jednak tłumacze nie wykazali się konsekwencją i w jednej części kanonów w odniesieniu do *facultas* używali określenia „upoważnienie”, a w innej części terminu „uprawnienie”⁷. Warto w tym miejscu zauważyć analogię w odniesieniu do Kodeksu Kanonów Kościołów Wschodnich promulgowanego przez Jana Pawła II. Tam również, dokonując przekładu na język

¹ Por. kan. 965, *Codex Iuris Canonici auctoritate Ioannis Pauli PP. II promulgatus* (25.01.1983), AAS 75 (1983), pars II, p. 1-317; tekst polski w: *Kodeks Prawa Kanonicznego*, przekład polski zatwierdzony przez Konferencję Episkopatu Polski, Wydawnictwo Pallottinum, Poznań 1984 (dalej: KPK/83); Jan Paweł II, *Adhortatio apostolica Reconciliatio et poenitentia*, AAS 77 (1985), nr 8, p. 200-202; tłum. polskie: Jan Paweł II, *Adhortacja apostolska Reconciliatio et poenitentia o pojednaniu i pokucie w dzisiejszym posłannictwie Kościoła*, w: *Adhortacje apostolskie Ojca świętego Jana Pawła II*, t. 1: 1979-1995, Kraków 2006, s. 271-272; K. Wętkowski, *Upoważnienie do spowiadania według norm Kodeksu Prawa Kanonicznego*, „Prawo i Kościół” 4 (2012), s. 163.

² Por. *Rituale Romanum ex decreto Sacrosancti Oecumenici Concilii Vaticani II instauratum auctoritate Pauli PP. VI promulgatum* „Ordo poenitentiae”, editio typica, Città del Vaticano: Typis Polyglottis Vaticanis 1974; tekst polski: *Obrzędy pokuty dostosowane do zwyczajów diecezji polskich*, Katowice 2002 (dalej: *Obrzędy pokuty*), nr 9; J. Krukowski, *Sakrament pokuty*, w: *Komentarz do Kodeksu Prawa Kanonicznego*, t. III/2: *Księga IV. Uświęcające zadanie Kościoła*, red. J. Krukowski i in., Poznań 2011, s. 150; P. Hemperek, W. Góralski, F. Przytuła, J. Bakalarz, *Księga IV. Uświęcające zadanie Kościoła*, w: *Komentarz do Kodeksu Prawa Kanonicznego z 1983 r.*, t. 3: *Księga III. Nauczycielskie zadanie Kościoła*, *Księga IV. Uświęcające zadanie Kościoła*, red. P. Hemperek i in., Lublin 1986, s. 155-156; M. Pastuszko, *Sakrament pokuty i pojednania*, Kielce 1999, s. 171-173.

³ *Obrzędy pokuty*, nr 9 a.

⁴ Kan. 966 § 1, KPK/83.

⁵ Por. tamże; *Obrzędy pokuty*, nr 9.

⁶ Por. T. Jakubiak, *Upoważnienie do słuchania spowiedzi wg Kodeksu Prawa Kanonicznego z 1983 roku*, „Warszawskie Studia Teologiczne” 25 (2012), nr 2, s. 36.

⁷ Por. kan. 132 § 1 i 2, KPK/83; 144 § 2, KPK/83; 479 § 3, KPK/83.

polski, zastosowano dwojakiego tłumaczenia słowa *facultas*: raz jako upoważnienie⁸, a innym razem jako uprawnienie⁹. Aby ukazać różnorodność w tłumaczeniu pojęcia *facultas*, trzeba jeszcze wspomnieć o Katechizmie Kościoła Katolickiego, gdzie w odniesieniu do pozwolenia, jakie spowiednik musi uzyskać od swojego biskupa lub przełożonego zakonnego, używa się terminu „misja”¹⁰. Z jeszcze innym z kolei tłumaczeniem *facultas* spotykamy się w „Obrzędach pokuty”. Tam z kolei użyto pojęcia „władza rozgrzeszania”¹¹. Według M. Pastuszko takie tłumaczenie *facultas* nie należy do najtrafniejszych. Po pierwsze bowiem *facultas* jest pojęciem jednowyrazowym, a po drugie natura tego pojęcia obejmuje zakres władzy spowiednika nie tylko w odniesieniu do rozgrzeszania, ale również do słuchania spowiedzi i odmówienia rozgrzeszenia¹².

Oficjalne dokumenty Kościoła również zamieniają termin *facultas* na inne. I tak na przykład w Adhortacji apostoelskiej Jana Pawła II *Reconciliatio et paenitentia* użyto zwrotu „władza odpuszczania grzechów”¹³.

Różnorodność tłumaczenia *facultas* znajduje również swoje odzwierciedlenie w literaturze kanonistycznej i nie tylko. Wielu znanych kanonistów używa różnych pojęć w odniesieniu do pozwolenia, jakie spowiednik musi uzyskać od swojego biskupa lub przełożonego zakonnego. I tak dla przykładu W. Góralski używa terminów „władza” i „upoważnienie”¹⁴. P. Hemperek stosuje zamiennie określenie „upoważnienie” i „uprawnienie”¹⁵. M. Żurawski posługuje się pojęciem „władza sprawowania sakramentu pokuty” oraz niekiedy „uprawnienie”¹⁶. T. Pawluk w odniesieniu do *facultas* używa terminów: „władza”, „pełnomocnictwo”, „upoważnienie”¹⁷. W związku z powyższym, w niniejszym opracowaniu pojęcie „upoważnienie” również będzie używane zamiennie.

Facultas, jak już zostało powiedziane, oznacza, że prezbiter władzę, którą posiada na mocy święceń, może wykonywać w stosunku do określonych wiernych¹⁸. Upoważnienie nie jest więc nadaniem nowej władzy, lecz dokonuje aktualizacji władzy wynikającej ze święceń kapłańskich w odniesieniu do sakramentu pokuty wobec konkretnych wiernych¹⁹. Dzięki upoważnieniu kapłan uzyskuje zdolność, jaką już *de facto* posiadał dzięki święceniom prezbiteratu do udzielenia absencji lub odmówienia rozgrzeszenia wobec penitentów, którzy o absencję proszą.

Uprawnienie do spowiadania jest udzielane przez biskupa na mocy święceń prezbiteratu, których udziela w imieniu Kościoła. Może więc zostać przez Kościół kapłanowi ograniczone. W imieniu Kościoła biskupi w niektórych przypadkach mają prawo pozbawić prezbitera upoważnienia do sprawowania sakramentu pokuty²⁰.

1. Zasięg upoważnienia

W całym Kościele, zgodnie z prawem, upoważnienie do spowiadania mają: papież, kardynałowie na mocy samego prawa, oraz biskupi, którzy również godziwie korzystają z upoważnienia, chyba że sprzeciwiałby się temu w poszczególnym przypadku biskup diecezjalny²¹. W odniesieniu do biskupa Rzymu upoważnienie to związane jest z tym, iż jest naj-

⁸ Por. *Codex Canonum Ecclesiarum Orientalium auctoritate Ioannis Pauli PP. II promulgatus*, AAS 82 (1990), s. 1045-1364; tłum. polskie: L. Adamowicz, M. Dyjakowska: *Kodeks Kanonów Kościołów Wschodnich promulgowany przez papieża Jana Pawła II*, Lublin 2002 (dalej: KKKW), kan. 723 § 2.

⁹ Por. kan. 248 § 2, KKKW; 982, KKKW; 995, KKKW.

¹⁰ Por. *Catechismus Catholicae Ecclesiae*, Liberia Editrice Vaticana 1997; tłum. polskie: *Katechizm Kościoła Katolickiego*, Poznań 2002, nr 1462.

¹¹ Por. *Obrzędy pokuty*, nr 9 b.

¹² Por. M. Pastuszko, *Sakrament pokuty i pojednania*, s. 183; tenże, *Uprawnienie do spowiadania wynikające z prawa (kan. 967)*, „Prawo Kanoniczne” 34 (1991), nr 3-4, s. 115.

¹³ Por. Jan Paweł II, Adhortacja apostolska *Reconciliatio et paenitentia*, nr 29.

¹⁴ Por. W. Góralski, *Władza spowiednika w zakresie odpuszczania grzechów i kar według nowego Kodeksu Prawa Kanonicznego*, „Prawo Kanoniczne” 27 (1984), nr 3-4, s. 77-87.

¹⁵ Por. P. Hemperek, W. Góralski, F. Przytuła, J. Bakalarz, *Uświęcające zadanie Kościoła*, s. 156.

¹⁶ Por. M. Żurawski, *Problem władzy i powierzania urzędów w Kościele katolickim*, Kraków 1985, s. 107-108.

¹⁷ Por. T. Pawluk, *Prawo kanoniczne według Kodeksu Jana Pawła II*, t. II: *Lud Boży, jego nauczanie i uświęcanie*, Olsztyn 2010, s. 365-367.

¹⁸ Por. kan. 966 § 1, KPK/83; P. Hemperek, *Władza rozgrzeszania*, „Roczniki Teologiczno-Kanoniczne” 27 (1980), z. 5, s. 37-41.

¹⁹ Por. *Decretum de presbyterorum ministerio et vita Presbyterorum ordinis*, AAS 58 (1966), s. 992; tłum. polskie: *Dekret o posłudze i życiu prezbiterów Presbyterorum ordinis*, nr 2, w: *Sobór Watykański II. Konstytucje, dekryty, deklaracje. Tekst polski*, Poznań 2002, s. 479.

²⁰ Por. M. Rola, *Prelekcja ks. prof. E. Corecco z Fryburga*, „Prawo Kanoniczne” 29 (1986), nr 3-4, s. 301-302; T. Jakubiak, *Upoważnienie do słuchania spowiedzi*, s. 36.

²¹ Por. kan. 967 § 1, KPK/83; P. Hemperek, W. Góralski, F. Przytuła, J. Bakalarz, *Uświęcające zadanie Kościoła*, s. 157; T. Jakubiak, *Upoważnienie do słuchania spowiedzi*, s. 38.

wyższym ustawodawcą w Kościele, a więc wynika z pełnionego urzędu. W przypadku kardynałów i biskupów upoważnienie związane jest z przynależnością do kolegium kardynalskiego lub związane jest z przyjęciem sakry biskupiej²². Należy dodać, iż zakres władzy, który jest związany z tymi urządzeniami, nie jest identyczny. Biskup Rzymu posiada najwyższą, pełną, bezpośrednią, powszechną władzę zwyczajną, którą może wykonywać zawsze swobodnie, dlatego spowiadać może on na całym świecie i to bez żadnych wyjątków²³.

Pozostali prezbiterzy, według normy podanej w kan. 967 § 2, KPK/83, posiadający upoważnienie habitualnie²⁴ uzyskane w konkretnej diecezji czy to na mocy urzędu, czy od ordynariusza miejsca inkardynacji, bądź miejsca stałego zamieszkania, mogą z niego korzystać wszędzie, jeśli nie zabroni im tego ordynariusz danego miejsca, w którym chcą spowiadać. Jeśli taka sytuacja miałaby miejsce, należy mówić wtedy o odwołaniu upoważnienia zgodnie z kan. 967 § 2 i 3, KPK/83. Przepis zawarty w Kodeksie Prawa Kanonicznego Jana Pawła II w kan. 967 § 2, KPK/83 umożliwił kapłanom, w przeciwieństwie do poprzednio obowiązującego prawa, posługiwanie w sakramencie pokuty i pojednania na całym świecie²⁵.

Mając na uwadze kan. 967 § 1, KPK/83, w którym mowa o papieżu, kardynałach i biskupach, można wywnioskować, że choć ustawodawca wprost tego nie podaje, przepis zawarty w kan. 967 § 2, KPK/83, dotyczy kapłanów zakonnych i diecezjalnych²⁶.

Prezbiterzy, którzy posiadają upoważnienie z mocy samego prawa lub udzielone przez kompetentnego przełożonego lub z racji pełnionego urzędu, zgodnie z kan. 968 § 2 i kan. 969 § 2, KPK/83, posiadają upoważnienie do spowiadania wszędzie w odniesieniu do członków instytutu lub stowarzyszenia oraz w odniesieniu do innych osób, które przebywają w ich domu²⁷.

1.1. Upoważnienie na mocy urzędu

Do szafarzy sakramentu pokuty, którzy posiadają upoważnienie do spowiadania wszystkich na swoim terytorium, wynikające z racji sprawowanego urzędu, z którym związane jest *facultas*, należą: ordynariusz miejsca, kanonik penitencjarz oraz proboszcz i wszyscy inni, którzy proboszcza zastępują²⁸. Omawiając powyższe urzędy, należy szczegółowo wyjaśnić każdy z osobna.

Urząd ordynariusza miejsca należy utożsamiać z: biskupem rzymskim, biskupem diecezjalnym, prałatem i opatem terytorialnym, wikariuszem i prefektem apostolskim, administratorem apostolskim, wikariuszem generalnym i wikariuszem biskupim²⁹.

W przypadku kanonika penitencjarza chodzi o penitencjarza katedralnego i kolegiackiego, jeśli tacy są ustanowieni.

Gdy wskazuje się na urząd proboszcza jako posiadającego upoważnienie do spowiadania na swoim terytorium, należy mieć na myśli również proboszcza parafii tymczasowej oraz tych, którzy go zastępują, a mogą nimi być: administrator parafii bądź, na co zezwala kan. 541 § 1, KPK/83, inny kapłan, który kieruje parafią w sytuacji wakatu lub gdy proboszcz nie może wypełniać swojego urzędu na przykład przez ciężką chorobę. Do tej grupy należy jeszcze dodać „innego kapłana”, który zastępuje proboszcza, gdy ten jest nieobecny i nie został wyznaczony administrator parafii, a biskup

²² Por. W. Adamczewski, *Ważniejsze kwestie prawne dotyczące sprawowania sakramentu pokuty*, w: *Grzech i nawrócenie a sakrament pokuty*, red. Z. Perz, Warszawa 1999, s. 226; T. Jakubiak, *Upoważnienie do słuchania spowiedzi*, s. 38.

²³ Por. kan. 331, KPK/83; K. Drzymała, *Prymat św. Piotra i jego następców w świetle historii i dogmatu*, „Homo Dei” 32 (1963), s. 89-94. J. Krukowski, *Hierarchiczny ustrój Kościoła*, w: *Komentarz do Kodeksu Prawa Kanonicznego*, t. II/1: *Księga II. Lud Boży*, red. J. Krukowski i in., Poznań 2005, s. 159.

