

ISSN 2082-064X

3(43) • 2014

ZESZYTY BAS PRAWNICZE

Biura Analiz Sejmowych Kancelarii Sejmu



Nadzór krajowy i europejski
nad rynkiem finansowym

Zagadnienie transseksualizmu w świetle
orzecznictwa, poglądów nauki i legislacji

Status prawny przestrzeni powietrznej
nad Półwyspem Krymskim

Transgraniczna opieka zdrowotna
jako problem legislacyjny

ZESZYTY PRAWNICZE

BIURA ANALIZ SEJMOWYCH

ROK XI ■ 3(43) ■ 2014

KANCELARIA SEJMU

Rada programowa

*dr Ziemowit Cieřlik, UKSW – przewodniczący ■ dr Piotr Czarny, UJ ■ dr Agnieszka Grzelak, SGH ■
dr hab. Michał Królikowski, prof. UW ■ dr Adam Łazowski, University of Westminster (London) ■
prof. zw., dr hab. Cezary Mik, UKSW ■ dr hab. Krzysztof Skotnicki, prof. UŁ ■ dr Adam Szafrński, UW ■
prof. zw., dr hab. Andrzej Szmyt, prof. UG ■ dr hab. Marek Szydło, prof. UW ■ dr hab. Włodzimierz
Wróbel, prof. UJ*

Zespół redakcyjny

*dr hab. Leszek Bosek, UW – redaktor naczelny ■ Justyna Stegner-Gurecky – sekretarz redakcji ■
Małgorzata Bajor-Stacharńczyk ■ dr Piotr Chybalski ■ dr Ewelina Gierach ■ dr Marzena Łaskowska ■
Bartosz Pawłowski ■ dr hab. Andrzej Sakowicz, prof. UwB ■ dr Przemysław Sobolewski ■
dr Zofia Szpringer ■ Agnieszka Tomaszewska*

Redakcja tematyczna

*dr hab. Andrzej Sakowicz – prawo i postępowanie karne ■ dr Ewelina Gierach – prawo konstytucyjne ■
dr Przemysław Sobolewski – prawo cywilne i handlowe ■ dr Zofia Szpringer – prawo finansowe*

Redakcja językowa i korekta

Tamara Kożuchowska, Teresa Muć

Skład

Janusz Świnarski

Fotografia na okładce

*„Sprawiedliwość” – płaskorzeźba Aleksandra Żurakowskiego w Sali Posiedzeń Sejmu,
fot. Mariusz Wideryński*

Kontakt z redakcją

e-mail: justyna.stegner@sejm.gov.pl

Biurow Analiz Sejmowych Kancelarii Sejmu
00-441 Warszawa, ul. Zagórna 3
tel. (+48 22) 694 18 45
faks (+48 22) 694 18 65
e-mail: punkt_konsultacyjny@sejm.gov.pl
e-mail: wydawnictwo_BAS@sejm.gov.pl

© Copyright by Kancelaria Sejmu
Warszawa 2014

Wszelkie prawa zastrzeżone. Żadna część ani całość opracowania nie może być bez zgody
wydawcy – Kancelarii Sejmu – reprodukowana, użyta do innej publikacji oraz przechowywana
w jakiegokolwiek bazie danych.

ISSN 2082-064X



Wydawnictwo Sejmowe

SPIS TREŚCI

1	ARTYKUŁY	7
	Aleksandra Nadolska	
	Miejsce i rola organu nadzoru makroostrożnościowego w europejskim i krajowym systemie nadzoru nad rynkiem finansowym	9
	Jan Lipski	
	Uwagi dotyczące poselskiego projektu ustawy o uzgodnieniu płci na tle orzecznictwa Sądu Najwyższego oraz poglądów doktryny	28
2	OPINIE BAS	
A	ZAGADNIENIA PRAWA KONSTYTUCYJNEGO	65
	Wojciech Odrowąż-Sypniewski	
	Opinia prawna na temat zasad agitacji wyborczej	67
	Katarzyna Kubuj	
	Opinia prawna w sprawie interpretacji art. 152 ust. 2 regulaminu Sejmu w świetle wątpliwości przedstawionych przez przewodniczącego Komisji Ochrony Środowiska, Zasobów Naturalnych i Leśnictwa.....	73
B	ZAGADNIENIA PRAWA MIĘDZYNARODOWEGO I EUROPEJSKIEGO	79
	Cezary Mik	
	Opinia prawna w sprawie statusu prawnomiędzynarodowego przestrzeni powietrznej nad Półwyspem Krymskim po zajęciu Krymu przez Federację Rosyjską (ze szczególnym uwzględnieniem kompetencji ICAO)	81
	Ziemowit Cieślik	
	Opinia na temat pisma Ministra Gospodarki w sprawie notyfikacji poselskiego projektu ustawy – Prawo o organizmach genetycznie zmodyfikowanych	102
C	OPINIE LEGISLACYJNE	109
	Andrzej Szmyt	
	Opinia w sprawie projektu ustawy o Radzie Fiskalnej.....	111
	Leszek Bosek	
	Opinia prawna na temat zgodności z dyrektywą Parlamentu Europejskiego i Rady 2011/24/UE rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych oraz niektórych innych ustaw	116

Urszula Drozdowska

Opinia prawna na temat zgodności z dyrektywą Parlamentu Europejskiego i Rady 2011/24/UE rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych oraz niektórych innych ustaw 129

Tomasz Sroka

Opinia prawna na temat zgodności z dyrektywą Parlamentu Europejskiego i Rady nr 2011/24/UE rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych oraz niektórych innych ustaw 141

D SPRAWY POSELSKIE ..... 161**Jakub Stelina**

Opinia prawna na temat prawa do uposażenia poselskiego 163

Wojciech Odrowąż-Sypniewski

Opinia prawna na temat zasad korzystania przez posłów z paszportów dyplomatycznych 170

Andrzej Szmyt

Opinia prawna w sprawie kompetencji Marszałka Sejmu dotyczących realizacji uprawnień poselskich wynikających z art. 19 ustawy o wykonywaniu mandatu posła i senatora 181

E VARIA ..... 185**Henryk Dzwonkowski**

Opinia prawna w sprawie możliwości uznania za podatnika na gruncie przepisów Kodeksu karnego skarbowego małżonka osoby fizycznej prowadzącej działalność gospodarczą 187

Henryk Dzwonkowski

Opinia prawna na temat statusu zakładu aktywizacji zawodowej w prawie podatkowym 195

3 STANOWISKA SEJMU W SPRAWACH PRZED TRYBUNAŁEM KONSTYTUCYJNYM ..... 203**Krzysztof Oplustil**

Projekt stanowiska Sejmu w sprawie o sygn. akt P 6/13 205

Maciej Iwański

Projekt stanowiska Sejmu w sprawie o sygn. akt SK 55/13 226

CONTENTS

1	ARTICLES	7
	Aleksandra Nadolska	
	The place and role of a macro-prudential supervisory body in the European and the national systems of financial market supervision	9
	Jan Lipski	
	The remarks on a Deputies' bill on confirmation of gender (in the context of the case law of the Supreme Court)	28
2	OPINIONS OF THE BUREAU OF RESEARCH (BAS)	
A	CONSTITUTIONAL LAW ISSUES	65
	Wojciech Odrowąż-Sypniewski	
	Legal opinion on the rules of electoral canvassing.....	67
	Katarzyna Kubuj	
	Legal opinion on the interpretation of Article 152. para 2 of the Standing Orders of the Sejm in the light of the doubts expressed by the Chairman of the Environmental Protection, Natural Resources and Forestry Committee	73
B	INTERNATIONAL AND EUROPEAN LAW ISSUES	79
	Cezary Mik	
	Legal opinion on international law status of the airspace over the Crimean Peninsula after the occupation of the Crimea by the Russian Federation (in particular the competences of ICAO).....	81
	Ziemowit Cieślak	
	Opinion on the notification of a Deputies' bill – Law on Genetically Modified Organisms.....	102
C	LEGISLATIVE OPINIONS	109
	Andrzej Szmyt	
	Opinion on the Fiscal Council bill	111
	Leszek Bosek	
	Legal opinion on the compliance of a Government bill amending the Act on Healthcare Services Financed from Public Funds and Certain Other Acts (Sejm Paper No. 2293) with the Directive 2011/24/EU of the European Parliament and of the Council	116

	Urszula Drozdowska	
	Legal opinion on the compliance of a Government bill amending the Act on Healthcare Services Financed from Public Funds and Certain Other Acts (Sejm Paper No. 2293) with the Directive 2011/24/EU of the European Parliament and of the Council	129
	Tomasz Sroka	
	Legal opinion on the compliance of a Government bill amending the Act on Healthcare Services Financed from Public Funds and Certain Other Acts (Sejm Paper No. 2293) with the Directive 2011/24/EU of the European Parliament and of the Council	141
D	DEPUTIES' AFFAIR	161
	Jakub Stelina	
	Legal opinion on the right to a Deputy's salary. Clarification of the following questions about a Deputy's salary. 1) Whether a Deputy may waive a Deputy's salary? 2) Whether a Deputy in the period of the leave from performing his/her duties as a Deputy is entitled to a Deputy's salary?.....	163
	Wojciech Odrowąż-Sypniewski	
	Legal opinion on the rules for the use of diplomatic passports by the Deputies	170
	Andrzej Szmyt	
	Legal opinion on the competence of the Marshal of the Sejm concerning the exercise by the Deputies' of their right under Article 19 of the Act on the Exercise of the Mandate of a Deputy or Senator	181
E	MISCELLANEA	185
	Henryk Dzwonkowski	
	Legal opinion on whether the spouse of the natural person performing business may be considered a taxpayer under the provisions of the Fiscal Penal Code	187
	Henryk Dzwonkowski	
	Legal opinion concerning the status of a supported employment enterprise under tax law	195
3	THE SEJM'S POSITIONS ON CASES BEFORE THE CONSTITUTIONAL TRIBUNAL	203
	Krzysztof Oplustil	
	Sejm draft position on the case ref. no. P 6/13.....	205
	Maciej Iwański	
	Sejm draft position on the case ref. no. SK 55/13	226

1



ARTYKUŁY

Aleksandra Nadolska

Miejsce i rola organu nadzoru makroostrożnościowego w europejskim i krajowym systemie nadzoru nad rynkiem finansowym

The place and role of a macro-prudential supervisory body in the European and the national systems of financial market supervision: The article deals with the legal framework for macro-prudential oversight, with particular emphasis to the place and role of the European Systemic Risk Board, (ESRB) its functions and tasks. The author points out that in one of its recommendations the ESRB imposes on Member States the obligation to designate or appoint a body responsible for macro-prudential policy. In this context, he discusses the draft law on macro-prudential oversight of the national financial system, evaluating it critically.

Keywords: Polish Financial Supervision Authority | banking system
Słowa kluczowe: Komisja Nadzoru Finansowego | system bankowy

Doktor nauk prawnych, wykładowca Wyższej Szkoły Administracji i Biznesu w Gdyni oraz Wyższej Szkoły Bankowej w Gdyni; a.j.nadolska@gmail.com.

Wprowadzenie

Dyskusja o makroostrożnościowej polityce w działalności banków centralnych rozpoczęła się już w 2002 r., kiedy pojawiły się postulaty o konieczności skierowania polityki monetarnej banków centralnych na zapobieganie kryzysom bankowym. Międzynarodowy kryzys finansowy spowodował, że instytucje bezpośrednio odpowiadające za bezpieczeństwo finansowe¹ zaczęły rozważać możliwość zmiany instytucjonalnej organizacji nadzoru makroostrożnościowego. Zgodność poglądów dotyczyła przy tym umiejscowienia nadzoru makroostrożnościowego (w instytucji centralnej lub formalnym ciele kolegialnym o zagwarantowanej niezależności²) oraz kluczowej roli banku centralnego

¹ Głównie Międzynarodowy Fundusz Walutowy, Bank Rozrachunków Międzynarodowych oraz przedstawiciele Grupy G30.

² Europejski Bank Centralny został wyposażony w niezależność instytucjonalną (prawo w ustalaniu celów i instrumentów polityki monetarnej), niezależność celu (bank sam wyznacza cel), niezależność operacyjną (tzw. niezależność funkcjonal-

w sprawowaniu tego nadzoru. I to pod wpływem tych wskazań w Unii Europejskiej oraz niektórych państwach rozpoczęto wdrażanie konkretnych rozwiązań.

Niemniej w okresie poprzedzającym ostatni globalny kryzys finansowy nadzór makroostrożnościowy stanowił istotne brakujące ogniwo w sieci bezpieczeństwa finansowego. Przed wybuchem kryzysu jedynym narzędziem stosowanym na rzecz stabilności finansowej³ były publikowane przez banki centralne raporty o stabilności finansowej (*Financial Stability Reviews*, FSR), ale i one – choć cenne – okazały się niewystarczające do przeciwdziałania powstawaniu i narastaniu nierównowagi finansowej w gospodarce. Słabości w dotychczasowych rozwiązaniach przede wszystkim upatrywano w odchyleniach od stanu równowagi, które narosły w ogólnosiwiatowym systemie finansowym, na skutek nadmiernej ekspansji akcji kredytowej i gwałtownej inflacji cen aktywów w warunkach ogólnego niedoszacowania ceny ryzyka finansowego w okresie trwałego, nieinflacyjnego wzrostu gospodarczego. A więc, mimo że ryzyko zakłócenia systemu finansowego było dość dobrze identyfikowane, to w ślad za tym nie szły odpowiednie działania, gdyż banki centralne nie miały właściwych instrumentów nadzorczych. Tym samym funkcjonujące rozwiązania nie były w stanie zapobiec wystąpieniu poważnego kryzysu finansowego⁴,

---

ną, która oznacza autonomię w realizacji celów z pomocą samodzielnie dobranych instrumentów), niezależność personalną i finansową. Szerzej I. Pyka, *Instytucjonalizm banku centralnego we współczesnej gospodarce* [w:] *Współczesna bankowość centralna*, W. Jaworski, A. Szelałowska (red.), Warszawa 2012, s. 72–74.

³ Koncepcja szeroko rozumianej stabilności finansowej oraz koncepcja ryzyka systemowego się przenikają. Pojawienie się ryzyka systemowego w systemie finansowym każdorazowo powoduje bowiem ogromne zagrożenie dla stabilności finansowej. Jeżeli zaś stabilność finansową definiuje się jako cechę systemu, a nie jego stan obecny, to wówczas należałoby przyjąć, że cechą tego systemu jest również ryzyko systemowe (które w pewnych okolicznościach może być uznawane za warunek rozwoju i innowacji). Ważniejsze jest jednak to, że w takim układzie omawiane cechy mogą być traktowane jako substytuty ze względu na tożsamy zakres przyporządkowania do określania właściwości systemu finansowego.

⁴ Kryzysy finansowe nigdy dotąd nie stanowiły takiego zagrożenia dla stabilności systemu finansowego jak obecnie. W rozważaniach na ich temat nie można jednak pominąć tego, że występowanie recesji na rynku ma wymiar zarówno negatywny, jak i pozytywny. Pozytywne skutki kryzysów finansowych prowadzą do zastanowienia i są bodźcem do zmian. Poza stratami finansowymi i spadkiem zaufania do rynku finansowego kryzysy stają się bowiem punktem wyjścia do reorganizacji zastanych rozwiązań, w tym również strukturalnych, panujących na rynkach finansowych. Można nawet stwierdzić, że przez pełnienie funkcji mobilizującej decydentów kryzys przyczynia się do narodzin prawa rynku finansowego, ponieważ dzięki nim wprowadzane są zmiany systemowe, których realizacja często bywała odkładana w czasie.

a jedną z istotnych przyczyn tego stanu rzeczy był brak adekwatności struktur nadzorczych, opartych na modelach krajowych, do stopnia integracji rynków finansowych w Unii Europejskiej i dużej liczby podmiotów działających transgranicznie⁵. W wyniku tego instytucje nadzoru zbyt fragmentarycznie (lokalnie, zamiast globalnie) oceniały nierównowagę gospodarczą – zabrakło perspektywy systemowej, całościowego ujęcia ryzyka⁶.

W 2011 r. Unia Europejska powołała odrębny podmiot odpowiedzialny za nadzór makroostrożnościowy nad jej systemem finansowym⁷, który identyfikuje zagrożenia dla stabilności finansowej, a w razie konieczności wydaje ostrzeżenia przed ryzykiem i/lub zalecenia w sprawie działań mających na celu przeciwdziałanie tym zagrożeniom. Tym podmiotem jest Europejska Rada ds. Ryzyka Systemowego (ERRS), która funkcjonuje w Europejskim Systemie Nadzoru Finansowego (ESNF) na podstawie rozporządzenia w sprawie wspólnotowego nadzoru makroostrożnościowego nad systemem finansowym i ustanowienia Europejskiej Rady ds. Ryzyka Systemowego⁸. Koncepcja funkcjonowania ERRS przewiduje, że jej działania opierają się na posiadanej reputacji, a przedstawiciele wysokiego szczebla, wchodzący w jej skład, mają wpływać na decydentów i organy nadzoru dzięki swojemu autorytetowi⁹. Z analizy po-

⁵ Zasada „jednolity rynek finansowy – jednolity nadzór” (dalej też: jednolita sieć bezpieczeństwa finansowego) nie miała wówczas zastosowania, a to głównie za sprawą tego, że operatywność sieci krajowych nadzorów nie została do 2008 r. podważona.

⁶ Szeroko na temat polityki makroostrożnościowej i ryzyka systemowego zob.: P. Szpunar, *Rola polityki makroostrożnościowej w zapobieganiu kryzysom finansowym*, „Materiały i Studia” 2012, z. 278, oraz A. Ostalecka, *Ryzyko systemowe i jego ograniczanie. Rola nadzoru makroostrożnościowego*, „Studia Ekonomiczne. Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego w Katowicach” 2012, s. 302–308 [*Finanse w niestabilnym otoczeniu – dylematy i wyzwania. Bankowość*, H. Zadora, G. Łukasik (red.)].

⁷ Istotne wydaje się poczynienie w tym miejscu uwagi, że kwestia podziału na nadzór makro- i mikroostrożnościowy była dyskutowana w literaturze przedmiotu już na początku minionego dziesięciolecia. Niemniej postulowany wówczas podział dotyczył wyłącznie sektora bankowego i jako taki ograniczał się do instytucji (oraz ich otoczenia) działających w tym obszarze. Obecnie zaś nie budzi wątpliwości fakt, że nadzorowi makroostrożnościowemu należy poddać cały system finansowy, tj. bez wyodrębnienia instytucjonalnego i sektorowego, zwłaszcza że źródła kryzysów finansowych mają zarówno charakter endogeniczny, jak i egzogeniczny w stosunku do tego systemu.

⁸ Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady nr 1092/2010/UE z 24 listopada 2010 r., Dz.Urz. UE L 331 z 15 grudnia 2010 r. (dalej: rozporządzenie nr 1092/2010).

⁹ Ochrona stabilności finansowej jest podstawowym obowiązkiem banków centralnych, stąd skład Rady tworzą (z prawem głosu) prezesi wszystkich 28 krajowych banków centralnych państw członkowskich UE, prezes i wiceprezes Europejskiego Banku Centralnego, członek Komisji Europejskiej oraz trzech przewodniczących nowych

wyższego można wyciągnąć kilka podstawowych wniosków, ale najważniejsze z nich są następujące: rola Europejskiego Banku Centralnego (EBC) w zakresie funkcjonowania ERRS jako nadzorcy makroostrożnościowego jest znacząca i przesądza o jej funkcjonowaniu; polityka makroostrożnościowa EBC pozostaje w związku z jego polityką mikroostrożnościową i polityką pieniężną, a tym samym niemożliwe jest już uniezależnianie celu inflacyjnego EBC od celu nadzoru bankowego; EBC rozpoczyna pełnić funkcje, które niegdyś immanentnie związane były z działalnością tradycyjnej bankowości centralnej i jako taki ponownie staje się najważniejszym elementem sieci bezpieczeństwa finansowego.

Powstanie Europejskiej Rady ds. Ryzyka Systemowego niewątpliwie jest istotnym krokiem na drodze do budowy struktury nadzoru makroostrożnościowego w UE, ale nie krokiem ostatnim. Raport grupy de Larosière'a¹⁰ zalecał bowiem podjęcie działań zapewniających zachowanie stabilności, zarówno na poziomie europejskim, jak i krajowym. W obecnych uwarunkowaniach, przy wysokim stopniu innowacyjności oraz integracji rynków i systemów finansowych, granica między tym, co globalne albo unijne, a tym, co lokalne, uległa wszakże daleko idącemu zatarciu. Cykle gospodarcze w poszczególnych państwach członkowskich często się nie pokrywają, a struktura gospodarki i stopień rozwoju niekiedy bardzo się różnią. Z tego powodu odpowiedzią na zidentyfikowane zagrożenie w jednym z państw nie może być stosowanie takich samych narzędzi i w takim samym stopniu w całej Unii.

Wprowadzenie rozwiązań w zakresie nadzoru makroostrożnościowego nad krajowym systemem finansowym ma szczególne znaczenie także dla wzmocnienia stabilności polskiego systemu finansowego, prowadzi bowiem do ogra-

---

Europejskich Urzędów Nadzoru. Bez prawa głosu członkami Zarządu Głównego są: jeden przedstawiciel wysokiego szczebla reprezentujący właściwy krajowy organ nadzoru (mogący się zmieniać w zależności od dyskutowanych kwestii nadzorczych odrębnych sektorowo) oraz przewodniczący Komitetu Ekonomiczno-Finansowego.

¹⁰ *Report of The High Level Group of Financial Supervision in the UE*, Bruksela 2009, http://ec.europa.eu/internal_market/finances/docs/de_larosiere_report_en.pdf. Raport de Larosière'a został opublikowany 25 lutego 2009 r., a w marcu 2009 r. Komisja Europejska zaprezentowała jego ustalenia na spotkaniu Rady Europejskiej. Raport zawierał diagnozę sytuacji, w której m.in. uznano za nieadekwatny istniejący system regulacji działalności szeroko pojętego sektora finansowego oraz wskazano na niesprawny system nadzoru. Zawarto w nim 66 rekomendacji (technicznie było to 31 „zaleceń”) dotyczących następujących kwestii: 1) przyczyn kryzysu finansowego, 2) propozycji reform w zakresie polityki i regulacji dotyczących unijnego rynku finansowego, 3) naprawy nadzoru finansowego w Unii Europejskiej oraz 4) propozycji reform w skali globalnej. Szczególnie interesujące były wnioski skuteczności nadzoru nad bankami, funduszami *private equity* oraz agencjami ratingowymi, jak również wnioski w zakresie nadzoru makroostrożnościowego i mikroostrożnościowego.

niczenia ryzyka systemowego. Nie jest to jednak zadanie łatwe, ponieważ solidne ramy strategiczne polityki makroostrożnościowej muszą funkcjonować równolegle z nadzorem mikroostrożnościowym, uwzględniać specyfikę każdego z sektorów rynku finansowego, do których mają być kierowane instrumenty nadzoru makroostrożnościowego, a także prowadzić do skutecznego wzmocnienia bezpieczeństwa krajowego systemu finansowego. Istotne jest także to, że omawiane zmiany w architekturze sieci bezpieczeństwa finansowego powinny nadawać główną rolę w nadzorze makroostrożnościowym narodowym bankom centralnym, a to – przynajmniej w Polsce – stanowi poważną barierę dla osiągnięcia wiążącego porozumienia w tym zakresie.

Proces legislacyjny dotyczący powierzenia mandatu polityki makroostrożnościowej właściwemu organowi nadzoru w Polsce trwa od maja 2013 r. Nie osiągnięto dotychczas konsensusu co do ostatecznych ram prawnych krajowego nadzoru systemowego, który jest niezbędnym elementem nowej instytucjonalnej architektury nadzoru finansowego w Unii Europejskiej. Z powyższych względów, istotą niniejszego opracowania jest przybliżenie założeń dwóch projektów ustawy o nadzorze makroostrożnościowym nad krajowym systemem finansowym, przedstawionych przez Ministerstwo Finansów, które stanowią obszar szczególnej krytyki wszystkich instytucji należących do sieci bezpieczeństwa finansowego w Polsce.

Dla realizacji zasadniczego celu opracowania właściwe merytorycznie jest wyodrębnienie w jego części zasadniczej punktów dotyczących – odpowiednio – europejskiego nadzoru makroostrożnościowego oraz krajowego nadzoru makroostrożnościowego, w kształcie zaproponowanym w projektach stosownej ustawy z 29 maja 2013 r. i 3 stycznia 2014 r.

Unijne ramy prawne nadzoru makroostrożnościowego

Europejska Rada ds. Ryzyka Systemowego, przyczyniając się do sprawnego funkcjonowania rynku wewnętrznego, a tym samym zapewniając trwały wkład sektora finansowego we wzrost gospodarczy¹¹, zapewnia istotną lukę regulacyj-

¹¹ Istnieje pozytywny związek między prawidłowo funkcjonującym i rozwiniętym systemem finansowym a wzrostem gospodarczym. Stabilny i rozwinięty system finansowy, w tym infrastruktura prawna i instytucjonalna, jest bowiem warunkiem wzrostu gospodarczego oraz poprawy dobrobytu społecznego. Znaczenie systemu finansowego dla funkcjonowania gospodarki i życia społecznego jest najwyraźniej widoczne przez pryzmat kosztów, jakie powstają, gdy dochodzi do kryzysu w systemie finansowym i w konsekwencji przestaje on pełnić swoje funkcje prawidłowo. Konsekwencje kryzysu finansowego ponoszą nie tylko uczestnicy rynku, ale także podatnicy, którzy muszą finansować wydatki publiczne związane z rozwiązywaniem materialnych skutków kryzysów.

ną, polegającą na braku nadzoru o charakterze systemowym¹², która została zidentyfikowana w raporcie grupy de Larosièrè'a. Nowy nadzór systemowy nie tylko bowiem identyfikuje i analizuje nierównowagę gospodarczą, ale też ogranicza ryzyko zagrażające stabilności systemu finansowego jako całości¹³.

Głównym zadaniem Europejskiej Rady ds. Ryzyka Systemowego jest efektywne monitorowanie ryzyka systemowego¹⁴, a więc ocena stabilności systemu finansowego Unii Europejskiej w kontekście rozwoju sytuacji makroekonomicznej oraz ogólnych tendencji na rynkach finansowych. W szczególności zadania te obejmują: zbieranie wszelkich informacji istotnych i niezbędnych dla przeciwdziałania ryzyku systemowemu, identyfikację, monitorowanie i ocenę zagrożeń dla stabilności finansowej na poziomie sektorowym i w skali całego systemu finansowego Unii Europejskiej, szeregowanie ryzyka systemowego pod względem ważności, pomiar i monitorowanie ryzyka systemowego w celu zapobiegania i łagodzenia skutków jego materializacji oraz przyczynianie się do wzmacniania odporności systemu finansowego, określanie strategii działania służącej ograniczaniu wystąpienia danego typu ryzyka, zapewnianie systemu wczesnego ostrzegania, ocenę skutków zaleceń nadzorczych z poziomu mikro na rozwój sytuacji makroekonomicznej, przyczynianie się do realizacji zaleceń wydawanych m.in. przez Międzynarodowy Fundusz Walutowy (MFW) czy G20¹⁵. Rada realizuje te cele przez wydawanie ostrzeżeń (w sytuacjach uznania ryzyka systemowego za znaczne) i zaleceń (w sprawie działań zaradczych w odniesieniu do zidentyfikowanego ryzyka) wraz z monitorowaniem ich zastosowania, prowadzenie konsultacji z różnymi interesariuszami.

Dotychczas Europejska Rada ds. Ryzyka Systemowego wydała sześć zaleceń, spośród których najważniejszymi dla budowy krajowej sieci bezpieczeństwa finansowego są:

¹² Wprowadzenie nadzoru systemowego jest konsekwencją nowego, systemowego ujęcia rynku finansowego, którego istotą jest traktowanie stabilności systemu finansowego jako całości, w ramach której stabilność poszczególnych instytucji finansowych oraz ochronę konsumenta należy ujmować jako zbiory elementów powiązanych w całość.

¹³ System finansowy oznacza tutaj wszystkie instytucje finansowe, rynki, produkty oraz infrastruktury rynkowe.

¹⁴ W rozporządzeniu nr 1092/2010 „ryzyko systemowe” zdefiniowane jest jako ryzyko zakłócenia systemu finansowego, które może wywołać poważne negatywne skutki dla rynku wewnętrznego i dla realnej gospodarki. W przyjętym znaczeniu wszystkie rodzaje pośredników finansowych, rynków i infrastruktury mogą w pewnym stopniu mieć potencjalne znaczenie systemowe.

¹⁵ Szerzej o celach polityki makroostrożnościowej zob. P. Bańbuła, *Polityka makroostrożnościowa: przesłanki, cele, instrumenty i wyzwania*, „Materiały i Studia NBP” 2013, z. 298.

- zalecenie z 22 grudnia 2011 r. w sprawie mandatu makroostrożnościowego organów krajowych, skierowane do państw członkowskich (ERRS/2011/3, Dz.Urz. UE C 41 z 14 lutego 2012 r.) oraz
- zalecenie z 4 kwietnia 2013 r. (stanowiące kontynuację wyżej wymienionych rekomendacji) w sprawie celów pośrednich i instrumentów polityki makroostrożnościowej, skierowane do krajowych organów makroostrożnościowych i Komisji (ERRS/2013/1, Dz.Urz. UE C 170 z 15 czerwca 2013 r.)¹⁶.

Oba zalecenia nakładają na państwa członkowskie obowiązek wskazania albo powołania instytucji odpowiedzialnej za politykę makroostrożnościową, realizującej cel główny, jakim jest „przyczynianie się do ochrony stabilności systemu finansowego jako całości”¹⁷, oraz cele pośrednie „służące jako operacyjne uszczegółowienie celu ostatecznego”¹⁸, posiadającej zdefiniowaną strategię polityki makroostrożnościowej, upoważnionej do współpracy i wymiany informacji z organami mającymi istotny wpływ na stabilność finansową oraz dysponującej odpowiednimi instrumentami makroostrożnościowymi.

Europejska Rada ds. Ryzyka Systemowego zaleciła więc, żeby państwa członkowskie UE desygnowały niezależne oraz odpowiedzialne organy makroostrożnościowe, które przyczyniałyby się do zapewnienia stabilności systemu finansowego jako całości. Przyjmuje się, że takimi organami powinny zostać banki centralne państw członkowskich¹⁹. Niewątpliwie powierzenie bankom centralnym uprawnień w zakresie prowadzenia polityki makroostrożnościowej gwarantuje na poziomie lokalnym spójność ze strukturą ERRS, w której przedstawiciele banków centralnych mają decydujący głos. Powierzenie bankowi centralnemu kluczowej roli nie musi być jednak równoznaczne z uzyskaniem przez niego wyłącznego mandatu makroostrożnościowego. Jednym ze skutecznych rozwiązań może być także powierzenie funkcji makroostrożnościowych powołanemu specjalnie w tym celu ciału kolegialnemu²⁰. Ważne jest jednak, aby zapewniona była w nim istotna rola banku centralnego.

¹⁶ Wszystkie zalecenia ERRS są publikowane na oficjalnej stronie internetowej Rady: <http://www.esrb.europa.eu/pub/recommendations/html/index.en.html>.

¹⁷ Tak w dziale 1 zalecenia ERRS z 22 grudnia 2011 r.

¹⁸ Tak w sekcji 1 zalecenia ERRS z 4 kwietnia 2013 r.

¹⁹ Z dotychczasowych doświadczeń państw członkowskich UE wynika, że mandat w zakresie prowadzenia lokalnej polityki makroostrożnościowej co do zasady powierzono bankom centralnym (m.in. w Belgii, Czechach, Grecji, Irlandii, Holandii, Malcie, na Litwie i Węgrzech).

²⁰ Na organizację polityki makroostrożnościowej w organie kolegialnym zdecydowały się m.in. Dania, Francja, Niemcy, Słowenia, Szwecja, Rumunia i Wielka Brytania, aczkolwiek spośród tych krajów tylko w Niemczech podstawowej roli w nadzorze systemowym nie pełni bank centralny.

Ponadto obowiązek utworzenia wyznaczonego organu odpowiedzialnego za podejmowanie działań niezbędnych do zapobiegania ryzyku systemowemu i ryzyku makroostrożnościowemu na poziomie krajowym wynika z jednolitych regulacji ostrożnościowych dla banków (*single rulebook*) bazujących na rozwiązaniach prawnych pakietu regulacyjnego CRD IV/CRR²¹, na który składa się dyrektywa CRD IV (*Capital Requirements Directive IV*)²² i rozporządzenie CRR (*Capital Requirements Regulation*)²³. W żadnym z tych aktów nie zdefiniowano wprawdzie „wyznaczonego organu”, jednak występuje wyraźne rozróżnienie między „właściwym organem”²⁴ a „wyznaczonym organem”, temu ostatniemu przyporządkowując realizację pośrednich celów polityki makroostrożnościowej przez stosowanie takich instrumentów, jak: ustalanie wskaźników bufora antycyklicznego (art. 136 dyrektywy CRD IV) czy sporządzanie ocen zmian w natężeniu ryzyka makroostrożnościowego lub systemowego w systemie finansowym, które może mieć poważne negatywne skutki dla systemu finansowego i gospodarki realnej w danym państwie członkowskim (art. 458 i następne rozporządzenia CRR).

²¹ Na mocy zmian regulacyjnych wprowadza się do europejskiego porządku prawnego nowe globalne normy regulacyjne dotyczące adekwatności kapitałowej banków, wydane w grudniu 2010 r. przez Bazylejski Komitet Nadzoru Bankowego (tzw. *Basel III*), oraz proponowane zmiany w obszarze gwarantowania depozytów i zarządzania kryzysowego.

²² Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2013/36/UE z 26 czerwca 2013 r. w sprawie warunków dopuszczenia instytucji kredytowych do działalności oraz nadzoru ostrożnościowego nad instytucjami kredytowymi i firmami inwestycyjnymi, zmieniająca dyrektywę 2002/87/WE i uchylająca dyrektywy 2006/48/WE oraz 2006/49/WE, Dz.Urz. UE L 176 z 27 czerwca 2013 r. Zgodnie z zapisami nowej dyrektywy, która weszła w życie 17 lipca 2013 r., państwa członkowskie UE powinny były dokonać jej transpozycji do 31 grudnia 2013 r., przyjmując i publikując przepisy ustawowe, wykonawcze i administracyjne niezbędne do wykonania dyrektywy. Państwa członkowskie mają obowiązek stosowania przepisów nowej dyrektywy od 1 stycznia 2014 r.

²³ Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady nr 575/2013/UE z 26 czerwca 2013 r. w sprawie wymogów ostrożnościowych dla instytucji kredytowych i firm inwestycyjnych, zmieniające rozporządzenie nr 648/2012/UE, Dz.Urz. UE L 176 z 27 czerwca 2013 r. Nowe rozporządzenie weszło w życie 28 czerwca 2013 r. i ma zastosowanie od 1 stycznia 2014 r.

²⁴ Organem właściwym, zgodnie z definicją zawartą w art. 3 pkt 40 rozporządzenia CRR, jest organ lub podmiot publiczny oficjalnie uznany, który na podstawie tego prawa jest upoważniony do sprawowania nadzoru nad instytucjami, w systemie nadzorczym funkcjonującym w danym państwie członkowskim. Takim organem na gruncie prawa polskiego jest Komisja Nadzoru Finansowego.

Dyskusje wokół projektu ustawy o nadzorze makroostrożnościowym nad krajowym systemem finansowym z 29 maja 2013 r.

Zalecenia Europejskiej Rady ds. Ryzyka Systemowego w sprawie powołania na poziomie krajowym organów nadzoru makroostrożnościowego, wyposażonego w odpowiednie instrumentarium, powinny zostać wprowadzone do porządków prawnych państw członkowskich do 1 lipca 2013 r. Stąd też 29 maja 2013 r. Ministerstwo Finansów przedstawiło główne założenia projektu ustawy o nadzorze makroostrożnościowym nad krajowym systemem finansowym, ustanawiającej na gruncie prawa polskiego formalne ramy polityki makroostrożnościowej²⁵. W uzasadnieniu projektu wskazano, że Polska skorzystała ze wsparcia merytorycznego oraz doświadczeń Międzynarodowego Funduszu Walutowego i innych państw członkowskich, dzięki którym zaproponowano wprowadzenie do prawa polskiego formalnych ram organizacji polityki makroostrożnościowej i powołanie Rady ds. Ryzyka Systemowego jako organu odpowiedzialnego za nadzór makroostrożnościowy nad systemem finansowym. W ocenie projektodawcy w wyniku nowych rozwiązań wzmocniona zostanie stabilność systemu finansowego, a prawdopodobieństwo wystąpienia kryzysu finansowego ograniczone.

Zasadnicze ramy koncepcyjne projektowanej ustawy przewidywały, że nadzór makroostrożnościowy nad systemem finansowym w Polsce będzie sprawowany przez organ kolegialny, tj. Radę ds. Ryzyka Systemowego w następującym składzie: Prezes Narodowego Banku Polskiego (jako przewodniczący), Minister Finansów (jako zastępca przewodniczącego), członek zarządu NBP (jako zastępca przewodniczącego), Przewodniczący Komisji Nadzoru Finansowego, Prezes Zarządu Bankowego Funduszu Gwarancyjnego, przedstawiciel Ministra Finansów oraz przedstawiciel Prezesa Rady Ministrów. Planowano, że posiedzenia Rady będą się odbywać nie rzadziej niż raz na sześć miesięcy, uchwały Rady będą zaś podejmowane większością głosów przy obecności co najmniej pięciu jej członków, w tym przewodniczącego. Zaproponowano, aby do zadań Rady należały w szczególności: identyfikacja, monitorowanie i ograniczanie ryzyka systemowego, stosowanie instrumentów nadzoru makroostrożnościowego przez wydawanie opinii oraz kierowanie ostrzeżeń i zaleceń do właściwych podmiotów, monitorowanie działań następczych w związku z wydanymi zaleceniami, coroczne ustalanie listy systemowo ważnych instytucji finansowych, współpraca z ERRS i innymi organami nadzoru oraz instytucjami międzynarodowymi. Tak określone cele nadzoru systemowego miały być realizowane

²⁵ O przebiegu procesu legislacyjnego nad projektem ustawy o nadzorze makroostrożnościowym nad systemem finansowym (projekt nr UD54) szczegółowo na stronie: <http://legislacja.rcl.gov.pl/lista/2/projekt/170282/katalog/170291>.

dzięki wykorzystaniu odpowiednich instrumentów nadzoru, a mianowicie: opinii, ostrzeżeń i zaleceń (rozumianych jako narzędzia makroostrożnościowe *sensu largo*) oraz antycyklicznego bufora kapitałowego i systemowego bufora kapitałowego (rozumianych jako narzędzia makroostrożnościowe *sensu stricto*). W projekcie autorsko zdefiniowano też takie pojęcia, jak: system finansowy, ryzyko systemowe czy instrument nadzoru makroostrożnościowego. Sam cel nadzoru makroostrożnościowego określono zaś szeroko, jako: *wzmacnianie stabilności systemu finansowego z wykorzystaniem instrumentów nadzoru makroostrożnościowego, a tym samym wspieranie zrównoważonego wzrostu gospodarczego*. Ponadto zaproponowano dokonanie zmian w obowiązujących regulacjach dotyczących instytucji wchodzących w skład krajowej sieci bezpieczeństwa finansowego, w tym też w ustawie z 29 sierpnia 1997 r. – Prawo bankowe (Dz.U. z 2012 r. poz. 1376, 1385 i 1529) przez uchylenie pkt 5 w ust. 1 art. 137²⁶.

Projekt z 29 maja 2013 r., liczący sześć rozdziałów (26 artykułów), wraz z krótkim (pięciostronicowym) uzasadnieniem został poddany konsultacjom zewnętrznym i międzyresortowym, podczas których zgłoszono wiele uwag o charakterze ogólnym i szczegółowym²⁷. Najpoważniejsze zastrzeżenia do projektu przedstawiła Komisja Nadzoru Finansowego, która w piśmie z 2 sierpnia 2013 r. (nr DPP/SSL/024/15/3/13/SP)²⁸ w pierwszej kolejności zarzuciła, że w rozwiązaniach dotyczących nadzoru makroostrożnościowego w polskim systemie prawa nie uwzględniono podstawowych aktów prawa UE oraz pominięto wiele zasad, zgodnie z którymi należało przygotować projektowany akt. W uwagach ogólnych KNF podkreśliła, że poszczególne rozwiązania zawarte

²⁶ Na jego podstawie Komisji Nadzoru Finansowego przyznano uprawnienie do wydawania rekomendacji dotyczących dobrych praktyk ostrożnego i stabilnego zarządzania bankami.

²⁷ Uwagi zgłosili m.in.: Narodowy Bank Polski w piśmie z 6 sierpnia 2013 r., Prezes RM w piśmie z 12 czerwca 2013 r., Bankowy Fundusz Gwarancyjny w piśmie z 5 sierpnia 2013 r., Prezes GUS w piśmie z 1 sierpnia 2013 r., Kasa Krajowa SKOK w piśmie z 2 sierpnia 2013 r., Minister Spraw Zagranicznych w piśmie z 25 lipca 2013 r., Izba Gospodarcza TE w piśmie z 1 sierpnia 2013 r., Rządowe Centrum Legislacji w piśmie z 2 sierpnia 2013 r., Związek Banków Polskich w piśmie z 30 lipca 2013 r., Minister Gospodarki w piśmie z 6 sierpnia 2013 r., Generalny Inspektor Ochrony Danych Osobowych w piśmie z 8 sierpnia 2013 r. We wrześniu 2013 r. Ministerstwo Finansów sporządziło tabelaryczne zestawienie uwag międzyresortowych do omawianego projektu ustawy, które pogrupowano tematycznie. W zestawieniu wyodrębniono 78 uwag, przytaczając ich główne treści.

²⁸ Na potrzeby niniejszego artykułu szczegółowo przedstawiono jedynie uwagi zgłoszone przez Komisję Nadzoru Finansowego, ponieważ kompleksowo odnosiły się one do wszystkich przepisów projektowanej ustawy i, co do zasady, w całości zostały uwzględnione w drugim projekcie omawianej ustawy.

w projekcie odnoszą się wyłącznie do realiów rynku bankowego i wydają się całkowicie abstrahować od specyfiki pozostałych sektorów rynku finansowego, w tym rynku ubezpieczeniowego i emerytalnego. W tym kontekście Komisja powołała się m.in. na definicję antycyklicznego bufora kapitałowego czy skład nowej Rady.

W uwagach szczegółowych organ nadzoru zakwestionował przede wszystkim zastosowaną metodologię definiowania terminów używanych w projekcie, stwierdzając, że wyjaśniane tam pojęcia są nieprecyzyjne i wykorzystuje się do ich definicji terminy równie niejasne i niedokładne, co w konsekwencji prowadzi do popełnienia błędu *ignotum per ignotum*. Uwagi te Komisja w pierwszej kolejności odniosła do definicji „systemu finansowego”, która w jej ocenie kreuje polski organ nadzoru makroostrożnościowego jako obejmujący zakresem swego działania wszystkie instytucje finansowe działające na terenie Unii Europejskiej. W dalszym rzędzie podała w wątpliwość poprawność określenia „właściwe podmioty”, gdzie obok „podmiotów systemu finansowego” – niesłusznie – wskazano na Bankowy Fundusz Gwarancyjny oraz Komisję Nadzoru Finansowego, ale z pominięciem już Ministra Finansów. Zwłaszcza przytoczone pominięcie ma szczególnie negatywne konsekwencje, biorąc pod uwagę regulacje zawarte w rozdziale 4 projektu, w ramach których możliwe jest kierowanie zaleceń tylko do „właściwych podmiotów” (a więc z wyłączeniem z grupy ich adresatów Ministra Finansów). Komisja zwróciła też uwagę na obciążoną błędem logicznym definicję „instrumentu nadzoru makroostrożnościowego”, który jej zdaniem służyć powinien do monitorowania i ograniczania już zidentyfikowanego ryzyka systemowego, a nie do identyfikacji tego ryzyka. Ostatecznie wywiodła jednak, że wyjaśnianie tego terminu w ogóle wydaje się zbędne, gdyż określa je systemowo treść rozdziału 4. Co do zadań Rady ds. Ryzyka Systemowego KNF wskazała, że nie obejmują one wszystkich zadań wynikających wprost z treści zalecenia ERRS z 22 grudnia 2011 r., a te, które zostały ujęte w projekcie, określono w sposób niewłaściwy. Wyliczyła bowiem, że w proponowanym akcie pominięto zadanie implementacji polityk zmierzających do osiągnięcia celów tego organu przez zapobieganie ryzyku zagrażającemu stabilności finansowej i ograniczanie ich skutków, jak też nie określono właściwości Rady w zakresie pomiaru lub szacowania ryzyka oraz nakładania buforów. Niewłaściwie określone zadania – jej zdaniem – dotyczą zaś corocznego ustalania listy systemowo ważnych instytucji finansowych, o których mowa w przepisach dyrektywy CRD IV, oraz współpracy z instytucjami międzynarodowymi, obok których nie wymieniono tych, które wchodziły w skład krajowej sieci bezpieczeństwa finansowego. Komisja zakwestionowała też proponowany skład Rady, który jej zdaniem zbliżony jest do składu polskiego organu nadzoru i w tym stanie rzeczy trudno się spodziewać, by prezentowane tam poglądy makroostrożnościowe były inne, niż te wyrażane na posiedzeniach organu nadzoru mikroostrożnościowego. Uznała, że z unormo-

wań projektowanej ustawy nie wynika wiodąca rola banku centralnego w nadzorze makroostrożnościowym oraz polityce makroostrożnościowej (podniosły to także w swoich uwagach NBP i inne instytucje opiniujące), stwierdzając nawet, iż proponowane rozwiązania zagrażają autonomii Rady jako niezależnego ośrodka analityczno-recenzującego, umniejszając tym samym rolę Narodowego Banku Polskiego. Komisja Nadzoru Finansowego stwierdziła ponadto, że: częstotliwość spotkań Rady jest zbyt mała, nie ma potrzeby, aby jej przewodniczący wyrażał zgodę na złożenie wniosku o zwołanie posiedzenia, a możliwość wydawania opinii, ostrzeżeń i zaleceń powinna wynikać z uprawnienia Rady do podejmowania uchwał. Wskazała również, że w projekcie nie uwzględniono treści zalecenia ERRS z 4 kwietnia 2013 r., gdzie nie tylko przedstawiono orientacyjną listę instrumentów makroostrożnościowych, ale też podano przykłady ich zastosowania w sytuacji zaburzenia funkcjonowania rynku. Zupełnie pominięto, zdaniem KNF, regulacje zawarte w pakiecie CRD IV/CRR, w którym wyodrębniono przecież „wyznaczony organ” jako właściwy do sprawowania nadzoru makro nad krajowym systemem finansowym. Komisja kilkakrotnie w swoich uwagach zwracała uwagę na brak ujednolicenia terminologii stosowanej w projekcie z pakietem regulacyjnym CRD IV/CRR, w tym też na niewłaściwą kwalifikację uchwał Rady w sprawie antycyklicznego bufora do kategorii niewiążących zaleceń, ogłaszanych w drodze obwieszczenia w „Monitorze Polskim”, oraz niejasny podział kompetencji między KNF a Radą.

Istotną zmianą, która miała być wprowadzona przez unormowania komentowanej regulacji, było pozbawienie Komisji Nadzoru Finansowego możliwości wydawania rekomendacji dotyczących dobrych praktyk ostrożnego i stabilnego zarządzania bankami. Należy w tym miejscu podkreślić, że wszystkie instytucje opiniujące omawiany projekt negatywnie oceniły, nie tylko pomysł zakazania KNF wydawania rekomendacji, ale też sposób, w jaki ustawodawca zamierzał tego dokonać (w ramach przepisów zmieniających inne akty prawne, a nie wprost jako zmiany w ustawie – Prawo bankowe, co zostało szczególnie wytknięte pomysłodawcy projektu). Podkreślono przy tym niezwykle ważną rolę rekomendacji w procesie regulacji działalności bankowej²⁹.

Uwag zgłoszonych do projektu ustawy o nadzorze makroostrożnościowym nad systemem finansowym z 29 maja 2013 r. było tak wiele, że Ministerstwo Finansów zamiast odnieść się do ich treści sporządziło jedynie tabelaryczne zestawienie poczynionych przez różne instytucje zastrzeżeń, którego analiza

²⁹ Zwyczajowa, opisowa nazwa rekomendacji oraz brzmienie przepisów ustawy – Prawo bankowe wydają się wskazywać, że są one tylko sugestią, a nie twardą regulacją. Jednakże w myśl obecnie obowiązującej wykładni Komisji Nadzoru Finansowego byłaby to interpretacja znacznie odbiegająca od rzeczywistego stanu. Ostatnie rekomendacje organ nadzoru definitywnie wprowadził w życie jako *de facto* obowiązujące banki normy, choć z formalnym zastrzeżeniem, że nie stanowią one przepisów prawnych i nie mają mocy wiążącej.

miała być asumptem do dyskusji 4 października 2013 r.³⁰. Konferencja uzgodnieniowa 4 października 2013 r. jednak się nie odbyła³¹, a to zapewne za sprawą pisma Prezesa Narodowego Banku Polskiego z 1 października 2013 r. (nr DSF-WAO-MR-502/31/2013). W jego treści Prezes NBP oświadczył bowiem, że procedowanie nad projektem ustawy w ramach konferencji uzgodnieniowej nie powinno mieć miejsca bez uprzedniego rozstrzygnięcia na forum Komitetu Stabilności Finansowej podstawowych kwestii, zwłaszcza w sytuacji, gdy Minister Finansów nie zajął stanowiska w sprawie zakresu uwzględnionych uwag poszczególnych instytucji. Dlatego 30 października 2013 r. odbyło się posiedzenie Komitetu Stabilności Finansowej, na którym poczyniono przede wszystkim ustalenia z zakresu składu oraz kompetencji krajowej Rady ds. Ryzyka Systemowego w świetle zaleceń ERRS oraz zapisów pakietu regulacyjnego CRD IV/CRR. W wyniku tego 8 listopada 2013 r. Minister Finansów wyznaczył nowy termin konferencji uzgodnieniowej, która z sukcesem obradowała 19 listopada 2013 r.

W efekcie poczynionych kilkumiesięcznych uzgodnień międzyresortowych Ministerstwo Finansów 3 stycznia 2014 r. przedstawiło zmieniony projekt ustawy o nadzorze makroostrożnościowym nad krajowym systemem finansowym. Drugi projekt został zaopiniowany przez Ministra Spraw Zagranicznych jako zgodny z prawem Unii Europejskiej³². Nie wszystkie jeszcze³³ instytucje zgłosiły do niego uwagi, ale już teraz można stwierdzić, że druga wersja projektu (a w zasadzie poprawniejsza będzie określenie „zupełnie nowa wersja”) nie budzi już takich kontrowersji i jest zdecydowanie bardziej poprawna, chociażby dlatego, że uwzględnia materię rozwiązań przyjętych na poziomie Unii Europejskiej.

Zmiany wprowadzone w drugim projekcie ustawy o nadzorze makroostrożnościowym nad krajowym systemem finansowym z 3 stycznia 2014 r.

W nowym projekcie ustawy co do zasady uwzględniono wszystkie uwagi zgłoszone przez Komisję Nadzoru Finansowego, aczkolwiek należy w tym miejscu podkreślić, że podobne zastrzeżenia (choć nie ujęte w tak komplek-

³⁰ Zaproszenie Ministra Finansów z 18 września 2013 r., pismo nr FN-2/0310/4-17/AEP/2012/2013/815/95837/2013, <http://legislacja.rcl.gov.pl/lista/2/projekt/170282/katalog/170296>.

³¹ Pismo Ministra Finansów z 3 października 2013 r., nr FN-2/0310/4-19/AEP/12/13/RD-101779/2013, <http://legislacja.rcl.gov.pl/lista/2/projekt/170282/katalog/170296>.

³² Opinia z 13 stycznia 2013 r., nr DPUE.920.28.2014/3/mrz, <http://legislacja.rcl.gov.pl/lista/2/projekt/170282/katalog/170297>.

³³ Artykuł został oddany do redakcji 18 sierpnia 2014 r.

sowy sposób) były również podnoszone w uwagach innych instytucji opiniujących. I tak, w inicjatywie ustawodawczej z 3 stycznia 2014 r. w odmienny (wobec pierwowzoru) sposób przedstawiono ukształtowanie Rady ds. Ryzyka Systemowego, zasadniczo inaczej określono zakres narzędzi polityki makroostrożnościowej, a ponadto zrezygnowano z zakazu wydawania rekomendacji przez KNF.

Już w art. 2 projektu ustawy pojawiły się istotne zmiany definicyjne. Jedną z nich jest sposób określenia „systemu finansowego”, który tym razem zdefiniowano przez odesłanie wprost do art. 2 lit. b rozporządzenia w sprawie unijnego nadzoru makroostrożnościowego nad systemem finansowym i ustanowienia ERRS, rezygnując tym samym z rozszerzenia zakresu tego pojęcia na wszystkie instytucje finansowe funkcjonujące w UE. Inaczej wyjaśniono również pojęcie „ryzyka systemowego”, słusznie odnosząc się do pierwszej jego legalnej definicji zawartej w rozporządzeniu nr 1092/2010 oraz do możliwych źródeł jego powstania. Problematyce źródeł powstania ryzyka systemowego (zarówno wewnętrznego, jak i zewnętrznego) poświęcono liczne publikacje naukowe z zakresu prawa rynku finansowego³⁴ i na niektóre z nich – co zostało dostrzeżone przez Ministerstwo Finansów³⁵ – bezpośrednio powołano się właśnie w zaleceniu Europejskiej Rady ds. Ryzyka Systemowego z 4 kwietnia 2013 r. Bardzo ważną zmianą, którą należy pozytywnie ocenić, jest proponowany zakres „właściwych podmiotów” jako adresatów zaleceń krajowego organu nadzoru systemowego. Otóż nowe rozwiązanie nie różnicuje już podmiotów systemu finansowego i innych podmiotów, takich jak Bankowy Fundusz Gwarancyjny (BFG) czy Komisja Nadzoru Finansowego, tylko zbiorczo wymienia obok nich, ministra właściwego do spraw instytucji finansowych w zakresie regulacji systemu finansowego oraz Narodowy Bank Polski w zakresie działań mogących służyć ograniczeniu ryzyka systemowego. Podkreślenia w tym miejscu wymaga, że w pierwszym projekcie z 29 maja 2013 r. minister właściwy do spraw instytucji finansowych nie był uwzględniany ani w gronie „podmiotów właściwych”, ani też w zakresie pojęcia „podmioty systemu finansowego”. Ponadto w omawianym projekcie, zgodnie z uwagami KNF, zrezygnowano z definiowania takich

³⁴ Zob. m.in. M. Brunnermeier, A. Crockett, C. Goodhart, A. Persaud, H. Shin, *The Fundamental Principles of Financial Regulation*, „Geneva Report on the World Economy 11” 2009; G. Gorton, P. He, *Bank Credit Cycles*, „Review of Economic Studies” 2008, nr 75(4); *Bank of England, The Role of Macro-prudential Policy*, „A Discussion Paper” 2009; *Bank of England, Instruments of macroprudential policy*, „A Discussion Paper” 2011; V. Acharya, *A Theory of Systemic Risk and Design of Prudential Bank Regulation*, „Journal of Financial Stability” 2009, nr 5(3); S. Hanson, A. Kashyap, J. Stein, *A Macroprudential Approach to Financial Regulation*, American Economic Association, „Journal of Economic Perspectives” 2011, nr 25.

³⁵ Zob. uzasadnienie projektu omawianej ustawy z 3 stycznia 2014 r., część ogólna, s. 3.

instrumentów polityki makroostrożnościowej, jak: antycykliczny i systemowy bufor kapitałowy, a pojęciu „instrument makroostrożnościowy” nadano nowe znaczenie przez odesłanie do celu głównego, jaki ma zostać zrealizowany dzięki jego zastosowaniu, tj. do ograniczenia ryzyka systemowego. Dla potrzeb ustawy o nadzorze makroostrożnościowym nad systemem finansowym wyjaśniono też wiele innych pojęć, które nie pojawiły się w jej wcześniejszej wersji, w tym przede wszystkim wprost odwołano się do pojęć zastosowanych w rozporządzeniu Parlamentu Europejskiego i Rady nr 575/2013/UE z 26 czerwca 2013 r. Bardzo ważną zmianą zaproponowaną w projekcie z 3 stycznia 2014 r. jest też właściwe określenie celu nadzoru makroostrożnościowego, który dopiero teraz stanowi pożądane połączenie zarówno celów przypisanych Europejskiej Radzie ds. Ryzyka Systemowego rozporządzeniem nr 1092/2010, jak też innych celów zalecanych przez ERRS w aktach z 22 grudnia 2011 r. oraz 4 stycznia 2013 r. Owo połączenie stanowi wyraz uwzględnienia w krajowych regulacjach specyfiki polskiego systemu finansowego. Tym samym należy uznać, że Ministerstwo Finansów w końcu precyzyjnie odniosło się do treści obu podstawowych zaleceń ERRS, przenosząc na grunt lokalnego prawodawstwa proponowane unijne rozwiązania w tym zakresie. Tożsame uwagi można poczynić do nowego katalogu zadań, jakie zostały przypisane krajowej Radzie, która – co wymaga szczególnego podkreślenia – dopiero teraz została nazwana organem wyznaczonym do stosowania krajowych środków właściwych do zaradzenia stwierdzonemu ryzyku makroostrożnościowemu „w rozumieniu art. 458 rozporządzenia 575/2013”. W nowym projekcie zmienił się skład Rady – z siedmiu wcześniej proponowanych pozostawiono czterech jej członków, a mianowicie: Prezesa NBP, ministra właściwego do spraw instytucji finansowych, Przewodniczącego KNF i Prezesa Zarządu BFG. Jest to o tyle ważne, że dotychczas na siedmiu członków Rady aż trzech było członkami władzy wykonawczej (wchodziło w skład Rady Ministrów), a to z kolei oznaczało, iż rządowe rozwiązania mogły być skutecznie forsowane na jej forum. W pierwotnym projekcie uchwały Rady mogły być skutecznie podejmowane (zwykłą większością głosów) już przy obecności co najmniej pięciu członków. Wprawdzie w nowym projekcie ustawy pozostawiono większościowy sposób podejmowania uchwał, ale obecnie żadna z instytucji, ani tym bardziej rząd, nie ma przewagi liczbowej w składzie organu nadzoru makroostrożnościowego. Uwzględniając zastrzeżenia KNF (ale też NBP), zwiększono częstotliwość posiedzeń Rady, która obradować ma co najmniej raz na kwartał, oraz zrezygnowano z konieczności udzielenia zgody przez przewodniczącego Rady na możliwość złożenia wniosku o zwołanie posiedzenia przez każdego innego jej członka. Zgodnie z uwagami Komisji Nadzoru Finansowego precyzyjnie określono, że w ramach przyznanych kompetencji Rada podejmuje uchwały, w tym wydaje opinie, ostrzeżenia i zalecenia. Brak tego wyróżnienia dotychczas budził uzasadnione kontrowersje, zwłaszcza że z treści wcześniejszego projektu

ustawy nie wynikało, w jakiej formie Rada mogła wydawać opinie, ostrzeżenia i zalecenia. Równie ważne jest, że z rozdziału 4 projektu wykreślono w całości art. 18, którego unormowania dopuszczały możliwość publikowania zaleceń Rady w drodze obwieszczenia w „Monitorze Polskim”. Ta propozycja spotkała się bowiem z poważnym – i zasadnym – zarzutem o charakterze materialnym i formalnym. Co istotne, po rozdziale 4 zatytułowanym „Instrumenty nadzoru makroostrożnościowego” dodano sześć nowych rozdziałów, dotyczących – odpowiednio – bufora zabezpieczającego (rozdz. 5), specyficznego dla instytucji bufora antycyklicznego (rozdz. 6), bufora instytucji o znaczeniu systemowym (rozdz. 7), bufora ryzyka systemowego (rozdz. 8), ograniczenia dotyczącego wypłat z zysków (rozdz. 9) i planu ochrony kapitału (rozdz. 10). Ministerstwo Finansów uczyniło tym samym zadość uwagom i propozycjom zgłoszonym przez instytucje uczestniczące w uzgodnieniach międzyresortowych dotyczących braku uwzględnienia w pierwotnym projekcie jakichkolwiek instrumentów polityki makroostrożnościowej. Co ważne, określona w nowym projekcie lista instrumentów makroostrożnościowych odzwierciedla obecnie unormowania zawarte w pakiecie regulacyjnym CRD IV/CRR, a to oznacza, że projektowany akt nie jest już pozbawiony *meriti* zdefiniowanej na szczeblu europejskim polityki makroostrożnościowej, której przecież efektywność i skuteczność zależy od stworzenia odpowiedniego zestawienia takich instrumentów. Na zakończenie należy dodać, że w następstwie powszechnej krytyki pomysłu pozbawienia Komisji Nadzoru Finansowego wydawania rekomendacji w proponowanych zmianach do ustawy – Prawo bankowe zrezygnowano w całości z uchylenia (i jakiegokolwiek innej modyfikacji) pkt 5 ust. 1 art. 137.

Podsumowanie

Projekt ustawy o nadzorze makroostrożnościowym nad systemem finansowym z 3 stycznia 2014 r. z pewnością nie jest ostateczną wersją ram prawnych nadzoru makroostrożnościowego nad polskim systemem finansowym. Wiele uwag do niego już zostało zgłoszonych, natomiast kolejne są w trakcie przygotowywania (Komisja Nadzoru Finansowego dotychczas przedstawiła tylko część swoich zastrzeżeń). Będą one zapewne także przedmiotem dyskusji na forum Komitetu Stabilności Finansowej.

Niemniej należy pamiętać, że zalecenia Europejskiej Rady ds. Ryzyka Systemowego odnośnie do powołania krajowego organu nadzoru makroostrożnościowego Polska powinna była wykonać nie później niż do 1 lipca 2013 r., po to, by możliwie jak najszybciej właściwa instytucja mogła przyczyniać się do utrzymania stabilności systemu finansowego (krajowego i europejskiego) jako całości. Co ważne, większość państw członkowskich Unii Europejskiej powierzyło już prowadzenie polityki makroostrożnościowej odpowiednim organom

(zasadniczo są to krajowe banki centralne, które dysponują wiedzą ekspercką i spoczywają już na nich obowiązki w dziedzinie stabilności finansowej). Pomijając więc fakt, że Polska zmarginalizowała potrzebę zapewnienia spójności rozwiązań instytucjonalnych w tym zakresie (kierując się, najprawdopodobniej, możliwością uwzględnienia w określaniu zasad omawianej polityki specyfiki krajowej), niewątpliwie opóźnia proces kształtowania unijnych ram strategicznych polityki makroostrożnościowej. To z kolei oznacza, że nadal jedynym w pełni funkcjonalnym gwarantem stabilności finansowej w kraju pozostaje nadzór mikroostrożnościowy, który samodzielnie nie jest jednak w stanie zapewnić odpowiedniego wsparcia dla stabilnego wzrostu gospodarczego.

Nie jest kwestią dyskusyjną konieczność dalszego prowadzenia prac legislacyjnych, które pozwoliłyby na wskazanie w krajowym porządku prawnym organu odpowiedzialnego za nadzór makroostrożnościowy i określenia zasad jego funkcjonowania. Jak się bowiem okazało, pierwotny projekt przedstawiony przez Ministerstwo Finansów był niedopracowany, niekompletny i niespójny. Przede wszystkim jednak projekt z 29 maja 2013 r. był zupełnie oderwany od ówczesnych realiów regulacyjnych europejskiego rynku finansowego, ponieważ pomijał najistotniejsze akty prawa Unii Europejskiej dotyczące *stricte* polityki makroostrożnościowej. Dlatego ważne jest, aby prowadzone obecnie prace legislacyjne koncentrowały się przede wszystkim wokół celu głównego i celów pośrednich, dla realizacji których powołana zostanie krajowa Rada ds. Ryzyka Systemowego. Prace te nie mogą stanowić źródła konfliktów między nadzorem mikro- i makroostrożnościowym, albowiem utworzenie spójnego i efektywnego nadzoru mikro- i makroostrożnościowego ma priorytetowe znaczenie dla stworzenia skutecznej ochrony jednolitego rynku finansowego UE.

Należy również pamiętać, że wciąż ważną cechą współczesności jest narastanie asymetrii między szybko postępującymi zmianami a zdolnością do uświadamiania sobie tych zmian i umiejętnością odpowiedniego dostosowania się do nich. Bariera kulturowa utrudnia zrozumienie i przystosowanie do przemian, które obecnie charakteryzują się gwałtownością i nieregularnością, a przez to stają się nieprzewidywalne. Może wszakże niedługo okazać się, iż proponowane obecnie idee i podejmowane decyzje dotyczące ram regulacyjnych krajowego organu nadzoru makroostrożnościowego staną się nieaktualne, bo zmienią się warunki, które były podstawą ich podjęcia. Z tych względów autorka proponuje, aby nadzór makroostrożnościowy nad krajowym systemem finansowym ostatecznie powierzyć Narodowemu Bankowi Polski, co wyeliminuje konieczność powołania kolejnej instytucji należącej do narodowej *safety net*. W następstwie utworzenia (w drodze kompromisu) Rady ds. Ryzyka Systemowego może bowiem okazać się, że będzie ona równie nieskuteczna jak funkcjonujący od listopada 2008 r. Komitet Stabilności Finansowej, który podczas ostatniego kryzysu w zasadzie nie zrealizował swoich ustawo-

wych celów³⁶ i był powszechnie krytykowany za niepodejmowanie właściwych dla polskiego rynku finansowego działań.

Tymczasem argumentów na rzecz zaangażowania banku w utrzymywanie stabilności finansowej jest kilka³⁷. Z pewnością należą do nich: uprawnienie banku centralnego do ochrony interesów deponentów i posiadaczy pieniądza w sytuacji kryzysu, zapewnianie przez bank centralny niezbędnej płynności, jak też to, że system bankowy kontrolowany przez bank centralny wywołuje mniej kryzysów niż system wolnej bankowości. Nie sposób jednak pominąć w powyższym katalogu elementu globalizacji gospodarki światowej, która sprzyja przecież zmianom strukturalnym systemu finansowego, wymuszając niejako nowe podejście do instytucji banku centralnego.

Bank centralny, zapewniając stabilność monetarną, która jest głównym celem tej instytucji, niewątpliwie zapewnia też stabilność finansową rozumianą jako całość. Konflikt między zapewnieniem stabilności finansowej i stabilności pieniądza jest iluzoryczny (zdaniem autorki należy go raczej postrzegać w kategorii paradoksu). Jednak w sytuacji, gdy bank centralny nie uczestniczy w nadzorze nad rynkiem finansowym, pozbawiony jest również narzędzi zapewniających odpowiednią dbałość o stabilność finansową we wszystkich sektorach rynku finansowego. Stopę procentową, będącą w instrumentarium polityki pieniężnej banku centralnego, należy więc obecnie traktować jako instrument wspomagający podstawowe narzędzia z zakresu nadzoru, w tym również ostrożnościowego.

Istotne jest również podkreślenie, że to w reakcji na skutki ostatniego globalnego kryzysu finansowego wznowiono dyskusję o potrzebie zmian funkcjonujących modeli nadzoru finansowego³⁸. Diagnozie poddano wówczas wiele kwestii, w tym mechanizm współpracy banku centralnego z instytucją nadzoru finansowego³⁹. Niektóre państwa wskutek negatywnej oceny dotychczasowych

³⁶ Ustawowym celem Komitetu Stabilności Finansowej jest zapewnienie efektywnej współpracy w zakresie wspierania i utrzymania stabilności krajowego systemu finansowego przez wymianę informacji, opinii i ocen sytuacji w systemie finansowym w kraju i za granicą oraz koordynację działań w tym zakresie.

³⁷ Omawiane rozwiązanie ma też oczywiście swoje wady, do których niewątpliwie należą: skupienie polityki makroostrożnościowej i pieniężnej w jednej instytucji, co może zakłócić szeroko rozumianą niezależność banku; pozbawienie wpływu organu nadzoru mikroostrożnościowego na kierunek prowadzenia polityki makroostrożnościowej; powinność powstrzymywania się banku centralnego od stymulowania strefą realną, co jest sprzeczne z celami polityki makroostrożnościowej; czy też ryzyko odwrócenia w pewnych momentach cyklu finansowego od cyklu koniunkturalnego.

³⁸ Aczkolwiek podkreślenia w tym miejscu wymaga, że zmiany w tym zakresie były postulowane w literaturze przedmiotu już przed pojawieniem się kryzysu, co jednak nie spotkało się wówczas z powszechną akceptacją.

³⁹ K. Mitreğa-Niestrój, *Siatka bezpieczeństwa finansowego w Eurosystemie* [w:] *Rynki finansowe w Unii Europejskiej w strefie euro*, J. Żabińska (red.), Warszawa 2011, s. 161.

rozwiązań w tej kwestii podjęły decyzję o przeniesieniu nadzoru bankowego czy finansowego do banku centralnego⁴⁰. Decyzję tę należy uznać za istotną z uwagi na współczesny instytucjonalizm bankowości centralnej. Dzięki niej podważona bowiem została dotychczasowa filozofia co do zasadności oddzielania nadzoru bankowego czy też finansowego od instytucji banku centralnego.

Globalny kryzys finansowy spowodował też wzmożoną reakcję instytucji *safety net* na „udrażnianie kanałów” stabilności finansowej⁴¹, zakwestionowana bowiem została rozdzielnosc funkcjonalna nadzoru bankowego i banku centralnego. Najlepszym tego przykładem będzie powołanie do życia jednolitego mechanizmu nadzorczego w ramach unii bankowej, gdzie Europejski Bank Centralny poza dotychczasowymi funkcjami będzie sprawował bezpośredni nadzór nad bankami. Ponadto potwierdzeniem powyższego założenia jest utworzenie Europejskiej Rady ds. Ryzyka Systemowego, której został powierzony nadzór makroostrożnościowy, a w skład której wchodzić będą prezesi banków centralnych krajów Unii Europejskiej. Istotne jest przy tym, że w ostatnim czasie to właśnie kwestia prewencji systemowej w formie skuteczniejszego nadzoru nad funkcjonowaniem systemu finansowego jako całości nabrała wielkiego znaczenia, a beneficjentami obecnych zmian w systemie tzw. nadzoru makroostrożnościowego stały się banki centralne.

Niewątpliwie potrzeba interwencji pokryzysowych na rynkach finansowych podparta nowym paradygmatem bankowości centralnej doprowadziła do zmiany dotychczasowej filozofii nadzoru, opartej na separacji nadzoru bankowego, w tym ostrożnościowego, od instytucji banku centralnego. Globalny kryzys finansowy z lat 2007–2009 zmienił więc i nadal zmienia oblicze systemu bankowego. Problem polega na tym, jak nie dopuścić w przyszłości do prywatyzacji zysków i nacjonalizacji strat czy też nacjonalizacji zysków i internacjonalizacji strat. Bankowość powinna wrócić do źródeł⁴² i wiele wskazuje na to, że tradycyjna bankowość znowu będzie zyskiwać na znaczeniu (czego jednak nie należy w sposób bezkompromisowy absolutyzować). I powyższe powinno stać się kluczowym argumentem za powierzeniem Narodowemu Bankowi Polskiemu nadzoru makroostrożnościowego, który – zdaniem autorki – w takiej strukturze mógłby działać efektywnie i skutecznie, stanowiąc przy tym modelowe rozwiązanie systemowe dla krajowego nadzoru finansowego.

⁴⁰ T. Gromek i in., *Instytucjonalna organizacja nadzoru finansowego w krajach Unii Europejskiej*, Warszawa 2009, s. 12.

⁴¹ I. Pyka, *Instytucjonalizm banku centralnego*, op. cit., s. 77.