²⁴ Zdaniem Pawluka habitualnym jest takie upoważnienie, które jest udzielone na czas określony przy założeniu, że zostanie przedłużone, jeśli nie zaistnieją przeciwwskazania do jego udzielenia (por. T. Pawluk, *Prawo kanoniczne według Kodeksu Jana Pawła II*, t. II, s. 366.). Natomiast Szafronowski twierdzi, że upoważnienie habitualne udzielane jest na czas nieokreślony lub można mówić o takim upoważnieniu, gdy jest związane z urzędem, który się pełni (por. E. Szafronowski, *Podręcznik prawa kanonicznego*, t. 3, Warszawa 1986, s. 247).

²⁵ Por. T. Jakubiak, *Upoważnienie do słuchania spowiedzi*, s. 38-39; P. Hempterek, W. Góralski, F. Przytuła, J. Bakalarz, *Uświęcające zadanie Kościoła*, s. 157.

²⁶ Por. T. Jakubiak, *Upoważnienie do słuchania spowiedzi*, s. 39; M. Pastuszko, *Uprawnienie do spowiadania*, s. 121.

²⁷ Por. P. Hempterek, W. Góralski, F. Przytuła, J. Bakalarz, *Uświęcające zadanie Kościoła*, s. 157.

²⁸ Por. kan. 968 § 1, KPK/83.

²⁹ Por. kan. 134, KPK/83; 368, KPK/83.

diecezjalny czego innego nie postanowił. Chodzi tu na przykład o wikariusza parafialnego. Zastępuje on wtedy proboszcza w pełnieniu wszystkich obowiązków z wyjątkiem odprawiania Mszy świętych za lud³⁰.

Na mocy urzędu upoważnienie do spowiadania otrzymuje także w stosunku do powierzonych sobie wiernych kapłan³¹ oraz w odniesieniu do zamieszkujących w seminarium pełniący urząd rektora lub jego delegat³².

Przełożeni instytutu życia zakonnego lub stowarzyszenia życia apostolskiego pod warunkiem, że są kleryckie, na prawie papieskim, również posiadają *facultas* na mocy urzędu, jeśli mają władzę wykonawczą wynikającą z postanowień ich konstytucji. Upoważnienie tych przełożonych odnosi się do ich podwładnych oraz do wszystkich innych przebywających w domu instytutu lub stowarzyszenia dniem i nocą. W przypadku tego urzędu i wynikającego z niego uprawnienia do spowiadania należy pamiętać o zasadzie wynikającej z prawa kościelnego, zawartej w kan. 630 § 4, KPK/83, która stanowi o tym, iż przełożonym nie wolno spowiadać swoich podwładnych, chyba że zostaliby przez nich sami o to poproszeni³³.

1.2. Upoważnienie do spowiadania z mocy samego prawa

Zdarzają się takie sytuacje, w związku z którymi prezbiter posiada upoważnienie do spowiadania z mocy samego prawa, choćby w normalnej sytuacji takiego uprawnienia nie posiadał. Sytuacją, która upoważnia kapłana do udzielenia absencji jakiegokolwiek penitentom, jest niebezpieczeństwo śmierci (*periculum mortis*). Wobec takich penitentów, których życie jest zagrożone, spowiednik oraz każdy kapłan, bez względu na swoją sytuację faktyczną, może godziwie rozgrzeszyć oraz – jeśli istnieje taka konieczność – również uwolnić z jakichkolwiek cenzur, nawet jeśli byłby obecny kapłan upoważniony. Źródłem *facultas* w tego typu przypadkach jest najwyższe prawo Kościoła, jakim jest zbawienie dusz (*salus animarum suprema lex*). Należy dodać, iż penitenci zwolnieni w sytuacji *periculum mortis* z cenzury wymierzonej lub deklarowanej lub cenzury zastrzeżonej Stolicy Apostolskiej mają obowiązek, zgodnie z kan. 1357 § 3, KPK/83, gdy tylko wyzdrowieją, zgłosić się do kapłana posiadającego wobec nich upoważnienie do spowiadania i zastosować się do otrzymanych przez niego poleceń. Jeśli nie uczynią tego w przeciągu miesiąca, ponownie popadają w cenzurę, z której byli uwolnieni przez prezbitera, kiedy ich życie było zagrożone³⁴.

1.3. Upoważnienie do spowiadania udzielone przez kompetentnego przełożonego

Jedynie ordynariusz miejsca jest kompetentny do tego, aby udzielić upoważnienia do spowiadania wszystkim wiernych. Powinien on jednak być z całą pewnością przekonany, że prezbiter, któremu chce udzielić *facultas*, jest zdalny do jego przyjęcia. Zgodnie z kan. 970, KPK/83 zdolność tę można zweryfikować poprzez egzamin bądź skądinąd się o niej przekonać. Chodzi tu najczęściej o praktykę pastoralną. Najczęściej takie upoważnienie kapłani otrzymują bezpośrednio po święceniach. Ordynariusz miejsca może udzielić uprawnienia do spowiadania wszystkim prezbiterom, również kapłanom należącym do instytutów zakonnych. W ich przypadku jednak należy pamiętać o tym, że nie powinni oni korzystać z upoważnienia otrzymanego od ordynariusza miejsca, w którym pracują, bez przynajmniej domniemanej zgody swojego własnego przełożonego³⁵.

Przełożony instytutu zakonnego lub stowarzyszenia życia apostolskiego również ma prawo, według normy zawartej w kan. 968 § 1, KPK/83 udzielić upoważnienia wszystkim prezbiterom, którzy na jego podstawie mogą spowiadać podwładnych tego przełożonego oraz tych wszystkich, którzy dniem i nocą przebywają w jego domu. Z tego prawa spowiednicy mogą korzystać wszędzie i wobec wszystkich osób należących do instytutu zakonnego lub stowarzyszenia życia apostolskiego, jak również tych penitentów, którzy w tych domach stale przebywają.

³⁰ Por. kan. 516 § 1, KPK/83; 533 § 3, KPK/83; 534 § 1, KPK/83; 549, KPK/83.

³¹ Por. kan. 566 § 1, KPK/83.

³² Por. kan. 262, KPK/83; 985, KPK/83.

³³ Por. kan. 985, KPK/83; 968 § 2, KPK/83; 967 § 3, KPK/83.

³⁴ Por. kan. 976, KPK/83; T. Pawluk, *Prawo kanoniczne według Kodeksu Jana Pawła II*, t. II, s. 369; P. Hemperek, W. Góralski, F. Przytuła, J. Bakalarz, *Uświęcające zadanie Kościoła*, s. 159.

³⁵ Por. kan. 969 § 1, KPK/83; P. Hemperek, W. Góralski, F. Przytuła, J. Bakalarz, *Uświęcające zadanie Kościoła*, s. 159.

2. Utrata upoważnienia do spowiadania

Facultas może zostać utracona poprzez odwołanie przez ordynariusza miejsca lub kompetentnego przełożonego zakonnego, gdy zachodzi poważna przyczyna, lub przez wygaśnięcie bądź ustanie.

W pierwszym przypadku upoważnienie można utracić w podwójnym znaczeniu: albo do spowiadania wszędzie, gdy było udzielone przez ordynariusza miejsca inkardynacji lub miejsca stałego zamieszkania, albo do spowiadania tylko na terytorium odwołującego, gdy odwołuje inny ordynariusz³⁶. Warto zaznaczyć, iż na ordynariuszu miejsca, który dokonuje odwołania *facultas* jakimkolwiek spowiednikowi, spoczywa obowiązek poinformowania o tym ordynariusza diecezji, do której ten kapłan jest inkardynowany, lub w przypadku członka instytutu zakonnego, jego kompetentnego przełożonego³⁷.

Podobnie jest gdy upoważnienie do spowiadania odwołuje wyższy przełożony zakonnny. W przypadku, gdy dokonuje tego własny wyższy przełożony, spowiednik traci *facultas* wszędzie i względem wszystkich członków instytutu. Natomiast jeśli upoważnienie do spowiadania odwołuje inny kompetentny przełożony, to spowiednik traci je jedynie względem podwładnych tego przełożonego³⁸.

W drugim przypadku pozbawienie uprawnienia można nastąpić przez utratę lub ustanie sprawowanego urzędu. Kodeks Prawa Kanonicznego Jana Pawła II w kan. 184-196 wymienia przyczyny utraty urzędu. Są nimi: osiągnięcie prawnym określonego wieku, upływ czasu, przeniesienie, rezygnacja bądź pozbawienie. Należy uszczegółowić w tym miejscu także sposoby utraty urzędu z mocy samego prawa: utrata stanu duchownego, publiczne odstąpienie od wiary katolickiej lub wspólnoty z Kościołem, usiłowanie zawarcia małżeństwa, choćby nawet tylko cywilnego, przez duchownego. Każdy kompetentny przełożony, który decyduje o utracie urzędu, powinien określić jednocześnie normy utraty urzędu i ma obowiązek wskazać wymienione podstawy prawne, w związku z którymi traci się urząd, a jednocześnie związane z tym urzędem upoważnienie³⁹.

Omawiając sposoby pozbawienia *facultas* do spowiadania, na koniec należy zwrócić uwagę, iż z posiadanego upoważnienia nie może korzystać kapłan ukarany ekskomuniką⁴⁰, interdyktem⁴¹, a także w niektórych przypadkach kapłan suspendowany⁴². Jednak zasada ta nie odnosi się do sytuacji, w której penitent znajdowałby się w niebezpieczeństwie śmierci, a udzielenie abszolucji byłoby koniecznością oraz gdyby wierny z jakiegokolwiek słusznej przyczyny prosiłby o spowiedź kapłana ukaranego cenzurą wiążącą mocą samego prawa, która nie została jeszcze deklarowana⁴³.

Zakończenie

Kodeks Prawa Kanonicznego z 1983 roku w kanonie 966 wskazuje, że szafarz sakramentu pokuty oprócz władzy święceń musi posiadać upoważnienie do spowiadania. Tak więc ważne sprawowanie tego sakramentu jest zakorzenione w sakramencie święceń, ale władza słuchania spowiedzi nie jest powierzana na mocy święceń prezbiteratu, lecz jest udzielana: mocą samego prawa, w związku ze sprawowanym urzędem lub przekazana przez kompetentnego przełożonego. Prawodawca jest przeciwny pełnieniu posługi szafarza sakramentu pokuty bez uprawnienia do tego. Zapis ten daje biskupom prawo pozbawienia kapłana upoważnienia do spowiadania. Jeśli więc prezbiter spowiada nie mając do tego uprawnienia, to spowiada on nieważnie, chyba że rozgrzesza wiernego zagrożonego śmiercią.

³⁶ Por. kan. 974 § 2, KPK/83.

³⁷ Por. kan. 974 § 3, KPK/83.

³⁸ Por. kan. 974 § 4, KPK/83.

³⁹ Por. kan. 194, KPK/83; P. Hemperek, W. Góralski, F. Przytuła, J. Bakalarz, *Uświęcające zadanie Kościoła*, s. 161; T. Jakubiak, *Upoważnienie do słuchania spowiedzi*, s. 49.

⁴⁰ Por. kan. 1331 § 1, KPK/83.

⁴¹ Por. kan. 1332, KPK/83.

⁴² Por. kan. 1333 § 1, KPK/83.

⁴³ Por. kan. 1335, KPK/83.

AUTHORIZATION TO CONFESSION ACCORDING TO THE CODE OF CANON LAW OF 1983

The purpose of this article is to outline the issue of the authorization to confess on the basis of the current Church legislation. The minister of the penance is the priest and it is the only person who the Church authorizes for this kind of service. According to the Code of Canon Law of 1983, a minister may hear confessions on the basis of his ordinations, but he is also obliged to receive the appropriate authorization, which he may lose in some cases.

Katarzyna Kowalska

WYKONAWCA TESTAMENTU JAKO GWARANT REALIZACJI OSTATNIEJ WOLI SPADKODAWCY

I. Wprowadzenie

Nie ulega wątpliwości, że z roku na rok w polskim społeczeństwie zauważalny jest wzrost wartości ekonomicznej prywatnych majątków. W ich skład mogą wchodzić przedsiębiorstwa, w tym z tzw. sektora średniego branż specjalistycznych (budownictwo, przetwórstwo przemysłowe, handel hurtowy i detaliczny, nieruchomości – mieszkania, domy a nawet całe kamienice, czy też w wypadku rolników – wielohektarowe gospodarstwa rolne. Jednocześnie w związku ze wzrostem zamożności społeczeństwa, zwiększa się również świadomość obywateli w zakresie regulacji prawnych umożliwiających ochronę dorobku ich całego życia także po śmierci. Powyższe można osiągnąć poprzez dokonanie tzw. czynności na wypadek śmierci (łac. *mortis causa*), do których zaliczamy sporządzenie testamentu

¹. Przede wszystkim w akcie tym testator może dowolnie rozdysponować swoim majątkiem na rzecz określonych beneficjentów², a także zawrzeć w nim inne cenne rozrządzenia, np. może powołać wykonawcę testamentu, który będzie czuwał nad ścisłym wypełnieniem i uszanowaniem jego ostatniej woli³.

II. Regulacja prawna

Mimo, iż konstrukcja jurystyczna będąca przedmiotem niniejszego artykułu – jak wskazano wyżej – dopiero obecnie zaczyna być stosowana, to podkreślić należy, iż jej pierwsze polskie unormowania zostały zawarte już w latach czterdziestych dwudziestego wieku w dwóch dekretach z mocą ustawy, tj. w dekreście z dnia 8 października 1945 r. – Prawo spadkowe⁴ oraz w dekreście z dnia 8 listopada 1946 r. – o postępowaniu spadkowym⁵. Poza tym ich uzupełnieniem było również rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 27 października 1933 r. – Kodeks zobowiązań⁶.

Gros przepisów z powyższych aktów prawnych – z pewnymi modyfikacjami – przeniesione zostało przez ustawodawcę do obecnie obowiązujących aktów prawnych regulujących przedmiotową materię, tj. Kodeksu cywilnego⁷ (dalej: KC) – art. 986-990 KC, które kodyfikują kwestie materialne dotyczące wykonawcy testamentu oraz Kodeksu postępowania cywilnego⁸ (dalej: KPC) – art. 664-665 KPC, kodyfikujących kwestie formalne (procesowe). Wydaje się dość zaskakujące, że ustawodawca uchwalając KC w 1964 r. nie zdecydował się przenieść pierwszego z czołowych przepisów regulujących omawianą instytucję, a mianowicie art. 137 § 1 Prawa spadkowego umożliwiającego powołanie przez spadkodawcę w testamencie jednego lub kilku wykonawców testamentu, ograniczając tę możliwość do powołania tylko i wyłącznie jednego wykonawcy testamentu. Wszak zastanawiając się nad tym głębiej odnosi się wrażenie, iż był to jednak celowy zabieg ze strony ustawodawcy, zmierzający do zapobieżenia ewentualnym praktycznym problemom, które mogłyby się pojawić w sytuacji, kiedy działania powołanych wykonawców testamentu byłyby rozbieżne, czy też sprzeczne ze sobą, co mogło przełożyć się negatywnie na los spadku.

¹ M. Zelek [w:] M. Gutowski (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz. Art. 986-990 KC*, Beck Online Komentarze 2017.

² J. Kremis [w:] E. Gniewek, P. Machnikowski (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz. Art. 986-990 KC*, Warszawa 2016, s. 1803-1809.

³ M. Pazdan [w:] K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks cywilny. Tom II. Komentarz, Art. 450-1088, Przepisy wprowadzające*, Wyd. 7, Warszawa 2013.

⁴ Dekret z dnia 08.10.1946 r. Prawo spadkowe, Dz. U. z 1946, Nr 60, poz. 328 ze zm.; A. Baziński, *Prawo spadkowe. Komentarz*, Łódź 1948, s. 273.

⁵ Dekret z dnia 08.11.1946 r. o postępowaniu spadkowym, Dz. U. z 1946, Nr 63, poz. 346 ze zm.; A. Baziński, *Prawo spadkowe. Komentarz*, Łódź 1948, s. 273.

⁶ Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 27.10.1933 r. - Kodeks zobowiązań, Dz. U. z 1933, Nr 82, poz. 598 ze zm.

⁷ Ustawa z dnia 23.04.1964 r. - Kodeks cywilny, Dz. U. 1964, Nr 16, poz. 93 ze zm.

⁸ Ustawa z dnia 17.11.1964 r. - Kodeks postępowania cywilnego, Dz. U. z 1964, Nr 43, poz. 296 ze zm.

Tymczasem ustawodawca analizując prawie 50 lat funkcjonowania wszystkich przepisów dotyczących piastuna ostatniej woli spadkodawcy doszedł do wniosku, iż instytucję tę należy obecnie uatrakcyjnić poprzez jej uelastycznienie⁹ i przekazanie testatorowi większych możliwości dyspozycyjnych w zakresie decydowania o „bycie” swojego majątku po śmierci. Poza tym ustawodawca dokonując zmian chciał dostosować przedmiotową regulację do obecnych czasów przez jej „wzbogacenie”, co miało niewątpliwie przełożyć się na jej szersze stosowanie¹⁰. Nowelą z dnia 18 marca 2011 roku¹¹ do przepisów KC i KPC wprowadzono m.in. następujące zmiany:

- dopuszczono możliwość ustanowienia więcej niż jednego wykonawcy testamentu – art. 986 KC,
- uelastyczniono i rozszerzono katalog składników majątku spadkowego, którymi miał zarządzać wykonawca testamentu – z całego spadku do możliwości sprawowania zarządu jedynie zorganizowaną jego częścią lub oznaczonym składnikiem – art. 986¹ KC,
- dopuszczono możliwość powołania wykonawcy testamentu do sprawowania zarządu legatem, tj. przedmiotem zapisu windykacyjnego, do chwili objęcia go we władanie przez zapisobiercę – art. 990¹ KC.

Powyższe modyfikacje zdaniem autorki zdecydowanie zasługują na aprobatę. Po pierwsze pozytywnym wydaje się być przeniesienie przez ustawodawcę „odpowiedzialności” za dobór właściwej osoby lub osób będących wykonawcą / wykonawcami testamentu na samego testatora, albowiem to on jako znawca składu swojego majątku wie najlepiej, czy zasadnym wydaje się powołanie jednego, czy też kilku wykonawców testamentu. Warto przy tym zaakcentować, iż testator w razie wątpliwości co do przestrzegania przez „gwarantów” zgodnej współpracy podczas administrowania spadkiem ma możliwość „asekuracyjnego” ukształtowania reguł tego administrowania w rozrządzeniach testamentowych, które mianowani winni przestrzegać. Po drugie, umożliwienie powołania wykonawcy / wykonawców tylko do sprawowania zarządu częścią lub określonym składnikiem spadku, czy też przedmiotem zapisu windykacyjnego, jako jedyne konkretnego składnika wymagającego administrowania po śmierci spadkodawcy¹², w przypadku gdy przedmiot ten należy do kategorii „skomplikowanych”, np. w postaci przedsiębiorstwa.

III. Cel powołania wykonawcy testamentu

Mimo uregulowań kodeksowych, posłużenie się przedmiotową instytucją prawną nie jest oczywiście obowiązkowe¹³. Warto jednakże zastanowić się nad skorzystaniem z niej w szczególności, gdy testator ma świadomość, że dziedziczenie po nim zapowiada się bardzo złożenie. Może mieć to miejsce, gdy testament zawiera skomplikowane, czy też liczne rozrządzenia np. powołano w nim wiele osób, które otrzymają przysporzenie, ustanowiono wiele zapisów, zapisów dalszych, poleceń¹⁴, natomiast beneficjenci nie mają wiedzy, fachowego przygotowania, czy też uprawnień do ich realizacji. Powyższe może spowodować, że osiągnięcie prawidłowej realizacji ostatnich życzeń zmarłego może się znacznie skomplikować¹⁵. Nie ulega zaś wątpliwości, iż wolą i pragnieniem testatora jest, by jego rozporządzenia były wykonane w sposób prawnie skuteczny¹⁶. Ponadto warto się zastanowić nad powołaniem wykonawcy testamentu w sytuacji, gdy spadkodawca posiada masę majątkową w skład której wchodzi duży składnik o skomplikowanym lub specyficznym stanie prawnym, bądź też odwrotnie – w skład spadku wchodzi wiele różnorodnych składników majątkowych istotnie rozproszonych pod względem położenia¹⁷. W tym wypadku szczególnie profitenci – którzy nie prowadzili wspólnie ze spadkodawcą np. przedsiębiorstwa, czy też nie pracowali wspólnie z nim w gospodarstwie rolnym¹⁸ mogą mieć problem z prawidłowym jego zarządzaniem – z powodu braku doświadczenia – szczególnie od chwili jego śmierci. Poza tym, sam spadkodawca może celowo chcieć uwolnić lub odciążyć spadkobierców lub zapisobierców od zarządzania majątkiem spadkowym lub

⁹ M. Pazdan [w:] K. Pietrzykowski (red.) *Kodeks cywilny. Komentarz. Art. 986-9901 KC, Tom II*, Warszawa 2011, s. 1160-11668.

¹⁰ M. Pazdan [w:] K. Pietrzykowski (red.) *Kodeks cywilny. Komentarz. Art. 986-9901 KC, Tom II*, Warszawa 2011, s. 1160-11668.

¹¹ Ustawa z dnia 18.03.2011 r. o zmianie ustawy – Kodeks cywilny oraz niektórych innych ustaw, Dz. U. z 2011, Nr 85, poz. 458.

¹² M. Niedośpiał, *Zasadnicze rozrządzenia testamentowe*, teza 9, St.Prawn. 1997/2/65.

¹³ M. Zelek [w:] M. Gutowski (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz. Art. 986-9901 KC*, Beck Online Komentarze 2017.

¹⁴ S. Wójcik [w:] B. Kordasiewicz (red.) *System prawa prywatnego. Prawo spadkowe. Art. 986-9901 KC*, Beck Online Komentarze 2017.

¹⁵ S. Wójcik [w:] B. Kordasiewicz (red.) *System prawa prywatnego. Prawo spadkowe. Art. 986-9901 KC*, Beck Online Komentarze 2017.

¹⁶ Wyrok SN z dnia 04.08.1999 r., II KKN 545/98, LEX nr 452806.

¹⁷ K. Osajda [w:] K. Osajda (red.) *Kodeks cywilny. Komentarz. Art. 986-9901 KC*, Beck Online Komentarze 2017.

¹⁸ K. Osajda [w:] K. Osajda (red.) *Kodeks cywilny. Komentarz. Art. 986-9901 KC*, Beck Online Komentarze 2017.

legatem, w szczególności kiedy zdaje sobie sprawę, że administrowanie nim może być pracochłonne bądź też czasochłonne, zaś on zna osobę która jest w powyższym stanie należycie, tj. zgodnie z zadaniami prawidłowej gospodarki administrować nim oraz zachować w stanie niepogorszonym¹⁹. Posiadanie zaufanej osoby, która zagwarantuje, że spadek będzie jednolicie zarządzany i nie zostanie uszczuplona jego wartość do czasu wyjaśnienia wszystkich ewentualnych wątpliwości dotyczących dziedziczenia niewątpliwie usprawni zarząd majątkiem, nawet do czasu przeprowadzenia działu spadku²⁰. Powyższe zdecydowanie leży w interesie spadkobierców, ponieważ w przypadku niepowołania wykonawcy testamentu obowiązek realizacji rozrządzeń spadkodawcy spoczywa właśnie na nich²¹. Podobnie rzecz się może mieć w sytuacji, gdy testator przewiduje, że między profitentami lub między profitentami a rodziną zmarłego może dojść do różnego rodzaju sporów lub konfliktów, którego podłożem będzie sama masa spadkowa lub też zarząd nią²². Jeżeli zatem spadkodawcy zależy, żeby jego ostatnie życzenia były wykonane w całości, bez niepotrzebnych emocji może powołać piastuna jego ostatniej woli spoza kręgu beneficjentów²³. Osoba taka z pewnością zapewni bezstronność przy wypełnianiu swych zadań, w przeciwieństwie do spadkobierców lub zapisobierców, którzy w przeważającej mierze mają osobiste interesy dotyczące masy spadkowej²⁴. Powołanie tego podmiotu wydaje się być również szczególnie zasadne wtedy, gdy beneficjentem będzie osoba małoletnia bądź też *nasciturus*, zaś testator nie ma pełnego zaufania do jego przedstawiciela ustawowego w zakresie zamiarów nad prawidłowością zarządu masą spadkową²⁵. Ustanowienie gwaranta ostatniej woli wykluczy wówczas od administrowania masą majątkową przedstawiciela ustawowego w/w profitentów.

Wydaje się, że wartym jest również wzięcie pod uwagę i rozważenie przy planach sporządzenia przedmiotowego rozrządzenia testamentowego powołania obok „głównego” wykonawcy testamentu drugiego, „pobocznego” wykonawcy testamentu, a konkretnie osoby zawodowo zajmującej się stosowaniem prawa, której pomoc może okazać się nieoceniona. Powyższe może być szczególnie przydatne w przypadku, kiedy kandydatem na wykonawcę testamentu jest osoba związana *stricte* z branżą rolniczą – co jest celowe jeśli struktura spadku składa się w głównej mierze z nieruchomości rolnych – a która to osoba nie posiada znajomości systemu norm i przepisów prawnych, z którymi w toku sprawowanej funkcji niewątpliwie się zetknie. W tym wypadku może pomóc powołany drugi piastun – prawnik, posiadający wymaganą specjalistyczną wiedzę z zakresu prawa. Poza powyższymi może on być swoistym konsultantem głównego wykonawcy. Może także okazać się przydatny w wyeksplikowaniu beneficjentom spadku, którzy niewątpliwie bacznie przypatrują się działaniom gwaranta, pewnych mechanizmów prawnych określonego postępowania lub określonych działań, by później osoby te z powodu braku dostatecznej wiedzy czy informacji nie rościły pretensji. Oczywiście, zgodnie z wcześniejszym rozważaniami, testator może określić zakres zadań i kompetencji każdego z wykonawców w dowolnie uznany przez siebie sposób. Może przykładowo sprowadzić rolę drugiego „pobocznego” wykonawcy jedynie do rangi swego doradcy prawnego wykonawcy „głównego”, może również wytypować jako piastuna swojej ostatniej woli tylko osobę o profesji prawniczej.

Wykonawca testamentu – szczególnie w powołanych przypadkach – jest zatem potrzebną instytucją, dzięki której wola spadkodawcy ujawniona w testamencie zostanie zrealizowana w pełnym zakresie i zgodnie z jego zamiarem.

IV. Ustanowienie wykonawcy testamentu

Powołanie określanego podmiotu mającego mieć status wykonawcy testamentu jest prawem osobistym spadkodawcy²⁶. Powyższego uprawnienia dysponent nie może scedować na rzecz innej osoby, czy też upoważnić ją do wyboru wykonawcy testamentu, jako że należy ono do kategorii tzw. „praw niezbywalnych”²⁷. Spadkodawca tym samym powinien sam wskazać osobę wykonawcy. Wydaje się natomiast, że wystarczającym jest podanie jedynie danych, które pozwolą zindywidualizować tę osobę, chociażby poprzez wskazanie łączących ich więzi, np. mój mąż, czy też np. przez wskazanie

¹⁹ J. Kremis [w:] E. Gniewek, P. Machnikowski (red.) *Kodeks cywilny. Komentarz. Art. 986-9901 KC*, Warszawa 2016, s. 1803-1809.

²⁰ E. Niezbecka [w:] A. Kidyba (red.) *Kodeks cywilny. Komentarz. Spadki. Art. 986-9901 KC. Tom IV*, Warszawa 2015, s. 237-248.

²¹ E. Niezbecka [w:] A. Kidyba (red.) *Kodeks cywilny. Komentarz. Spadki. Art. 986-9901 KC. Tom IV*, Warszawa 2015, s. 237-248.

²² M. Pazdan [w:] K. Pietrzykowski (red.) *Kodeks cywilny. Komentarz. Art. 986-9901 KC, Tom II*, Warszawa 2011, s. 1160-11668.

²³ J. Kremis [w:] E. Gniewek, P. Machnikowski (red.) *Kodeks cywilny. Komentarz. Art. 986-9901 KC*, Warszawa 2016, s. 1803-1809.