⁴² Oczywiście z pewnymi modyfikacjami, które w ciągu ostatnich lat na stałe wpisały się w obraz europejskiego i krajowego systemu finansowego.

Jan Lipski

Uwagi dotyczące poselskiego projektu ustawy o uzgodnieniu płci na tle orzecznictwa Sądu Najwyższego oraz poglądów doktryny

The remarks on a Deputies' bill on confirmation of gender (in the context of the case law of the Supreme Court and views of doctrine): The article provides detailed discussion of the problems of the legal significance of a person belonging to a particular sex, taking into account the state of the applicable law, as well as *de lege ferenda* postulates. The author examines the meaning of "sex" as a legal category, the relationship between this term and the criteria determining the sex of a human-being and the rationality of the postulate of the recognition of so-called gender identity – i.e. the sense of belonging to a different sex than the established in register office records and biological sex – as a basis for specifying the status of a human being in register office records. The article addresses the first draft law on gender confirmation, but also broadly discusses current Supreme Court's case law concerning the procedures and conditions for changing the entries in register office records.

Keywords: gender | human rights | bill

Słowa kluczowe: płeć | prawa człowieka | projekt ustawy

Ekspert ds. legislacji BAS; jan.lipski@sejm.gov.pl.

Uwagi wstępne

Zgodnie z obowiązującym prawem płeć jest cechą identyfikującą człowieka wpisywaną do aktów stanu cywilnego. Pierwotna identyfikacja płci następuje w akcie urodzenia, który sporządza się na podstawie pisemnego zgłoszenia urodzenia dziecka wystawionego przez lekarza, położną lub zakład opieki zdrowotnej (art. 40 ustawy z 29 września 1986 r. – Prawo o aktach stanu cywilnego, Dz.U. z 2011 r. nr 212, poz. 1264, ze zm.; dalej: u.p.a.s.c.). Do aktu urodzenia wpisuje się między innymi nazwisko, imię (imiona) i płeć dziecka. Zgodnie z art. 4 u.p.a.s.c. akty stanu cywilnego stanowią wyłączny dowód zdarzeń w nich stwierdzonych. Wymagać więc należy, by były one zgodne z prawdą obiektywną, a w interesie porządku prawnego leży usuwanie ewentualnych niezgodności między treścią tych aktów (m.in. w zakresie oznaczenia płci)

a stanem faktycznym, między innymi płcią, której cechy dana osoba prezentuje w rzeczywistości¹.

W olbrzymiej większości wypadków określenie płci dziecka nie następuje z trudności. W szczególności zewnętrzne cechy płci są z reguły zbieżne z cechami wewnętrznymi. W wyjątkowych jednak wypadkach te naturalne właściwości człowieka doznają zakłóceń². Do zakłóceń tych należą przede wszystkim interseksualizm, a także transseksualizm. Zgodnie z aktualną wersją Międzynarodowej Statystycznej Klasyfikacji Chorób i Problemów Zdrowotnych Międzynarodowej Organizacji Zdrowia (ICD-10) interseksualizm wiąże się najczęściej z wrodzonymi wadami rozwojowymi narządów płciowych (płeć niezdeteminowana i obojactwo rzekome (Q56)), może on też być wynikiem innych aberracji chromosomalnych niesklasyfikowanych gdzie indziej (Q99)³. Transseksualizm zaliczany jest w tej klasyfikacji do zaburzeń psychicznych i zaburzeń zachowania (F64.0).

Specjaliści zajmujący się badaniem i leczeniem transseksualizmu wyróżniają 10 elementów cechujących płęć. Ich zdaniem należą do nich⁴: 1) płęć chromosomalna (genotypowa)⁵, 2) płęć gonadalna⁶, 3) płęć wewnętrznych narządów płciowych (gonadoforyczna)⁷, 4) płęć zewnętrznych narządów płciowych⁸, 5) płęć fenotypowa (somatotypowa, biotypowa)⁹, 6) płęć hormonalna¹⁰, 7) płęć

¹ K. Rozental, *O zmianie płci metrykalnej de lege ferenda*, „Państwo i Prawo” 1991, z. 10, s. 64.

² Uchwała SN z 25 lutego 1978 r., sygn. akt III CZP 100/77, OSP 1983, nr 10, poz. 217.

³ Interseksualizm jest szerszym pojęciem, obejmującym wiele jednostek chorobowych, w tym obojactwo, M. Domański, *Rozdzielność płci nupturientów jako przesłanka istnienia małżeństwa (art. 1 k.r.o.)*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2013, z. 4, s. 830. Obojactwo dzieli się na prawdziwe i rzekome – obydwie przypadki mogą powodować rozbieżności między oznaczeniem płci w akcie urodzenia a stanem rzeczywistym (więcej zob. K. Rozental, *O zmianie płci*, op. cit., s. 64).

⁴ S. Dulko, K. Imieliński, M. Filar, *Transpozycje płci. Transseksualizm i inne zaburzenia identyfikacji płciowej*, Warszawa 1997, s. 3–5.

⁵ Wyznaczona zostaje przy zapłodnieniu. Określają ją dwa chromosomy płciowe: XY u mężczyzny i XX u kobiet.

⁶ Określana jest przez gruczoły płciowe: jądra u mężczyzny, a jajniki u kobiet.

⁷ Określana jest przez zróżnicowanie dróg rozrodczych rozwijających się z przewodów gonad.

⁸ Określana jest przez obecność prącia u mężczyzny, a sromu u kobiety.

⁹ Określana jest przez wygląd zewnętrzny dorosłego człowieka (czyli przez drugorzędne i trzeciorzędne cechy płciowe).

¹⁰ Określana jest przez czynność wewnątrzwydzielniczą jąder i jajników (wytwarzanie hormonów płciowych (androgenów i estrogenów), u osobników męskich poziom androgenów jest znacznie wyższy niż estrogenów, natomiast u osobników żeńskich jest odwrotnie.

metaboliczna¹¹, 8) płeć socjalna (metrykalna, prawna)¹², 9) płeć mózgowa¹³ oraz 10) płeć psychiczna¹⁴. Nie zawsze zatem biologiczne determinanty płci w sposób jednoznaczny pozwalają ustalić płeć człowieka; sam zestaw chromosomów płciowych XX lub XY nie decyduje o byciu kobietą lub mężczyzną, są bowiem również inne czynniki wpływające na płeć, wywołujące niezgodność na poziomie genów i budowy ciała¹⁵. W ocenie S. Dulko o zjawisku transpozycji płci należy mówić wówczas, gdy pośród 10 wyżej wymienionych elementów cechujących płeć, znajduje się przynajmniej jeden należący do płci odmiennej¹⁶. Przyjmując na potrzeby niniejszych rozważań adekwatność wymienionych 10 kryteriów określenia płci, sprecyzować należy, że pod pojęciem „transseksualizm” rozumieć się będzie niezgodność płci psychicznej z pozostałymi biologicznymi cechami determinującymi płeć. *W takiej sytuacji wymienione osiem elementów determinujących płeć biologiczną w sposób zgodny wskazuje na daną płeć, jednak osoba czuje przynależność do płci przeciwnej*¹⁷. Pozostałe przypadki niezgodności wyżej wymienionych elementów natury biologicznej objęte będą natomiast terminem „interseksualizm”.

Brak komplementarności (zbieżności) wymienionych elementów cechujących płeć powodować może niezgodność między płcią oznaczoną w aktach stanu cywilnego a płcią rzeczywistą. Wobec braku precyzyjnej regulacji zasad rozstrzygania takich przypadków (o czym niżej), zarówno w orzecznictwie, jak i w piśmiennictwie prawniczym, wielokrotnie podkreślano konieczność podjęcia interwencji ustawodawczej w sposób jednoznaczny rozstrzygającej kwestię dopuszczalności, zakresu i trybu zmiany oznaczenia płci człowieka¹⁸.

¹¹ Określana jest przez rodzaj aparatu enzymatycznego niektórych systemów metabolicznych.

¹² Zdaniem autorów ustalana bywa tuż po urodzeniu na podstawie budowy zewnętrznych narządów płciowych i wyznacza pełnienie roli męskiej lub żeńskiej.

¹³ Polega na typowo płciowym zróżnicowaniu się mózgu.

¹⁴ Określana zostaje przez poczucie przynależności do danej płci, a więc przez identyfikowanie się osobnika z płcią męską lub żeńską.

¹⁵ S. Dulko, *ABC płci*, „Kosmos – Problemy Nauk Biologicznych” 2003, nr 1, s. 6.

¹⁶ *Ibidem*, s. 7.

¹⁷ M. Domański, *Rozdzielność płci*, *op. cit.*, s. 837 i przywołane tam opracowanie K. Imielińskiego, S. Dulki, M. Filara, *Transpozycje płci*, Kraków 2001, s. 5.

¹⁸ Zob. M. Filar, *Prawne i społeczne aspekty transseksualizmu*, „Państwo i Prawo” 1987, z. 7; M. Safjan, *Glosa do postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 22 marca 1991 r. (III CRN 28/91)*, „Przegląd Sądowy” 1993, nr 2, s. 90; P. Daniluk, *Prawne aspekty chirurgicznej zmiany płci u transseksualistów*, „Państwo i Prawo” 2007, z. 5; K. Rozentel, *O zmianie płci*, *op. cit.*, s. 68; J. Leszczyński, *Glosa do uchwały SN z dnia 22 czerwca 1989 r. (sygn. III CZP 37/89, OSNC 1989/12/188)*, „Palestra” 1992, nr 3–4, s. 97, a także wyrok SN z 6 grudnia 2013 r., sygn. akt I CSK 146/13, LEX nr 1415181.

Dotychczasowy stan wprowadzał niepewność co do zakresu praw przysługujących osobom transseksualnym i interseksualnym oraz sposobu rozstrzygania żądań tych osób.

Poselski projekt ustawy o uzgodnieniu płci zawarty w druku sejmowym nr 1469¹⁹ jest pierwszą próbą ustawowej regulacji warunków i trybu zmiany prawnego oznaczenia przynależności osoby do danej płci. Ma ona umożliwiać zmianę danych dotyczących płci (a w konsekwencji również imienia i nazwiska) w aktach stanu cywilnego oraz innych dokumentach dotyczących wnioskodawcy w wypadku niezgodności między tożsamością płciową a tzw. płcią metrykalną²⁰ w ramach tzw. procedury uzgodnienia płci. Projektodawcy postulują uznanie tożsamości płciowej jako podstawy określenia płci człowieka. Zgodnie z definicją zawartą w projekcie pod pojęciem tożsamość płciowa rozumie się: *utrwalone, intensywnie odczuwane doświadczanie i przeżywanie własnej płciowości, która odpowiada lub nie płci metrykalnej*. Płcią metrykalną nazywa się w projekcie płeć wpisaną do aktu urodzenia zgodnie z ustawą – Prawo o aktach stanu cywilnego. Uzgodnienie dokonywane ma być przez sąd okręgowy w trybie postępowania nieprocesowego. W projekcie uregulowano postępowanie w sprawach o uzgodnienie płci, a także określono skutki orzeczenia o uzgodnieniu płci. Istotne jest zagwarantowanie w projekcie braku potrzeby medycznego dostosowywania fizjologii wnioskodawcy do zmienionej płci – czy to przed, czy też po wydaniu orzeczenia o uzgodnieniu płci (art. 6 projektu). Dodatkowo sformułowano definicję pojęcia płeć, nadając mu nowe, odwołujące się do kategorii „tożsamość płciowa”, znaczenie²¹.

Uprowadzając dalsze rozważania, należy przywołać trafną uwagę J. Ignatowicza, który podkreślał, że powyższa problematyka ma dwojaki charakter: materialnoprawny oraz formalnoprosesowy: *Problem materialnoprawny sprowadza się do pytania, czy owo poczucie przynależności do innej płci aniżeli płeć ujawniona w akcie urodzenia na podstawie cech zewnętrznych może [czy powinna – przyp. J.L.] w świetle obowiązującego w Polsce prawa rozstrzygać o płci człowieka, a – tym samym – czy może stanowić podstawę do zastąpienia tradycyjnego wpisu płci wpisem płci psychicznej?* Podobny dylemat dostrzegł Sąd Najwyższy w uzasadnieniu wyroku z 6 grudnia 2013 r., wskazując, że: *wątpliwości te moż-*

¹⁹ Druk sejmowy nr 1469/VII kad., <http://sejm.gov.pl/Sejm7.nsf/PrzebiegProc.xsp?nr=1469>.

²⁰ Oba te pojęcia są w projekcie zdefiniowane.

²¹ Definicja wprowadzona ma być do ustawy z 3 grudnia 2010 r. o wdrożeniu niektórych przepisów Unii Europejskiej w zakresie równego traktowania, Dz.U. nr 254, poz. 1700 (dalej: ustawa o wdrożeniu niektórych przepisów UE w zakresie równego traktowania). Zgodnie z projektowaną zmianą, ilekroć w ustawie tej jest mowa o płci, należy przez to rozumieć: *także tożsamość płciową, czyli utrwalone, intensywnie odczuwane doświadczanie i przeżywanie własnej płciowości, która odpowiada lub nie płci metrykalnej*.

na wyrazić pytaniem, czy o płci metrykalnej ma decydować w odniesieniu do wszystkich ludzi ten sam zespół cech biologicznych, stwierdzany zwykle natychmiast po urodzeniu, czy też psychiczne poczucie więzi z którąś z płci, odczuwane z różnym nasileniem w różnych okresach życia i w różny sposób manifestowane na zewnątrz, ale także pytaniem, czy w ogóle, a jeśli tak, to jakie zabiegi korekcyjne decydują o zmianie płci (czynią z kobiety mężczyznę i odwrotnie). Wątpliwości te powinien rozstrzygnąć przede wszystkim ustawodawca, gdyż dotyczą one i tego, jakie dane podlegają rejestracji w publicznym rejestrze stanu cywilnego²². Drugie zagadnienie – formalnoprocesowe – dotyczy trybu, w jakim można doprowadzić do takiej zmiany wpisów w aktach stanu cywilnego, i ma charakter wtórny wobec pierwszego²³. Właściwe wydaje się dokonanie oceny przedmiotowego projektu przez pryzmat obydwu tych kwestii.

Obowiązujące przepisy a ustalenie płci w dotychczasowej praktyce orzeczniczej

W polskim prawie zagadnienie niezgodności płci metrykalnej (normatywnej) z faktyczną płcią biologiczną lub tzw. płcią psychiczną – określoną przez projektodawców jako tożsamość płciowa – nie było nigdy wprost uregulowane. Wobec kierowanych do sądów wniosków osób transseksualnych i interseksualnych o ustalenie ich płci normatywnej z problematyką tą zmierzyć się jednak musiało orzecznictwo sądowe²⁴, odwołujące się do stosowanych na gruncie ustawy – Prawo o aktach stanu cywilnego konstrukcji sprostowania aktu stanu cywilnego (art. 31)²⁵ lub wzmianki dodatkowej (art. 21)²⁶.

Pierwszym powszechnie przywoływanym orzeczeniem w tej sprawie jest wyrok Sądu Wojewódzkiego dla m.st. Warszawy z 24 września 1964 r. (sygn. akt 2 Cr 515/64)²⁷, w którym dopuszczono, jako podstawę zmiany oznaczenia płci, zastosowanie w drodze analogii przepisów o aktach stanu cywilnego stwarzających możliwość sprostowania w drodze sądowej aktu stanu cywilnego

²² Wyrok SN z 6 grudnia 2013 r., sygn. akt I CSK 146/13, LEX nr 1415181.

²³ J. Ignatowicz, *Glosa do uchwały SN z dnia 22 września 1995 r., III CZP 118/95*, OSP 1996, nr 4, poz. 78, s. 193, 194.

²⁴ Związły przegląd judykatury w sprawach dotyczących oznaczenia płci przedstawia M. Wojciechowski [w:] *Glosa do wyroku Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 30 kwietnia 2004 r., I ACa 276/04*, OSA 2004, nr 10, poz. 31.

²⁵ Sprostowanie aktu stanu cywilnego jest dopuszczalne w razie błędnego lub nieściśłego jego zredagowania.

²⁶ Wzmiankę można wpisać, jeśli po sporządzeniu aktu stanu cywilnego nastąpią zdarzenia, które mają wpływ na jego treść lub ważność.

²⁷ „Państwo i Prawo” 1965, z. 10.

w razie błędnego lub nieściślego jego zredagowania²⁸. Tryb ten zaaprobowano również w uchwale Sądu Najwyższego z 25 lutego 1978 r.²⁹, w której stwierdzono, że: *W wypadku wyjątkowym sąd może sprostować akt urodzenia przez zmianę oznaczenia płci także przed dokonaniem korekcyjnego zabiegu operacyjnego zewnętrznych narządów płciowych, jeżeli cechy nowo kształtującej się płci są przeważające i stan ten jest nieodwracalny*. Rozważania SN dotyczyły tu wypadków, w których „różnorodne cechy płci nie są jednoznaczne”, a więc interseksualizmu – obojactwa (a nie transseksualizmu)³⁰. W ocenie Sądu Najwyższego: *w takiej sytuacji należy przeto za podstawę ustalenia płci człowieka wziąć wszystkie jej cechy, tak zewnętrzne, jak i wewnętrzne, nie wyłączając świadomości zainteresowanego osobnika. Z konieczności trzeba mu przypisać taką płeć, jakiej cechy są przeważające*.

W 1989 r. zapadła kolejna uchwała SN, w której orzeczono, że: *występowanie transseksualizmu nie daje podstaw do sprostowania w akcie urodzenia wpisu określającego płeć*³¹. W uzasadnieniu wyrażono pogląd, że transseksualizm polega na „zmianie stanu psychicznego, a nie stanu prawnego człowieka”³². Podkreślono przy tym, że ustawa – Prawo o aktach stanu cywilnego nie przewiduje zmiany zapisu w akcie urodzenia dotyczącego płci, jak również żaden inny przepis prawa nie przewiduje tzw. sądowej zmiany płci.

W dniu 22 marca 1991 r. Sąd Najwyższy wydał postanowienie, w którym stwierdził, że: *poczucie przynależności do danej płci może być uznane za dobro osobiste (art. 23 k.c.) i jako takie podlega ochronie również w drodze powództwa o ustalenie na podstawie art. 189 k.p.c.* Sąd podkreślił jednocześnie konieczność wszechstronnego rozważenia tego, że: *zmiana płci człowieka nie jest zdarzeniem dotyczącym wyłącznie dóbr osobistych tej właśnie osoby, lecz: może mieć doniosłe znaczenie także dla praw stanu i dóbr osobistych innych osób (np. małżonka lub dzieci transseksualisty)*. Kolejnym orzeczeniem SN jest uchwała z 1995 r., w której potwierdzono dopuszczalność stosowania art. 189 k.p.c., dodatkowo określając, że „legitymacja bierna przysługuje rodzicom powoda”. Zauważyć należy, że żadne z dwóch wyżej wymienionych orzeczeń nie wyjaśniało materialnoprawnego problemu dotyczącego tego, jakie znaczenie dla oznaczenia płci w akcie stanu cywilnego ma płeć psychiczna, tzn., czy płeć wewnętrznie odczuwana może decydować o płci człowieka³³.

²⁸ M. Wojciechowski, *Glosa do wyroku*, op. cit., s. 65–66.

²⁹ Uchwała SN z 25 lutego 1978 r., sygn. akt III CZP 100/77, OSP 1983, nr 10, poz. 217.

³⁰ Tak również m.in. M. Filar, *Prawne i społeczne aspekty*, op. cit., s. 73.

³¹ Uchwała SN z 22 czerwca 1989 r., sygn. akt III CZP 37/89, OSNC 1989, nr 12, poz. 188.

³² Głosę aprobującą stanowisko Sądu Najwyższego sporządziła G. Rejman, OSP 1991, nr 2, poz. 35, i M. Filar, „Państwo i Prawo” 1990, z. 10, s. 116–118; glosy krytyczne J. Pisuliński, „Państwo i Prawo” 1991, z. 6, s. 112–116, oraz J. Leszczyński, „Palestra” 1992, nr 3–4, s. 97; częściowo krytyczną Z. Radwański, OSP 1991, z. 2, poz. 35.

³³ Podkreślał to szczególnie J. Ignatowicz [w:] *Glosa do uchwały SN*, op. cit.

W zapadłym w kwietniu 2004 r. wyroku Sądu Apelacyjnego w Katowicach³⁴ wskazano, że ustalenie płci w drodze orzeczenia sądowego nie może wyłącznie opierać się na poczuciu danej osoby o przynależności do określonej płci, albowiem dla prawnej oceny płci człowieka podstawową jest płaszczyzna medyczna. Poczucie tożsamości z płcią i jego znaczenie w wielorzędowym systemie identyfikacji płci powinno być oceniane na płaszczyźnie medycznej. Tożsamą ocenę wyrażono w niedawnym wyroku Sądu Najwyższego z 6 grudnia 2013 r.³⁵, której główne tezy – pomocne w dyskusji nad zakresem pożądanых zmian legislacyjnych – przytaczane będą w dalszej części opinii.

Płeć jako kategoria prawna

Obowiązujące prawo nie zawiera definicji płci, bazuje jednak na dychotomicznym podziale osób na mężczyzn i kobiety. W świetle prawa człowiek jest kobietą albo mężczyzną, a jego płeć stanowi jedną z cech (obok takich cech, jak np. wiek czy pochodzenie od innych osób), składających się na stan osobisty człowieka. Płeć, tak jak inne elementy stanu osobistego, jest pewnym faktem, który powstaje z chwilą urodzenia i jest niepodzielny³⁶. Jako cecha ściśle osobista człowieka ma ona również bezpośredni wpływ na jego sytuację prawną w społeczeństwie, czyli stan cywilny³⁷. Stan cywilny opisywany jest: *przez wskazanie na (...) sytuację w rodzinie oraz w społeczności państwowej, której funkcjonowanie reguluje system prawa krajowego. Jego wyznacznikami są pochodzenie od określonych rodziców, z czym wiąże się posiadanie lub nieposiadanie rodzeństwa, pozostawanie w więziach pokrewieństwa z innymi osobami pochodzącymi od tych samych przodków, pozostawanie lub niepozostawanie w związku małżeńskim oraz wynikające z tego relacje powinowactwa, ale także posiadanie (w tym i adoptowanie) dzieci*³⁸. Płeć zatem: *determinuje te role społeczne, które człowiek może wykonać tylko jako osoba określonej płci. Dla prawa doniosłe są role męża albo żony, ojca albo matki. Prawidłowe ich wypełnienie ma znaczenie nie tylko dla wspólnoty rodzinnej, ale także państwowej*³⁹. Z powodu

³⁴ Wyrok SA w Katowicach z 30 kwietnia 2004 r., sygn. I ACa 276/04, OSA 2004, nr 10, poz. 31.

³⁵ Wyrok SN z 6 grudnia 2013 r., sygn. akt I CSK 146/13, LEX nr 1415181.

³⁶ M. Filar, *Prawne i społeczne aspekty*, op. cit., s. 75.

³⁷ Spory budzi zaliczenie płci do kategorii stanu cywilnego człowieka. Zastrzeżenia wobec utożsamiania prawa do płci z prawem stanu cywilnego wyrażał m.in. J. Ignatowicz [w:] *Glosa do uchwały SN*, op. cit., s. 194. Niewątpliwie jednak płeć ma wpływ na (kształtuje) poszczególne prawa stanu cywilnego; zob. więcej na ten temat M. Domański, *Rozdzielność płci*, op. cit., s. 825–827.

³⁸ Wyrok SN z 6 grudnia 2013 r., sygn. akt I CSK 146/13, LEX nr 1415181.

³⁹ *Ibidem*.

znaczenia prawnego płci (choćby dla stanu cywilnego), fakt ten jest ustalany i znajduje odzwierciedlenie w księgach stanu cywilnego⁴⁰.

Wydaje się nie budzić wątpliwości, że pojęcie „płeć” funkcjonowało pierwotnie na gruncie społecznym, a dopiero potem adaptowane zostało na potrzeby prawa⁴¹. Prawo jest tu jedynie: *odbiciem ogólnego stanu świadomości społecznej, w której podział płci jest niezwykle silnie i głęboko zinternalizowany i stanowi jedną z podstaw funkcjonowania społeczeństwa*⁴². Innymi słowy, aktualne prawo nie stwarza tej kategorii pojęciowej, lecz się nią posługuje. Zgodnie z zasadami techniki prawodawczej, wobec braku odrębnej definicji, pojęcie to odpowiada słowu „płeć” w podstawowym jego znaczeniu, w jakim występuje ono w języku ogólnym⁴³.

Według *Słownika języka polskiego* płeć to zespół właściwości charakteryzujących organizmy osobników męskich i żeńskich i przeciwstawiających je sobie wzajemnie⁴⁴. Definicja ta ma więc odniesienia *stricte* biologiczne. Według *Leksykonu biologicznego* płeć stanowi zespół cech organizmu żywego, morfologicznych i fizjologicznych, zwanych cechami płciowymi, warunkujących udział tego organizmu w rozmnażaniu płciowym. Zróżnicowanie na płeć męską i żeńską jest związane między innymi z obecnością w organizmie jednej z dwu kategorii gruczołów, tj. albo jąder (płeć męska), albo jajników (płeć żeńska) – są to pierwszorzędowe cechy płciowe. Odmienne wykształcenie dróg rodnych i narządów zewnętrznych służących do kopulacji należy do cech płciowych drugorzędowych. Do cech trzeciorzędowych należą cechy niemające bezpośredniego znaczenia w samych procesach rozmnażania, jak np. broda u mężczyzn czy odmienna barwa głosu⁴⁵. Oczywiście płeć – postrzegana jako kategoria społeczna i prawna – ma nie tylko biologiczny charakter, wiąże się ona jednak ściśle i bezpośrednio z biologicznymi cechami organizmu człowieka wyznaczającymi jego rolę w rozmnażaniu płciowym⁴⁶.

⁴⁰ *Gdy stan cywilny zostaje zapisany do akt stanu cywilnego, co jest regułą, mówi się o stanie cywilnym zarejestrowanym (art. 1–3 a.s.c.), uchwała SN z 22 czerwca 1989 r., sygn. akt III CZP 37/89, OSNC 1989, nr 12, poz. 188. Zob. też M. Domański, Rozdzielność płci, op. cit., s. 827.*

⁴¹ Należy przy tym wyraźnie odróżnić owo pierwotne pojęcie „płci” od konsekwencji, jakie normy kulturowe czy prawne z przynależnością do danej płci wiązały. Mimo zmieniającego się na przestrzeni lat zakresu praw i obowiązków przysługujących kobietom i mężczyznom, samo rozumienie tego pojęcia nie ulegało zmianie.

⁴² M. Filar, *Prawne i społeczne aspekty, op. cit.*, s. 67.

⁴³ Na temat znaczenia słów w tekście prawnym patrz: A. Malinowski, *Redagowanie tekstu prawnego. Wybrane wskazania logiczno-językowe*, Warszawa 2006, rozdz. II.1.

⁴⁴ *Słownik języka polskiego*, W. Doroszewski (red.), Warszawa 1997.

⁴⁵ *Leksykon biologiczny*, C. Jura i H. Krzanowska (red.), Warszawa 1992, s. 513.

⁴⁶ Na temat biologicznej determinacji pojęcia płci w świetle poglądów doktryny prawa rodzinnego zob. M. Domański, *Rozdzielność płci, op. cit.*, s. 827–829.

Tożsamość płciowa jako determinant określenia płci człowieka

Projekt zmierza do umożliwienia osobom przeżywającym zaburzenia identyfikacji płciowej (transseksualizm), a także osobom interseksualnym zmianę prawnej identyfikacji płci w taki sposób, by rozstrzygające w tej mierze znaczenie miało „utrwalone, intensywnie odczuwane doświadczenie i przeżywanie własnej płciowości”. Tym samym w projekcie odrzuca się podstawową rolę cech biologicznych przy identyfikacji płci człowieka⁴⁷. Projekt opiera zatem proponowaną regulację na koncepcji priorytetu tożsamości płciowej, która determinować ma prawne rozumienie płci. Zanim w dalszej części rozważań omówiona zostanie szczegółowa problematyka związana z prawną regulacją zmiany oznaczenia płci człowieka, zatrzymać należy się przy owym wyjściowym założeniu ustawy, analizując racje przemawiające za i przeciw określaniu płci metrykalnej na podstawie wewnętrznych odczuć człowieka. W szczególności rozważenia wymaga sytuacja osób, których biologiczne czynniki płciowe pozostają w normie (i odpowiadają płci metrykalnej), a które jednak mają wewnętrzne poczucie przynależności do płci przeciwnej.

W zamierzeniu wnioskodawców prawna kategoria płci odpowiadać ma wewnętrznemu przekonaniu człowieka. Świadczy o tym nie tylko treść uzasadnienia⁴⁸, ale również art. 16 projektu zawierający definicję, którą projektodawcy zamierzają dookreślić pojęcie płci na gruncie ustawy o wdrożeniu niektórych przepisów UE w zakresie równego traktowania. Zgodnie z tą definicją jako płeć rozumie się: *także tożsamość płciową, czyli utrwalone, intensywnie odczuwane doświadczenie i przeżywanie własnej płciowości, która odpowiada lub nie płci metrykalnej*. Płeć nie będzie zatem stanem obiektywnym o biologicznym podłożu, lecz zależeć będzie od subiektywnego samopozostawiania człowieka. Jak twierdzą projektodawcy: *określenie tożsamości płciowej jest wyrazem osobistych przeżyć, które są uwarunkowane jednostkowo (osobniczo)*⁴⁹. Mimo najczęściej

⁴⁷ Autorzy, uzasadniając „zmianę podejścia do rozumienia kryterium płci w polskim prawie”, sugerują, że nadal uwzględniane być mają częściowo również cechy biologiczne – biologiczno-morfologiczna budowa ciała (uzasadnienie, s. 13), jednak tezie tej przeczy pominięcie jakichkolwiek przesłanek (cech) biologicznych w procesie uzgodnienia płci oraz wiele innych tez uzasadniania, np.: *projekt ustawy zakłada tym samym odejście od medycznego podejścia do transseksualności, które sprzyja patologizacji tego zjawiska, na rzecz ujęcia tożsamości płciowej z perspektywy praw jednostki* (s. 13 uzasadnienia *in fine*).

⁴⁸ Podkreśla się tam, że rzeczywistym stanem osobowym jest wewnętrzne poczucie i indywidualne doświadczenie płci społecznej, a nie zewnętrzne cechy płciowe (uzasadnienie, s. 9–10), a projekt ma dostosowywać przepisy do rzeczywistości (uzasadnienie, s. 10).

⁴⁹ Uzasadnienie, s. 27.

braku wątpliwości co do biologicznych (gonadalnych, hormonalnych, gonadoforycznych, fenotypowych) cech determinujących przynależność danej osoby do określonej płci, rozstrzygające znaczenie będą miały nie te cechy, lecz tzw. płeć psychiczna. Projektodawcy w sposób jednoznaczny rozstrzygają zatem materialnoprawny dylemat dotyczący tego, jaka jest treść normatywna pojęcia „płeć metrykalna”, utożsamiając ją z płcią psychiczną.

Oceniając proponowane w omawianym projekcie rozwiązanie, tak dalece zmieniające dotychczasowy sposób prawnego rozumienia pojęcia „płeć”, ustawodawca powinien posłużyć się pytaniem pomocniczym, czy (i dlaczego) pojęcie „płeć” jest w ogóle normatywnie potrzebne. Być może ten rodzaj identyfikacji – wobec pierwszorzędного, zdaniem wnioskodawców, znaczenia płci psychicznej i braku potrzeby medycznego dostosowywania fizjologii wnioskodawcy do zmienionej płci (art. 6 projektu) – jest już nieadekwatny, a akty stanu cywilnego powinny zawierać wpis nie płci, lecz tożsamości płciowej? Powyższe pytania nie mają wcale charakteru retorycznego, odpowiedź na nie determinuje bowiem podejście ustawodawcy nie tylko do problematyki zmiany oznaczenia płci człowieka, ale i podstawowych instytucji prawa rodzinnego oraz kwestii natury ogólnej, dotyczących funkcji prawa jako instrumentu regulacji istniejących stosunków społecznych.

Niewątpliwie prawo może w jakiejś mierze współkształtować stosunki społeczne, jak jednak wskazywano, płeć (jako taka) jest nie tyle konstruktem społecznym czy prawnym, ale faktem biologicznym, który trudno modyfikować. U źródeł organizacji życia społecznego na układzie dwóch przeciwstawnych płci: *leżą niewątpliwie względy przedłużenia gatunku⁵⁰. Chodzi tu (...) nie tylko o aspekty natury prokreacyjno-seksualnej, lecz głównie o to, iż ze względu na długotrwały proces rozwoju istoty ludzkiej aż do uzyskania zdolności samodzielnego utrzymania się przy życiu, konieczne jest utworzenie takich mechanizmów społecznych, które by zabezpieczały realizację tego zadania⁵¹.*

Utożsamienie płci z tożsamością płciową (tak samo jak nadanie znaczenia prawnego temu drugiemu pojęciu, zamiast pierwszego) rodzić będzie pytanie co do zasadności i celowości stosowania dotychczasowych pojęć odróżniających, ściśle związanych z kryterium płci biologicznej np.: brat – siostra, ojciec – matka, syn – córka. Przypisana człowiekowi płeć ma znaczenie dla zdolności do zawarcia związku małżeńskiego oraz dla rodzicielstwa⁵², tożsamość płciowa (rozumiana jako płeć psychiczna) już niekoniecznie. Płeć determinuje też status matki i ojca w ich relacjach z dzieckiem, które prawo obejmuje ochroną, choć kształtowane są naturalnie⁵³. Otwarte natomiast pozostaje pytanie o sta-

⁵⁰ M. Filar, *Prawne i społeczne aspekty*, op. cit., s. 73.

⁵¹ *Ibidem*.

⁵² Wyrok SN z 6 grudnia 2013 r., sygn. akt I CSK 146/13, LEX nr 1415181.

⁵³ *Ibidem*.

tus rodzica wobec dziecka, w wypadku nadania prawnego znaczenia jedynie płci psychicznej.

W uzasadnieniu projektu (s. 13) oraz piśmiennictwie przedstawiane są poglądy, że płeć psychiczna ma charakter trwały i nie ma możliwości usunięcia stanu niezgodności między ciałem i psychiką przez oddziaływanie na psychikę⁵⁴, co uzasadniać ma dopuszczenie prawnej i medycznej korekty płci. W literaturze wskazuje się jednak również na częściową skuteczność psychoterapii pacjentów z zaburzeniami identyfikacji płciowej⁵⁵. Należy też wskazać, że mimo postępów nauki, etiologia transseksualizmu nadal nie jest do końca znana⁵⁶. Jednocześnie, mimo dużego zaawansowania technik medycznych modyfikacji płci człowieka, odwrócenie płci fizjologicznej – prowadzące do umożliwienia zdolności płodzenia w ramach płci „przyjętej” – nie będzie prędko możliwe⁵⁷. Przedsiębrane zabiegi (terapia hormonalna, zabiegi plastyczno-chirurgiczne) przynoszą w istocie jedynie upodobnienie się wyglądu zewnętrznego transseksualisty (tj. trzecio- i drugorzędowych cech płciowych) do płci, z którą identyfikuje się on psychicznie, nie uzyskuje on jednak zdolności do „pełnego” biologicznego funkcjonowania w sferze swej nowej płci⁵⁸. Nie można zatem mówić, że dokonanie zabiegów integracji z płcią psychiczną prowadzi do stanu wyleczenia pacjenta transseksualnego⁵⁹. Zaaprobowanie zatem przez ustawo-

⁵⁴ Na przykład P. Daniluk, *Legalność zabiegów „chirurgicznej zmiany płci” u transseksualistów z perspektywy polskiego prawa karego* [w:] *Orientacja seksualna i tożsamość płciowa – aspekty prawne i społeczne*, R. Wieruszewski, M. Wyrzykowski (red.), Warszawa 2009, s. 168 i 172.

⁵⁵ M. Urban, *Transseksualizm czy urojenia zmiany płci? Uniknąć błędnej diagnozy*, „Psychiatria Polska” 2009, t. XLIII, nr 6, s. 721, gdzie wskazano, że w badanej grupie pacjentów z GID (zaburzeniami tożsamości płciowej): *po zastosowaniu psychoterapii – u 70% obserwowano istotne złagodzenie objawów dysfornii płciowej, bez stosowania leczenia chirurgicznego*.

⁵⁶ Z. Lew-Starowicz, *Seksuologia sądowa*, Warszawa 2000, s. 100. Wskazują na to sami projektodawcy (s. 13), powołując się na pracę K. Imielińskiego, S. Dulki, M. Filara, *Transpozycje płci. Transseksualizm*, op. cit., s. 5.

⁵⁷ M. Filar, *Prawne i społeczne aspekty*, op. cit., s. 68. Jest to jeden z argumentów podnoszonych w debacie publicznej: *okazuje się bowiem, że medycyna nie jest w stanie sprostać ich oczekiwaniom: tak naprawdę nie da się do końca zmienić płci*, zob. A. Grabowska, *Płeć to nie rola, to fakt*, „Rzeczpospolita” z 11 maja 2013 r., <http://www.rp.pl/artykul/1007900-Plec-to-nie-rola--to-fakt.html?p=3> [dostęp 27 stycznia 2014 r.].

⁵⁸ M. Filar, *Prawne i społeczne aspekty*, op. cit., s. 68; J. Pisuliński, *Glosa do uchwały SN z dnia 22 czerwca 1989 r. (sygn. III CZP 37/89)*, „Państwo i Prawo” 1990, z. 10, s. 116–118; M. Domański, *Rozdzielność płci*, op. cit., s. 839.

⁵⁹ W literaturze wskazuje się, że istotą zabiegów zmieniających płeć jest to, że: *zmierzają one do nadania ciału pacjenta cech budowy fizycznej znamiennej dla płci przeciwnej niż metrykalna* (K. Rozental, *O zmianie płci*, op. cit., s. 65). Potwierdza to

dawcę stanowiska, że tożsamość płciowa określa płeć lub nawet, że są one pojęciami tożsamymi, nie spowoduje w istocie, że osoba odczuwająca dyskomfort ze względu na przynależność do danej płci, stan biologicznej przynależności faktycznie odmieni⁶⁰.

Niezależnie od sygnalizowanych problemów poznawczych, w literaturze postulującej zagwarantowanie transseksualistom prawa do korekty płci twierdzi się, że „dla skutecznego przywrócenia transseksualiście możliwości normalnego życia”, niezbędna jest m.in. „akceptacja społeczna” i „legitymizacja prawna”⁶¹. Owa legitymizacja prawna – ku której zmierza analizowany projekt – jest jednym z elementów dążenia do zapewnienia akceptacji społecznej, bowiem kwestionowanie przez kogokolwiek skutków czy zasadności uzgodnienia płci danej osoby⁶², stanowić będzie w zamierzeniu autorów projektu dyskryminację zwalczaną między innymi na gruncie ustawy o wdrożeniu niektórych przepisów UE w zakresie równego traktowania⁶³.

Regulacje prawne postrzegane są zatem jako element terapii osób transseksualnych⁶⁴, dla których dobrostanu psychicznego niezbędna jest również akceptacja przez państwo ich rozeznania tożsamości płciowej. Prawo zaangażowane będzie następnie w obronę tego wyboru przez ustanawianie przepisów wprowadzających kategorię dyskryminacji ze względu na tożsamość

---

jedynie, że chodzi o zmianę budowy (ale już nie nadanie nowej funkcjonalności) drugo- lub trzeciorzędowych cech płciowych, które – jak już wskazywano – nie decydują samoistnie o płci człowieka. Zob. też publiczną dyskusję na ten temat: A. Grabowska, *Płeć to nie rola, to fakt*, op. cit., czy publikacje transseksualisty W. Heyera: <http://waltheyer.typepad.com/> [dostęp: 22 lipca 2014 r.].

⁶⁰ Inaczej na ten temat wypowiadał się w glosie do uchwały SN z 22 czerwca 1989 r. (sygn. akt III CZP 37/89) J. Pisuliński, w żaden sposób nie uzasadniając jednak tezy, że transseksualizm prowadzi do „zmiany płci” człowieka, a: *trwałe psychiczne przekonanie o przynależności do określonej płci powinno stanowić kryterium równorzędne w stosunku do cech biologicznych*.

⁶¹ W. Dynarski, A. Grodzka, L. Podobińska, *Tożsamość płciowa – zagadnienia medyczne, społeczne i prawne* [w:] *Prawa osób transseksualnych, rozwiązania modelowe a sytuacja w Polsce*, A. Śledzińska-Simon (red.), Warszawa 2010, s. 25.

⁶² Odnośnie do obowiązków wynikających z uzgodnienia płci dla państwa zob. np. obowiązek władz publicznych do poszanowania prawa osoby transseksualnej po operacyjnej korekcie płci genitalnej do zawarcia związku małżeńskiego z osobą płci przeciwnej w stosunku do jej płci po korekcie (*Christine Goodwin v. Zjednoczone Królestwo*, wyrok Wielkiej Izby ETPC z 11 lipca 2002 r., skarga nr 28957/95); uznanie za dyskryminację na gruncie dyrektywy 79/7/EWG odmowy przyznania transseksualnej kobiecie (typu mężczyzna–kobieta) prawa do emerytury po osiągnięciu ustawowego wieku emerytalnego dla kobiet (wyrok TS z 26 kwietnia 2006 r. w sprawie C-423/04 *Sarah Margaret Richards v. Secretary of State for Work and Pension*).

⁶³ Zob. art. 17 projektu (art. 16 przed autopoprawką).

⁶⁴ Tak wprost np. s. 14 uzasadnienia.

płciową (w tym w formie molestowania: *poprzez treści zawarte w środkach masowego przekazu oraz ogłoszeniach w zakresie dostępu i dostarczania towarów i usług*⁶⁵).

Wydaje się jednak, że powyższe argumenty są chybione i nie mogą przesądzać o zasadności uzależnienia płci prawnej od tożsamości płciowej człowieka. M. Filar, podkreślając różnicę między sferami działania medycyny i prawa, stwierdza jednoznacznie, że: *uzasadnienie konieczności określonego skonstruowania lub zastosowania prawa chęcią osiągnięcia indywidualnego efektu terapeutycznego jest nieporozumieniem*⁶⁶.

Przyjmując założenie, że przywołane na wstępie (za S. Dulką) kryteria określania płci⁶⁷ są właściwe, ustawodawca powinien zadać sobie pytanie, czy każdy przypadek niezgodności między tymi kryteriami uzasadnia metrykalną korektę płci (w szczególności, czy sama rozbieżność między płcią psychiczną a pozostałymi elementami cechującymi – jak chcą tego projektodawcy – może stanowić ku temu podstawę), ewentualnie, które spośród nich mają doniosłe lub przeważające znaczenie⁶⁸. Niewątpliwie istnieje odrębność między medyczną diagnozą jednostki chorobowej a oceną prawną dotyczącą kryteriów ustalania stanu cywilnego człowieka⁶⁹. Należy uwzględnić, że fakt niezgodności jednej lub większej liczby cech płciowych z płcią genetyczną, nie przesądza jeszcze (nawet medycznie) o przynależności do płci przeciwnej, świadcząc jedynie o zaburzeniu płciowości danego człowieka. Jednocześnie podział na płcie ma charakter dychotomiczny⁷⁰ i każda osoba, w tym transseksualna, do którejś z płci przynależy.

Stan cywilny nie należy do zakresu „samookreślenia się człowieka”. Jak podkreśla Sąd Najwyższy: *wszystkie elementy składające się na stan cywilny człowieka są kształtowane przez dwie grupy zdarzeń: zdarzenia naturalne (urodzenie i zgon) oraz zdarzenia prawne, a wśród nich czynności prawne (np. zawarcie małżeństwa, uznanie dziecka) i orzeczenia sądowe (np. przysposobie-*

⁶⁵ Vide postanowienia poselskiego projektu ustawy o zmianie ustawy o wdrożeniu niektórych przepisów Unii Europejskiej w zakresie równego traktowania oraz niektórych innych ustaw (druk sejmowy nr 1051).

⁶⁶ M. Filar, *Prawne i społeczne aspekty*, op. cit., s. 73.

⁶⁷ Zob. 10 elementów cechujących płeć wyliczonych na s. 29.

⁶⁸ Zob. M. Domański, *Rozdzielność płci*, op. cit., s. 825.

⁶⁹ Jak wskazuje M. Safjan, prawo, wobec nie do końca jednoznacznych kryteriów medycznych, jest: *w jakimś sensie „skazane” na arbitralność w poszukiwaniu własnej definicji płci (nie istnieje jednak prawna kategoria płci nieokreślonej), a owa arbitralność wyborów dokonywanych przez prawo częściowo tylko znajdować będzie swoje uzasadnienie i wyjaśnienie w ocenach czysto medycznych; idem, Glosa do postanowienia*, op. cit., s. 80–81.

⁷⁰ Chyba że ustawodawca rozpozna i wprowadzi do systematyki płci również stan pośredni (co jednak nie jest postulowane w projekcie).

nie, rozwód)⁷¹, nie jest więc przedmiotem swobodnej dyspozycji (nie można ukształtować swego stanu cywilnego, np. stosunków filiacyjnych w drodze umowy). W konsekwencji jest on wyznaczony przez obiektywnie istniejące elementy rzeczywistości ustalane w trybie przez prawo ściśle określonym⁷². Do takich obiektywnie istniejących elementów rzeczywistości należy również płeć, będąca naturalnym (biologicznym) faktem kształtującym stan cywilny, na który człowiek pozbawiony jest wpływu. Ustalenia sądu nie powinny zatem opierać się na samym stwierdzeniu występowania u danej osoby poczucia przynależności do określonej płci⁷³. Powinny one nawiązywać do w miarę pewnych i obiektywnie ujętych ocen medycznych, opartych na kryteriach biologicznych⁷⁴. Oceny te uwzględniać muszą znaczenie i wagę przywołanych wyżej cech płciowych człowieka, przy czym fałszywe i sprzeczne z zasadami logicznego rozumowania jest zakładanie *a priori* decydującego znaczenia wyłącznie jednej z tych cech (płci psychicznej), szczególnie, gdy z czynnikami biologicznymi ma ona nikły związek.

Należy podkreślić, że w obowiązującym systemie prawnym związek cech fizjologicznych człowieka i jego płci jest ścisły. Na tym związku opierają się wszelkie regulacje ochronne dla kobiet w zakresie prawa pracy, szczególne uprawnienia kobiet związane z rodzicielstwem, różnice w dopuszczalnym wieku zawarcia małżeństwa za zgodą sądu opiekuńczego (art. 10 Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego), koncepcja małżeństwa jako związku dwupłciowego, czy różnice w wieku emerytalnym kobiet i mężczyzn (do czasu ich ujednolicenia)⁷⁵.

Konkludując, stwierdzić należy, że uzależnienie oznaczenia płci prawnej wyłącznie od tożsamości płciowej człowieka (tak jak definiuje ją projekt), bez uwzględnienia innych okoliczności, m.in. biologicznych elementów charakteryzujących płeć czy stanu cywilnego, jest niewłaściwe. Argumenty przedstawiane przez projektodawców nie są wystarczające dla uzasadnienia tak daleko idącej ingerencji w system prawny ściśle powiązany ze społeczno-kulturowym rozumieniem płci.

⁷¹ Wyrok SNz 6 grudnia 2013 r., sygn. akt I CSK 146/13, LEX nr 1415181.

⁷² M. Safjan, *Glosa do postanowienia*, op. cit., s. 87.

⁷³ *Ibidem*, s. 88.

⁷⁴ *Ibidem*. Co ciekawe, wniosek taki płynie również z uchwały SN z 25 lutego 1978 r. (sygn. akt III CZP 100/77), w której Sąd Najwyższy, dopuszczając sprostowanie aktu urodzenia także przed dokonaniem korekcyjnego zabiegu operacyjnego, wyraźnie zastrzega, że chodzi o przypadki, gdy cechy danej płci (przeciwnej do tej ujawnionej w aktach stanu cywilnego) są przeważające, a przekonanie o przynależności do określonej płci nie jest dowolne, ale wynika z obiektywnego ukształtowania większości cech organizmu związanych z płcią.

⁷⁵ Na temat społecznych różnic postrzegania płci, w kontekście regulacji art. 6 projektu zob. też poniżej w części niniejszego artykułu dotyczące problemów identyfikacji płci człowieka.

W literaturze formułowane były postulaty, by przyszła ustawa stwarzała możliwość skorzystania z jej rozwiązań (w zakresie zmiany płci metrykalnej) stosunkowo szerokiemu kręgowi podmiotów, w tym transseksualistom⁷⁶. W opinii K. Rozentała wydanie orzeczenia o zmianie płci miałoby następować wówczas, gdy: *u danej osoby istnieje w rzeczywistości przewaga cech lub cecha dominująca płci przeciwnej niż płeć oznaczona w akcie urodzenia*⁷⁷, przy czym: *za cechę dominującą mogłaby być także uznana tzw. płeć psychiczna*. Autor nie uzasadnia jednak w żaden sposób, dlaczego to właśnie płeć psychiczna (w szczególności, jeśli jest ona sprzeczna z wszystkimi pozostałymi elementami biologiczno-morfologicznymi cechującymi płeć) ma determinować prawne oznaczenie płci człowieka. M. Filar przychyliła się do postulatu umożliwienia zmiany płci osobom transseksualnym „ze względów humanitarnych i społecznych”, traktując takowe odstępstwo od prymatu kryteriów biologicznych identyfikacji płci jako rozwiązanie wyjątkowe dla osób o niewątpliwie i trwale zaburzonej identyfikacji rodzajowej⁷⁸. Autor sugeruje, że taka wyjątkowa procedura powinna pozwalać takim osobom na: *w miarę bezkolizyjne ich funkcjonowanie w społecznej roli rodzajowej zgodnej z ich identyfikacją. Procedura ta powinna zmierzać do maksymalnego „wmontowania” tej kategorii osób w (...) system rozłącznego podziału rodzajowego, nie zaś zmierzać do tworzenia (...) kategorii dodatkowych*⁷⁹. Jednym z elementów takiego włączenia transseksualistów do nowej płci miałyby być konieczność poddania się chirurgicznemu dostosowaniu do nowej płci. M. Domański twierdzi, że: *stanowisko niedopuszczające możliwości zmiany płci wydaje się (...) niesatysfakcjonujące z punktu widzenia społecznego, wskazując przy tym na zrozumienie dla problemów transseksualistów prezentowane w doktrynie prawa oraz wśród lekarzy seksuologów*⁸⁰. Zrozumienie to wyraża np. J. Leszczyński, pisząc: *Jeśli więc konkretna osoba identyfikuje się z płcią przeciwną do tej, na którą wskazują jej zewnętrzne cechy biologiczne, prawo powinno znaleźć takie rozwiązanie, które umożliwiłoby jej normalne funkcjonowanie w społeczeństwie*⁸¹. Podobne „humanitarne” взгляды zdawały się determinować stanowisko Sądu Najwyższego przedstawione w postanowieniu z 22 marca 1991 r. (sygn. akt III CN 28/91)⁸², a także innych orzeczeniach poszukujących rozwiązania umożliwiającego zadośćuczynienie oczekiwaniom osób transseksualnych⁸³.

⁷⁶ K. Rozental, *O zmianie płci*, op. cit., s. 70.

⁷⁷ A jednocześnie: *stan ten utrzymuje się co najmniej przez 2 lub 3 lata i zachodzi uzasadnione prawdopodobieństwo, że ma on trwały charakter*.

⁷⁸ M. Filar, *Prawne i społeczne aspekty*, op. cit., s. 77.

⁷⁹ *Ibidem*.

⁸⁰ M. Domański, *Rozdzielność płci*, op. cit., s. 853.

⁸¹ J. Leszczyński, *Glosa do uchwały*, op. cit., s. 97.

⁸² LEX nr 519375.

⁸³ W uzasadnieniu orzeczenia z 22 marca 1991 r. (sygn. akt III CN 28/91) SN powoływał się na potrzebę dążenia: *do wykorzystania wszelkich możliwości interpretacyj-*

Również w tych przypadkach brak jest szerszego uzasadnienia opinii, że zmiana płci metrykalnej, łącząca się z przeprowadzeniem zabiegu chirurgicznego stanowiącego przecież „brutalną ingerencję w integralność jednostki ludzkiej”⁸⁴, miałyby być bardziej humanitarna niż inne środki, np. zapewnienie zainteresowanym odpowiedniej opieki i terapii⁸⁵. Nie wydaje się wystarczającym argumentem w tym względzie stwierdzenie, że niezgodność płci psychicznej z biologiczną jest nieusuwalna⁸⁶, nie jest to bowiem cecha jedynie transseksualizmu. Istnieje wiele nieuleczalnych jednostek chorobowych (np. uwarunkowanych genetycznie), których leczenie koncentruje się na minimalizowaniu objawów i próbach zapewnienia odpowiedniego komfortu życia pacjentowi. Mylne jest w szczególności przeświadczenie, że prawne oznaczenie płci człowieka zgodnie z płcią psychiczną⁸⁷, prowadzić będzie do jego „wyleczenia”, a zabieg operacyjny do faktycznego dostosowania ciała transseksualisty do płci pożądanej i „naprawienia błędów natury”⁸⁸, jest to bowiem co najmniej tak samo niemożliwe⁸⁹, jak usunięcie niezgodności płci biologicznej z psychiczną. Nie wydaje się również zakończona dyskusja o tym, czy zmiana oznaczenia płci równoznaczna będzie z rozwiązaniem problemów osoby transseksualnej⁹⁰. Na wyrost wydają się zatem sformułowane oceny, że dopusz-

nych i takiej wykładni obowiązujących przepisów prawnych, która pozwoliłaby już obecnie na uwzględnienie dążeń ludzi odczuwających boleśnie sprzeczność między płcią nieodparcie pożądaną a płcią biologiczną i wpisaną do aktu urodzenia. Zob. na ten temat też M. Domański, Rozdzielność płci, op. cit., s. 841.

⁸⁴ Tak J. Ignatowicz, *Glosa do uchwały SN z dnia 22 września 1995 r.*, op. cit., s. 193.

⁸⁵ Patrz M. Urban, *Transseksualizm czy urojenia*, op. cit., s. 721.

⁸⁶ Wskazuje się, że skoro nie można dokonać zmiany poczucia przynależności płciowej, jedyną możliwością terapeutyczną jest stosowanie procedur mających dostosować ciało osoby transseksualnej do płci psychicznej; por. M. Filar, *Prawne i społeczne aspekty*, op. cit., s. 68.

⁸⁷ Plus ewentualne (ale przecież nieobowiązkowe na gruncie projektu) upodobnienie jego drugo- i trzeciorzędnych cech płciowych do płci „pożądaney”.

⁸⁸ J. Leszczyński, *Glosa do uchwały*, op. cit., s. 97.

⁸⁹ Zob. podobnie M. Domański, *Rozdzielność płci*, op. cit., s. 839.

⁹⁰ Jest przedmiotem dyskusji, czy chirurgiczna zmiana płci przynosi dobre rezultaty terapeutyczne – tak M. Domański, *Rozdzielność płci*, op. cit., s. 842, i przywołana tam literatura, ale zobacz też J. Meyer, D. Reter, *Sex Re-Assignment*, „General Psychiatry” 1979, nr 36, s. 1010–1015 (za: R.P. Fitzgibbons, P.M. Sutton, D. O’Leary, *The Psychopathology of „Sex Reassignment” Surgery. Assessing Its Medical, Psychological and Ethical Appropriateness*, „The National Catholic Bioethics Quarterly” 2009, s. 99) oraz P.R. McHugh, *Surgical Sex* [w:] *In The Mind Has Mountains: Reflections on Society and Psychiatry*, Baltimore, MD: Johns Hopkins University Press, s. 220. Niewątpliwie w praktyce występują przypadki „powrotu” do płci biologicznej już po dokonaniu zmiany płci metrykalnej; M. Domański, *Rozdzielność płci*, op. cit., s. 850.

czenie uzgodnienia płci „oszczędzi jej niczym niezawinionego upokorzenia”⁹¹ i umożliwi „normalne funkcjonowanie w społeczeństwie”⁹². Nadal bowiem doświadczać ona będzie dyskomfortu związanego z faktycznym brakiem biologicznej przynależności do płci psychicznej i niejednokrotnie brak takiej pełnej przynależności będzie dostrzegany przez osoby trzecie. Kontrowersyjna jest również teza, że zmiana oznaczenia płci metrykalnej sama w sobie spowoduje zmianę płci społecznej, w której funkcjonuje dana osoba. Taka zmiana zależy bowiem nie tylko od zapisów w aktach stanu cywilnego danej osoby, lecz od oceny (przeświadczenia) ludzi, z którymi będzie się ona stykać⁹³. W żaden sposób nie uzasadnia się również stanowiska, że cierpienia odczuwane przez omawiane osoby związane są ze sprzecznością między płcią pożądaną a płcią metrykalną, a nie ze sprzecznością między płcią pożądaną a płcią rzeczywistą. Nie ma też odniesienia do kwestii, dlaczego zmiana wpisu płci w akcie urodzenia miałaby cierpienia omawianych osób uśmierzyć.

Również w uzasadnieniu projektu brakuje głębszej refleksji nad tym, w jaki sposób będą funkcjonować społecznie takie osoby. Rozwiązaniem, jakie zdają się proponować autorzy projektu (mającym gwarantować społeczne respektowanie proponowanego uzgodnienia płci), jest represja wobec osób niepodzielających przekonania o nadrzędnej roli tożsamości płciowej nad płcią biologiczną, wynikająca z nowelizowanych przepisów ustawy antidyskryminacyjnej.

W powyższym świetle celowość tak daleko idącej zmiany jednej z podstawowych dla prawa kategorii pojęciowej budzi poważne wątpliwości. Zmiana ta, jak się wydaje, nie miałaby charakteru następczego względem zmian społecznego postrzegania „płci” człowieka i uprzedzałaby ewentualne, hipotetyczne zmiany społeczne i kulturowe. Wydaje się, że ochrona praw i godności osób transseksualnych, w tym w zakresie przeciwdziałania faktycznej dyskryminacji ze względu na zaburzenia identyfikacji płciowej, może być realizowana innymi środkami. Dekonstrukcja pojęcia, które prócz zakresu prawnego ma głęboko zakorzenione i jednoznaczne znaczenie społeczno-kulturowe, wydaje się być zabiegiem nazbyt radykalnym⁹⁴. Trudność z identyfikacją płciową nielicznej w istocie grupy obywateli przemawia nie za potrzebą przewartościowania pojęcia płci, a raczej za zapewnieniem tym osobom przez państwo odpowiedniej, finansowanej ze środków publicznych, terapii.

⁹¹ Zob. opinia wyrażona przez J. Litwina [w:] *Glosa do orzeczenia Sądu Wojewódzkiego dla m.st. Warszawy z dnia 24 września 1964 r.*, „Państwo i Prawo” 1965, z. 10, s. 607.

⁹² J. Leszczyński, *Glosa do uchwały*, *op. cit.*, s. 97.

⁹³ A przeświadczenie to może być jednoznacznie przeciwne zapisom aktów stanu cywilnego, jeśli dopuści się zmianę płci metrykalnej, bez wymagania jakiegokolwiek dostosowania cech fizjologii osoby „uzgadniające” płeć.

⁹⁴ Jak jednoznacznie pisze M. Filar: *tw. prawo do swobodnej identyfikacji rodzajowej na obecnym etapie rozwoju cywilizacji pozostać więc musi utopią*, *idem*, *Prawne i społeczne aspekty*, *op. cit.*, s. 74.

Na koniec powyższych uwag należy zauważyć, że w różnych (przywołanych w uzasadnieniu projektu) raportach Unii Europejskiej i dokumentach Rady Europy postuluje się przyznanie osobom transseksualnym uprawnienia do pełnego prawnego uznania korekty, zmiany imienia i nazwiska oraz oznaczenia płci w aktach stanu cywilnego oraz wynikających z tego innych praw. Są to jednak postulaty, a nie dokumenty o mocy wiążącej.

Na obowiązek władz publicznych umożliwienia korekty płci wskazanej w aktach stanu cywilnego po operacyjnej korekcie płci wskazywał (od 2002 r.) na gruncie rozpatrywanych stanów faktycznych Europejski Trybunał Praw Człowieka w Strasburgu⁹⁵. Uwzględnienia jednak wymaga to, iż przesłanką takiej oceny była argumentacja, że: *skoro (...) państwo częściowo zaakceptowało dopuszczalność zmiany płci i ponieważ finansuje z ubezpieczenia społecznego kosztowny zabieg chirurgiczny, to jest zarazem niekonsekwentne uniemożliwiać zmiany płci w akcie urodzenia*⁹⁶. W innym orzeczeniu zaprezentowano również wnioskowanie przeciwnie, a mianowicie uznano za naruszenie Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności (dalej: konwencja) sytuację, w której prawo uniemożliwiało przeprowadzenie pełnego zabiegu chirurgicznej zmiany płci, mimo dokonania zmiany oznaczenia płci w akcie urodzenia⁹⁷. Wynika z tego, że państwo ma obowiązek zapewnić spójność traktowania osób transseksualnych i zapewnić jednolite ich funkcjonowanie w danej płci – jeśli dopuszcza się nieodwracalną interwencję medyczną, konsekwentnie uwzględnić należy efekty takiej zmiany w prawnym oznaczeniu płci danej osoby (i na odwrót). Jednocześnie, w ocenie autora, rozstrzygnięcia te nie oznaczają ograniczenia swobody państwa w określeniu przesłanek prawnej zmiany płci i warunków realizacji zabiegów dostosowujących. Żadne z orzeczeń Trybunału nie dotyczyło Polski, co oznacza, że przynajmniej *de iure* nie wiążą one bezpośrednio Polski (art. 46 ust. 1 konwencji)⁹⁸.

Zgodnie z orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (TS), określenie możliwości i trybu prawnej zmiany płci pozostaje w gestii państw członkowskich⁹⁹.

⁹⁵ W szczególności sprawa *Christine Goodwin v. Zjednoczone Królestwo*, *op. cit.*

⁹⁶ Zob. K. Osajda, *Orzecznictwo ETPCz dotyczące transseksualizmu*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2009, nr 5, s. 38.

⁹⁷ Sprawa *L. v. Litwa* (wyrok ETPC z 11 września 2007 r., skarga nr 27527/03).

⁹⁸ Zob. więcej P. Grzegorzczuk, *Skutki wyroków Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w krajowym porządku prawnym*, „Przegląd Sądowy” 2006, nr 6, oraz opinia Biura Analiz Sejmowych pt. *Wykonywanie wyroków Europejskiego Trybunału Praw Człowieka przez Sejm*, [http://orka.sejm.gov.pl/WydBAS.nsf/0/8A15FEF47EBBEA64C1257A8C0025B869/\\$file/Wykonywanie%20wyrokow%20ETPC%20przez%20Sejm_2012.pdf](http://orka.sejm.gov.pl/WydBAS.nsf/0/8A15FEF47EBBEA64C1257A8C0025B869/$file/Wykonywanie%20wyrokow%20ETPC%20przez%20Sejm_2012.pdf) [dostęp 22 lipca 2014 r.].

⁹⁹ K. Osajda, *Orzecznictwo ETS dotyczące transseksualizmu*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2009, nr 9, s. 39.

Problemy identyfikacji płci człowieka

Powyższa ocena nie podważa jednak potrzeby interwencji ustawodawcy i jednoznacznego rozstrzygnięcia tego, na jakich zasadach określać należy stan osobisty (płeć), a w konsekwencji i stan cywilny człowieka w przypadku transseksualizmu i interseksualizmu, mimo że są to zjawiska marginalne¹⁰⁰. Prawdą jest bowiem, że występują przypadki, gdy jednoznaczne ustalenie faktu przynależności do danej płci jest trudne, co jest coraz częściej dostrzegane w debacie publicznej¹⁰¹. Oprócz omówionej wyżej niezgodności między płcią psychiczną a wszystkimi pozostałymi cechami płciowymi danego człowieka, występują sytuacje, w których rozbieżność dotyczy większej liczby elementów cechujących płeć – w tym tych natury *stricte* biologicznej. W takich wypadkach oznaczenie płci w aktach stanu cywilnego (z różnych względów) może nie odpowiadać rzeczywistej płci biologicznej. Zdarza się bowiem, że prawną płeć człowieka oznacza się na podstawie samej budowy zewnętrznych narządów płciowych, która jednak (jak wyżej wskazywano) nie stanowi wystarczającego kryterium dla określenia płci człowieka¹⁰². Dla takich przypadków prawo powinno w sposób jednoznaczny określić tryb ustalania płci człowieka (również, ale nie jedynie, przy zastosowaniu kryterium tożsamości płciowej). Ustawodawca uwzględnić przy tym powinien wskazania wiedzy medycznej dotyczące cech determinujących płeć człowieka, które pogłębiają dotychczasowe, niejednokrotnie uproszczone, postrzeganie czynników określających płeć człowieka.

M. Safjan wskazuje, że ustalenia w zakresie stanu cywilnego muszą z natury rzeczy opierać się na kryteriach dostatecznie pewnych, jednolitych, obiektywnych i weryfikowalnych¹⁰³. Również Sąd Apelacyjny w Katowicach w wyroku z 30 kwietnia 2004 r. podkreślał, że system identyfikacji płciowej ma charakter

¹⁰⁰ Zob. R. Grzejszczak, *Transpłciowość w świetle badań* [w:] *Sytuacja prawna osób transpłciowych w Polsce*, W. Dynarski, K. Śmiszek (red.), Warszawa 2013, s. 14 i n., gdzie wskazano, że w świetle przeprowadzonych przez E. Holewińską-Łapińską badań dotyczących postępowań mających za przedmiot sądową korektę płci metrykalnej, w latach 1991–2008 odbyło się 245 postępowań w tej sprawie, a w latach 2009 – marzec 2013 – 164 postępowania (E. Holewińska-Łapińska, *Sądowa zmiana płci. Analiza orzecznictwa z lat 1991–2008* [w:] *Studia i analizy Sądu Najwyższego*, t. IV, Warszawa 2010).

¹⁰¹ Więcej na ten temat M. Maleszewski, *Tajemnice płci*, „Wiedza i Życie” 2012, nr 2; *idem*, *Mężczyzna czy kobieta?*, „Gazeta Wyborcza” z 21 października 2011 r., http://wyborcza.pl/1,75400,10513122,Mezycznyzna_czy_kobieta_.html [dostęp 23 stycznia 2014 r.].

¹⁰² S. Dulko, *ABC płci*, *op. cit.*, s. 6. Sytuacje takie dotyczyć mogą, choć nie tylko, osób określanych jako interseksualiści (osoby o cechach hermafrodytycznych, obojnaczych).

¹⁰³ M. Safjan, *Glosa do postanowienia*, *op. cit.*, s. 88.

wielorządowy i rozważany być powinien na płaszczyźnie medycznej, a: *ocena medyczna odpowiadać powinna relacji, w jakiej pozostaje udokumentowana płeć powoda do stanu zdrowia powoda, w kontekście wiedzy medycznej*¹⁰⁴. M. Domański wskazuje, że określenie płci w przypadkach niejednoznacznych powinno opierać się na wieloaspektowej diagnostyce medycznej, obejmującej m.in. badania ultrasonograficzne, cytogenetyczne, hormonalne. Niejednokrotnie wobec możliwej trudności z ustaleniem, cechy której płci przeważają, pomocnicze znaczenie mogłaby mieć płeć psychiczna człowieka¹⁰⁵. Proponowane uzgodnienie płci prowadziłoby w takim wypadku do stanu zgodności wpisu w aktach stanu cywilnego z rzeczywistością¹⁰⁶.

Omawiany projekt dotyka więc istotnego problemu grupy osób, którym przypisano niewłaściwą (tj. niezgodną z rzeczywistością ustaloną na podstawie obiektywnych kryteriów medycznych) płeć. Projekt niezasadnie jednak koncentruje się wyłącznie na zagadnieniu tożsamości płciowej, niewłaściwie utożsamiając płeć człowieka z jego wewnętrznym przeświadczeniem przynależności do określonej płci. Płeć jest natomiast dobrem osobistym o obiektywnym charakterze i jest weryfikowalna naukowo¹⁰⁷.

Uwagi szczegółowe do projektu ustawy

Niezależnie od zasadniczej dla analizowanej wyżej problematyki kwestii znaczenia, jakie ma płeć psychiczna dla prawnej identyfikacji płci człowieka, równie istotne są szczegółowe rozwiązania formalnoprocesowe dotyczące trybu i warunków zmiany wpisów dotyczących płci w aktach stanu cywilnego. Poniżej przedstawione zostaną wybrane, najważniejsze zagadnienia wiążące się z proponowanymi w projekcie rozwiązaniami prawnymi.

¹⁰⁴ Wyrok SA w Katowicach z 30 kwietnia 2004 r., sygn. akt I Aca 276/04, OSA 2004, nr 10, poz. 31.

¹⁰⁵ Podobnie M. Domański, *Rozdzielność płci*, op. cit., s. 840.

¹⁰⁶ Mimo że w doktrynie dominuje pogląd o możliwości sprostowania w akcie urodzenia płci osoby o cechach obojnych (M. Domański, *Rozdzielność płci*, op. cit., s. 833), nie oznacza to braku potrzeby szczególnego uregulowania omawianej kwestii. Po pierwsze, interseksualizm obejmuje szerszą grupę przypadków niż tylko obojność, po drugie zaś – jak wynika z dotychczasowych doświadczeń – ustawodawca powinien w precyzyjny sposób określić zarówno przesłanki zmiany oznaczenia płci, tryb oceny, że występuje niezgodność w tym względzie, jak i kwestie związane z dokonywaniem interwencji medycznych związanych z dostosowaniem cech człowieka do płci właściwej.

¹⁰⁷ Wyrok SA w Katowicach z 30 kwietnia 2004 r., sygn. akt I Aca 276/04, OSA 2004, nr 10, poz. 31.

Dopuszczalność uzgodnienia płci osoby małoletniej

W projekcie dopuszcza się złożenie wniosku o uzgodnienie płci również przez osoby, które ukończyły 16 lat i wyrażają jednoznaczną wolę dokonania uzgodnienia płci oraz mają zgodę przedstawicieli ustawowych na uzgodnienie płci, a w wypadku jej braku zgodę sądu opiekuńczego (art. 5 ust. 1 pkt 2). Niezależnie od argumentacji przedstawianej w uzasadnieniu projektu na poparcie takiego rozwiązania, budzi ono istotne wątpliwości, w tym w zakresie zgodności z Konstytucją.

Niezbędne jest zaznaczenie, po pierwsze, że mimo postulowanego przez wnioskodawców braku wymagania chirurgicznej korekty płci przed lub po wydaniu orzeczenia o uzgodnieniu płci, zabieg taki ma być dopuszczalny¹⁰⁸ również wobec osoby małoletniej, której wniosek zostałby pozytywnie rozpatrzony. Należy podkreślić, że zabieg taki trwale wpływa na zewnętrzne lub wewnętrzne cechy płciowe, a także powoduje nieodwracalne zmiany w budowie i funkcjach organizmu związanych z płcią. Oznacza to konieczność oceny dopuszczalności uzgodnienia płci przez osobę, która ukończyła 16 lat, również przez pryzmat skutków takiej decyzji dla integralności fizycznej małoletniego.

Uzgodnienie płci oraz nieodwracalna interwencja medyczna realizowana w tym celu, prowadzą do niedających się cofnąć skutków prawnych oraz psychofizycznych. Wszelkie zabiegi prowadzące do nieodwracalnej zmiany cech płciowych, stanowią jedno z drastyczniejszych naruszeń integralności osoby im poddanej. Należy przy tym wskazać, że w przypadkach, gdy nie występuje szczególne wyłączenie karalności sprawcy (tu: lekarza), naruszenie takie oznacza zazwyczaj spowodowanie ciężkiego uszczerbku na zdrowiu (o którym mowa w art. 156 § 1 Kodeksu karnego; k.k.) w postaci pozbawienia człowieka zdolności płodzenia lub innego istotnego zniekształcenia ciała.