²⁴ K. Osajda [w:] K. Osajda (red.) *Kodeks cywilny. Komentarz. Art. 986-9901 KC*, Beck Online Komentarze 2017.

²⁵ K. Osajda [w:] K. Osajda (red.) *Kodeks cywilny. Komentarz. Art. 986-9901 KC*, Beck Online Komentarze 2017.

²⁶ J. Kremis [w:] E. Gniewek, P. Machnikowski (red.) *Kodeks cywilny. Komentarz. Art. 986-9901 KC*, Warszawa 2016, s. 1803-1809.

²⁷ M. Zelek [w:] M. Gutowski (red.) *Kodeks cywilny. Komentarz. Art. 986-9901 KC*, Beck Online Komentarze 2017.

pozycji tej osoby w prowadzonym wspólnie przedsiębiorstwie, np. mój wspólnik²⁸. Co więcej, wola skorzystania z zastosowania takiego rozrządzenia może zostać zawarta jedynie w treści testamentu, w dowolnej jego części; *a contrario* dyspozycja taka nie może być zawarta w innej niż testament czynności prawnej²⁹. Natomiast oczywiście ostatnia wola w której treści będzie zamieszczona powyższa klauzula może zostać sporządzona w dowolnie prawnie dopuszczalnej formie³⁰, chociaż w razie wielości skomplikowanych dyspozycji testamentowych zdecydowanie preferowana byłaby forma aktu notarialnego³¹, która daje pewność ich prawidłowego sporządzenia i osiągnięcia zamierzonych przez testatora celów, które są w nich zawarte. Poza tym wydaje się, że podczas projektowania skomplikowanych treściowo testamentów, notariusz jako organ doradczy zawsze zobligowany jest zwrócić spadkodawcy uwagę na celowość skorzystania z omawianej instytucji prawnej³². Warto w tym miejscu również dokonać wzmianki o zapisie windykacyjnym, którego ustanowienie wymaga sporządzenia aktu notarialnego, natomiast samo powołanie wykonawcy do administrowania nim może zostać już uczynione w dowolnej formie testamentowej³³.

Jeśli zaś chodzi o przyczyny i względy dla których testatorowi może zależeć na powołaniu tylko jednego lub też kilku powierników, którzy mieliby za zadanie realizować treść jego ostatnich życzeń to jest na pewno ich wiele. Jednakże – jak wykazano w poprzedniej części artykułu – testator zazwyczaj decyduje o skorzystaniu z przedmiotowego mechanizmu jurydycznego w sytuacji zagrożenia zupełnej i prawidłowej realizacji wszystkich postanowień testamentowych lub też posiadając masę majątkową o skomplikowanym lub zróżnicowanym charakterze prawnym lub fizycznym³⁴. W przypadku skorzystania i nominowania więcej niż jednego wykonawcy testator może zapobiec, ewentualnym, (potencjalnym) trudnościom związanym z koniecznością ich współdziałania w trakcie wykonywania swych funkcji poprzez określenie (rozgraniczenie) na mocy art. 988 § 1 KC kompetencji każdego z nich³⁵.

Z tego względu, że testator jest jedynym podmiotem prawa spadkowego posiadającym zasadniczo niczym nie skrupowaną kompetencję umożliwiającą mu samodzielne – i tylko samodzielne – wskazanie konkretnego piastuna lub też piastunów jego ostatniej woli³⁶, to ma on również pełną dowolność i swobodę w jego wyborze. Nie ma tym samym przeszkód – a nawet wydaje się, że byłoby to rekomendowane – aby ta osoba była spoza kręgu spadkobierców, czy też zapisobierców testamentowych. Oczywiście do takich osób zaliczyć można nie tylko obywateli polskich, ale także obcokrajowców³⁷, czy też osoby prawne lub jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej (tzw. ułomne osoby prawne), działające przez właściwie umocowane osoby fizyczne wychodzące w skład ich organów³⁸. W przypadku powołania beneficjentów spadkowych na miejsce wykonawcy testamentu niewątpliwie – jak już zasygnalizowano – występuje ryzyko działania przez nich nie do końca uczciwie, albowiem przeważnie w pierwszej kolejności będą mieli oni na uwadze dbałość o własne potencjalne przysporzenie. Natomiast głównym celem – a dla wykonawcy misją – winna być działalność rzetelna, rozsądna i uczciwa, która we właściwy sposób będzie zmierzać do pełnej realizacji treści ostatniej woli zmarłego.

Nie ulega natomiast wątpliwości, że powszechnie przyjmuje się, że osobami powołanymi na wykonawców testamentu są osoby obdarzone przez statuującego szczególnym zaufaniem i będące wobec niego lojalne³⁹. Ten charakterystyczny „emocjonalny” stosunek łączący testatora i gwaranta bardzo często opiera się na więzach przyjaźni, koleżeństwa, partnerstwa, również biznesowego⁴⁰, często wykraczający poza więzi rodzinne. Testator jest przekonany, iż taka osoba go nie zwiedzie i nie odmówi realizacji jego ostatniej woli.

²⁸ M. Pazdan [w:] K. Pietrzykowski (red.) *Kodeks cywilny. Komentarz. Art. 986-9901 KC, Tom II*, Warszawa 2011, s. 1160-11668.

²⁹ Postanowienie SN z dnia 11.08.2010 r., I CSK 62/10, LEX 1375302.

³⁰ E. Niezbecka [w:] A. Kidyba (red.) *Kodeks cywilny. Komentarz. Spadki. Art. 986-9901 KC, Tom IV*, Warszawa 2015, s. 237-248.

³¹ E. Niezbecka [w:] A. Kidyba (red.) *Kodeks cywilny. Komentarz. Spadki. Art. 986-9901 KC, Tom IV*, Warszawa 2015, s. 237-248.

³² J. Dziwański, *Testament notarialny z powołaniem wykonawcy testamentu*, teza 1, NPN 2000/5-6/60.

³³ M. Zelek [w:] M. Gutowski (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz. Art. 986-9901 KC*, Beck Online Komentarze 2017.

³⁴ K. Osajda [w:] K. Osajda (red.) *Kodeks cywilny. Komentarz. Art. 986-9901 KC*, Beck Online Komentarze 2017.

³⁵ L. Bełza, *Skuteczność powołania wykonawcy testamentu*, teza 1 PS 1994/11-12/48.

³⁶ J. Kremis [w:] E. Gniewek, P. Machnikowski (red.) *Kodeks cywilny. Komentarz. Art. 986-9901 KC*, Warszawa 2016, s. 1803-1809.

³⁷ M. Pazdan [w:] K. Pietrzykowski (red.) *Kodeks cywilny. Komentarz. Art. 986-9901 KC, Tom II*, Warszawa 2011, s. 1160-11668.

³⁸ S. Wójcik [w:] B. Kordasiewicz (red.) *System prawa prywatnego. Prawo spadkowe. Art. 986-9901 KC*, Beck Online Komentarze 2017.

³⁹ Wyrok SN z dnia 04.08.1999 r., II CKN 545/98, LEX nr 452806.

⁴⁰ M. Pazdan [w:] K. Pietrzykowski (red.) *Kodeks cywilny. Komentarz. Art. 986-9901 KC, Tom II*, Warszawa 2011, s. 1160-11668.

Jak wynika z treści przepisów jedynym ustawowym wymogiem formalnym objęcia funkcji wykonawcy jest posiadanie przez kandydata pełnej zdolności do czynności prawnej, która obligatoryjnie musi trwać od chwili otwarcia spadku (moment nominacji), poprzez okres wypełniania obowiązków, aż do chwili zwolnienia, tj. zazwyczaj do działu spadku⁴¹. Z powyższego wypływa wniosek, że osoba wybrana na wykonawcę testamentu nie musi być „profesjonalistą”, jednakże warto dokładniej zastanowić się, czy poddała ona obowiązkowi związanym z powierzoną funkcją. Z pewnością wybór właściwej osoby ma kluczowe znaczenie w oczekiwanym zarządzie masą spadkową. Wydaje się zatem, by sprostać w pełni wymaganiom testatora, zasadnym jest by kandydat do sprawowania opisywanej funkcji miał mimo wszystko określone przygotowanie, np. w zarządzaniu przedsiębiorstwem, dzięki czemu faktycznie jego powołanie będzie pożądane i w pełni sprostana powierzona mu funkcji. Osoby nie związane z branżą, czy charakterem działalności przedsiębiorstwa prowadzącego przez zmarłego, mogą po prostu nie poradzić sobie z jego zarządzeniem, co może wpłynąć na szkodę spadkobierców lub zapisobierców, poprzez uszczuplenie schedy spadkowej. W związku z powyższym pożądane jest, by wykonawca wykazywał się co najmniej dobrą znajomością przedmiotu, przedmiotów czy składu spadku, a już na pewno winien być zorganizowany i posiadać wysokie morale oraz określone doświadczenie życiowe, co niewątpliwie przyczyni się do sprawnego zarządzania majątkiem, szczególnie w najtrudniejszych chwilach zaraz po śmierci spadkodawcy. Warto również kwestię tę omówić z potencjalnym kandydatem jeszcze za życia, by powołana osoba nie była zaskoczona faktem jej powołania po śmierci testatora. Podkreślić należy, iż wydaje się to być niezwykle istotne, albowiem osoba powołana jako wykonawca testamentu zawsze może złożyć odpowiednie oświadczenie przed sądem lub notariuszem i zwolnić się z wykonywania wspominanych obowiązków⁴² (o tym szerzej w rozdziale VI). Rozmowa taka daje więc pewność testatorowi podjęcia się przez określoną osobę obowiązków wykonawcy, a także chroni przed ewentualną odmową. Warto w tym miejscu jeszcze zasygnalizować, że powszechnie w literaturze przyjmuje się, że mimo braku szczegółowej regulacji prawnej, możliwe jest powołanie wykonawcy testamentu pod warunkiem lub z zastrzeżeniem terminu⁴³. Ponadto – zabezpieczająco – jest dopuszczalne tzw. powołanie zastępcze wykonawcy testamentu na wypadek, gdyby wykonawca testamentu powołany w pierwszej kolejności nie mógł lub nie chciał przyjąć tego obowiązku⁴⁴. Jeżeli w testamencie powołano wykonawcę testamentu, beneficjenci są wyłączeni od zarządzania spadkiem w zakresie objętym sferą zarządu sprawowanego przez wykonawcę testamentu⁴⁵.

V. Zakres, obowiązki i kompetencje działania wykonawcy testamentu

Od wejścia w życie powołanej na wstępie nowelizacji kodeksu cywilnego z dnia 18 marca 2011 r. spadkodawca uzyskał przywilej kształtowania w treści testamentu zakresu masy majątkowej (spadku lub jego składników), którą po jego śmierci będzie zarządzać wykonawca. Zgodnie z art. 986¹ KC i art. 990¹ KC dyspozycje te mogą sprowadzać się do przyznania wykonawcy sprawnego działania w obszarze całego spadku, zorganizowanej jego części, oznaczonego składnika spadku lub też przedmiotu zapisu windykacyjnego⁴⁶. Tylko od woli testatora zależna jest omawiana materia. Dla przykładu, może on powołać kilku wykonawców testamentu i wskazać im jakimi składnikami masy majątkowej mają zarządzać, np. jeden z nich ma administrować mieszkaniem, drugi domem⁴⁷; może powołać tylko jednego wykonawcę i tylko do wykonywania zwierzchnictwa nad konkretnymi legatami testamentowymi, np. motorem, samochodem⁴⁸. Natomiast jeśli zmarły w akcie ostatniej woli milczy w tym obszarze, to zasadnie winno się przyjąć, że powołał wykonawcę lub wykonawców do zarządu całym spadkiem – czyli udzielił najszerzego zakresu działania⁴⁹. W tym przypadku – jeśli będzie występował zbieg tytułów powołania do dziedziczenia – zarząd wykonawcy obejmie, oprócz spadku dziedziczonego na podstawie testamentu, również część spadku dziedziczonego na mocy ustawy⁵⁰. Mimo wszystko powyższe nie rozciągnie się na

⁴¹ M. Zelek [w:] M. Gutowski (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz. Art. 986-9901 KC*, Beck Online Komentarze 2017.

⁴² E. Niezbecka [w:] A. Kidyba (red.) *Kodeks cywilny. Komentarz. Spadki. Art. 986-9901 KC. Tom IV*, Warszawa 2015, s. 237-248.

⁴³ E. Niezbecka [w:] A. Kidyba (red.) *Kodeks cywilny. Komentarz. Spadki. Art. 986-9901 KC. Tom IV*, Warszawa 2015, s. 237-248.

⁴⁴ J. Dziwański, *Testament notarialny z powołaniem wykonawcy testamentu*, teza 5, NPN 2000/5-6/60.

⁴⁵ E. Niezbecka [w:] A. Kidyba (red.) *Kodeks cywilny. Komentarz. Spadki. Art. 986-9901 KC. Tom IV*, Warszawa 2015, s. 237-248.

⁴⁶ - M. Pazdan [w:] K. Pietrzykowski (red.) *Kodeks cywilny. Komentarz. Art. 986-9901 KC, Tom II*, Warszawa 2011, s. 1160-11668.

⁴⁷ P. Bodył-Szymala, *Pełnomocnik czy wykonawca testamentu: kto ważniejszy*, teza 2 Rzeczpospolita PCD 2007/5/2.

⁴⁸ E. Niezbecka [w:] A. Kidyba (red.) *Kodeks cywilny. Komentarz. Spadki. Art. 986-9901 KC. Tom IV*, Warszawa 2015, s. 237-248.

⁴⁹ K. Osajda [w:] K. Osajda (red.) *Kodeks cywilny. Komentarz. Art. 986-9901 KC*, Beck Online Komentarze 2017.

⁵⁰ M. Zelek [w:] M. Gutowski (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz. Art. 986-9901 KC*, Beck Online Komentarze 2017.

zarząd przedmiotem windykacyjnym, bowiem jak wiadomo nie wchodzi on do schedy spadkowej. Gdy testator chce skorzystać z instytucji wykonawcy legatu, zgodnie z treścią art. 990⁵¹ KC musi wyraźnie dyspozycję tę wpisać w zapisy testamentu⁵¹. Jeśli zaś chodzi o wskazane wyżej możliwości przedmiotowego ograniczenia zakresu administrowania spadkiem, to mogą się one sprowadzać do tzw. kompleksów majątkowych, których przykładami mogą być gospodarstwa rolne, czy też przedsiębiorstwa, a nawet ich poszczególne części⁵².