Artykuł 47 Konstytucji gwarantuje każdemu między innymi prawo do ochrony prawnej życia prywatnego i rodzinnego oraz do decydowania o swoim życiu osobistym. Natomiast art. 41 Konstytucji zapewnia każdemu nietykalność osobistą i wolność osobistą. Istota nietykalności osobistej wiąże się nie tylko z nietykalnością cielesną, ale polega na nienaruszalności integralności cielesnej i duchowej człowieka, którego tożsamość określa nie tylko ciało, ale również psychika¹⁰⁹. Osoby dorosłe na gruncie omawianego projektu wolności te będą w pewnym sensie realizować, jednak w wypadku małoletnich sytuacja

¹⁰⁸ Projekt tej kwestii nie przesądza wprost, takie są jednak, jak się wydaje, intencje jego autorów (co stanowiło przedmiot krytyki w opinii Sądu Najwyższego). Dopuszczalność zabiegów chirurgicznej zmiany płci powinna zostać wyraźnie uregulowana, aby wyłączyć odpowiedzialność lekarza z art. 156 § 1 pkt. 1 k.k., zob. P. Daniluk, *Legalność zabiegów „chirurgicznej zmiany płci” u transseksualistów z perspektywy polskiego prawa karego* [w:] *Orientacja seksualna, op. cit.*, s. 174 i n.

¹⁰⁹ P. Sarnecki, *Uwagi do art. 41* [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. III, L. Garlicki (red.), Warszawa 2003.

wygląda inaczej, ze względu na cechujące ten wiek ograniczenia w podejmowaniu decyzji.

Na gruncie polskiego prawa funkcjonuje (uzasadniona doświadczeniem życiowym) zasada ograniczenia samodzielności małoletniego w decydowaniu o stosunkach prawnych i faktycznych go dotyczących (np. w zakresie zdolności do czynności prawnych czy samodzielnego wyrażania zgody na określone działania medyczne). Znajduje ona swoje odzwierciedlenie m.in. w: Kodeksie cywilnym (k.c.), Kodeksie postępowania cywilnego (k.p.c.), Kodeksie postępowania administracyjnego (k.p.a.), ustawie o prawach pacjenta¹¹⁰. W istocie ograniczenia samodzielności, w tym zdolności do czynności prawnych i zdolności procesowej dziecka, mają na względzie ochronę dobra dziecka¹¹¹ (obejmującego m.in. bezpieczeństwo i integralność osobistą) przed naruszeniem, które wynikać może z niedostatecznego rozeznania przy podejmowaniu aktów woli i wyboru. Prawodawca poddał zatem dzieci pieczy rodziców (art. 18 oraz art. 48 Konstytucji) i sądu, ograniczając ponadto do czasu osiągnięcia pełnoletniości możliwość podejmowania pewnych zasadniczych decyzji (np. o zawarciu związku małżeńskiego), z uwagi na niezdolność, przed osiągnięciem dojrzałości, samodzielnej realizacji swoich praw. Ma to swoje zakotwiczenie w art. 72 Konstytucji, wyrażającym bezwzględny nakaz zapewnienia ochrony interesów małoletniego, których on sam może w praktyce dochodzić w bardzo ograniczonym zakresie¹¹². Na państwie ciąży obowiązek ochrony dobra dziecka również w wypadku, gdy rodzice nie potrafią w sposób odpowiedzialny zapewnić tej wartości. Obowiązek zapewnienia ochrony tych praw jest niezależny od stanu wiedzy, a nawet woli samego małoletniego. Konieczność zapoznania się z opi-

¹¹⁰ Zgodnie z art. 15 k.c. małoletni, którzy ukończyli 13 lat, mają ograniczoną zdolność do czynności prawnych, a osoby poniżej tego wieku pozbawione są tej zdolności. Natomiast art. 426 k.c. wyłącza odpowiedzialność deliktową małoletnich, którzy nie ukończyli 13 lat. Według przepisów Kodeksu postępowania administracyjnego podmiotem tego postępowania w określonych przypadkach może być osoba dorosła. Termin „dorosły” w rozumieniu Kodeksu postępowania administracyjnego jest tożsamy z pojęciem „pełnoletni” użytym w art. 10 § 1 k.c. (postanowienie NSA w Poznaniu z 3 grudnia 1993 r., sygn. akt SA/Po 1931/93, ONSA 1995, nr 2, poz. 53). Z chwilą uzyskania pełnoletności osobę można bowiem uznać za dorosłą, w tym znaczeniu, że działa ona z pełnym rozeznaniem także w zakresie następstw czynności faktycznych o skutkach prawnych, do których należy zaliczyć przyjęcie pisma w postępowaniu procesowym. Zgodnie natomiast z art. 65 k.p.c. zdolność do czynności procesowych (zdolność procesową) mają: *osoby fizyczne posiadające pełną zdolność do czynności prawnych (...), natomiast osoby fizyczne ograniczone w zdolności do czynności prawnych mają zdolność procesową w sprawach wynikających z czynności prawnych, których mogą dokonywać samodzielnie*.

¹¹¹ Por. pkt 5.2 wyroku TK z 11 października 2011 r., sygn. akt K 16/10.

¹¹² Wyrok TK z 28 kwietnia 2003 r., sygn. akt K 18/02, OTK-A ZU 2003, nr 4, poz. 32.

nią małoletniego w sprawach go dotyczących nie oznacza przyznania mu prawa do wyrażania zgody na działania naruszające jego integralność cielesną¹¹³.

Jak podkreślił Trybunał Konstytucyjny w wyroku z 11 października 2011 r. (sygn. akt K 16/10), granica pełnoletności w systemie prawa polskiego jest jedna i ustalona na poziomie 18 lat. Ustanawia ją art. 10 k.c. (dopuszczając wyjątek polegający na nabyciu pełnoletności przez osoby poniżej lat 18, które zawarły małżeństwo). Granicę tę respektuje także Konstytucja, przyznając w art. 62 ust. 1 czynne prawo wyborcze obywatelom polskim, którzy najpóźniej w dniu głosowania kończą 18 lat¹¹⁴. Granica 18 lat jest co prawda jedynie formalną granicą wieku, będącą pewną konwencją alternatywną wobec konstrukcji tzw. zindywidualizowanego badania zdolności danej osoby do dokonywania czynności doniosłych prawnie. Jak wskazał jednak Trybunał, rezygnacja z takiej cezur i na przykład pozostawienie decyzji w kwestii rozeznania małoletniego pacjenta swobodzie personelu medycznego mogłoby prowadzić do znacznie poważniejszych naruszeń praw pacjentów, aniżeli te, które mogą mieć miejsce na gruncie obowiązujących przepisów¹¹⁵.

Oceniając projektowane przepisy, należy mieć bowiem na względzie, że okres dojrzewania (adolescencji) kończy się w wieku ok. 20 lat¹¹⁶, a występującej w tym okresie tzw. kryzys tożsamości (także dotyczący identyfikacji z własną płcią) jest zjawiskiem dość częstym¹¹⁷. Problemy ze zdefiniowaniem własnej tożsamości płciowej dotyczą istotnego odsetka osób w wieku dojrzewania, a przekonania w tym względzie niejednokrotnie są wówczas zmienne¹¹⁸.

Z formalnego punktu widzenia w wyjątkowych sytuacjach ustawodawca może przyznawać małoletnim prawo współdecydowania o sprawach ich dotyczących, tak jak uczynił to na przykład w przypadku ustawowych gwarancji wpływu na proces leczenia w art. 17 ust. 1 ustawy z 6 listopada 2008 r. o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta (Dz.U. z 2009 r. nr 52, poz. 417, ze zm.;

¹¹³ Wprowadzie art. 48 ust. 1 zdanie drugie i art. 72 ust. 3 Konstytucji oraz art. 12 ust. 1 konwencji nakazują zapoznać się z opinią dziecka w jego własnych sprawach oraz uszanować zajęte przez nie stanowisko w miarę możliwości i z uwzględnieniem stopnia jego dojrzałości, nie wymagają jednak, aby ze zdaniem tym wiązać jakiegokolwiek bezpośrednie skutki prawne. Na temat standardu konwencji por. M. Śliwka, *Prawa pacjenta w prawie polskim na tle prawnoporównawczym*, Toruń 2008, s. 191.

¹¹⁴ Konstytucja nie wprowadza jednak bezwzględnego zakazu różnicowania formalnej cezur przyznania praw małoletnim, wprowadzając np. zakaz stałego zatrudniania dzieci do lat 16 (art. 65 ust. 3 zdanie pierwsze).

¹¹⁵ Zob. uzasadnienie wyroku TK z 11 października 2011 r., sygn. akt K 16/10.

¹¹⁶ I. Obuchowska, *Adolescencja* [w:] *Psychologia rozwoju człowieka. Charakterystyka okresów życia człowieka*, t. II, B. Harwas-Napierała, J. Trempała (red.), Warszawa 2006, s. 166.

¹¹⁷ *Ibidem*, s. 183–186.

¹¹⁸ *Ibidem*, s. 163–201.

dalej: ustawa o prawach pacjenta) lub w przypadku określonym w art. 25 ust. 2 ustawy z 5 grudnia 1996 r. o zawodach lekarza i lekarza dentystry (Dz.U. z 2008 r. nr 136, poz. 857, ze zm.; dalej: ustawa o zawodzie lekarza lub u.z.l.). Możliwe są również odstępstwa od wyrażonej w art. 65 § 2 k.p.c. zasady, przyznającej osobom fizycznym ograniczonym w zdolności do czynności prawnych¹¹⁹ zdolność procesową (zdolność do czynności procesowych) jedynie w sprawach wynikających z czynności prawnych, których mogą dokonywać samodzielnie¹²⁰. Niewątpliwie jednak odstępstwa takie muszą być szczególnie uzasadnione i nie mogą rodzić zagrożenia dla praw i wolności małoletniego. W żadnym jednak z dopuszczonych przypadków przyznania zdolności procesowej osobom ograniczonym w zdolności do czynności prawnych, skutki wydania orzeczenia nie będą miały tak daleko idących konsekwencji (zdrowotnych, społecznych, psychofizycznych), jak w wypadku wydania orzeczenia o uzgodnieniu płci. Brak jest tu również analogii do przewidzianych prawem przypadków wyrażania przez osobę małoletnią, która ukończyła 16 lat, zgody lub sprzeciwu na przeprowadzenie badania lub udzielenie innych świadczeń zdrowotnych przez lekarza (czy np. na przyjęcie do szpitala psychiatrycznego). Przepisy te dotyczą działań zmierzających do profilaktyki, zachowania, ratowania, przywracania lub poprawy zdrowia¹²¹, podczas gdy następstwem uzgodnienia płci nie będzie czynność lecznicza¹²², lecz poddanie małoletniego nieodwracalnym interwencjom medycznym wywołującym w istocie skutek z art. 156 § 1 k.k.

Powyższe argumenty, a także doświadczenie życiowe nakazują zatem uznać, że osoby małoletnie rzadko cechują się zrównoważeniem emocjonalnym i roz-

¹¹⁹ Do których należą m.in. osoby mające ukończone 16 lat, a przed osiągnięciem pełnoletności.

¹²⁰ Odstępstwa takie dotyczą m.in.: zdolności ubezwłasnowolnionego do czynności procesowych w zakresie wnioskowania o wszczęcie postępowania o uchylenie lub zmianę ubezwłasnowolnienia oraz zaskarżania postanowień w sprawie o ubezwłasnowolnienie (zob. art. 549 § 1 i 3 k.p.c., art. 560 k.p.c.); prawa podejmowania czynności procesowych przez osobę o ograniczonej zdolności do czynności prawnych (pozostającą pod władzą rodzicielską, opieką albo kuratelą) w postępowaniach nieprocesowych z zakresu prawa rodzinnego, opiekuńczego i kurateli w sprawach jej dotyczących (art. 573 § 1 k.p.c.); zdolności procesowej matki/ojca dziecka, jeżeli ukończyli 16 lat i nie są pozbawieni zdolności do czynności prawnych w sprawach o ustalenie lub zaprzeczenie pochodzenia dziecka oraz o ustalenie bezskuteczności uznania ojcostwa (art. 453¹ k.p.c.).

¹²¹ Zob. definicja świadczenia zdrowotnego zawarta w ustawie o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych (art. 5 pkt. 40).

¹²² Tak też opinia SN z 11 kwietnia 2013 r. (druk sejmowy 1469, s. 4) oraz M. Filar, *Prawne i społeczne aspekty, op. cit.*, s. 74; G. Rejman, *Glosa do uchwały SN z 22 czerwca 1989 r. (sygn. III CZP 37/89)*, OSP 1991, z. 2, s. 66 i n., oraz K. Rozental, *O zmianie płci, op. cit.*, s. 71.

tropnością w podejmowaniu decyzji, które nabywają dopiero w toku dorosłego życia¹²³. W szczególności wątpliwość budzi, czy w stosunku do osoby niepełnoletniej można mówić o „tożsamości płciowej trwale ukształtowanej”¹²⁴. W literaturze wskazuje się niekiedy, że operacyjne zmiany płci nie powinny następować u osób poniżej 21. roku życia¹²⁵. Jak słusznie podkreśla Trybunał Konstytucyjny, dla młodego wieku typowa jest skłonność do zachowań ryzykownych, co jest szczególnie istotne w wypadku podejmowania decyzji, którym towarzyszą silne emocje (m.in. tych związanych ze świadczeniami medycznymi). Uzasadnia to szczególną rozważę przy określeniu swobody decyzyjnej małoletnich pacjentów, znacznie większą aniżeli na przykład przy określaniu skuteczności umów zawieranych przez małoletnich w drobnych, bieżących sprawach życia codziennego¹²⁶.

Dopuszczenie zatem nieodwracalnych interwencji medycznych lub formalnego uzgodnienia płci w wypadku osoby małoletniej, pozbawiać ją będzie realnie prawa do samodzielnego wyboru w powyższym zakresie, dokonywanego świadomie dopiero po osiągnięciu pełnej dojrzałości¹²⁷. Wątpliwe, czy ogólny rozwój, doświadczenie społeczne, świadomość konsekwencji podjętej decyzji przez typową osobę małoletnią (choćby 16-letnią) są wystarczające do decydowania w sprawach będących przedmiotem opiniowanego projektu ustawy¹²⁸. Dopiero osiągnięcie pełnej dojrzałości psychofizycznej umożliwia człowiekowi właściwą realizację samoistnego, podmiotowego prawa do wolności, związanego nierozdzielnie z istotą jego godności¹²⁹. Ingerencja chirurgiczna narusza integralność fizyczną dziecka, nieodwracalnie pozbawia je zdolności płodzenia oraz trwale przekształca całe jego przyszłe życie. Decyzji takich nie powinny podejmować za dziecko inne osoby¹³⁰. W konsekwencji omawiany art. 5 ust. 1 pkt 2 projektu prowadzi do naruszenia prawa małoletnich do integralności cielesnej (art. 41

¹²³ Tak też opinia Prokuratury Generalnej Skarbu Państwa z 28 marca 2013 r. (druk sejmowy nr 1469).

¹²⁴ Tak też Krajowa Rada Sądownictwa w opinii z 12 kwietnia 2013 r. (druk sejmowy nr 1469).

¹²⁵ Z. Lew-Starowicz, *Seksuologia sądowa*, Warszawa 2000, s. 101; M. Fajkowska-Stanik, *Transseksualizm. Definicje, klasyfikacje i symptomatologia zjawiska*, „Psychiatria Polska” 1999, nr 5, s. 961.

¹²⁶ Wyrok TK z 11 października 2011 r., sygn. akt K 16/10.

¹²⁷ Tak samo M. Filar, *Prawne i społeczne aspekty, op. cit.*, s. 77, oraz (z zastrzeżeniem dotyczącym osób interseksualnych) K. Rozent, *O zmianie płci, op. cit.*, s. 69–70.

¹²⁸ Tak opinia SN z 11 kwietnia 2013 r., s. 7, <http://sejm.gov.pl/Sejm7.nsf/druk.xsp?nr=1469> [dostęp 27 stycznia 2014 r.].

¹²⁹ Por. wyrok TK z 11 października 2011 r., sygn. akt K 16/10.

¹³⁰ Mimo że proponowane w projekcie regulacje przewidują zgodę małoletniego na wyżej wymienione działania, ostateczną decyzję będzie jednak podejmować przedstawiciel ustawowy lub sąd.

Konstytucji) oraz prawa do samostanowienia i prywatności (art. 47 Konstytucji). Konieczność poszanowania dobra dziecka (art. 72 Konstytucji) i zagwarantowania mu wyżej wymienionych praw wymaga wstrzymania decyzji, których dotyczy przedłożony projekt, co najmniej do momentu osiągnięcia przez daną osobę pełnoletniości i teoretycznej przynajmniej możliwości pełnego rozeznania skutków składanych oświadczeń i podejmowanych działań¹³¹.

Na powyższą ocenę nie mogą mieć wpływu argumenty, że okres dojrzewania płciowego jest, biologicznie rzecz ujmując, najkorzystniejszym czasem na chirurgiczną i hormonalną modyfikację płci (zatrzymanie procesów dojrzewania płciowego w płci nieakceptowanej)¹³². Konieczność ukonstytuowania się dojrzałej psychiki i tożsamości płciowej oraz uzyskania na tej podstawie w pełni świadomej i samodzielnej zgody człowieka na ewentualną korektę płci jest warunkiem pierwotnym wobec jakichkolwiek prawnych i medycznych interwencji w integralność człowieka. Szkody wyrządzone pochopną decyzją w omawianym względzie w stopniu wielokrotnym przewyższają ewentualny dyskomfort wynikający z potrzeby dłuższego pozostawania w „płci nieakceptowanej”.

Mniej rygorystyczne stanowisko mogłoby dotyczyć jedynie przypadków małoletnich interseksualistów, u których, na skutek obojactwa, niewłaściwie oznaczono płeć w akcie urodzenia¹³³. W przypadku, gdy jednoznaczne wskazania medyczne potwierdzają wadliwą identyfikację płci w chwili narodzin, sprzeczną z płcią ujawnioną w kolejnych latach życia, dopuszczalne wydaje się umożliwienie formalnego uzgodnienia płci przed osiągnięciem pełnoletniości oraz uwzględnienie (tak jak w przypadku świadczeń zdrowotnych) zgody małoletniego, który ukończył 16 lat, na taką decyzję.

Inne warunki dotyczące wnioskodawcy

W art. 5 ust. 1 projektu do warunków wystąpienia z wnioskiem o uzgodnienie płci zalicza się niepozostawanie w stanie małżeńskim¹³⁴, co gwarantuje zgodność proponowanego rozwiązania z konstytucyjną zasadą ochrony małżeństwa jako związku kobiety i mężczyzny (art. 18 Konstytucji).

Proponowane przepisy nie wykluczają jednak uzgodnienia płci osób, które są w świetle prawa ojcem lub matką dziecka poczętego w czasie funkcjonowania w płci niezgodnej z tożsamością płciową. W ocenie projektodawców uza-

¹³¹ Taki sam wniosek zaprezentowała Krajowa Rada Sądownictwa w opinii z 12 kwietnia 2013 r. (druk sejmowy nr 1469) oraz Prokuratoria Generalna Skarbu Państwa w opinii z 28 marca 2013 r. (druk sejmowy nr 1469), gdzie przywołano również pogląd, że nie należy wykonywać zabiegów zmiany płci u osób poniżej 21. roku życia (M. Fajkowska-Stanik, *Transseksualizm*, op. cit., s. 961).

¹³² Uzasadnienie projektu, s. 8.

¹³³ Zob. uwagi w tym względzie K. Rozental, *O zmianie płci*, op. cit., s. 69.

¹³⁴ Por. uwagi na ten temat Z. Radwański, *Glosa do uchwały składu 7 sędziów z 22 czerwca 1989 r.*, III CZP 37/89, OSP 1991, nr 2, s. 66.

leżnienie dopuszczalności wniosku od warunku nieposiadania dzieci wydaje się *zbyt daleką ingerencją w prawo ochrony macierzyństwa, rodzicielstwa czy rodziny*¹³⁵. Wskazać jednak należy, że za ingerencję we wskazane prawa można byłoby raczej uznać wydanie w takim wypadku postanowienia o uzgodnieniu płci, bowiem naruszałoby to dobro dziecka, wymagające między innymi ochrony i poszanowania jego stosunków z ojcem i matką, wyznaczających tożsamość i stan cywilny małoletniego.

Jak wskazał Sąd Apelacyjny w Łodzi w wyroku z 15 lipca 2010 r. (sygn. akt I Aca 437/2010)¹³⁶, więź rodziców z dzieckiem, łącząca zarówno dziecko, jak i rodziców w prawidłowo funkcjonującej rodzinie, zasługuje na status dobra osobistego w postaci ochrony życia rodzinnego. Dobra osobiste dziecka i dobra osobiste rodziców mają charakter niezależny¹³⁷.

Na problem ten wskazywał również Sąd Najwyższy w wyroku z 6 grudnia 2013 r., podkreślając konieczność uwzględnienia w sprawie dotyczącej ustalenia płci osoby mającej dziecko, nie tylko dążenia transseksualisty do uzgodnienia przypisanej mu płci metrykalnej z psychicznym poczuciem płci, ale również okoliczności leżących po stronie dziecka: *a mianowicie jego szeroko rozumianą gotowość do znalezienia się w takiej sytuacji, że w swoim rodzicu ma widzieć osobę innej płci, niż wypełniona przez tę osobę rola w procesie poczęcia i narodzin dziecka, a być może także w wychowaniu dziecka, na jakichś etapach jego życia*¹³⁸.

Z tych przyczyn uzgodnienie płci osoby będącej rodzicem małoletnich naruszałoby prawa tych dzieci chronione na gruncie art. 18 i 72 Konstytucji (zasada ochrony rodziny, zasada ochrony praw dziecka). Ustawa przewidując więc powinna pośród negatywnych przesłanek uzgodnienia płci, posiadanie małoletnich dzieci¹³⁹ oraz stan ciąży wnioskodawczyń¹⁴⁰.

Uczestnicy postępowania o uzgodnienie płci

Postępowanie w sprawach o uzgodnienie płci ma być prowadzone w trybie nieprocesowym, co jest rozwiązaniem słusznym¹⁴¹.

Przepisy projektowanej ustawy, a w szczególności rozdział 2 – Postępowanie w sprawach o uzgodnienie płci, nie określają tego, jakie osoby powinny uczestniczyć w postępowaniu w tej sprawie. W postępowaniu nieprocesowym

¹³⁵ Uzasadnienie projektu, s. 31.

¹³⁶ OSAŁ 2010, nr 3, poz. 23.

¹³⁷ Orzeczenie SN z 25 maja 2011 r., sygn. akt II CSK 537/10, LEX nr 846563.

¹³⁸ Wyrok SN z 6 grudnia 2013 r., sygn. akt I CSK 146/13, LEX nr 1415181.

¹³⁹ Zob. na ten temat M. Safjan, *Glosa do postanowienia, op. cit.*, s. 83–84, i literatura powołana w przypisie nr 14, a także opinia SN z 11 kwietnia 2013 r., s. 9, <http://sejm.gov.pl/Sejm7.nsf/druk.xsp?nr=1469> [dostęp 27 stycznia 2014 r.].

¹⁴⁰ W braku takiego zakazu, gdyby poród nastąpił po uzgodnieniu płci, matką dziecka byłby mężczyzna.

¹⁴¹ Tak samo K. Rozental, *O zmianie płci, op. cit.*, s. 69.

udział wzięć mogą zainteresowani (art. 510 k.p.c.). Zainteresowanym w sprawie jest każdy, czyich praw dotyczy wynik postępowania. Jeżeli zainteresowany weźmie udział w sprawie lub zostanie wezwany do udziału przez sąd, staje się uczestnikiem. Co do zasady Kodeks postępowania cywilnego nie określa, jakie osoby są zainteresowanymi w danej kategorii spraw. W wyjątkowych jednak przypadkach, np. gdy waga podejmowanych decyzji jest szczególnie duża, Kodeks reguluje precyzyjnie krąg uczestników sprawy (zob. np. art. 546 § 1 k.p.c. lub art. 626¹ § 2 k.p.c.)¹⁴².

Wydaje się, że sprawy o uzgodnienie płci będą mieć na tyle wyjątkowy charakter, że ustawa powinna określać precyzyjnie uczestników postępowania na wzór wyżej przywołanych przepisów. Uczestnikami powinny być osoby, których praw i dóbr osobistych dotyczyć będzie bezpośrednio postanowienie sądu. Do osób takich należą np. małżonek, dzieci czy rodzice wnioskodawcy.

Jak podkreśla Sąd Najwyższy, zdarzenia kształtujące stan cywilny człowieka: *mają z reguły taką właściwość, że wpływają także na stan cywilny innych osób, jedne – niezależnie od woli działającego (urodzenie i pochodzenie od określonych rodziców), a inne – w rezultacie podjętych przez niego czynności prawnych, czy też skutek orzeczeń wydanych w postępowaniach, na których wszczęcie i przebieg może on wpływać*¹⁴³.

Prawidłowe ustalenie stanu osobistego i cywilnego leży zatem nie tylko w interesie osoby bezpośrednio zainteresowanej, ale również w interesie publicznym, a dane składające się na stan osobisty i cywilny jednej osoby mogą wpływać na skuteczność praw innych osób¹⁴⁴. Należy przypomnieć, że z określonych przez Kodeks rodzinny i opiekuńczy więzów rodzinnych (pokrewieństwa, małżeństwa, powinowactwa) wynika wiele praw i obowiązków: alimentacyjnych, spadkowych, związanych z wykonywaniem władzy rodzicielskiej, z zakresu ubezpieczeń społecznych. Nie budzi również wątpliwości, że stan cywilny – w znaczeniu przynależności do określonej rodziny i odpowiedniego ukształtowania więzi rodzinnych – jest szczególnym dobrem osobistym każdej osoby fizycznej, prawa stanu cywilnego zaś należą do praw o charakterze bezwzględny¹⁴⁵.

Niewątpliwie więc w toku postępowania o uzgodnieniu płci sąd będzie rozstrzygał o uprawnieniach i dobrach osobistych członków rodziny wnioskodawcy. Osoby te powinny mieć zagwarantowane prawo uczestnictwa w tym

¹⁴² Zgodnie z art. 546 § 1 k.p.c.: *Uczestnikami postępowania o ubezwłasnowolnienie są z mocy samego prawa prócz wnioskodawcy: 1) osoba, której dotyczy wniosek, 2) jej przedstawiciel ustawowy, 3) małżonek osoby, której dotyczy wniosek o ubezwłasnowolnienie.*

¹⁴³ Wyrok SN z 6 grudnia 2013 r., sygn. akt I CSK 146/13, LEX nr 1415181.

¹⁴⁴ Wyrok TK z 12 listopada 2002 r. sygn. akt SK 40/01, OTK-A ZU 2002, nr 6, poz. 81.

¹⁴⁵ T. Smyczyński, *Prawo rodzinne i opiekuńcze. Analiza i wykładnia*, Warszawa 2001, s. 17; J. Ignatowicz, *Prawo rodzinne*, Warszawa 2001, s. 67; M. Pazdan [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. I, K. Pietrzykowski (red.), Warszawa 2002, s. 83.

postępowaniu sądowym, a z uwagi na wagę dóbr, które mogą być naruszone, w omawianym przypadku ustawodawca nie powinien poprzestawać na pozostawieniu kwestii uczestnictwa praktyce sądowej.

Zgoda rodziców małoletniego na uzgodnienie płci

Unormowania art. 5 ust. 1 pkt 2 projektu dopuszczające złożenie wniosku przez osobę mającą ukończone 16 lat, uzależniają to od posiadania zgody przedstawicieli ustawowych na uzgodnienie płci, „a w przypadku jej braku” – zgody sądu opiekuńczego. Niejednoznaczność przywołanego przepisu uniemożliwia ocenę, czy mowa jest tu o sytuacji „braku” zgody przedstawicieli ustawowych z uwagi na sprzeczność ich zdań co do uzgodnienia płci przez dziecko, czy też braku zgody rozumianej jako sprzeciw obojga rodziców (opiekunów prawnych) wobec wniosku ich dziecka w tym względzie¹⁴⁶. W tym drugim wypadku projekt niewątpliwie spotkałby się z zarzutem ingerencji w gwarantowane konstytucyjnie prawa rodziców sprawujących władzę rodzicielską nad dzieckiem, umożliwiałby bowiem przełamanie woli rodziców małoletniego przez sąd¹⁴⁷. Ingerencję tę uznać należałoby za nieproporcjonalną, skoro w niedalekiej przyszłości dziecko miałoby możliwość podjęcia samodzielnej decyzji w omawianej kwestii. W prawie polskim konstrukcja przełamania sprzeciwu rodziców wobec poddania leżeniu jest absolutnym wyjątkiem i dotyczy wyłącznie sytuacji, gdy sprzeciw ten prowadzić może do śmierci lub ciężkiego uszczerbku na zdrowiu dziecka¹⁴⁸.

Zakres postępowania dowodowego

W projekcie przewiduje się dość szczególne rozwiązanie w zakresie postępowania dowodowego, dopuszczając, by postanowienie o uzgodnieniu płci wydane zostało jedynie na podstawie oświadczenia wnioskodawcy o tożsamości płciowej oraz „orzeczenia dwóch lekarzy ze specjalizacją w zakresie psychiatrii lub w zakresie seksuologii albo orzeczenia wydanego przez jednego lekarza z taką specjalizacją i psychologa ze specjalizacją w zakresie seksuologii” (art. 5 ust. 2 w związku z ust. 3). Jest to rozwiązanie wysoko niesatysfakcjonujące, szczególnie w kontekście wiedzy specjalistycznej niezbędnej do rozstrzygnięcia wniosku oraz wagi podejmowanej przez sąd decyzji. „Orzeczenia”, które miałyby być dołączane do wniosku, nie mają istotnego waloru dowodowego, są bowiem jedynie opiniami prywatnymi. Projekt w żaden sposób nie wyklucza możliwości sporządzenia tych „orzeczeń” przez lekarzy prowadzących wnioskodawcę, co podważa podstawowe zasady bezstronności i metodologii sporzą-

¹⁴⁶ Zob. też szeroka krytyka omawianego rozwiązania w opinii SN z 11 kwietnia 2013 r., s. 8.

¹⁴⁷ Negatywną ocenę takiej regulacji przedstawiła Krajowa Rada Sądownictwa w opinii z 12 kwietnia 2013 r. (druk sejmowy nr 1469).

¹⁴⁸ Zob. art. 34 ust. 6 u.z.l.

dzania opinii sądowych¹⁴⁹. Orzeczeń tych nie można w żaden sposób porównywać z opiniami biegłych sądowych, które cechuje bezstronność. Co więcej, sąd nie ma zwykle kwalifikacji do tego, by oceniać metodologiczną prawidłowość czy zasadność przedstawionych orzeczeń, gdyż niezbędna do tego jest wiedza specjalistyczna, którą dysponują jedynie biegli¹⁵⁰, w tym wypadku z zakresu psychiatrii, seksuologii, psychologii (którzy powinni wypowiadać się w takich sprawach łącznie¹⁵¹, po przeprowadzeniu samodzielnych badań wnioskodawcy). Proponowane rozwiązanie należy uznać zatem za niedopuszczalne¹⁵².

Korekta wewnętrznych lub zewnętrznych cech płciowych

Z koncepcją podporządkowania prawnego pojęcia płci tożsamości płciowej połączono zawartą w art. 6 projektu propozycję zakazu uzależniania uzgodnienia płci od zabiegów mających na celu dostosowanie płci fizjologicznej do płci identyfikowanej przez wnioskodawcę jako właściwa (płci psychicznej). Jak wskazuje się w uzasadnieniu: *projekt ustawy przyjmuje, że w przypadku niektórych osób jako element terapii transseksualności lub interseksualności wystarczy prawne uznanie ich przynależności do określonej płci bez podejmowania interwencji medycznych*¹⁵³.

Dopuszczalność oraz warunki przeprowadzania zabiegów dostosowujących (korekcyjnych) płci od dawna stanowiły przedmiot sporów. Wyrażano pogląd, że oparcie takich zabiegów wyłącznie na zgodzie zainteresowanego nasuwa poważne zastrzeżenia, bowiem nie mają one w istocie charakteru leczniczego, a prowadzą one: *nie tylko do sterylizacji, ale i kastracji człowieka, zaś wytworzone w ich wyniku narządy płciowe są tylko atrapami, a więc zabiegi te wypełniają znamiona (...) występuku ciężkiego uszkodzenia ciała*¹⁵⁴.

Przypomnieć należy, że w uchwale z 25 lutego 1978 r. (sygn. akt III CZP 100/77) Sąd Najwyższy wyraził pogląd, że w określonych warunkach: *nie ma podstaw do przypisania w każdym wypadku rozstrzygającego znaczenia zewnętrznym cechom płciowym transwestyty, pomimo że organy te nie zostały*

¹⁴⁹ Biegłymi w tych sprawach nie powinny być osoby prowadzące wnioskodawcę – tak m.in. K. Rozentel, *O zmianie płci*, *op. cit.*, s. 71, oraz Prokuratura Generalna Skarbu Państwa w opinii z 28 marca 2013 r. (druk sejmowy nr 1469).

¹⁵⁰ Zob. opinia SN z 11 kwietnia 2013 r., s. 11–12.

¹⁵¹ Zob. uwagi Prezesa Naczelnej Izby Pielęgniarek i Położnych (pismo z 25 kwietnia 2013 r., druk sejmowy nr 1469); podobnie M. Filar, *Prawne i społeczne aspekty*, *op. cit.*, s. 77.

¹⁵² Tak samo opinia Krajowej Rady Sądownictwa z 7 września 2012 r., <http://www.krs.pl/admin/files/201480.pdf> [dostęp 25 stycznia 2014 r.].

¹⁵³ Uzasadnienie, s. 14.

¹⁵⁴ Zob. G. Rejman, *Glosa do uchwały SN*, *op. cit.*, s. 66 i n., a także K. Rozentel, *O zmianie płci*, *op. cit.*, s. 71, oraz podobnie M. Filar, *Prawne i społeczne aspekty*, *op. cit.*, s. 74, którzy postulują szczególne uregulowanie tej kwestii.

skorygowane. Co więcej, zmuszenie takiego osobnika do poważnego zabiegu operacyjnego tylko w tym celu, aby mu umożliwić dostosowanie stanu prawnego do nowo powstałego stanu rzeczywistego, nie byłoby uzasadnione¹⁵⁵. Dostrzeżenia jednak wymaga, że SN uwagę tę sformułował w kontekście tak uprzednio zdefiniowanych warunków:

- chodzi o wypadki, gdy różnorodne cechy płci nie są jednoznaczne,
- cechy jednej z płci (przeciwnej do tej wskazanej w akcie stanu cywilnego) są przeważające
- istnieje też silne psychiczne poczucie przynależności do płci odmiennej (a przekonanie to nie jest dowolne, lecz wynika z obiektywnego ukształtowania większości cech organizmu związanych z płcią),
- otoczenie traktuje tę osobę, jako osobę mającą „nową płć” (odmienną od płci metrykalnej).

Uchwała Sądu Najwyższego z 25 lutego 1978 r. nie daje zatem oparcia postulatowi umożliwienia zmiany płci metrykalnej (bez wymagania korekty operacyjnej) osób jednoznacznie biologicznie przypisanych do konkretnej płci, a dotyczy osób interseksualnych, których biologiczne cechy jednej z płci przeważają.

Poza sporem jest, że identyfikacja danej osoby jako przynależnej do określonej płci ma kontekst zarówno normatywny, jak społeczno-kulturowy. Analizując omawiane zagadnienie, rozważyć należy więc, jakie skutki prawne i społeczne będzie miało dopuszczenie prawnej korekty płci bez dostosowania anatomicznego wnioskodawcy¹⁵⁶. Podstawowym narzucającym się wnioskiem jest ten, że możliwe będzie społeczne i prawne funkcjonowanie osób formalnie postrzeganych jako płć przeciwna do ich faktycznej płci biologicznej¹⁵⁷. Istotnie zaburzyłoby to funkcjonowanie dotychczasowych norm prawnych i społecznych w sposób, którego skutki trudno przewidzieć¹⁵⁸. Płć determinuje dopuszczalność zawarcia z inną osobą (płci przeciwnej) małżeństwa czy uprawnienia pracownicze i emerytalne człowieka. Prawne oznaczenie płci ma też znaczenie dla funkcjonowania człowieka w ramach norm społecznych, wyrażających się m.in. w istnieniu oddzielnych toalet czy przebieralni dla kobiet i mężczyzn,

¹⁵⁵ Sąd Najwyższy mylnie utożsamiał w tym wypadku transwestytyzm z transseksualizmem, co nie ma jednak wpływu na jego wywód.

¹⁵⁶ Wypowiadał się na ten temat m.in. M. Filar [w:] *Glosa do uchwały SN z 22 czerwca 1989 r. (sygn. akt III CZP 37/89)*, „Państwo i Prawo” 1990, z. 10, s. 116–118.

¹⁵⁷ Krytycznie na ten temat opinia Prokuratora Generalnego z 14 sierpnia 2013 r., s. 2, <http://sejm.gov.pl/Sejm7.nsf/druk.xsp?nr=1469> [dostęp 27 stycznia 2014 r.]. Funkcjonowanie osoby o gruczołach i narządach płciowych przeciwnych metrykalnemu oznaczeniu płci było negatywnie oceniane również przez K. Rozentała [w:] *O zmianie płci*, op. cit., s. 72.

¹⁵⁸ Zob. pkt 3 opinii Prokuratorii Generalnej Skarbu Państwa z 28 marca 2013 r. (druk sejmowy nr 1469).

oddzielnych oddziałów w zakładach karnych¹⁵⁹, a także odrębnych zawodów sportowych. Osoba będąca jedynie metrykalnie kobietą, a fizjologicznie mężczyzną, będzie miała zatem prawo wstępu do przebieralni dla kobiet i dziewcząt na basenie, a przeciwdziałanie takiej sytuacji będzie mogło być uznane za dyskryminację ze względu na płeć lub tożsamość płciową. Osoba taka będzie mogła również zawrzeć związek małżeński z osobą formalnie przeciwnej, jednak biologicznie tożsamej płci¹⁶⁰, a następnie domagać się niedyskryminacyjnego traktowania w dostępie do adopcji. Możliwe będzie również funkcjonowanie osoby o płci metrykalnej męskiej oraz zdolności rodzenia dzieci¹⁶¹, a także sytuacja, w której ta sama osoba jest w stosunku do jednego dziecka matką, a w stosunku do drugiego ojcem¹⁶². Dopuszczenie takich sytuacji nie dość, że stanowiłoby pokusę obejścia przepisów uniemożliwiających zawieranie jedнопłciowych związków małżeńskich¹⁶³, ale byłoby też w istocie: *zamachem na zasadę dychotomicznego podziału społeczeństwa na dwie przeciwstawne płcie, gdyż tworzyłoby swoistą trzecią płeć w postaci osób, których cechy fizyczne należą do jednej płci, zaś status prawny do płci przeciwnej*¹⁶⁴. Z powyższych względów propozycję zawartą w art. 6 projektu należy ocenić negatywnie¹⁶⁵.

¹⁵⁹ Artkuł 87 § 1 ustawy z 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny wykonawczy.

¹⁶⁰ Tak wprost uzasadnienie, s. 14. Krytycznie na temat takiego rozwiązania wypowiedzieli się: K. Rozental, *O zmianie płci*, op. cit., s. 72; M. Filar, *Prawne i społeczne aspekty*, op. cit., s. 76; M. Domański, *Rozdzielność płci*, op. cit., s. 853; zob. również J. Ignatowicz, *Glosa do uchwały*, op. cit., s. 193. Obowiązek władz publicznych do poszanowania prawa osoby transseksualnej po operacyjnej korekcie płci genitalnej do zawarcia związku małżeńskiego z osobą płci przeciwnej w stosunku do jej płci po korekcie wynika m.in. z wyroku Wielkiej Izby ETPC z 11 lipca 2002 r., w sprawie *Christine Goodwin v. Zjednoczone Królestwo*, op. cit.

¹⁶¹ Sytuacja taka będzie niemożliwa do rozwiązania na gruncie obowiązujących przepisów, gdyż dziecko urodzi osoba będąca metrykalnie mężczyzną (zgodnie z art. 61⁹ k.r.o. matką jest kobieta, która urodziła dziecko), M. Domański, *Rozdzielność płci*, op. cit., s. 851.

¹⁶² *Ibidem*, s. 853.

¹⁶³ Zob. opinia Prokuratorii Generalnej Skarbu Państwa z 28 marca 2013 r. (druk sejmowy nr 1469).

¹⁶⁴ P. Daniluk, *Zasada 3 Yogyakarty – dwie uwagi krytyczne (głos w dyskusji)* [w:] *Orientacja seksualna i tożsamość płciowa – aspekty prawne i społeczne*, R. Wieruszewski, M. Wyrzykowski (red.), Warszawa 2009, s. 215. O ewentualnych zagrożeniach dla porządku społeczno-prawnego, opartego na dychotomicznym podziale na dwie przeciwstawne płcie wspominał również M. Filar [w:] *Glosa do uchwały SN z dnia 22 czerwca 1989 r.*, op. cit., s. 116–118.

¹⁶⁵ Postulat, by zabieg korekcyjny poprzedzał z reguły wydanie orzeczenia o zmianie płci metrykalnej formułował K. Rozental, *O zmianie płci*, op. cit., s. 71, oraz M. Filar, *Prawne i społeczne aspekty*, op. cit., s. 77, uzasadniając to potrzebą: *maksymalnej dążności do „dopasowania” statusu transseksualistów do klasycznego podziału rodzajowego*.

Osoby interseksualne

Szczegółnej, i w znacznej mierze odrębnej, kwestii dotyczy art. 7 projektu, regulujący dokonywanie nieodwracalnych interwencji medycznych, mających na celu korektę zewnętrznych lub wewnętrznych cech płciowych w stosunku do osób, które mają cechy charakterystyczne dla obu płci, lub których płeć nie może być jednoznacznie określona na podstawie tych cech. Pod pojęciem „nieodwracalnych interwencji medycznych” rozumie się, zgodnie z art. 2 pkt 1 projektu, podejmowanie inwazyjnych lub nieinwazyjnych działań medycznych, które trwale wpływają na zewnętrzne lub wewnętrzne cechy płciowe, a także powodują nieodwracalne zmiany w budowie i funkcjach organizmu związanych z płcią. Projektowany przepis zakazuje dokonywania takich interwencji bez zgody tych osób, chyba że jest to bezwzględnie konieczne dla ratowania ich życia.

Przedstawiony problem ma złożony charakter i niewątpliwie wymaga uregulowania, jednak niekoniecznie w sposób proponowany przez autorów projektu. Wyróżnić tu można dwa podstawowe problemy: a) dopuszczalność przesunięcia wieku uwzględniania zgody małoletniego z 16. na 13. rok życia, b) wykluczenie tego typu interwencji medycznych, jeśli nie zachodzi konieczność ratowania życia pacjenta.

Po pierwsze, wątpliwości może budzić zdolność osoby trzynastoletniej do podjęcia świadomej decyzji dotyczącej samookreślenia swojej płci i zgody na „nieodwracalne interwencje medyczne”¹⁶⁶. Przypomnieć należy, że zgodnie z ustawą o prawach pacjenta, a także ustawą o zawodzie lekarza, granicą wieku wyrażania zgody na udzielenie świadczeń zdrowotnych jest 16 lat. Różnica trzech lat jest w tym wypadku bardzo znacząca, gdyż między 13. a 16. rokiem życia następuje najbardziej intensywny rozwój psychofizyczny człowieka¹⁶⁷.

Po drugie, niewłaściwa, w kontekście art. 7 projektu, wydaje się być definicja „nieodwracalnych interwencji medycznych”. Jest ona przede wszystkim bardzo szeroka i obejmuje niemal wszystkie przypadki interwencji chirurgicznych lub terapii hormonalnej podejmowanych w celu leczenia zjawisk zaburzeń rozwoju układu płciowego dzieci¹⁶⁸. W efekcie projektowany przepis uniemożliwiać będzie dokonywanie interwencji medycznych w wypadku konieczności ratowania

¹⁶⁶ Zarzuty w tym względzie zgłaszał m.in. Prokurator Generalny (pismo z 8 maja 2013 r., s. 2, pismo z 14 sierpnia 2013 r., s. 3, druk sejmowy nr 1469), Prezes Naczelnej Izby Pielęgniarek i Położnych (pismo z 25 kwietnia 2013 r., druk sejmowy nr 1469), wiceprzewodniczący Krajowej Rady Prokuratorów (pismo z 12 kwietnia 2012 r., druk sejmowy nr 1469), Sąd Najwyższy (opinia z 11 kwietnia 2013 r., s. 14), a także Rzecznik Ubezpieczonych (pismo z 28 marca 2013 r., druk sejmowy nr 1469).

¹⁶⁷ Zob. uwagi formułowane już w tym względzie powyżej.

¹⁶⁸ Proponowana definicja zawiera w sobie również sprzeczność, bowiem „nieodwracalnymi” nazywa m.in. działania (w tym nieinwazyjne) wpływające np. na zewnętrzne cechy płciowe (nawet jeśli mają one charakter drugo- lub trzeciorzędny).

zdrowia dziecka, ograniczając ich dopuszczalność tylko do zabiegów mających na celu ratowanie życia. Wobec bardzo ogólnego brzmienia omawianego zakazu analizowany przepis nie odróżnia przypadków, gdy cechy hermafrodyckie dziecka można skorygować w prosty sposób (zabiegi chirurgii estetycznej), od takich, które faktycznie wymagają poważnej ingerencji w układ rozrodczy. Jest to zresztą zabieg celowy, gdyż projektodawcy chcą uniemożliwić dokonywanie właśnie takich kosmetycznych interwencji chirurgicznych¹⁶⁹.

Autorzy projektu jednak nie zauważają, że będąca konsekwencją art. 7 projektu konieczność przeżycia przez dziecko co najmniej trzynastu lat w stanie nieokreśloności płciowej drastycznie odbijać się będzie na jego psychice i zawsze rodzić będzie cierpienie ze względu na niemożność samoidentyfikacji i określenia swojej przynależności do określonej płci. Względem na te okoliczności przemawia za dopuszczalnością dokonywania modyfikacji zewnętrznych cech płciowych dziecka, pod warunkiem niedokonywania nieodwracalnych interwencji medycznych, których skutkiem jest pozbawienie możliwości płodzenia. Również w literaturze podkreśla się konieczność odróżnienia zabiegów chirurgicznych zmierzających od usunięcia wad rozwojowych gruczołów i narządów płciowych w przypadku obojnectwa, od zabiegów „zmieniających płeć”¹⁷⁰, co uzasadnia odmienne traktowanie tych zabiegów przez prawo.

W wyroku z 6 grudnia 2013 r. Sąd Najwyższy w stwierdził, że: *interseksualizm i obojnectwo uzasadnia określenie płci człowieka z uwzględnieniem wszystkich innych cech jego budowy, nie wyłączając także świadomości zainteresowanego. Jego wystąpienie może powodować, że z konieczności, z czasem człowiekowi trzeba przypisać taką płeć, jakiej cechy są przeważające. Stwierdzone odchylenia od normy mogą powodować potrzebę dokonania tzw. zabiegu korekcyjnego, polegającego na dostosowaniu zewnętrznych narządów płciowych do przeważających cech płci, bądź istniejących od początku, bądź ukształtowanych w okresie późniejszym. Niewątpliwie tego przypadku dotyczyła uchwała Sądu Najwyższego z 25 lutego 1978 r., III CZP 100/77 (OSP i KA 1983, Nr 10, poz. 217)*¹⁷¹.

Należy zatem podzielić stanowisko autorów projektu, że sytuacja dzieci interseksualnych i procedury postępowania w takich sytuacjach wymagają uregulowania. W szczególności mogą występować przypadki takiego nałożenia się i współwystępowania cech charakterystycznych dla obu płci, w których bez nieodwracalnej interwencji medycznej w układ rozrodczy człowieka nie będzie możliwości biologicznego zdeterminowania płci dziecka. Wówczas należałoby dopuścić proponowane rozwiązanie, polegające na wstrzymaniu interwencji medycznych do czasu ukształtowania się w dziecku tożsamości płciowej (co następuje jednak nie w wieku 13 lat, a po osiągnięciu pełnoletności). Prawne

¹⁶⁹ Uzasadnienie, s. 32.

¹⁷⁰ K. Rozental, *O zmianie płci*, op. cit., s. 65.

¹⁷¹ Wyrok SN z 6 grudnia 2013 r., sygn. akt I CSK 146/13, LEX nr 1415181.

(w praktyce niekiedy tymczasowe) określenie płci dziecka zależałoby w takim wypadku od oceny lekarza (zespołu lekarskiego) oceniającego przeważające cechy płciowe.

Właściwe byłoby również ustalenie medycznych procedur postępowania z dziećmi interseksualnymi, w tym badań, których wykonanie jest konieczne przed określeniem płci na potrzeby prawne.

Wbrew temu, co wskazuje się w uzasadnieniu, art. 7 nie odnosi się w żaden sposób do roli rodziców (przedstawicieli ustawowych dziecka) w podejmowaniu decyzji dotyczącej nieodwracalnej interwencji medycznej po ukończeniu przez dziecko 13 lat¹⁷². Można byłoby wywodzić, że uprawnienia rodziców wynikają w tym przypadku z art. 34 ust. 3 u.z.l.¹⁷³, jednak wątpliwości budzi fakt uregulowania wprost kwestii wymogu zgody rodziców (sądu) w art. 5 ust. 1 pkt 2, przy jednoczesnym pominięciu tej kwestii w omawianym art. 7 ust. 2 projektu.

Dostęp do aktów stanu cywilnego wnioskodawcy

Negatywnie należy ocenić treść projektowanego art. 49¹ u.p.a.s.c., który ogranicza dostęp dzieci osoby, wobec której wydano postanowienie o uzgodnieniu płci, do jej aktów stanu cywilnego (ust. 4). Użyte w tym przepisie określenie „jeżeli wymagają tego ważne względy społeczne” jest nieostre¹⁷⁴, a przesłanką udostępnienia księgi stanu cywilnego w części dotyczącej dotychczasowego aktu urodzenia rodzica, powinien być raczej interes dziecka¹⁷⁵. Z omawianego przepisu wynikać może również pośrednio, że dziecku urodzonemu po uprawnieniu się takiego postanowienia, nie będzie wolno udostępniać ksiąg stanu cywilnego rodzica w powyższym zakresie¹⁷⁶, co w świetle wywodzonego w prawie polskim prawa do poznania własnej tożsamości¹⁷⁷ jest rozwiązaniem niedopuszczalnym.

¹⁷² Uwagę na to zwrócił też wiceprzewodniczący Krajowej Rady Prokuratorów (pismo z 12 kwietnia 2012, druk sejmowy nr 1469).

¹⁷³ Artykuł 34 ust. 3 u.z.l. stanowi, że lekarz może wykonać zabieg lub zastosować metodę, o której mowa w ust. 1, wobec pacjenta małoletniego, ubezwłasnowolnionego bądź niezdolnego do świadomego wyrażenia pisemnej zgody, po uzyskaniu zgody jego przedstawiciela ustawowego, a gdy pacjent nie ma przedstawiciela lub gdy porozumienie się z nim jest niemożliwe – po uzyskaniu zezwolenia sądu opiekuńczego.

¹⁷⁴ Zob. opinia Generalnego Inspektora Ochrony Danych Osobowych z 8 maja 2013 r. (druk sejmowy 1469).

¹⁷⁵ Tak samo pkt 8 opinii Prokuratorii Generalnej Skarbu Państwa z 28 marca 2013 r. (druk sejmowy nr 1469).

¹⁷⁶ *Ibidem*, zob. też na ten temat opinia SN z 11 kwietnia 2013 r., s. 13 i 14.

¹⁷⁷ L. Bosek, *Prawo osobiste do poznania własnej tożsamości biologicznej*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2008, nr 4(XVII), s. 947–987.

Definicja płci

Jak już sygnalizowano powyżej, krytycznie należy ocenić wynikającą z art. 16 projektu zmianę ustawy o wdrożeniu niektórych przepisów UE w zakresie równego traktowania, do której planuje się dodać nowy przepis definiujący termin płeć jako: *także tożsamość płciową czyli utrwalone, intensywnie odczuwane doświadczenie i przeżywanie własnej płciowości, która odpowiada lub nie płci metrykalnej*. Definicja ta, po pierwsze, nie odpowiada wymogom określoności, albowiem z wyrażenia „także” wynika, że spory jej zakres (niezdefiniowany) znajduje się „poza przepisem”. Po drugie, nie wiadomo, czy definicję tę rozumieć jako wprowadzenie do systemu prawnego kolejnej – obok męskiej i żeńskiej – płci. Byłoby to oczywiście dalece kontrowersyjne. Po trzecie, zaakceptowanie takiej propozycji oznaczałoby subiektywizację pojęcia prawnego płci i oderwanie go od dotychczas przypisywanych mu znaczeń mających źródło w biologicznych cechach organizmu (zob. uwagi ogólne). Po czwarte, oznaczałoby to możliwość podnoszenia zarzutów dyskryminacji ze względu na płeć pojmowaną jako „odczuwane doświadczenie i przeżywanie własnej płciowości”, których odparcie może być trudne ze względu na nieweryfikowalność tych ocen (odczuć) wewnętrznych. Byłoby to szczególnie niekorzystne dla praw osób oskarżanych o dyskryminację, gdyż na gruncie ustawy o wdrożeniu niektórych przepisów UE w zakresie równego traktowania ciężar dowodu, że do takiej dyskryminacji nie doszło, spoczywa na pozwanym.

Podsumowanie

Prawo powinno określać w sposób jednoznaczny tryb ustalania płci w przypadku istnienia rozbieżności między biologicznymi cechami płciowymi danej osoby. Pomocniczym kryterium oceny może być poczucie „tożsamości płciowej”, decydujące znaczenie powinny mieć jednak kryteria biologiczne.

Negatywnie należy ocenić propozycję rezygnacji z tradycyjnego rozumienia pojęcia „płeć” i zerwania z jego dotychczasowymi, *stricte* biologicznymi uwarunkowaniami. Stan cywilny oraz płeć nie należą do zakresu „samookreślenia się człowieka”, są mu „dane”, nie są więc przedmiotem swobodnej dyspozycji. Ustalenia sądu nie powinny opierać się na samym stwierdzeniu występowania u danej osoby poczucia przynależności do określonej płci, a nawiązywać one powinny do w miarę pewnych i obiektywnie ujętych ocen medycznych, uwzględniających różną wagę poszczególnych cech płciowych człowieka.

Umożliwienie prawnej korekty płci bez dostosowania anatomicznego wnioskodawcy pozwoli na społeczne i prawne funkcjonowanie osób formalnie postrzeganych jako płeć przeciwna do ich faktycznej płci biologicznej. Stanowić to będzie pokusę obejścia przepisów niedopuszczających zawierania jed-

napłciowych związków małżeńskich i naruszałoby zasadę dychotomicznego podziału społeczeństwa na dwie przeciwstawne płcie.

Dopuszczenie uzgodnienia płci (a w konsekwencji nieodwracalnych interwencji medycznych) małoletniego przed osiągnięciem przez niego pełnoletności narusza wyrażoną w art. 72 Konstytucji zasadę ochrony praw dziecka, a także prawo małoletniego do ochrony jego integralności fizycznej (art. 41 Konstytucji) oraz do ochrony życia prywatnego i rodzinnego (art. 47 Konstytucji). Jednocześnie przepis ten, umożliwiając przełamanie przez sąd sprzeciwu rodziców wobec wniosku dziecka o uzgodnienie płci, może narażać się na zarzut nieproporcjonalnej ingerencji w ich prawa (art. 18 i 48 Konstytucji).

W ustawie powinno zostać przewidziane pośród negatywnych przesłanek uzgodnienia płci posiadanie małoletnich dzieci oraz stan ciąży wnioskodawcy. Uzgodnienie płci rodzica małoletnich dzieci naruszałoby prawa jego dzieci chronione na gruncie art. 18 i 72 Konstytucji (zasada ochrony rodziny, zasada ochrony praw dziecka).

W wypadku dzieci interseksualnych prawo powinno umożliwiać lekarzom przeprowadzanie w celach leczniczych, za zgodą rodziców, modyfikacji zewnętrznych cech płciowych dziecka, jeśli nie wywołają one nieodwracalnych skutków, np. w postaci pozbawienia możliwości płodzenia. W sytuacji współwystępowania cech fizjologicznych charakterystycznych dla obu płci w nasileniu uniemożliwiającym medyczne zdeterminowanie płci dziecka bez nieodwracalnej interwencji medycznej w układ rozrodczy, właściwe będzie wstrzymanie interwencji medycznych do momentu osiągnięcia pełnoletności. Prawne (w praktyce niekiedy tymczasowe) określenie płci dziecka zależałoby w takim wypadku od oceny lekarza (zespołu lekarskiego), oceniającego przeważające cechy płciowe. Właściwe byłoby również ustalenie medycznych procedur postępowania z dziećmi interseksualnymi, w tym badań, których wykonanie jest konieczne przed określeniem płci na potrzeby prawne.

Nie można zaaprobować rozwiązania umożliwiającego wydanie rozstrzygnięcia dotyczącego wniosku o uzgodnienie płci jedynie na podstawie oświadczenia wnioskodawcy o tożsamości płciowej oraz orzeczeń lekarzy (lekarza i psychologa) dołączonych przez wnioskodawcę do wniosku (art. 5 ust. 2 w związku z ust. 3). Niezbędne jest obligatoryjne dopuszczenie w takiej sprawie dowodu z opinii biegłych z zakresu psychiatrii, seksuologii, psychologii, którzy powinni wypowiadać się łącznie, po przeprowadzeniu samodzielnych badań wnioskodawcy.

2

OPINIE BAS

A

**ZAGADNIENIA PRAWA
KONSTYTUCYJNEGO**

Wojciech Odrowąż-Sypniewski

Opinia prawna na temat zasad agitacji wyborczej¹

Legal opinion on the rules of electoral canvassing: This opinion presents a thesis that it is absolutely prohibited to carry out electoral canvassing in the areas of military units and other organizational units subordinate to the Minister of National Defence and in civil defense units, as well as in quartered units subordinate to the minister responsible for internal affairs. However, military units set up temporarily in order to carry out a military mission beyond the borders of the Republic of Poland are not covered by the prohibition, as they do not fulfill the requirement of the statutory definition of the area of a military unit. Canvassing to students in schools is also prohibited. In addition, the author of the opinion distinguishes hospitals and penal institutions as workplaces, in which canvassing cannot be carried out if it causes disturbance in their normal operation.

Keywords: school | army | elections

Słowa kluczowe: szkoła | wojsko | wybory

Ekspert ds. legislacji BAS; wojciech.sypniewski@sejm.gov.pl.

Przedmiot opinii

Przedmiotem opinii jest odpowiedź na pytanie: czy osoba wykonująca mandat posła (senatora), która zarazem kandyduje w wyborach prezydenckich, parlamentarnych lub samorządowych, może odwiedzać i agitować w zakładach karnych, szpitalach i jednostkach wojskowych na terenie Rzeczypospolitej Polskiej, jak również poza granicami kraju?

Z treści pytania jednoznacznie wynika („odwiedzać i agitować”), że chodzi o sytuację, w której celem wizyty kandydata parlamentarzysty w podmiotach wymienionych w pytaniu jest agitacja wyborcza. Poza zakresem rozważań pozostają kwestie organizacyjne związane z procedurą przygotowania tego rodzaju spotkań.

¹ Opinia sporządzona 21 marca 2014 r. na zlecenie Szefa Kancelarii Sejmu; BAS-WAU/P-583/14.

Zasady prowadzenia agitacji wyborczej w przepisach Kodeksu wyborczego

Zagadnienie agitacji wyborczej unormowane zostało w rozdziale 12 ustawy z 5 stycznia 2011 r. – Kodeks wyborczy (Dz.U. z 2011 r. nr 21, poz. 112, ze zm.; k.w.). W myśl art. 105 § 1 k.w. „agitacja wyborcza” rozumiana jest jako: *publiczne nakłanianie lub zachęcanie, do głosowania w określony sposób lub do głosowania na kandydata określonego komitetu wyborczego*. Agitację wyborczą można prowadzić – na zasadach, w formach i miejscach, określonych przepisami Kodeksu – od dnia przyjęcia przez właściwy organ zawiadomienia o utworzeniu komitetu wyborczego do chwili rozpoczęcia dnia poprzedzającego dzień głosowania (agitacji nie wolno prowadzić w dniu głosowania i na 24 godziny przed dniem głosowania – art. 105 § 2 oraz art. 107 § 1 k.w.).

W unormowaniach Kodeksu wyborczego zawarto wiele zakazów prowadzenia agitacji wyborczej. Na podstawie art. 108 § 1 nie wolno jej prowadzić:

1. na terenie urzędów administracji rządowej i administracji samorządu terytorialnego oraz sądów,
2. na terenie zakładów pracy w sposób i w formach zakłócających ich normalne funkcjonowanie,
3. na terenie jednostek wojskowych i innych jednostek organizacyjnych podległych Ministrowi Obrony Narodowej oraz oddziałów obrony cywilnej, a także skoszarowanych jednostek podległych ministrowi właściwemu do spraw wewnętrznych.

Ponadto zakazane jest prowadzenie agitacji wyborczej na terenie szkół wobec uczniów (art. 108 § 2 k.w.), a także w lokalu wyborczym oraz na terenie budynku, w którym ten lokal się znajduje (art. 107 § 2 k.w.).

Przywołane zakazy obowiązują we wszystkich wyborach, do których zastosowanie ma Kodeks wyborczy, tj.: do Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej i Senatu Rzeczypospolitej Polskiej, na Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej, do Parlamentu Europejskiego w Rzeczypospolitej Polskiej, organów stanowiących jednostek samorządu terytorialnego, na wójtów, burmistrzów i prezydentów miast.

Odpowiedź na pytanie będące przedmiotem opinii

Odpowiadając na przedstawione na wstępie pytanie, konieczne jest wprowadzenie kilku rozróżnień. Po pierwsze, odrębnie oceniać należy możliwość prowadzenia agitacji wyborczej na terenie jednostek wojskowych oraz na terenie zakładów karnych i szpitali. Po drugie, oddzielnej analizy wymaga kwestia prowadzenia agitacji na terenie Rzeczypospolitej Polskiej oraz poza jej granicami.

Zagadnienie prowadzenia agitacji wyborczej na terenie jednostek wojskowych zostało – jak już wspomniałem – wprost uregulowane w ustawie – Kodeks wyborczy. W myśl art. 108 § 1 pkt 3 k.w. zakazane jest prowadzenie agitacji wyborczej na terenie wszelkich jednostek organizacyjnych podległych Ministrowi Obrony Narodowej. Zakaz ten ma charakter bezwzględny i uniwersalny, a zatem będzie miał również zastosowanie do osoby kandydującej w wyborach parlamentarnych, prezydenckich lub samorządowych, która zarazem sprawuje mandat poselski.

Bardziej złożona pozostaje analiza możliwości prowadzenia agitacji wyborczej w zakładach karnych i szpitalach. Podmioty te z pewnością nie odpowiadają charakterystyce jednostek organizacyjnych, których dotyczy art. 108 § 1 pkt 3 k.w., a zatem rozważyć należy, czy znajduje do nich zastosowanie którykolwiek z pozostałych zakazów.

Przed przystąpieniem do odpowiedzi warto zwrócić uwagę na szczególną relację art. 108 § 1 pkt 1 z pkt 2 k.w. Analiza tych przepisów mogłaby pozornie, jak się wydaje, prowadzić do wniosku, że zakres ich zastosowania w części jest zbieżny. Każdy urząd administracji rządowej i administracji samorządu terytorialnego (niezależnie od tego, jak rozumieć pojęcie „urzędu” – por. niżej) jest zarazem zakładem pracy (uwagę tę odnieść można również do sądów). Zakład pracy w doktrynie prawa pracy rozumiany jest jako zespół wyodrębnionych składników majątkowych (np. biura, fabryki, sklepy), w których odbywa się proces pracy². Podczas gdy w art. 108 § 1 pkt 1 k.w. ustanowiono bezwzględny zakaz prowadzenia agitacji na terenie wymienionych w tym przepisie urzędów, to w pkt 2 zabroniono jedynie takiej agitacji, która zakłócałaby normalne funkcjonowanie zakładu pracy. Przyjąć należy, że odrębna regulacja odnosząca się do urzędów ma charakter szczególny względem zakazu dotyczącego zakładów pracy. Innymi słowy, zakaz zawarty w art. 108 § 1 pkt 2 k.w. będzie miał zastosowanie jedynie do takich zakładów pracy, które zarazem nie są urzędami, o których mowa w pkt 1.

Wracając do odpowiedzi na pytanie o możliwość prowadzenia agitacji wyborczej w zakładach karnych i szpitalach, stwierdzić należy, że jednostki te, mogą być kwalifikowane jako zakłady pracy. Ocena taka dotyczy zarówno szpitali (szersze uzasadnianie takiego stanowiska wydaje się zbędne), jak również zakładów karnych (aresztów śledczych). W tym drugim wypadku zakład karny jest zakładem pracy, w którym praca świadczona jest przez „cywilnych” pracowników Służby Więziennej, którzy obok funkcjonariuszy wykonują w zakładach karnych i aresztach śledczych przewidziane ustawą czynności³. W konsekwencji do jednostek tych odnieść można zakaz wynikający z art. 108 § 1 pkt 2

² Uwagi do art. 3 [w:] *Kodeks pracy. Komentarz*, K.W. Baran (red.), Warszawa 2012.

³ Por. ustawa z 9 kwietnia 2010 r. o Służbie Więziennej, Dz.U. z 2014 r. poz. 173; dalej: u.s.w.

k.w. Powstaje jednak pytanie, czy podmiotów tych nie można również uznać za urzędy administracji rządowej lub samorządowej, co oznaczałoby, że na ich terenie obowiązuje zakaz bardziej rygorystyczny (art. 108 § 1 pkt 1 k.w.).

W piśmiennictwie z zakresu prawa administracyjnego przyjmuje się, że zakłady karne i szpitale są zakładami administracyjnymi. Zakład administracyjny (zakład publiczny) jest jednostką organizacyjną wyodrębnioną w celu wykonywania określonych zadań publicznych, która pozostaje pod nadzorem organu administracji publicznej. Zakłady, nie będąc organami administracji publicznej, realizują zadania administracji, a ich organy są organami administrującymi (czyli podmiotami niebędącymi organami administracji, którym przysługuje kompetencja realizowania określonych form działania administracji)⁴. Czy jednak szpitale i zakłady karne można zakwalifikować jako „urzędy administracji rządowej” względnie „urzędy administracji samorządu terytorialnego” w rozumieniu art. 108 § 1 pkt 1 k.w.?

Przed wszystkim trzeba podkreślić, że w systemie prawa nie ma jednolitego znaczenia terminu „urząd”. Pojęcie to pozostaje wieloznaczne, chociaż najczęściej wyróżnia się trzy jego znaczenia:

1) *wyodrębniony zespół kompetencji (praw i obowiązków) związanych z określonym organem administracji publicznej, w języku potocznym określanym jako stanowisko, utworzenie urzędu w tym znaczeniu oznacza wprowadzenie do aparatu administracji publicznej nowej jednostki organizacyjnej, natomiast powołanie organu oznacza obsadzenie urzędu;*

2) *szczególna nazwa organu administracyjnego, umowna i myląca, ponieważ organ administracji jest zazwyczaj jednoosobowy i nie może być utożsamiany z urzędem;*

3) *zorganizowany zespół osób i rzeczy przydany organowi do pomocy w wykonywaniu jego funkcji*⁵.

Zakłady karne i areszty śledcze – w rozumieniu ustawy o Służbie Więziennej – stanowią jednostki organizacyjne Służby Więziennej (art. 8 ust. 1 pkt 3 u.s.w.). Są one kierowane – odpowiednio – przez dyrektora zakładu karnego lub dyrektora aresztu śledczego, którym ustawa nadaje status „organów Służby Więziennej” (art. 7 pkt 3 u.s.w.). Służba Więzienna jest umundurowaną i uzbrojoną formacją podlegającą Ministrowi Sprawiedliwości (art. 1 u.s.w.). Odnosząc ustawową terminologię do ustaleń teorii prawa administracyjnego, można przyjąć, że zakłady karne i areszty śledcze są zakładami administracyjnymi, podlegającymi nadzorowi Ministra Sprawiedliwości, w których organami administrującymi są odpowiednio dyrektorzy tych jednostek. Za-

⁴ Por. J. Zimmermann, *Prawo administracyjne*, Warszawa 2012, s. 124.

⁵ *System prawa administracyjnego*, t. 6, *Podmioty administrujące*, R. Hauser, A. Wróbel, Z. Niewiadomski (red.), Warszawa 2014.

klądy i areszty śledcze nie mieszczą się w zakresie semantycznym żadnego z wyróżnionych wyżej pojęć „urząd”. W szczególności nie mogą być uznane za urzędy w rozumieniu techniczno-organizacyjnym. Zakłady karne (areszty śledcze) nie są strukturami powołanymi do obsługi organu administracji. Podobnie ocenić należy możliwość zastosowania zakazu, o którym mowa w art. 108 § 1 pkt 1 k.w., do szpitali. Również w tym wypadku należy uznać, że szpital nie odpowiada charakterystyce urzędu administracji rządowej lub samorządowej.

Podsumowując tę część opinii, należy stwierdzić, że zarówno zakłady karne (areszty śledcze), jak i szpitale mieszczą się w kategorii zakładu pracy. W konsekwencji prowadzenie na ich terenie agitacji wyborczej jest zabronione z wyjątkiem tych sposobów i form, które nie będą zakłócały ich normalnego funkcjonowania. Spotkanie z parlamentarzystą kandydatem na terenie zakładu karnego lub szpitala, którego celem jest agitacja wyborcza, nie będzie naruszało zakazu wynikającego z art. 108 § 1 pkt 2 k.w., jeżeli spotkanie takie nie zakłóci normalnego funkcjonowania tych jednostek.

Odrebnym zagadnieniem, które wymaga refleksji, jest kwestia terytorialnego wymiaru obowiązków wynikających z zakazów prowadzenia agitacji wyborczej. Każda norma prawna (podobnie jak każdy akt prawny i przepis prawa) obowiązuje w określonym czasie, w stosunku do określonych podmiotów i na określonym terytorium. W nauce prawa mówi się w związku z tym o terytorialnym (przestrzennym), osobowym (personalnym) oraz czasowym (temporalnym) zakresie obowiązywania prawa. W omawianej sprawie nie podlega dyskusji, że omawiane zakazy obowiązują na całym terytorium Rzeczypospolitej Polskiej (zgodnie z zasadą, że prawo stanowione w ramach danego systemu władzy państwowej obowiązuje na terytorium poddanym tej władzy). Jednocześnie zakazy te nie obowiązują na terytorium niepodlegającym jurysdykcji państwa polskiego. Pozornie pewne wątpliwości mogłyby się wiązać z zakazem prowadzenia agitacji wyborczej na terenie jednostek wojskowych podporządkowanych Ministrowi Obrony Narodowej. W szczególności chodzi o specyfikę sytuacji, w której polskie jednostki wojskowe uczestniczą w misjach wojskowych poza granicami kraju. W takim przypadku może powstać wątpliwość, czy teren zajmowany czasowo przez jednostki polskich sił zbrojnych nie powinien być traktowany jako „teren jednostki wojskowej” w rozumieniu art. 108 § 1 pkt 3 k.w. Wydaje się jednak, że odpowiedź na tak postawione pytanie powinna być negatywna. Kształt normatywny omawianego przepisu eksponuje terytorialny, a nie osobowy, wymiar omawianego zakazu. Dotyczy on terytorium zajmowanego przez wymienione w tym przepisie podmioty, nie zaś osób, które taki podmiot tworzą. Zakaz ten odnieść należy do „terytorium jednostki wojskowej”, a zatem obszaru, który zgodnie z przepisami polskiego prawa pozostaje w zarządzie jednostki wojskowej. Pojęcie to obejmuje siedzibę garnizonów wojskowych, czyli stałych miejsc stacjonowania jednostek wojskowych w okre-

sie pokoju⁶. Cech tych nie ma obszar zajmowany przejściowo przez jednostkę wojskową w okresie wypełniania misji wojskowej poza granicami kraju.

Wnioski

Podsumowując, należy stwierdzić, że zgodnie z przepisami Kodeksu wyborczego zabrania się m.in. prowadzenia agitacji wyborczej na terenie jednostek wojskowych i innych jednostek organizacyjnych podległych Ministrowi Obrony Narodowej oraz oddziałów obrony cywilnej, a także skoszarowanych jednostek podległych ministrowi właściwemu do spraw wewnętrznych (art. 108 § 1 pkt 3 k.w.). Zakaz ten ma charakter uniwersalny i bezwzględny. Wyklucza on możliwość prowadzenia agitacji wyborczej przez parlamentarzystę kandydata na terenie zajmowanym przez wymienione w tym przepisie podmioty. Zakazuje się również prowadzenia agitacji wyborczej na terenie zakładów pracy w sposób i w formach zakłócających ich normalne funkcjonowanie (art. 108 § 1 pkt 2 k.w.). Unormowanie to odnieść można także do prowadzenia agitacji wyborczej przez parlamentarzystę kandydata na terenie szpitali i zakładów karnych (aresztów śledczych), które odpowiadają charakterystyce „zakładu pracy”. Parlamentarzysta kandydat może prowadzić agitację na terenie tych podmiotów jedynie wówczas, gdy nie zakłóca to ich normalnego funkcjonowania.

Zakazy agitacji wyborczej ustanowione w Kodeksie wyborczym obowiązują na terytorium podlegającym jurysdykcji Rzeczypospolitej Polskiej.

⁶ Por. art. 3a ustawy z 21 listopada 1967 r. o powszechnym obowiązku obrony Rzeczypospolitej Polskiej, Dz.U. z 2012 r. poz. 461.

Katarzyna Kubuj

Opinia prawna w sprawie interpretacji art. 152 ust. 2 regulaminu Sejmu w świetle wątpliwości przedstawionych przez przewodniczącego Komisji Ochrony Środowiska, Zasobów Naturalnych i Leśnictwa¹

Legal opinion on the interpretation of Article 152. para 2 of the Standing Orders of the Sejm in the light of the doubts expressed by the Chairman of the Environmental Protection, Natural Resources and Forestry Committee: As determined by analysis, a committee sitting convened under Article 152. para. 2 at the request of a defined group of Deputies should concern matters falling within the scope of activities of a Sejm committee. In contrast, a supervisory measure established in Article 167 consists in inspecting and examining by committees of the activities of the entities specifically mentioned in that provision (enterprises, firms or government institutions; basic criterion for the designation of controlled entities is a form of property – the property of the Treasury). Moreover, there are no legal obstacles for the committee (or the committee's presidium) convened in accordance with Article 152 para. 2 to decide on the visit of the committee members, to inspect the entity meeting the requirements specified in Article 167. The author stresses, however, that such a visit, or examination of activities, should take into account the aim expressed in Article 167, which is the assessment of the mode of action of specific entities managing the property belonging to the State Treasury.

Keywords: committee | Standing Orders of the Sejm
Słowa kluczowe: komisja | regulamin Sejmu

Doktor nauk prawnych, ekspert ds. legislacji BAS, Polska Akademia Nauk;
katarzyna.kubuj@sejm.gov.pl.

Przedmiot opinii

Przedmiotem opinii jest odpowiedź na pytanie: czy art. 152 ust. 2 regulaminu Sejmu dotyczy również posiedzeń wyjazdowych komisji, o których mowa w art. 167, i w związku z tym, czy wnioskodawcy powinni spełniać wymagania zawarte w § 2 ust. 3 uchwały Prezydium Sejmu?

¹ Opinia sporządzona 1 lipca 2014 r. na zlecenie Szefa Kancelarii Sejmu; BAS-WAU-iP-1429/14.

Wątpliwości, o których mowa, powstały w związku z wnioskiem grupy posłów – członków Komisji Ochrony Środowiska, Zasobów Naturalnych i Leśnictwa, złożonym na podstawie art. 152 ust. 2 regulaminu Sejmu w sprawie zwołania wyjazdowego posiedzenia Komisji, którego tematem byłby „katastrofalny stan zagospodarowania lasów rejonu Puszczy Białowieskiej”. Wnioskodawcy kierują także zaproszenie do uczestnictwa w posiedzeniu Ministra Środowiska.

Należy sprecyzować, że we wniosku nie odwołano się wprost do art. 167 regulaminu Sejmu, do którego nawiązał przewodniczący Komisji Ochrony Środowiska, Zasobów Naturalnych i Leśnictwa, podnosząc problem.

Zwoływanie posiedzeń komisji w trybie art. 152 ust. 2 regulaminu Sejmu

Podstawową regulaminową zasadą dotyczącą prac komisji sejmowych jest to, że obradują one na posiedzeniach (art. 149) odbywających się w terminach określonych przez komisję, jej prezydium lub przewodniczącego (art. 152 ust. 1). Porządek dzienny posiedzenia komisji ustala jej prezydium (art. 150 ust. 1 pkt 2), które powinno w tym zakresie brać pod uwagę wnioski klubów i kół poselskich oraz poszczególnych posłów (art. 150 ust. 2). Regulamin Sejmu przewiduje jednak dwa wyjątki. Na mocy art. 152 ust. 2 na pisemny wniosek co najmniej jednej trzeciej ogólnej liczby członków komisji przewodniczący komisji obowiązany jest zwołać posiedzenie komisji w celu rozpatrzenia określonej sprawy. Zwołując posiedzenie w tym trybie, przewodniczący wyznacza termin posiedzenia tak, aby odbyło się ono w terminie 30 dni od dnia złożenia wniosku. Artykuł 152 ust. 3 regulaminu Sejmu przewiduje natomiast możliwość zwołania posiedzenia komisji przez Prezydium Sejmu w celu rozpatrzenia określonej sprawy, wyznaczając jego termin. Posiedzeniu zwołanemu w tym trybie może przewodniczyć Marszałek Sejmu.

Zwoływanie posiedzeń komisji w trybie art. 152 ust. 2 regulaminu Sejmu było już przedmiotem opinii Biura Analiz Sejmowych². Analiza tego przepisu wskazuje na następujące warunki formalne, odnoszące się do wniosku o zwołanie posiedzenia komisji: 1) wymóg pisemności, 2) poparcie co najmniej jednej

² Zob. M. Stębelski, *Dopuszczalność zwołania posiedzenia komisji w trybie art. 152 ust. 2 regulaminu Sejmu* [w:] *Regulamin Sejmu w opiniach Biura Analiz Sejmowych*, t. II, W. Odrowąż-Sypniewski (red.), Warszawa 2010, s. 152; W. Odrowąż-Sypniewski, *W sprawie wniosku grupy posłów o zwołanie posiedzenia Komisji Administracji i Spraw Wewnętrznych w trybie art. 152 ust. 2 regulaminu Sejmu* [w:] *Regulamin Sejmu, op. cit.*, s. 216; *idem*: *Obowiązek zwołania posiedzenia komisji na wniosek grupy posłów – wykładnia art. 152 ust. 2 regulaminu Sejmu* [w:] *Regulamin Sejmu, op. cit.*, s. 220; A. Szmyt, *W sprawie wniosku w trybie art. 152 ust. 2 regulaminu Sejmu* [w:] *Regulamin Sejmu, op. cit.*, s. 230.

trzeciej ogólnej liczby członków komisji, 3) obowiązek wyraźnego określenia sprawy mającej być przedmiotem prac komisji, 4) wymóg, by określona sprawa, mająca stanowić przedmiot obrad, mieściła się w materii objętej właściwością przedmiotową komisji. Wniosek, który dotyczy zagadnienia niemieszczącego się w przedmiotowym zakresie działania komisji, mimo spełnienia pozostałych warunków, nie jest prawidłowym wnioskiem w rozumieniu art. 152 ust. 2 regulaminu Sejmu. Niespełnienie przez wnioskodawców któregośkolwiek z wymienionych czterech warunków prowadzi do wadliwości formalnej wniosku, a tym samym nie aktualizuje obowiązku przewodniczącego do zwołania posiedzenia³.

Określony w art. 152 ust. 2 regulaminu Sejmu tryb zwoływania posiedzeń komisji stanowi instytucjonalną gwarancję praw mniejszości parlamentarnej, mającą umożliwić wpływ mniejszości na podejmowanie przez komisje prac w związku z określonymi sprawami. Uprawnienie to dotyczy zarówno spraw o charakterze proceduralnym (np. dokonywanie zmian w składzie prezydium), jak również prac merytorycznych. Inicjatywa grupy posłów może dotyczyć aktywności legislacyjnej oraz działań o charakterze kontrolnym. Przyjmuje się, że uprawnienie grupy posłów, o którym mowa w art. 152 ust. 2, rozumiane być powinno nie tylko jako przywilej przełamujący monopol prezydium komisji na ustalenie porządku dziennego posiedzenia, ale raczej jako uprawnienie do rzeczywistego oddziaływania na prace komisji. *Ratio legis* tego przepisu zakłada bowiem możliwość wprowadzenia pod obrady komisji „sprawy” niecieszącej się zainteresowaniem prezydium komisji. Większość członków prezydium jest zazwyczaj emanacją większości składu osobowego⁴. Z tego względu uznanie, że wniosek grupy posłów nie spełnia wymogów z art. 152 ust. 2 regulaminu Sejmu, powinno mieć miejsce jedynie w wypadkach oczywistych, niebudzących wątpliwości.

Wyjazdowe prace komisji w trybie art. 167 regulaminu Sejmu

Artykuł 167 regulaminu Sejmu przewiduje, że: *komisje, na zasadach i w trybie określonym przez Prezydium Sejmu, mogą przeprowadzać w wyznaczonym przez siebie składzie wizytacje oraz badania działalności poszczególnych zakładów oraz spółek z udziałem Skarbu Państwa, przedsiębiorstw i innych instytucji państwowych.*

Unormowanie to jest jedną z form realizacji funkcji kontrolnej Sejmu, mającą na celu ocenę sposobu administrowania majątkiem należącym do Skarbu

³ Zob. W. Odrowąż-Sypniewski, *W sprawie wniosku*, op. cit., s. 219.

⁴ Tak W. Odrowąż-Sypniewski, *Obowiązek zwołania posiedzenia*, op. cit., s. 225. Wyklucza się zatem możliwość podjęcia przez komisję uchwały, zgodnie z którą sprawa przedłożona komisji przez grupę posłów zostałaby skreślona z porządku dziennego posiedzenia zwołanego na wniosek grupy posłów.

Państwa. Obejmuje zatem swym zakresem formy organizacyjne majątku Skarbu Państwa: zakłady i przedsiębiorstwa państwowe, spółki z udziałem Skarbu Państwa, niezależnie od wielkości tego udziału, oraz inne instytucje państwowe. Zasadniczy charakter formuły zastosowanej przez ustawodawcę zdaje się świadczyć, że „sfera” podlegająca kontroli komisji jest wyznaczona przez kryterium „własności”, majątek Skarbu Państwa, a nie przez kryterium formy organizacyjnej tego majątku⁵.

Zgodnie z odesłaniem zawartym w art. 167 regulaminu Sejmu określenie warunków proceduralnych instytucji, o której mowa, znalazło wyraz w uchwale nr 10 Prezydium Sejmu z 21 lutego 1996 r. w sprawie przeprowadzanych przez komisje wizytacji oraz badań zakładów i spółek z udziałem Skarbu Państwa, przedsiębiorstw i innych instytucji państwowych (dalej: uchwała nr 10). Warto zauważyć, że w § 1 tej uchwały Prezydium Sejmu dokonano wyraźnego rozróżnienia na wyjazdy komisji, podkomisji oraz wyłonionych przez komisje zespołów poselskich w celu odbycia wyjazdowych posiedzeń, zwanych dalej „wyjazdami” (ust. 1 pkt 1), a następnie – wizytacje oraz badania działalności poszczególnych zakładów oraz spółek Skarbu Państwa, przedsiębiorstw i innych instytucji państwowych, zwanych dalej „wizytacjami” (ust. 1 pkt 2). I choć nie jest to przedmiotem niniejszej opinii, nie można tracić z pola widzenia, że wyłącznie drugi aspekt regulacji zawartej w § 1 ust. 1 uchwały nr 10 („wizytacje”) odpowiada unormowaniu art. 167 regulaminu Sejmu. Brak jest ponadto w uchwale nr 10 określenia zasad oraz trybu procedury stosowanej w postępowaniu kontrolnym określonym jako „wizytacje”. Jedynie w stosunku do „wyjazdów” (czyli w myśl uchwały nr 10 wyjazdowych posiedzeń komisji) § 6 uchwały nr 10 przewiduje, że do wyjazdowego posiedzenia komisji stosuje się odpowiednio przepisy regulaminu Sejmu dotyczące organizacji i przebiegu posiedzeń komisji sejmowych oraz zasad uczestnictwa w posiedzeniu wchodzących w jej skład posłów.

Na mocy uchwały nr 10 ustalenie o wyjeździe lub wizytacji podejmują komisje na posiedzeniach, a w wyjątkowych przypadkach prezydium tych komisji (§ 2 ust. 1 pkt 1). Przewodniczący komisji zobowiązany jest do poinformowania Prezydium Sejmu o podjętych ustaleniach na dwa tygodnie przed planowanym wyjazdem lub wizytacją, w celu uzyskania zgody Prezydium Sejmu (§ 2 ust. 1 pkt 2). Informacja przedkładana Prezydium Sejmu przez przewodniczą-

⁵ Zob. W. Odrowąż-Sypniewski, *Status prawny i uprawnienia podkomisji Komisji Kultury i Środków Przekazu oraz uprawnień indywidualnych posłów do żądania udostępnienia dokumentów spółek z udziałem Skarbu Państwa* [w:] *Regulamin Sejmu*, op. cit., s. 339. Na marginesie warto zauważyć, że przepis ten wydaje się pozostałością innego ustroju. Jak pisze M. Kruk: *W PRL takimi pseudouprawnieniami Sejmu i jego organów kamuflowano brak rzeczywistej władzy ciała ustawodawczego; eadem, Funkcja kontrolna Sejmu RP*, Warszawa 2008, s. 87. Tezę tę potwierdza znikome stosowanie tej instytucji w praktyce.

cego komisji powinna zawierać określone dane: 1) imienny wykaz posłów oraz ekspertów mających wziąć udział w wyjeździe lub wizytacji, 2) uzasadnienie celowości odbycia wyjazdu lub wizytacji, 3) szczegółowy program wyjazdu lub wizytacji (w tym zwłaszcza: określenie daty wyjazdu i czasu jego trwania; wskazanie miejscowości, w których komisja, podkomisja lub zespół poselski będzie obradował; określenie tematyki wyjazdu lub wizytacji; wskazanie nazw i siedzib wizytowanych podmiotów, informacje o innych imprezach i spotkaniach związanych z wyjazdem lub wizytacją), 4) ramowy kosztorys wydatków oraz ewentualne zapotrzebowanie na korzystanie ze środków transportu Kancelarii Sejmu.

Ocena wniosku grupy posłów stanowiącego przedmiot wątpliwości podniesionych przez przewodniczącego Komisji Ochrony Środowiska Zasobów Naturalnych i Leśnictwa

Odnosząc powyższe ustalenia do sprawy będącej przedmiotem opinii, należy zauważyć, że wniosek grupy posłów z 8 maja 2014 r. w sprawie zwołania posiedzenia Komisji Ochrony Środowiska, Zasobów Naturalnych i Leśnictwa, został złożony na podstawie art. 152 ust. 2 regulaminu Sejmu i co do zasady odpowiada wymogom formalnym określonym w tym przepisie: został przedłożony w formie pisemnej, poparty przez odpowiednią grupę posłów – członków komisji (podpisy złożyło 10 z 27 posłów wchodzących w skład Komisji), wskazuje sprawę mającego się odbyć posiedzenia – „katastrofalny stan zagospodarowania lasów rejonu Puszczy Białowieskiej”, mieszczącą się w zakresie działania Komisji Ochrony Środowiska, Zasobów Naturalnych i Leśnictwa⁶. Do rozstrzygnięcia pozostaje natomiast, czy na gruncie art. 152 ust. 2 regulaminu Sejmu grupa posłów może wносить o zwołanie posiedzenia w przedmiotowej sprawie w trybie wyjazdowym.

Artykuł 167 regulaminu Sejmu stanowi rodzaj środka kontroli przysługującego komisjom sejmowym i umożliwiającego zbadanie określonej sprawy poza siedzibą parlamentu. W świetle regulaminu Sejmu, choć z art. 152 ust. 2 wynika obowiązek przewodniczącego komisji do zwołania posiedzenia komisji, nie ma podstaw, które uzasadniałyby konieczność uwzględnienia przez przewodniczącego trybu wyjazdowego, o którym mowa w art. 167. Z punktu widzenia formalnoprawnego należy bowiem podkreślić, że w myśl § 2 ust. 1 pkt 1 uchwa-

⁶ W myśl załącznika do regulaminu Sejmu do zakresu działania Komisji Ochrony Środowiska, Zasobów Naturalnych i Leśnictwa należą sprawy ochrony i kształtowania środowiska oraz ochrony nieodnawialnych jego zasobów, gospodarki wodnej, dróg wodnych śródlądowych, meteorologii, hydrologii, geologii oraz leśnictwa i gospodarki leśnej.

ły nr 10 Prezydium Sejmu decyzję w sprawie wyjazdu bądź wizytacji komisja podejmuje na posiedzeniu, a w wyjątkowych przypadkach prezydium komisji. Z punktu widzenia przedmiotu instytucji kontrolnej ustanowionej w art. 167 regulaminu Sejmu trzeba mieć na względzie, że przepis ten precyzuje zakres wyjazdowych działań komisji, wskazując na przeprowadzanie wizytacji bądź badanie działalności wskazanych w tym przepisie konkretnych podmiotów (przedsiębiorstw, zakładów czy instytucji państwowych). O ile zatem problem podniesiony we wniosku grupy posłów uzasadnia możliwość domagania się zwołania posiedzenia na gruncie art. 152 ust. 2 regulaminu Sejmu w celu analizy zagadnienia „katastrofalnego stanu zagospodarowania lasów rejonu Puszczy Białowieskiej”, o tyle nie da się ustalić podmiotu, który miałby podlegać wizytacji w myśl art. 167 regulaminu Sejmu.

Podsumowując powyższe uwagi, można wysnuć wniosek, że jakkolwiek regulacje zawarte w art. 152 ust. 2 oraz w art. 167 regulaminu Sejmu służą realizacji funkcji kontrolnej Sejmu wykonywanej w ramach prac komisji sejmowych, są to jednak odrębne instytucje prawne. Z możliwości wystąpienia z wnioskiem w sprawie zwołania posiedzenia komisji w trybie art. 152 ust. 2 regulaminu Sejmu nie wynika automatycznie możliwość żądania zwołania tego posiedzenia na zasadach określonych w uchwale nr 10 Prezydium Sejmu, podjętej na mocy art. 167 regulaminu Sejmu.

Nie ma natomiast przeszkód prawnych, by uwzględniając wniosek o zorganizowanie posiedzenia komisji w myśl art. 152 ust. 2 regulaminu Sejmu, w następstwie ustaleń dokonanych podczas tego posiedzenia, komisja (prezydium komisji) – zgodnie z § 2 ust. 1 pkt 1 uchwały nr 10 Prezydium Sejmu – podjęła decyzję w sprawie wyjazdu członków komisji, mającego na celu wizytację podmiotu odpowiadającego warunkom wskazanym w art. 167 regulaminu Sejmu. Trzeba jednak mieć na względzie, że realizacja tego środka prawnego (wizytacja bądź badanie działalności) powinna uwzględniać cel wyrażony w tym przepisie, jakim jest ocena sposobu działania konkretnych podmiotów administrujących majątkiem należącym do Skarbu Państwa.

2

OPINIE BAS

B

**ZAGADNIENIA PRAWA
MIĘDZYNARODOWEGO
I EUROPEJSKIEGO**

Cezary Mik

Opinia prawna w sprawie statusu prawnomiędzynarodowego przestrzeni powietrznej nad Półwyspem Krymskim po zajęciu Krymu przez Federację Rosyjską (ze szczególnym uwzględnieniem kompetencji ICAO)¹

Legal opinion on international law status of the airspace over the Crimean Peninsula after the occupation of the Crimea by the Russian Federation (in particular the competences of ICAO): The analysis points out that the Crimean peninsula remains an integral part of the territory of Ukraine, as the annexation of the area by the Russian Federation is null and void under the law due to the breach of generally applicable rule of international law concerning the prohibition of aggression. Therefore, only Ukraine is authorized to manage the airspace above the region. In case of any aviation accident in the territory of Crimea, it is not permissible for International Civil Aviation Organization (ICAO) to recognize the competence of Russia in relation to carry out the investigation. Moreover, such recognition cannot ensue from an agreement between Russia and Ukraine, except for the delegation of responsibilities to investigate the accident in which a Russian plane has been involved.

Keywords: Crimea | aviation law | international law

Słowa kluczowe: Krym | prawo lotnicze | prawo międzynarodowe

Profesor zwyczajny, doktor hab. nauk prawnych, Uniwersytet Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Warszawie, ekspert ds. legislacji BAS; cezary.mik@sejm.gov.pl.

Przedmiot opinii

Przedmiotem opinii jest wyjaśnienie statusu prawnomiędzynarodowego przestrzeni powietrznej nad Półwyspem Krymskim po przyłączeniu Krymu do Rosji. W ramach tego zagadnienia ogólnego problemem jest ustalenie dopuszczalności uznania przez Organizację Międzynarodowego Lotnictwa Cywilnego (ICAO) władzy Rosji w odniesieniu do badania ewentualnych wypadków i incydentów lotniczych na terytorium Krymu w świetle możliwego wniosku Federacji Rosyjskiej o uznanie tego obszaru za jej przestrzeń powietrzną.

¹ Opinia sporządzona 14 lipca 2014 r. na zlecenie Klubu Parlamentarnego Prawo i Sprawiedliwość; BAS-WAPEiM-812/14.

Wykonanie tego zadania wymaga najpierw krótkiej charakterystyki sytuacji faktycznej, w jakiej znajduje się obecnie Krym wraz z jego przestrzenią powietrzną, następnie ustalenia statusu Krymu i przestrzeni powietrznej nad nim według prawa międzynarodowego w świetle opisanych okoliczności faktycznych, wreszcie ustalenia dopuszczalności uznania kompetencji Rosji w zakresie władztwa powietrznego nad Krymem. Dla uściślenia przez Krym w niniejszej opinii rozumie się terytorium lądowe Republiki Krymskiej wraz z wodami terytorialnymi przyległymi do jej terytorium lądowego.

Stan faktyczny sprawy

Krym stanowi półwysep otoczony wodami Morza Czarnego i Morza Azowskiego o powierzchni 27 000 km². Od czasu podboju Chanatu Krymskiego przez carycę Katarzynę II w 1783 r. Krym powiązany był z Rosją, a następnie od 1921 r. z ZSRR. W latach 1921–1946 istniał jako Krymska Autonomiczna Socjalistyczna Republika Radziecka w składzie Rosyjskiej Federacyjnej Socjalistycznej Republiki Radzieckiej w Związku Socjalistycznych Republik Radzieckich. Po zakończeniu II wojny światowej w 1946 r. status prawny Krymu został obniżony – stał się obwodem (*oblastią*), a jego rodowici mieszkańcy (Tatarzy) w znacznym stopniu deportowani. W 1954 r., z naruszeniem konstytucji ZSRR i prawa Federacji Rosyjskiej oraz Republiki Ukrainńskiej, został włączony do Ukrainńskiej Socjalistycznej Republiki Radzieckiej. Jedynie Sewastopol uzyskał status miasta o szczególnym statusie i był podporządkowany Federacyjnej Socjalistycznej Republice Radzieckiej.

W styczniu 1991 r. Krym ponownie stał się Autonomiczną Radziecką Republiką – częścią składową ZSRR. Z chwilą powstania Ukrainy w 1991 r. (deklaracja niepodległości z 24 sierpnia 1991 r., uznana międzynarodowo w grudniu 1991 r.; rozpad ZSRR) Krym wraz z Sewastopolem stał się częścią tego państwa (mimo że zasadniczo Ukraina jest państwem unitarnym: według art. 133 konstytucji z 1996 r. dzieli się ona na 24 obwody). Stało się to na mocy konstytucji Krymu uchwalonej 5 maja 1992 r., a konkretnie poprawki przyjętej 6 maja 1992 r. (w odpowiedzi na ofertę autonomii ze strony Ukrainy), zgodnie z którą oświadczone, że Krym staje się częścią Ukrainy (15 maja anulowano wcześniejszą deklarację niepodległości Republiki Krymskiej z 5 maja). Z większości terytorium Krymu ustanowiono Autonomiczną Republikę Krymu ze stolicą w Symferopolu. Instytucjonalnym wyrazem autonomii stało się utworzenie Rady Najwyższej jako parlamentu lokalnego oraz lokalnego rządu. Sewastopol pozostał miastem wydzielonym (podobnie jak Kijów).

W lipcu 1993 r. wybuchł kryzys rosyjsko-ukraiński dotyczący Sewastopola. Dekretem Rady Najwyższej Federacji Rosyjskiej uznano, że miasto to uzyskuje status federalny wewnątrz Rosji. Ostatecznie jednak nie doszło do skonsumo-

wania rezolucji wskutek wyraźnego jej odrzucenia przez Radę Bezpieczeństwa ONZ (oświadczenie przewodniczącego w imieniu Rady z 20 lipca 1993 r.)².

W 1994 r. władze Autonomicznej Republiki Krymskiej postanowiły opracować nową konstytucję. W marcu 1995 r. Rada Najwyższa Krymu zniosła konstytucję z 1992 r. Wówczas prezydent Ukrainy L. Kuczma wprowadził dekretem bezpośrednie rządy prezydenckie na Krymie (czerwiec–wrzesień). W październiku parlament krymski uchwalił nową konstytucję, która zgodnie z art. 135 konstytucji Ukrainy podlegała zatwierdzeniu przez Radę Najwyższą Ukrainy. Ta jednak odmówiła akceptacji i zażądała dokonania poważnych zmian w tekście. Ostatecznie nową konstytucję uchwalono 21 października 1998 r., a zatwierdzono 23 grudnia 1998 r. Weszła ona w życie 12 stycznia 1999 r.³.

W związku z ucieczką prezydenta Ukrainy W. Janukowycza z Kijowa do Rosji i powstaniem tymczasowych władz ukraińskich na początku marca 2014 r. lokalny parlament Autonomicznej Republiki Krymu ogłosił zamiar przeprowadzenia referendum w sprawie poszerzenia autonomii Krymu (odbyło się ono 16 marca 2014 r. i dotyczyło tego, czy mieszkańcy Krymu chcą przyłączenia do Rosji, czy też chcą przywrócenia konstytucji Krymu z 1992 r. i zachowania statusu republiki autonomicznej Ukrainy; według danych podanych przez władze krymskie niemal 100% mieszkańców miało wypowiedzieć się za przyłączeniem Krymu do Rosji). Przed jego przeprowadzeniem Rada Najwyższa Autonomicznej Republiki Krymu i Rada Miasta Sewastopola ogłosiły 11 marca 2014 r. deklarację niepodległości, odwołując się do niedawnego przypadku Kosowa i opinii doradczej Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości z 2010 r., uznającej co do zasady deklarację za nienaruszającą prawa międzynarodowego⁴. Już 17 marca 2014 r. władze Krymu ogłosiły powstanie niepodległego państwa i zwróciły się do Federacji Rosyjskiej o przyłączenie do Rosji. Prezydent Rosji W. Putin wydał tego samego dnia dekret w sprawie uznania Krymu za niepodległe państwo. Dzień później została podpisana umowa między Rosją, Krymem i Sewastopolem w sprawie włączenia obu podmiotów w skład Federacji Rosyjskiej⁵. Weszła ona w życie 21 marca 2014 r.⁶. W jej następstwie z tą samą datą zmieniono konstytucję Rosji, dodając w niej Autonomiczną Republikę Krymu i Sewastopol jako miasto federalnego

² Zob. przebieg zdarzeń i dyskusji wewnątrz Rady Bezpieczeństwa oraz tekst oświadczenia na stronie: http://www.un.org/en/sc/reperoire/93-95/Chapter%208/EUROPE/93-95_8-22-UKRAINE.pdf.

³ Tekst konstytucji Krymu na stronie: <http://www.rada.crimea.ua/en/bases-of-activity/konstituciya-ARK>.

⁴ Tekst na stronie: <http://www.unian.ua/politics/895070-rada-krimu-priynyala-deklaratsiyu-pro-nezalejnist.html>.

⁵ Tekst na stronie: <http://kremlin.ru/news/20605>.

⁶ Tekst ustawy ratyfikacyjnej na stronie: <http://news.kremlin.ru/media/events/files/41d4cb13cb6fed5b3081.pdf>.

znaczenia, które włączono do nowego Krymskiego Obwodu Federalnego ze stolicą w Symferopolu⁷.

Co szczególnie ważne, działania władz krymskich były wspierane przez osoby, których tożsamości początkowo nie ustalono, lecz szybko okazało się, że były to osoby powiązane z siłami bezpieczeństwa i siłami zbrojnymi Rosji. Także separatyści krymscy byli wyposażani w broń i amunicję przez Rosję. Wreszcie przed wypowiedzeniem umów dotyczących baz wojskowych wojska rosyjskie na zasadzie pełzającej wykroczyły poza ich obszar.

Status prawnomiędzynarodowy Krymu i przestrzeni powietrznej nad półwyspem

Zagadnienia ogólne

W prawie międzynarodowym nie ulega najmniejszej wątpliwości, że przestrzeń powietrzna stanowi integralną część terytorium lądowego i wodnego, nad którym się znajduje. Dzieli ona zatem położenie prawne z terytorium stanowiącym jej podstawę. W ten sposób przestrzeń powietrzna państwa stanowi element terytorium państwa w zakresie, w jakim znajduje się nad jego terytorium lądowym i wodnym (art. 1 w związku z art. 2 Konwencji w sprawie międzynarodowego lotnictwa cywilnego z 7 grudnia 1944 r.; dalej: konwencja ICAO)⁸. Przestrzeń powietrzna państwa podlega wyłącznej i zupełnej władzy państwa, jego suwerenności terytorialnej⁹. Przestrzeń powietrzna nad wodami międzynarodowymi lub terytoriami niepodlegającymi zwierzchnictwu któregoś państwa ma taki status, jak te wody lub terytoria lądowe (zob. np. art. 2, art. 58 i art. 87 Konwencji Narodów Zjednoczonych o prawie morza z 10 grudnia 1982 r.; dalej: konwencja NZ). W konsekwencji określenie statusu przestrzeni powietrznej nad Krymem jest pochodną ustalenia statusu samego Krymu. Wyjaśnienie aktualnego położenia prawnomiędzynarodowego Krymu wymaga dokonania uprzedniej oceny działań władz Krymu i Rosji z perspektywy prawa międzynarodowego.

Terytorium państwowe podlega ochronie ze strony prawa międzynarodowego. Określają je w szczególności dwie zasady: integralności terytorialnej i nienaruszalności granic [mają one status traktatowy i zwyczajowy, chociaż w Karcie

⁷ Tekst ustawy konstytucyjnej na stronie: <http://news.kremlin.ru/media/events/files/41d4cb13aeb4745e230.pdf>; tekst rozporządzenia Prezydenta Rosji o ustanowieniu Krymskiego Obwodu Federalnego na stronie: <http://news.kremlin.ru/media/events/files/41d4cb1349c4325d7681.pdf>.

⁸ UNTS (United Nations Treaty Series), t. 15, s. 295. Konwencja weszła w życie 4 kwietnia 1947 r. Jej stronami jest 191 państw, w tym Rosja i Ukraina.

⁹ Zob. też M. Polkowska, *Suwerenność państwa w przestrzeni powietrznej. Geneza, zakres i ewolucja*, Warszawa 2009.

Narodów Zjednoczonych (KNZ) pojawia się jedynie pierwsza z nich i to jako dopełnienie zakazu użycia siły/groźby jej użycia – art. 2 pkt 4 KNZ]. W obydwu przypadkach nie chodzi o bezwzględną niedopuszczalność zmian terytorialnych, lecz o zakaz takich zmian, które naruszają prawo międzynarodowe. W szczególności będą to zmiany dokonane bez swobodnie wyrażonej zgody zainteresowanego państwa, zwłaszcza z użyciem siły wojskowej lub jej groźby.

Krym jako integralna część Ukrainy

Niezależnie od sytuacji, jaka miała miejsce w 1954 r. w związku z nielegalnym w znaczeniu radzieckiego prawa konstytucyjnego przekazaniem przez N. Chruszczowa Krymu Ukrainie, dalszy rozwój wypadków, w tym w szczególności:

- rozpad ZSRR, dobrowolne przyłączenie się Krymu do Ukrainy w 1992 r. na mocy konstytucji tej republiki i dobrowolna rezygnacja z niepodległości (anulowanie deklaracji niepodległości),
- potwierdzenie tej przynależności na mocy nowej konstytucji Krymu z 1999 r. (art. 1 ust. 1: *Republika Autonomiczna jest integralną częścią Ukrainy i rozwiązuje wszelkie sprawy wchodzące w zakres autonomii w ramach kompetencji powierzonych jej przez konstytucję Ukrainy*),
- zawarte i wiążące umowy międzynarodowe zawierane przez Rosję z Ukrainą, a zwłaszcza Traktat o przyjaźni, współpracy i partnerstwie z 31 maja 1997 r. (art. 2: *obowiązek poszanowania integralności terytorialnej i nienaruszalności istniejących granic*, art. 3: *obowiązek budowania wzajemnych stosunków m.in. na zasadzie poszanowania integralności terytorialnej i nienaruszalności granic, nieinterwencji w sprawy wewnętrzne, niestosowania siły*), czy też tzw. porozumienia dotyczące floty czarnomorskiej z 1997 r. i nowe z 2010 r. (porozumienia przewidywały podział floty oraz prawo Rosji do stacjonowania wojsk i korzystania z portu w Sewastopolu do 2042 r.; umowa z 2010 r. została wypowiedziana przez Rosję w związku z kryzysem krymskim 31 marca 2014 r.)¹⁰,
- memorandum w sprawie gwarancji bezpieczeństwa (Ukraina – Stany Zjednoczone – Rosja – Zjednoczone Królestwo) z 5 grudnia 1994 r., które w zamian za rezygnację z broni atomowej potwierdza, zgodnie z zasadami Aktu końcowego KBWE, jej istniejące granice i powstrzymanie się od groźby użycia siły przeciwko integralności terytorialnej lub niezależności politycznej Ukrainy, powstrzymanie się od użycia przymusu ekonomicznego zmierzającego do podporządkowania własnym interesom stron wykonywania przez Ukrainę praw nierozłącznie związanych z suwerennością i uzyskania w ten sposób korzyści jakiegokolwiek rodzaju. Porozumienie to zawiera zobowiązanie stron do zapewnienia, aby Rada Bezpieczeństwa ONZ podjęła niezwłoczne działanie w zakresie pomocy dla Ukrainy w razie, gdyby sta-

¹⁰ Tekst umowy na stronie: http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/643_076.

ła się ofiarą agresji lub groźby agresji, w której używana jest broń jądrowa (porozumienie przewiduje procedurę konsultacji w przypadku problemów z wykonywaniem zobowiązań)¹¹,

dowodzi, że Krym był i jest tak w sensie prawa konstytucyjnego Ukrainy i Krymu, jak i prawa międzynarodowego integralną częścią Ukrainy. Ten status prawny Krymu był uznany przez Rosję do czasu kryzysu marcowego 2014 r.

Konstatacja taka oznacza, że Ukraina była i jest chroniona na mocy zasad integralności terytorialnej i nienaruszalności granic, jakie ukształtowały się w prawie międzynarodowym traktatowym i zwyczajowym (zwłaszcza Deklaracja zasad prawa międzynarodowego z 24 października 1970 r.). Ochroną tą było i jest objęte całe terytorium Ukrainy – lądowe, wodne i powietrzne, łącznie z terytorium Krymu.

Ocena działań władz Autonomicznej Republiki Krymu z perspektywy prawa międzynarodowego: problem legalności secesji Krymu

Powszechnie uznaje się, że oderwanie się części terytorium od istniejącego państwa (zwane niejednokrotnie w literaturze, a niekiedy także w orzecznictwie secesją) jest zasadniczo niedopuszczalne z uwagi na ochronę integralności terytorialnej państwa (opinia prawna Komisji Prawników Ligi Narodów w sprawie Wysp Alandzkich z 5 września 1920 r.: *nie istnieje prawo do oddzielenia się od terytorium państwa przez zwykły akt woli, tym bardziej inne państwa nie mają roszczenia o secesję części cudzego terytorium*), a także zagrożenie dla międzynarodowego pokoju i bezpieczeństwa.

Jednak z zasadą integralności terytorialnej może kolidować zasada i prawo do samostanowienia, które nie tylko ma traktatową i zwyczajową podstawę obowiązywania (m.in. art. 1 KNZ, identycznie art. 1 Międzynarodowych paktów praw człowieka), ale także uznaje się, że samostanowienie wywiera

¹¹ Formalnie *prima facie* porozumienie nie ma mocy wiążącej, ale jest nierozdzielnie związane m.in. z traktatem o nieprolifracji, wobec którego może być nawet uznane za wykonawcze. Strony zresztą formułują zobowiązania w taki sposób, jakby uważały je za wykonawcze i w tym sensie wiążące. W samym porozumieniu zawarte jest stwierdzenie, że stosuje się je z chwilą podpisania. Zawiera też klauzulę językową. Zostało ono ponadto podpisane przez szefów państw/rządów, co – biorąc pod uwagę ich *ius representationis omnimodae* i zdolność do samodzielnego zaciągania zobowiązań prawnych – jest dodatkowym argumentem przeciwko uznaniu, że memorandum jest zwykłym politycznym zobowiązaniem stron. Chiny i Francja udzieliły Ukrainie gwarancji jednostronnych odpowiednio 4 i 5 grudnia 1994 r. Tekst memorandum wraz z towarzyszącymi oświadczeniami na stronie: http://www.msz.gov.pl/en/p/wiedenobwe_at_s_en/news/memorandum_on_security_assurances_in_connection_with_ukraine_s_accession_to_the_treaty_on_the_npt?printMode=true.

skutek *erga omnes* [tak Międzynarodowy Trybunał Sprawiedliwości (MTS) w wyroku jurysdykcyjnym dotyczącym Demokratycznej Republiki Timoru z 1995 r.]. W praktyce międzynarodowej i w literaturze przedmiotu najczęściej przyjmuje się, że rozwiązanie tej kolizji odbywa się co do zasady na korzyść integralności terytorialnej państwa. Jednak od tej reguły istnieją przynajmniej dwa wyjątki, kiedy ludy mogą oderwać się od państwa macierzystego z naruszeniem jego integralności. Są to sytuacje: 1) ludów kolonialnych, 2) ludów zdominowanych/uciskanych (Sąd Najwyższy Kanady w sprawie secesji Quebecu, wyrok z 20 sierpnia 1998 r.). Tylko kolonie mają pełne prawo do secesji (ustanowienia własnego państwa albo przyłączenia się do istniejącego). W tym drugim, obecnie w zasadzie jedynym praktycznym przypadku, trzeba wskazać, że istnieje sytuacja dominacji, która sprawia, że lud nie jest reprezentowany w państwie, w którym żyje, nie ma możliwości samorealizacji przez istniejące struktury władzy, korzystania z praw wyborczych i samoorganizacji politycznej. Musi zaistnieć całkowita niemożność skorzystania z samostanowienia wewnętrznego. Sama niemożność zmiany konstytucji państwowej nie jest takim przypadkiem. Prawo do secesji jest uprawnieniem wyjątkowym i ostatecznym.

Secesja może prowadzić do powstania nowego państwa (np. Państwo Erytrea, Republika Sudanu Południowego), ale może również wiązać się z przyłączeniem do innego państwa. Trzeba jednak pamiętać, że prawo do samostanowienia mają jedynie ludy, a nie jakiekolwiek grupy osób. Prawo międzynarodowe nie definiuje jednoznacznie ludu, ale wydaje się, że może nim być jedynie odrębna od większości ludności państwa i zwarta terytorialnie wspólnota ludzka, która podziela pewne wspólne cechy (zwłaszcza etniczne, językowe, religijne) i która co do zasady nie jest mniejszością narodową, a zatem fragmentem ludu innego państwa (osobom należącym do grupy mniejszościowej przysługują pewne prawa, np. na mocy art. 27 Międzynarodowego paktu praw obywatelskich i politycznych). Sprawa nie jest jednak w pełni przejrzysta.

W wypadku zmian terytorialnych wynikających ze skorzystania z samostanowienia ważne jest ich uznanie ze strony wspólnoty międzynarodowej. Uznanie to wprawdzie nie jest konstytutywne w takim znaczeniu, że nie przesądza o powstaniu nowego państwa (przyłączeniu się do innego), ale ma znaczenie dla praktycznych stosunków między uznawanym a uznającym (odmowa uznania powoduje, iż podmiot nieuznawany jest traktowany przez podmiot odmawiający uznania w zasadzie *per non est*, jakkolwiek znamy również przypadki szczególne, np. Tajwan).

W praktyce międzynarodowej secesja najczęściej jest potępiana, a jej nawet efektywne rezultaty w postaci powstania *quasi*-państw są uznawane za nielegalne i nieważne. W szczególności Rada Bezpieczeństwa ONZ podjęła takie decyzje w odniesieniu na przykład do bantustanów w Republice Południowej Afryki, Rodezji Południowej, Tureckiej Republici Cypru Północnego. Także

wówczas, gdy secesja nie spotyka się z pewnych względów z potępieniem ze strony Rady Bezpieczeństwa (przypadki Abchazji, Osetii Południowej, Górnego Karabachu, Naddniestrza), wspólnota międzynarodowa jest również zobowiązana do nieuznawania nowych państw i nienawiązywania z nimi jakichkolwiek stosunków. W rzeczywistości tak jest bardzo często (jednak inaczej w przypadku Państwa Erytrea, Demokratycznej Republiki Timoru czy Sudanu Południowego). Nowe państwa pozostają wyizolowane, ciesząc się uznaniem wzajemnym, ewentualnie niektórych innych państw.

W praktyce międzynarodowej (zwłaszcza państw Zachodu) i w doktrynie prawa międzynarodowego za szczególny przypadek uznaje się Kosowo. Wskazuje się, że Kosowo doprowadzone zostało do państwowości przez ustanowienie specjalnej misji Organizacji Narodów Zjednoczonych (zarządzanie terytorium), która oparta jest na czterech filarach: a) ustanowieniu międzynarodowej tymczasowej administracji cywilnej i bezpieczeństwa, która sprawuje przejściowo rolę cywilnej i politycznej władzy zwierzchniej, b) zapewnieniu odpowiednich standardów humanitarnych przez administrację międzynarodową, c) zapewnieniu ustanowienia instytucji demokratycznych dla Kosowa, d) zapewnieniu stabilizacji i odbudowie po konflikcie¹².

W deklaracji niepodległości Krymu odwołano się właśnie do przypadku Kosowa, przypominając, że MTS uznał, że jednostronna deklaracja niepodległości nie narusza prawa międzynarodowego. Zapomniano wszakże dodać, że Trybunał podkreślił, iż to nie jednostronny charakter deklaracji niepodległości nie czyni ją sprzeczną z prawem międzynarodowym, ale sam fakt, że ogłoszenie niepodległości było związane z nielegalnym użyciem siły lub innymi rażącymi naruszeniami norm powszechnego prawa międzynarodowego, zwłaszcza o charakterze bezwzględnie wiążącym (*ius cogens*; § 80 opinii). Nie miało to miejsca w przypadku Kosowa, ale w wypadku Krymu tak, gdzie w sposób pośredni, a potem także bezpośredni agresji dokonała Rosja, wspierając dążenia separatystyczne i zapewniając im skuteczność. Według rezolucji Zgromadzenia Ogólnego ONZ z 14 grudnia 1974 r. agresją jest nie tylko napaść zbrojna, ale także blokady portów i wybrzeży morskich, wykroczenie poza terytorium baz wojskowych bez zgody państwa przyjmującego, zwłaszcza łączące się z podjęciem akcji zbrojnej, czy szkolenie najemników lub zbrojnych band, dostarczanie im broni (rezolucja 3314/XXIX).

Wniosek jest zatem taki, że secesji Krymu dokonano z rażącym naruszeniem prawa międzynarodowego, zwłaszcza zakazu agresji, który może być uważany za normę bezwzględnie wiążącą. Nie jest ona wyrazem samostanowienia, gdyż ludność Krymu stanowi nie lud, a mniejszość narodową. Nawet jednak, gdyby uznać ją za lud uprawniony do samostanowienia, to i tak nie może on oderwać się legalnie od Ukrainy, gdyż w jej ramach korzystał z samostanowienia we-

¹² Opinia doradcza MTS w sprawie niepodległości Kosowa z 22 lipca 2010 r., § 98.

wewnętrznego, czego dowodem jest zarówno konstytucja ukraińska, jak i krymska. Secesja Krymu była ewidentnie wspomagana przez Rosję z naruszeniem wiążących ten kraj zobowiązań międzynarodowych. W konsekwencji akty stanowiące jej podstawę należy uznać za nieważne i niebyłe. W rezultacie również akt przyłączenia Krymu i Sewastopola do Rosji (zarówno jednostronne kroki, jak i umowę trójstronną) należy uznać za nieważne.

Ocena działań Rosji z perspektywy prawa międzynarodowego: problem interwencji na zaproszenie i agresji

■ Problem interwencji Rosji na Ukrainie na zaproszenie

Na ustalenie statusu prawnomiędzynarodowego Krymu ma również wpływ ocena działań Rosji. W pierwszym rzędzie powstaje pytanie, czy wkroczenie wojsk rosyjskich na Krym może być uznane za tzw. interwencję na zaproszenie. Interwencja taka, jak przypomina Instytut Prawa Międzynarodowego, systematyzujący w rezolucji „Pomoc wojskowa na żądanie” z 8 września 2011 r. obowiązujące prawo w tej materii, nie jest sprzeczna z prawem międzynarodowym, o ile tylko odbywa się na żądanie władz innego państwa, nawet w wypadku, gdy nie zachodzi niemiędzynarodowy konflikt zbrojny (dawna wojna domowa). Żądanie takie musi być wyrażone swobodnie przez legalne władze państwa. Powinno też określać zakres oczekiwanej pomocy i warunki jej udzielenia. Pomoc wojskowa jest sprzeczna z prawem międzynarodowym, gdy narusza Kartę Narodów Zjednoczonych, zasady nieinterwencji, równych praw i samostanowienia ludów oraz powszechnie akceptowane standardy praw człowieka, a w szczególności, gdy jej celem jest wsparcie rządu przeciwko własnej ludności.

W wypadku Ukrainy o taką pomoc wystąpił prezydent Ukrainy W. Janukowycz w swoim specjalnym oświadczeniu z 1 marca 2014 r. w kontekście zajęć na Majdanie. Jest interesujące, że oświadczenie W. Janukowicza przekazał Radzie Bezpieczeństwa ambasador Federacji Rosyjskiej przy ONZ¹³. W oświadczeniu prezydent stwierdza, że Ukraina znalazła się na krawędzi wojny domowej. Pojawił się chaos i anarchia, życie ludzkie, bezpieczeństwo ludzi i prawa człowieka są zagrożone, zwłaszcza w południowo-wschodniej części kraju i na Krymie. Wpływ państw Zachodu zachęcił do otwartych aktów terroru i przemocy, a ludność jest prześladowana ze względów politycznych i językowych. W związku z tym oświadcza on, że zaapelował do prezydenta Federacji Rosyjskiej o użycie sił zbrojnych Federacji w celu przywrócenia prawa i porządku, pokoju i stabilności oraz w celu ochrony ludu Ukrainy. Oświadczenie to zostało rychło zdezawuowane przez nowe władze Ukrainy. W liście skierowanym do przewodniczącego Rady Bezpieczeństwa z 4 marca 2014 r. stwierdzono, że zgodnie z konstytucją Ukrainy wyłączne prawo do zatwierdzenia zaproszenia do wkroczenia obcych

¹³ S/2014/146.

wojsk na terytorium kraju ma parlament państwowy. Wskazano, że W. Janukowycz nie jest już legitymowanym prezydentem Ukrainy z tego względu, że w obliczu kryzysu opuścił stolicę, zaprzestając wykonywania swych funkcji. Złożenie go z urzędu nastąpiło na mocy legalnego aktu parlamentu. Zapowiedziano również, że do czasu nowych wyborów pełniącym obowiązki głowy państwa jest przewodniczący Rady Najwyższej Ukrainy O. Turczynow. W efekcie oświadczenie W. Janukowycza nie może być uważane za oficjalne żądanie Ukrainy.

Niezależnie od stanowiska nowych władz, należy uznać, że oświadczenie W. Janukowycza nie spełniało wymagań prawa międzynarodowego dotyczącego interwencji na życzenie. Można uznać, że było skierowane przeciwko ludności własnego państwa. Interwencja Rosji na Ukrainie, w tym na Krymie, nie może zatem uzasadniać i legitymizować działań Rosji.

■ Problem aneksji Krymu

W prawie międzynarodowym, wraz z delegalizacją prawa do wojny, ustanowiono zasadę, że sprzeczne z prawem międzynarodowym jest jakiekolwiek włączenie jakiejkolwiek części (tym bardziej całości) terytorium innego państwa bez swobodnie wyrażonej jego zgody (np. w drodze umowy cesji terytorialnej), bez względu na to, czy odbywa się z użyciem siły zbrojnej, czy też w inny sposób. W konsekwencji aneksja nie powoduje w sensie prawnym przyłączenia cudzego terytorium do terytorium nowego państwa. Takie terytorium należy uznać za terytorium okupowane w rozumieniu międzynarodowego prawa humanitarnego.

Warto w tym kontekście zauważyć, że w szczególności Rada Bezpieczeństwa ONZ uznawała próby aneksji części lub całości terytoriów państwowych za formę niezgodnego z prawem międzynarodowym zawojowania. Działania takie, a zwłaszcza próby ich legalizacji, jako najczęściej sprzeczne z zakazem użycia siły i groźby jej użycia, były uważane za nieważne i niebyłe¹⁴. Odmawiano im wszelkiej skuteczności prawej, a państwa członkowskie były wzywane do odmowy uznawania aneksji i wszelkich ich skutków prawnych (np. w odniesieniu do Kuwejt w przypadku próby aneksji przez Irak w 1990 r., okupacji terytoriów arabskich przez Izrael).

Oznacza to, że Rosja nie jest w stanie zmienić prawnego statusu prawnomiędzynarodowego Krymu, nawet wówczas, gdyby Ukraina nie była w żaden istotny sposób zdolna do przeciwdziałania akcji podjętej przez Rosję wobec Krymu, i nawet wówczas, gdyby uprzednio Rosja nie ingerowała w sytuację na Krymie, sam akt włączenia Krymu w skład Federacji Rosyjskiej należałoby uznać za nielegalny i nieważny. Potwierdza to również jednoznaczne stanowisko różnych państw i organizacji międzynarodowych.

¹⁴ Tak zwłaszcza MTS w opinii doradczej w sprawie konsekwencji prawnych budowy muru na okupowanych terytoriach palestyńskich z 9 lipca 2004 r., § 117 i 159.

Stanowisko państw i wybranych organizacji międzynarodowych wobec włączenia Krymu do Rosji

■ Stanowisko państw. Stanowisko Grupy G7

Kryzys krymski spowodował polaryzację stanowisk politycznych. Jednak nie wszystkie państwa zajęły jednoznaczne stanowisko wobec aneksji Krymu. Wiele z nich wyartykułowało swoje spojrzenie przez głosowanie w organach różnych organizacji międzynarodowych. W tym miejscu ograniczymy się do przedstawienia oceny sformułowanej jedynie przez państwa należące do tzw. Grupy G7¹⁵.

Grupa G7 (obradująca bez Rosji) zajęła stanowisko wobec kryzysu krymskiego 24 marca 2014 r. W przyjętej wówczas deklaracji haskiej jednoznacznie stwierdziła m.in., że prawo międzynarodowe zakazuje nabycia części lub całości cudzego terytorium z użyciem przymusu lub siły. Takie zachowanie stanowi naruszenie zasad istniejącego systemu międzynarodowego. W tym kontekście potępiono nielegalne referendum na Krymie przeprowadzone, jak zaznaczono, z naruszeniem konstytucji Ukrainy. Następnie „mocno potępiono” nielegalną próbę aneksji Krymu przez Rosję z naruszeniem prawa międzynarodowego i specyficznych zobowiązań międzynarodowych. Wyraźnie odmówiono uznania tej aneksji. Wskazano, że działania Rosji stanowią naruszenie suwerenności i integralności terytorialnej Ukrainy i wyrażono determinację w zakresie odpowiedzi na nielegalne działania Rosji, nakładając indywidualnie lub grupowo różne sankcje przeciwko Rosji i osobom i podmiotom odpowiedzialnym (wówczas też zawieszono udział członków grupy w G8 do czasu aż Rosja zmieni swoje postępowanie). Uznano, że Rosja musi szanować integralność terytorialną i suwerenność Ukrainy.

Grupa G7 powtórzyła swoje negatywne stanowisko w sprawie nielegalnej próby aneksji Krymu i Sewastopola w oświadczeniu przywódców G7 w sprawie Ukrainy z 25 kwietnia 2014 r. Podkreślili oni także, że nie uznają tej aneksji. Stwierdzili też, że będą analizowali wszelkie konsekwencje prawne i praktyczne bezprawnej aneksji, nie ograniczając się do dziedzin gospodarczej, handlowej i finansowej.

■ Stanowisko Organizacji Narodów Zjednoczonych

W wypadku ONZ warto zwrócić uwagę na postawę Rady Bezpieczeństwa i Zgromadzenia Ogólnego. Rada Bezpieczeństwa, ze zrozumiałych względów (Rosja jest członkiem stałym i dysponuje prawem weta), nie była w stanie podjąć żadnej uchwały potępiającej lub aprobującej postępowanie władz Krymu czy Rosji. W efekcie sprawę przeniesiono na poziom Zgromadzenia Ogólnego. 24 marca 2014 r. przedłożono członkom ONZ projekt rezolucji dotyczącej integralności terytorialnej Ukrainy. Jego autorami były Kanada, Kostaryka, Niem-

¹⁵ W skład G7 wchodzi Francja, Japonia, Kanada, Niemcy, Stany Zjednoczone, Włochy i Zjednoczone Królestwo.

cy, Polska i Ukraina¹⁶. Został on niemal *in extenso* przyjęty przez Zgromadzenie 27 marca¹⁷. Jest wszakże charakterystyczne, że rezolucję poparło jedynie 100 państw na 193 członków Organizacji Narodów Zjednoczonych (udział w głosowaniu wzięło 169 państw). Tylko 11 państw było przeciwnych uchwa-
le¹⁸, ale aż 58 członków Zgromadzenia Ogólnego wstrzymało się od głosu¹⁹. To pokazuje stan świadomości politycznej (stan uwikłania interesów poszczególnych państw) i prawnej (afirmację dla fundamentalnych zasad znajdujących się w Karcie Narodów Zjednoczonych i obowiązujących na mocy zwyczajowego prawa międzynarodowego).

W rezolucji Zgromadzenie przypomniało podstawowe zasady prawa międzynarodowego, w szczególności zakaz użycia siły lub groźby użycia siły przeciwko integralności terytorialnej i niezależności politycznej jakiegokolwiek państwa i rozwiązywania sporów w drodze pokojowej. Przypomniano zasady Aktu końcowego KBWE oraz porozumienia dotyczące Ukrainy, zwłaszcza memorandum w sprawie gwarancji bezpieczeństwa z 1994 r. oraz rosyjsko-ukraiński traktat o przyjaźni, współpracy i partnerstwie z 1997 r. Zwrócono też uwagę, że referendum zorganizowane przez autonomiczne władze Krymu i miasta Sewastopol nie było upoważnione przez Ukrainę. W tym kontekście potwierdzono suwerenność, niezależność polityczną, jedność i integralność terytorialną Ukrainy w jej międzynarodowo uznanych granicach. Wezwano wszystkie państwa do zaprzestania i powstrzymania się od działań zmierzających do częściowego lub całkowitego przerwania jedności narodowej i integralności terytorialnej Ukrainy, w tym od jakichkolwiek prób modyfikacji granic Ukrainy z użyciem siły lub jej groźby albo jakichkolwiek innych nielegalnych środków. Podkreślono, że referendum krymskie jest nieważne i nie może być podstawą jakiejkolwiek zmiany statusu Republiki Krymskiej i miasta Sewastopola. Wezwano wreszcie wszystkie państwa, organizacje międzynarodowe i organizacje wyspecjalizowane do nieuznawania jakichkolwiek zmian statusu Krymu i Sewastopola na podstawie referendum z 16 marca 2014 r. oraz do powstrzymania się od wszelkich działań, które mogłyby być interpretowane jako uznające taki zmieniony status.

■ Stanowisko Unii Europejskiej

Unia Europejska zajęła po raz pierwszy stanowisko wobec kryzysu na Ukrainie w formie konkluzji Rady z 20 lutego 2014 r. Wówczas odniosła się do wydarzeń na Majdanie, wyrażając zaniepokojenie naruszeniami praw człowieka

¹⁶ A/68/L.39.

¹⁷ A/RES68/262.

¹⁸ Poza Rosją: Armenia, Białoruś, Boliwia, KRLD, Kuba, Nikaragua, Sudan, Syria, Wenezuela i Zimbabwe.

¹⁹ Wśród nich: Argentyna, Brazylia, Chiny, Egipt, Ekwador, Indie, Kazachstan, Kenia, Pakistan, Paragwaj, Sudan Południowy, Urugwaj, Uzbekistan.

i przypadkami przemocy, zastraszania i znikania ludzi. Na kolejnym nadzwyczajnym spotkaniu 3 marca Rada potępiła jaskrawe naruszenie suwerenności i integralności terytorialnej Ukrainy wskutek aktów agresji ze strony rosyjskich sił zbrojnych oraz upoważnienie Rady Federacji z 1 marca upoważniające prezydenta Rosji do użycia sił zbrojnych na terytorium Ukrainy. Wezwano Rosję do bezwłocznego wycofania wojsk do rejonów ich stałego stacjonowania, zgodnie z umową w sprawie statusu i warunków stacjonowania Floty Czarnomorskiej na terytorium Ukrainy z 1997 r. Oświadczone też, że władze autonomii Krymu mogą organizować referendum jedynie w sprawach lokalnych, lecz nie zmiany stanu terytorialnego państwa. Już 5 marca Rada uchwaliła pierwsze sankcje personalne, na mocy których zamrożono fundusze 18 osób (przywódców Ukrainy z b. prezydentem na czele i osób związanych) i zarządzono zwrot funduszy ukraińskich niewłaściwie wykorzystywanych²⁰. Kryzys krymski zostaje uwzględniony także w oświadczeniu szefów państw i rządów Unii Europejskiej z 6 marca 2014 r. Podkreślono w nim, że decyzja władz Autonomicznej Republiki Krymu o referendum w sprawie przyszłego statusu Krymu jest sprzeczna z konstytucją Ukrainy i w efekcie nielegalna.

W związku z późniejszymi wydarzeniami na Krymie (5–16 marca) wspólne oświadczenie w sprawie Krymu wydali też przewodniczący Rady Europejskiej H. Van Rompuy i przewodniczący Komisji Europejskiej J.E. Barroso (16 marca). Podkreślili, że referendum krymskie jest sprzeczne z konstytucją Ukrainy i z prawem międzynarodowym. Jest ono nielegalne i bezzasadne, a jego wyniki nie zostaną uznane. Wskazali też, że kryzys ukraiński musi być rozwiązany w poszanowaniu integralności terytorialnej, suwerenności i niezależności Ukrainy, w ramach konstytucji tego państwa i w ścisłej zgodności ze standardami międzynarodowymi. Obaj przewodniczący stwierdzili również, że Unia Europejska poczuwa się do: *szczególnej odpowiedzialności za pokój, stabilność i pomyślność kontynentu europejskiego i będzie kontynuowała dążenia do osiągnięcia tych celów korzystając z wszelkich dostępnych kanałów*. Wezwali oni także Rosję do wycofania jej sił zbrojnych do baz i ograniczenia ich liczby do przedkryzysowej, zgodnie z odpowiednimi porozumieniami.

Przeprowadzenie referendum na Krymie spowodowało, że Rada przyjęła kolejne konkluzje już 17 marca. Jednoznacznie stwierdziła, że nie uznaje nielegalnego referendum i jego wyników, wskazując na niedemokratyczne warunki jego przeprowadzenia. Wyraziła też ubolewanie, że działania Rosji nie zmierzają do deeskalacji konfliktu. Wezwano Rosję do niepodejmowania kroków w celu aneksji Krymu z naruszeniem prawa międzynarodowego. Tego samego

²⁰ Decyzja Rady 2014/119/WPZB oraz rozporządzenie Rady nr 208/2014/UE z tej samej daty (5 marca 2014 r.) i o tym samym tytule (w sprawie środków ograniczających skierowanych przeciwko niektórym osobom, podmiotom i organom w związku z sytuacją na Ukrainie), Dz.Urz. UE L 66 z 2014 r., s. 1 i 26.

dnia Rada przyjęła decyzję i rozporządzenie implementujące, na mocy których nałożono sankcje personalne (ruch osobowy, finansowe i majątkowe, w tym dotyczące sprzecznego z prawem ukraińskim przenoszenia własności) tym razem na przywódców rosyjskich, jednak z pominięciem prezydenta W. Putina i premiera Federacji D. Miedwiediewa, a także przywódcy autonomii Krymu, a z czasem również innych aktywistów i podmioty inne niż osoby fizyczne, w tym nawet przedsiębiorstwa²¹. W uzasadnieniu obu aktów prawnych przywołano powody wprowadzenia sankcji, do których zaliczono m.in. nielegalne przeprowadzenie referendum krymskiego oraz aktywność osób podważającą integralność terytorialną, suwerenność i niezależność Ukrainy lub im zagrażającą, w tym polegającą na sprzecznych z konstytucją działaniach zmierzających do zmiany statusu jakiejkolwiek części terytorium Ukrainy.

Do wzmocnienia stanowiska Unii doszło w konkluzjach w sprawie Ukrainy, zaaprobowanych przez Radę Europejską 20 marca 2014 r. Jednoznacznie odmówiono uznania referendum krymskiego za legalne. Zdecydowanie potępiono też nielegalną aneksję Krymu i Sewastopola i odmówiono jej uznania. Rada Europejska zwróciła się do Komisji Europejskiej o przeprowadzenie oceny skutków prawnych aneksji i o zaproponowanie restrykcji gospodarczych, handlowych i finansowych dotyczących Krymu, które mogłyby być szybko implementowane.

Wyrazem odmowy uznania bezprawnej aneksji Krymu stały się sankcje Rady w formie zakazu importu do Unii Europejskiej wszelkich towarów pochodzących z Krymu lub Sewastopola²². W aktach tych przywołuje się nie tylko konkluzje Rady Europejskiej z 21 marca 2014 r., ale również i rezolucję Zgromadzenia Ogólnego ONZ z 27 marca 2014 r. w sprawie integralności terytorialnej Ukrainy, co świadczy *de facto* o implementacyjnym działaniu Unii. Embargiem zostały objęte towary niemające świadectwa pochodzenia wyda-

²¹ Decyzja Rady 2014/145/WPZB i rozporządzenie nr 269/2014/UE w sprawie środków ograniczających w odniesieniu do działań podważających integralność terytorialną, suwerenność i niezależność Ukrainy lub im zagrażających, Dz.Urz. UE L 78 z 2014 r., s. 6 i 16. Oba akty zmieniono, rozszerzając krąg osób objętych sankcjami na mocy decyzji wykonawczej 2014/151/WPZB i rozporządzenia wykonawczego nr 284/2014/UE z 21 marca 2014 r., Dz.Urz. UE L 86 z 2014 r., s. 27 i 30, decyzji wykonawczej 2014/238/WPZB i rozporządzenia wykonawczego nr 433/2014/UE z 28 kwietnia 2014 r., Dz.Urz. UE L 126 z 2014 r., s. 48 i 55, decyzji wykonawczej 2014/265/WPZB i rozporządzenia wykonawczego nr 476/2014/UE i 477/2014/UE z 12 maja 2014 r., Dz.Urz. UE L 137 z 2014 r., s. 1, 3 i 9.

²² Zob. decyzja Rady 2014/386/WPZB i jej rozporządzenie nr 692/2014/UE z 23 czerwca 2014 r. w sprawie ograniczeń dotyczących towarów pochodzących z Krymu lub Sewastopola w odpowiedzi na bezprawne przyłączenie Krymu i Sewastopola, Dz.Urz. UE L 183 z 2014 r., s. 9 i 70, sprostowanie rozporządzenia w Dz.Urz. UE L 197 z 2014 r., s. 87. Zob. też konkluzje Rady w sprawie Ukrainy z 23 czerwca 2014 r.

nego przez władze ukraińskie, co oznacza, że władze te nadal są uważane za uprawnione do ich wydawania w odniesieniu do towarów z regionu Krymu i Sewastopola, mimo że nie sprawują tam efektywnej kontroli. Restrykcje dotyczą nie tylko importu towarów, ale także udzielania, bezpośrednio lub pośrednio, finansowania lub pomocy finansowej, jak również ubezpieczenia i reasekuracji w zakresie, w jakim mają związek z przywozem towarów z tego regionu. Jest przy tym interesujące, że podobnych ograniczeń UE nie przyjęła wyraźnie w odniesieniu do żeglugi powietrznej między Unią Europejską a Krymem.

■ Stanowisko Rady Europy

Rada Europy zaprezentowała swoje poglądy na temat aneksji Krymu w dwóch rezolucjach Zgromadzenia Parlamentarnego: 1) w sprawie rozwoju sytuacji na Ukrainie: groźby dla funkcjonowania instytucji demokratycznych (rezolucja 1988/2014 z 9 kwietnia 2014 r.), 2) w sprawie ponownego rozważenia podstaw materialnych wcześniej uznanych listów uwierzytelniających delegacji rosyjskiej (rezolucja 1990/2014/ z 10 kwietnia 2014 r.). Pierwsza z nich ma charakter materialny i dotyczy sytuacji na Ukrainie w ogóle. Jednak kilka jej ustępów dotyczy bezpośrednio Krymu. Zgromadzenie zauważa zatem, że zmiany demokratyczne i polityczne na Ukrainie zostały przesłonięte wydarzeniami na Krymie. Potępiło ono mocno w szczególności upoważnienie udzielone przez Radę Federacji Rosji prezydentowi W. Putinowi do użycia siły wojskowej na Ukrainie. Z równą mocą potępiono rosyjską agresję wojskową i będącą jej konsekwencją aneksję Krymu. Zdaniem Zgromadzenia stanowi ona jaskrawe naruszenie prawa międzynarodowego, w tym Karty Narodów Zjednoczonych, Aktu końcowego KBWE z Helsinek, Statutu i podstawowych zasad Rady Europy. Zgromadzenie odrzuciło argumentację Rosji usprawiedliwiającą agresję i aneksję, w tym zwłaszcza rzekome przejęcie władzy w Kijowie przez pravicową ekstremę, co miałoby stanowić bezpośrednie zagrożenie dla rosyjskiej mniejszości w tym kraju, a przede wszystkim na Krymie. Zwróciło również uwagę, że żadne działania secesjonistyczne czy też na rzecz integracji z Rosją nie miały miejsca na Krymie i nie uzyskiwały szerszego wsparcia w miejscowej ludności do czasu zbrojnej interwencji Rosji. Wnioskuje ono z tego, że secesja i aneksja są inspirowane przez władze rosyjskie przy wsparciu w postaci interwencji zbrojnej. Zgromadzenie Parlamentarne jednoznacznie uznało, że tzw. referendum krymskie było sprzeczne zarówno z konstytucją Ukrainy, jak i Krymu, a wyniki są niewiarygodne. W konsekwencji wyniki referendum i bezprawna aneksja Krymu są pozbawione skutku prawnego i nie są uznane przez Radę Europy. Przy tej okazji potwierdzono mocne wsparcie dla niezależności, suwerenności i integralności terytorialnej Ukrainy. Wezwało ono Rosję, w kontekście wypowiedzenia przez nią umów związanych ze stacjonowaniem wojsk na Krymie, do niezwłocznego wycofania sił zbrojnych z Krymu. Ponadto dostrzeżono, że aneksja Krymu przez Rosję doprowadziła do naruszania praw

osób należących do mniejszości tatarskiej i ukraińskiej. Wyrażono oczekiwanie, że naruszycciele zostaną bezzwłocznie powstrzymani i ścigani.

Druga z rezolucji Zgromadzenia Parlamentarnego ma charakter instytucjonalny i dotyczy konsekwencji poważnych naruszeń podstawowych zasad Statutu Rady Europy przez Rosję w efekcie jej działań w stosunku do Ukrainy, w tym Krymu. Zgromadzenie uznało, że działania Rosji zmierzające do aneksji Krymu, a zwłaszcza okupacja wojskowa Krymu i groźba użycia siły wojskowej, uznanie wyników nielegalnego referendum i późniejsza aneksja Krymu do Rosji, stanowią „bez jakiegokolwiek wątpliwości” poważne naruszenie prawa międzynarodowego. Z kolei naruszenie memorandum w sprawie gwarancji bezpieczeństwa z 1994 r. podważa zaufanie do innych umów międzynarodowych, w tym zwłaszcza porozumień rozbrojeniowych i o nieprolifracji broni jądrowej. Działania te są sprzeczne ze Statutem Rady Europy i zobowiązaniami przyjętymi przez Rosję w następstwie jej przystąpienia do Rady Europy w 1996 r. Zgromadzenie stwierdziło, że naruszając suwerenność i integralność terytorialną Ukrainy Rosja stworzyła zagrożenie dla stabilności i pokoju w Europie. Aneksja Krymu i kroki do niej prowadzące stanowią wzór dla innych części Ukrainy, gdzie mają miejsce podobne wydarzenia. Szczególnie krytycznie oceniono zachowanie członków Rady Najwyższej Rosji aprobujące i umożliwiające dalsze bezprawne postępowanie władz centralnych (jednostronne upoważnienie do użycia siły wojskowej, aprobata dla nowelizacji konstytucji Rosji wynikającej z aneksji Krymu, ratyfikacja nielegalnego traktatu o zjednoczeniu). Dostrzeżono ponadto pogarszającą się sytuację mniejszości ukraińskiej i tatarskiej, wzywając Rosję, „która nielegalnie sprawuje kontrolę nad tym terytorium”, do zapewnienia poszanowania ich praw. Zgromadzenie zdecydowało o zawieszeniu do końca 2014 r. praw delegacji Rosji w zakresie głosowania w organach Rady, reprezentowania w Prezydium Zgromadzenia, Komitetu Prezydialnego i Komitetu Stałego oraz prawa udziału w misjach obserwacji wyborów. Zastrzeżono jednocześnie prawo anulowania listów uwierzytelniających delegacji rosyjskiej, jeśli Rosja nie doprowadzi do deeskalacji sytuacji i uchylenia aneksji Krymu.

Wnioski

W świetle przedstawionej argumentacji oraz stanowisk państw i, przede wszystkim, konsekwentnego podejścia organizacji międzynarodowych w odniesieniu do Krymu należy uznać, że według prawa międzynarodowego Krym i przestrzeń powietrzna znajdująca się nad nim podlegają suwerenności terytorialnej Ukrainy. Tylko Ukraina ma formalnie wyłączne i zupełne władztwo nad tym regionem. Aneksja dokonana przez Rosję jest prawnie bezskuteczna i nie zmienia statusu prawnomiędzynarodowego Krymu i Sewastopola jako integralnych części Ukrainy. Terytoria te mają obecnie status terytoriów bezprawnie okupowanych. W konsekwencji wszelkie akty dotyczące Krymu, w tym

żegluga powietrznej nad tym obszarem znajdują się w wyłącznej kompetencji Ukrainy. Akty Rosji dotyczące Krymu i żegluga powietrznej nad tym regionem są z mocy prawa międzynarodowego bezprawne i nieważne. Zarazem kompetencja Ukrainy wobec Krymu powinna być wykonywana zgodnie z prawem międzynarodowym, w tym – w odniesieniu do żegluga powietrznej – ze zobowiązaniami wynikającymi z konwencji ICAO.