Druga sfera, której spadkodawca jest wyłącznym dysponentem, obejmuje kształtowanie zakresu kompetencji i zadań piastuna jego ostatniej woli. Wszystkie swoje dyspozycje spadkodawca władny jest zawrzeć w treści testamentu. Ustawodawca zatem również i tutaj przyznał priorytet woli zmarłego we wskazaniu przez niego konkretnych czynności jakich wykonania w powierzonym majątku życzy sobie od wykonawcy. Gdyby jednak powyższe pominął lub w pełni ich nie określił, to przepis art. 988 KC zawiera katalog podstawowych czynności, które władny jest dokonywać każdy powołany gwarant testamentowy⁵³. Testator również może posiłkować się normą dyspozytywną wskazanego artykułu przy projektowaniu treści testamentu, poprzez jej poszerzenie i włączenie do zakresu administrowania spadkiem innych dodatkowych zadań, będących w jego odczuciu zasadnymi do sprawowania zarządu lub też – w razie potrzeby – je ograniczyć⁵⁴. Owych kompilacji i modyfikacji może być bardzo dużo – wszystko wedle decyzji spadkodawcy. W tym miejscu wydaje się właściwe przytoczenie właśnie tych ogólnych reguł kodeksowych zawierających powinności wykonawcy. Są to – zarządzenie majątkiem spadkowym, co oznacza, iż piastun może samodzielnie, bez zgody sądu, dokonywać czynności przekraczające zakres zwykłego zarządu, czyli sprawować zarząd w pełnym zakresie⁵⁵, kolejno – spłacanie długów spadkowych, w szczególności wykonywanie zapisów zwykłych i poleceń, wydanie spadkobiercom – najpóźniej niezwłocznie po dokonaniu działu spadku – majątku spadkowego zgodnie z wolą spadkodawcy i z ustawą oraz wydanie osobie na rzecz której został uczyniony zapis windykacyjny przedmiotu tego zapisu.

W literaturze jednoznacznie wskazywane jest, że wykonawca testamentu dokonując w/w czynności działała w imieniu własnym, jednakże na rachunek beneficjentów testamentowych⁵⁶. Dokonując zatem stosownych czynności prywatnoprawnych i procesowych związanych z majątkiem spadkowym i zakresem zarządu nad nim wykonawca testamentu winien – ze względów praktycznych – zostać wyposażony w dokument publiczny (tytuł prawny) ułatwiający mu działanie i występowanie w obrocie⁵⁷. Wydaje się właściwe podejście doktrynalne i uznanie przez nią zaświadczenia stwierdzającego powołanie na stanowisko wykonawcy testamentu jedynie jako deklaratoryjnego potwierdzenia istnienia skutecznego umocowania powołanego podmiotu⁵⁸. Z powyższym stanowiskiem należy się niewątpliwie zgodzić, mimo to należy uznać, że „dowód” ten niewątpliwie ułatwia wykonywanie powierzanej przez testatora funkcji⁵⁹.

Piastun powinien swoje czynności wykonywać jak najszybciej, najlepiej już od momentu otwarcia spadku, tym samym i zaświadczenie potrzebne jest szybko⁶⁰. Jego uzyskanie jest możliwe poprzez wystąpienie w trybie art. 665 KPC do sądu spadku lub notariusza ze stosownym wnioskiem. W przedmiotowym postępowaniu sąd bada nie tylko pełną zdolność do czynności prawnych powołanego, ale również samą treść testamentu⁶¹. Między doktryną i judykaturą występuje sprzeczność, czy pole badawcze sądu jest zakreślone do ważności testamentu jedynie ze względu na jego formę⁶², czy też sąd zobowiązany jest do łącznego analizowania wszystkich przesłanek ważności tego dokumentu, tj. zarówno formalnych i materialnych⁶³. Nie wypowiadając się za którymś ze stanowisk trzeba jednak wskazać, że powyższe dużo zależy od stanu faktycznego konkretnej sprawy. Jeśli zaś chodzi o samą treść każdego zaświadczenia, to winna ona zawierać niezbędne

⁵¹ M. Zelek [w:] M. Gutowski (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz. Art. 986-9901 KC*, Beck Online Komentarze 2017.

⁵² J. Kremis [w:] E. Gniewek, P. Machnikowski (red.) *Kodeks cywilny. Komentarz. Art. 986-9901 KC*, Warszawa 2016, s. 1803-1809.

⁵³ E. Niezbecka [w:] A. Kidyba (red.) *Kodeks cywilny. Komentarz. Spadki. Art. 986-9901 KC. Tom IV*, Warszawa 2015, s. 237-248.

⁵⁴ K. Osajda [w:] K. Osajda (red.) *Kodeks cywilny. Komentarz. Art. 986-9901 KC*, Beck Online Komentarze 2017.

⁵⁵ Wyrok SA w Warszawie z dnia 04.11.2016 r., VI ACa 1123/15, Legalis nr 1575764.

⁵⁶ M. Uliasz, *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz. Art. 691 KPC*, Beck Online Komentarze 2017.

⁵⁷ Postanowienie SO w Łodzi z dnia 11.03.2016 r., III Ca 1919/15, LEX nr 2131589.

⁵⁸ K. Osajda [w:] K. Osajda (red.) *Kodeks cywilny. Komentarz. Art. 986-9901 KC*, Beck Online Komentarze 2017.

⁵⁹ P. Księżak, Głosa do uchwały SN z dnia 18 lipca 2012 r., III CZP 34/12, Opublikowano: Rejent 2013/5/134-142.

⁶⁰ P. Księżak, Głosa do uchwały SN z dnia 18 lipca 2012 r., III CZP 34/12, Opublikowano: Rejent 2013/5/134-142.

⁶¹ Uchwała SN z dnia 18.07.2012 r., III CZP 34/12, Legalis nr 503352.

⁶² Uchwała SN z dnia 18.07.2012 r., III CZP 34/12, Legalis nr 503352.

⁶³ M. Rzewuski, Głosa do uchwały SN z dnia 18 lipca 2012 r., III CZP 34/12, Opublikowano: Palestra 2013/9-10/181-185.

dane osobowe i adresowe podmiotu piastującego stanowisko wykonawcy oraz ewentualnie wskazany przez testatora katalog kompetencji, jakimi dysponuje, które to zostały poddane modyfikacjom, jak również w przypadku wykonawcy legatu wyrażnie jego zaznaczenie⁶⁴. Przedmiotowy dokument niewątpliwie ułatwia wykonywanie powierzonych przez testatora funkcji⁶⁵. Legitymowanie się tym dokumentem wpływa niewątpliwie również na bezpieczeństwo obrotu prawnego, w szczególności w zakresie ochrony osób dokonujących z tym podmiotem czynności prawnych⁶⁶.

Oczywiście zadań i ważnych czynności wykonawcy testamentu o których nie wspomina powołany przepis jest bardzo wiele, co nie pozwala ich wszystkich wymienić i scharakteryzować, jednakże do tych najistotniejszych należą niewątpliwie objęcie spadku w posiadanie (posiadanie zależne), ściągnięcie wierzytelności i prowadzenie innych spraw związanych z masą spadkowych (gwarant z chwilą powołania uzyskuje zdolność sądową i procesową, która jest jednak ograniczona *ex lege* do spraw wynikających z powierzonych funkcji, tj. związanych z zakresem spadku którym jest władny zarządzać⁶⁷. Wykonawca winien wypełniać zatem ciężące na nim powinności oraz w pełni korzystać z przysługujących mu kompetencji i uprawnień⁶⁸.

VI. Rezygnacja i zwolnienie z funkcji wykonawcy testamentu

Oczywiście, jak zasygnalizowano już wcześniej osoba, która została powołana jako wykonawca testamentu może nie mieć w ogóle woli podjęcia się wykonywania powierzonych jej funkcji⁶⁹. W obecnych czasach, przy wielości obowiązków zawodowych i rodzinnych, niełatwo jest zdecydować się na podjęcie tak absorbującej roli jaką jest wykonywanie woli testatora. Poza tym ciągle bycie na przysłowiowym „świeczniku” ze strony beneficjentów spadku nie wszystkim może odpowiadać. Tak samo jak narażanie się przez swoje działania na potencjalne rozmaite żale i pretensje z ich strony. Wówczas – gdy wytypowany rzeka się objęcia roli piastuna ostatniej woli – zobowiązany jest do podjęcia stosownych działań, w przeciwnieństwie do decyzji o podjęciu obowiązków, którą można dokonać „milcząco” (uzyskanie zaświadczenia nie jest obligatoryjne)⁷⁰. Procedura rezygnacji sprowadza się do wystąpienia do sądu spadku i złożenia stosownego oświadczenia do protokołu bądź też udanie się do notariusza i złożeniem takiego oświadczenia przed nim⁷¹. Zrzekający w tym wypadku nie ma obowiązku wskazywania przyczyn, czy też powodów dla których podjął taką decyzję.

Druga sytuacja sprowadza się do zwolnienia wykonawcy testamentu już po objęciu przez niego stanowiska i dokonaniu określonych czynności, przez sąd na złożony przez wykonawcę stosowny wniosek lub też wniosek osoby zainteresowanej⁷². Powyższe zostanie rozpoznane pozytywnie, gdy zostanie spełniona przesłanka „ważnych powodów” zwolnienia, do których przykładowo można zaliczyć niewłaściwe wykonywanie obowiązków, zły stan zdrowia, brak przygotowania, odpowiedniego wykształcenia lub pożądaných cech charakteru, czy też powstanie innych zdarzeń utrudniających bądź uniemożliwiających wykonanie testamentu.

Ostatnimi zbiorczo zaprezentowanymi przypadkami, kiedy omawiana funkcja ustaje będą: śmierć wykonawcy, utrata przez niego jednej z obligatoryjnych przesłanek umożliwiających objęcie tej funkcji, tj. pełnej zdolności do czynności prawnych oraz – co wydaje się najbardziej pożądane – wypełnienie przez wykonawcę w pełni nałożonych na niego obowiązków zakreślonych w testamencie lub ustawie, bądź też w odniesieniu do zapisu windykacyjnego – jego wydanie⁷³.

Wracając jednak raz jeszcze do chwili objęcia funkcji przez wykonawcę i rozpoczęcia przez niego działań, zauważyć należy, że między nim, a beneficjentami (czy to spadkobiercami, czy zapisobiercami windykacyjnymi) powstaje stosunek

⁶⁴ M. Zelek [w:] M. Gutowski (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz. Art. 986-9901 KC*, Beck Online Komentarze 2017.

⁶⁵ P. Książek, Glosa do uchwały SN z dnia 18 lipca 2012 r., III CZP 34/12, Opublikowano: Rejent 2013/5/134-142.

⁶⁶ E. Marszałkowska – Krześ [w:] E. Marszałkowska – Krześ, *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz. Art. 664-665 KPC*, Beck Online Komentarze 2017.

⁶⁷ K. Osajda [w:] K. Osajda (red.) *Kodeks cywilny. Komentarz. Art. 986-9901 KC*, Beck Online Komentarze 2017.

⁶⁸ M. Pazdan [w:] K. Pietrzykowski (red.) *Kodeks cywilny. Komentarz. Art. 986-9901 KC, Tom II*, Warszawa 2011, s. 1160-11668.

⁶⁹ Wyrok SN z dnia 04.08.1999 r., II CKN 545/98, LEX nr 452806.

⁷⁰ E. Marszałkowska – Krześ [w:] E. Marszałkowska – Krześ, *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz. Art. 664-665 KPC*, Beck Online Komentarze 2017.

⁷¹ E. Niezbecka [w:] A. Kidyba (red.) *Kodeks cywilny. Komentarz. Spadki. Art. 986-9901 KC. Tom IV*, Warszawa 2015, s. 237-248.

⁷² J. Pietrzykowski/K. Pietrzykowski [w:] K. Piasecki, *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz. Art. 664-665 KPC, Tom II*, Warszawa 2015, s. 911-912.

⁷³ E. Niezbecka [w:] A. Kidyba (red.) *Kodeks cywilny. Komentarz. Spadki. Art. 986-9901 KC. Tom IV*, Warszawa 2015, s. 237-248.

obligacyjny, do którego zgodnie z dyspozycją art. 989 § 1 KC należy stosować odpowiednio przepisy o zleceniu za wynagrodzeniem. Stąd wniosek, iż sprawowanie tak istotnej roli jaką jest wykonawca testamentu jest odpłatne. Przyznać zatem należy rację ustawodawcy, iż z góry powyższe określił, przez bezpośrednie wskazanie w przepisach, albowiem realizacja powierzonej roli bardzo często wymaga od obejmującego wielkich pokładów cierpliwości, siły i czasu, a także tymczasowego kredytowania, tj. wykładania własnych środków pieniężnych, celem ponoszenia kosztów związanych z wykonywaniem powierzonych zadań w celu należytej ochrony masy spadkowej.

Za pokrycie kosztów sprawowania funkcji oraz wynagrodzenie wykonawcy testamentu, niezależnie od zakresu powierzonego wykonawcy zarządu, solidarnie odpowiedzialność ponoszą spadkobiercy, a także w odniesieniu do wykonawcy legatu – zapisobierca windykacyjny. Powyższa odpowiedzialność istnieje niezależnie od tego, który spadkobierca otrzyma w wyniku działu spadku składnik spadku, jaka jest jego wielkość, czy wymagał większych pokładów zaangażowania w zarząd nad nim, czy mniejszych. Nie ma także znaczenia, który spadkobierca otrzyma w wyniku działu spadku składniki spadku zarządzane przez konkretnego zarządcę⁷⁴. W odniesieniu zaś do zapisobiercy windykacyjnego, to jako że przedmiot zapisu nie wchodzi do spadku, nie jest jego elementem i nie stanowi długów spadkowych, to sprawując zarząd wykonawca zarządza jedynie w interesie tylko tego zapisobiercy, a więc koszty sprawowania zarządu oraz wynagrodzenie wykonawcy powołanego do sprawowania zarządu przedmiotem zapisu windykacyjnego nie stanowią długów spadkowych i w rezultacie nie obciążają spadkobierców, lecz zapisobiercę windykacyjnego⁷⁵. Inaczej będzie się dziać w przypadku odrzucenia zapisu windykacyjnego przez zapisobiercę. Wtedy przedmiot ten wejdzie do masy spadkowej i należałoby oczekiwać, że w takim przypadku koszty sprawowania zarządu przedmiotem zapisu windykacyjnego, jak i wynagrodzenie wykonawcy testamentu powołanego do sprawowania takiego zarządu, staną się długami spadkowymi, skoro ostatecznie przedmiot, którym zarządzano, wszedł już w skład spadku⁷⁶.