Stosunek ICAO do władzy Rosji nad przestrzenią powietrzną Krymu i Sewastopola

Uwagi wstępne: stan żegluga powietrznej w odniesieniu do Krymu i Sewastopola

W omawianym regionie czynne są przede wszystkim dwa lotniska: Symferopol (ponad 1,2 mln pasażerów rocznie) i Sewastopol. Do czasu kryzysu krymskiego obsługiwały one zarówno linie ukraińskie i rosyjskie, jak też wiele innych linii zagranicznych (tureckie, austriackie, republik bałtyckich, niektóre tanie linie lotnicze, jak WizzAir czy AtlasJet). Wskutek zaostrzania się konfliktu Ukraina zdecydowała 16 marca 2014 r. o zamknięciu wymienionych lotnisk. Chwilowo ruch lotniczy zamarł. Z momentem bezprawnej aneksji Krymu i Sewastopola wznowiono ruch lotniczy. Jednak z lotnisk korzystają jedynie linie rosyjskie.

ICAO – kompetencje i struktura

Organizacja Międzynarodowego Lotnictwa Cywilnego to powszechna organizacja międzynarodowa działająca na podstawie konwencji chicagowskiej z 7 grudnia 1944 r., w szczególności jej części II, która wprost odnosi się do ICAO²³. Przedmiotem jej zainteresowania i kompetencji jest międzynarodowa cywilna żegluga powietrzna (jej władzą nie jest objęta żegluga prowadzona przez samoloty wojskowe i państwowe – art. 3). Jej cele określa art. 44 konwencji. Ustanawia ona zasady i ustala techniki międzynarodowej żegluga powietrznej, między innymi po to, aby zapewnić bezpieczeństwo żegludze.

Głównymi organami ICAO są Zgromadzenie i Rada (art. 43). Znaczenie mają także inne organy, w tym np. Komisja Żegluga Powietrznej. W praktyce najważniejszym organem politycznym i decyzyjnym jest Rada (art. 50–55), która m.in. podejmuje kluczowe decyzje bieżące i przyjmuje większością $\frac{2}{3}$ wiążące standardy międzynarodowe i niewiążące zalecane praktyki w formie załączników do konwencji (art. 54 lit. l). W tym dziele wspiera ją Komisja Że-

²³ Zob. szerzej M. Zyllich, *Prawo lotnicze międzynarodowe, europejskie i krajowe*, Warszawa 2011, zwłaszcza rozdz. 3; M. Polkowska, *Podstawy prawne funkcjonowania międzynarodowej żegluga powietrznej – system chicagowski: geneza, działanie, perspektywy*, Warszawa 2007.

gługi Powietrznej (art. 57). Rada ICAO składa się z 33 członków, wyłonionych na trzyletnie kadencje w trzech kategoriach: a) państwa o podstawowym znaczeniu w transporcie lotniczym, w tym Federacja Rosyjska, b) państwa wnoszące największy wkład w żeglugę cywilną, c) państwa wybierane według klucza zapewniającego reprezentację geograficzną. Obecna kadencja obejmuje lata 2014–2016, a członkiem Rady w ramach trzeciej kategorii jest Polska. Członkiem Rady w tej kadencji nie jest Ukraina. Rada podejmuje decyzje większością głosów swoich członków. Może ona delegować swe kompetencje na komisje złożone z niektórych jej członków (art. 52).

Stanowisko ICAO wobec aneksji Krymu. ICAO a ONZ

Organizacja Międzynarodowego Lotnictwa Cywilnego stanowi organizację wyspecjalizowaną systemu Organizacji Narodów Zjednoczonych w rozumieniu art. 57 i n. KNZ. W tym sensie wykonuje ona zadania w zakresie cywilnego transportu lotniczego, które są jej poniekąd powierzone przez ONZ. ICAO zawarła umowę o współpracy z ONZ 13 maja 1947 r.²⁴ W tym kontekście powstaje pytanie, czy jako organizacja wyspecjalizowana należąca do systemu ONZ może ona ignorować ustalenia Organizacji, w tym Zgromadzenia Ogólnego (rezolucji z 27 marca 2014 r. w sprawie integralności terytorialnej Ukrainy). Umowa o współpracy z 1947 r. przewiduje, że ONZ może formułować zalecenia pod adresem ICAO, która zobowiązała się do współpracy z organami Rady Gospodarczej i Społecznej ONZ (art. V). Ponadto w umowie uregulowano zasady konsultacji wzajemnych, wymiany informacji i dokumentów, dostarczania informacji ONZ i udzielania pomocy jej organom (art. VI–VIII, IX). Nie ma jednak mowy o formalnym podporządkowaniu ICAO czy o obowiązku wykonywania uchwał organów ONZ. Nie oznacza to jednak, że ICAO będzie mogła ignorować akty ONZ. W szczególności zajmowanie stanowiska radykalnie różnego od ONZ jako organizacji powszechnej i kompetentnej, zwłaszcza w sferze reagowania na naruszenia pokoju, akty agresji czy zagrożenia/naruszenia międzynarodowego pokoju i bezpieczeństwa, byłoby naruszeniem zasad współpracy wzajemnej. Trzeba też pamiętać, że niemal te same państwa wchodzi w skład ONZ i są członkami ICAO. Byłoby objawem schizofrenii, gdyby w różny sposób zachowywały się w tej samej sprawie.

ICAO nie wydała jednoznacznego oświadczenia dotyczącego aneksji Krymu i Sewastopola przez Rosję. Niemniej za pośrednictwem swoich przedstawicieli, zwłaszcza Sekretarza Generalnego R. Benjamina, zaprzecza rosyjskim doniesieniom prasowym, jakoby ICAO uznała zwierzchnictwo czy inny typ władztwa Rosji nad Krymem i Sewastopolem²⁵. W świetle przytoczonego sta-

²⁴ UNTS, t. II-45.

²⁵ http://en.cfts.org.ua/news/state_aviation_service__icao_still_considers_crimea_part_of_ukraine.

nu prawa międzynarodowego i stanowiska państw oraz organizacji międzynarodowych jest prawnie niedopuszczalne uznanie jakiegokolwiek formy władzy Rosji nad terytorium Krymu i Sewastopolem.

Implementacja stanowiska ICAO w sprawie Krymu

■ Stanowisko Eurocontrol w związku z aneksją Krymu

W Europie działa Europejska Organizacja ds. Bezpieczeństwa Żeglugi Powietrznej (Eurocontrol). Skupia ona 40 członków, w tym Ukrainę, lecz nie Rosję, oraz Unię Europejską²⁶. Podstawą jej działania jest Międzynarodowa konwencja o współpracy w dziedzinie bezpieczeństwa żeglugi powietrznej Eurocontrol z 13 grudnia 1960 r., w jej wersji skonsolidowanej z 1997 r. (tzw. konwencja zrewidowana).

W dniu 3 marca 2014 r. Eurocontrol potwierdziła zamknięcie lotnisk na Krymie i odmówiła uznania rosyjskiego władztwa nad przestrzenią powietrzną Krymu i Sewastopola oraz nad portami lotniczymi w Symferopolu i Sewastopolu. Wprowadziła również zalecenia zakazujące lotów do tych portów lotniczych.

■ ICAO wobec problemu wykonywania władztwa nad Krymem

- Dopuszczalność przyznania Rosji kompetencji do wykonywania władztwa w zakresie badania ewentualnych wypadków i incydentów lotniczych w odniesieniu do Krymu i Sewastopola

Zgodnie z art. 26 konwencji ICAO w razie wypadku samolotu umawiającej się strony na terytorium innej umawiającej się strony, który obejmuje śmierć lub poważną szkodę, lub wykazującego poważne techniczne uszkodzenie w samolocie lub urządzeniach służących do żeglugi, państwo, w którym wypadek nastąpił (na terytorium którego do niego doszło), zobowiązane jest wszcząć dochodzenie w celu wyjaśnienia jego okoliczności tak dalece, jak jego prawo na to pozwala i zgodnie z procedurami, jakie mogą być zalecone przez ICAO. Państwo, którego samolot miał wypadek, jest uprawnione do mianowania obserwatorów z prawem obecności w dochodzeniu. Wyniki dochodzenia muszą być zakomunikowane „państwu przynależności samolotu”. Z lektury tego postanowienia wynika, że gdyby na Krymie lub w Sewastopolu doszło do wypadku lotniczego, to jedynie właściwym państwem do jego badania byłaby Ukraina. Status prawnomiędzynarodowy Krymu i Sewastopola, jak wynika z wcześniejszych ustaleń, nie uległ bowiem zmianie.

Jednakże w nawiązaniu do art. 26 Rada przyjęła załącznik 13, który dotyczy badania wypadków lotniczych i incydentów lotniczych. Stanowi on wszakże nie tylko potwierdzenie art. 26, ale również rozwija jego regulację w odniesieniu

²⁶ <http://www.eurocontrol.int/about-eurocontrol>.

do podejmowania dalszych działań, innych niż dochodzenie. Precyzuje on też znaczenie tytułowych zdarzeń lotniczych. Zgodnie z regułą 5.1 załącznika 13, nadal państwo miejsca zdarzenia ma jurysdykcję w odniesieniu do badania wypadków. Wszelako może ono delegować w całości lub części jego prowadzenie na rzecz innego państwa lub regionalnej organizacji zajmującej się badaniem wypadków na zasadzie wzajemnego porozumienia i zgody. W każdym wypadku państwo miejsca zdarzenia zobowiązane jest do podjęcia wszelkich środków w celu ułatwienia badania. Zaleca się zawieranie takich porozumień również w przypadku poważnych incydentów lotniczych (reguła 5.1.1). Oznacza to, że delegacji nie może uchwalić żaden organ ICAO. Może do niej dojść wyłącznie na podstawie dobrowolnie wynegocjowanej umowy międzynarodowej.

Czy te unormowania mogą być rozumiane w taki sposób, że Ukraina mogłaby delegować na Rosję badanie wypadków i incydentów na Krymie lub w Sewastopolu na podstawie zawartego z Rosją porozumienia międzynarodowego? *Prima facie* wydaje się, że tak. Jednak jest to fałszywa intuicja. W regulacji ICAO chodzi bowiem zgoła o całkowicie inną sytuację, a mianowicie taką, że państwo miejsca zdarzenia, czyli państwo sprawujące suwerenność nad terytorium, na którym doszło do wypadku lub incydentu, może przez umowę międzynarodową umożliwić jego badanie w odniesieniu do statku, który uległ wypadkowi lub jest uczestnikiem incydentu. Tymczasem w przypadku Krymu i Sewastopola mielibyśmy do czynienia z zupełnie innym rozwiązaniem. Oto Ukraina delegowałaby na Rosję na podstawie umowy nie prawo badania konkretnego wypadku/incydentu, lecz prawo do delegowania prawa badania wypadku/incydentu z udziałem samolotu państwa trzeciego (swoista subdelegacja). Takie rozwiązanie byłoby jednak sprzeczne z konwencją ICAO. Ukraina powinna pozostać jedynie uprawnioną do zawierania umów w sprawie delegowania uprawnień do badania wypadków/incydentów lotniczych na terytorium Krymu i Sewastopola. Dotyczy to również Rosji, której samolot mógłby ulec wypadkowi lub wziąć udział w incydencie lotniczym. Sytuacji tej nie może zmienić nawet ewentualna umowa między Ukrainą a Rosją. Można byłoby ją odczytywać jako próbę legalizacji nielegalnie wytworzonego stanu faktycznego.

W tych okolicznościach w razie wypadku/incydentu, co do którego Ukraina zawarłaby umowę z państwem trzecim, którego samolot uległ wypadkowi lub jest uczestnikiem incydentu, Rosja jest zobowiązana do umożliwienia takiego badania bez udziału jej służb, poza przypadkiem ochrony miejsca wypadku/incydentu.

- Trójstronne negocjacje ICAO – Rosja – Ukraina dotyczące Krymu

W dniu 8 kwietnia 2014 r. po raz pierwszy doszło do spotkania przedstawicieli Ukrainy i Federacji Rosyjskiej w siedzibie ICAO w Paryżu. Tym samym rozpoczęły się trójstronne negocjacje dotyczące praktycznych aspektów żegluga powietrznej nad Krymem i w Sewastopolu. Są one wykorzystywane przez stro-

nę rosyjską, o czym świadczą doniesienia prasowe, do walki propagandowej i przekonywania opinii publicznej, że ICAO uznała władzę Rosji nad Krymem. Są one dementowane przez ukraińskie czynniki polityczne i media²⁷. Rokowania te znajdują się w toku, ich przedmiot nie jest jasny ani wynik przesądzony.

Podsumowanie

Podsumowując, należy stwierdzić, że zgodnie z prawem międzynarodowym Krym wraz z Sewastopolem pozostają integralną częścią terytorium Ukrainy. Aneksja Krymu i Sewastopola przez Rosję jest sprzeczna z prawem międzynarodowym i nieważna z mocy prawa (naruszyła normę bezwzględnie wiążącą w formie zakazu agresji i zasadę zakazującą aneksji terytoriów zawojowanych). Ukraina w konsekwencji sprawuje nadal suwerenność terytorialną nad Krymem i Sewastopolem, a akty Rosji wobec tych terytoriów są bezprawne i nieważne. Ukraina jest wyłącznie uprawniona do zarządzania przestrzenią powietrzną nad tym regionem. Nie istnieje więc możliwość delegowania kompetencji w zakresie badania wypadków i incydentów lotniczych, które ewentualnie mogłyby mieć miejsce na terytorium Krymu i Ukrainy. Takie rozwiązanie nie jest dopuszczalne zarówno na mocy uchwały Rady ICAO, jak i jej Zgromadzenia, ani w drodze umowy między Rosją a Ukrainą, poza przypadkiem delegowania kompetencji do badania wypadku/incydentu, którego uczestnikiem jest samolot rosyjski. W pozostałych wypadkach państwem wyłącznie właściwym do zawarcia umowy jest Ukraina.

²⁷ <http://www.aviatime.com/en/commercial-aviation/commercial-aviation-news/regulations/11863-icao-crimean-sky-belong-to-ukraine>; <http://www.atc-network.com/atc-news/icao-confirms-exclusive-right-of-ukraine-to-provide-air-navigation-services-over-the-black-sea>.

Ziemowit Cieślík

Opinia na temat pisma Ministra Gospodarki w sprawie notyfikacji poselskiego projektu ustawy – Prawo o organizmach genetycznie zmodyfikowanych¹

Opinion on the notification of a Deputies' bill – Law on Genetically Modified Organisms: In Polish law there is no comprehensive regulation concerning the implementation of the notification obligations under EU law, which is associated with the need to establish rules that would clearly define the jurisdiction of the authorities in matters of notification and clarify the procedure for transfer of the notified document to the addressee. The author presents possible solutions of this problem, according to which the notification of the Act shall be carried out in two separate procedures, identified and described in the article, relating to the notification document concerning measures that go beyond EU harmonization standards and concerning the notification documentation in relation to technical regulations.

Keywords: notification | environmental protection | bill | agriculture
Słowa kluczowe: notyfikacja | ochrona środowiska | projekt ustawy | rolnictwo

Doktor nauk prawnych, naczelnik Wydziału Analiz Prawa Europejskiego
i Międzynarodowego BAS; ziemowit.cieslik@sejm.gov.pl.

Przedmiot opinii

Przedmiotem opinii jest pismo Ministra Gospodarki odnoszące się do trybu notyfikacji poselskiego projektu ustawy – Prawo o organizmach genetycznie zmodyfikowanych (dalej: projekt ustawy). Projekt ten podlega notyfikacji w drodze procedur określonych w:

- art. 114 ust. 5 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (TFUE),
- dyrektywie Parlamentu Europejskiego i Rady z 22 czerwca 1998 r. 98/34/WE ustanawiającej procedurę udzielania informacji w dziedzinie norm i przepisów technicznych oraz zasad dotyczących usług społeczeństwa informacyjnego (dalej: dyrektywa 98/34/WE).

¹ Opinia sporządzona 19 sierpnia 2014 r. na zlecenie Szefa Kancelarii Sejmu; BAS-WAPEiM-1725/14.

Zagadnień, które są przedmiotem pisma, dotyczą opinie Biura Analiz Sejmowych (BAS) z 4 lutego 2013 r.² oraz z 14 czerwca 2013 r.³. W ocenie BAS projekt ustawy zawiera postanowienia, które podlegają notyfikacji Komisji Europejskiej w ramach obu przywołanych procedur.

Pismo Ministra Gospodarki stanowi komentarz do przesłanej mu 12 czerwca 2014 r. dokumentacji notyfikacyjnej. Przedstawione zostały w nim szczegółowe wymogi notyfikacyjne dotyczące projektu ustawy. Do pisma załączone zostały:

- komunikat Komisji dotyczący art. 95 (ust. 4, 5 i 6) Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską (obecnie art. 144 ust. 4, 5 i 6 TFUE) [COM(2002) 760 final],
- formularz notyfikacyjny dotyczący notyfikacji przepisów technicznych w trybie dyrektywy 98/34/WE (wypełniony przykładowo).

Z pisma wynikają następujące zalecenia dotyczące przeprowadzenia notyfikacji w obu trybach:

1. Wniosek składany Komisji Europejskiej na podstawie art. 114 ust. 5 TFUE powinien zawierać faktyczne i prawne uzasadnienie wskazujące na potrzebę wprowadzenia danych przepisów prawa krajowego. Do wniosku należy zaś dołączyć projektowaną wersję przepisów krajowych. Notyfikacja powinna zostać skierowana do Komisji Europejskiej (Sekretariatu Generalnego KE). W praktyce notyfikację przeprowadza właściwy minister (tu: Minister Środowiska) za pośrednictwem Stałego Przedstawiciela Rzeczypospolitej Polskiej przy Unii Europejskiej.
2. Notyfikacja w trybie dyrektywy 98/34/WE polega na przekazaniu Komisji Europejskiej projektu aktu prawnego, wypełnionego formularza notyfikacyjnego oraz ewentualnie określonych w tym formularzu załączników. W wypadku tej procedury – w odróżnieniu od procedury, o której mowa w art. 114 ust. 5 TFUE – krajowym organem notyfikacyjnym jest Minister Gospodarki. Ze względu na faktyczny przebieg procesu notyfikacyjnego wymagane jest przesłanie mu dokumentów notyfikacyjnych w wersji elektronicznej.
3. Ze względu na wszczęte przez Komisję Europejską postępowanie w sprawie nieprawidłowej implementacji dyrektyw dotyczących organizmów genetycznie modyfikowanych wskazane jest skonsultowanie projektu ustawy z Ministerstwem Środowiska (przed jej notyfikowaniem), tak by przekazywane przez Polskę wyjaśnienia, uzasadnienia i projekty regulacji prawnych były spójne.

² *Opinia o zgodności projektu z prawem UE*, BAS-WAPEiM-3407/12.

³ *Notatka na temat projektu pisma do Ministra Gospodarki w sprawie notyfikacji poselskiego projektu ustawy – Prawo o organizmach genetycznie zmodyfikowanych*, BAS-WAPEiM-1555/13.

Uwagi wprowadzające

Na wstępie należy podkreślić, że polskie prawo nie zawiera kompleksowej regulacji dotyczącej wykonania obowiązków notyfikacyjnych wynikających z prawa UE. W przepisach brakuje zwłaszcza regulacji dotyczącej udziału Sejmu w różnych procedurach notyfikacyjnych. Wykonywanie przez Sejm obowiązków notyfikacyjnych, które spoczywają na nim na podstawie prawa UE, wymaga stworzenia kompleksowych rozwiązań proceduralnych, w tym dokonania odpowiednich zmian w regulaminie Sejmu. Potrzebę takich zmian sygnalizowano wielokrotnie w pismach BAS⁴. Biorąc pod uwagę obecny stan prawny, sposób postępowania w podniesionej sprawie może zostać oparty wyłącznie na bardzo ograniczonej regulacji krajowej dotyczącej procedur notyfikacyjnych oraz – przede wszystkim – na ogólnych przepisach kompetencyjnych, wyznaczających właściwość organów władz publicznych w sprawach wiążących się z członkostwem Polski w Unii Europejskiej, przy uwzględnieniu dotychczasowej praktyki.

Zawarte w piśmie zalecenia oparte są na wymaganiach zawartych w przepisach wiążącego prawa UE oraz w niewiążących prawnie dokumentach unijnych (komunikacie Komisji i informacjach zawartych na stronach internetowych Komisji Europejskiej). Poprzednie pismo BAS dotyczące procedury notyfikacji projektu ustawy (notatka z 14 czerwca 2013 r.) odnosiło się wyłącznie do wymogów notyfikacyjnych określonych w przepisach wiążącego prawa UE. W dalszych uwagach dotyczących pisma Ministra Gospodarki odróżnione zostaną wymogi notyfikacyjne, opierające się na wiążącym prawie UE, od tych wskazówek Komisji Europejskiej, które nie znajdują wiążącej podstawy – i w związku z tym mogą być traktowane wyłącznie jako reguły dobrej praktyki państw członkowskich, których przestrzeganie jest przez Komisję zalecane, nie tworzy natomiast obowiązków po stronie państw członkowskich. Pismo odwołuje się do reguł notyfikacyjnych zawartych zarówno w aktach wiążących, jak i niewiążących.

Odrębność obu procedur notyfikacyjnych

Obie procedury notyfikacyjne, o których mowa w piśmie (notyfikacja w trybie art. 114 ust. 5 TFUE oraz w trybie dyrektywy 98/34/WE), różnią się od siebie w sposób znaczny. Różnice dotyczą zarówno regulacji odnoszącej się do podmiotów krajowych zobowiązanych do dokonania notyfikacji, jak i jej przedmiotu (treści notyfikowanych dokumentów). Rezultaty przeprowadzenia

⁴ Na przykład w opinii z 30 grudnia 2004 r., opinii z 16 kwietnia 2010 r., BAS-WAPEiM-501/10, oraz w notatce z 14 czerwca 2013 r.

pierwszej z procedur notyfikacyjnych nie mają wpływu na wyniki drugiej, i odwrotnie. Z tego powodu każdy z tych obowiązków notyfikacyjnych powinien zostać wykonany zasadniczo w ramach odrębnej procedury. Sugestie Ministra Gospodarki w tym zakresie znajdują oparcie w prawie UE.

Notyfikacja dotycząca harmonizacji prawa krajowego (art. 114 ust. 5 TFUE)

Prawo UE nakłada na Polskę obowiązek notyfikowania środków krajowych wykraczających poza unijny standard harmonizacyjny, o którym mowa w art. 114 ust. 1 TFUE, tj. poza unijne środki dotyczące zbliżenia przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych państw członkowskich, które mają na celu ustanowienie i funkcjonowanie rynku wewnętrznego. Na tle tego przepisu należy odnieść się kolejno do podmiotowego i przedmiotowego wymiaru obowiązku notyfikacyjnego.

Adresatem notyfikacji jest Komisja Europejska, podmiotem, na którym ciąży ten obowiązek – państwo członkowskie, przy czym w prawie polskim brak jest przepisów szczegółowych odnoszących się do tego obowiązku notyfikacyjnego, w tym reguł proceduralnych określających organy przekazujące wymagane informacje adresatowi notyfikacji. Wobec braku przepisów określających wprost organ właściwy w sprawie notyfikacji, przyjąć należy, że notyfikacja mogłaby zostać przeprowadzona przez Radę Ministrów, jako organ, który konstytucyjnie odpowiada za prowadzenie polityki zagranicznej państwa (art. 146 ust. 1 Konstytucji RP). Marszałek Sejmu mógłby – działając na podstawie art. 110 ust. 2 Konstytucji – przekazać notyfikowany dokument Radzie Ministrów i za jej pośrednictwem Komisji Europejskiej. Wobec braku podstaw konstytucyjnych angażowania się przez Marszałka Sejmu w działania z zakresu prowadzenia polityki zagranicznej państwa, należy uznać za nieprawidłowe przesyłanie przez ten organ dokumentów notyfikacyjnych bezpośrednio Komisji Europejskiej. Podobnie sugerowane przez Ministra Gospodarki włączenie w tę procedurę właściwego ministra (tu: Ministra Środowiska) może stanowić wyłącznie element postępowania wewnątrzrządowego, następującego po przekazaniu przez Marszałka Sejmu dokumentów notyfikacyjnych Radzie Ministrów. Ze względu na brak szczególnej regulacji w tej mierze, Marszałek nie dysponuje kompetencją do wskazania ministra właściwego do przeprowadzenia postępowania notyfikacyjnego.

Zgodnie z dyspozycją zawartą w wiążącym art. 114 ust. 5 *in fine* TFUE przedmiot notyfikacji stanowią projektowane środki oraz powody ich wprowadzenia. Należy uznać, że powody, o których mowa w przywołanym przepisie traktatowym, powinny obejmować przede wszystkim uzasadnienie konieczności wprowadzenia nowych przepisów krajowych, opartych na nowych dowo-

dach naukowych dotyczących ochrony środowiska naturalnego lub środowiska pracy ze względu na specyficzny problem tego państwa, który pojawił się po przyjęciu środka harmonizacyjnego. Wskazana przesłanka określa – na gruncie art. 114 ust. 5 TFUE – zakres dopuszczalnych zmian wprowadzanych do zharmonizowanego na poziomie unijnym prawa krajowego. Uzasadnienie powinno koncentrować się zatem na kwestiach faktycznych, może odnosić się również do zagadnień prawnych. W związku z uwagami dotyczącymi przedmiotu notyfikacji rozstrzygnięcia wymaga kwestia organu właściwego do przygotowania i skompletowania dokumentacji związanej z notyfikacją (w szczególności uzasadnienia notyfikacji). W prawie brak jest wyraźnych wskazań dotyczących tej kwestii. Wydaje się, że obowiązek taki powinien ciążyć na podmiocie wykonującym inicjatywę ustawodawczą (a więc w danym przypadku na grupie posłów), nie istnieją jednak przepisy, które by taki obowiązek kreowały⁵.

Kończąc uwagi na temat procedury notyfikacyjnej dokonywanej w trybie art. 114 ust. 5 TFUE, należy zauważyć, że wskazywane wcześniej przez BAS rozwiązanie dotyczące krajowej procedury notyfikacyjnej jest zgodne z sugestiami zawartymi w piśmie Ministra Gospodarki.

Notyfikacja dotycząca przepisów technicznych (dyrektywa 98/34/WE)

Podstawowe postanowienia dotyczące notyfikacji przepisów technicznych są zawarte w art. 8 i 9 dyrektywy 98/34/WE. Podobnie jak wyżej należy odnieść się kolejno do podmiotowego i przedmiotowego zakresu wskazanego obowiązku notyfikacyjnego.

Adresatem notyfikacji jest Komisja Europejska. Prawo polskie wskazuje krajowy organ notyfikacyjny – jest nim minister właściwy ds. gospodarki (art. 9 ust. 5 ustawy o działach administracji rządowej oraz § 1 ust. 3 rozporządzenia Rady Ministrów w sprawie sposobu funkcjonowania krajowego systemu notyfikacji norm i aktów prawnych). W świetle powyższego można uznać, że – mimo braku uregulowania dotyczącego projektów ustaw wnoszonych przez posłów – organem właściwym do podjęcia działań w tym zakresie jest obecnie Minister Gospodarki. Marszałek Sejmu może skierować dokumenty notyfikacyjne do tego ministra bezpośrednio lub, ewentualnie, za pośrednictwem Rady Ministrów.

Zgodnie z art. 8 dyrektywy 98/34/WE przedmiotem notyfikacji są projekty przepisów technicznych. W ocenianym przypadku przesłaniu podlega zatem projekt ustawy. Wiążące prawo UE nie przewiduje obowiązku załączania do

⁵ Por. analogiczny problem dotyczący notyfikacji projektowanych programów pomocy publicznej, opinia BAS z 30 maja 2012 r., BAS-WAUip-1285/12.

niego żadnych dodatkowych materiałów. W praktyce do projektowanych przepisów technicznych załączany jest jednak – opublikowany na stronach Komisji Europejskiej – formularz notyfikacyjny (oraz ewentualnie określone w nim załączniki). Zgodnie z przyjętymi wyżej założeniami opracowanie formularza powinno ciążyć na podmiocie wykonującym inicjatywę ustawodawczą, a więc w danym przypadku na grupie posłów. Całość dokumentów notyfikacyjnych powinna zostać przesłana Komisji Europejskiej przez Ministra Gospodarki w formie elektronicznej. Uwzględniając istniejącą praktykę, należy uznać za właściwe przesłanie Ministrowi Gospodarki formularza notyfikacyjnego według jego wskazówek – w wersji uzupełnionej i w określonym formacie elektronicznym. Podsumowując, dokumenty notyfikacyjne przesyłane Komisji Europejskiej za pośrednictwem Ministra Gospodarki powinny, zgodnie z jego sugestią, obejmować projekt ustawy i formularz notyfikacyjny z ewentualnymi załącznikami. Dokumenty mogą zostać przekazane ministrowi w wersji elektronicznej – w określonym przez niego formacie, tak by ułatwić mu dalsze ich przekazanie adresatowi.

Uzgodnienie projektu z Ministrem Środowiska

Sformułowany w piśmie Ministra Gospodarki postulat skonsultowania projektu ustawy z Ministrem Środowiska jest postulatem dotyczącym sposobu prowadzenia polityki państwa. Prawo UE nie zawiera wymogów dotyczących spójności regulacji krajowej, poza wymogiem zasadniczym – projektowane przepisy nie mogą być sprzeczne z wiążącym prawem unijnym.

Podsumowanie

Reguły prawne określające postępowanie notyfikacyjne w odniesieniu do poselskich projektów ustaw są niekompletne i wymagają uzupełnienia. Konieczne jest ustanowienie reguł, które jednoznacznie określą właściwość organów w sprawach notyfikacyjnych i doprecyzują procedurę przysyłania notyfikowanych dokumentów adresatowi.

Notyfikacja projektu ustawy powinna zostać przeprowadzona w ramach dwóch odrębnych procedur – tej określonej w art. 114 ust. 5 TFUE oraz tej, o której mowa w dyrektywie 98/34/WE.

Dokument notyfikacyjny dotyczący środków wykraczających poza unijny standard harmonizacyjny (art. 114 ust. 5 TFUE) może zostać przekazany przez Marszałka Sejmu Radzie Ministrów i – za jej pośrednictwem – Komisji Europejskiej. Powinien on obejmować nie tylko projekt ustawy, ale również powody wprowadzenia projektowanych środków.

Dokumentacja notyfikacyjna, dotycząca przepisów technicznych (dokonywana w trybie dyrektywy 98/34/WE), podlega przekazaniu Komisji Europejskiej za pośrednictwem Ministra Gospodarki. Powinna ona obejmować projekt ustawy oraz załączony do projektu wypełniony formularz notyfikacyjny. Marszałek Sejmu może przekazać ministrowi wskazane dokumenty w wersji elektronicznej.

2

OPINIE BAS

C

OPINIE LEGISLACYJNE

Andrzej Szmyt

Opinia w sprawie projektu ustawy o Radzie Fiskalnej¹

Opinion on the Fiscal Council bill: The opinion stated that the proposed bill is incompatible with Article 2 of the Constitution, which provides the basis of proper legislation. This incompatibility is due to the overlapping and conflict of norms in the sphere of competence. Additionally, some provisions of the bill are unclear and systemically inconsistent as a result of the introduction of new terminology. Considerable doubts as to constitutionality are also raised by the fact that the provisions of the bill allow for the situations in which the normative structures created on their basis would be devoid of practical significance.

Keywords: Constitution | review | bill

Słowa kluczowe: Konstytucja | kontrola | projekt ustawy

Profesor doktor hab. nauk prawnych, Uniwersytet Gdański, ekspert ds. legislacji BAS;
andrzej.szmyt@sejm.gov.pl.

Uwagi w przedmiotowej sprawie należy poprzedzić przedstawieniem dość charakterystycznej historii „starań” o ustawę o Radzie Fiskalnej.

Po pierwsze – grupa posłów Sojuszu Lewicy Demokratycznej już 4 lutego 2011 r. wniosła projekt ustawy. Spotkał się on z negatywną opinią Biura Legislacyjnego i Biura Analiz Sejmowych, a Marszałek Sejmu w trybie art. 34 ust. 8 regulaminu Sejmu skierował projekt do Komisji Ustawodawczej. Komisja uznała, że jest on niedopuszczalny prawnie; z upływem VI kadencji projekt został objęty działaniem zasady dyskontynuacji prac legislacyjnych Sejmu.

Po drugie – 22 lutego 2012 r. (już w VII kadencji) grupa posłów Sojuszu Lewicy Demokratycznej ponownie wniosła do Sejmu projekt ustawy o Radzie Fiskalnej. Wobec negatywnej oceny, zawartej w opinii wstępnej Biura Legislacyjnego, projekt także skierowano do Komisji Ustawodawczej w trybie art. 34 ust. 8 regulaminu Sejmu. Komisja wystąpiła do Biura Analiz Sejmowych o opinię w sprawie konstytucyjności projektu. Biuro Analiz Sejmowych podtrzymało swą wcześniejszą opinię, ponieważ okazało się, że wniesiony w VII kadencji projekt był identyczny, jak ten wniesiony w VI kadencji.

¹ Opinia sporządzona 16 czerwca 2014 r. na zlecenie Szefa Kancelarii Sejmu; BAS-WAUiP-1279/14.

Po trzecie – w powyższej sytuacji w imieniu grupy posłów Sojuszu Lewicy Demokratycznej złożona została 25 kwietnia 2012 r. „autopoprawka” do projektu wniesionego 22 lutego 2012 r. Autopoprawka w swej formie stanowiła nowy, jednolity tekst całej ustawy wraz z uzasadnieniem, zastępując w całości tekst wniesiony w ramach inicjatywy ustawodawczej. Wstępna opinia Biura Legislacyjnego o autopoprawce wskazywała, że wnioskodawcy częściowo skorygowali wcześniejsze propozycje, ale z kolei dodali też nowe propozycje, budzące wątpliwości w istotnych kwestiach prawnych. W opinii Biura Analiz Sejmowych podkreślono, że istota i kształt głównych założeń projektu ustawy – w brzmieniu przedłożonej autopoprawki – są zasadniczo niezgodne z wymogami Konstytucji RP. Niejako potwierdzeniem zastrzeżeń wobec projektu (w wersji autopoprawki) było też stanowisko Komisji Ustawodawczej, która na posiedzeniu 12 lipca 2012 r. uznała projekt w trybie art. 34 ust. 8 regulaminu Sejmu za niedopuszczalny.

Po czwarte – mimo opinii Komisji Ustawodawczej, projekt (jako druk sejmowy nr 611/VII kad.) skierowany został przez Marszałek Sejmu do pierwszego czytania na posiedzeniu izby. Rozpatrywanie projektu w pierwszym czytaniu odbyło się na posiedzeniu w dniach 12–14 września 2012 r. Przedstawiciel Rady Ministrów nie poparł go i co do zasady wniósł o nieprocedowanie nad tak sformułowanym projektem. W debacie poselskiej mocno zaakcentowano znaczenie krytycznych ocen projektu, przywołano opinie Komisji Ustawodawczej, wskazywano na gruntowną ocenę i negatywną konkluzję wobec projektu ze strony Narodowego Banku Polskiego. W konsekwencji zgłoszony został wniosek o odrzucenie projektu w pierwszym czytaniu, a Sejm w głosowaniu wniosek ten przyjął.

Na powyższym tle widzieć trzeba obecny projekt poselski, wniesiony w dniu 19 lipca 2013 r. Jego lektura upewnia, że jest on tożsamy z projektem z druku sejmowego nr 611, który był już przedmiotem wskazanego wyżej postępowania – negatywnych ocen eksperckich, negatywnej opinii Komisji Ustawodawczej, przedmiotem odrzucenia przez Sejm w pierwszym czytaniu. Wniesiony i oceniany obecnie projekt ustawy jest identyczny – z dosłownym brzmieniem zarówno przepisów, jak i swego uzasadnienia – z wersją z druku sejmowego nr 611. Oznacza to, że podniesione wcześniej wątpliwości i zastrzeżenia są w pełni aktualne².

W przywołanej opinii z 15 czerwca 2012 r. stwierdziłem, że projekt w wersji autopoprawki jest nieco zmieniony w porównaniu z obiema zakwestionowanymi wcześniejszymi wersjami. W zasadzie bez zmian pozostały przepisy dotyczące składu proponowanej Rady Fiskalnej, jej powoływania, kadencji, trybu oraz form procedowania itp. spraw instytucjonalno-organizacyjnych, tyle że

² A. Szmyt, *Opinia w sprawie autopoprawki do projektu ustawy o Radzie Fiskalnej*, z 15 czerwca 2012 r.; BAS-WAUiP-1314/12, niepubl.

ze zmienioną numeracją przepisów i inaczej usytuowanymi wewnątrz ustawy. Są to jednak kwestie drugorzędne i pominięte w poniższych uwagach. Również w zasadzie nie uległa zmianie „filozofia” uzasadnienia projektu (w wersji autopoprawki), a zmiany redakcyjno-konstrukcyjne także i tu mają znaczenie drugorzędne.

Istotne dla oceny autopoprawki jest natomiast porównanie *meritum* zawartego w jej art. 7–8 z rozwiązaniami proponowanymi wcześniej jako art. 2–3 projektu „bazowego” z 22 lutego 2012 r. Poprzedni kontekst jest konieczny do przypomnienia co do zasady, bo określał „filozofię ustawy” w zamyśle wnioskodawców.

W ówczesnym projekcie była mowa o Radzie Fiskalnej jako organie państwowym realizującym cele określone w ustawie, jednak bez ich wskazania, a wskazane w ustawie zadania określono jedynie jako „w szczególności”. Nie odpowiadało więc standardom państwa prawnego tworzenie organu państwowego o tak „nieokreślonej i otwartej” regulacji ustawowej. Wskazanie zadań o charakterze informacyjno-promocyjnym było problematyczne co do wartości normatywnej, a przewidziane zadania typu analitycznego właściwe były raczej instytucjom badawczym, nie do zrealizowania przez Radę w zaprojektowanym kształcie. Co więcej, stanowiły one już ustawowy przedmiot prac takich organów pozarządowych, jak Najwyższa Izba Kontroli czy Rada Polityki Pieniężnej, a w strukturach rządowych Ministerstwo Finansów, podlegające kontroli sejmowej. Wyraźnie godziło to w założenie ogólne struktury instytucjonalnej systemu organów państwowych, by nie kreować ustawowo nowych organów państwa, których zakres działania czy posiadane kompetencje mogłyby prowadzić do kolizji z konstytucyjnym modelem systemu organów. Faktyczne „zastępowanie” czy „konkurowanie” (dublowanie) działalności kończy się zawsze tylko deprecjonowaniem organów dotychczas działających. Rada Fiskalna miała się sytuować – przez swe zadania i kompetencje – w sferze funkcji kontrolnej Sejmu, faktycznie rozmywając ustabilizowane instrumentarium, przez związki zaś z Senatem i Prezydentem, rodząc zastrzeżenia co do zakresu organów konstytucyjnie uprawnionych do działań kontrolnych aktywności rządowej. Powyższe założenia projektu, przedstawione co do *meritum*, nie zostały – jak się wydaje – istotnie zmienione co do ich „filozofii” w przedłożonej autopoprawce, wiele nowych zaś „przeformułowań” przepisów nadal budzi poważne zastrzeżenia konstytucyjnoprawne.

Według brzmienia art. 7 ust. 1 autopoprawki: *Rada sprawuje nadzór nad państwowym długiem publicznym oraz sposobem jego obliczania, w tym przestrzeganiem dyscypliny finansów publicznych oraz planowanymi długookresowymi wydatkami.* Zgodnie z art. 7 ust. 2 pkt 3 autopoprawki do Rady należałoby: *zatwierdzanie, na wniosek ministra właściwego do spraw finansów publicznych metodologii obliczania państwowego długu publicznego.* Natomiast art. 8 ust. 1 autopoprawki stanowi, że: *we współdziałaniu z ministrem właściwym do spraw*

finansów publicznych Rada sprawuje kontrolę nad jednostkami sektora finansów publicznych w zakresie planowanych w budżetach poszczególnych jednostek wydatków, w tym przestrzegania dyscypliny finansów publicznych oraz planowanymi długookresowymi wydatkami. Wskazane trzy proponowane przepisy szczególnie mocno tkwią w sygnalizowanej wyżej filozofii pierwotnego zamysłu wnioskodawców, godzącej w rozwiązanie konstytucyjne.

W powyższym zakresie należy zauważyć, że w odniesieniu do długu publicznego to Minister Finansów sprawuje kontrolę nad sektorem finansów w odniesieniu do przestrzegania zasady, iż dług ten nie może przekroczyć progu 60% wartości rocznego produktu krajowego brutto (art. 74 ust. 1 ustawy z 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych, Dz.U. nr 157, poz. 1240, ze zm.). Trudno więc o ustalenie treści normatywnej sprawowania „nadzoru” w ujęciu proponowanym w autopoprawce. To samo zresztą dotyczy zakresu tego pojęcia w odniesieniu do przestrzegania dyscypliny finansów publicznych, skoro wyczerpujące, całościowe unormowanie zawiera tu ustawa z 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz.U. z 2005 r. nr 14, poz. 114, ze zm.). Tworzenie tak niespójnego ustawodawstwa, z założonym wręcz nakładaniem się lub kolizją w sferze kompetencyjnej, nie da się pogodzić z art. 2 Konstytucji, stanowiącym podstawę zasady poprawnej legislacji, wywodzonej z zasady państwa prawnego. Analogicznie i dodatkowo przywołany wcześniej art. 8 ust. 1 autopoprawki w zakresie przewidzianego w nim „sprawowania kontroli” ignoruje kompetencje w tym obszarze Najwyższej Izby Kontroli, określone przez art. 203 Konstytucji (także w związku z art. 2 Konstytucji), rodzi również pytania o niejasne ustrojowo powiązania i odpowiedzialność „wiązaných” ze sobą organów (Rady Fiskalnej i Ministra Finansów) w przewidzianej formule „współdziałania”. W sprzeczności z art. 216 ust. 5 zdanie drugie Konstytucji pozostaje zaś przywołany wcześniej art. 7 ust. 2 pkt 3 autopoprawki. Przepis konstytucyjny stanowi tu, że: *sposób obliczania wartości rocznego produktu krajowego brutto oraz państwowego długu publicznego określa ustawa*, co zostało skonkretyzowane przez przywołaną już ustawę o finansach publicznych z 2009 r. w ten sposób, że: *państwowy dług publiczny określa się jako wartość nominalną zobowiązań jednostek sektora finansów publicznych po wyeliminowaniu wzajemnych zobowiązań między jednostkami tego sektora* (art. 73 ust. 1 wraz z dalszym uszczegółowieniem). Tymczasem wspomniany przepis autopoprawki mówi o zatwierdzaniu przez Radę, na wniosek ministra właściwego do spraw finansów publicznych, metodologii obliczania państwowego długu publicznego. Do przepisu tego zastrzeżenia są z punktu widzenia art. 2 w związku z art. 216 ust. 5 Konstytucji.

Istotne zastrzeżenia konstytucyjne zgłosić należy też do pokrewnych rodzajowo przepisów – art. 7 ust. 2 pkt 4 i art. 7 ust. 2 pkt 5 przedłożonej autopoprawki. Pierwszy z nich przewiduje, że między innymi do zadań Rady należy w szczególności: *informowanie Sejmu o konieczności postawienia Prezesa Rady*

Ministrów lub członka Rady Ministrów w stan oskarżenia przed Trybunałem Stanu za naruszenie art. 216 ust. 5 Konstytucji, drugi zaś wskazuje na: informowanie Sejmu, Senatu oraz Rady Ministrów o konieczności podjęcia inicjatywy ustawodawczej w celu przeciwdziałania przekroczeniu przez państwowy dług publiczny 3/5 wartości rocznego produktu krajowego brutto.

Obu wymienionym przepisom autopoprawki postawić należy zarzut niespójności systemowej i niejasności z uwagi na wprowadzone pojęcia, co sytuuje je w niezgodności z art. 2 Konstytucji. W odniesieniu do pierwszego przepisu trzeba zwrócić uwagę na regulację z art. 6 ust. 2 ustawy z 26 marca 1982 r. o Trybunale Stanu (Dz.U. z 2002 r. nr 101, poz. 925, ze zm.), dotyczącą wstępnego wniosku o pociągnięcie do odpowiedzialności konstytucyjnej i widoczną na tym tle niespójnością propozycji z autopoprawką, nadto zaś na niejasne ustrojowo konsekwencje wynikające z brzmienia autopoprawki w zakresie mówiącym o „konieczności” pociągnięcia wskazanych podmiotów do odpowiedzialności. Ten aspekt istotnie dotyczy rozumienia konstytucyjnej pozycji ustrojowej i kompetencji Sejmu. Pojęcie „konieczności” autorzy autopoprawki wprowadzili też w przywołanym wyżej przepisie dotyczącym inicjatywy ustawodawczej, co rodzi te same niejasności w zakresie jego konsekwencji dla – konstytucyjnych przecież – podmiotów wskazanych w art. 118 Konstytucji. Brzmienie przepisu z autopoprawki odbiega od sensu znanej – z innych przepisów ustawowych – instytucji tzw. sygnalizacji, w sposób niejasny, wskazując też na ograniczającą interpretację przepisu Konstytucji i jego dotychczasowych konkretyzacji ustawowych i regulaminowych.

Innego typu zastrzeżenia budzą przepisy zawarte w art. 7 ust. 1–2 i art. 8 ust. 2 autopoprawki. Stanowią one, że do zadań Rady należy: *analizowanie zaciąganych pożyczek oraz udzielanych gwarancji i poręczeń (...) w następstwie których „może dojść” do przekroczenia* – art. 7 ust. 1, *informowanie (...) „o możliwości” przekroczenia (...)* – art. 7 ust. 2, *przeprowadzanie analiz aktualnych i planowanych wydatków oraz planowanych zmian prawnych „mogących” powodować zwiększenie* – art. 8 ust. 2 autopoprawki. Skala otwarcia tych przepisów na hipotetyczne, w tym ocenne i płynne sytuacje, stawia pod znakiem zapytania ich wartość normatywną. Nie należy do zasad poprawnej legislacji – co potwierdził w swym orzecznictwie Trybunał Konstytucyjny – tworzenie konstrukcji normatywnych, które według praktycznego doświadczenia nie nadają się w swym kształcie do rzetelnej realizacji.

Istota i kształt głównych założeń ustawy w brzmieniu przedłożonej autopoprawki były więc, w mojej ocenie, zasadniczo niezgodne z ukazanymi wymogami Konstytucji.

Proceduralnie natomiast biorąc, w odniesieniu do projektu wniesionego 19 lipca 2013 r. istnieją dziś pełne przesłanki dla skorzystania przez Marszałka Sejmu z art. 34 ust. 8 regulaminu Sejmu.

Leszek Bosek

Opinia prawna na temat zgodności z dyrektywą Parlamentu Europejskiego i Rady 2011/24/UE rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych oraz niektórych innych ustaw¹

Legal opinion on the compliance of a Government bill amending the Act on Healthcare Services Financed from Public Funds and Certain Other Acts (Sejm Paper No. 2293) with the Directive 2011/24/EU of the European Parliament and of the Council: This opinion deals with a government bill on the funding of the cross-border healthcare which implements the Directive 2011/24/EU of the European Parliament and of the Council. Both the content of the directive and the bill are presented in the opinion. The author points out a number of defects of the bill, including the inconsistent application of the exemptions provided for in the directive, unjustified differentiation of patient's right to reimburse costs of healthcare depending on whether the it is carried out by healthcare providers established on the territory of the Republic of Poland or elsewhere, and imprecisely defined mechanism for determining the amount of the reimbursement, as well as application of many vague phrases and, above all, the introduction of the rigid instrument of the so-called "suspension" of the patient's right to reimbursement in the event of excess of the statutory limit of spending in a given year.

Keywords: reimbursement of costs | medical benefits | cross-border treatment

Słowa kluczowe: refundacja | świadczenia medyczne | leczenie transgraniczne

Doktor hab. nauk prawnych, adiunkt Uniwersytetu Warszawskiego, naczelnik Wydziału Analiz Legislacyjnych BAS; bosek@wpia.uw.edu.pl.

---

¹ Opinia sporządzona 26 maja 2014 r. na zlecenie przewodniczącej podkomisji nadzwyczajnej do rozpatrzenia rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych oraz niektórych innych ustaw (druk sejmowy nr 2293/VII kad.); BAS-WAL-1020/14.

Przedmiot opinii

Przedmiotem opinii jest analiza zgodności projektu ustawy o zmianie ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych (dalej: ustawa o świadczeniach) oraz niektórych innych ustaw (druk sejmowy nr 2293, VII kad.) z dyrektywą Parlamentu Europejskiego i Rady 2011/24/UE z 9 marca 2011 r. w sprawie stosowania praw pacjentów w transgranicznej opiece zdrowotnej.

Analiza wzorca

Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2011/24/UE z 9 marca 2011 r. w sprawie stosowania praw pacjentów w transgranicznej opiece zdrowotnej (Dz.Urz. UE L 88 z 4 kwietnia 2011 r., s. 45–65; dalej: dyrektywa) z formalnego punktu widzenia ustanawia przepisy ułatwiające dostęp do transgranicznej opieki zdrowotnej (art. 1 ust. 1), w rzeczywistości w znacznym stopniu tylko systematyzuje i dookreśla normy wykreowane w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej. Orzecznictwo to zostało omówione w odrębnej opinii².

Dyrektywa 2011/24/UE ma zastosowanie do świadczenia opieki zdrowotnej na rzecz pacjentów, niezależnie od tego, jak jest ona zorganizowana, udzielana i finansowana (art. 1 ust. 2). W związku z tym kreuje ona obowiązki prawne nie tylko dla podmiotów leczniczych działających w ramach publicznego systemu opieki zdrowotnej państwa członkowskiego, ale także dla podmiotów prywatnych.

Z art. 1 ust. 3 wynika, że z zakresu zastosowania dyrektywy wyłączono świadczenia w dziedzinie opieki długoterminowej, której celem jest wspieranie osób potrzebujących pomocy w zakresie wykonywania rutynowych czynności życia codziennego, a także przydział narządów przeznaczonych do przeszczepów i dostępu do tych narządów. Wyklucza w zasadzie także roszczenia pacjentów o udzielenie świadczeń, należących do programów powszechnych szczepień przeciw chorobom zakaźnym, mających na celu wyłącznie ochronę zdrowia ludności na terytorium danego państwa członkowskiego i objętych szczegółowymi środkami planistycznymi i wykonawczymi (art. 1 ust. 3).

Artykuł 4 dyrektywy określa zasady udzielania świadczeń i obowiązki państwa członkowskiego, w którym świadczenia są udzielane (tzw. państwo leczenia). W myśl art. 4 ust. 1 transgraniczna opieka zdrowotna jest świadczona

² Zob. L. Bosek, *Opinia prawna na temat rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych oraz niektórych innych ustaw (druk sejmowy nr 2293/ VII kad.)*, BAS-WAL 873/14.

zgodnie z przepisami państwa członkowskiego leczenia, zgodnie z normami i wytycznymi dotyczącymi jakości i bezpieczeństwa określonymi przez państwo członkowskie leczenia oraz zgodnie z przepisami Unii Europejskiej dotyczącymi norm bezpieczeństwa, np. przechowywania krwi czy farmaceutyków wykorzystywanych w leczeniu.

Ponadto w art. 4 ust. 2 zawarto wymagania, aby pacjenci mogli uzyskać z tzw. punktu kontaktowego – centralnego lub także lokalnych jednostek administracyjnych służących wykonaniu dyrektywy – informacje dotyczące norm i wytycznych dotyczących jakości i bezpieczeństwa świadczeń zdrowotnych w tym państwie, w tym rozwiązań w zakresie nadzoru nad świadczeniodawcami i ich oceny, informacje o tym, którzy świadczeniodawcy podlegają tym normom i wytycznym oraz informacje na temat dostępności szpitali dla osób niepełnosprawnych.

W art. 4 ust. 2 dyrektywy zawarto również wymóg, aby świadczeniodawcy, w tym podmioty prywatne, przekazywali informacje pomagające poszczególnym pacjentom w dokonaniu świadomego wyboru, w tym informacje na temat możliwości leczenia, dostępności, jakości i bezpieczeństwa opieki zdrowotnej, którą świadczą w państwie członkowskim leczenia, a także wystawiali przejrzyste faktury i przekazywali jasne informacje o cenach, jak również na temat swojej sytuacji w kontekście zezwolenia na działalność i rejestracji oraz dotyczące zakresu swojego ubezpieczenia albo innych środków osobistej lub zbiorowej ochrony w odniesieniu do odpowiedzialności zawodowej.

Unormowania art. 4 ust. 2 nakładają na państwa członkowskie obowiązek określenia procedur i zasad materialnoprawnych umożliwiających pacjentom składanie reklamacji w celu dochodzenia środków naprawczych zgodnie z prawodawstwem państwa członkowskiego leczenia, w wypadku gdyby ponieśli oni szkody wynikające z otrzymanej opieki zdrowotnej, a także stworzenia systemu ubezpieczenia w zakresie odpowiedzialności zawodowej albo gwarancji lub podobnych rozwiązań, równoważnych lub zasadniczo porównywalnych pod względem celu, odpowiadających rodzajowi i wielkości ryzyka. Państwa członkowskie muszą również zagwarantować ochronę danych osobowych pacjentów na zasadach wynikających z odrębnych przepisów unijnych i ich implementacji oraz ułatwić ciągłość opieki w sytuacji, w której pacjenci skorzystali z leczenia transgranicznego, aby byli uprawnieni do pisemnej lub elektronicznej dokumentacji medycznej tego leczenia i mieli dostęp do co najmniej jednej kopii tej dokumentacji.

Na mocy przepisów art. 4 ust. 3 i 4 zobowiązuje się państwa członkowskie do zagwarantowania, że wobec pacjentów z innych państw Unii Europejskiej stosowane będą te same skale opłat za opiekę zdrowotną, które są stosowane wobec pacjentów krajowych w porównywalnej sytuacji zdrowotnej, albo co najmniej, że: *pobierane będą opłaty skalkulowane zgodnie z obiektywnymi, niedyskryminacyjnymi kryteriami, jeżeli nie istnieje porównywalna cena dla pacjentów krajowych.*

W ust. 5 art. 4 gwarantuje się natomiast poszanowanie reguł dotyczących języka urzędowego w państwie leczenia. Zgodnie z tym przepisem: *Niniejsza dyrektywa nie narusza przepisów ustawowych ani wykonawczych państw członkowskich dotyczących stosowania języków. Państwa członkowskie mogą zdecydować o dostarczaniu informacji w innych językach niż języki urzędowe danego państwa członkowskiego.*

Natomiast w art. 5 dyrektywy określono obowiązki państwa, w którym pacjent jest ubezpieczony (tzw. państwo ubezpieczenia). Zgodnie z tym przepisem państwa członkowskie ubezpieczenia zobowiązane są przede wszystkim do refundacji kosztów świadczeń transgranicznych (odesłanie do art. 7, w szczególności sposób normującego zakres tego prawa), a nadto do stworzenia mechanizmów umożliwiających udzielanie pacjentom na wniosek informacji o ich prawach i uprawnieniach w tym państwie członkowskim w odniesieniu do uzyskiwania transgranicznej opieki zdrowotnej, w szczególności w odniesieniu do warunków zwrotu kosztów oraz procedur uzyskiwania dostępu do tych uprawnień i ich określania, a także procedur odwoławczych i zadośćuczynienia, w przypadku gdyby pacjenci uważali, że ich prawa nie są respektowane. W wypadku, gdy pacjent skorzystał z transgranicznej opieki zdrowotnej i gdy konieczna jest dalsza obserwacja medyczna, państwo ubezpieczenia musi zapewnić, aby dostępna była taka sama obserwacja medyczna, jaka byłaby zapewniona w przypadku skorzystania z opieki zdrowotnej na jego terytorium. Państwo ubezpieczenia zapewnia dodatkowo, że pacjenci, którzy chcą skorzystać lub korzystają z transgranicznej opieki zdrowotnej, mają co najmniej jedną kopię swojej dokumentacji medycznej lub mają do niej zdalny dostęp.

Materiałna treść prawa do refundacji kosztów świadczeń transgranicznych znalazła wyraz w art. 7 i art. 8 w związku z art. 1 dyrektywy. Na podstawie art. 7 ust. 1 dyrektywy – jako przepisu dostatecznie precyzyjnie określającego prawo podmiotowe jednostki – przysługuje prawo do zwrotu kosztów na transgraniczną opiekę zdrowotną, jeżeli dana opieka zdrowotna mieści się w zakresie świadczeń, do których ubezpieczony jest uprawniony w państwie członkowskim ubezpieczenia, na zasadach określonych w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (Trybunał Sprawiedliwości, TS). Jak wynika dodatkowo z art. 7 ust. 4, koszty transgranicznej opieki zdrowotnej są zwracane lub płacone bezpośrednio przez państwo członkowskie ubezpieczenia do poziomu, na którym koszty byłyby pokryte przez państwo członkowskie ubezpieczenia, gdyby ta sama opieka zdrowotna była świadczona na jego terytorium i w takiej wysokości, aby nie przekroczyć rzeczywistego kosztu otrzymanej opieki zdrowotnej. Gdyby natomiast pełny koszt transgranicznej opieki zdrowotnej przekraczał poziom kosztów, jakie byłyby pokryte przez państwo członkowskie ubezpieczenia, gdyby opieka zdrowotna była świadczona na jego terytorium, państwo członkowskie ubezpieczenia może, ale nie jest do tego zobowiązane, mimo wszystko zdecydować o zwrocie kosztów w pełnej wyso-

kości. Na tej samej zasadzie państwo członkowskie ubezpieczenia zachowuje kompetencję do rozstrzygnięcia, czy refunduje inne związane z leczeniem koszty, takie jak koszty noclegu i podróży, lub inne dodatkowe koszty, jakie mogą ponieść osoby niepełnosprawne podczas otrzymywania transgranicznej opieki zdrowotnej. Co więcej, państwa członkowskie muszą stworzyć przejrzyste mechanizmy obliczania kosztów transgranicznej opieki zdrowotnej, które mają być zwrócone ubezpieczonemu przez państwo członkowskie ubezpieczenia. Mechanizm ten musi być oparty na obiektywnych, niedyskryminacyjnych, znanych z góry kryteriach i stosowany na odpowiednim (lokalnym, regionalnym lub krajowym) poziomie administracyjnym.

Jednakże państwo członkowskie ubezpieczenia może nałożyć na osobę ubezpieczoną, która dochodzi zwrotu kosztów transgranicznej opieki zdrowotnej, w tym opieki zdrowotnej otrzymanej za pomocą telemedycyny, te same warunki, kryteria przysługiwania uprawnień i wymogi prawno-administracyjne, ustalone na szczeblu lokalnym, regionalnym lub krajowym, jakie byłyby nałożone, gdyby ten sam rodzaj opieki zdrowotnej był świadczony na terytorium tego państwa członkowskiego. Oznacza to, że dopuszczalne jest zobowiązanie pacjenta do poddania się ocenie pracownika służby zdrowia lub pracownika administracyjnego służby zdrowia realizującego świadczenia w ramach ustawowego systemu zabezpieczenia społecznego lub krajowego systemu opieki zdrowotnej państwa członkowskiego ubezpieczenia, np. przez lekarza podstawowej opieki zdrowotnej, u którego dany pacjent jest zarejestrowany, celem ustalenia, czy pacjent jest uprawniony do uzyskania opieki zdrowotnej. W dyrektywie nie wyklucza się więc, aby prawo państwa członkowskiego wymagało uzyskania stosownych skierowań na leczenie. Jednakże warunki wystawiania tych skierowań nie mogą być dyskryminacyjne ani nie mogą stanowić przeszkody w swobodnym przepływie pacjentów, usług lub towarów, o ile nie jest to obiektywnie uzasadnione wymogami planowania w celu zapewnienia wystarczającego i stałego dostępu do zrównoważonego zakresu leczenia wysokiej jakości w danym państwie członkowskim lub dotyczącymi woli kontrolowania kosztów i unikania, na ile to możliwe, wszelkiego marnotrawstwa zasobów finansowych, technicznych i ludzkich (art. 7 ust. 7).

Unormowania dyrektywy zezwalają także państwom członkowskim ubezpieczenia na wyjątkowe: *ograniczenie stosowania przepisów dotyczących zwrotu kosztów transgranicznej opieki zdrowotnej na podstawie nadrzędnych względów podyktowanych interesem ogólnym, takich jak wymogi planowania w celu zapewnienia wystarczającego i stałego dostępu do zrównoważonego zakresu leczenia wysokiej jakości w danym państwie członkowskim lub dotyczące woli kontrolowania kosztów i unikania, na ile to możliwe, wszelkiego marnotrawstwa zasobów finansowych, technicznych i ludzkich* (art. 7 ust. 8). Stosowanie tego wyjątku podlega jednak szczególnym warunkom. Decyzja o ograniczeniu stosowania przepisu gwarantującego prawo do świadczeń transgranicznych

musi się ograniczać do tego, co niezbędne i proporcjonalne i nie może stanowić środka arbitralnej dyskryminacji ani nieuzasadnionej przeszkody w swobodnym przepływie towarów, osób lub usług, a nadto, państwa członkowskie powiadamiają Komisję o wszelkich decyzjach o ograniczeniu zwrotu kosztów opartych na względach wymienionych w art. 7 ust. 9.

Ponadto na mocy dyrektywy upoważnia się państwa członkowskie do uzależnienia prawa do świadczeń transgranicznych od uprzedniej zgody tego państwa. Jak wynika z art. 8 dotyczy to świadczeń, które:

1. podlegają wymogom planowania w celu zapewnienia wystarczającego i stałego dostępu do zrównoważonego zakresu leczenia wysokiej jakości w danym państwie członkowskim lub dotyczącym woli kontrolowania kosztów i uniknięcia, na ile jest to możliwe, marnotrawstwa zasobów finansowych, technicznych i ludzkich oraz:
  - obejmuje pobyt danego pacjenta w szpitalu przez co najmniej jedną noc, lub
  - występuje konieczność użycia wysoce specjalistycznej i kosztownej infrastruktury medycznej lub aparatury medycznej,
2. obejmują leczenie stwarzające szczególne ryzyko dla pacjenta lub dla społeczeństwa, lub
3. są udzielane przez świadczeniodawcę, który w poszczególnych przypadkach może budzić poważne i szczególne wątpliwości związane z jakością lub bezpieczeństwem opieki, z wyłączeniem opieki zdrowotnej, która podlega prawodawstwu unijnemu zapewniającemu minimalny poziom bezpieczeństwa i jakości w całej Unii.

Państwa członkowskie powiadamiają Komisję o kategoriach opieki zdrowotnej, o których mowa w pkt 1.

Niezależnie od określenia prawa pacjenta do refundacji i skorelowanych z nim obowiązków państw członkowskich UE, w dyrektywie określono ramy współpracy między państwami członkowskimi związane z jej celami (art. 10 i n.).

Ocena zgodności projektu z dyrektywą

Projektowany art. 42b ustawy o świadczeniach nie zapewnia ścisłej transpozycji art. 1 ust. 3 dyrektywy.

Przepis art. 42b ust. 2 wyklucza prawo do refundacji kosztów obowiązkowych szczepień ochronnych, a art. 1 ust. 3 dyrektywy prawo do refundacji kosztów świadczeń objętych programami powszechnych szczepień przeciw chorobom zakaźnym mających na celu wyłącznie ochronę zdrowia ludności na terytorium danego państwa członkowskiego i objętych szczegółowymi środkami planistycznymi i wykonawczymi. Zakresy logiczne norm dekode-

wanych z tych przepisów nie wydają się tożsame, choćby dlatego, że pojęcie powszechnego programu szczepień może obejmować powszechne programy szczepień zalecanych, np. szczepień zalecanych przez Światową Organizację Zdrowia, wymaganych na podstawie międzynarodowych przepisów zdrowotnych, u osób udających się poza granice Rzeczypospolitej Polskiej³. Unormowania dyrektywy nie ograniczają się do szczepień mających na celu wyłącznie ochronę zdrowia ludności na terytorium państwa członkowskiego, a w projekcie implementującym tę dyrektywę wyłączono wszelkie szczepienia obowiązkowe. Ani w projekcie, ani uzasadnieniu nie wyjaśniono tej istotnej rozbieżności normatywnej.

Artykuł 1 ust. 3 dyrektywy stanowi ponadto, że dyrektywa nie znajduje zastosowania do świadczeń w dziedzinie opieki długoterminowej, której celem jest wspieranie osób potrzebujących pomocy w zakresie wykonywania rutynowych czynności życia codziennego, a w projektowanym art. 42b brakuje odpowiedniego przepisu. Ponieważ w uzasadnieniu projektu nie wyjaśnia się tej sprzeczności, trzeba zwrócić uwagę, że brak precyzyjnego rozstrzygnięcia kwestii zakresu przyznawanego przez projekt prawa do refundacji może mieć ten skutek, że po stronie publicznego systemu opieki zdrowotnej powstaną poważne zobowiązania finansowania transgranicznych usług zdrowotnych składających się na opiekę długoterminową, co w praktyce może utrudnić finansowanie świadczeń ratujących życie. Niekonkluzywność projektu budzi wątpliwości także z tego powodu, że świadczenia w dziedzinie opieki długoterminowej mogą wchodzić w zakres dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2006/123/WE z 12 grudnia 2006 r. dotyczącej usług na rynku wewnętrznym (Dz.Urz. UE L 376/68 z 27 grudnia 2006 r.). Dokonując wykładni art. 2 ust. 2 lit. f oraz art. 2 ust. 2 lit. j tej dyrektywy, Trybunał Sprawiedliwości w wyroku z 11 lipca 2013 r., w sprawie C-57/12 *Femarbel*⁴, stwierdził, że świadczenia realizowane przez ośrodki pobytu dziennego i nocnego, świadczące pomoc i opiekę osobom starszym, także wówczas gdy ośrodki te udzielają świadczeń zdrowotnych, nie są przez sam ten fakt wyłączone z zakresu zastosowania dyrektywy. W wyroku tym sformułowano tezę: *1) Artykuł 2 ust. 2 lit. f) dyrektywy 2006/123/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 12 grudnia 2006 r. dotyczącej usług na rynku wewnętrznym należy interpretować w ten sposób, że wyłączenie usług zdrowotnych z zakresu zastosowania tej dyrektywy obejmuje każdą działalność mającą na celu ocenę, utrzymanie lub przywrócenie stanu zdrowia pacjentów, o ile działalność ta jest wykonywana przez pracowników uznanych za takich zgodnie z ustawodawstwem danego państwa członkowskiego, niezależnie od sposobu zorganizowania, zasad finansowania i charakteru publicz-*

³ Por. art. 19 ust. 9 ustawy z 5 grudnia 2008 r. o zapobieganiu oraz zwalczaniu zakażeń i chorób zakaźnych u ludzi, Dz.U. nr 234, poz. 1570, ze zm.

⁴ Zob. www.eur-lex.europa.eu,1330748.

nego lub prywatnego świadczącej opiekę placówki. Do sądu krajowego należy zbadanie, czy ośrodki pobytu dziennego i ośrodki pobytu nocnego, z uwagi na charakter czynności świadczonych w nich przez pracowników ochrony zdrowia i na to, iż czynności te stanowią zasadniczą część usług oferowanych przez te ośrodki, są wyłączone z zakresu zastosowania tej dyrektywy. 2) Artykuł 2 ust. 2 lit. j) dyrektywy 2006/123 należy interpretować w ten sposób, że wyłączenie usług społecznych z zakresu zastosowania tej dyrektywy obejmuje każdą działalność odnoszącą się w szczególności do pomocy i wsparcia dla osób starszych, o ile jest ona świadczona przez prywatnego usługodawcę, który został upoważniony przez państwo na podstawie aktu powierzającego w sposób jasny i przejrzysty rzeczywisty obowiązek świadczenia tych usług, z poszanowaniem szczególnych warunków ich wykonywania. Do sądu krajowego należy zbadanie, czy ośrodki pobytu dziennego i ośrodki pobytu nocnego, ze względu na charakter czynności w zakresie pomocy i wsparcia dla osób starszych wykonywanych w nich w charakterze działalności głównej oraz na ich formę prawną wynikającą z mających zastosowanie uregulowań belgijskich, są wyłączone z zakresu zastosowania tej dyrektywy. W związku z tym opowiedzieć się trzeba za wyraźnym rozstrzygnięciem tej kwestii w projekcie.

Projektowany art. 42b nie wydaje się być precyzyjny i zgodny z art. 1 ust. 3 dyrektywy także z tego powodu, że w dyrektywie wyraźnie wyklucza się prawo do refundacji kosztów świadczeń przydziału narzędzi przeznaczonych do przeszczepów, a w projekcie brakuje odpowiednika tego przepisu. Powodów tej decyzji nie podano w uzasadnieniu projektu.

Pewne wątpliwości budzi redakcja art. 42b ust. 4 projektu, zgodnie z którym skierowanie lub zlecenie na przejazd środkami transportu sanitarnego, konieczne do otrzymania refundacji: *może być wystawione również przez lekarza wykonującego zawód w innym niż Rzeczpospolita Polska państwie członkowskim Unii Europejskiej. Takie skierowanie lub zlecenie traktuje się jak skierowanie lub zlecenie lekarza ubezpieczenia zdrowotnego.* Przepis ten wyraźnie faworyzuje lekarzy wykonujących zawód poza granicami Rzeczypospolitej w porównaniu z lekarzami wykonującymi zawód w Polsce, nie wymagając od tych pierwszych żadnych dodatkowych warunków lub kwalifikacji poza wykonywaniem zawodu. Nie sposób dociec powodów defaworyzacji lekarzy wykonujących zawód na terenie Polski, gdyż nie wszyscy ci lekarze będą uprawnieni do wydania skierowania lub zlecenia na przejazd. Nie można w tej sytuacji wykluczyć skutecznego zaskarżenia tego przepisu do Trybunału Konstytucyjnego w związku z naruszeniem zasady równości (art. 32 Konstytucji RP).

W projekcie określono zasady dotyczące wysokości należnego zwrotu kosztów transgranicznej opieki zdrowotnej. Zgodnie z art. 42c ust. 1 pkt 1 i 2 wysokość zwrotu kosztów powinna odpowiadać kwocie finansowania danego świadczenia stosowanej w rozliczeniach między Funduszem a świadczeniodawcami, z tytułu umowy o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej albo kwocie finan-

sowania z budżetu państwa, w przypadku świadczeń wysokospecjalistycznych, medycznych czynności ratunkowych wykonanych przez zespoły ratownictwa medycznego (w tym lotniczego) oraz świadczeń udzielanych w ramach programów zdrowotnych finansowanych z budżetu państwa, z części pozostającej w dyspozycji Ministra Zdrowia. Przyjęte rozwiązanie respektuje istniejący system wyceny świadczeń, z tym że system ten jest od lat krytykowany między innymi za niejasność i dowolność kształtowania oraz stosowania kryteriów wyceny świadczeń. W szczególności istniejący system kontraktowania świadczeń w warunkach faktycznego monopolu Narodowego Funduszu Zdrowia (NFZ) nie pozwala na rynkową weryfikację cen świadczeń. Najkrócej rzecz ujmując, projekt budzi wątpliwości z tego powodu, że przyjęty w projekcie mechanizm normatywny nie da pacjentowi czytelnej odpowiedzi na pytanie, na jaką kwotę refundacji może liczyć, decydując się na leczenie zagraniczne (pacjent nie będzie z reguły w stanie zweryfikować podanych mu wielkości przez NFZ). Projektowane przepisy mogą wywierać niedozwolony skutek w świetle przepisów Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, gwarantujących swobodę przepływu usług zdrowotnych, ale budzą przede wszystkim wątpliwości co do zgodności z art. 7 ust. 6 dyrektywy, który wprost wymaga, aby państwa członkowskie posiadały: *przejrzysty mechanizm obliczania kosztów transgranicznej opieki zdrowotnej, które mają być zwrócone ubezpieczonemu przez państwo członkowskie ubezpieczenia. Mechanizm ten musi być oparty na obiektywnych, niedyskryminacyjnych, znanych z góry kryteriach i stosowany na odpowiednim (lokalnym, regionalnym lub krajowym) poziomie administracyjnym*. Projekt musi uwzględnić ten przepis dyrektywy i stworzyć właściwy mechanizm implementacyjny.

Konsekwentnie trzeba uznać, że wątpliwości budzi także art. 42c ust. 2, który wskazuje, że NFZ zobowiązany jest do finansowania świadczeń, które nie mają „dokładnych odpowiedników wśród świadczeń gwarantowanych”. Przepis ten – w warstwie językowej – nie jest zgodny z zasadą, że prawo do refundacji przysługuje tylko za świadczenia gwarantowane. Wątpliwości tej – wynikającej z brzmienia przepisu – nie usuwa się w pełni w uzasadnieniu projektu, sugerując, że prawo do refundacji dotyczy jednak świadczeń gwarantowanych, ale takich, które w danej chwili nie są finansowane. Sytuacja, w której świadczenie jest „gwarantowane”, ale nie jest w ogóle kontraktowane przez NFZ, czyni prawa pacjentów iluzorycznymi i budzi sama w sobie wątpliwości co do tego, czy właściwi funkcjonariusze publiczni dopełnili ciężących na nich obowiązków.

Ponadto projektowany art. 42c ust. 1 pkt 2 ustawy o świadczeniach nie wydaje się zgodny z art. 7 ust. 4 dyrektywy, ponieważ tu wymaga się, aby: *koszty transgranicznej opieki zdrowotnej [były] zwracane lub płacone bezpośrednio przez państwo członkowskie ubezpieczenia do poziomu, na którym koszty byłyby pokryte przez państwo członkowskie ubezpieczenia, gdyby ta sama opieka zdrowotna była świadczona na jego terytorium i w takiej wysokości, aby nie przekro-*

czyć rzeczywistego kosztu otrzymanej opieki zdrowotnej, a projektowany przepis z niejasnym skutkiem wyłącza z podstawy ustalania kosztu świadczenia gwarantowanego między innymi medyczne czynności ratunkowe wykonane przez zespoły ratownictwa medycznego. Wydaje się, że wskazana kolizja nie ma uzasadnienia w treści ani w celu dyrektywy. Projektodawca nie podał w każdym razie przekonującego wyjaśnienia przyczyn takiej redakcji przepisu.

Projektowany art. 42b ust. 8 w związku z art. 42e zakłada, że Minister Zdrowia rozporządzeniem ustalał będzie wykaz świadczeń, co do których warunkiem zwrotu kosztów będzie wcześniejsze udzielenie zgody dyrektora właściwego oddziału wojewódzkiego NFZ na uzyskanie danego świadczenia w innym państwie członkowskim Unii Europejskiej, przy czym zgoda taka obejmować będzie także świadczenia, które nie były bezpośrednio jej przedmiotem, ale ich udzielenie okazało się konieczne w związku z udzielaniem świadczenia objętego zgodą. Problemem jest to, że w art. 42e posługuje się zwrotami wyraźnie niedookreślonymi. Ograniczenie prawa pacjenta przez konstrukcję zgody obejmuje: *1. świadczenia podlegające wymogom planowania niezbędnego dla zapewnienia wystarczającego i stałego dostępu do pełnego zakresu opieki zdrowotnej wysokiej jakości lub wynikającego z konieczności kontrolowania kosztów i uniknięcia niegospodarności w wykorzystaniu zasobów finansowych, technicznych i ludzkich, a jednocześnie które: a) wymagają pozostawiania pacjenta w szpitalu przez co najmniej jedną noc lub b) wymagają zastosowania wysokospecjalistycznej i kosztownej infrastruktury lub aparatury i sprzętu medycznego; 2. świadczenia opieki zdrowotnej stwarzające szczególne ryzyko dla życia lub zdrowia świadczeniobiorcy* (projektowany art. 42e); wprowadzając ograniczenia, minister powinien mieć: *na względzie dobro świadczeniobiorców oraz gospodarność i celowość wydatkowania środków publicznych* (projektowany art. 42e), a ponadto: *brak takiego wykazu lub jego zmiany będzie skutkować nienależytym zabezpieczeniem dostępu do świadczeń opieki zdrowotnej na terenie kraju* (projektowany art. 42e). Niedookreśloność wskazanych przepisów tylko częściowo można wytłumaczyć niedookreślonością przepisów dyrektywy, gdyż o ile funkcją dyrektywy jest ogólne wytyczenie celów do osiągnięcia przez prawo państwa członkowskiego, o tyle funkcją ustawy w Rzeczypospolitej Polskiej jest precyzyjne wysłowienie treści norm prawnych i ochrona praw i wolności jednostki. Projektowane przepisy pozostawiają organom administracji daleko idącą swobodę, nie ograniczają ryzyka arbitralności ani nieproporcjonalnych działań, co jest o tyle istotne, że na tle dyrektywy i orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości warunek zgody krajowego płatnika jest wyjątkiem od zasady prawa pacjenta do refundacji kosztów leczenia (art. 8 ust. 1 zdanie pierwsze). Może się więc pojawić pytanie, czy wyjątek od przyznanego ustawą i traktatem (orzecznictwem TS) prawa do refundacji może zostać wprowadzony w istocie na podstawie aktów wykonawczych do niejasnych przepisów ustawy. Wątpliwość ta rysuje się szczególnie ostro na tle art. 68 ust. 2 zdanie

drugie Konstytucji, który stanowi, że: *Warunki i zakres udzielania świadczeń [opieki zdrowotnej] określa ustawa*. Wydaje się, że ostateczna ocena przyjętego mechanizmu zależeć będzie od praktyki jego stosowania. Praktyka jego stosowania będzie miała istotne znaczenie dla oceny zgodności z orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości, akcentującym bardzo mocno proporcjonalność ograniczeń nakładanych na pacjentów ubiegających się o świadczenia w innych państwach członkowskich UE oraz z art. 8 ust. 1 zdanie drugie dyrektywy, z którego wynika, że: *system udzielania uprzedniej zgody, w tym jego kryteria i stosowanie tych kryteriów, oraz indywidualne decyzje o odmowie udzielenia uprzedniej zgody ograniczają się do tego, co jest konieczne i proporcjonalne do celu, jaki ma zostać osiągnięty, i nie mogą stanowić środka arbitralnej dyskryminacji ani nieuzasadnionej przeszkody w swobodnym przepływie pacjentów*. Wątpliwości dobrze obrazuje cytowany wyżej przepis art. 42e, ograniczający prawo pacjenta do uzyskania świadczeń transgranicznych w przypadku świadczeń opieki zdrowotnej stwarzających szczególne ryzyko dla życia lub zdrowia świadczeniobiorcy. Został on napisany w taki sposób, że może nie tyle chronić pacjenta przed świadczeniami szczególnie ryzykownymi dla jego życia lub zdrowia, oferowanymi za granicą, ile upoważniać Ministra Zdrowia do ograniczania dostępu do pilnych zabiegów ratujących życie, które mogą być wykonane tylko poza granicami kraju.

Starannej analizy w dalszych pracach wymaga projektowany art. 42h ustawy o świadczeniach oraz art. 5 projektu. Zakłada on „zawieszenie” prawa podmiotowego pacjenta do leczenia transgranicznego z powodów finansowych. Zgodnie z tym przepisem w wypadku, gdy koszty realizacji zadań wynikających z art. 42b w danym roku kalendarzowym osiągną kwotę limitu oraz rezerwy: *Fundusz zawiesza wypłatę kwot należnych z tytułu zwrotu kosztów do końca tego roku kalendarzowego*, a prezes NFZ niezwłocznie informuje, w drodze ogłoszenia na stronach internetowych centrali i oddziałów wojewódzkich Funduszu oraz w Biuletynie Informacji Publicznej NFZ, o zawieszeniu wypłaty tych kwot. Kwota limitu może zostać ponadto obniżona, gdy przychody ze składki na powszechne ubezpieczenie zdrowotne, zrealizowane jako należne za okres od początku danego roku kalendarzowego, są niższe niż przychody planowane na ten okres, nie więcej jednak niż o kwotę różnicy między przychodami planowanymi a zrealizowanymi i nie więcej niż o kwotę rezerwy. Co istotne, świadczeniobiorcy nie przysługują odsetki z tytułu zawieszenia wypłaty kwoty należnej z tytułu zwrotu kosztów, z tym że wypłata zawieszonego świadczenia powinna nastąpić do 31 stycznia roku następnego. W uzasadnieniu projektu wyjaśniono, że zaprojektowany mechanizm tworzy regułę ostrożnościową, co jest dopuszczalne na mocy przepisu art. 7 ust. 9. Zwrócić jednak trzeba uwagę, że art. 7 ust. 9 projektu tylko wyjątkowo pozwala ograniczyć stosowanie prawa pacjenta do świadczeń transgranicznych określonego dyrektywą. Stosowanie tego wyjątku zostało zresztą wprost obwarowane szczególnymi warunkami

określonymi w art. 7 ust. 11. Zgodnie z tym przepisem decyzja o ograniczeniu stosowania art. 7, tj. prawa pacjenta do refundacji, a nie jego zawieszeniu jak przyjmuje projekt, zależy od dopełnienia obowiązku notyfikacji decyzji o ograniczeniu oraz od tego, czy decyzja ta rzeczywiście ogranicza się do tego co: *niezbędne i proporcjonalne i nie może stanowić środka arbitralnej dyskryminacji ani nieuzasadnionej przeszkody w swobodnym przepływie towarów, osób lub usług. Państwa członkowskie powiadamiają Komisję o wszelkich decyzjach o ograniczeniu zwrotu kosztów.* Określony w projekcie mechanizm może budzić wątpliwości, gdyż art. 5 projektu wskazuje na to, że mechanizm ten ma być stosowany rutynowo przez kolejne lata, a nie wyjątkowo. Tymczasem „zawieszenie” prawa do świadczeń transgranicznych nie mieści się w kompetencji państwa członkowskiego, określonej ogólnie w art. 7 ust. 3 dyrektywy. W art. 7 ust. 3 dyrektywy zagwarantowano wprawdzie państwu członkowskiemu ubezpieczenia prawo do rozstrzygnięcia o pokryciu kosztów i poziomie pokrycia kosztów opieki zdrowotnej, do której ubezpieczony jest uprawniony, czy to na szczeblu lokalnym, regionalnym, czy krajowym, niezależnie od tego, gdzie opieka zdrowotna została świadczona, ale jeśli sam projektodawca oświadcza, że chodzi tu o inną instytucję, a w projekcie posługuje się pojęciem „zawieszenia” prawa do refundacji, a nie wyceny kosztów konkretnych świadczeń i objęcia ich finansowaniem, to nie można mieć wątpliwości, że spełnione muszą być wyższe szczególne kryteria określone w art. 7 ust. 9 i 11 dyrektywy. W związku z tym należy stwierdzić, że ostateczna ocena, czy przyjęta konstrukcja legislacyjna narusza obowiązki implementacyjne, zależeć będzie od tego, czy tak skonstruowany mechanizm i przyjęte w nim limity dostosowane będą do świadczeń uzyskiwanych na podstawie projektu przez pacjentów. Gdyby bowiem okazało się, że w rzeczywistości mechanizm ten nie jest stosowany albo jest stosowany wyjątkowo, a decyzje o jego zastosowaniu zostały w terminie notyfikowane, to zaprojektowany mechanizm można byłoby być może uznać za zgodny z obowiązkami ustanowionymi przez dyrektywę i dość rygorystyczne orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości.

Wnioski

Projekt wymaga dalszych prac legislacyjnych, gdyż nie jest on w pełni zgodny z dyrektywą Parlamentu Europejskiego i Rady 2011/24/UE z 9 marca 2011 r. w sprawie stosowania praw pacjentów w transgranicznej opiece zdrowotnej. Projektowany art. 42b ustawy o świadczeniach nie jest zgodny z art. 1 ust. 3 dyrektywy. W projektowanym art. 42b ust. 4 ustawy o świadczeniach nie dokonano poprawnej transpozycji dyrektywy, gdyż może on naruszać zasadę równości. Projektowane przepisy art. 42c ust. 1 pkt 1 i 2 i art. 42c ust. 2 ustawy o świadczeniach nie określają czytelnego dla pacjenta mechanizmu

ustalania kwot refundacji, co nie wydaje się zgodne z art. 7 ust. 6 dyrektywy, w którym wprost wymaga się, aby państwa członkowskie posiadały: *przejrzysty mechanizm obliczania kosztów transgranicznej opieki zdrowotnej, które mają być zwrócone ubezpieczonemu przez państwo członkowskie ubezpieczenia. Mechanizm ten musi być oparty na obiektywnych, niedyskryminacyjnych, znanych z góry kryteriach i stosowany na odpowiednim (lokalnym, regionalnym lub krajowym) poziomie administracyjnym*. Projektowany art. 42c ust. 1 pkt 2 ustawy o świadczeniach nie wydaje się także zgodny z art. 7 ust. 4 dyrektywy, ponieważ w dyrektywie wymaga się, aby koszty transgranicznej opieki zdrowotnej były zwracane lub płacone bezpośrednio przez państwo członkowskie ubezpieczenia do poziomu, na którym koszty byłyby pokryte przez państwo członkowskie ubezpieczenia, gdyby ta sama opieka zdrowotna była świadczona na jego terytorium, i w takiej wysokości, aby nie przekroczyć rzeczywistego kosztu otrzymanej opieki zdrowotnej, a projektowany przepis wyłącza z podstawy ustalania kosztu świadczenia między innymi medyczne czynności ratunkowe wykonane przez zespoły ratownictwa medycznego. Projektowany art. 42e (odczytywany w związku z art. 42b) ustawy o świadczeniach posługuje się zwrotami niedookreślonymi, przez co może godzić w zasadę wyłączności ustawowej regulacji prawa pacjenta do refundacji oraz zasadę proporcjonalności. Projektowany art. 42h ustawy o świadczeniach w związku z art. 5 projektu, zakładający „zawieszanie” prawa podmiotowego pacjenta do leczenia transgranicznego z powodów finansowych, nie wydaje się zgodny z art. 7 ust. 1 i art. 7 ust. 11 dyrektywy.

Urszula Drozdowska

Opinia prawna na temat zgodności z dyrektywą Parlamentu Europejskiego i Rady 2011/24/UE rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych oraz niektórych innych ustaw¹

Legal opinion on the compliance of a Government bill amending the Act on Healthcare Services Financed from Public Funds and Certain Other Acts (Sejm Paper No. 2293) with the Directive 2011/24/EU of the European Parliament and of the Council: The opinion discusses the compatibility of the government bill with the Directive 2011/24/EU of the European Parliament and of the Council, pointing out in particular the need to remove from the project and clarify the vague concepts of questionable issues. The author shows that the bill imposes numerous restrictions on patients, related both to the need to obtain prior authorization of healthcare and spending limits for a given year, as well as the constraints of a formal nature that may hinder the patients from using cross-border healthcare services. In conclusion, it she notes that the objective to reduce the proportion of patients who wait for treatment would not be achieved.

Keywords: medical benefits | directive | transposition

Słowa kluczowe: świadczenia medyczne | dyrektywa | transpozycja

Doktor nauk prawnych, Uniwersytet w Białymstoku; drozdowska@uwb.edu.pl.

Przedmiot opinii

Przedmiotem opinii jest analiza uregulowań projektu ustawy o zmianie ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych (dalej: projekt) oraz niektórych innych ustaw (druk sejmowy nr 2293/VII kad.) z perspektywy postanowień dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2011/24/UE z 9 marca 2011 r. w sprawie stosowania praw pacjentów w transgranicznej opiece zdrowotnej (Dz.Urz. UE L 88 z 4 kwietnia 2011 r., s. 45–65; dalej: dyrektywa).

¹ Opinia sporządzona 18 czerwca 2014 r. na zlecenie Biura Analiz Sejmowych (druk sejmowy nr 2293/VII kad.); BAS-1147/14(1).

Implementacja dyrektywy do ustawodawstwa krajowego doprowadzić może do istotnych zmian w systemie opieki zdrowotnej, w szczególności, jak wskazuje sam projektodawca w uzasadnieniu do analizowanego rządowego projektu, wprowadzenie jej postanowień powinno oznaczać ogólną poprawę dostępu do świadczeń opieki zdrowotnej, co może przełożyć się w pewnym stopniu na skrócenie czasu oczekiwania pacjentów na niektóre świadczenia opieki zdrowotnej w kraju (uzasadnienie, s. 31–32). Warunkiem jednak zakładanego, pozytywnego wpływu jest przyjęcie określonego modelu rozwiązań. Jak wynika bowiem z postanowień dyrektywy, zakres implementacji jest bardzo szeroki. Z tej też perspektywy prowadzona będzie analiza uregulowań projektu.

Uwagi ogólne o transgranicznej opiece zdrowotnej

Najważniejszym celem dyrektywy jest ułatwienie pacjentom dostępu do transgranicznej opieki zdrowotnej (art. 1 ust. 1), tj. stworzenie przejrzystych ram prawnych, tak aby każdy pacjent na terenie państw członkowskich Unii Europejskiej miał dostęp do bezpiecznej opieki zdrowotnej o wysokiej jakości, a następnie po udzieleniu mu świadczenia zdrowotnego miał możliwość uzyskania zwrotu jego kosztów w ramach systemu opieki, któremu podlega. Implementacja postanowień dyrektywy w państwach członkowskich UE ma czynić zadość słusznym postulatom, aby pacjenci z innych państw członkowskich byli tak samo traktowani, jak pacjenci krajowi w związku z udzielaniem świadczenia zdrowotnego. Dyrektywa zobowiązuje więc do stosowania niedyskryminujących kryteriów ze względu na przynależność państwową, a także nakazuje stosowanie tej samej skali opłat za opiekę wobec pacjentów w porównywalnej sytuacji zdrowotnej (art. 4 ust. 3 i 4 dyrektywy).

Transgraniczna opieka zdrowotna oznacza opiekę świadczoną lub przepisaną w państwie członkowskim innym niż państwo ubezpieczenia (art. 3 lit. e dyrektywy). Dyrektywa ma zastosowanie do świadczenia opieki zdrowotnej na rzecz pacjentów niezależnie od tego, jak jest ona zorganizowana, udzielana i finansowana (art. 1 ust. 2 dyrektywy). Pacjent może zatem otrzymać świadczenie zarówno u świadczeniodawcy publicznego, jak i prywatnego; zarówno w podmiocie leczniczym, który działa w systemie publicznej opieki zdrowotnej (np. na podstawie umowy zawartej z publicznym płatnikiem finansującym świadczenia), jak i może skorzystać ze świadczeń na tzw. wolnym rynku usług leczniczych².

² Polskie podmioty lecznicze, udzielając świadczenia opieki zdrowotnej na rzecz polskiego pacjenta poza kontraktem zawartym z NFZ, są wyłączone z mechanizmu transgranicznej opieki zdrowotnej (wynika to z samej istoty transgranicznej opieki zdrowotnej, zakładającej wykonanie świadczenia w innym państwie niż państwo ubezpieczonego). Polskie podmioty lecznicze mogą jednak wykonywać usługi me-

Ustawodawca unijny przewiduje więc, że podmioty lecznicze mają obowiązek przekazywać informacje pomagające poszczególnym pacjentom w dokonaniu świadomego wyboru, w tym informacje na temat możliwości leczenia, dostępności, jakości i bezpieczeństwa opieki zdrowotnej, a także mają obowiązek wystawiać jasne faktury i przekazywać jasne informacje o cenach, jak również informacje na temat swojej sytuacji w kontekście zezwolenia na działalność i rejestracji oraz na temat zakresu swojego ubezpieczenia lub innych środków osobistej lub zbiorowej ochrony w odniesieniu do odpowiedzialności zawodowej (art. 4 ust. 2 dyrektywy). W związku z powyższym w projekcie przewiduje się także zmiany w ustawie z 15 kwietnia 2011 r. o działalności leczniczej (Dz.U. z 2013 r. poz. 217, ze zm.; dalej: u.d.l.). W szczególności nałożono dodatkowe obowiązki informacyjne. Na wniosek pacjenta podmiot wykonujący działalność leczniczą ma przekazać informację dotyczącą udzielanych świadczeń zdrowotnych, stosowanych metod diagnostycznych lub terapeutycznych oraz jakości i bezpieczeństwa tych metod (projektowany art. 14 ust. 2 pkt 1 u.d.l.). Przedstawione obowiązki informacyjne są w zasadzie powtórzeniem istniejących rozwiązań prawnych. W ustawie z 6 listopada 2008 r. o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta (Dz.U. z 2012 r. poz. 159, ze zm.) w rozdziale dotyczącym prawa pacjenta do informacji został wyznaczony przedmiotowy zakres udzielanych informacji, które obejmują przedstawione wyżej składniki (jest to wyrażone innymi słowami, ale w istocie rzeczy chodzi o to samo). W prezentowanych rozwiązaniach prawnych w szczególności wątpliwości budzi informacja dotycząca jakości i bezpieczeństwa metod wykonanych świadczeń. Informacja ta jest udzielana *post factum*, każdy zatem z podmiotów udzielających świadczeń będzie gwarantował, że udzielił świadczenia zgodnie z zasadami sztuki, a zatem odpowiedniej jakości i w sposób zapewniający bezpieczeństwo. Tego typu uregulowania prawne (mające chyba na celu „zaklinanie rzeczywistości”) nie są prawidłowe z punktu widzenia zasad prawidłowej legislacji. Jak się wydaje, wystarczające – z perspektywy postanowień dyrektywy – byłoby uregulowanie dotyczące rodzaju udzielonych świadczeń opieki zdrowotnej i ich wyceny³.

dyczne na rzecz pacjentów pochodzących z innych państw UE i wówczas pacjenci ci mogą od instytucji właściwej w swoim kraju ubezpieczenia domagać się zwrotu kosztów tego świadczenia. Zarzut zatem nierówności w traktowaniu podmiotów leczniczych z punktu widzenia art. 32 ust. 1 Konstytucji RP jest chybiony. Ponadto zgodnie z art. 1 ust. 4 dyrektywy żaden przepis dyrektywy nie zobowiązuje państwa członkowskiego do zwrotu kosztów opieki zdrowotnej świadczonej przez świadczeniodawców, którzy nie są częścią publicznego systemu opieki zdrowotnej tego państwa.

³ Zwłaszcza że z art. 42d ust. 6 projektu wynika, że rachunek (będący załącznikiem do wniosku o zwrot kosztów) powinien zawierać dane niezbędne do zidentyfikowania świadczeń, w szczególności dotyczy to międzynarodowych kodów ICD9 oraz ICD10. Dopiero w razie braku danych pozwalających na identyfikację świad-

Zgodnie z dyrektywą państwa członkowskie UE muszą zagwarantować ochronę danych osobowych pacjentów na zasadach wynikających z odrębnych przepisów unijnych i ich implementacji oraz ułatwić ciągłość opieki w sytuacji, w której pacjenci skorzystali z leczenia transgranicznego, aby byli uprawnieni do pisemnej lub elektronicznej dokumentacji medycznej tego leczenia i mieli dostęp do co najmniej jednej kopii tej dokumentacji (art. 5 lit. d dyrektywy). Jest to kwestia bardzo istotna, ponieważ projektodawca polski przewiduje konieczność przedłożenia dokumentacji medycznej (wraz z odpowiednim tłumaczeniem) w razie skorzystania przez pacjenta z procedury zwrotu kosztów (art. 42d ust. 10 projektu).

Przesłanki zastosowania transgranicznej opieki zdrowotnej – uregulowania projektu w świetle postanowień dyrektywy

Podstawowym warunkiem zastosowania transgranicznej opieki zdrowotnej jest przynależność danej opieki zdrowotnej do zakresu świadczeń, do których ubezpieczony jest uprawniony w państwie członkowskim ubezpieczenia (art. 7 ust. 1 dyrektywy). A zatem w perspektywie prawa polskiego ma być to świadczenie znajdujące się w koszyku świadczeń gwarantowanych, określonym zgodnie z ministerialnymi rozporządzeniami wydanymi na podstawie art. 31b ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych (dalej: u.s.o.z.). Potwierdza tę zasadę art. 42b ust. 1, a także art. 42d ust. 2 pkt 1 projektu.

Nastąpi więc przyjęcie nowego modelu finansowania świadczeń opieki zdrowotnej, w którym najistotniejszym elementem jest przynależność świadczenia do zakresu świadczeń gwarantowanych (model przedmiotowy)⁴. Na dalszy plan w tym modelu schodzi kwestia przynależności podmiotu leczniczego wykonującego świadczenie do publicznego systemu opieki zdrowotnej.

Wyłączenie zastosowania regulacji transgranicznej opieki zdrowotnej, zgodnie z dyrektywą, może dotyczyć świadczeń w dziedzinie opieki długoterminowej, której celem jest wspieranie osób potrzebujących pomocy w zakresie wykonywania rutynowych czynności życia codziennego; przydziału i dostępu do narządów przeznaczonych do przeszczepów (transplantologia); powszechnych szczepień przeciwko chorobom zakaźnym, mających na celu wyłączenie

czeń, wnioskodawca dołącza kopię dokumentacji, z której wyżej wymienione dane wynikają (art. 42d ust. 7 projektu).

⁴ Analogiczne uprawnienia przysługują świadczeniobiorcy w wypadku poniesienia kosztów leku, środka spożywczego specjalnego przeznaczenia żywieniowego lub wyrobu medycznego. Warunkiem zwrotu jest obecność ich w wykazie, o którym mowa w przepisach ustawy o refundacji, oraz przypisanie ich zgodnie ze wskazaniami refundacyjnymi.

ochronę zdrowia ludności na terytorium danego państwa członkowskiego i objętych szczegółowymi środkami planistycznymi i wykonawczymi (art. 1 ust. 3 dyrektywy). Z uwagi na charakter i koszt wyżej wymienionych świadczeń, ich wyłączenie z zakresu transgranicznej opieki zdrowotnej generalnie nie budzi wątpliwości i jest zgodne z przedmiotową dyrektywą. Projektodawca polski korzysta wprost z wyłączenia drugiego, wskazując w art. 42b ust. 2 projektu, że przepisów nie stosuje się do obowiązkowych szczepień ochronnych⁵. Nie korzysta zaś wprost z wyłączenia pierwszego i trzeciego, co budzi zwłaszcza w wypadku transplantologii zdziwienie (zważywszy na koszt tego typu świadczeń)⁶. Świadczenia w zakresie opieki długoterminowej o charakterze pielęgnacyjnym i opiekuńczym udzielane w trybie stacjonarnym znajdują się za to w projekcie ministerialnego rozporządzenia w sprawie wykazu świadczeń opieki zdrowotnej, w przypadku których zwrot kosztów świadczeń transgranicznej opieki zdrowotnej wymagać będzie uprzedniej zgody dyrektora oddziału wojewódzkiego Narodowego Funduszu Zdrowia (NFZ). Co oznacza, że świadczenia opieki długoterminowej nie zostały wyłączone z procedury zwrotu kosztów świadczeń, ale są objęte swoistą reglamentacją w ramach tej procedury (szerzej o tym dalej). Ustawodawca polski zaproponował zatem rozwiązanie korzystniejsze od wskazanego w dyrektywie.

Wspomniana wyżej reglamentacja w ramach procedury zwrotu kosztów jest nazywana systemem uprzedniej zgody. Zgodnie z art. 42b ust. 8 projektu w wypadku świadczeń znajdujących się w wykazie opracowanym przez Ministra Zdrowia warunkiem zwrotu kosztów jest uprzednie wydanie zgody przez dyrektora oddziału wojewódzkiego NFZ. Przepis art. 42e projektu przewiduje delegację dla wydania odpowiedniego rozporządzenia (Minister Zdrowia powinien kierować się zarówno dobrem świadczeniobiorców, jak i gospodarnością i celowością wydatkowania środków publicznych). Dodatkowo w ust. 2

⁵ Wątpliwości może budzić terminologia, ponieważ pojęcie powszechnych szczepień ochronnych nie jest tożsame z pojęciem obowiązkowych szczepień ochronnych. W ramach powszechnych szczepień różnicuje się też zalecane, nie należą one jednak z zasady do świadczeń gwarantowanych, zapewne dlatego zostały pominięte przez projektodawcę.

⁶ Świadczenia z zakresu transplantologii należą do świadczeń wysokospecjalistycznych, które finansowane są przez Ministra Zdrowia na podstawie umów zawieranych w trybie art. 15a u.s.o.z. Zgodnie jednak z wykazem świadczeń gwarantowanych, o którym mowa w art. 15 pkt 12 u.s.o.z., należą do koszyka świadczeń gwarantowanych. Przepis art. 42c ust. 1 pkt 2 projektu wyłącza zwrot kosztów świadczeń wysokospecjalistycznych, jeśli finansowane są w ramach programów zdrowotnych finansowanych z budżetu państwa. Jeśli przepis ten uznać za wyłączający w stosunku do transplantologii procedurę zwrotu kosztów, to przyjąć należy, że ustawodawca uczynił to w sposób wyjątkowo nieczytelny (w przepisie dotyczącym kwestii wysokości zwrotu kosztów świadczeń).

art. 42e czytamy, że wykaz ten może zawierać wyłącznie świadczenia podlegające wymogom planowania niezbędnego dla zapewnienia wystarczającego i stałego dostępu do pełnego zakresu opieki zdrowotnej wysokiej jakości lub wynikającego z konieczności kontrolowania kosztów i uniknięcia niegospodarności w wykorzystaniu zasobów finansowych, technicznych i ludzkich. Świadczenia te jednocześnie mają wymagać pozostawanie pacjenta w szpitalu przez co najmniej jedną noc lub wymagają zastosowania wysokospecjalistycznej i kosztownej infrastruktury lub aparatury i sprzętu medycznego. Ustawodawca w cytowanym przepisie prawie dosłownie zacytował treść art. 8 ust. 2 dyrektywy.

W projekcie rozporządzenia załączonym do projektu znajduje się 13 pozycji zawierających następujące świadczenia: świadczenia opieki zdrowotnej związane z hospitalizacją świadczeniobiorcy trwającą co najmniej jedną noc, bez względu na rodzaj udzielanych świadczeń; świadczenia pielęgnacyjne i opiekuńcze w ramach opieki długoterminowej udzielane w trybie stacjonarnym; świadczenia opieki paliatywnej i hospicyjnej udzielane w trybie stacjonarnym; leczenie w ramach programów lekowych; terapia izotopowa; teleradioterapia stereotaktyczna; terapia hiperbaryczna; leczenie spastyczności odpornej na leczenie farmakologiczne z zastosowaniem pompy baklofenowej; badania genetyczne; pozytonowa tomografia emisyjna; badania medycyny nuklearnej; tomografia komputerowa; rezonans magnetyczny⁷. Jak się wydaje, w praktyce najistotniejszy będzie punkt pierwszy, który wymaga uprzedniej zgody dyrektora oddziału wojewódzkiego NFZ na wszystkie świadczenia typu szpitalnego, co spowoduje wyłączenie tego typu świadczeń z najprostszego modelu finansowania w postaci zwrotu kosztów.

Uregulowania projektu, jak i rozporządzenia są zgodne w tym zakresie z dyrektywą (nie sposób zakwestionować w świetle art. 8 ust. 2 dyrektywy prawidłowości reglamentacji wymienionych wyżej świadczeń, które w istocie swej są wysokospecjalistyczne i kosztochłonne), niemniej nasuwa się refleksja, że wymóg uzyskania uprzedniej zgody na świadczenie typu szpitalnego stawia pod znakiem zapytania samą ideę transgranicznej opieki zdrowotnej⁸. Istota bowiem tej opieki opiera się na wolnym przepływie pacjentów, którzy mogą wybrać świadczenie opieki zdrowotnej w dowolnym kraju członkowskim UE,

⁷ Państwa członkowskie mają obowiązek powiadomić Komisję o kategoriach opieki zdrowotnej wymagającej uprzedniej zgody.

⁸ Zgodnie z art. 42a projektu pacjent ma do wyboru trzy sposoby finansowania świadczeń w transgranicznej opiece zdrowotnej: może domagać się zwrotu kosztów świadczenia, leczć się za granicą na podstawie decyzji dyrektora oddziału wojewódzkiego NFZ, ewentualnie uzyskać świadczenie na podstawie unijnych przepisów o koordynacji. W wypadku przyjęcia rozbudowanego systemu uprzedniej zgody „ścieżka” pierwsza zbliża się niepokojąco do drugiej i może spowodować, że model zwrotu kosztów stanie się iluzją.

kierując się przecież różnymi powodami (nie tylko finansowymi, ale np. ze względu na bliskość członków rodziny mieszkających w innym kraju, wybór może dotyczyć także opieki świadczonej w obszarach przygranicznych, do których jest po prostu pacjentowi bliżej, czy nawet dostępu do innej, preferowanej metody leczenia). Unijny ustawodawca daje temu wyraz w zasadzie nr 38, wskazując, że w świetle orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej system uprzedniej zgody jest ograniczeniem w swobodnym przepływie usług i państwo co do zasady nie powinno uzależniać pokrycia kosztów tej opieki od uprzedniej zgody, jeśli jej koszty zostałyby sfinansowane przez krajowy system opieki zdrowotnej. Wiele zatem zależy od praktyki stosowania prawa, od tego, jakie decyzje administracyjne będą wydawane przez dyrektorów oddziałów wojewódzkich NFZ. Zgodnie bowiem z art. 8 ust. 1 zdanie drugie dyrektywy kryteria i stosowanie tych kryteriów w ramach systemu udzielania uprzedniej zgody, a także indywidualne decyzje o odmowie udzielenia uprzedniej zgody powinny ograniczać się do tego, co jest konieczne i proporcjonalne do celu, jaki ma zostać osiągnięty i nie mogą stanowić środka arbitralnej dyskryminacji ani nieuzasadnionej przeszkody w swobodnym przepływie pacjentów.

W tym kontekście należy przeanalizować postanowienia art. 42f projektu.

Zgodę, o której mowa w art. 42b ust. 8, wydaje dyrektor oddziału wojewódzkiego NFZ na wniosek świadczeniobiorcy, jego przedstawiciela ustawowego lub małżonka (art. 42f ust. 1 projektu). Tu nasuwa się pierwsza uwaga dotycząca dyskryminacji osób żyjących w związkach pozamałżeńskich. Jak się wydaje, wnioskodawcą może być także zstępny lub inny najbliższy członek rodziny; istnieje też możliwość posłużenia się siatką pojęciową z ustawy o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta i jako wnioskodawcę można wskazać osobę bliską. Zgodnie z ustępem drugim analizowanego przepisu dyrektor może odmówić zgody: a) jeżeli świadczenie objęte wnioskiem nie jest świadczeniem gwarantowanym, b) gdy świadczenie może zostać udzielone w kraju w terminie nieprzekraczającym czasu oczekiwania (przy czym czas ten określa lekarz ubezpieczenia zdrowotnego specjalista medycyny właściwej ze względu na zakres wnioskowanego leczenia lub badań diagnostycznych), c) jeżeli świadczenie stwarza dla zdrowia świadczeniodawcy znaczne ryzyko, którego nie równoważą potencjalne korzyści zdrowotne, jakie może on odnieść dzięki uzyskaniu tego świadczenia, d) gdy świadczenie stwarza zagrożenie zdrowotne dla społeczeństwa, e) jeśli ma zostać udzielone przez podmiot, co do którego zachodzą istotne wątpliwości w zakresie przestrzegania standardów jakości i bezpieczeństwa.

Projektodawca polski kieruje się tutaj wytycznymi określonymi w art. 8 ust. 5 dyrektywy. W tym miejscu pojawia się uwaga natury ogólnej. Język dyrektyw jest specyficzny, ustawodawca unijny posługuje się zwrotami opisowymi, często niedookreślonymi, wskazuje przy tym na pewne cele, które mają przyświecać tworzeniu prawa w państwach Unii Europejskiej. Nie jest zatem

właściwe ani celowe powtarzanie dosłownie zwrotów zawartych w dyrektywie, zwłaszcza gdy pozostawiają one organom stosującym prawo zbyt daleko idącą swobodę, niebezpiecznie dryfując w kierunku arbitralności ocen. Na przykład, nie wiadomo, co oznacza i jak ocenić okoliczność, gdy świadczenie, którego w ramach systemu uprzedniej zgody domaga się pacjent, stwarza zagrożenie zdrowotne dla społeczeństwa (pod jakim względem? finansowym? epidemiologicznym?). Podobnie trudne do przyjęcia są okoliczności odmowy wymienione w pkt 3 i 5 art. 42f ust. 2 projektu. Po pierwsze, organ administracyjny rozpatrujący sprawę nie ma odpowiednich narzędzi, aby w czasie rozpatrywania wniosku o wydanie zgody ocenić bezpieczeństwo opieki, której pragnie poddać się pacjent. Po drugie, jeśli pacjent pragnie poddać się leczeniu ryzykownemu i jest świadom ryzyka, które podejmuje, żaden organ administracyjny nie powinien ingerować w jego suwerenne decyzje oparte wszak na obowiązującym w całym ustawodawstwie europejskim systemie świadomej zgody (*informed consent*). Po trzecie, zgodnie art. 42e ust. 3 projektu wniosek wymaga wypełnienia w odpowiedniej części przez lekarza ubezpieczenia zdrowotnego mającego właściwą specjalizację, który ocenia przydatność danego leczenia z punktu widzenia konkretnego pacjenta. Regulacja tego typu jest przejawem paternalizmu i dlatego należałoby z niej zrezygnować. Podobne uwagi można podnieść w stosunku do odmowy opartej na negatywnej ocenie jakości i bezpieczeństwa opieki zdrowotnej oferowanej przez zagraniczny podmiot leczniczy (pkt 5).

Obok systemu uprzedniej zgody pojawiają się także inne sposoby reglamentacji procedury zwrotu kosztów świadczeń opieki zdrowotnej. Należy do nich warunek w postaci uzyskania odpowiedniego skierowania lub zlecenia na przejazd środkami transportu sanitarnego zgodnie z przepisami ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych (art. 42b ust. 3 projektu). Możliwość nałożenia na osobę ubezpieczoną, która dochodzi zwrotu kosztów tych samych warunków i wymogów prawno-administracyjnych, jakie byłyby nałożone, gdyby ten sam rodzaj opieki zdrowotnej był świadczony na terytorium tego państwa członkowskiego, wynika z art. 7 ust. 7 dyrektywy. Wskazany wyżej przepis jest zatem zgodny z dyrektywą, ale w zestawieniu z art. 42b ust. 4 projektu prowadzi do wniosku, że polski projektodawca (być może w niezamierzony sposób) faworyzuje lekarzy wykonujących zawód poza granicami Rzeczypospolitej Polskiej. Zgodnie bowiem z art. 42b ust. 4 projektu skierowanie lub zlecenie na przejazd środkami transportu sanitarnego, konieczne do otrzymania refundacji, może być wystawione również przez lekarza wykonującego zawód w innym niż Rzeczpospolita Polska państwie członkowskim Unii Europejskiej. Takie skierowanie lub zlecenie traktuje się jak skierowanie lub zlecenie lekarza ubezpieczenia zdrowotnego. Polscy pacjenci będą więc korzystali raczej ze skierowań wydawanych przez lekarzy zagranicznych.

Do innych przejawów tego typu reglamentacji należy zaliczyć konieczność potwierdzenia skierowania w wypadku leczenia uzdrowiskowego w trybie art. 33 ust. 2 u.ś.o.z., wymóg kwalifikacji pacjenta do odpowiedniego programu lekowego, aby pacjent mógł domagać się zwrotu kosztów leków, czy spełnienie wymogów warunkujących udział w programie zdrowotnym, którego koszt ma zostać zwrócony (art. 42b ust. 5, 6, 7 projektu). Ponieważ jednak prawo polskie przewiduje analogiczne wymogi prawno-administracyjne w razie korzystania przez pacjentów z wyżej wymienionych świadczeń, przedstawione regulacje są zgodne z postanowieniami dyrektywy.

Warunki formalne dotyczące wniosku o zwrot kosztów świadczeń transgranicznej opieki zdrowotnej

Zgodnie z art. 42d ust. 1 projektu decyzję administracyjną w sprawie zwrotu kosztów wydaje się na wniosek świadczeniobiorcy lub jego przedstawiciela ustawowego. Zwraca uwagę odmienny krąg osób uprawnionych do złożenia wniosku w porównaniu z cytowanym już art. 42f ust. 1 projektu. Ten ostatni przepis przewidywał, że w przypadku ubiegania się o zgodę na świadczenie (w ramach systemu zwrotu kosztów) uprawnionymi oprócz świadczeniobiorcy są: przedstawiciel ustawowy lub jego małżonek. Różnicowanie kręgu osób uprawnionych w ramach tej samej procedury finansowania świadczeń nie jest właściwe i należałoby tę usterkę naprawić.

Ustęp drugi komentowanego przepisu podaje przyczyny wydania decyzji odmownej w sprawie zwrotu kosztów. Przyczyny te są skorelowane z warunkami finansowania świadczeń transgranicznej opieki zdrowotnej, o których była już mowa, a które opisane są w treści art. 42b projektu. Na uwagę zasługuje pkt 9, który daje możliwość wydania decyzji odmownej w przypadku złożenia wniosku po upływie terminu, o którym mowa w ust. 12, tj. po upływie sześciu miesięcy od dnia wystawienia rachunku. Jak wskazuje w uzasadnieniu projektodawca, jest to termin zawity. Sądzę, że z uwagi na możliwość zaistnienia szczególnych okoliczności związanych ze stanem zdrowia wnioskodawcy powinna istnieć możliwość przywrócenia tego terminu. Projektodawca powinien rozważyć wprowadzenie tego typu rozwiązań (nie stoją temu na przeszkodzie postanowienia dyrektywy) lub odesłać do odpowiednich uregulowań zawartych w Kodeksie postępowania administracyjnego.

Inna kwestia związana z terminami powstaje na tle art. 42d ust. 3 projektu. Przepis ten stanowi, że świadczeniobiorca po upływie 30 dni od dnia złożenia kompletnego wniosku o wydanie zgody w trybie art. 42b ust. 8, ze względu na pilną konieczność podjęcia leczenia niezbędnego dla ratowania życia i zdrowia, wynikającą z potwierdzonego stanu klinicznego, może poddać się transgranicznej opiece zdrowotnej i uzyskać zwrot jej kosztów. Oznacza to,

że dyrektor oddziału wojewódzkiego NFZ powinien liczyć się z koniecznością wydania decyzji w systemie uprzedniej zgody w terminie 30 dni. Zwraca uwagę fakt, że projektodawca, inaczej niż w odniesieniu do decyzji o zwrocie kosztów (art. 42d ust. ust. 13 i 14 projektu), nie ustala terminów na wydanie tej decyzji. W przepisie art. 42f ust. 6 projektu nakazuje się ogólnie, aby przy rozpatrywaniu sprawy o wydanie zgody uwzględnić pilność danego przypadku, stopień odczuwanych dolegliwości lub charakter niepełnosprawności, historię choroby i jej przewidywalny rozwój. Powoduje to dużą niepewność prawa.

Zasady ustalania wysokości zwrotu kosztów transgranicznej opieki zdrowotnej

Zgodnie z art. 7 ust. 4 dyrektywy koszty transgranicznej opieki zdrowotnej są zwracane bezpośrednio przez państwo członkowskie ubezpieczenia do poziomu wyceny kosztów przyjętych w państwie ubezpieczenia, gdyby ta sama opieka zdrowotna była świadczona na jego terytorium. Dodatkowo w takiej wysokości, aby nie przekroczyć rzeczywistego kosztu otrzymanej opieki (np. wtedy, gdy świadczenie w państwie leczenia jest tańsze niż w państwie ubezpieczenia). Przy czym według dyrektywy państwo członkowskie może rozstrzygać kwestię zwrotu kosztów także korzystniej dla pacjenta; nie ma przeciwwskazań do pokrycia pełnego kosztu transgranicznej opieki zdrowotnej także wtedy, gdy przekracza ona poziom kosztów, jakie byłyby pokryte przez państwo członkowskie ubezpieczenia, gdyby opieka zdrowotna była świadczona na jego terytorium. Regulacja art. 7 dyrektywy wyraźnie wskazuje, że w dyrektywie zawarto szeroki wachlarz rozwiązań w zależności od możliwości finansowych danego państwa i wydolności jego systemu opieki zdrowotnej. Państwo członkowskie ubezpieczenia może np. objąć refundacją inne związane z leczeniem koszty, takie jak koszty noclegu i podróży.

Polski projektodawca postanowienia dotyczące przedstawionych wyżej kwestii zawarł w art. 42c oraz art. 42h projektu. Zgodnie z art. 42c ust. 1 pkt 1 i 2 projektu wysokość zwrotu kosztów powinna odpowiadać kwocie finansowania danego świadczenia stosowanej w rozliczeniach między NFZ a świadczeniodawcami z tytułu umowy o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej albo kwocie finansowania z budżetu państwa, w wypadku świadczeń wysokospecjalistycznych, z wyłączeniem medycznych czynności ratunkowych wykonanych przez zespoły ratownictwa medycznego (w tym lotniczego)⁹ oraz świadczeń udzielanych w ramach programów zdrowotnych finansowanych z budżetu

⁹ Wyłączenie zapewne spowodowane jest objęciem czynności ratunkowych przez przepisy rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady nr 883/2004/WE (zob. pkt 28 zasad dyrektywy). Ten sposób formułowania przepisów dotyczących wyłą-

państwa, z części pozostającej w dyspozycji Ministra Zdrowia. Projektodawca odwołuje się także do limitów finansowania leków, środków spożywczych specjalnego przeznaczenia oraz wyrobów medycznych określonych w przepisach o refundacji. Projektodawca przyjął więc koncepcję minimalistyczną odpowiadającą kondycji polskiego systemu opieki zdrowotnej. Wątpliwości może budzić treść art. 42c ust. 2 projektu, zgodnie z którym, gdy nie można wykazać dokładnego odpowiednika wśród świadczeń gwarantowanych, za podstawę zwrotu kosztów przyjmuje się kwotę finansowania danego świadczenia gwarantowanego najbardziej zbliżonego pod względem medycznym. Należy podzielić pogląd prezentowany już w innych opiniach¹⁰, że określenie „zbliżone pod względem medycznym” może powodować wątpliwości z punktu widzenia precyzji przepisów prawnych. Jednocześnie jest to niewątpliwie wynik próby implementacji zasady przewidzianej w pkt 34 dyrektywy.

Z kolei art. 42h projektu nawiązuje do treści art. 7 ust. 9 dyrektywy. Z uzasadnienia projektu wynika, że przepis art. 42h przewidujący kwotę limitu, powyżej której NFZ zawiesza wypłaty należnych kwot z tytułu transgranicznej opieki zdrowotnej, jest niezbędny z punktu widzenia zachowania równowagi finansowej Funduszu. Reguła ostrożnościowa, o której mówi art. 7 ust. 9 dyrektywy, odwołuje się do nadrzędnych względów podyktowanych interesem ogólnym. Jednocześnie stosowane ograniczenia powinny być niezbędne i proporcjonalne i nie powinny stanowić środka arbitralnej dyskryminacji ani nieuzasadnionej przeszkody w swobodnym przepływie towarów, osób lub usług (art. 7 ust. 11 dyrektywy). Polska ma obowiązek powiadomić Komisję o decyzjach ograniczających zwrot kosztów. Czas zatem dopiero pokaże, czy reguła ostrożnościowa przewidziana w art. 42h projektu znajdzie swoje zastosowanie i czy jest uzasadniona w świetle przewidywanych rozwiązań.

Pozostałe uregulowania dotyczące finansowania kosztów w transgranicznej opiece zdrowotnej

Przepisy projektu przewidują, że Narodowy Fundusz Zdrowia może sfinansować koszty świadczeń udzielonych poza granicami kraju także na podstawie przepisów o koordynacji oraz na podstawie decyzji dyrektora oddziału wojewódzkiego NFZ (art. 42i ust. 2 i 9 projektu) albo decyzji Prezesa NFZ na podstawie art. 42j ust. 1 i 2 projektu. Na uwagę zasługuje uregulowanie art. 42j projektu, które w porównaniu z dotychczasowym art. 26 u.ś.o.z. pogarsza sytuację pacjentów. Przepis art. 42j projektu stanowi o możliwości skierowania

---

czeń w transgranicznej opiece zdrowotnej jest nieprawidłowy z punktu widzenia zasad prawidłowej legislacji. Por. uwagę zawartą w przypisie 6.

¹⁰ Zob. opinię L. Boska na s. 116–128 niniejszego numeru „Zeszytów Prawniczych BAS”.

wnioskodawcy na leczenie lub badania diagnostyczne poza granicami kraju. Przy tym leczenie to lub badanie mają należeć do świadczeń gwarantowanych, których aktualnie nie wykonuje się w kraju (co jest nawiasem mówiąc sytuacją niedopuszczalną z punktu widzenia przepisów prawa). Dotychczasowy przepis art. 26 (projektodawca przewiduje jego uchylenie) nie wprowadza ograniczenia, że świadczenie, któremu ma się poddać pacjent, należy do świadczeń gwarantowanych, których nie wykonuje się w kraju. Dlatego przepis ten można było traktować jako swoistą klapę bezpieczeństwa systemu opieki zdrowotnej. Pacjent w sytuacji zaistnienia konieczności ratowania życia za pomocą świadczeń opieki zdrowotnej, których nie przeprowadza się w kraju, mógł liczyć na sfinansowanie przez NFZ takiego świadczenia. Sądzę, że istnieje potrzeba utrzymania dotychczasowego stanu prawnego. Tego typu unormowania natury słusznosciowej powinny istnieć w każdym systemie prawnym, a zwłaszcza w systemie opieki zdrowotnej.

Podsumowanie

Zasadniczo opiniowany projekt jest zgodny z dyrektywą Parlamentu Europejskiego i Rady 2011/24/UE z 9 marca 2011 r. w sprawie stosowania praw pacjentów w transgranicznej opiece zdrowotnej. Jakkolwiek niektóre przepisy z racji użycia niedookreślonych pojęć oraz wskazanych w opinii usterek wymagają doprecyzowania. W projekcie wprowadzono jednak liczne ograniczenia, co do możliwości swobodnego korzystania przez pacjentów polskich z transgranicznej opieki zdrowotnej. Ograniczenia te dotyczą przede wszystkim konieczności uzyskania uprzedniej zgody na niektóre świadczenia zdrowotne (wysokospecjalistyczne i świadczenia szpitalne) oraz odnoszą się do limitu wydatków na transgraniczną opiekę zdrowotną w danym roku. Narodowy Fundusz Zdrowia po przekroczeniu rezerwy określonej szczegółowo w przepisach projektu może zawiesić wypłaty. Projekt wprowadza także liczne ograniczenia natury formalnej, które mogą utrudnić pacjentom korzystanie z systemu zwrotu kosztów udzielonych świadczeń. Dlatego zakładany w uzasadnieniu projektu pozytywny efekt proponowanych regulacji prawnych w postaci zmniejszenia kolejek pacjentów do niektórych świadczeń opieki zdrowotnej najprawdopodobniej nie zostanie osiągnięty. Wiele jednak zależy od praktyki stosowania prawa, rozwiązania bowiem przyjęte w projekcie są na tyle elastyczne, że umożliwiają NFZ wydawanie decyzji zgodnych z duchem dyrektywy zwanej nie bez przyczyny dyrektywą „Pacjenci bez granic”.

Tomasz Sroka

Opinia prawna na temat zgodności z dyrektywą Parlamentu Europejskiego i Rady nr 2011/24/UE rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych oraz niektórych innych ustaw¹

Legal opinion on the compliance of a Government bill amending the Act on Healthcare Services Financed from Public Funds and Certain Other Acts (Sejm Paper No. 2293) with the Directive 2011/24/EU of the European Parliament and of the Council: This opinion provides an assessment of the implementation of the Directive 2011/24/EU of the European Parliament and of the Council. The author shows that the bill is not fully consistent with the directive. He proposes corrections of ambiguous concepts and elimination of lacunas. It was stressed in the opinion that some solutions may cause limitation of patients' rights to benefit from cross-border healthcare and may impose unjustified obstacle to the implementation of Treaty-guaranteed freedoms. The opinion indicates the solutions that may cause full implementation of the directive into national law.

Keywords: bill | healthcare services | European Union
Słowa kluczowe: projekt ustawy | świadczenia zdrowotne | Unia Europejska

Doktor nauk prawnych, Uniwersytet Jagielloński; tomasz.sroka@uj.edu.pl.

Uwagi ogólne

Implementacja do prawa polskiego dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2011/24/UE z 9 marca 2011 r. w sprawie stosowania praw pacjentów w transgranicznej opiece zdrowotnej (Dz.Urz. UE L 88 z 4 kwietnia 2011 r.; dalej: dyrektywa 2011/24 lub dyrektywa) będzie skutkować wprowadzeniem bezpośrednio do krajowego porządku prawnego mechanizmu finansowania świadczeń opieki zdrowotnej, udzielanych ubezpieczonym (w rozumieniu prawa unijnego) w innych niż kraj ubezpieczenia państwach członkowskich Unii Europejskiej.

¹ Opinia sporządzona 17 czerwca 2014 r. na zlecenie Biura Analiz Sejmowych (druk sejmowy nr 2293/VII kad.); BAS-1147/14(2).

Należy mieć na uwadze, że obecnie funkcjonuje już mechanizm finansowania transgranicznej opieki zdrowotnej, wynikający z rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady nr 883/2004/WE z 29 kwietnia 2004 r. w sprawie koordynacji systemów zabezpieczenia społecznego (dalej: rozporządzenie nr 883/2004) i rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady nr 987/2009/WE z 16 września 2009 r. dotyczącego wykonywania rozporządzenia nr 883/2004/WE w sprawie koordynacji systemów zabezpieczenia społecznego. Na mocy powyższych przepisów o koordynacji osoby uprawnione do korzystania ze świadczeń finansowanych ze środków publicznych w Polsce mają możliwość, przy spełnieniu pewnych warunków, korzystania zarówno z nieplanowanej, jak i planowanej opieki zdrowotnej w innych krajach członkowskich Unii Europejskiej.

W związku z powyższym implementacja dyrektywy skutkować będzie wprowadzeniem drugiego, równoległego mechanizmu finansowania transgranicznej opieki zdrowotnej. W konsekwencji wskazuje się, że dyrektywa 2011/24 powinna być uzupełnieniem procedury wynikającej z przepisów o koordynacji, stanowiąc drugą, alternatywną drogę uzyskania transgranicznej opieki zdrowotnej².

Mechanizmy finansowania transgranicznej opieki zdrowotnej, wynikające z rozporządzenia nr 883/2004 i dyrektywy 2011/24, mimo pewnych podobieństw, skonstruowane zostały jednak zasadniczo odmiennie. Różnice te wynikają przede wszystkim z oparcia ich na innych swobodach traktatowych. Rozporządzenie bazuje bowiem głównie na realizacji swobody przepływu osób, podczas gdy dyrektywa bazuje na swobodzie przepływu usług i towarów³.

Spośród licznych elementów różnicujących powyższe mechanizmy zwraca się uwagę przede wszystkim na trzy. Po pierwsze, zakres podmiotowy dyrektywy jest szerszy w stosunku do rozporządzenia, albowiem znajduje ona zastosowanie również do obywateli państw trzecich i członków ich rodzin, którzy legalnie zamieszkują na terytorium danego państwa członkowskiego. Po drugie, odmienna jest procedura finansowania. W wypadku rozporządzenia koszty leczenia pokrywane są od razu i bezpośrednio przez państwo członkowskie ubezpieczenia, a pacjenci co do zasady nie są zobowiązani do dokonywania żadnych płatności, poza wynikającymi z ewentualnych zasad współpłaty istniejących w państwach członkowskich leczenia. Z kolei w wypadku dyrektywy to pacjenci są najpierw zobowiązani do pokrycia pełnych kosztów leczenia,

² P. Quinn, P. De Hert, *The European Patients' Rights Directive: A clarification and codification of individual rights relating to cross border healthcare and novel initiatives aimed at improving pan-European healthcare co-operation*, „Medical Law International” 2012, nr 12, s. 29 i 37.

³ M. Peeters, *Free Movement of Patients: Directive 2011/24 on the Application of Patients' Rights in Cross-Border Healthcare*, „European Journal of Health Law” 2012, nr 19, s. 40.

a następnie mogą domagać się zwrotu tychże kosztów w państwie członkowskim ubezpieczenia. Po trzecie, odmienny jest także poziom zwrotu kosztów. W wypadku rozporządzenia państwo członkowskie ubezpieczenia zobowiązane jest do pokrycia pełnych kosztów leczenia, podczas gdy w wypadku dyrektywy koszty transgranicznej opieki zdrowotnej zostaną zwrócone do wysokości, jaka miałyby zastosowanie w państwie członkowskim ubezpieczenia w przypadku takiej opieki zdrowotnej udzielonej na jego terytorium (bez przekraczania faktycznych kosztów uzyskanej opieki zdrowotnej)⁴.

Celem rozwiązania konfliktu między obydwoma mechanizmami w dyrektywie 2011/24 wskazuje, że nie powinna ona mieć wpływu na prawa ubezpieczonych do pokrycia kosztów opieki zdrowotnej i otrzymania zgody na leczenie zgodnie z rozporządzeniem nr 883/2004⁵. Oba systemy powinny być spójne⁶, niemniej: *nie należy pozbawiać pacjenta bardziej korzystnych praw zagwarantowanych w rozporządzeniach unijnych w sprawie koordynacji systemów zabezpieczenia społecznego*⁷.

Z przedstawionego powyżej sposobu rozwiązania kolizji między obydwoma systemami finansowania transgranicznej opieki zdrowotnej wynika, że w stosunku do pacjentów, jako korzystniejszy, powinien być stosowany przede wszystkim mechanizm wynikający z rozporządzenia nr 883/2004.

W związku z powyższym regulacje prawne, przewidziane w ustawie z 27 sierpnia 2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych (dalej: u.ś.o.z.), powinny wskazywać pacjentom przede wszystkim na możliwość korzystania z transgranicznej opieki zdrowotnej na podstawie przepisów o koordynacji, natomiast mechanizm zwrotu kosztów leczenia wynikający z dyrektywy 2011/24 powinien stanowić uzupełnienie i alternatywę dla procedury z rozporządzenia nr 883/2004.

Tymczasem wydaje się, że w projekcie ustawy o zmianie ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych oraz niektórych innych ustaw (druk sejmowy nr 2293/VII kad.; dalej: projekt) środek ciężkości pomiędzy obydwoma instrumentami został niewłaściwie rozłożony. Nacisk jest bowiem położony na mechanizm zwrotu kosztów na podstawie dyrektywy 2011/24 (rozbudowane art. 42b–42h projektu), a korzystniejszy dla pacjentów system wynikający z przepisów o koordynacji, który powinien

⁴ Nota wyjaśniająca służb Komisji z 21 maja 2012 r. na temat relacji między rozporządzeniami nr 883/2004 oraz nr 987/2009 w sprawie koordynacji systemów zabezpieczenia społecznego oraz dyrektywą 2011/24 w sprawie stosowania praw pacjenta w transgranicznej opiece zdrowotnej pkt I i II.3; sprawozdanie Komisji dla Rady i Parlamentu Europejskiego z 3 lutego 2014 r. zgodne z obowiązkami przewidzianymi w art. 20 ust. 3 dyrektywy, s. 4–7.

⁵ Motyw 28 dyrektywy 2011/24.

⁶ Motyw 30 dyrektywy 2011/24.

⁷ Motyw 31 dyrektywy 2011/24.

być priorytetowy w stosowaniu, został wskazany dopiero w projektowanym art. 42i. W projekcie wprowadzono realizowaną jest zasada prymatu systemu wynikającego z przepisów o koordynacji nad systemem wynikającym z dyrektywy (art. 42f ust. 8 projektu), niemniej konstrukcja przepisów powinna wskazywać pacjentom przede wszystkim na możliwość korzystania z korzystniejszego systemu, a zatem wynikającego z przepisów o koordynacji (rozporządzenie nr 883/2004).

Oceniając projekt implementacji dyrektywy 2011/24/UE, należy również mieć na uwadze cele jej uchwalenia. Po pierwsze, celem dyrektywy jest wprowadzenie do krajowych porządków prawnych zasad dotyczących korzystania z transgranicznej opieki zdrowotnej, które zostały wyprowadzone bezpośrednio z przepisów traktatowych przez Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej, i wskazane w orzecznictwie dotyczącym tej kwestii. Zadaniem dyrektywy jest tym samym implementacja do systemów prawnych poszczególnych państw zgeneralizowanych zasad dotyczących leczenia w innych krajach członkowskich, wynikających z orzecznictwa Trybunału⁸. Potwierdza to sama dyrektywa, w której zostało wskazane, że jej celem jest: *zapewnienie powszechniejszego, a także skutecznego stosowania zasad określonych przez Trybunał Sprawiedliwości w poszczególnych sprawach*⁹. W związku z tym implementacja dyrektywy powinna być dokonana w sposób, który będzie pozostawał w maksymalnej zgodzie z zasadami wskazanymi w bogatym orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości¹⁰. Po drugie, celem dyrektywy jest wprowadzenie nowych

⁸ I.G. Lang, *Patient mobility in the European Union: Pushing for EU internal health market*, „Medicine and Law” 2009, nr 28, s. 666; P. Quinn, P. De Hert, *The European*, op. cit., s. 37–38; K. Veitch, *Juridification, medicalization and the impact of EU law: Patient mobility and the allocation of scarce NHS resources*, „Medical Law Review” 2012, nr 20, s. 383; V. Hatzopoulos, T. Hervey, *Coming into line: the EU's Court softens on cross-border health care*, „Health Economics, Policy and Law” 2013, nr 8, s. 2.

⁹ Motyw 8 dyrektywy.

¹⁰ Wyroki TS z: 16 marca 1978 r. w sprawie C-117/77 *Bestuur van het Algemeen Ziekenfonds Drenthe-Platteland v. G. Pierik*; 31 stycznia 1984 r. w sprawie C-286/82 i C-26/83 *Graziana Luisi i Giuseppe Carbone v. Ministero del Tesoro*; 4 października 1991 r. w sprawie C-159/90 *The Society for the Protection of Unborn Children Ireland Ltd v. Stephen Grogan i in.*; 20 września 1994 r. w sprawie C-12/93 *Bestuur van de Nieuwe Algemene Bedrijfsvereniging v. V.A. Drake*; 28 kwietnia 1998 r. w sprawie C-158/96 *Raymond Kohll v. Union des caisses de maladie*; 28 kwietnia 1998 r. w sprawie C-120/95 *Nicolas Decker v. Caisse de maladie des employés privés*; 3 października 2000 r. w sprawie C-411/98 *Angelo Ferlini v. Centre hospitalier de Luxembourg*; 12 lipca 2001 r. w sprawie C-157/99 *B.S.M. Smits, małżonka Geraets v. Stichting Ziekenfonds VGZ oraz H.T.M. Peerbooms v. Stichting CZ Groep Zorgverzekeringen*; 12 lipca 2001 r. w sprawie C-368/98 *Abdonem Vanbraekelem i in. v. Alliance nationale des mutualités chrétiennes (ANMC)*; 25 lutego 2003 r. w sprawie

rozwiązań, nieznanych poprzednio z orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości, takich jak na przykład działalność krajowych punktów kontaktowych czy też uznawanie recept na produkty lecznicze wystawionych w innym państwie członkowskim. Unormowania zawarte w projekcie ustawy powinny w pełni realizować wszystkie powyższe cele.

Uwagi szczegółowe

Zgodnie z art. 1 ust. 3 dyrektywy nie znajduje ona zastosowania do: świadczeń w dziedzinie opieki długoterminowej, której celem jest wspieranie osób potrzebujących pomocy w zakresie wykonywania rutynowych czynności życia codziennego, przydziału narządów przeznaczonych do przeszczepów i dostępu do tych narządów oraz programów powszechnych szczepień przeciw chorobom zakaźnym mających na celu wyłącznie ochronę zdrowia ludności na terytorium danego państwa członkowskiego i objętych szczegółowymi środkami planistycznymi i wykonawczymi.

Projektowany art. 42b ust. 2 wskazuje, że procedury zwrotu kosztów nie stosuje się jedynie do obowiązkowych szczepień ochronnych. Tym samym w projekcie ustawy nie założono wyłączenia trybu zwrotu kosztów w stosunku do wszystkich programów powszechnych szczepień przeciw chorobom zakaźnym, mających na celu wyłącznie ochronę zdrowia ludności na terytorium danego państwa członkowskiego i objętych szczegółowymi środkami planistycznymi

---

C-326/00 *Idryma Koinonikon Asfaliseon (IKA) v. Vasilios Ioannidis*; 13 maja 2003 r. w sprawie C-385/99 *V.G. Müller Fauré v. Onderlinge Waarborgmaatschappij OZ Zorgverzekeringen UA* oraz *E.E.M. van Riet v. Onderlinge Waarborgmaatschappij ZAO Zorgverzekeringen*; 23 października 2003 r. w sprawie C-56/01 *Patricia Inizan v. Caisse primaire d'assurance maladie des Hauts-de-Seine*; 18 marca 2004 r. w sprawie C-8/02 *Ludwig Leichtle v. Bundesanstalt für Arbeit*; 12 kwietnia 2005 r. w sprawie C-145/03 *spadkobiercy Annette Keller v. Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) i Instituto Nacional de Gestión Sanitaria (Ingesa)*; 16 maja 2006 r. w sprawie C-372/04 *Yvonne Watts v. Bedford Primary Care Trust i Secretary of State for Health*; 15 czerwca 2006 r. w sprawie C-466/04 *Manuel Acereda Herrera v. Servicio Cántabro de Salud*; 19 kwietnia 2007 r. w sprawie C-444/05 *Aikaterini Stamatelaki v. NPDD Organismos Asfaliseos Eleftheron Epangelmation (OAE)*; 16 lipca 2009 r. w sprawie C-208/07 *Petra von Chamier Glisczinski v. Deutsche Angestellten Krankenkasse*; 15 czerwca 2010 r. w sprawie C-211/08 *Komisja Europejska v. Królestwo Hiszpanii*; 5 października 2010 r. w sprawie C-512/08 *Komisja Europejska v. Republika Francuska*; 5 października 2010 r. w sprawie C-173/09 *Georgi Iwanow Ełczinow v. Natsionalna zdravnoosiguritelna kasa*; 27 października 2011 r. w sprawie C-255/09 *Komisja Europejska v. Republika Portugalska*; 5 czerwca 2014 r. w sprawie C-255/13 *I v. Health Service Executive*.

i wykonawczymi, a także do świadczeń z zakresu opieki długoterminowej oraz transplantacji (co więcej, zastosowanie procedury zwrotu kosztów do opieki długoterminowej wynika bezpośrednio z art. 42b ust. 3, który odsyła do art. 33a ust. 1)¹¹. Rozwiązanie takie jest dopuszczalne z punktu widzenia dyrektywy, bowiem państwo członkowskie może przewidzieć dla ubezpieczonych dalej idące uprawnienia. Niemniej, mając na uwadze obserwowany w kraju brak odpowiedniej ilości środków finansowych, które powinny być przeznaczone na leczenie ubezpieczonych, a także kosztochłonność świadczeń z zakresu szczepień, opieki długoterminowej i transplantacji oraz proces starzenia się społeczeństwa, w związku z którym prawdopodobnie coraz większa liczba osób będzie uprawniona do korzystania ze świadczeń gwarantowanych z zakresu opieki długoterminowej, zasadne wydaje się wprowadzenie wszystkich wyjątków od stosowania dyrektywy 2011/24, jakie zostały przewidziane w jej art. 1 ust. 3.

Stosownie do art. 7 ust. 7 dyrektywy: *państwo członkowskie ubezpieczenia może nałożyć na osobę ubezpieczoną, która dochodzi zwrotu kosztów transgranicznej opieki zdrowotnej, w tym opieki zdrowotnej otrzymanej za pomocą telemedycyny, te same warunki, kryteria przysługiwania uprawnień i wymogi prawno-administracyjne, ustalone na szczeblu lokalnym, regionalnym lub krajowym, jakie byłyby nałożone, gdyby ten sam rodzaj opieki zdrowotnej był świadczony na terytorium tego państwa członkowskiego*. Korzystając z tego uprawnienia, projektodawca uzależnia zwrot kosztów leczenia od posiadania przez ubezpieczonego dokumentu uprawniającego do uzyskania konkretnego świadczenia, takiego jak skierowanie, zlecenie czy recepta (art. 42b ust. 3, 9 i 10 projektu), a także od uzyskania kwalifikacji do skorzystania z leczenia uzdrowiskowego, programu lekowego lub zdrowotnego (art. 42b ust. 5, 6 i 7 projektu). Rozwiązanie takie jest zasadniczo zgodne z dyrektywą 2011/24, niemniej należy pochylić kilka uwag szczegółowych.

Po pierwsze, stosownie do obowiązującego art. 60 u.ś.o.z.: *w stanach nagłych świadczenia zdrowotne są udzielane bez wymaganego skierowania*. Ponieważ państwo członkowskie może nałożyć na osobę dochodzącą zwrotu kosztów transgranicznej opieki zdrowotnej jedynie te same warunki, jakie są stosowane w kraju ubezpieczenia, nie jest dopuszczalne zobowiązanie pacjenta do posiadania skierowania także w wypadku korzystania z pomocy medycznej w stanie nagłym, bowiem nie jest to wymagane w systemie krajowym. Tymczasem projektowany art. 42b ust. 3 nie zawiera odesłania do obowiązującego art. 60 u.ś.o.z., wprowadzając tym samym wymóg posiadania skierowania przez osobę dochodzącą zwrotu kosztów leczenia transgranicznego także w wypadku

¹¹ L. Bosek, *Opinia prawna na temat rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych oraz niektórych innych ustaw (druk sejmowy 2293)*, z 5 maja 2014, s. 11, <http://orka.sejm.gov.pl/rexdomk7.nsf/Opdodr?OpenPage&nr=2293>.

skorzystania z pomocy medycznej w stanie nagłym. Rozwiązanie takie powoduje stosowanie dalej idących warunków, niż nałożone na osoby korzystające z leczenia w kraju, co stanowi naruszenie art. 7 ust. 7 dyrektywy. W związku z tym w projektowanym art. 42b ust. 3 powinno nastąpić odesłanie również do obowiązującego art. 60 u.ś.o.z.

Po drugie, w art. 42b ust. 2 i 4 projektu niepotrzebnie posługuje się sformułowaniem „zlecenie na przejazd środkami transportu sanitarnego”, z uwagi na odesłanie do obowiązującego art. 41 u.ś.o.z., w którym precyzuje się rodzaj zlecenia. Wystarczające byłoby posłużenie się jedynie zwrotem „zlecenie”.