VII. Zakończenie

Powołanie wykonawcy testamentu, mimo zmian i zachęt ze strony ustawodawcy, nadal stanowi w Polsce rzadkość. Ustanowienie powiernika ostatniej woli niewątpliwie prowadzi do ułatwienia procesu rozporządzania majątku spadkowego między beneficjentów oraz usprawnienia dochodzenia praw majątkowych wchodzących w skład spadku, które to znajdują się w posiadaniu osób trzecich. Poza tym, ustanowienie osoby której testator powierzył pewnego rodzaju mandat zaufania ze względu na jej walory moralne, rzetelność, uczciwość czy też profesjonalizm niezbędny do zarządzania majątkiem spadkowym, mogłoby zdecydowanie przyczynić się do właściwego wykonania intencji spadkodawcy, złagodzenia, czy też nawet rozwiązywania sporów towarzyszących nierzadko dziedziczeniu, czy też wreszcie do sprawnego załatwienia formalności pojawiających się od otwarcia spadku, aż do podziału majątku spadkowego.

Mając jednak na uwadze jak doceniana i praktykowana jest omawiana instytucja w państwach zachodnich oraz fakt, że obecnie w Polsce świadomość prawna społeczeństwa z roku na rok wzrasta, czy to dzięki programom telewizyjnym, audycjom, czy też kampaniom oraz edukacji prawniczej, w związku z tym należy mieć nadzieję, że polscy spadkodawcy – tak jak zagraniczni – również dostrzegą walory tej instytucji i zaczną z niej częściej korzystać.

THE EXECUTOR OF THE WILL GUARANTOR OF THE LAST WILL OF THE TESTATOR

This article describes the legal regulation regarding the executor's institution. It was described how to raise a testamentary executor. The scope, responsibilities and competence of the executor's executor are broadly described. In addition, it was indicated how the executor of the will may resign from this function. Finally, it is summarized how this institution functions in Polish law.

⁷⁴ E. Marszałkowska – Krześ [w:] E. Marszałkowska – Krześ, *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz. Art. 691 KPC*, Beck Online Komentarze 2017.

⁷⁵ K. Flaga – Gieruszyńska [w:] A. Zieliński, *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz. Art. 691 KPC*, Warszawa 2016, s. 1241.

⁷⁶ M. Uliasz, *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz. Art. 664-665 KPC*, Beck Online Komentarze 2017.

Stanisław Kruminis-Łozowski

DOWODY NIELEGALNE NA GRUNCIE POSTĘPOWANIA KARNEGO

Problematyka dowodów nielegalnych na gruncie postępowania karnego jest wciąż obecna. Poniższą tezę potwierdzają mające miejsce w ostatnim okresie zmiany w k.p.k. Tematyką dowodów nielegalnych w procedurze karnej, z naciskiem na wartość dowodową dowodów nielegalnych zajmował się w wielu pracach takich jak monografie czy artykuły prof. Z. Sobolewski¹.

Z. Sobolewski w swoich pracach krytycznie się odnosił do rozwiązań przyjętych w kodeksie postępowania karnego z roku 1997 w materii zakazów dowodowych, z kolei wyraził aprobatę nie przyjęcia w znowelizowanym kodeksie postępowania karnego pomysłu implementacji owoców zatrutego drzewa².

Obowiązująca współcześnie norma art. 171 § 7 oznacza, iż wyjaśnienia, zeznania i oświadczenia złożone w sytuacjach wyłączających swobodę wypowiedzi lub też uzyskane wbrew zakazom ujętym w treści art. 171§5 k.p.k. nie mogą być uznane za dowód w sprawie. Należy nadmienić, iż złożenie oświadczeń procesowych w sytuacjach wyłączających swobodę wypowiedzi nie jest dowodem w sprawie, co implikuje niemożność powoływania się przez dany organ procesowy na ustalenia faktyczne pochodzące z przeprowadzonego dowodu. Złożone w ten sposób wyjaśnienia lub też zeznania nie mogą być uznane za dowód również wtedy, kiedy są zgodne z prawdą³. Wyrok SN z 6 czerwca 2012 r., III KK 353/11, Legalis nr 496941 stanowił, iż „W wypadku stwierdzenia, iż zeznania świadka złożone zostały w warunkach wyłączających swobodną wypowiedź nie mają one znaczenia, czy były one zgodne z prawdą, bowiem wynikający z treści art. 171§7 k.p.k. zakaz dowodowy stanowi, iż nie mogą one stanowić podstawy dowodowej dla ustaleń faktycznych w sprawie. Nie stanowią także podstawy dla ujawnienia na rozprawie w trybie normy przepisu art. 391§ k.p.k.”⁴.

Norma art. 171§7 k.p.k. dopuszcza zakaz dowodu bezpośrednio wadliwego, oznacza to, iż został on przeprowadzony z wykorzystaniem niedozwolonych metod przesłuchania lub też w warunkach wyłączających swobodę wypowiedzi. Art. 171 k.p.k. nie obejmuje swym zakresem zdarzeń w, których można wykorzystać dowody uzyskane z nielegalnie przeprowadzonych dowodów. Zatem mimo odrzucenia dowodów uzyskanych wbrew zakazom ujętym w treści art. 171§5 k.p.k. lub też z naruszeniem swobody wypowiedzi. Informacje uzyskane w wyniku czynności będą mogły być wykorzystane na gruncie procesu⁵ z zastrzeżeniem norm przepisów art. 168a oraz 168 b k.p.k.

Przed tzw. nowelą wrześniową wprowadzającą zmiany z dnia 27 września 2013 roku, które to weszły w życie z dniem 1 lipca 2015 roku⁶, doktryna stała na straży stanowiska, iż możliwe jest wykorzystanie dowodów uzyskanych w rezultacie przeprowadzonego uprzednio dowodu nielegalnego. Polska nauka postępowania karnego nie uznaje koncepcji owoców zatrutego drzewa, która to polegała na zakazie uznawania za dowód także takiego dowodu, który to został ujawniony za pomocą dowodu zakazanego⁷.

Polskie orzecznictwo wskazywało na konieczność eliminacji także dowodów pośrednio nielegalnych. Akcentowano, iż posługiwanie się w procesie karnym dowodami, które są owocami zatrutego drzewa jest nie do przyjęcia,

¹ Kontrowersyjne kwestie zakazów dowodowych w nowym Kodeksie postępowania karnego, Nowy Kodeks postępowania karnego, Lublin 1997; Kontrowersyjne kwestie zakazów dowodowych w nowym kodeksie postępowania karnego, Zagadnienia węzłowe, Kraków 1998.

² Z. Sobolewski, Kontrowersyjne kwestie zakazów dowodowych w nowym Kodeksie postępowania karnego, Nowy Kodeks postępowania karnego, Lublin 1997, s.56 i n.

³ Patrz: wyrok SN z 11 listopada 1984 r., IV KR 141/84, OSNPG 1985, nr 6, poz. 86

⁴ Patrz: wyrok SN z 6 czerwca 2012 r., III KK 353/11, Legalis nr 496941

⁵ P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek, Kodeks postępowania karnego. Komentarz, tom I, Warszawa 2011, s. 930.

⁶ Patrz: Dz. U. z 2013 r., nr 1247.

⁷ S. Waltoś, Owoce zatrutego drzewa, Kraków 2010, s. 196 i n.

gdyż nie spełniają one fundamentalnych przesłanek konstytucyjnych, naruszają one prawa obywatelskie, a także stoją w opozycji do postanowień konwencji międzynarodowych, których Rzeczpospolita Polska jest stroną⁸.

Wrześniowa nowelizacja włączała do kodeksu postępowania karnego przepis art. 168a k.p.k., zgodnie z którym to niedozwolone było przeprowadzenie i użycie dowodu uzyskanego do celów toczącego się postępowania karnego za pomocą czynu zabronionego, o którym traktuje art. 1§1 kodeksu karnego. Uzasadniając projekt noweli wrześniowej motywowano: „Mając na uwadze świadomość ryzyka związanego z dopuszczeniem w proponowany sposób „dowodów prywatnych”, Komisja zaproponowała w spójny sposób ograniczenie możliwości włączania do procesu dowodów uzyskanych z naruszeniem przepisów prawa, z zastrzeżeniem, iż niedopuszczalność ich wykorzystania sugeruje się ustanowić jedynie do tej grupy z nich, które zostały uzyskane dla celów postępowania karnego przy pomocy czynu zabronionego. Zakaz wyrażony w treści art. 168a k.p.k. miał być panaceum przeciwko praktykom pozyskiwania dowodów w wyniku przykładowego pozyskiwania dowodów poprzez instalowanie podsłuchów czy też dokonywania nielegalnych przesłuchań. Miał też mieć zastosowanie w stosunku do wszystkich stron procesowych nie wyłączając oskarżyciela publicznego.

Polska doktryna postępowania karnego zwracała uwagę na możliwość wystąpienia w praktyce licznych nadużyć w stosowaniu przepisu art. 168a k.p.k. Struktura tej normy prawnej odrzucała możliwość wykorzystania oraz przeprowadzenia dowodu uzyskanego do celów prowadzonego postępowania karnego za pośrednictwem czynu zabronionego. Konkludując w związku z taką regulacją, należało by dopuścić na gruncie procesu karnego dowód nielegalny w kontekście przesłanek z art. 168a k.p.k., lecz uzyskany nie dla potrzeb postępowania karnego, a np. dla potrzeb postępowania karnego⁹. Dowód taki mógłby zostać wykorzystany w postępowaniu karnym, a jego pozyskanie wszak z naruszeniem przepisów obowiązującego prawa, lecz nie przepisów stanowiących czyn zabroniony. Jako przykład można podać naruszenie prawa telekomunikacyjnego czy też naruszenie przepisów ustawy o ochronie danych osobowych.

Norma art. 168a k.p.k. odnosi się do wszystkich stron procesowych, czyli do: oskarżonego, oskarżyciela publicznego, oskarżyciela posiłkowego, oskarżyciela prywatnego, powoda cywilnego oraz pełnomocników procesowych stron. Norma nie odnosiła się do czynności operacyjno - rozpoznawczych przeprowadzanych na podstawie ustaw szczególnych. Polska doktryna traktująca o czynnościach operacyjno- rozpoznawczych cechuje się jako odrębny system poufnych lub też tajnych działań przeprowadzanych przez uprawnione organy, a prowadzonych poza systemem procesu karnego. Służą one najczęściej współczesnym lub też przyszłym celom tego procesu i wykonywane są dla zapobiegania i zwalczania przestępczości oraz pozostałych prawnie określonych krytycznych zjawisk społecznych¹⁰. Czynności operacyjno- rozpoznawcze mają na celu weryfikację uprzednio zdobytych informacji o przestępstwie oraz wykrycie ich sprawców oraz uzyskania materiału dowodowego, które mogą polegać na wykonaniu w sposób niejawni nabycia albo też przejęcia przedmiotów pochodzących z popełnionego przestępstwa, ulegając przypadkowi albo których wytwarzanie, posiadanie przewożenie czy też obrót prawny są zabronione¹¹.

W zakresie czynności operacyjno- rozpoznawczych wyróżnia się kontrolę operacyjną, która jest jednym z rodzajów czynności operacyjno -rozpoznawczych. Kontrola operacyjno - rozpoznawcza jest niejawna oraz jest prowadzona przez

⁸ Patrz: wyrok SA w Białymstoku z 18 marca 2010 r., II AKA 18/10, OSA 2012, nr 3, s. 117

⁹ P. Kruszyński red., Dowody w nowym kodeksie postępowania karnego, Warszawa 1999, s. 201 i n.; S. Waltoś, Owoce zatrutego drzewa, Kraków 2010, s. 196 i n.

¹⁰ T. Hanausek, Kryminalistyka. Zarys wykładu, Kraków 1996, s. 96 i n.

¹¹ J. Skorupka, Kodeks postępowania karnego. Komentarz, Warszawa 2015

uprawnione podmioty: Policję¹², Straż Graniczną¹³, Żandarmerię Wojskową¹⁴, kontrolę skarbową¹⁵, Agencję Bezpieczeństwa Wewnętrznego¹⁶, Centralne Biuro Antykorupcyjne¹⁷, Służbę Celną¹⁸ oraz Służbę Kontrwywiadu Wojskowego¹⁹.

Nowela marcowa, czyli ustawa z dnia 11 marca 2016 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw ustanowiła nową formę art. 168a k.p.k.: „Dowodu nie można uznać za niedopuszczalny wyłącznie na tej podstawie, że został on uzyskany z naruszeniem przepisów postępowania lub też za pomocą czynu zabronionego o którym mowa jest w art. 1§1 kodeksu karnego, chyba że dowód został uzyskany w związku z pełnieniem przez funkcjonariusza publicznego obowiązków służbowych w wyniku: zabójstwa, umyślnego spowodowania uszczerbku na zdrowiu lub też pozbawienia wolności.”