Po trzecie, w projektowanym art. 42b ust. 4 założono, że skierowanie lub zlecenie: *może być wystawione również przez lekarza wykonującego zawód w innym niż Rzeczpospolita Polska państwie członkowskim Unii Europejskiej. Takie skierowanie lub zlecenie traktuje się jak skierowanie lub zlecenie lekarza ubezpieczenia zdrowotnego.* Konsekwencją takiego rozwiązania jest sytuacja, w której w procedurze zwrotu kosztów leczenia za granicą honorowane są skierowania lub zlecenia wystawione z jednej strony przez każdego lekarza wykonującego zawód w innym niż Polska państwie członkowskim UE, z drugiej zaś strony tylko przez tych lekarzy wykonujących zawód w Polsce, którzy udzielają świadczeń opieki zdrowotnej na podstawie umowy z Narodowym Funduszem Zdrowia (NFZ). Sytuacja taka prowadzi do nierównego traktowania w procedurze zwrotu kosztów transgranicznej opieki zdrowotnej lekarzy wykonujących zawód w Polsce i w innych krajach członkowskich Unii Europejskiej, stawiając w uprzywilejowanej pozycji lekarzy praktykujących za granicą. Tymczasem, stosownie do art. 1 ust. 2 dyrektywy, ma ona zastosowanie do świadczenia opieki zdrowotnej na rzecz pacjentów, niezależnie od tego, jak jest ona zorganizowana, udzielana i finansowana. Natomiast wymóg posiadania w Polsce skierowania od lekarza ubezpieczenia zdrowotnego jest związany ściśle ze sposobem finansowania świadczeń opieki zdrowotnej ze środków publicznych. W związku z tym należałoby postulować, aby dla potrzeb procedury zwrotu kosztów wynikających z transgranicznej opieki zdrowotnej honorowane były także skierowania i zlecenia wystawione przez lekarzy nieudzielających świadczeń na podstawie umowy z NFZ.

Po czwarte, wprowadzając wymóg kwalifikacji pacjenta do programu lekowego lub zdrowotnego (art. 42b ust. 6 i 7), projektodawca nie wskazał, jak taka kwalifikacja powinna być dokonana z punktu widzenia wymogów formalnych i procedury zwrotu kosztów. Powyższy brak należy uzupełnić.

Stosownie do art. 7 ust. 4 dyrektywy: *koszty transgranicznej opieki zdrowotnej są zwracane lub płacone bezpośrednio przez państwo członkowskie ubezpieczenia do poziomu, na którym koszty byłyby pokryte przez państwo członkowskie ubezpieczenia, gdyby ta sama opieka zdrowotna była świadczona na jego terytorium i w takiej wysokości, aby nie przekroczyć rzeczywistego kosztu otrzymanej opieki zdrowotnej.* Co do zasady reguła ta jest realizowana w art. 42c

ust. 1 i 13 projektu. Niemniej z art. 7 ust. 6 dyrektywy wynika również, że państwa członkowskie muszą mieć przejrzysty mechanizm obliczania kosztów transgranicznej opieki zdrowotnej, które mają być zwrócone ubezpieczonemu przez państwo członkowskie ubezpieczenia, oparty na obiektywnych, niedyskryminacyjnych, znanych z góry kryteriach. W literaturze ponadto podnosi się, że powyższe koszty powinny być publicznie dostępne¹².

Mając na uwadze, że w większości wypadków na terenie kraju, a nawet w ramach jednego województwa, istnieje zróżnicowanie kwot finansowania określonego świadczenia opieki zdrowotnej, pacjent praktycznie nie ma żadnej możliwości samodzielnego ustalenia kosztu określonego świadczenia, który byłby podstawą zwrotu kosztów transgranicznej opieki zdrowotnej¹³. Tymczasem podnosi się, że procedura dochodzenia zwrotu kosztów leczenia nie powinna stanowić problemu dla pacjenta¹⁴. W związku z tym przepisy prawne powinny przewidywać obowiązek podawania do informacji publicznej przez Ministra Zdrowia lub NFZ dokładnych cen świadczeń opieki zdrowotnej, które następnie będą stosowane w procedurze zwrotu kosztów transgranicznej opieki zdrowotnej.

Sprzeczne z dyrektywą 2011/24 są regulacje art. 42c ust. 6, 7 i 9 projektu posługujące się kryterium średniej ważonej kwoty finansowania określonego świadczenia gwarantowanego. Projektodawca posługuje się bowiem pojęciem średniej ważonej, bez określenia wag (kryteriów, algorytmów), za pomocą których owa średnia ważona będzie ustalana. Brak określenia sposobu liczenia średniej ważonej powoduje, że nie jest spełniony wynikający z dyrektywy wymóg określenia przejrzystego mechanizmu obliczania kosztów transgranicznej opieki zdrowotnej, opierającej się na z góry znanych kryteriach. Brak algorytmów obliczania średniej ważonej powoduje, że pacjenci nie mają żadnych informacji na temat z góry znanych kryteriów ustalania kosztów poszczególnych świadczeń, a tym samym cała procedura nie spełnia wymogu przejrzystości. Jednocześnie brak określenia wag (kryteriów, algorytmów) ustalania średniej ważonej kwoty finansowania poszczególnych świadczeń powoduje niebezpieczeństwo manipulacji czy dowolności po stronie organów władzy publicznej przy ustalaniu kosztów transgranicznej opieki zdrowotnej.

W projektowanym art. 42d ust. 2 zostały wyliczone sytuacje, w których dyrektor oddziału wojewódzkiego NFZ wydaje decyzję o odmowie zwrotu kosztów. Jedną z nich jest niespełnienie warunków dotyczących posiadania przez

¹² M.K. Sheppard, *Treatments of Low-priority and the Patient Mobility Directive 2011, an End to Legal Uncertainty for English NHS?*, „European Journal of Health Law” 2013, nr 20, s. 304.

¹³ L. Bosek, *Opinia prawna*, op. cit., s. 13.

¹⁴ S.L. Greer, *Avoiding another directive: the unstable politics of European Union cross-border health care law*, Health Economics, „Policy and Law” 2013, nr 8, s. 417.

pacjenta dokumentu uprawniającego do uzyskania konkretnego świadczenia (skierowanie, zlecenie). W wyliczeniu w art. 42d ust. 2 pkt 3 zabrakło jednak recepty określonej w art. 42b ust. 9 pkt 1 projektu, co należałoby uzupełnić.

Jednocześnie w art. 42d ust. 2 pkt 6 projektodawca posługuje się nieostrym sformułowaniem: *dokumentów zawierających wystarczające dane dotyczące procesu diagnostycznego lub terapeutycznego pozwalające na zidentyfikowanie świadczenia opieki zdrowotnej*. Z uwagi na okoliczność, że to pacjenci zostali zobowiązani do przedłożenia dokumentów pozwalających na identyfikację udzielonych im świadczeń, niezbędne jest precyzyjne określenie, jakie dane będą wystarczające do złożenia kompletnego wniosku o zwrot kosztów. W szczególności ustawa powinna rozstrzygnąć, czy wystarczające będzie wykorzystanie na rachunku wskazanych w art. 42d ust. 6 pkt 3 projektu kodów Międzynarodowej Klasyfikacji Procedur Medycznych ICD-9 oraz Międzynarodowej Statystycznej Klasyfikacji Chorób i Problemów Zdrowotnych ICD-10.

Wątpliwości budzi prawidłowość regulacji projektowanego art. 42d ust. 2 pkt 8, wedle której dyrektor oddziału wojewódzkiego NFZ wydaje decyzję o odmowie zwrotu kosztów, jeżeli świadczenia opieki zdrowotnej, których dotyczy wnioski o zwrot kosztów, zostały zakwalifikowane przez NFZ do rozliczenia na podstawie przepisów o koordynacji. Kwalifikacja świadczeń do rozliczenia w procedurze opartej na rozporządzeniu nr 883/2004, gdzie koszty są pokrywane bezpośrednio przez państwo członkowskie, w sytuacji gdy pacjent samodzielnie opłacił już koszty leczenia i aktualnie dochodzi ich zwrotu, powinna prowadzić do obowiązku zwrotu kosztów transgranicznej opieki zdrowotnej, i to dodatkowo w pełnej wysokości (ze względu na zasady finansowania obowiązujące na gruncie rozporządzenia nr 883/2004).

Pewne wątpliwości budzi procedura rozpoznania wniosku o zwrot kosztów, określona w art. 42d ust. 4–25 projektu.

Na podstawie przepisów o koordynacji państwo członkowskie ubezpieczenia jest związane rozpoznaniem i zaleceniami lekarzy z państwa członkowskiego miejsca pobytu, w tym jest związane wyborem metody leczenia na podstawie ustalonego przez lekarzy rozpoznania i stanu aktualnej wiedzy medycznej¹⁵. Wydaje się, że podobna zasada powinna obowiązywać w modelu wynikającym z dyrektywy 2011/24. W związku z tym należałoby zrezygnować z wymogu wynikającego z art. 42d ust. 9 projektu, dotyczącego konieczności dołączenia do wniosku o zwrot kosztów kopii dokumentacji medycznej, z której wynika medyczna zasadność wystawienia recepty na lek, środek spożywczy specjalnego przeznaczenia lub wyrób medyczny. Rozwiązanie to podważa bowiem zaufanie do lekarzy państwa członkowskiego miejsca leczenia.

¹⁵ Wyrok TS z 12 kwietnia 2005 r. w sprawie C-145/03 *spadkobiercy Annette Keller v. Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) i Instituto Nacional de Gestión Sanitaria (Ingesa)*, pkt 50, 53–54.

Należy przyjąć, że przewidziany w projektowanym art. 42d ust. 12 termin do złożenia wniosku o zwrot kosztów – sześć miesięcy od dnia wystawienia rachunku za świadczenie opieki zdrowotnej – jest zbyt krótki i niczym nieuzasadniony. Należałoby określić dłuższy termin do złożenia wniosku o zwrot kosztów, wynoszący co najmniej jeden rok od dnia wystawienia rachunku. Krótki termin do złożenia wniosku o zwrot kosztów nie spełnia bowiem przesłanki niezbędności i proporcjonalności ograniczeń z art. 7 ust. 11 dyrektywy.

Niewłaściwie został określony w art. 42d ust. 17 projektu termin zwrotu kosztów, jako siedem dni od dnia powzięcia przez oddział wojewódzki NFZ wiadomości o tym, że decyzja o zwrocie kosztów stała się ostateczna. Kryterium powzięcia wiadomości o określonym zdarzeniu niezasadnie premiuje bowiem postępowanie stron lub organów, które celowo nie podejmują odpowiednich działań, aby zapoznać się z treścią ostatecznej decyzji. W związku z tym we wszystkich procedurach obowiązuje zasada, że termin do dokonania określonej czynności biegnie od dnia, w którym strona (organ) mogła się zapoznać z treścią określonej decyzji (orzeczenia). Podobna reguła powinna być zastosowana w art. 42d ust. 17 projektu.

Niewłaściwie został określony w art. 42d ust. 22 początkowy termin naliczania odsetek ustawowych od nienależnie wypłaconej kwoty, stanowiącej zwrot kosztów. Wskazano bowiem, że odsetki nalicza się od dnia, w którym upłynął termin płatności, a tymczasem odsetki mogą być naliczane co najwyżej od dnia następującego po dniu, w którym upłynął termin płatności.

Na mocy unormowań dyrektywy 2011/24 dopuszcza się możliwość wprowadzenia przez państwo członkowskie ograniczeń w stosowaniu przepisów dotyczących zwrotu kosztów, z których najdalej idącym jest możliwość uzależnienia zwrotu kosztów transgranicznej opieki zdrowotnej od uzyskania uprzedniej zgody na leczenie poza granicami kraju. Niemniej wprowadzenie wymogu uprzedniej zgody jest dopuszczalne tylko i wyłącznie w tych wypadkach, gdy została zrealizowana przesłanka ogólna ograniczeń, wynikająca z art. 7 ust. 9 i 11 oraz art. 8 ust. 1 dyrektywy, oraz jedna z przesłanek szczególnych, wskazanych w art. 8 ust. 2 dyrektywy.

Przesłanka ogólna wprowadzenia wymogu uprzedniej zgody została określona w dyrektywie jako nadrzędne względy podyktowane interesem ogólnym, takie jak wymogi planowania w celu zapewnienia wystarczającego i stałego dostępu do zrównoważonego zakresu leczenia wysokiej jakości w danym państwie członkowskim lub dotyczące woli kontrolowania kosztów i unikania, na ile to możliwe, wszelkiego marnotrawstwa zasobów finansowych, technicznych i ludzkich¹⁶. Projektodawca w art. 42e ust. 1 określił przesłankę ogólną jako „dobro świadczeniobiorców oraz gospodarność i celowość wydatkowania środków publicznych”, co wydaje się być zgodne z przepisami dyrektywy. Nie-

¹⁶ Motyw 43 oraz art. 7 ust. 9 dyrektywy.

mniej przesłanka ogólna uzupełniana jest w dyrektywie o wymóg, aby procedura uprzedniej zgody była ograniczona tylko do tego, co jest niezbędne i proporcjonalne do osiągnięcia wskazanego wyżej celu oraz nie stanowi środka arbitralnej dyskryminacji lub nieuzasadnionej przeszkody w swobodnym przepływie pacjentów¹⁷. Niestety, projektodawca w art. 42e ust. 1 nie wskazał na konieczność zachowania przez Ministra Zdrowia wymogu między innymi niezbędności, proporcjonalności i niedyskryminacji przy ustalaniu wykazu świadczeń opieki zdrowotnej wymagających uprzedniej zgody. Brak ten powoduje, że projekt ustawy niewłaściwie implementuje przesłankę ogólną dopuszczającą wprowadzenie wymogu uzyskania uprzedniej zgody.

W art. 8 ust. 2 dyrektywy wskazano jedynie na trzy sytuacje, w których państwo członkowskie uprawnione jest do wprowadzenia wymogu uprzedniej zgody (tzw. przesłanki szczególne). Jednocześnie w dyrektywie zostało bardzo wyraźnie podkreślone, że poza powyższymi trzema sytuacjami państwo członkowskie nie może uzależniać zwrotu kosztów transgranicznej opieki zdrowotnej od uzyskania uprzedniej zgody¹⁸.

Pierwsza sytuacja obejmuje opiekę zdrowotną, która podlega wymogom planowania w celu zapewnienia wystarczającego i stałego dostępu do zrównoważonego zakresu leczenia wysokiej jakości w danym państwie członkowskim lub dotyczącym woli kontrolowania kosztów i uniknięcia, na ile jest to możliwe, marnotrawstwa zasobów finansowych technicznych i ludzkich oraz:

- obejmuje pobyt danego pacjenta w szpitalu przez co najmniej jedną noc lub
- występuje konieczność użycia wysoce specjalistycznej i kosztownej infrastruktury medycznej lub aparatury medycznej¹⁹.

Projektodawca w art. 42e ust. 2 pkt 1 powtórzył niemal dosłownie wyjątek z art. 8 ust. 2 lit. a dyrektywy. Jedyna różnica polega na tym, że w dyrektywie wiąże się wymogi planowania z zapewnieniem dostępu do zrównoważonego zakresu leczenia, w projekcie ustawy zaś – z zapewnieniem dostępu do pełnego zakresu opieki zdrowotnej. Z uwagi na fakt, że przymiotniki „pełny” i „zrównoważony” mają odmienne znaczenie, należałoby postulować, aby również w ustawie wymogi planowania zostały powiązane z zapewnieniem dostępu do zrównoważonego zakresu leczenia (zrównoważonego zakresu opieki zdrowotnej).

Niemniej dla prawidłowej implementacji dyrektywy 2011/24 najistotniejsze będzie stworzenie właściwego wykazu świadczeń przez Ministra Zdrowia, na podstawie którego realizowana będzie zarówno przesłanka ogólna, wraz z wymogiem poszanowania zasady niezbędności, proporcjonalności i niedyskryminacji, jak i analizowana przesłanka szczególna. W szczególności podnosi

¹⁷ Motyw 44 oraz art. 7 ust. 11 i art. 8 ust. 1 dyrektywy.

¹⁸ Art 7 ust. 8 dyrektywy.

¹⁹ Art. 8 ust. 2 lit. a dyrektywy.

się, że dla uzasadnienia wprowadzenia uprzedniej zgody w stosunku do świadczeń ambulatoryjnych nie jest wystarczające wskazanie, że refundacja kosztów określonej procedury medycznej jednemu pacjentowi będzie prowadzić do konieczności zapłaty wszystkim innym pacjentom w takiej samej sytuacji, co może przekraczać budżet określonej instytucji (w wypadku Polski – NFZ). Konieczne jest bowiem wykazanie, że liczba pacjentów korzystających z opieki transgranicznej jest tak duża, że istnieje ryzyko naruszenia równowagi finansowej całego systemu ochrony zdrowia²⁰. Należy również pamiętać, że państwo członkowskie ma obowiązek notyfikacji Komisji kategorii świadczeń, które podlegają wymogom planowania, Komisja zaś – w razie stwierdzenia, że lista przedstawiona przez państwo członkowskie prowadzi do naruszenia swobód traktatowych – może skierować sprawę przeciwko państwu członkowskiemu do Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej²¹.

Druga sytuacja uprawniająca do wprowadzenia wymogu uprzedniej zgody, obejmuje leczenie stwarzające szczególne ryzyko dla pacjenta lub dla społeczeństwa²². Projektodawca jedynie częściowo skorzystał z możliwości wprowadzenia powyższego wyjątku, wskazując w art. 42e ust. 2 pkt 2 projektu na konieczność uzyskania uprzedniej zgody w stosunku do świadczeń opieki zdrowotnej stwarzających szczególne ryzyko dla życia lub zdrowia świadczeniobiorcy. Należy uznać, że konstrukcja powyższego wyjątku jest zgodna z przepisami dyrektywy, niemniej znowu istotne będzie stworzenie właściwego wykazu świadczeń przez ministra właściwego do spraw zdrowia. W literaturze podkreśla się bowiem, że zbyt szeroka interpretacja tego wyjątku może prowadzić do naruszenia swobód traktatowych. Jednocześnie należy pamiętać, że chodzi o ryzyko związane generalnie z określoną procedurą medyczną, natomiast analizowana przesłanka nie odnosi się do ryzyka dotyczącego konkretnego pacjenta w konkretnej sytuacji faktycznej²³.

Trzecia sytuacja dotyczy opieki zdrowotnej, która jest świadczona przez świadczeniodawcę, który w poszczególnych przypadkach może budzić poważne i szczególne wątpliwości związane z jakością lub bezpieczeństwem opieki, z wyłączeniem opieki zdrowotnej, która podlega prawodawstwu unijnemu zapewniającemu minimalny poziom bezpieczeństwa i jakości w całej Unii²⁴. W literaturze wskazuje się, że wyjątek ten nie jest obecnie jasny. Wydaje się, że wskazuje on na możliwość przyszłej regulacji prawa europejskiego, wprowadzającej pewne minimum harmonizacji między państwami członkowskimi w zakresie kryteriów jakości i bezpieczeństwa wśród podmiotów udzielających

²⁰ M.K. Sheppard, *Treatments*, *op. cit.*, s. 299.

²¹ M. Peeters, *Free Movement*, *op. cit.*, s. 37 i 52.

²² Art. 8 ust. 2 lit. b dyrektywy.

²³ M. Peeters, *Free Movement*, *op. cit.*, s. 37 i 39.

²⁴ Art 8 ust. 2 lit. c dyrektywy.

świadczeń zdrowotnych²⁵. Projektodawca obecnie nie zdecydował się na wprowadzenie obowiązku uzyskania uprzedniej zgody w powyższej sytuacji, co jest oczywiście zgodne z przepisami dyrektywy 2011/24.

Należy zaznaczyć, że w żadnych innych sytuacjach, poza trzema wskazanymi powyżej, nie jest dopuszczalne wprowadzenie procedury uprzedniej zgody²⁶. W związku z tym za spreczny w obecnym kształcie z dyrektywą 2011/24 należy uznać art. 42e ust. 3 projektu, nakładający na Ministra Zdrowia obowiązek wydania lub zmiany wykazu świadczeń opieki zdrowotnej wymagających uprzedniej zgody w wypadku stwierdzenia, że brak takiego wykazu lub jego zmiany będą skutkować nienależytym zabezpieczeniem dostępu do świadczeń opieki zdrowotnej na terenie kraju. Definitywna ocena projektowanego art. 42e ust. 3 zależy jednak od charakteru tego przepisu, bowiem możliwe są jego odmienne interpretacje. Przyjmując, że art. 42e ust. 3 stanowi samodzielną przesłankę szczególną do wprowadzenia wymogu uprzedniej zgody, niezależną od wypadków określonych w art. 42e ust. 2, na co wskazuje wykładnia systemowa projektu, należy uznać, że statuuje on dodatkową sytuację, poza wynikającymi z art. 8 ust. 2 dyrektywy, uprawniającą do wprowadzenia wymogu uprzedniej zgody, co pozostaje w sprzeczności z art. 7 ust. 8 dyrektywy i jest tym samym rozwiązaniem niedopuszczalnym. Przyjmując z kolei, że art. 42e ust. 3 projektu stanowi alternatywny sposób wyrażenia przesłanki ogólnej wprowadzenia wymogu uprzedniej zgody, wynikającej z art. 7 ust. 9 i 11 dyrektywy, konieczne jest, dla zachowania zgodności projektu z dyrektywą, wprowadzenie wyraźnego zastrzeżenia, że Minister Zdrowia może wprowadzić wymóg uprzedniej zgody na podstawie projektowanego art. 42e ust. 3 tylko i wyłącznie w razie spełnienia również jednej z przesłanek określonych w art. 42e ust. 2 (albo przez zawarcie stosownego odwołania do art. 42e ust. 2, albo przez przeniesienie całej regulacji do art. 42e ust. 1). W związku z tym rozwiązanie zawarte w projektowanym art. 42e ust. 3, dla zachowania zgodności z przepisami dyrektywy, należałoby usunąć w całości lub przenieść do art. 42e ust. 1 projektu (w zależności od zakładanego przez projektodawcę charakteru przepisu).

W dyrektywie 2011/24 wskazano wyłącznie na cztery przyczyny, które mogą stanowić podstawę odmowy wydania uprzedniej zgody. Zostały one określone w art. 8 ust. 6 dyrektywy i powinny być interpretowane w sposób zawężający²⁷.

Po pierwsze, jeżeli w świetle oceny klinicznej istnieje dostateczna pewność, że bezpieczeństwo pacjenta będzie narażone na ryzyko, którego nie można zaakceptować, biorąc pod uwagę potencjalne korzyści dla pacjenta, wynikające

²⁵ M. Peeters, *Free Movement*, *op. cit.*, s. 38.

²⁶ Art. 7 ust. 8 dyrektywy; M.K. Sheppard, *Treatments*, *op. cit.*, s. 300.

²⁷ Nota wyjaśniająca służb Komisji, *op. cit.*, pkt II.2.

z planowanej transgranicznej opieki zdrowotnej²⁸. Projektodawca w art. 42f ust. 2 pkt 3 przesłankę tę implementuje jako stworzenie przez świadczenie opieki zdrowotnej dla zdrowia świadczeniobiorcy znacznego ryzyka, którego nie równoważą potencjalne korzyści zdrowotne, jakie może on odnieść dzięki uzyskaniu tego świadczenia. Po drugie, jeżeli istnieje dostateczna pewność, że społeczeństwo zostanie narażone na znaczne zagrożenie bezpieczeństwa w wyniku świadczenia danego rodzaju transgranicznej opieki zdrowotnej²⁹. Projektodawca w art. 42f ust. 2 pkt 4 przesłankę tę implementuje jako stworzenie przez świadczenie opieki zdrowotnej znacznego zagrożenia zdrowotnego dla społeczeństwa. Należy przyjąć, że implementacja została w dwóch powyższych wypadkach dokonana prawidłowo, chociaż projektodawca nie posłużył się dosłownie sformułowaniami zawartymi w dyrektywie. Niemniej należy pamiętać, że chodzi o ryzyko, które nie jest związane zasadniczo z określonym rodzajem procedury medycznej, ale o ryzyko dotyczące konkretnego pacjenta w konkretnej sytuacji faktycznej. Na przykład wskazuje się, że powodem odmowy udzielenia zgody na leczenie w innym kraju członkowskim może być zachorowanie pacjenta na taki rodzaj choroby zakaźnej, które uniemożliwia podróżowanie, ze względu na ryzyko dla innych osób (populacji)³⁰, czy też pozostawanie pacjenta w na tyle niestabilnej kondycji, która uniemożliwia podróżowanie na dużych odległościach³¹.

Po trzecie, jeżeli dany rodzaj opieki zdrowotnej jest udzielany przez świadczeniodawcę, który budzi poważne i szczególne wątpliwości związane z poszanowaniem norm i wytycznych odnośnie do jakości opieki i bezpieczeństwa pacjentów, w tym przepisów dotyczących nadzoru, niezależnie od tego, czy wspomniane normy i wytyczne są ustanowione przepisami ustawowymi i wykonawczymi czy przez systemy akredytacji ustanowione przez państwo członkowskie leczenia³². Projektodawca w art. 42f ust. 2 pkt 5 przesłankę tę implementuje jako wypadek udzielania świadczeń przez podmiot, co do którego zachodzą istotne wątpliwości w zakresie przestrzegania standardów jakości i bezpieczeństwa, ustanowionych przez państwo, w którym udziela on świadczeń zdrowotnych. Należy przyjąć, że implementacja została dokonana prawidłowo, pamiętając jednak, że chodzi w tym wypadku o wątpliwości dotyczące konkretnego świadczeniodawcy³³.

Poza przesłankami opierającymi się na ryzyku i bezpieczeństwie, podstawową czwartą przesłanką uzasadniającą odmowę wydania uprzedniej zgody

²⁸ Art. 8 ust. 6 lit. a dyrektywy.

²⁹ Art. 8 ust. 6 lit. b dyrektywy.

³⁰ M. Peeters, *Free Movement*, *op. cit.*, s. 39.

³¹ P. Quinn, P. De Hert, *The European*, *op. cit.*, s. 56.

³² Art. 8 ust. 6 lit. c dyrektywy.

³³ M. Peeters, *Free Movement*, *op. cit.*, s. 39.

jest stwierdzenie, że dana opieka zdrowotna może być świadczona na terytorium państwa członkowskiego w terminie uzasadnionym przesłankami medycznymi, z uwzględnieniem aktualnego stanu zdrowia i prawdopodobnego przebiegu choroby każdego zainteresowanego pacjenta³⁴. Podnosi się, że przesłanka „terminu uzasadnionego przesłankami medycznymi” powinna być rozumiana tak samo na gruncie zarówno dyrektywy 2011/24, jak i rozporządzenia nr 883/2004, które posługuje się identycznym sformułowaniem³⁵.

Projektodawca w art. 42f ust. 2 pkt 2 (w powiązaniu z art. 42f ust. 4 pkt 2 lit. h i art. 42k) przesłankę tę implementuje jako wypadek, w którym świadczenie opieki zdrowotnej może zostać udzielone w kraju przez świadczeniodawcę posiadającego umowę o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej, w terminie nieprzekraczającym dopuszczalnego czasu oczekiwania. Należy zwrócić uwagę na odmienne znaczenie sformułowań „dopuszczalny czas oczekiwania” i termin uzasadniony przesłankami medycznymi. Pierwszy z nich wskazuje na okres, jaki maksymalnie, z punktu widzenia aktualnej wiedzy medycznej, pacjent może czekać na uzyskanie określonego świadczenia opieki zdrowotnej. Z kolei termin uzasadniony przesłankami medycznymi to optymalny termin, w którym pacjent, z punktu widzenia aktualnej wiedzy medycznej, powinien uzyskać określony rodzaj leczenia, co jednak nie wyklucza tego, że dopuszczalny byłby w jego przypadku dłuższy czas oczekiwania. Powyższe sformułowanie powinno być bowiem interpretowane przyjaźnie dla pacjenta³⁶. W związku z powyższym należy uznać, że w art. 42f ust. 2 pkt 2 projektu posłużono się sformułowaniem „dopuszczalnego czasu oczekiwania”, które jest mniej korzystne dla pacjenta, niż wynikający z dyrektywy 2011/24 zwrot „termin uzasadniony przesłankami medycznymi”, co prawdopodobnie powoduje niezgodność z przepisami tejże dyrektywy.

Projektodawca przewidział także, w art. 42f ust. 2 pkt 1, piąty przypadek, w którym możliwa jest odmowa uprzedniej zgody. Dotyczy on sytuacji, gdy świadczenie opieki zdrowotnej objęte wnioskiem nie jest świadczeniem gwarantowanym. Należy uznać, że – mimo braku uregulowania podobnej przesłanki w art. 8 ust. 6 dyrektywy – jest to rozwiązanie zgodne z jej przepisami, w szczególności ze względu na regułę ogólną wynikającą z art. 7 ust. 1 dyrektywy, wedle której państwo członkowskie zapewnia zwrot kosztów opieki zdrowotnej, jeżeli mieści się ona w zakresie świadczeń, do których ubezpieczony jest uprawniony w państwie członkowskim ubezpieczenia, a zatem w wypadku Polski – należy do kategorii świadczeń gwarantowanych.

Stosownie do projektowanego art. 42d ust. 3 brak uprzedniej zgody na leczenie nie jest przeszkodą do zwrotu kosztów transgranicznej opieki zdrowot-

³⁴ Art. 8 ust. 6 lit. d dyrektywy.

³⁵ P. Quinn, P. De Hert, *The European, op. cit.*, s. 39 i 57; Nota Komisji, *op. cit.*, s. 12.

³⁶ M. Peeters, *Free Movement, op. cit.*, s. 39.

nej, jeżeli pacjent po upływie 30 dni od dnia złożenia kompletnego wniosku o wydanie zgody, ze względu na pilną konieczność podjęcia leczenia niezbędnego dla ratowania życia lub zdrowia, wynikającą z potwierdzonego stanu klinicznego, poddał się takiemu leczeniu w innym państwie członkowskim Unii Europejskiej.

Powyższe rozwiązanie należy ocenić pozytywnie, niemniej powstaje pytanie, dlaczego z procedury zwrotu kosztów nie może skorzystać także pacjent, który – przy spełnieniu wskazanych przesłanek – poddał się leczeniu przed upływem 30 dni od dnia złożenia kompletnego wniosku³⁷. Wydaje się, że jeśli zachodzi pilna konieczność podjęcia leczenia niezbędnego dla ratowania życia lub zdrowia, wynikająca z potwierdzonego stanu klinicznego, pacjent powinien być uprawniony do uzyskania zwrotu kosztów transgranicznej opieki zdrowotnej niezależnie od długości czasu, jaki upłynął od złożenia kompletnego wniosku o wydanie zgody. Odmienne rozwiązanie może prowadzić do naruszenia zasady równości i niedyskryminacji z art. 7 ust. 11 dyrektywy.

Ponadto wskazuje się, że w sytuacjach, gdy pacjent niezasadnie otrzymał odmowę zgody na leczenie poza granicami kraju i mimo to udał się na leczenie, następnie zaś decyzja została uznana za niezasadną, powinien być uprawniony do uzyskania zwrotu pełnej wysokości kosztów udzielonych świadczeń, jak na gruncie przepisów o koordynacji, a nie tylko do wysokości danego świadczenia w państwie ubezpieczenia³⁸.

Wątpliwości budzi zgodność z dyrektywą 2011/24 art. 42h oraz art. 5 projektu, wprowadzających obligatoryjne i każdorazowe „zawieszenie” wypłaty kwot należnych z tytułu zwrotu kosztów transgranicznej opieki zdrowotnej w wypadku osiągnięcia określonej kwoty limitu. Rozwiązanie to stanowi bowiem ograniczenie prawa pacjenta do korzystania z transgranicznej opieki zdrowotnej. Państwo członkowskie, stosownie do art. 7 ust. 3 dyrektywy, rozstrzyga wprawdzie: *o pokryciu kosztów i poziomie pokrycia kosztów opieki zdrowotnej, do której ubezpieczony jest uprawniony, czy to na szczeblu lokalnym, regionalnym czy krajowym, niezależnie od tego, gdzie opieka zdrowotna została świadczona*, niemniej nie wydaje się, aby w tej kompetencji mieściło się rów-

³⁷ Warto zwrócić uwagę, że podczas prac nad dyrektywą 2011/24 wskazywano, że normalny termin na rozpatrzenie wniosku o wydanie zgody na leczenie powinien wynosić 15 dni, w przypadkach nagłych zaś – powinien być krótszy. Por. W. Palm, I.G. Glinos, *Enabling patient mobility in the EU: between free movement and coordination* [w:] E. Mossialos, G. Permanand, R. Baeten, T. Herve, *Health Systems Governance in Europe. The Role of European Union Law and Policy*, Nowy Jork 2010, s. 555.

³⁸ Por. wyrok TS z 5 października 2010 r. w sprawie C-173/09 *Georgi Iwanow Elczinow v. Natsionalna zdravnoosiguritelna kasa*, pkt 48–49; L. Bosek [w:] *Prawo wobec medycyny i biotechnologii. Zbiór orzeczeń z komentarzami*, M. Safjan (red.), Warszawa 2011, s. 173; P. Quinn, P. De Hert, *The European, op. cit.*, s. 55.

niez „negatywne” uprawnienie do zawieszenia zwrotu kosztów transgranicznej opieki zdrowotnej.

W dyrektywie 2011/24, stosownie do art. 7 ust. 9 i 11, dopuszczono możliwość ograniczenia stosowania przepisów dotyczących zwrotu kosztów transgranicznej opieki zdrowotnej, niemniej dla realizacji nadrzędnych celów i przede wszystkim przy zastosowaniu kryteriów niezbędności, proporcjonalności i braku uzasadnionej przeszkody w swobodnym przepływie towarów, osób lub usług. Istnieje tym samym niebezpieczeństwo, że stała procedura zawieszania wypłat (a nie jedynie czasowa) może okazać się środkiem nieproporcjonalnym i nieuzasadnioną przeszkodą w realizacji swobód traktatowych³⁹.

W art. 42j projektu określono sytuację, w której Prezes NFZ może skierować wnioskodawcę do przeprowadzenia poza granicami kraju diagnostyki lub leczenia, których aktualnie nie wykonuje się w kraju, kierując się niezbędnością udzielenia takiego świadczenia w celu ratowania życia lub poprawy stanu zdrowia pacjenta. Rozwiązanie to nie stanowi dosłownego powtórzenia regulacji dotychczasowego art. 26 u.s.o.z., albowiem projektodawca w art. 42j precyzuje, że chodzi o leczenie lub diagnostykę należące do świadczeń gwarantowanych. W związku z tym dotyczy ono procedur medycznych, które zostały zawarte na listach świadczeń gwarantowanych, ustalonych przez Ministra Zdrowia na podstawie art. 31d u.s.o.z., których jednak – mimo zamieszczenia w tzw. koszyku świadczeń gwarantowanych – nie wykonuje się w kraju.

Projektowany art. 42j u.s.o.z. byłby zgodny z prawem europejskim, jeżeli skierowanie na leczenie dotyczyłoby wyjazdu do kraju, który nie jest objęty zakresem zastosowania rozporządzenia nr 883/2004. Niemniej regulacja art. 42j projektu w zakresie, w jakim skierowanie na leczenie dotyczyłoby wyjazdu do kraju objętego rozporządzeniem nr 883/2004, jest sprzeczna z art. 20 tego rozporządzenia. Według tego przepisu zgoda na leczenie poza granicami kraju na podstawie unormowań o koordynacji wydawana jest obligatoryjnie wówczas, gdy przedmiotowe leczenie należy do świadczeń przewidzianych przez ustawodawstwo państwa członkowskiego, w którym zainteresowany ma miejsce zamieszkania oraz nie może on uzyskać takiego leczenia w terminie uzasadnionym z medycznego punktu widzenia, z uwzględnieniem jego aktualnego stanu zdrowia oraz prawdopodobnego przebiegu choroby. W związku z tym, jeżeli diagnostyka lub leczenie należą do świadczeń gwarantowanych, a tym samym są to świadczenia przewidziane przez ustawodawstwo państwa członkowskiego, musi być do nich stosowany tryb wynikający z rozporządzenia nr 883/2004, czyli wskazany art. 42i projektu. Nie ma przy tym znaczenia, że w analizowanym art. 42j projektu chodzi o takie świadczenia gwarantowane, które nie są aktualnie wykonywane na terenie kraju. Należy bowiem zwrócić uwagę na orzeczenie Trybunału Sprawiedliwości w sprawie *Elczinow*, w któ-

³⁹ L. Bosek, *Opinia prawna*, op. cit., s. 14–15.

rym Trybunał wprost wskazał, że jeśli dana metoda leczenia jest zawarta na liście świadczeń medycznych podlegających pokryciu przez państwo członkowskie (czyli w wypadku Polski na liście świadczeń gwarantowanych), to, stosując przepisy o koordynacji: *nie można wówczas odmówić udzielenia uprzedniej zgody z tym uzasadnieniem, że tego rodzaju metoda leczenia nie jest praktykowana w państwie członkowskim miejsca zamieszkania osoby objętej ubezpieczeniem społecznym, ponieważ gdyby tego rodzaju uzasadnienie zostało dopuszczone, prowadziłoby to do ograniczenia zakresu art. 22 ust. 2 akapit drugi rozporządzenia nr 1408/71 (obecnie art. 20 rozporządzenia nr 883/2004)*⁴⁰. W związku z tym wykonywana poza granicami kraju diagnostyka lub leczenie, należące do świadczeń gwarantowanych, których aktualnie nie wykonuje się w kraju, a które miałyby być wykonywane w państwie objętym zakresem zastosowania rozporządzenia nr 883/2004, powinny być objęte obowiązkiem wydania zgody przez Prezesa NFZ na podstawie przepisów o koordynacji, a zatem w trybie art. 42i projektu.

Jednocześnie projektowana zmiana doprowadzi do sytuacji, w której, nawet w indywidualnie uzasadnionych wypadkach pacjenci utracą jakąkolwiek możliwość uzyskania zgody na leczenie poza granicami kraju, finansowane ze środków publicznych, takimi procedurami medycznymi, które nie stanowią w Polsce świadczeń gwarantowanych⁴¹, co znacznie będzie ograniczać dostępność do metod leczenia odpowiadających aktualnej wiedzy medycznej. Celowość takiego rozwiązania budzi poważne wątpliwości z punktu widzenia realizacji prawa do ochrony zdrowia.

Wnioski końcowe

Projekt wymaga dalszych prac legislacyjnych, gdyż obecnie nie jest w pełni zgodny z dyrektywą Parlamentu Europejskiego i Rady 2011/24/UE z 9 marca 2011 r. w sprawie stosowania praw pacjentów w transgranicznej opiece zdrowotnej.

Z analizy poszczególnych rozwiązań legislacyjnych zawartych w projekcie wynika między innymi, że:

- art. 42b ust. 2 projektu nie implementuje wszystkich wyjątków wynikających z art. 1 ust. 3 dyrektywy, co jednak nie powoduje niezgodności z powyższą dyrektywą,

⁴⁰ Wyrok TS z 5 października 2010 r. w sprawie C-173/09 *Georgi Iwanow Elczinow v. Natsionalna zdravnoosiguritelna kasa*, pkt 62.

⁴¹ G. Ciura, *Opinia merytoryczna do rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych oraz niektórych innych ustaw (druk sejmowy nr 2293)*, z 5 maja 2014 r., s. 4, <http://orka.sejm.gov.pl/rexdomk7.nsf/Opdodr?OpenPage&nr=2293>.

- art. 42b ust. 3 projektu częściowo nie jest zgodny z art. 7 ust. 7 dyrektywy,
- art. 42b ust. 4 projektu może naruszać zasadę równości,
- art. 42c projektu w zakresie, w jakim nie przewiduje obowiązku podawania do informacji publicznej przez organy władzy publicznej cen świadczeń opieki zdrowotnej, stosowanych w procedurze zwrotu kosztów, nie jest zgodny z art. 7 ust. 6 dyrektywy,
- art. 42c ust. 6, 7 i 9 projektu nie są zgodne z art. 7 ust. 6 dyrektywy,
- art. 42d ust. 11 projektu prawdopodobnie nie jest zgodny z art. 7 ust. 11 dyrektywy,
- art. 42e ust. 1 projektu nie dokonuje implementacji art. 7 ust. 11 dyrektywy,
- art. 42e ust. 3 projektu nie jest zgodny z art. 7 ust. 8 dyrektywy,
- art. 42f ust. 2 pkt 2 projektu prawdopodobnie nie jest zgodny z art. 8 ust. 6 lit. d dyrektywy,
- art. 42d ust. 3 projektu może nie być zgodny z art. 7 ust. 11 dyrektywy,
- art. 42h i art. 5 projektu mogą nie być zgodne z art. 7 ust. 3, 9 i 11 dyrektywy,
- art. 42j projektu jest sprzeczny z art. 20 rozporządzenia nr 883/2004.

2

OPINIE BAS

D

SPRAWY POSELSKIE

Jakub Stelina

Opinia prawna na temat prawa do uposażenia poselskiego¹

Legal opinion on the right to a Deputy's salary. Clarification of the following questions about a Deputy's salary. 1) Whether a Deputy may waive a Deputy's salary? 2) Whether a Deputy in the period of the leave from performing his/her duties as a Deputy is entitled to a Deputy's salary?: The opinion assumes that the Act on the Exercise of the Mandate of a Deputy or Senator does not regulate directly the issues examined in this analysis. At the same time it states, based on Article 27 of the Act, that the issue of waiver of a Deputy's salary is governed by the provisions of the Labour Code. However, an analysis of those provisions leads to different conclusions. The provision of Article 84 of the Labour Code, which provides that employees may not renounce their right to remuneration nor transfer such right to another person, does not apply to Deputies' salaries. When on leave granted by the Marshal of the Sejm for important reasons, the Deputy does not violate his/her duties as a representative. Lack of evidence of violation of the obligations of Members, required for deprivation of the right to a Deputy's salary and the lack of provision depriving a Deputy of such right are the arguments for recognition of such right of a Deputy when on leave.

Keywords: labor law | Act on the Exercise on the Mandate of a Deputy or Senator

Słowa kluczowe: prawo pracy | ustawa o wykonywaniu mandatu posła i senatora

Doktor hab. nauk prawnych, profesor Uniwersytetu Gdańskiego;
jstelina@prawo.ug.edu.pl.

Przedmiotem opinii jest odpowiedź na następujące pytania dotyczące kwestii uposażenia poselskiego: 1) czy poseł może zrzec się uposażenia poselskiego, 2) czy posłowi w okresie korzystania z urlopu od wykonywania obowiązków poselskich przysługuje uposażenie poselskie.

Odpowiedzi na przedstawione pytania wymagają wstępnego omówienia statusu i charakteru uposażenia przysługującego posłom (a także ze względu na zbliżone regulacje prawne uposażenia przysługującego senatorom).

¹ Opinia sporządzona 15 lipca 2014 r. na zlecenie Biura Analiz Sejmowych; BAS-1506/14.

Uposażenie poselskie jest świadczeniem przysługującym deputowanemu za czas sprawowania mandatu, jeśli w tym czasie nie wykonuje zajęć zarobkowych w ramach stosunku pracy lub w ramach prowadzonej samodzielnie albo z innymi osobami działalności gospodarczej. Ponadto poseł pobierający emeryturę lub rentę z ubezpieczenia albo zaopatrzenia społecznego również nie jest uprawniony do uposażenia poselskiego, chyba że spełnia warunki określone w art. 25 ust. 3a ustawy z 9 maja 1996 r. o wykonywaniu mandatu posła i senatora (dalej: u.w.m.p.s.). Jednakże w uzasadnionych przypadkach Prezydium Sejmu może podjąć decyzję o przyznaniu uposażenia w całości lub w części, mimo wykonywania działalności zarobkowej przez deputowanego. Identyczne zasady obowiązują w odniesieniu do senatorów.

Jak z powyższego wynika, uposażenie przysługujące za czas sprawowania mandatu parlamentarzysty pełni przede wszystkim funkcję alimentacyjną, polegającą na przysparzaniu środków utrzymania dla osoby, która rezygnuje z zajęć zarobkowych poza parlamentem lub takich zajęć w ogóle nie ma. Ustawodawca stwarza tym samym zachętę do całkowitego poświęcenia się pracy parlamentarnej, przynajmniej dla tych spośród deputowanych, którzy osiągają przychody niższe od wysokości uposażenia. Można w tym także upatrywać dążenie do profesjonalizacji wykonywania funkcji deputowanego.

Tak ukształtowane prawo do uposażenia poselskiego (senatorskiego) wykazuje zasadnicze podobieństwa do wynagrodzenia za pracę, przysługującego pracownikom z tytułu wykonywania pracy w ramach stosunku pracy. Chodzi między innymi o takie cechy obu świadczeń, jak ich majątkowy, wzajemny i alimentacyjny charakter. Jednak mimo tych podobieństw wykluczone jest zakwalifikowanie uposażenia parlamentarnego jako wynagrodzenia za pracę. Decyduje o tym przede wszystkim odmienny od pracowniczego charakter zatrudnienia deputowanych. Posłowie (i senatorowie) nie są bowiem pracownikami w rozumieniu prawa pracy, gdyż z tytułu pełnienia mandatu deputowanego nie pozostają oni w stosunkach pracy z państwem, parlamentem lub jakimkolwiek innym podmiotem prawa publicznego (czy tym bardziej prywatnego). Najczęściej w doktrynie podkreśla się, że mamy tu do czynienia z tzw. zatrudnieniem o charakterze konstytucyjnoprawnym (ustrojowoprawnym). Osoby pozostające w zatrudnieniu tego typu podlegają przepisom prawa ustrojowego, regulującego ich status prawny, brak jest natomiast podstaw, by stosować do nich regulacje dotyczące innych rodzajów zatrudnienia (prawa pracy, prawa służbowego czy prawa cywilnego), chyba że w pewnym zakresie sam ustawodawca postanowi inaczej.

Powyższej konstatacji nie zmienia, a nawet można stwierdzić, że ją potwierdza, treść art. 27 i 28 u.w.m.p.s. Pierwszy z tych przepisów stanowi, że: *Uposażenie oraz dodatki, o których mowa w art. 26, są traktowane jako wynagrodzenie ze stosunku pracy, wedle natomiast drugiego ze wskazanych przepisów: Okres pobierania uposażenia jest traktowany jak okres zatrudnienia. Okres ten zalicza*

się również do stażu pracy, od którego zależą wszelkie uprawnienia pracownicze, w tym także uprawnienia szczególne, uzależnione od zatrudnienia w określonym zawodzie, branży lub zakładzie pracy. Jeśli uposażenie poselskie (senatorskie) byłoby wynagrodzeniem za pracę, ustawodawca nie musiałby w ogóle tej okoliczności potwierdzać. Jego zamiarem było natomiast zbliżenie statusu uposażenia poselskiego (senatorskiego) do statusu wynagrodzenia za pracę, czemu dał wyraz w treści art. 27 u.w.m.p.s., a także stażu parlamentarnego do stażu pracy, o czym z kolei jest mowa w art. 28 u.w.m.p.s. Oba przepisy nakazują stosowanie do uposażenia poselskiego (senatorskiego) przepisów dotyczących wynagrodzenia za pracę. Ustawodawca zrezygnował więc z autonomicznego regulowania kwestii odnoszących się do statusu uposażenia parlamentarzystów, decydując się na odesłanie do regulacji prawa pracy, mających zastosowanie względem wynagrodzenia za pracę.

Ad 1. Pierwszym problemem wymagającym rozważenia jest odpowiedź na pytanie, czy poseł może zrzec się prawa do uposażenia poselskiego. Ustawa nie reguluje wprost tego zagadnienia, nie zawiera więc także zakazu dysponowania tym prawem. Nie oznacza to jednak, że kwestia ta nie wywołuje wątpliwości. Ich źródłem jest bowiem zrównanie statusu uposażenia poselskiego z wynagrodzeniem za pracę, dokonane w treści art. 27 u.w.m.p.s.: *Uposażenie oraz dodatki (...) są traktowane jako wynagrodzenie ze stosunku pracy*. Skoro więc uposażenie poselskie jest traktowane jako wynagrodzenie za pracę, to stosuje się doń przepisy prawa pracy o wynagrodzeniu. Wśród tych przepisów znajdują się oczywiście także i te, które kreują ochronę tego świadczenia, w tym przepis art. 84 Kodeksu pracy (k.p.) przewidujący zakaz zrzekania się przez pracownika prawa do wynagrodzenia za pracę oraz przenoszenia tego prawa na inną osobę.

Powstaje jednak zasadniczej natury wątpliwość, czy przepis art. 84 k.p. znajduje zastosowanie do uposażenia poselskiego. Po pierwsze, uprawniona wydaje się teza, że nie wszystkie przepisy prawa pracy dotyczące wynagrodzenia za pracę mają zastosowanie do uposażenia parlamentarzystów. Artykuł 27 u.w.m.p.s. odsyła w istocie do przepisów o wynagrodzeniu, jednak nie nakazuje bezwzględnego stosowania ich wszystkich. Nie ulega wątpliwości, że część przepisów o wynagrodzeniu za pracę nie nadaje się po prostu do stosowania względem uposażenia poselskiego, choćby z uwagi na odmienną sytuację prawną pracowników i parlamentarzystów. Przykładowo trudno byłoby w jakikolwiek sposób odnieść do parlamentarzystów przepisy o godziwym wynagrodzeniu za pracę (art. 13 k.p.), o ustalaniu wynagrodzenia za pracę (art. 77¹ i 78 k.p.), regulaminach wynagradzania (art. 77² k.p.), o przestoju (art. 81 k.p.) czy normach pracy (art. 83 k.p.). Powstaje zatem pytanie, czy do uposażenia poselskiego (senatorskiego) znajduje zastosowanie art. 84 k.p., wyrażający zakaz zrzekania się wynagradzania za pracę, a więc w konsekwencji, czy zakazem takim objęte jest uposażenie parlamentarzysty. Wydaje się, że konieczne jest tu uwzględnienie dwóch aspektów.

Po pierwsze, rozstrzygając omawiany problem, należy zwrócić uwagę na *ratio legis* przepisów o ochronie wynagrodzenia za pracę. Ustanowione w przepisach Kodeksu pracy mechanizmy ochronne służą ochronie interesów bytowych pracownika, z punktu widzenia pracownika wynagrodzenie za pracę – jak wyżej stwierdzono – spełnia bowiem funkcję alimentacyjną. Z tego względu ustawodawca wprowadza mechanizmy gwarantujące pracownikowi prawidłowe otrzymanie wynagrodzenia za pracę (termin, formę i sposób wypłaty), stwarza też pewne przywileje egzekucyjne. Również zakaz zrzekania się prawa do wynagrodzenia czy zakaz przenoszenia tego prawa na inną osobę związany jest z ochroną interesów osób zatrudnionych. Zakaz ten wynika bowiem z nierównorzędnej sytuacji faktycznej, jaka najczęściej ma miejsce w relacjach między pracownikami a pracodawcami. Celem wyrażonej w art. 84 k.p. normy prawnej jest więc zapobieżenie wymuszaniu przez silniejszego partnera (pracodawcę) dysponowania przez pracowników ich prawem do należnego im wynagrodzenia. Oczywiście zakaz ten ogranicza autonomię woli (wolność) pracownika, w pewnym sensie można stwierdzić, że chroni on pracownika nie tylko przed pracodawcą, ale także przed nim samym. Z drugiej jednak strony bez art. 84 k.p. możliwe byłoby wymuszenie przez pracodawcę zgody na obniżenie wynagrodzenia pracowniczego poniżej kwoty płacy minimalnej.

Opisane wyżej przesłanki aksjologiczne, uzasadniające zastosowanie wobec pracowników instrumentu w postaci zakazu, o którym mowa w art. 84 k.p., właściwie odpadają całkowicie w odniesieniu do deputowanych i przysługującego im uposażenia. Przede wszystkim trudno dopatrzeć się w relacjach między parlamentem i jego organami a deputowanymi zależności, jaka ma miejsce w stosunkach pracy. Nie mamy w nich do czynienia ani z pracowniczym podporządkowaniem, ani z możliwością negocjowania warunków wykonywania mandatu. Nie ma więc żadnej obawy co do ewentualnego „wymuszania” rezygnacji z uposażenia przez konkretnego deputowanego, trudno byłoby więc odnaleźć racjonalne uzasadnienie dla zastosowania względem niego instrumentu, o którym mowa w art. 84 k.p.

Co więcej – i jest to drugi z aspektów, który należy tu podnieść – deputowany, w przeciwieństwie do pracownika, ma prawnie zdeterminowaną możliwość dysponowania prawem do uposażenia. Po pierwsze, należy podkreślić, że prawo do uposażenia – w przeciwieństwie do prawa do wynagrodzenia – nie ma charakteru bezwzględnie. Ustawa konstruuje pewne warunki, które muszą być spełnione, aby powstało prawo do uposażenia parlamentarzysty (była już o tym mowa wyżej). Po drugie, warunkiem wypłaty uposażenia jest złożenie oświadczenia o spełnianiu warunków do tego prawa, jak również złożenie wniosku o wypłatę. Osoba, która takiego oświadczenia i wniosku nie złoży, nie otrzyma omawianego świadczenia. Można co prawda przyjąć, że osoba spełniająca warunki do uposażenia, która nie złożyła wymaganych dokumentów, ma prawo do tego świadczenia, ale rezygnuje z jego pobierania. W istocie

jednak jest to sytuacja zbliżona do tej, jakby nastąpiło zrzeczenie się samego prawa do uposażenia poselskiego (senatorskiego).

Skoro możliwe jest zrezygnowanie z pobierania uposażenia poselskiego (senatorskiego) na początku kadencji deputowanego, to przyjąć należy, że dopuszczalna jest także taka rezygnacja w trakcie jej trwania. Poseł (senator) może zatem złożyć oświadczenie o rezygnacji z pobierania uposażenia w każdym czasie, podobnie jak w każdym czasie ma prawo do ponownego pobierania tego świadczenia (jeśli tylko nadal spełnia wymagane warunki). Przyjęcie przeciwnego stanowiska prowadziłoby w istocie do zmuszania deputowanego (chcącego zrezygnować z uposażenia) do absurdu, polegającego na przykład na podjęciu przezeń „sztucznego” odwieszenia na jeden dzień urlopu bezpłatnego u swojego dotychczasowego pracodawcy, a następnie po ponownym uzyskaniu tego urlopu, nieskładaniu wniosku o wypłatę uposażenia parlamentarnego.

Ad 2. Drugi problem dotyczy prawa do uposażenia poselskiego w okresie korzystania z urlopu od wykonywania obowiązków poselskich. Również i ta sprawa nie została wprost uregulowana w ustawie o wykonywaniu mandatu posła i senatora.

Zgodnie z art. 13 u.w.m.p.s. obowiązkiem posła jest obecność oraz czynny udział w posiedzeniach Sejmu oraz Zgromadzenia Narodowego, a także ich organów, do których został wybrany. Zasady usprawiedliwiania nieobecności posłów lub senatorów nieuczestniczących w posiedzeniach Sejmu lub Senatu oraz Zgromadzenia Narodowego, a także ich organów, określają regulaminy Sejmu lub Senatu. Regulamin Sejmu rozwija ten obowiązek, stanowiąc w art. 7 ust. 4, że do podstawowych obowiązków posła należy w szczególności udział w głosowaniach podczas posiedzeń Sejmu i w komisjach sejmowych. W razie niemożności wzięcia udziału w posiedzeniu Sejmu lub komisji, poseł jest zobowiązany do usprawiedliwienia swej nieobecności (art. 7 ust. 7 regulaminu Sejmu). Bezpośrednią podstawę prawną do udzielenia posłowi urlopu od wykonywania obowiązków poselskich stanowi art. 7 ust. 8 pkt 4 oraz ust. 10 regulaminu Sejmu. Pierwszy z tych przepisów stanowi, że za przyczyny usprawiedliwiające niemożność wzięcia przez posła udziału w posiedzeniu Sejmu lub komisji bądź w głosowaniu uważa się między innymi urlop udzielony posłowi przez Marszałka Sejmu. Natomiast w ust. 10 mowa jest o tym, że poseł może z ważnych przyczyn zwrócić się do Marszałka Sejmu o udzielenie urlopu od wykonywania obowiązków poselskich. Marszałek Sejmu udziela urlopu w porozumieniu z prezydium klubu lub koła, którego poseł jest członkiem. Za czas trwania urlopu dłuższego niż 14 dni nie wypłaca się diety poselskiej.

Jak z powyższego wynika, udzielenie urlopu od wykonywania obowiązków poselskich jest uzależnione od decyzji Marszałka Sejmu, który zobowiązany jest porozumieć się w tej sprawie z prezydium klubu lub koła, do którego poseł należy. Przesłanka warunkująca udzielenie urlopu jest przy tym okre-

ślona w sposób ogólny (ważne przyczyny). Można więc stwierdzić, że Marszałek Sejmu ma znaczny zakres swobody w decydowaniu o udzieleniu bądź nieudzieleniu urlopu. Co więcej, przepisy nie limitują długości trwania urlopu od wykonywania obowiązków poselskich, pozostawiając tę kwestię do uznania Marszałka Sejmu. A zatem, przychyłając się do wniosku poselskiego, Marszałek może udzielić urlopu na cały wnioskowany przez posła okres albo tylko na jego część. Okres przebywania na urlopie udzielonym przez Marszałka Sejmu jest traktowany jako usprawiedliwiona nieobecność, a więc poseł przebywający na urlopie i nieuczestniczący w posiedzeniach izby (komisji) nie narusza swych obowiązków poselskich. Ponadto przepisy prawa co do zasady nie różnicują statusu urlopowanego posła ze względu na długość udzielonego mu urlopu, z wyjątkiem pozbawienia go diety poselskiej w razie korzystania z urlopu trwającego powyżej 14 dni. Wreszcie ważne znaczenie ma to, że – o czym była już mowa wyżej – brak jest przepisu pozbawiającego urlopowanego posła prawa do uposażenia poselskiego. Zwłaszcza ta ostatnia okoliczność ma szczególne znaczenie w obliczu dość rozbudowanych regulacji prawnych przewidujących utratę prawa do uposażenia poselskiego w razie zaistnienia określonych okoliczności. Chodzi tu o regulacje zawarte w rozdziale 4 regulaminu Sejmu odnoszącym się do zasad odpowiedzialności regulaminowej posłów. Z przepisów tych wynika, że pozbawienie prawa do uposażenia poselskiego albo obniżenie wysokości tego świadczenia ma miejsce w kilku określonych prawem okolicznościach związanych z naruszeniem przez posła jego obowiązków parlamentarnych. W art. 23 i 25 regulaminu Sejmu określono skutki uniemożliwiania przez posła pracy Sejmu lub jego organów albo wykluczenia go z posiedzenia (obniżenie uposażenia o połowę na okres do trzech miesięcy lub do sześciu miesięcy). Z kolei z tytułu nieusprawiedliwionej nieobecności posła na posiedzeniu albo niewzięcia udziału w głosowaniach Marszałek Sejmu zarządza obniżenie uposażenia i diety parlamentarnej albo jednego z tych świadczeń, jeżeli tylko ono przysługuje posłowi, o $\frac{1}{30}$ za każdy dzień nieusprawiedliwionej nieobecności lub za niewzięcie w danym dniu udziału w więcej niż $\frac{1}{5}$ głosowań.

Jak z powyższego wynika, kwestia wyłączenia prawa do uposażenia poselskiego lub też obniżania jego wysokości zostały w regulaminie Sejmu potraktowane wyłącznie jako sankcja za naruszenie obowiązków poselskich. Brak jest natomiast analogicznej regulacji w odniesieniu do urlopu poselskiego. Trudno stan taki uznać za przypadkowy, skoro prawodawca wyraźnie pozbawił posłów diety za czas urlopu trwającego dłużej niż 14 dni. Jeśli skutek taki wiązać miałby się także z uposażeniem poselskim, to należałoby oczekiwać wyraźnej w tej materii dyspozycji. Można zatem wyprowadzić z tego wniosek, że brak wyłączenia prawa do uposażenia za czas urlopu jest zamierzeniem celowym.

Oczywiście ocena takiego rozwiązania może być różna. Z jednej strony wydawać się może nieracjonalne zachowanie prawa do uposażenia w okresie faktycznego niesprawowania swych obowiązków przez deputowanego. Z drugiej

jednak strony także w czasie urlopu nadal aktualne są przyczyny uzasadniające przyznanie prawa do uposażenia (poseł zamierzający wykorzystać urlop do wykonywania zajęć zarobkowych utraci prawo do uposażenia z powodu odpadnięcia przesłanek z art. 25 u.w.m.p.s.). Oczywiście w sytuacjach skrajnych (m.in. długotrwałego urlopu trwającego np. rok) utrzymanie prawa do uposażenia może budzić opór, jednak warto pamiętać, że urlop poselski nie ma charakteru obligatoryjnego, Marszałek Sejmu może, ale nie musi, zgodzić się na jego udzielenie. Zresztą w takich przypadkach można rozważyć dobrowolne czasowe zrzeczenie się przez posła prawa do uposażenia.

W konsekwencji przyjmuję, że w świetle obowiązujących przepisów prawa poseł może zrzec się prawa do uposażenia poselskiego. Ponadto uprawniona jest teza, że w trakcie korzystania z urlopu od wykonywania obowiązków poselskich poseł zachowuje prawo do uposażenia poselskiego.

Wojciech Odrowąż-Sypniewski

Opinia prawna na temat zasad korzystania przez posłów z paszportów dyplomatycznych¹

Legal opinion on the rules for the use of diplomatic passports by the Deputies:

According to current law, diplomatic passports may be used as identification only in the course of official visits or in connection with the performance of official duties abroad. The use of a diplomatic passport during a foreign visit not related to the performance of official duties would lead to violations of the Passports Act. The author also points out that foreign visits carried out for private purposes, as well as the those undertaken for the purposes of public activity that does not fit the sphere of their mandate and are not related to the exercise of separate public functions, have no official character.

Keywords: diplomatic passport | official duties | Deputy

Słowa kluczowe: paszport dyplomatyczny | czynności służbowe | poseł

Ekspert ds. legislacji BAS; wojciech.sypniewski@sejm.gov.pl.

Przedmiot opinii

Przedmiotem opinii jest analiza regulacji prawnych dotyczących zasad korzystania przez posłów z paszportów dyplomatycznych oraz próba określenia modelu normatywnego, w ramach którego te uprawnienia mogą być realizowane.

W stanowisku przedstawionym przez Biuro Stosunków Międzyparlamentarnych wskazuje się, że obok zagranicznych podróży służbowych posłów delegowanych przez Sejm poza granice kraju, do których zastosowanie ma zarządzenie nr 1 Marszałka Sejmu z 20 stycznia 2010 r., istnieje kategoria poselskich podróży zagranicznych, które nie podlegają rygorom tego zarządzenia (m.in. indywidualne wyjazdy posłów, które nie są związane ze współpracą międzyparlamentarną – np. wyjazdy na zaproszenie organizacji polonijnych, religijnych, wyjazdy związane ze współpracą regionów przygranicznych – oraz prywatne wyjazdy posłów).

¹ Opinia sporządzona 5 maja 2014 r. na zlecenie Szefa Kancelarii Sejmu; BAS-WAUiP-763/14.

W tego rodzaju przypadkach niektórzy posłowie podejmują starania o paszport dyplomatyczny. Istniejąca w tym zakresie praktyka rodzi wiele wątpliwości związanych z możliwością korzystania z paszportu dyplomatycznego w sytuacji, gdy podróż zagraniczna nie ma statusu podróży służbowej, a zainteresowany nie będzie wykonywał w jej trakcie żadnych czynności służbowych. Wątpliwości budzi również kwestia obsługi organizacyjnej, wizowej, paszportowej oraz ubezpieczeniowej ze strony Kancelarii Sejmu w odniesieniu do takich wyjazdów, jak również problem usprawiedliwiania nieobecności na posiedzeniu Sejmu lub komisji.

Zasady korzystania przez posłów z paszportów dyplomatycznych

Paszport dyplomatyczny jest oficjalnym, służbowym dokumentem wystawianym przez organy państwowe własnym obywatelom, który pozwala na ustalenie ich tożsamości, stwierdza przynależność państwową, określa funkcję służbową i stopień dyplomatyczny oraz uprawnia do przekraczania granicy i pobytu za granicą. Wydawanie paszportów jest atrybutem władzy państwowej i należy do wyłącznej kompetencji wewnętrznej państwa. Paszport dyplomatyczny *per se* nie wiąże się z prawem do korzystania z przywilejów i immunitetów dyplomatycznych czy konsularnych. Osobie legitymującej się tego rodzaju paszportem nie przysługuje żaden szczególny status względem tych osób, które posługują się „zwykłymi” paszportami. Praktyka międzynarodowa wiąże jednak korzystanie z paszportów dyplomatycznych z bardziej kurtuazyjnym sposobem traktowania przez organy państwa obcego, w szczególności przy przekraczaniu granicy państwowej. Status dyplomatyczny nie wynika z faktu posługiwania się paszportem dyplomatycznym. Warunkiem korzystania z przywilejów i immunitetów wynikających z takiego statusu jest dopełnienie obowiązków związanych z procedurą akredytacji w państwie przyjmującym, która między innymi wymaga powiadomienia władz państwa przyjmującego o przybyciu danej osoby jako członka misji oraz wpisania na listę korpusu dyplomatycznego. Źródłem przywilejów i immunitetów dyplomatycznych są umowy międzynarodowe, nie zaś regulacje wewnętrzne określające typologię paszportów oraz zasady ich wydawania².

W polskim systemie prawnym reguły określające tryb wydawania paszportów określone zostały w ustawie z 13 lipca 2006 r. o dokumentach paszportowych (Dz.U. nr 143, poz. 1027, ze zm.; dalej: u.d.p.). Uprawnionymi do otrzymania paszportu dyplomatycznego są urzędnicy zajmujący stanowiska lub pełniący funkcje w służbie zagranicznej, którzy mają stopień dyplomatyczny,

² J. Sutor, *Prawo dyplomatyczne i konsularne*, Warszawa 2008, s. 330 i n.

osoby związane z przywilejami i immunitetami dyplomatycznymi na podstawie umów międzynarodowych, których stroną jest Rzeczpospolita Polska, lub zwyczajów międzynarodowych, a także osoby skierowane do pracy w organizacjach międzynarodowych (art. 27 ust. 1 u.d.p.). Paszport dyplomatyczny przysługuje również wskazanym w ustawie kategoriom najwyższych urzędników państwowych. Zbiór ten obejmuje m.in.: Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej, marszałków i wicemarszałków Sejmu i Senatu, Prezesa i wiceprezesów Rady Ministrów, ministrów, sekretarzy i podsekretarzy stanu, posłów do Parlamentu Europejskiego wybranych w Rzeczypospolitej Polskiej oraz posłów i senatorów (art. 26 ust. 1 u.d.p.). Ponadto paszporty dyplomatyczne otrzymują – w przypadkach określonych w ustawie – małżonkowie niektórych osób uprawnionych do legitymowania się paszportem dyplomatycznym, jeżeli towarzyszą im w podróży służbowej poza granicami kraju (zasada ta nie odnosi się do posłów i senatorów – por. art. 26 ust. 2 u.d.p.).

Paszportem dyplomatycznym i paszportem służbowym Ministerstwa Spraw Zagranicznych można się legitymować wyłącznie w trakcie podróży służbowej lub w związku z wykonywaniem czynności służbowych poza granicami kraju (art. 29 ust. 1 u.d.p.). W konsekwencji należy przyjąć, że korzystanie z paszportu dyplomatycznego w czasie wyjazdów zagranicznych niezwiązanych z wykonywaniem obowiązków służbowych prowadziłoby do naruszenia ustawy o dokumentach paszportowych. Jakkolwiek kryterium ustawowe, które pozwala na odróżnienie legalnego wykorzystania paszportu dyplomatycznego od ewentualnego ekscesu, ma charakter uniwersalny (rozstrzygający jest status prawny wyjazdu zagranicznego oraz rodzaj czynności wykonywanych poza granicami kraju), to jednak nie może być rozumiane w sposób materialnie identyczny w poszczególnych przypadkach. Wyjazd zagraniczny jedynie wówczas będzie nosił cechy podróży służbowej, jeżeli osoba w nim uczestnicząca przekroczy granicę kraju w celu wykonywania na terytorium państwa przyjmującego obowiązków służbowych związanych z funkcją pełnioną w ramach polskiego systemu prawnego. Pojęcie czynności służbowych musi zostać zrelatywizowane do poszczególnych kategorii funkcji i urzędów, których piastuni mogą zgodnie z ustawą legitymować się paszportem dyplomatycznym. Dla porządku należy zaznaczyć, że przedmiotem rozważań z natury rzeczy mogą być w omawianym kontekście wyłącznie takie obowiązki służbowe, które mogą być wykonywane poza granicami kraju. Obowiązki służbowe, które wykonywać można wyłącznie na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, nie wymagają korzystania z paszportu dyplomatycznego. Nie chodzi zatem o cały kompleks praw i obowiązków, które przysługują z racji pełnionej funkcji, ale o tę jego część, która w myśl przepisów polskiego prawa może być wykonywana poza granicami kraju.

W przypadku posłów i senatorów pojęcie czynności służbowych obejmować może zarówno prawa i obowiązki składające się na mandat poselski, jak również na tę sferę aktywności parlamentarzysty, która, znajdując podstawę

w przepisach prawa, nie ma cech wykonywania mandatu. W piśmiennictwie trafnie wskazuje się, że: *istnieją takie elementy działalności parlamentarzysty, które – choć wynikają z określonego prawem zakresu jego aktywności wykraczają poza pojęcie sprawowania mandatu*³. Podkreślić trzeba, że nie chodzi o działalność organizacyjną, pozostającą w technicznym związku z wykonywaniem mandatu (prowadzenie biura poselskiego, dojazd na posiedzenie Sejmu), lecz działania, które mają wyraźną podstawę w przepisach prawa i mogą być wykonywane wyłącznie przez osobę piastującą mandat parlamentarny. Pojęcie czynności służbowych w odniesieniu do posłów i senatorów obejmuje zatem prawa i obowiązki związane z uczestnictwem w pracach izby i jej organów (głosowania, wystąpienia, oświadczenia, wnioski, interpelacje) oraz te, które choć wykonywane „na zewnątrz” parlamentu, to jednak bezpośrednio i wprost wynikają z funkcji parlamentarzysty, a ich związek z wykonywaniem mandatu nie budzi wątpliwości⁴. Pojęcie to obejmować będzie również tę sferę działalności posłów i senatorów, która, mimo związku z przysługującym im statusem parlamentarnym, polega na wykonywaniu zadań niemieszczących się zbiorze tzw. zadań mandatowych⁵. Chodzi o sytuację, w której parlamentarzysta łączy wykonywanie mandatu ze sprawowaniem innej funkcji publicznej, a obowiązujące przepisy prawa zakładają, że może być ona wykonywana wyłącznie przez osobę piastującą mandat parlamentarny. Odnosi się to w szczególności do tych przypadków, w których stanowiska, funkcje lub urzędy obsadzone są w drodze wyboru dokonywanego przez poszczególne izby (lub ich organy) spośród swoich członków. Przykładem może być status członka Krajowej Rady Sądownictwa (KRS)⁶, członkostwo w Krajowej Radzie Prokuratorów (KRP)⁷, członkostwo w Radzie Ochrony Pracy (ROP), status członka Zgromadzenia Parlamentarnego Rady Europy czy status członka Zgromadzenia Parlamentarnego NATO. We wszystkich wymienionych przypadkach obowiązki związane z wykonywaniem powierzonej przez parlament funkcji mają charakter niezależny względem zadań mandatowych. Jakkolwiek funkcje te związane są z wykonywaniem mandatu posła lub senatora, to jednak ich sprawowanie nie jest chronione immunitetem materialnym. Posłowie będący członkami KRS nie reprezentują w pracach tego organu stanowiska Sejmu, a podejmowane przez nich działania nie podlegają ochronie wynikającej z art. 105 ust. 1 Konstytu-

³ L. Garlicki, *Uwaga 13 do art. 105 [w:] Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej, Komentarz*, t. II, L. Garlicki (red.), Warszawa 2000. Por. również K. Grajewski, *Odpowiedzialność posłów i senatorów na tle zasady mandatu wolnego*, Warszawa 2009, s. 331–333.

⁴ Wyrok SN z 13 kwietnia 2007 r., sygn. akt I CSK 31/07.

⁵ Z. Czeszejko-Sochacki, *Prawo parlamentarne w Polsce*, Warszawa 1997, s. 78.

⁶ Artykuł 9 ustawy o Krajowej Radzie Sądownictwa z 12 maja 2011 r., Dz.U. nr 126, poz. 714.