Uzasadniając rządowy projekt ustawy wyjaśniano, że „W ocenie projektodawcy zbędna jest regulacja art. 168a k.p.k., ponieważ norma ta wprowadza szeroki zakres zakazu dowodowego niezależnie od jego uzyskania. W tym stanie prawnym zasadnym jest ocena każdej sytuacji z wzięciem pod uwagę wszystkich okoliczności sprawy opierając się o powszechnie przyjęte zasady z dorobku doktryny i orzecznictwa. Doktryna wskazuje, iż przepis art. 168a k.p.k. rugujący dowody uzyskane za pomocą czynu zabronionego rozszerza i tak szeroki system zakazów dowodowych na gruncie postępowania karnego. Dyskwalifikacja dowodów ocenianych nie tyle przez pryzmat kryteriów prawnoprocesowych, a wyznaczanych przez zakazy dowodowe tylko według kryteriów prawa materialnego dotyczących przestępnych działań tak uczestników postępowania jak i osób nie uczestniczących w procesie może skutkować rezultatami niezamierzonymi przez ustawodawcę.”²⁰

W aktualnym brzmieniu norma zawarta w art. 168a zmienia zatem dotychczasową zasadę. We wcześniejszym ujęciu przepis stanowił, że dowód uzyskany za pomocą czynu zabronionego, obecnie norma mówi o uzyskaniu dowodu z naruszeniem przepisów postępowania karnego lub też przy pomocy czynu zabronionego nie oznacza niedopuszczalności takiego dowodu. Należy nadmienić, iż dowód uzyskany w związku z pełnieniem przez funkcjonariusza publicznego, w rezultacie: zabójstwa, umyślnego spowodowania uszczerbku na zdrowiu lub też pozbawienia wolności. Uzyskanie dowodu z naruszeniem przepisów postępowania lub poprzez czyn zabroniony nie dyskwalifikuje dowodu. Prawodawca dopuścił więc dowody pozyskane z naruszeniem przepisów postępowania karnego lub też uzyskane za pomocą czynu zabronionego.

Przepis art. 168a k.p.k. w obecnym jak i wcześniejszym ujęciu używa pojęcie czynu zabronionego. Jak stanowi art. 115§1 k.k. czynem zabronionym jest zachowanie o znamionach określanych w ustawie karnej, który nie będzie przestępstwem o ile jego szkodliwość społeczna będzie znikoma albo kiedy sprawcy nie będzie można przypisać winy w czasie czynu – art. 1§3k.k. Norma art. 168a k.p.k. będzie mogła być wykorzystana niezależnie czy czyn zabroniony jest zawiniony czy też czyn jest przestępstwem ze względu na jego znikomą szkodliwość społeczną.

Zakres zastosowania art. 168a k.p.k. w aktualnym kształcie uległ znacznemu poszerzeniu w stosunku do wcześniejszego brzmienia art. 168a k.p.k. Uznawano, iż we wcześniejszym brzmieniu zakaz z art. 168a k.p.k. nie rozciągał się na inne zachowania zabronione przez prawo oraz przepisy dyscyplinarne o ile nie wypełniają znamion czynu zabronionego, a także wykroczenia. Nie mieściły się w zakresie art. 168a k.p.k. dowody, które zostały uzyskane sprzecznie z

¹² Ustawa z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji, tj. Dz. U. z 2015 r., poz. 355 ze zm.

¹³ Ustawa o Straży Granicznej z dnia 12 października 1990 r., tj. Dz. U. z 2014 r., poz. 1402 ze zm.

¹⁴ Ustawa z dnia 24 sierpnia 2001 r. o Żandarmerii Wojskowej i wojskowych organach porządkowych, tj. Dz. U. z 2013 r., poz. 568 ze zm.

¹⁵ Ustawa z dnia 28 września 1991 r. o kontroli skarbowej, tj. Dz. U. z 2015 r., poz. 553 ze zm.

¹⁶ Ustawa z dnia 24 maja 2002 r. o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu, tj. z dnia 22 października 2015 r., Dz. U. z 2015, poz. 1929 ze zm.

¹⁷ Ustawa z dnia 9 czerwca 2006 r. o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym, tj. z dnia 4 września 2014 r., Dz. U. z 2014 r., poz. 1411 ze zm.

¹⁸ Ustawa z dnia 27 sierpnia 2009 r. o Służbie Celnej, Dz. U. z 2009 r., nr 168, poz. 1323 ze zm.

¹⁹ Ustawa z dnia 9 czerwca 2006 r. o Służbie Kontrwywiadu Wojskowego oraz Służbie Wywiadu Wojskowego, tj. z dnia 10 stycznia 2014 r., Dz. U. z 2014 r., poz. 253 ze zm.

²⁰ R. Kmiecik, Kontrowersyjne unormowania w znowelizowanym kodeksie postępowania karnego, Prok. i Pr. 2015, nr 1-2, s. 17. Druk sejmowy nr 207, s. 13-14

prawem procesowym, szczególnie gdy dotyczy to nie kryminalizowanych przejawów naruszenia swobody wypowiedzi osoby poddanej czynności przesłuchania.

Brzmienie art. 168a k.p.k. rozszerza ten zakres. Dopuszczalnym jest uzyskanie dowodu nie tylko przy pomocy czynu zabronionego, ale także dowodu z naruszeniem postępowania ze szczególnym uwzględnieniem postępowania karnego, jak przykład można podać naruszenie swobody wypowiedzi osoby poddanej czynności przesłuchania. Norma przepisu tego artykułu nie określa dokładnie postępowania o jakie chodzi. Z tych względów należy dopuścić możliwość wykorzystania niniejszego przepisu w sytuacji naruszenia innych przepisów niż normy postępowania karnego, jak np. przepisów postępowania w sprawach o wykroczenia.

Art. 168 a k.p.k. w pierwszej jak i kolejnej wersji traktuje o dowodzie uzyskanym z „za pomocą czynu zabronionego”. W polskiej doktrynie postępowania karnego przedstawia się, iż przepis art. 168a k.p.k. ma zastosowania w przypadku dowodów bezpośrednio nielegalnych. Tym samym oznacza to brak w polskim postępowaniu karnym instytucji wzorowanej na zakazie konsumpcji owoców zatrutego drzewa. W literaturze przedmiotu wskazuje się, iż pomimo nieobowiązywania koncepcji owoców zatrutego drzewa problem wykorzystania w polskim postępowaniu karnym dowodów pośrednio nielegalnych może budzić poważną wątpliwość z racji wymogu prowadzenia postępowania w sposób rzetelny.

Nowelizacja marcowa oprócz przepisu art. 168 a k.p.k. dodała art. 168 b k.p.k. w następującym brzmieniu: „Jeżeli w wyniku kontroli operacyjnej zarządzanej na wniosek uprawnionego organu na podstawie przepisów szczególnych uzyskano dowód popełnienia przez osobę, wobec której kontrola operacyjna była stosowana, innego przestępstwa ściganego z urzędu lub przestępstwa skarbowego niż przestępstwo objęte zarządzeniem kontroli operacyjnej lub przestępstwa ściganego z urzędu lub przestępstwa skarbowego popełnionego przez inną osobę niż objętą zarządzeniem kontroli operacyjnej, prokurator podejmuje decyzję w przedmiocie wykorzystania tego dowodu w postępowaniu karnym.”

Norma art. 168b k.p.k. dotyczy doniosłej kwestii, która dotychczas była przedmiotem skrajnych ocen. Szczególnie chodziło o zakaz korzystania z materiału uzyskanego np. z podsłuchu przed procesowego lub też procesowego w zakresie, którym wykroczone w jego toku poza określone w postanowieniu sądu o jego zarządzeniu, granice podmiotowe jak i przedmiotowe. W orzecznictwie jak i doktrynie Sądu Najwyższego przyjmowano, że Konstytucja jest gwarantem wolności i tajemnicy komunikowania się oraz stanowi, iż jej ograniczenie może nastąpić tylko ustawą i w sposób w niej określony (art. 49 Konstytucji) .

Kodeks postępowania karnego oraz ustawy dopuszczające kontrolę operacyjną organów ścigania , a obejmującą podsłuch dopuszczają zamknięty katalog przestępstw , przy których możliwe jest pozyskanie dowodów z zastosowaniem kontroli rozmów , wymagają one we wniosku o kontrolę osoby mającej być podmiotem podsłuchu, co znaczy, iż na gruncie kontroli operacyjnej oraz procesowej kontroli rozmów²¹. Dowodami uzyskanymi w sposób legalny są w tym przypadku jedynie te dowody dotyczące przestępstwa wskazanego w postanowieniu sądu o zarządzeniu podsłuchu oraz osoby wskazanej w zakresie szerszym, co do pozostałych jej czynów w stosunku do których możliwa jest kontrola rozmów. Jak również takich czynów osób pozostałych nie wskazanych w postanowieniu tylko wtedy gdy w wyniku kontroli, po oświetleniu takich zdarzeń dojdzie do użycia przepisów o tzw. wypadku niecierpiących zwłoki, to znaczy zarządzenia kontroli w granicach organu niesądowego. W wyniku tego uznawano, iż dowody uzyskane w trakcie kontroli rozmów poza jej zakresami tak podmiotowym jak i przedmiotowym zdefiniowanym przez sąd nie mogą podlegać wykorzystaniu w procesie tym samym nie mogą stanowić dowodu, chyba że zostanie uzyskana w toku kontroli następcza zgoda sądu²².

Przepis zawarty w art. 237 k.p.k. zakładał możliwość zalegalizowania dowodu uzyskanego w wyniku podsłuchu poza granicami wskazanymi przez sąd tak podmiotowymi jak i przedmiotowymi w formie zgody następczej. Zgodnie z tą normą prawną w brzmieniu przed nowelizacją marcową, jeśli w rezultacie kontroli uzyskano dowód popełnienia przestępstwa ujętego w art. 237§3 k.p.k. popełnionego przez osobę, wobec której kontrola była stosowana, innego niż objęte zarządzeniem kontroli, albo popełnionego przez inną osobę, prokurator w czasie trwania kontroli albo nie później niż w ciągu 2 miesięcy od dnia jej zakończenia mógł wystąpić do sądu z wnioskiem o wyrażenie zgody na jego wykorzystanie w postępowaniu

²¹ Patrz: uchwała SN z 3 grudnia 2008 r., V KK 195/08, OSNKW 2009, nr 2, poz. 17.

²² 9 T. Grzegorzczak, J. Tylman, Polskie postępowanie karne, Warszawa 2012, s. 491-492.

karnym. Sąd następnie zobligowany był wydać postanowienie w przedmiocie wniosku w terminie zawitym dni 14 na posiedzeniu bez udziału stron.

Nowelizacja marcowa tym samym nadała nowe brzmienie art. 237a k.p.k.: „Jeżeli w wyniku kontroli uzyskano dowód popełnienia przez osobę, wobec której kontrola była stosowana, innego przestępstwa ściganego z urzędu lub przestępstwa skarbowego niż przestępstwo objęte zarządzeniem kontroli, lub przestępstwa ściganego z urzędu lub przestępstwa skarbowego popełnionego przez inną osobę niż objętą zarządzeniem kontroli, prokurator podejmuje decyzję w przedmiocie wykorzystania tego dowodu w postępowaniu karnym.”

Zgodnie z nowym ujęciem art. 237a k.p.k. decyzja w przedmiocie wykorzystania dowodu na gruncie postępowania karnego podejmowana jest przez oskarżyciela publicznego – prokuratora, a nie jak dotychczas przez sąd na wniosek prokuratora. Nowelizacja marcowa odwołała także art. 237§8 k.p.k. mówiącym, iż wykorzystanie dowodu uzyskanego podczas kontroli oraz utrwalania treści rozmów telefonicznych było dopuszczenie wyłącznie na gruncie postępowania karnego w sprawie o przestępstwo lub przestępstwo skarbowe, w stosunku do którego możliwe było zarządzenie niniejszej kontroli.

We wcześniejszym brzmieniu art. 168a k.p.k. definiował dwa zakazy – zakaz przeprowadzenia dowodu nielegalnego i zakaz jego wykorzystania. Skutkiem zakazu przeprowadzenia nielegalnego dowodu było oddalenie wniosku dowodowego o przeprowadzenie wymienionego dowodu na podstawie treści art. 170§1 pkt 1. Zakaz wykorzystywania dowodu w ustaleniach faktycznych dotyczy sytuacji, w których by doszło do dopuszczenia i przeprowadzenia tego dowodu. Dowód będzie uznany za niedopuszczalny, gdy został on uzyskany z naruszeniem przepisów postępowania lub też za pomocą czynu zabronionego o którym traktuje art. 1§1 kodeksu karnego oraz został uzyskany w związku z pełnieniem przez funkcjonariusza publicznego obowiązków służbowych w wyniku: zabójstwa, umyślnego uszczerbku na zdrowiu lub pozbawienia wolności. Termin „niedopuszczalności dowodu” należy traktować jako niedopuszczalność jego przeprowadzenia i wykorzystania w znaczeniu jakie nadawał tym definicjom przepis wcześniejszego art. 168a k.p.k.

W materii ustalenia czy dowód został uzyskany z naruszeniem przepisów postępowania lub też za pomocą czynu zabronionego oraz czy został uzyskany w związku z pełnieniem przez funkcjonariusza publicznego obowiązków służbowych w wyniku: zabójstwa, umyślnego uszczerbku na zdrowiu lub pozbawienia wolności. Decyzja w tej kwestii należy do organu procesowego rozpoznającego stosowny wniosek dowodowy lub też na późniejszym etapie postępowania rozstrzygający o wykorzystaniu dowodu.

Jeśli pozyskanie dowodu w sposób określony w art. 168 a k.p.k. odnosiło się do profesjonalnego pełnomocnika strony albo prokuratora, dalszym skutkiem powinno być też zawiadomienie odpowiednich organów w trybie art. 20 §1,2 k.p.k. gdyż takie zachowanie niezależnie od innych konsekwencji w tym potencjalnej odpowiedzialności karnej powinno implikować również odpowiedzialność dyscyplinarną.

Podsumowując rozważania należy podkreślić, iż w przepis art. 168 a k.p.k. zmienił zasadę przeprowadzenia i wykorzystania na gruncie postępowania karnego dowodu nielegalnego. W przeszłości przepis ten stanowił za niedopuszczalny dowód uzyskany za pomocą czynu zabronionego. Przepis ten stanowi, iż uzyskanie dowodu z naruszeniem przepisów postępowania lub też za pomocą czynu zabronionego nie oznacza niedopuszczalności takiego dowodu. Uzyskanie dowodu z naruszeniem przepisów postępowania karnego lub przy pomocy czynu zabronionego nie dyskwalifikuje takiego dowodu. W większym zakresie przypadków dowód uzyskany z naruszeniem przepisów postępowania lub za pomocą czynu zabronionego nie będzie uznany za niedopuszczalny.

ILLEGAL EVIDENCE IN CRIMINAL TRIAL

Issues of illegal evidence are a subject of this article on the field of a Polish criminal trial. It was analysed Art. 171 § 7 k.p.k., predicting the ban on using evidence directly effective. In the article issues of the regulation constitute the main part of deliberations Art. 168 but the Code of Penal Procedure Next versions of this article, in particular led were presented with act from 11 March 2016 about the amendment to the act – Code of criminal proceedings and some other

acts. In taking back to analysis Art. 168 but the Code of Penal Procedure and Art. 168 the formulated Code of Penal Procedure was b scope of leading and using illegal evidence in a criminal trial.

Karolina Szczecińska-Przybulek

PORADA PRAWNA DOTYCZĄCA ODMOWY WYPŁATY ZASIŁKU MACIERZYŃSKIEGO

Stan faktyczny:

Anna K. dnia 20.05.2015 r., będąc w czwartym miesiącu ciąży, założyła działalność gospodarczą polegającą na internetowej sprzedaży ubrań dziecięcych. Anna K. zgłosiła się do obowiązkowych ubezpieczeń społecznych oraz do dobrowolnego ubezpieczenia chorobowego. Podstawa wymiaru składek wynosiła 3.700 zł. Co miesiąc Anna K. opłacała składki w terminie, a po urodzeniu dziecka wystąpiła do Zakładu Ubezpieczeń Społecznych o wypłatę zasiłku macierzyńskiego. W odpowiedzi Anna K. otrzymała pismo z informującą o rozpoczęciu postępowania wyjaśniającego. Anna K. wyczerpująco odpowiadała na pisma otrzymywane z Zakładu Ubezpieczeń Społecznych. Kobieta przysyłała wszystkie dokumenty dotyczące prowadzonej działalności, których od niej wymagano. Pomimo to, ostatecznie, po przeprowadzeniu postępowania wyjaśniającego, Zakład Ubezpieczeń Społecznych uznał, że zamiarem Anny K. było uzyskanie świadczeń z ubezpieczenia społecznego po urodzeniu dziecka, dlatego dokonała wpisu do CEiDG z datą rozpoczęcia działalności, faktycznie tej działalności nie prowadząc. Zakład Ubezpieczeń Społecznych odmówił wypłaty zasiłku macierzyńskiego uznając, iż działalność gospodarcza prowadzona była dla pozoru oraz **w celu wyłudzenia świadczeń pieniężnych**. Zakład Ubezpieczeń Społecznych stwierdził zatem, iż Anna K. nie podlega ubezpieczeniom społecznym oraz ubezpieczeniu chorobowemu.

Pytania problemowe:

1. Czy Anna K. mogła założyć działalność gospodarczą będąc w ciąży?
2. Czy Anna K. w wystarczający sposób potwierdziła, iż faktycznie prowadziła działalność gospodarczą?
3. Czy fakt, że Anna K. była w ciąży zakładając działalność gospodarczą przesądza o pozorności prowadzenia tej działalności?

Zgodnie z polskim systemem prawnym, jedną z grup osób, które podlegają obowiązkowemu ubezpieczeniu społecznemu, są osoby prowadzące pozarolniczą działalność gospodarczą. Niezależnie od rodzaju prowadzonej działalności, osoby takie podlegają ubezpieczeniom społecznym oraz ubezpieczeniu zdrowotnemu; od dnia rozpoczęcia prowadzenia działalności do dnia zaprzestania jej prowadzenia. Stosunek ubezpieczenia powstaje z mocy prawa, samo zgłoszenie ma zatem charakter deklaratoryjny. Ponadto osoba prowadząca pozarolniczą działalność gospodarczą może dokonać zgłoszenia do dobrowolnego ubezpieczenia chorobowego. Zgłoszenie takie ma zatem charakter konstytutywny. W omawianym przypadku, posiadając status ubezpieczonego, po wystąpieniu zdarzenia skutkującego niemożnością wykonywania pracy, istnieje możliwość ubiegania się o wypłatę świadczenia pieniężnego. Z ubezpieczenia chorobowego wypłacane są zatem świadczenia w razie choroby i macierzyństwa. W kwestii ubezpieczenia chorobowego, kontrowersyjną tematyką jest sytuacja, kiedy to kobieta podjęła pracę lub założyła pozarolniczą działalność gospodarczą będąc w ciąży.

Aktem prawnym, na podstawie którego przyznawane są w Polsce zasiłki macierzyńskie, jest Ustawa z dnia 25 czerwca 1999 r. o świadczeniach pieniężnych z ubezpieczenia społecznego w razie choroby i macierzyństwa (Dz. U. Nr 60, poz. 636, ze zm.). Zasiłek macierzyński przysługuje kobiecie, która urodziła dziecko i jest ubezpieczona na podstawie przepisów Ustawy z dnia 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych (Dz. U. Nr 137, poz. 887, ze zm.).

W przypadku podjęcia wątpliwości co do prawdziwości wykonywania pracy, ZUS podejmuje działania kontrolne (art. 68 ust. 1 pkt. 1 lit. a Ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych). W sytuacji, kiedy ZUS stwierdzi fikcyjność działalności, ubezpieczenie społeczne nie występuje, a co się z tym wiąże, nie przysługują świadczenia pieniężne takie jak np. zasiłek macierzyński z ubezpieczenia chorobowego.

Jak wskazuje w wyroku z dnia 30 marca 2017 r. Sąd Apelacyjny w Łodzi, III AUa 299/16:

„Rozpoczęcie działalności jest zdarzeniem rodzącym skutki w sferze ubezpieczeń społecznych. Z jednej strony, powoduje objęciem ochroną ubezpieczeniową, z drugiej zaś, rodzi odpowiedzialność o charakterze osobistym. Obie sfery pozostają we wzajemnej relacji, w tym znaczeniu, że zakwestionowanie tytułu ubezpieczenia jest możliwe tylko wówczas, gdy jest on fikcyjny (deklarowany, ale nie realizowany).”

Stosunek ubezpieczeniowy nie powstaje zatem na podstawie samego wpisu do CEiDG oraz zamiaru jej prowadzenia. Kwestia faktycznego prowadzenia działalności gospodarczej przez Annę K. podlega zatem ocenie na podstawie art. 233 § 1 k.p.c.

Stanowisko to przedstawia w wyroku z dnia 25 czerwca 2014 r. Sąd Apelacyjny Białymstoku, III AUa 1401/13:

„Ocena, czy działalność gospodarcza rzeczywiście jest wykonywana, należy do sfery ustaleń faktycznych, a istnienie wpisu w ewidencji nie przesądza o faktycznym prowadzeniu działalności gospodarczej, jednakże wpis ten prowadzi do domniemania prawnego, według którego osoba wpisana do ewidencji, która nie zgłosiła zawiadomienia o zaprzestaniu prowadzenia działalności gospodarczej, jest traktowana jako prowadząca taką działalność.”

W praktyce, wykonywanie pozarolniczej działalności gospodarczej musi mieć przede wszystkim charakter zarobkowy. Ponadto działalność musi być prowadzona w sposób zorganizowany oraz ciągły. Niezbędnym jest również czynne uczestnictwo w obrocie gospodarczym, jak również powtarzalność podejmowanych działań. Dodatkowo, działalność musi posiadać charakter zawodowy oraz kierować się racjonalnym gospodarowaniem (Wyrok Sądu Apelacyjnego w Lublinie z dnia 28 czerwca 2017 r., III AUa 1391/16).

Przesłankę faktycznego prowadzenia działalności Anna K. niewątpliwie spełniła. Kobieta potwierdziła to dokumentacją dostarczaną do ZUS, taką jak: faktury VAT, wyciąg wpływów na konto bankowe w związku ze sprzedanym towarem, potwierdzenie prowadzenia strony internetowej, potwierdzenie wysyłki towarów przez kuriera średnio raz w tygodniu, maile wymieniane z klientami w związku z pytaniami odnośnie towarów. Ze względu na niedługi czas prowadzenia działalności, w/w dokumentacja nie była nader obszerna, jednak przesądza o faktycznie prowadzonej działalności.

Wprawdzie złożenie wniosku o wpis do CEiDG nastąpiło w trakcie trwania ciąży Anny K., jednakże fakt bycia w ciąży w żaden sposób nie wyklucza założenia pozarolniczej działalności gospodarczej, co potwierdza w wyroku z dnia 10 marca 2016 r. Sąd Apelacyjny w Gdańsku, III AUa 1737/15:

„Prawidłowo przebiegająca ciąża ubezpieczonej nie może być uznana za przeszkodę do skutecznego rozpoczęcia prowadzenia działalności gospodarczej, zwłaszcza jeśli działalność ta nie wymaga wysiłku fizycznego oraz pozwala na ustalenie elastycznych godzin wykonywania usług, a nawet świadczenie pracy we własnym domu. Samo rozpoczęcie prowadzenia działalności gospodarczej w okresie ciąży, nie jest w żadnym zakresie sprzeczne z prawem.” (takie samo stanowisko przedstawił również Sąd Apelacyjny w Gdańsku m.in. w wyrokach: z dnia 22 kwietnia 2016 r., III AUa 2054/15; z dnia 21 września 2016 r., III AUa 632/16; z dnia 12 stycznia 2017 r., III AUa 1343/16; z dnia 8 marca 2017 r., III AUa 1753/16; z dnia 5 kwietnia 2017 r., III AUa 1898/16).

Dodatkowo, Anna K. w trakcie prowadzonego przez ZUS postępowania wyjaśniającego, dostarczyła wszelką dokumentację, uprawniającą ją do prowadzenia niniejszej działalności gospodarczej. Kobieta przedstawiła zarówno dokumentację potwierdzającą kwalifikacje (dyplom ukończenia studiów na kierunku ekonomia oraz zarządzania), jak również potwierdzającą doświadczenie w pracy w branży dziecięcej (świadcstwo pracy). W wyroku z dnia 19 lutego 2016 r. Sąd Apelacyjny w Gdańsku, III AUa 1529/15 przedstawia tezę:

„Podjęcie i wykonywanie przez kobietę w ciąży pozarolniczej działalności gospodarczej, do prowadzenia której posiada niezbędne doświadczenie i kwalifikacje, nawet gdyby głównym motywem było uzyskanie przez nią wyższych świadczeń z ubezpieczeń społecznych nie jest naganne ani tym bardziej sprzeczne z prawem. Oczywistym jest bowiem, że zgłoszenie danej osoby do ubezpieczeń społecznych, oprócz wypełnienia ustawowego obowiązku, ma na celu zapewnienie jej odpowiednich świadczeń. Warunkiem powyższego jest jednak, aby działalność ta była faktycznie wykonywana w sposób odpowiadający definicji zawartej w art. 2 u.s.d.g.”

Zestawienie stanu faktycznego z polskimi przepisami prawnymi oraz orzecznictwem, niewątpliwie przesądza na korzyść Anny K.. Kobieta zakładając pozarolniczą działalność gospodarczą w ciąży faktycznie ją prowadziła, co potwierdziła licznymi dowodami. Nadmienić również należy, iż zgodnie z treścią tezy wyroku Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z dnia 14 czerwca 2018 r., III AUa 681/17:

„O pozorności prowadzonej działalności nie może decydować fakt, iż moment jej podjęcia czy też prowadzenia zbiegł się w czasie z ciążą ubezpieczonej. Podjęcie pracy czy też założenie własnej działalności gospodarczej w celu uzyskania świadczenia z tego tytułu jest bowiem dopuszczalne i nie świadczy o intencji obejścia prawa”.

Reasumując zatem należy przywołać wyrok z dnia 17 kwietnia 2015 r. Sądu Okręgowego w Białymstoku - V Wydział Pracy i Ubezpieczeń Społecznych z dnia 17 kwietnia 2015 r., V U 1962/14.

„Nadto podkreślenia wymaga, że ciąża nie stanowi przesłanki wyłączającej możliwość podjęcia prowadzenia pozarolniczej działalności gospodarczej. Brak jest bowiem przepisu sankcjonującego taki zakaz, czy też pozbawiającego zarejestrowanie działalności w takiej sytuacji jakichkolwiek walorów prawnych. Co więcej, zamiaru ciągłego prowadzenia działalności gospodarczej nie podważa przewidywanie jej zawieszenia ze względu na ciążę albo konieczność opieki nad dzieckiem.”

INFORMACJE O AUTORACH

Patryk Jarosz - wydział Prawa i Administracji Uniwersytet Warmińsko – Mazurski w Olsztynie
Katedra Prawa Międzynarodowego Publicznego, Studia doktoranckie III rok

Karol Jędrzejczyk - doktorant Katedry Prawa Międzynarodowego, Wydział Prawa i Administracji UWM,
specjalność: prawo konsularne i dyplomatyczne

Krzysztof Kamiński - 10 maja 2018 roku uzyskał tytuł magistra na Wydziale Prawa, Prawa Kanonicznego i Administracji KUL na kierunku Prawo Kanoniczne, a następnie, 27 czerwca 2018 – tytuł licencjata kościelnego Prawa Kanonicznego, broniąc pracy pt. *Penalizacja nadużyć związanych z sakramentem pokuty*. Od października 2018 roku podjął studia doktoranckie na Wydziale Prawa, Prawa Kanonicznego i Administracji KUL. Od lipca 2018 roku pracuje w Metropolitalnym Sądzie Archidiecezji Warmińskiej w Olsztynie jako sędzia audytor.

Katarzyna Kowalska - mgr, absolwentka Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Warmińsko-Mazurskiego w Olsztynie oraz stypendystka studiów zagranicznych na Facultat de Derecho Universitat de València w Walencji. Doktorantka w Katedrze Prawa Cywilnego na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Warmińsko-Mazurskiego w Olsztynie. Asystent sędziego w Sądzie Okręgowym w Olsztynie.

Stanisław Kruminis - Łozowski - pracownik kancelarii adwokackiej w Gdyni oraz doktorant WPiA UWM.

Jacek Kozielewicz - autor wykonuje zawód w Bydgoszczy. Autor posiada specjalizację zawodową w zakresie prawa podatkowego.

Paweł Robert Rojczyk - magister prawa, absolwent Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Warmińsko-Mazurskiego w Olsztynie. Od 2016 r. doktorant na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Warmińsko-Mazurskiego w Olsztynie. Jego głównymi zainteresowaniami w sferze naukowej są zagadnienia prawa medycznego, prawa farmaceutycznego w relacji z postępowaniem karnym, prawa osób psychicznie chorych oraz osób niepełnosprawnych.

Karolina Szczecińska – Przybulek – doktorantka w Katedrze Kryminalistyki i Medycyny Sądowej, Uniwersytet Warmińsko-Mazurski w Olsztynie.