⁷ Artykuł 23 ustawy o prokuraturze z 20 czerwca 1985 r., Dz.U. z 2011 r. nr 270, poz. 1599, ze zm.

cji RP. Tytułem dygresji warto zauważyć, że przyjęcie odmiennego stanowiska prowadziłoby do zasadniczego zróżnicowania przywilejów przysługujących poszczególnym członkom KRS, bowiem w skład tego organu, obok posłów, senatorów oraz sędziów, wchodzi Minister Sprawiedliwości i osoba powołana przez Prezydenta, czyli osoby, którym z racji pełnionej funkcji immunitet nie przysługuje. Czynności podejmowane przez posłów i senatorów w związku z wykonywaniem powierzonej przez parlament funkcji należy kwalifikować jako czynności służbowe w rozumieniu art. 29 ust. 1 u.d.p.

Podział na zadania mandatowe oraz sferę aktywności wykraczającą poza pojęcie sprawowania mandatu ma charakter dychotomiczny. Jednak wytyczenie granicy w konkretnych przypadkach może wymagać szczegółowej analizy relacji, która wiąże funkcję pełnioną obok mandatu parlamentarnego z obowiązkami, które z niego wynikają. W sytuacji, gdy dodatkowo pełniona funkcja stanowi formę reprezentacji Sejmu, należy przyjąć, że mieści się ona w sferze działalności nieodłącznie związanej z wykonywaniem mandatu. W tych przypadkach, gdy mandat parlamentarny jest jedynie warunkiem koniecznym dla objęcia określonego stanowiska, jednak wiążące się z nim obowiązki mają charakter odrębny od działań parlamentu i jego organów, należy je zaliczyć do kategorii tych aktywności, które wykraczają poza zakres mandatu poselskiego. Podobnie trzeba ocenić te czynności, do których wykonywania parlamentarzystę upoważniają przepisy prawa, a jednocześnie nie są one związane z wykonywaniem funkcji parlamentarnych, tj. nie wiążą się z działalnością izb i ich organów, a także nie mieszczą się w zakresie tzw. działalności terenowej w okręgach wyborczych. W piśmiennictwie trafnie uznano zatem, że reprezentacja Sejmu w postępowaniu przed Trybunałem Konstytucyjnym mieści się w zakresie wykonywania mandatu poselskiego⁸. Podobnie zgodzić należy się z poglądem, że wykonywanie funkcji członka Zgromadzenia Parlamentarnego Rady Europy nie stanowi wykonywania mandatu, ponieważ członkowie Zgromadzenia reprezentują państwa członkowskie Rady Europy, nie zaś poszczególne parlamenty narodowe⁹. Analogicznie można ocenić udział polskich parlamentarzystów w pracach Zgromadzenia Parlamentarnego NATO. Odrębną kategorię tworzą jednak te działania posłów i senatorów, które stanowią manifestację aktywności polskich izb parlamentarnych na forum międzynarodowym. W tych przypadkach, w których posłowie i senatorowie biorą udział w pracach organizacji o charakterze międzynarodowym jako reprezentanci Sejmu i Senatu (m.in. Unia Międzyparlamentarna, Zgromadzenie Parlamentarne Organizacji Bezpieczeń-

⁸ J. Mordwiłko, *Immunitet poselski a odpowiedzialność zawodowa i dyscyplinarna*, „Zeszyty Prawnicze BAS” 2007, nr 3, s. 194.

⁹ P. Chybalski, *Opinia prawna w sprawie zakresu ochrony immunitetowej posła na Sejm wchodzącego w skład Zgromadzenia Parlamentarnego Rady Europy*, z 26 lutego 2009 r., BAS-WAUiP-3557/08.

stwa i Współpracy w Europie) bądź z upoważnienia tych izb podejmują działania na płaszczyźnie międzynarodowej w strukturach politycznych niemających formy organizacji międzynarodowej (m.in. Inicjatywa Środkowoeuropejska, Zgromadzenie Parlamentarne Sejmu i Senatu RP, Sejmu Republiki Litewskiej i Rady Najwyższej Ukrainy czy działania w ramach tzw. parlamentarnych grup bilateralnych¹⁰), należy przyjąć, że wykonują oni mandat parlamentarny. Słusznie wskazuje się, że: *poseł działający jako reprezentant Sejmu na forum międzynarodowym wykonuje swój mandat, działając w istocie jako pełnomocnik Marszałka Sejmu, który na mocy art. 110 ust. 2 Konstytucji reprezentuje Sejm na zewnątrz, a zgodnie z art. 10 ust. 1 pkt 10 regulaminu Sejmu prowadzi sprawy z zakresu stosunków Sejmu z parlamentami innych krajów*¹¹. Bez znaczenia jest przy tym, czy powierzenie funkcji reprezentacyjnych dokonywane jest przez Marszałka Sejmu, czy też – zgodnie z postanowieniami statutów poszczególnych organizacji lub utartą praktyką parlamentarną – wyboru przedstawiciela dokonuje izba w głosowaniu plenarnym. Z perspektywy założeń konstytucyjnych posłowie wykonujący obowiązki reprezentacyjne związane z działalnością Sejmu i jego organów są przedstawicielami Marszałka Sejmu.

Dystynkcja między zadaniami mandatowymi a sferą aktywności niemieszczącą się w zakresie wykonywania mandatu, chociaż ustrojowo doniosła, gdyż rozstrzyga między innymi o zakresie ochrony immunitetowej, to jednak nie ma znaczenia rozstrzygającego dla zagadnienia będącego przedmiotem analizy. Uniwersum obowiązków osoby wykonującej mandat parlamentarny tworzy obszar, do którego odnieść można pojęcie czynności służbowych. Czynnościami służbowymi posła będą zarówno działania podejmowane w ramach wykonywania mandatu, jak i te, które wiążą się z wykonywaniem praw i obowiązków związanych z powierzoną mu dodatkową funkcją. Decydujące znaczenie ma zatem kryterium, które odróżnia czynności służbowe, które mogą być podejmowane wyłącznie na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, od tych czynności, które poseł może wykonywać poza granicami kraju.

Zagadnienie wykonywania czynności służbowych poza granicami kraju wiąże się z problematyką zwierzchnictwa terytorialnego. Pojęcie to odnosi się do podstawowej formy wykonywania przez państwa suwerenności na jego terytorium. Zwierzchnictwo terytorialne oznacza – w aspekcie pozytywnym – wyłączne prawo wykonywania funkcji władczych państwa w obrębie jego terytorium, a w aspekcie negatywnym zapobieganie wykonywania analogicznych praw innych podmiotów¹². Wyłączność wykonywania władzy dotyczy ustawo-

¹⁰ Por. M. Florczak-Wątor, P. Czarny, *Międzynarodowa współpraca Sejmu RP*, Warszawa 2012, s. 105 i n.

¹¹ P. Chybalski, *Opinia prawna w sprawie*, op. cit.

¹² J.R. Bierzanek, J. Symonides, *Międzynarodowe prawo publiczne*, Warszawa 2004, s. 190.

dawstwa, administracji i sądownictwa, a odnosi się do wszystkich składników znajdujących się na jego terytorium oraz wszystkich osób fizycznych na nim przebywających. Wyjątek *in plus* obejmuje statki morskie i powietrzne, pływające pod banderą danego państwa lub noszące jego znak. Wyjątek *in minus* dotyczy eksterytorialności placówek dyplomatycznych państw obcych zlokalizowanych na terytorium danego państwa¹³.

W polskim systemie prawnym wykonywanie funkcji państwowych poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej dopuszczalne jest wyłącznie na podstawie przepisów, które taką możliwość zakładają. Przepisy określające zasady wykonywania władzy publicznej – jeżeli nic innego nie wynika z ich treści – odnoszą się do osób i rzeczy znajdujących się na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej. Wykonywanie atrybutów władzy państwowej na terytorium niepodlegającym jurysdykcji polskiego państwa może obejmować czynności związane z udziałem w misjach wojskowych i humanitarnych oraz tzw. prawem legacji, czyli utrzymywaniem stosunków z innymi państwami. Kwestie związane z prowadzeniem polityki zagranicznej oraz reprezentacją polskiego państwa określa Konstytucja RP, ustawa z 4 września 1997 r. o działach administracji rządowej (Dz.U. z 2013 r. poz. 743, ze zm.), ustawa z 27 lipca 2001 r. o służbie zagranicznej (Dz.U. nr 128, poz. 1403, ze zm.), ustawa z 8 października 2010 r. o współpracy Rady Ministrów z Sejmem i Senatem w sprawach związanych z członkostwem Rzeczypospolitej Polskiej w Unii Europejskiej (Dz.U. nr 213, poz. 1395), umowy międzynarodowe oraz inne reguły prawa międzynarodowego (m.in. konwencja wiedeńska o stosunkach dyplomatycznych). Podobnie zasady udziału polskiego wojska w zdarzeniach rozgrywających się na obcym terytorium (m.in. konflikt zbrojny, misja pokojowa, ćwiczenia wojskowe, akcje ratownicze czy przedsięwzięcia reprezentacyjne) określa ustawa z 17 grudnia 1998 r. o zasadach użycia lub pobytu Sił Zbrojnych Rzeczypospolitej Polskiej poza granicami państwa (Dz.U. nr 162, poz. 1117, ze zm.) oraz zasady prawa międzynarodowego.

Analiza przepisów określających status posłów na Sejm wskazuje, że wykonywanie czynności służbowych poza granicami kraju obejmować może dwie sytuacje. Pierwszy przypadek wiąże się z wykonywaniem z upoważnienia Marszałka Sejmu działań związanych z reprezentacją izby i jej organów. Dotyczy to w szczególności wykonywania praw członka stałej delegacji do organizacji międzynarodowej, której członkiem jest Sejm, jak również udział – z ramienia Sejmu – w pracach parlamentarnych grup bilateralnych. Druga sytuacja dotyczy wykonywania przez posłów poza granicami kraju czynności służbowych związanych z powierzonymi im przez Sejm funkcjami dodatkowymi wzglę-

¹³ Por. J. Nowacki, Z. Tobor, *Wstęp do prawoznawstwa*, Zakamycze 2002, s. 165–166; T. Stawecki, P. Winczorek, *Wstęp do prawoznawstwa*, Warszawa 2003, s. 109–110; A. Kobyłański, L. Leszczyński, A. Pieniążek, *Wstęp do prawoznawstwa*, Lublin 2003, s. 92–94; L. Morawski, *Wstęp do prawoznawstwa*, Toruń 2002, s. 76

dem sprawowanego mandatu. Udział polskich przedstawicieli – wybieranych przez Sejm i Senat – w pracach międzynarodowych zgromadzeń i organizacji ze swojej istoty wiąże się z wykonywaniem czynności służbowych poza granicami polskiego państwa.

Inne działania polskich parlamentarzystów poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, bez względu na to, czy mają charakter prywatny czy publiczny nie powinny być kwalifikowane jako wykonywanie mandatu czy wykonywanie czynności służbowych. Posłowie poza wskazanymi wyżej przypadkami związanymi z udziałem w wykonywaniu reprezentacyjnych zadań Marszałka Sejmu nie sprawują mandatu poza granicami kraju. Ustawodawca, powierzając parlamentarzystom w ustawie o wykonywaniu mandatu posła i senatora wykonywanie określonego zbioru praw i obowiązków, nie zawarł w nim takich uprawnień, które w sposób wyraźny bądź dorozumiany mogłyby być wykonywane poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej. Dotyczy to zarówno praw i obowiązków związanych z działalnością w Sejmie i Senacie, które z natury rzeczy nie mogą być wykonywane poza granicami kraju, jak również czynności wykonywanych w ramach tzw. działalności terenowej.

Nie sposób również uznać, by obowiązek informowania wyborców o pracy parlamentarzysty i działalności organu, do którego został wybrany (art. 1 ust. 2 u.d.p.), stanowił podstawę prawną dla wykonywania mandatu poza granicami kraju. Jakkolwiek obowiązujący Kodeks wyborczy (ustawa z 5 stycznia 2011 r., Dz.U nr 21, poz. 112, ze zm.; k.w.) dopuszcza w wyborach do Sejmu i Senatu możliwość głosowania w stałych obwodach dla obywateli polskich przebywających za granicą utworzonych w polskich ambasadach i placówkach konsularnych (art. 14 § 1 k.w.), jednak nie oznacza to, że terytoria państw, na których utworzone zostały takie obwody, stanowią obszar, do którego zastosowanie mają przepisy polskiego prawa. Zagraniczne obwody głosowania wchodziły w skład okręgu wyborczego właściwego dla dzielnicy Śródmieście m.st. Warszawy (art. 14 § 3 k.w.).

Zobowiązanie do informowania wyborców o pracy parlamentarzystów oraz działalności organu, do którego zostali wybrani, koresponduje z obowiązkiem przyjmowania opinii, postulatów i wniosków wyborców oraz ich organizacji, a także brania ich pod uwagę w działalności parlamentarnej (art. 21 ust. 1 ustawy o wykonywaniu mandatu posła i senatora; dalej: u.w.m.p.s.). Wykonywaniu tych obowiązków służy między innymi instytucja biur poselskich, senatorskich i poselsko-senatorskich tworzonych w celu obsługi terenowej działalności deputowanych (art. 23 u.w.m.p.s.). Posłowie mogą tworzyć biura poselskie, senatorskie lub poselsko-senatorskie w celu obsługi swojej działalności w terenie. Terenowa działalność parlamentarzystów może być realizowana w wybranym okręgu lub okręgach wyborczych (art. 23 ust. 2 u.w.m.p.s.).

Przepisy ustawy o wykonywaniu mandatu posła i senatora nie pozwalają na wykładnię, która legitymizowałaby wykonywanie tzw. działalności tereno-

wej poza granicami polskiego państwa. Zasada zwierzchnictwa terytorialnego wyklucza wykonywanie mandatu na obcym terytorium z wyjątkiem tych przypadków, w których obowiązujące przepisy w sposób wyraźny bądź dorozumiany zakładają taką możliwość. O ile zatem udział w wykonywaniu czynności związanych z reprezentacją Sejmu i jego organów poza granicami Rzeczypospolitej Polskiej w sposób nieodzowny wiąże się z koniecznością wykonywania czynności służbowych na terytorium niepodlegającym jurysdykcji Rzeczypospolitej, o tyle inne prawa i obowiązki poselskie – wobec braku odmiennego rozstrzygnięcia ustawodawcy – mogą być wykonywane wyłącznie na terytorium polskiego państwa. Czynności, które służą wykonaniu obowiązku informowania wyborców o działalności parlamentarzysty, mogą być podejmowane wyłącznie na terytorium, podlegającym zwierzchnictwu terytorialnemu polskiego państwa, bowiem wyłącznie na tym obszarze obowiązuje przepis ustanawiający ten obowiązek. Odbywające się poza granicami kraju spotkania polskich parlamentarzystów z polskimi wyborcami nie mogą być zatem kwalifikowane jako czynności służące wykonaniu obowiązku, o którym mowa w art. 1 ust. 2 u.w.m.p.s. (podobnie posłowie nie mogą zakładać biur poselskich poza terytorium Rzeczypospolitej).

W wypadku Sejmu RP zasady delegowania posła poza granice kraju reguluje zarządzenie nr 1 Marszałka Sejmu z 20 stycznia 2010 r. w sprawie zagranicznych podróży służbowych posłów delegowanych przez Sejm poza granice kraju. Akt ten postrzegać należy jako operacjonalizację na poziomie wewnętrznym zasad wynikających z ustawy, regulaminu Sejmu oraz innych aktów prawnych. Określa on procedurę delegowania posłów przez Sejm poza granice kraju oraz związane z tym obowiązki Kancelarii Sejmu. Jednocześnie z uwagi na swój wewnętrzny charakter nie może on być traktowany jako źródło uprawnień związanych z korzystaniem przez posłów z paszportów dyplomatycznych. Zarządzenie Marszałka Sejmu wydane zostało na podstawie art. 10 ust. 1 pkt 2, 10 i 10a regulaminu Sejmu, czyli przepisów, które powierzają Marszałkowi Sejmu zadania – odpowiednio – w zakresie: reprezentacji Sejmu, prowadzenia spraw z zakresu stosunków Sejmu z parlamentami innych krajów oraz prowadzenia spraw z zakresu stosunków Sejmu z instytucjami oraz innymi organami Unii Europejskiej. Delegowanie posła przez Sejm poza granice kraju wymaga pisemnej zgody Marszałka Sejmu, przewodniczącego stałej delegacji parlamentarnej do międzynarodowego zgromadzenia lub organizacji, który został upoważniony przez Marszałka Sejmu do podejmowania decyzji w sprawach delegacji związanych z działalnością tych zrzeszeń międzynarodowych lub przewodniczącego Zarządu Polskiej Grupy Unii Międzyparlamentarnej, jeśli został upoważniony przez Marszałka Sejmu do podejmowania decyzji w sprawach delegowania posłów członków grup bilateralnych do udziału w pracach związanych z działalnością tych grup.

Treść omawianego aktu oraz istniejąca na jego tle praktyka wskazuje, że ma on zastosowanie nie tylko w przypadkach, w których chodzi o reprezen-

tację Sejmu i jego organów w zrzeszeniach międzynarodowych, ale również w sytuacji, gdy chodzi o wykonywanie obowiązków związanych z odrębną od mandatu parlamentarnego dodatkową funkcją, którą izba powierzyła parlamentarzystom (członkostwo w zgromadzeniu parlamentarnym lub organizacji międzynarodowej). W świetle przedstawionych wyżej ustaleń rysuje się wątpliwość, czy omawiane zarządzenie Marszałka Sejmu powinno być stosowane w odniesieniu do tych wyjazdów zagranicznych, które służą realizacji obowiązków powierzonych przez Sejm, a które nie mieszczą się w sferze zadań mandatowych. Zagadnienie to pozostaje jednak poza zakresem niniejszej opinii.

Przyjąć zarazem należy, że zarządzenie Marszałka Sejmu nie może mieć zastosowania do wyjazdów zagranicznych, które nie są związane z wykonywaniem mandatu poselskiego lub wykonywaniem powierzonej przez Sejm funkcji w zgromadzeniach międzynarodowych. Podróże zagraniczne podejmowane w celach prywatnych, jak również podróże podejmowane w celu prowadzenia działalności publicznej niemieszczącej się w sferze wykonywania mandatu i niezwiązanej z wykonywaniem odrębnych funkcji publicznych nie mają charakteru służbowego i nie wiążą się z wykonywaniem czynności służbowych. W takich sytuacjach posłowie – w myśl ustawy – nie są uprawnieni do korzystania z paszportu dyplomatycznego. Odrzucić należy supozycję, że cała działalność publiczna osoby piastującej mandat poselski wiąże się z wykonywaniem czynności służbowych. Podobnie nieprawdziwa byłaby teza, że to od woli zainteresowanego zależy kwalifikacja prawna podejmowanych przez niego działań. Wykonywanie czynności służbowych przez posła na Sejm RP poza granicami kraju – jak starałem się to wyżej wykazać – ma w polskim systemie prawnym dający się ustalić, obiektywny sens. Wyjazdy zagraniczne, które nie wiążą się z reprezentacją Sejmu i jego organów oraz pracami zgromadzeń międzynarodowych, organizacji i bilateralnych grup parlamentarnych, których poseł jest członkiem, nie mają statusu podróży służbowych, a w ich trakcie nie jest wykonywany mandat poselski.

W konsekwencji negatywnie należy ocenić możliwości zastosowania zasad określonych w zarządzeniu Marszałka Sejmu do wyjazdów zagranicznych o statusie odmiennym niż podróż służbowa czy podróż służąca wykonywaniu czynności służbowych. Tego rodzaju wyjazdy mają charakter przedsięwzięć prywatnych i nie rodzą po stronie Kancelarii Sejmu żadnych obowiązków związanych z ich organizacją, ubezpieczeniem czy obsługą wizową.

Sygnalizowane przez Biuro Stosunków Międzyparlamentarnych wątpliwości wskazują na celowość ustanowienia bardziej szczegółowej regulacji określającej zasady korzystania przez posłów z paszportów dyplomatycznych. Zważywszy, że jest to materia ustawowa, ustawodawca powinien rozważyć dookreślenie postanowień ustawy o dokumentach paszportowych przez jej stosowną nowelizację bądź też określenie szczególnych zasad postępowania w omawianej sprawie w ustawie o wykonywaniu mandatu posła i senatora.

Podsumowanie

Podsumowując, należy stwierdzić, że paszportem dyplomatycznym można się legitymować wyłącznie w trakcie podróży służbowej lub w związku z wykonywaniem czynności służbowych poza granicami kraju (art. 29 ust. 1 u.d.p.). Korzystanie z paszportu dyplomatycznego w czasie wyjazdów zagranicznych niezwiązanych z wykonywaniem obowiązków służbowych prowadziłoby do naruszenia ustawy. W wypadku posłów i senatorów pojęcie czynności służbowych obejmować może zarówno prawa i obowiązki składające się na mandat poselski, jak również tę sferę aktywności parlamentarzysty, która, znajdując podstawę w przepisach prawa, nie ma cech wykonywania mandatu. Ponadto w polskim systemie prawnym wykonywanie funkcji państwowych poza terytorium Rzeczypospolitej dopuszczalne jest wyłącznie na podstawie przepisów, które taką możliwość zakładają. Przepisy określające zasady wykonywania władzy publicznej – jeżeli nic innego nie wynika z ich treści – odnoszą się do osób i rzeczy znajdujących się na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej.

Posłowie mogą wykonywać czynności służbowe poza granicami kraju w dwóch sytuacjach. Pierwszy przypadek wiąże się z wykonywaniem z upoważnienia Marszałka Sejmu działań związanych z reprezentacją izby i jej organów. Dotyczy to w szczególności wykonywania praw członka stałej delegacji do organizacji międzynarodowej, której członkiem jest Sejm, jak również udział – z ramienia Sejmu – w pracach parlamentarnych grup bilateralnych. Druga sytuacja dotyczy wykonywania przez posłów poza granicami kraju czynności służbowych związanych z powierzonymi im przez Sejm funkcjami dodatkowymi względem sprawowanego mandatu. Udział polskich przedstawicieli – wybieranych przez Sejm i Senat – w pracach międzynarodowych zgromadzeń i organizacji z natury rzeczy wiąże się z wykonywaniem czynności służbowych poza granicami polskiego państwa. Natomiast inne działania polskich parlamentarzystów poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, bez względu na to, czy mają charakter prywatny czy publiczny, nie powinny być kwalifikowane jako wykonywanie mandatu czy wykonywanie czynności służbowych. Podróże zagraniczne podejmowane w celach prywatnych, jak również podróże podejmowane w celu prowadzenia działalności publicznej niemniejszącej się sferze wykonywania mandatu i niezwiązanej z wykonywaniem odrębnych funkcji publicznych nie mają charakteru służbowego i nie wiążą się z wykonywaniem czynności służbowych. Wydane w tym celu zarządzenie Marszałka Sejmu z 20 stycznia 2010 r. w sprawie zagranicznych podróży służbowych posłów delegowanych przez Sejm poza granice kraju stanowi operacjonalizację na poziomie wewnętrznym zasad wynikających z ustawy, regulaminu Sejmu oraz innych aktów prawnych. Określa ono procedurę delegowania posłów przez Sejm poza granice kraju oraz związane z tym obowiązki Kancelarii Sejmu. Jednocześnie z uwagi na swój wewnętrzny charakter akt ten nie może być traktowany jako źródło uprawnień związanych z korzystaniem przez posłów z paszportów dyplomatycznych.

Andrzej Szmyt

Opinia prawna w sprawie kompetencji Marszałka Sejmu dotyczących realizacji uprawnień poselskich wynikających z art. 19 ustawy o wykonywaniu mandatu posła i senatora¹

Legal opinion on the competence of the Marshal of the Sejm concerning the exercise by the Deputies' of their right under Article 19 of the Act on the Exercise of the Mandate of a Deputy or Senator: The opinion states that the Marshal (Speaker) of the Sejm is not competent to resolve disputes concerning the consequences of a refusal to provide information to a deputy by a company, pursuant to Article 19 of the Act on the Exercise of the Mandate of a Deputy or Senator. The opinion stated that in order to "defend their good name" the Deputies concerned may benefit from legal instruments to which all citizens are entitled. Measures applied against the Deputies do not violate the dignity of the Sejm and do not imply the need to defend their good name by the Marshal of the Sejm.

Keywords: access to public information and Marshal of the Sejm | MEP
Słowa kluczowe: dostęp do informacji publicznej | Marszałek Sejmu | poseł

Profesor doktor hab. nauk prawnych, Uniwersytet Gdański, ekspert ds. legislacji BAS;
andrzej.szmyt@sejm.gov.pl.

Przedmiotem opinii jest odpowiedź na wystosowany przez Klub Parlamentarny Prawo i Sprawiedliwość do Marszałek Sejmu wniosek dotyczący podjęcia, na podstawie art. 10 ust. pkt 12 regulaminu Sejmu: *działań mających na celu ochronę praw i godności Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej, a także obronę dobrego imienia posłów na Sejm RP: D.J., A.K. i M.M., w związku ze sprawą skierowania do sądu przez Zarząd PLL LOT prywatnego aktu oskarżenia przeciwko posłom PiS A.K. i M.M. oraz zawiadomieniu do Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego o podejrzeniu popełnienia przestępstwa przez posłów D.J., A.K. oraz M.M.*².

¹ Opinia sporządzona 30 stycznia 2014 r. na zlecenie Szefa Kancelarii Sejmu; BAS-WAUiP-122/14.

² Pismo z 23 grudnia 2013 r., PIS-03-02458/13.

Posłowie D.J., M.M. i A.K. w ramach obowiązków poselskich, korzystając z uprawnień określonych w art. 19 ust. 1 ustawy z 9 maja 1996 r. o wykonywaniu mandatu posła i senatora (dalej: u.w.m.p.s.) „badali sprawę budzących wątpliwości decyzji w PLL LOT”. Ich zdaniem otrzymali najpierw niepełne informacje, następnie spółka odmówiła posłom odpowiedzi na wszystkie pytania sformułowane na piśmie. Spółka natomiast powoływała się na ochronę tajemnicy PLL LOT oraz pozyskanie przez posłów informacji na temat dokumentów „z naruszeniem prawa”. W konsekwencji posłowie D.J. i A.K. 22 listopada 2013 r. złożyli wniosek do Najwyższej Izby Kontroli, dotyczący określonych umów i informacji na temat wyników finansowych spółki. Jak wynika z pisma do Marszałek Sejmu, trzech wymienionych posłów w połowie grudnia 2013 r. zdecydowało, że: „złożą do prokuratury zawiadomienie o możliwości popełnienia przestępstwa” przez prezesa i wiceprezesa PLL LOT (S.M. i T.B.) w zakresie między innymi wyrządzenia szkody majątkowej wielkich rozmiarów.

Wspomniane na wstępie kroki prawne Zarządu PLL LOT przeciwko posłom – w postaci prywatnego aktu oskarżenia oraz zawiadomienia do Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego (ABW) – Klub Parlamentarny Prawo i Sprawiedliwość traktuje jako swoistą formę obrony spółki przed poważnymi zarzutami. W jego ocenie działania spółki miałyby podważać „całą ideę kontroli parlamentarnej i uprawnień kontrolnych posłów”. Z czynnościami prawnymi PLL LOT wiąże się zaś „rozpoczęcie procedury uchylenia immunitetu poselskiego” wymienionym posłom. Referowane pismo Przewodniczący Klubu Parlamentarnego PiS kończy wnioskiem: *by Pani Marszałek wykonując swoje obowiązki wynikające z Regulaminu Sejmu RP zadbała, by dobre imię polskiego Sejmu nie zostało naruszone oraz aby nie zostały podważone wynikające z Konstytucji RP zasady kontroli parlamentarnej i zakres uprawnień posłów na Sejm RP.*

Klub Parlamentarny Prawo i Sprawiedliwość ponownie wystosował wniosek do Marszałek Sejmu w tej sprawie, stwierdzając w nim, że: *do chwili obecnej nie zostały podjęte w tej sprawie żadne działania przez Panią Marszałek*³.

Oba pisma wyznaczają zakres poniższych uwag na temat sformułowany w tytule opinii, tak w odniesieniu do zakresu regulacji normatywnej, jak i podanej faktografii.

Po pierwsze – przywołany w piśmie art. 19 ust. 1 u.w.m.p.s. stanowi, że: *w wykonywaniu mandatu poseł lub senator ma prawo, jeżeli nie narusza dóbr osobistych innych osób, do uzyskiwania informacji i materiałów, wstępu do pomieszczeń, w których znajdują się te informacje i materiały, oraz wglądu w działalność organów administracji rządowej i samorządu terytorialnego, a także spółek z udziałem Skarbu Państwa oraz zakładów i przedsiębiorstw państwowych i samorządowych, z zachowaniem przepisów o tajemnicy prawnie chronionej.* Dodajmy, że zasady i tryb udostępniania posłom i senatorom informacji nie-

³ Pismo z 9 stycznia 2014 r., PIS-03-02458/13(2).

jawnych określają przepisy o ochronie informacji niejawnych (art. 19 ust. 2 u.w.m.p.s.). W omawianej sprawie nie ulega wątpliwości, że spółka PLL LOT jest spółką Skarbu Państwa, w której posiada on pakiet 67,97% udziałów; ponadto korzysta ona z pomocy publicznej. Podlega więc – co do istoty sprawy – kontroli sejmowej. Pamiętać jednak należy, że korzystanie z praw określonych w art. 19 ust. 1 u.w.m.p.s. powinno następować „z zachowaniem przepisów o tajemnicy prawnie chronionej” (brzmienie przepisu *in fine*), czyli na przykład tajemnicy handlowej, bankowej. Uzyskiwanie przez posłów informacji od spółki z udziałem Skarbu Państwa jest także limitowane ograniczeniem wiążącym się z ochroną tajemnicy. Jeśli zaistniał spór na tym tle między PLL LOT a wspomnianymi posłami, to ani nie da się go ocenić na gruncie treści obu pism do Marszałek Sejmu, ani nie ma tu właściwości Marszałka Sejmu do rozstrzygnięcia tego rodzaju sporu.

Pamiętać przy tym trzeba, że każdorazowo poza sporem *in concreto* trzeba widzieć w tle, jako mogące nie pozostawać bez znaczenia dla ostatecznych rozstrzygnięć, podnoszone od dawna wątpliwości co do zgodności art. 19 ust. 1 u.w.m.p.s. z Konstytucją RP. Okoliczność ta powinna skłaniać zarówno samych posłów, jak i Marszałek Sejmu do zawężającej interpretacji tego przepisu i korzystania zeń w sposób wstrzemięźliwy. Jak się wskazuje w literaturze przedmiotu, można kwestionować ustawowe rozwiązania – tkwiące swą genezą i logiką w minionym ustroju – jako niezgodne z Konstytucją RP z punktu widzenia zasady podziału władzy, zakresu funkcji kontrolnej Sejmu, konstytucyjnych uprawnień „kontrolnych” posłów (art. 115 Konstytucji wymienia tylko interpelacje i zapytania).

Po drugie – przywołany w piśmie art. 10 ust. 1 pkt 12 regulaminu Sejmu stanowi, że Marszałek Sejmu: *udziela posłom niezbędnej pomocy w ich pracy, w tym czuwa nad wykonywaniem wobec posłów przez organy administracji rządowej i samorządu terytorialnego oraz inne jednostki organizacyjne obowiązków określonych w ustawie o wykonywaniu mandatu posła i senatora*. Klub Parlamentarny Prawo i Sprawiedliwość dostrzega zaś w tym unormowaniu podstawę działań mających na celu ochronę praw i godności Sejmu RP, a także obronę dobrego imienia posłów w konkretnej, przedstawionej sytuacji dotyczącej działań prawnych, podjętych „przeciwko” posłom. Jednak nie przedstawił żadnej analizy i argumentacji, która łączyłaby oba aspekty. Dodajmy, że do „obrony swego dobrego imienia” zainteresowani posłowie mogą skorzystać z instrumentów prawnych, jakie przysługują wszystkim obywatelom.

Można zauważyć, że regulaminowo Marszałek Sejmu „stoi na straży praw i godności Sejmu” (art. 10 ust. 1 pkt 1), co zawiera w sobie dużą dozę roli symbolicznej; godność Sejmu to jego powaga i autorytet, nie zaś „ochrona” przed środkami w rękach innych podmiotów, którymi prawnie chcą one bronić swoich wartości prawnie chronionych. Jakikolwiek „stanie na straży” w rozumieniu art. 10 ust. 1 pkt 1 regulaminu Sejmu musiałoby odbywać się z poszanowa-

niem statusu prawnego (pozycji, środków) innych podmiotów. Nie wydaje się przy tym, by korzystanie przez zainteresowany podmiot prawny z przysługującego „prawa” wniesienia prywatnego aktu oskarżenia czy złożenia zawiadomienia do ABW przeciwko posłowi oznaczało naruszenie godności Sejmu czy konieczność obrony dobrego imienia posła przez Marszałka Sejmu.

Zastosowane w sprawie instrumenty prawne mają to znaczenie, że uruchamiają odpowiednie procedury prawne w działaniach organów. Zawiadomienie do ABW wymaga reakcji ze strony Agencji, a nie Marszałka Sejmu. Przedstawione informacje na temat prywatnego aktu oskarżenia przeciwko konkretnym posłom dotyczą sytuacji, w której do Marszałka Sejmu wpływa wniosek o wyrażenie przez Sejm zgody na pociągnięcie posła do odpowiedzialności karnej. Wtedy aktualizuje się rola Marszałka Sejmu, ale tylko w zakresie określonym przepisami dla postępowania w sprawie takiego wniosku. Troskę o godność Sejmu i dobre imię posłów wyraża się w tym wypadku w należyтым procedowaniu, z poszanowaniem także dla interesu prawnego wnioskodawcy.

Ponieważ z wniosku Klubu Parlamentarnego Prawo i Sprawiedliwość do Marszałek Sejmu wynika, że wymienieni posłowie w sprawie PLL LOT między innymi złożyli wniosek do Najwyższej Izby Kontroli, to odrębna rola Marszałek Sejmu może się aktualizować na gruncie, wynikających z przepisów prawnych, relacji między Sejmem a NIK, tak ustawowych, jak i regulaminowych. Dyrektywa interpretacyjna jest tu tylko „kierunkowa”, jako że z przedstawionego Marszałek Sejmu problemu nie wynikają żadne informacje co do statusu „sprawy PLL LOT” w NIK. Praktyka jakiegoś sugerowania tematów kontroli NIK, przekazywanych przez posłów, jest jednak dość trwała i bogata, tak więc funkcjonujące mechanizmy są raczej wypracowane.

2



OPINIE BAS

E



VARIA

Henryk Dzwonkowski

Opinia prawna w sprawie możliwości uznania za podatnika na gruncie przepisów Kodeksu karnego skarbowego małżonka osoby fizycznej prowadzącej działalność gospodarczą¹

Legal opinion on whether the spouse of the natural person performing business may be considered a taxpayer under the provisions of the Fiscal Penal Code: The opinion states that if, on the basis of a tax legislation, only one of the spouses is the subject of the tax law, then the other spouse cannot be regarded as a taxpayer, also under the provisions of the Fiscal Penal Code. The analysis does not rule out the possibility that the other spouse be considered the subject of the tax, if he/she is engaged in business (financial) affairs of the taxpayer – including the keeping of tax records – but excluding the activities limited to assistance in the keeping of tax records, if such activity is not associated with a specific decision-making autonomy of the spouse in this regard.

Keywords: Fiscal Penal Code | marriage | tax law

Słowa kluczowe: Kodeks karny skarbowy | małżeństwo | prawo podatkowe

Profesor zwyczajny nauk prawnych, profesor Uniwersytetu Łódzkiego;
hdzwonkowski@poltax.pl.

Przedmiot opinii

Przedmiotem opinii jest odpowiedź na następujące pytanie: czy w obecnym stanie prawnym w zakresie prowadzenia działalności gospodarczej w postępowaniu dotyczącym przestępstwa skarbowego (z art. 54 § 2 Kodeksu karnego skarbowego; dalej: k.k.s.; w zbiegu z art. 60 § 1 k.k.s. w związku z art. 6 § 2 k.k.s. w związku z art. 7 § 1 k.k.s. w związku z art. 9 § 3 k.k.s.) można uznać za podatnika osobę – współmałżonka nieprowadzącego formalnie tej działalności (mąż rozpoczął działalność przed zawarciem związku małżeńskiego), a jedynie pomagającą prowadzić księgowość?

¹ Opinia sporządzona 24 kwietnia 2014 r. na zlecenie Klubu Parlamentarnego Platforma Obywatelska; BAS-WASGiPU-823/14.

Analiza prawna

Artykuł 54 k.k.s.² penalizuje przestępstwo uchylania się od opodatkowania. Stanowi on, że:

§ 1. Podatnik, który uchylając się od opodatkowania, nie ujawnia właściwemu organowi przedmiotu lub podstawy opodatkowania lub nie składa deklaracji, przez co naraża podatek na uszczuplenie, podlega karze grzywny do 720 stawek dziennych albo karze pozbawienia wolności, albo obu tym karom łącznie.

§ 2. Jeżeli kwota podatku narażonego na uszczuplenie jest małej wartości, sprawca czynu zabronionego określonego w § 1 podlega karze grzywny do 720 stawek dziennych.

§ 3. Jeżeli kwota podatku narażonego na uszczuplenie nie przekracza ustawowego progu, sprawca czynu zabronionego określonego w § 1 podlega karze grzywny za wykroczenie skarbowe.

Natomiast w art. 60 k.k.s. ujęto między innymi przestępstwo nieprowadzenia ksiąg, stanowiąc, że:

§ 1. Kto wbrew obowiązкови nie prowadzi księgi, podlega karze grzywny do 240 stawek dziennych.

§ 2. Kto wbrew obowiązкови nie przechowuje księgi w miejscu wykonywania działalności lub w miejscu wskazanym przez podatnika jako jego siedziba, przedstawicielstwo lub oddział, a jeżeli prowadzenie księgi zostało zlecone biurowi rachunkowemu lub innemu uprawnionemu podmiotowi – w miejscu określonym w umowie z biurowi rachunkowym lub w miejscu wskazanym przez kierownika jednostki, podlega karze grzywny do 240 stawek dziennych.

§ 3. Karze określonej w § 2 podlega także ten podatnik lub płatnik, który nie zawiadamia w terminie właściwego organu o prowadzeniu księgi przez doradcę podatkowego, lub inny podmiot upoważniony do prowadzenia ksiąg w jego imieniu i na jego rzecz.

§ 4. W wypadku mniejszej wagi, sprawca czynu zabronionego określonego w § 1–3 podlega karze grzywny za wykroczenie skarbowe.

Podmiotem czynu zabronionego z art. 54 k.k.s. jest przede wszystkim podmiot mający status podatnika. Z kolei podmiotem czynu zabronionego określonego w art. 60 § 1 k.k.s. jest ten, kto ma obowiązek prowadzenia księgi, a takimi podmiotami są podatnik, płatnik lub inkasent, w zależności od rodzaju księgi. Wynika to także z art. 3 pkt 4 Ordynacji podatkowej³, która pojęcie ksiąg podatkowych wiąże z obowiązkiem ich prowadzenia przez te właśnie podmioty.

W przepisach Kodeksu karnego skarbowego pojęcie podatnika zostało normatywnie określone przez odesłanie do ustawy – Ordynacja podatkowa. Zgod-

² Ustawa z 10 września 1999 r. – Kodeks karny skarbowy, Dz.U. z 2013 r. poz. 186, ze zm.

³ Ustawa z 29 sierpnia 1997 r. – Ordynacja podatkowa, Dz.U. z 2012 r. poz. 749, ze zm.; dalej: Ordynacja podatkowa.

nie z art. 53 § 30 k.k.s.: *Użyte w rozdziale 6 kodeksu określenia, a w szczególności: „czynności sprawdzające”, „deklaracja”, „informacja podatkowa”, „inkasent”, „kontrola podatkowa”, „obowiązek podatkowy”, „podatek”, „podatnik”, „płatnik”, „zwrot podatku”, mają znaczenie nadane im w ustawie z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Ordynacja podatkowa (Dz. U. z 2012 r. poz. 749, z późn. zm.), z tym że określenie „podatek” oznacza również zaliczkę na podatek, ratę podatku, a także opłaty oraz inne niepodatkowe należności budżetu państwa o podobnym charakterze daninowym; określenie „podatnik” oznacza również osobę zobowiązaną do uiszczenia opłat oraz niepodatkowych należności budżetu państwa o podobnym charakterze daninowym.*

W Ordynacji podatkowej pojęcie podatnika zostało zdefiniowane w jej art. 7 § 1 jako: *osoba fizyczna, osoba prawna lub jednostka organizacyjna niemająca osobowości prawnej, podlegająca na mocy ustaw podatkowych obowiązkowi podatkowemu.*

Obowiązkiem podatkowym jest zaś – zgodnie z art. 4 Ordynacji podatkowej – wynikająca z ustaw podatkowych nieskonkretyzowana powinność przymusowego świadczenia pieniężnego w związku z zaistnieniem zdarzenia określonego w tych ustawach. Obowiązek podatkowy ciąży więc na podmiocie podatku (określanym mianem podatnika) i musi on znajdować swoje źródło zawsze w ustawie podatkowej, która określa kategorie zdarzeń – takich jak np. uzyskiwanie dochodu lub przychodu przez podatnika – których wystąpienie powoduje powstanie obowiązku podatkowego po jego stronie. Z Ordynacji podatkowej nie wynika, aby małżeństwo miało podmiotowość prawnopodatkową (czyli mogło być uznane za podatnika). Nawet w wypadku łącznego opodatkowania małżonków na gruncie ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych⁴ materialnie mamy do czynienia z dwoma podatnikami (osobami fizycznymi), których dochody sumuje się dla potrzeb wymiaru zobowiązania podatkowego i którzy ponoszą solidarną odpowiedzialność za zobowiązanie podatkowe oraz solidarna jest ich wierzytelność o zwrot nadpłaty⁵. Przy czym chodzi tu o odpowiedzialność podatkową za wykonanie zobowiązania podatkowego (zapłatę podatku), nie zaś o odpowiedzialność karną za przestępstwo lub wykroczenie skarbowe, która jest zawsze spersonalizowana (zindywidualizowana) i dotyczy konkretnego sprawcy czynu zabronionego.

Z ustawy – Ordynacja podatkowa, do której odsyła art. 53 § 30 k.k.s., nie wynika zatem, aby małżonek mógł być uznany za podatnika z tytułu obowiązku podatkowego ciążącego zgodnie z ustawą podatkową na jego współmałżonku.

⁴ Ustawa z 26 lipca 1991 r. o podatku dochodowym od osób fizycznych, Dz.U. z 2012 r. poz. 361, ze zm.

⁵ Zob. art. 92 § 3 Ordynacji podatkowej; por. też M. Niezgódka-Medek, *Komentarz do art. 7 [w:] S. Babiarsz i in., Ordynacja podatkowa. Komentarz*, Warszawa 2011.

W doktrynie prawa karnego skarbowego wskazuje się, że określenie „podatnik”, użyte w art. 54 § 1 k.k.s., jest odniesione do danego rodzaju podatku, co do którego sprawca w realiach konkretnego stanu faktycznego uchyla się od opodatkowania⁶. Podkreślić tu należy, że w orzecznictwie Sądu Najwyższego akcentuje się, iż podatnikiem w rozumieniu norm Kodeksu karnego skarbowego może być tylko ten: *czyj obowiązek podatkowy ma swe źródło w przepisach ustawy podatkowej, określających zobowiązany podmiot oraz przedmiot i stawkę opodatkowania*⁷. Jeżeli więc w świetle przepisów określonej ustawy podatkowej podmiotem danego podatku (podatnikiem) jest jeden ze współmałżonków (np. działalność gospodarcza będąca źródłem przychodu prowadzona jest tylko na imię i nazwisko jednego z nich), to osoby będącej małżonkiem podatnika prowadzącego taką działalność gospodarczą nie można uznać za podatnika w rozumieniu przepisów Kodeksu karnego skarbowego.

Konstatacja ta nie wyklucza jednak *a priori* odpowiedzialności karnoskarbowej małżonka podatnika. Artykuł 9 § 3 k.k.s. – wskazany w treści pytania będącego przedmiotem niniejszej opinii – przewiduje bowiem, że: *Za przestępstwa skarbowe lub wykroczenia skarbowe odpowiada, jak sprawca, także ten, kto na podstawie przepisu prawa, decyzji właściwego organu, umowy lub faktycznego wykonywania zajmuje się sprawami gospodarczymi, w szczególności finansowymi, osoby fizycznej, osoby prawnej albo jednostki organizacyjnej niemającej osobowości prawnej, której odrębne przepisy przyznają zdolność prawną*.

W orzecznictwie Sądu Najwyższego podkreśla się, że przepis art. 9 § 3 k.k.s. poszerza odpowiedzialność karną za sprawstwo w aspekcie podmiotowym. Norma ta rozszerza potencjalny krąg podmiotów czynów zabronionych określonych w Kodeksie karnym skarbowym⁸. Zakres podmiotowy odpowiedzialności przewidzianej w art. 9 § 3 k.k.s. nie ogranicza się wyłącznie do przypadków, gdy zdarzenie podlegające penalizacji miało miejsce w podmiocie określonym kolektywnie (zbiorowo), czyli gdy podatnikiem jest np. osoba prawna, ale również gdy podatnikiem jest osoba fizyczna, a sprawcą przestępstwa jest inna osoba fizyczna zajmująca się sprawami gospodarczymi (w tym także finansowymi) podatnika⁹.

Podstawową przesłanką odpowiedzialności na podstawie art. 9 § 3 k.k.s. jest „zajmowanie się sprawami gospodarczymi, w szczególności finansowymi”, osoby fizycznej lub innych podmiotów wskazanych w tym przepisie. Przy czym

⁶ Zob. G. Łabuda, *Komentarz do art. 54 k.k.s.* [w:] P. Kardas, G. Łabuda, T. Razowski, *Kodeks karny skarbowy. Komentarz*, Warszawa 2012.

⁷ Zob. np. wyrok SN z 1 grudnia 2005 r., sygn. akt IV KK 122/05, LEX nr 171901.

⁸ Zob. wyrok SN z 7 listopada 2013 r., sygn. akt V KK 158/13, LEX nr 1391557; P. Kardas, G. Łabuda, T. Razowski, *Kodeks karny skarbowy. Komentarz*, Warszawa 2012, s. 238–239.

⁹ Zob. wyrok SN z 22 lutego 2006 r., sygn. akt III KK 213/05, LEX nr 181313.

podstawa zajmowania się sprawami gospodarczymi innej osoby została ujęta przez ustawodawcę bardzo szeroko. Może to być:

- przepis prawa,
- decyzja właściwego organu,
- umowa,
- faktyczne wykonywanie czynności składających się na zajmowanie się sprawami gospodarczymi innego podmiotu.

W literaturze przedmiotu zwraca się uwagę, że możliwość zajmowania się sprawami gospodarczymi (w szczególności finansowymi) osoby fizycznej na podstawie przepisu prawa dotyczy między innymi małżonków, którzy na mocy ustawy z 25 lutego 1964 r. – Kodeks rodzinny i opiekuńczy (Dz.U. z 2012 r. poz. 788, ze zm.; dalej: k.r.o.) zajmują się sprawami gospodarczymi wzajemnie wobec siebie na podstawie art. 36 i 36¹ k.r.o., o ile nie odebrano im prawa zarządu majątkiem współmałżonka i nie dokonali ograniczenia lub wyłączenia wspólności ustawowej¹⁰.

Samo pojęcie „zajmowania się sprawami gospodarczymi, w szczególności finansowymi” nie zostało w Kodeksie karnym skarbowym zdefiniowane. W doktrynie i orzecznictwie wyjaśnia się, że pojęcie to obejmuje wszelkiego rodzaju czynności prawne i faktyczne, które są podejmowane w związku z działalnością danego podmiotu. Muszą jednak dotyczyć jego sfery gospodarczej (tzn. sfery organizacji oraz wymiany dóbr i usług), a ściślej finansowej. Nie można natomiast utożsamiać spraw gospodarczych z prowadzeniem działalności gospodarczej. Przy czym w judykaturze i piśmiennictwie powszechnie przyjmuje się, że do zakresu spraw gospodarczych (finansowych) należy w szczególności prowadzenie ksiąg podatkowych podatnika i innych ewidencji dla celów podatkowych, jak i sporządzanie zeznań i deklaracji podatkowych¹¹. Jednakże w literaturze przedmiotu podkreśla się również, że zajmowanie się sprawami gospodarczymi innej osoby musi zakładać pewną samodzielność działania i podejmowania decyzji, a nie jedynie sprowadzać się do czynności pomocniczych czy natury technicznej¹². Stąd wskazuje się, że nie spełnia

¹⁰ Zob. M. Zbrojewska, *Odpowiedzialność karna skarbową osoby zajmującej się sprawami gospodarczymi. Komentarz praktyczny*, Vademecum Doradcy Podatkowego on-line, nr 71513.

¹¹ Zob. *Komentarz do art. 9 k.k.s.* [w:] B. Kurzępa, W. Kotowski, *Kodeks karny skarbowy. Komentarz*, Warszawa 2007; P. Kardas, *Komentarz do art. 9 k.k.s.* [w:] P. Kardas, G. Łabuda, T. Razowski, *Kodeks karny skarbowy. Komentarz*, Warszawa 2012; oraz wyroki SN z: 22 lutego 2006 r., sygn. akt III KK 213/05, LEX nr 181313; 7 listopada 2013 r., sygn. akt V KK 158/03, LEX nr 1391557.

¹² Zob. m.in. *Komentarz do art. 9 k.k.s.* [w:] A. Wielgolewska, A. Piaseczny, *Kodeks karny skarbowy*, Warszawa 2012; G. Bogdan, A. Nita, J. Raglewski, *Kodeks karny skarbowy z komentarzem*, Gdańsk 2007, s. 42.

powyższego wymogu tzw. poradnictwo podatkowe, czyli udzielanie porad, opinii i wyjaśnień podatnikowi, ani też udzielanie im jedynie pomocy w prowadzeniu ksiąg lub sporządzaniu zeznań czy deklaracji podatkowych¹³. Również w orzecznictwie akcentuje się, że działalność polegająca na zajmowaniu się sprawami gospodarczymi (w tym finansowymi) innego podmiotu, obejmująca w szczególności obsługę księgową, powinna mieć charakter stanowczy i decyzyjny, a nie sprowadzać się wyłącznie do czynności „buchalteryjnych” (technicznych)¹⁴.

Ponadto należy zwrócić uwagę, że przepis art. 9 § 3 k.k.s. nie tworzy samodzielnej podstawy odpowiedzialności karnoskarbowej, w tym znaczeniu, że nie penalizuje on odrębnego przestępstwa lub wykroczenia skarbowego. Zarówno w judykaturze, jak i w doktrynie wskazuje się bowiem, że podstawa odpowiedzialności osoby wskazanej w art. 9 § 3 k.k.s. (tj. osoby zajmującej się sprawami gospodarczymi, w tym finansowymi, innej osoby fizycznej, prawnej lub jednostki organizacyjnej nieposiadającej osobowości prawnej) jest nader złożona, gdyż składa się na nią zarówno ten przepis, jak i odpowiedni przepis części szczególnej Kodeksu karnego skarbowego, określający znamiona popełnienia konkretnego czynu zabronionego. Innymi słowy, przesłanka odpowiedzialności tej osoby wystąpi wówczas, gdy jej zachowanie wypełnia zarówno znamiona „zajmowania się sprawami gospodarczymi, w szczególności finansowymi” innego podmiotu, jak i znamiona strony podmiotowej (umyślność lub nieumyślność) i strony przedmiotowej konkretnego przestępstwa lub wykroczenia skarbowego określonego w dziale II Kodeksu karnego skarbowego – Część szczególna, np. przestępstwa wskazanego w art. 54 k.k.s. (uchylanie się od opodatkowania). W wyroku Sądu Najwyższego z 7 listopada 2013 r. (sygn. akt V KK 158/13) wyjaśniono, że sformułowanie użyte w art. 9 § 3 k.k.s., z którym ustawa wiąże sprawstwo przestępstwa lub wykroczenia skarbowego z zajmowaniem się sprawami gospodarczymi, w szczególności finansowymi wymienionych tam podmiotów, nakazuje rozważenie w każdym konkretnym wypadku, czy do owego „zajmowania się sprawami” należą także zachowania wymagane normą sankcjonowaną wyrażoną w konkretnym przepisie prawa karnego skarbowego. Jeśli tak, to za naruszenie tej normy osoba, o której mowa w art. 9 § 3 k.k.s., może odpowiadać jak sprawca.

Dlatego w doktrynie wskazuje się, że przepis art. 9 § 3 w związku z art. 54 k.k.s. znajduje zastosowanie również wówczas, gdy obowiązek ujawnienia przedmiotu opodatkowania lub złożenia deklaracji ciąży na osobie fizycznej, która zajmuje się sprawami gospodarczymi (w tym finansowymi) innej osoby fizycznej – mającej status podatnika – na jednej ze wskazanych w tym przepisie

¹³ Zob. T. Grzegorzcyk, *Kodeks karny skarbowy. Komentarz*, Warszawa 2009, komentarz do art. 9 k.k.s.

¹⁴ Por. uzasadnienie wyroku SN z 22 lutego 2006 r., sygn. akt III KK 213/05.

podstaw¹⁵. Z kolei w odniesieniu do znamion czynu zabronionego z art. 60 § 1 k.k.s. (przestępstwo nieprowadzenia ksiąg) podnosi się, że jak sprawca może odpowiadać także ten, kto spełni warunki wskazane w art. 9 § 3 k.k.s., a więc osoba, której podatnik powierzył prowadzenie księgi, gdy osoba ta zaniecha jej prowadzenia¹⁶.

Przenosząc te ustalenia na grunt niniejszej analizy, należy wskazać, że przypisanie małżonkowi podatnika prowadzącego działalność gospodarczą odpowiedzialności karnej skarbowej na podstawie art. 54 § 2 lub art. 60 § 1 w związku z art. 9 § 3 k.k.s. wymaga wykazania, że zakres spraw gospodarczych (finansowych), jakimi zajmował się małżonek, obligował go do ujawniania przedmiotu lub podstawy opodatkowania lub składania deklaracji podatkowych dotyczących działalności gospodarczej podatnika i że, zaniedbując ten obowiązek, naraził podatek na uszczuplenie (art. 54 k.k.s. w związku z art. 9 § 3 k.k.s.), bądź też wykazania, iż podatnik powierzył małżonkowi prowadzenie ksiąg (art. 60 § 1 k.k.s. w związku z art. 9 § 3 k.k.s.). Innymi słowy, czynności wykonywane przez małżonka podatnika muszą stanowić zastępcze wypełnienie obowiązków podatnika wynikających z art. 54 lub 60 § 1 k.k.s., a ponadto jego zachowanie musi cechować się umyślnością¹⁷.

W sytuacji, gdy działanie małżonka podatnika ograniczało się jedynie do pomocy w prowadzeniu ksiąg podatkowych podatnika, udowodnienie powyższych okoliczności (znamion przestępstwa) w odniesieniu do małżonka może być w praktyce bardzo utrudnione, gdyż sam fakt udzielania pomocy w prowadzeniu ksiąg nie jest równoznaczny z powinnością składania (sporządzania) przez małżonka deklaracji podatkowych podatnika ani nie musi oznaczać, że księgi te zostały powierzone małżonkowi do samodzielnego prowadzenia (i że małżonek miał w tym zakresie swobodę decyzyjną) – a tym samym nie świadczy to o wypełnieniu przesłanek odpowiedzialności karnej z art. 54 lub art. 60 § 1 k.k.s. w związku z art. 9 § 3 k.k.s.

Podsumowanie

Reasumując, w sytuacji, gdy w świetle przepisów określonej ustawy podatkowej podmiotem danego podatku (podatnikiem) jest jeden ze współmałżonków (np. działalność gospodarcza będąca źródłem przychodu jest prowadzona

¹⁵ Zob. G. Łabuda, *Komentarz do art. 54 k.k.s.* [w:] P. Kardas, G. Łabuda, T. Razowski, *Kodeks karny skarbowy. Komentarz*, Warszawa 2012.

¹⁶ Por. T. Grzegorzczak, *Kodeks karny skarbowy. Komentarz*, Warszawa 2009, Komentarz do art. 60 k.k.s.; oraz G. Łabuda, *Komentarz do art. 60 k.k.s.* [w:] P. Kardas, G. Łabuda, T. Razowski, *Kodeks karny skarbowy. Komentarz*, Warszawa 2012.

¹⁷ Por. R. Zabłocki, „Rzeczpospolita” 2005, nr 11, s. 24; oraz wyrok SN z 22 lutego 2006 r., sygn. akt III KK 213/05.

tylko na imię i nazwisko jednego z nich), to osoby będącej małżonkiem podatnika prowadzącego taką działalność gospodarczą nie można uznać za podatnika również na gruncie przepisów Kodeksu karnego skarbowego.

Powyższa konstatacja nie wyklucza jednak *a priori* odpowiedzialności karnoskarbowej małżonka podatnika na podstawie art. 9 § 3 k.k.s. w związku z art. 54 § 2 lub art. 60 § 1 k.k.s., gdy zostanie udowodnione, że małżonek zajmował się sprawami gospodarczymi (finansowymi) podatnika – w czym mieści się również prowadzenie ksiąg podatkowych.

Jednakże nie wypełnia znamion „zajmowania się sprawami gospodarczymi (w szczególności finansowymi)” podatnika aktywność jego małżonka ograniczająca się jedynie do pomocy w prowadzeniu ksiąg podatkowych, jeżeli nie wiąże się ona z określoną samodzielnością decyzyjną małżonka w tym zakresie.

Ustalenie charakteru i rzeczywistego zakresu czynności wykonywanych przez małżonka podatnika wymaga każdorazowo wyjaśnienia wszystkich istotnych okoliczności konkretnego stanu faktycznego. Do przypisania odpowiedzialności karnoskarbowej małżonkowi podatnika na podstawie art. 54 § 2 lub art. 60 § 1 w związku z art. 9 § 3 k.k.s. konieczne jest wypełnienie jego zachowaniem wszystkich znamion przestępstwa określonych w tych przepisach, zarówno znamion strony przedmiotowej w nich wskazanych, jak i znamion strony podmiotowej przestępstwa (w tym umyślności działania sprawcy). Przestępstwa stypizowane w art. 54 i art. 60 k.k.s. można bowiem popełnić wyłącznie umyślnie.

Henryk Dzwonkowski

Opinia prawna na temat statusu zakładu aktywizacji zawodowej w prawie podatkowym¹

Legal opinion concerning the status of a supported employment enterprise under tax law: From the analysis presented in this opinion it is possible to assume that the supported employment enterprise, created by a local self-government authority, which operates in the form of budgetary entity and is a taxpayer on the property in its possession. The author presents a view according to which the municipality is the organizer of that enterprise which is operated by a self-government budgetary entity. It was also claimed that the self-government budgetary entity, as the operator of supported employment enterprise, is required to transfer payments to the latter. In contrast, the municipality is the entity entitled to receive compensation for lost tax revenue, resulting from the real estate tax exemption, regardless of whether it is also the organizer of the supported employment enterprise which is entitled to that exemption.

Keywords: municipality | tax law

Słowa kluczowe: gmina | prawo podatkowe

Profesor zwyczajny nauk prawnych, profesor Uniwersytetu Łódzkiego;
hdzwonkowski@poltax.pl.

Przedmiot opinii

Przedmiotem opinii jest odpowiedź na następujące pytania:

1. Czy zakład aktywności zawodowej (ZAZ), którego zadaniem jest rehabilitacja zawodowa i społeczna, nieposiadający osobowości prawnej jest podatnikiem podatku od nieruchomości, jak stwierdziło Ministerstwo Finansów – Departament Podatków Lokalnych?
2. Czy opinia Ministerstwa Finansów mająca charakter kierunkowy stanowi interpretację prawa, czy na podstawie tej informacji kierownik zakładu ma dokonać korekt w sprawozdaniu finansowym samorządowego zakładu

¹ Opinia sporządzona 22 kwietnia 2014 r. na zlecenie Klubu Poselskiego Sojusz Lewicy Demokratycznej; BAS-WASGiPU-789/14.

budżetowego z tytułu należności dotyczących zwolnień z podatku od nieruchomości za lata 2011, 2012, 2013?

3. Dlaczego Ministerstwo Finansów – Departament Podatków Lokalnych inaczej interpretuje „prowadzącego” ZAZ w przeciwieństwie do Ministerstwa Pracy i Polityki Społecznej oraz wystąpień pokontrolnych Najwyższej Izby Kontroli oraz Regionalnego Ośrodka Polityki Społecznej w Poznaniu?
4. Kto jest prowadzącym zakład aktywności zawodowej? Czy prowadzący to ZAZ nieposiadający osobowości prawnej, działający w formie samorządowego zakładu budżetowego, czy gmina, która go utworzyła i w imieniu zakładu podpisuje umowy na dofinansowanie?
5. Kto powinien wpłacać środki z tytułu zwolnień od podatku od nieruchomości? Gmina czy ZAZ? Jeżeli ZAZ, to należy wskazać środki, bo w katalogach wydatków środków, którymi dysponuje zakład aktywności zawodowej, nie ma takiego rodzaju wydatku (zgodnie z interpretacją Ministerstwa Pracy i Polityki Społecznej).

Analiza prawna zagadnień poruszonych w zadanych pytaniach

Podstawą prawną dla zagadnień poruszonych w przedstawionych powyżej pytaniach są:

- Konstytucja RP z 2 kwietnia 1997 r. (Dz.U. nr 78, poz. 483, ze zm.),
- ustawa z 27 sierpnia 1997 r. o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych (Dz.U. z 2011 r. nr 127, poz. 721, ze zm.; dalej: u.r.z.s.),
- ustawa z 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz.U. z 2013 r. poz. 885, ze zm.; dalej: u.f.p.),
- ustawa z 12 stycznia 1991 r. o podatkach i opłatach lokalnych (Dz.U. z 2010 r. nr 95, poz. 613, ze zm.; dalej: u.p.o.l.),
- ustawa z 26 czerwca 1974 r. – Kodeks pracy (Dz.U. z 1998 r. nr 21, poz. 94),
- ustawa z 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym (Dz.U. z 2013 r. poz. 594, ze zm.),
- ustawa z 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz.U. z 2014 r. poz. 121; dalej: k.c.),
- rozporządzenie Ministra Finansów z 7 grudnia 2010 r. w sprawie sposobu prowadzenia gospodarki finansowej jednostek budżetowych i samorządowych zakładów budżetowych (Dz.U. nr 241, poz. 1616; dalej: rozporządzenie w sprawie sposobu prowadzenia gospodarki finansowej jednostek budżetowych i samorządowych zakładów budżetowych),

- rozporządzenie Ministra Pracy i Polityki Społecznej z 17 lipca 2012 r. w sprawie zakładów aktywności zawodowej (Dz.U. poz. 850; dalej: rozporządzenie w sprawie zakładów aktywności zawodowej).

Ad 1.

Zgodnie z art. 164 ust. 1 i 3 Konstytucji RP podstawową jednostką samorządu terytorialnego jest gmina, która wykonuje wszystkie zadania samorządu terytorialnego niezastrzeżone dla innych jednostek samorządu terytorialnego. Z kolei ustawa kształtująca ustrój gmin, tj. ustawa o samorządzie gminnym z 8 marca 1990 r. upoważnia organy stanowiące jednostek samorządu terytorialnego do tworzenia samorządowych jednostek organizacyjnych w celu wykonywania powierzonych im zadań. Mogą to być jednostki działające w formach wynikających z ustawy o finansach publicznych (jednostki budżetowe, samorządowe zakłady budżetowe, rachunki dochodów przy jednostkach budżetowych prowadzących działalność określoną w ustawie o systemie oświaty lub samorządowe osoby prawne, o których mowa w art. 9 pkt 14 u.f.p.)². Jednostki samorządu terytorialnego mają zatem pewną swobodę w zakresie wyboru formy organizacyjnej, za pomocą której realizowane będą zadania owej jednostki.

W art. 14 u.f.p. został wskazany katalog zadań własnych jednostek samorządu terytorialnego, które mogą być wykonywane przez samorządowe zakłady budżetowe. Innymi słowy, gminy mogą tworzyć samorządowe zakłady budżetowe wyłącznie do wykonywania zadań własnych gminy i tylko w zakresie określonym we wskazanym wyżej przepisie. Oznacza to, że w formie samorządowego zakładu budżetowego mogą być realizowane jedynie działania o charakterze użyteczności publicznej³.

Samorządowy zakład budżetowy jest jednostką wyodrębnioną w stosunku do tworzącej go jednostki samorządu terytorialnego pod względem organizacyjnym, majątkowym oraz finansowym, działa w imieniu podmiotu, który go utworzył. Zakład nie ma osobowości prawnej. Komunalny zakład budżetowy został wyróżniony jako forma prawa budżetowego prowadzenia gospodarki komunalnej, a więc do prowadzenia zadań o charakterze użyteczności publicznej⁴. Samorządowy zakład budżetowy ma jednak przyznane przepisami prawa liczne własne prawa i obowiązki, wskazujące na jego podmiotowość prawną. Są to między innymi obowiązki określone przepisami prawa pracy (np. zakład budżetowy, w którego imieniu działa jego kierownik, jest pracodawcą w rozumieniu art. 3 u.k.p.). Jest on również samodzielnym podmiotem umowy rachunku bankowego (§ 35 ust. 1 rozporządzenia w sprawie sposobu prowadze-

² Zob. *Ustawa o finansach publicznych. Komentarz*, P. Smoleń (red.), Warszawa 2014, s. 168.

³ *Ibidem*, s. 219.

⁴ Por. wyrok WSA w Poznaniu, sygn. akt IV SA/Po 246/11.

nia gospodarki finansowej jednostek budżetowych i samorządowych zakładów budżetowych), może być także podmiotem praw i obowiązków podatkowych (odrębnym od tworzącej go jednostki samorządu terytorialnego).

Zgodnie z treścią art. 3 u.p.o.l. podatnikami podatku od nieruchomości są osoby fizyczne, osoby prawne, jednostki organizacyjne, w tym spółki nieposiadające osobowości prawnej, będące:

1. właścicielami nieruchomości lub obiektów budowlanych, z pewnymi zastrzeżeniami (art. 3 ust. 1 u.p.o.l.),
2. posiadaczami samoistnymi nieruchomości lub obiektów budowlanych,
3. użytkownikami wieczystymi gruntów,
4. posiadaczami nieruchomości lub ich części albo obiektów budowlanych lub ich części, stanowiących własność Skarbu Państwa lub jednostki samorządu terytorialnego, jeżeli posiadanie:
  - a) wynika z umowy zawartej z właścicielem, Agencją Własności Rolnej Skarbu Państwa lub z innego tytułu prawnego, z wyjątkiem posiadania przez osoby fizyczne lokali mieszkalnych niestanowiących odrębnych nieruchomości,
  - b) jest bez tytułu prawnego, z zastrzeżeniami zawartymi w art. 3 ust. 2 u.p.o.l.

Artykuł 3 ust. 2 u.p.o.l. wskazuje, że obowiązek podatkowy, dotyczący przedmiotów opodatkowania wchodzących w skład Zasobu Własności Rolnej Skarbu Państwa lub będących w zarządzie Państwowego Gospodarstwa Leśnego Lasy Państwowe, ciąży odpowiednio na jednostkach organizacyjnych Agencji Własności Rolnej Skarbu Państwa i jednostkach organizacyjnych Lasów Państwowych, faktycznie władających nieruchomościami lub obiektami budowlanymi.

Innymi słowy, co do zasady podatnikami podatku od nieruchomości są właściciele nieruchomości lub obiektów budowlanych, ich posiadacze samoistni oraz użytkownicy wieczystości gruntów. Wyjątek od tej zasady dotyczy między innymi nieruchomości stanowiących własność jednostek samorządu terytorialnego znajdujących się w posiadaniu innych podmiotów. Jeżeli zatem nieruchomości stanowiące własność gminy znajdują się w posiadaniu innej jednostki organizacyjnej, nawet nieposiadającej osobowości prawnej, podatnikiem podatku od nieruchomości jest owa jednostka organizacyjna, w której posiadaniu nieruchomość się znajduje. Zgodnie z treścią art. 336 k.c. posiadaczem rzeczy jest zarówno ten, kto nią faktycznie włada jak właściciel (posiadacz samoistny), jak i ten, kto nią faktycznie włada jak użytkownik, zastawnik, najemca, dzierżawca lub mający inne prawo, z którym łączy się określone władztwo nad cudzą rzeczą (posiadacz zależny).

W odniesieniu do powyższego należy wskazać, że jeżeli zakład aktywności zawodowej prowadzony jest przez gminę w formie samorządowego zakładu budżetowego (jak wynika z treści pytania czwartego), to utworzenie samorzą-

dowego zakładu budżetowego wiąże się z określeniem przez organ stanowiący jednostki samorządu terytorialnego stanu wyposażenia zakładu w środki obrotowe oraz składniki majątkowe przekazane zakładowi w użytkowanie (art. 16 ust. 2 pkt 4 u.f.p.). Tym samym zakład wchodzi w posiadanie owych składników majątkowych, w tym także nieruchomości. W związku z posiadaniem nieruchomości stanowiących własność jednostki samorządu terytorialnego zakład aktywności zawodowej prowadzony w formie samorządowego zakładu budżetowego staje się podatnikiem podatku od nieruchomości w stosunku do owych nieruchomości. Na mocy art. 7 ust. 2 pkt 4 u.p.o.l. jest to podatek zwolniony (zob. szerzej odpowiedź na pytanie czwarte).

Ad 2.

Opinia Ministerstwa Finansów z 17 stycznia 2014 r. (nr PL/LS/833/112/APQ/13/RD-5843/14), jak stwierdza się w jej treści, nie stanowi interpretacji indywidualnej z zakresu prawa podatkowego w rozumieniu art. 14b Ordynacji podatkowej, a jedynie przedstawienie stanowiska Ministerstwa Finansów w sprawie. Opinia tego rodzaju nie jest wiążąca dla podmiotu występującego z zapytaniem ani organów podatkowych właściwych w sprawie. Należy jednak wskazać, że istnieje procedura, uregulowana w art. 14b–14p Ordynacji podatkowej, umożliwiająca uzyskanie przez wnioskodawcę stanowiska w sprawie w formie indywidualnej interpretacji przepisów prawa podatkowego. Wskazana wyżej opinia nie może być tym bardziej uznana za interpretację ogólną przepisów prawa podatkowego, gdyż z treści tej opinii nie wynika, że podstawą prawną jej wydania jest art. 14a Ordynacji podatkowej.

Ad 3.

Rozbieżności w interpretacjach przepisów przez różne organy administracji państwowej i samorządowej są zjawiskiem powszechnym. Pojawiają się one także w łonie tego samego nawet scentralizowanego aparatu, jakim jest na przykład resort finansów. Aby to zjawisko ograniczyć, ustawodawca powołuje niekiedy specjalne instytucje prawne. W Ordynacji podatkowej są to na przykład tzw. interpretacje podatkowe. Mimo takich prób ujednolicenia stosowania prawa, nadal dochodzi do rozbieżności. Niekiedy ustawodawca wiedziony mylnym założeniem sam generuje takie zjawiska, kierując się jak najlepszą wolą. Projektuje się na przykład wprowadzenie zasady *in dubio pro tributario* (w razie wątpliwości rozstrzygać na korzyść podatnika). Projektodawcy tego przepisu nie zdają sobie jednak sprawy z tego, że uprawnienie takie stworzy dowolność interpretacji różnych podmiotów przez to, iż u każdego interpretującego wątpliwości wywołać mogą różne przepisy na różnych etapach interpretacji. Taka norma może się nawet przekształcić w swoiste roszczenie procesowe o korzystną dla podatnika interpretację. Na pewno zaś nierozumiejący podatków pełnomocnicy podatników będą tę zasadę wykorzystywali bez ograniczeń

i bez skrupułów. W sumie zjawisko rozbieżności interpretacyjnych można uznać za powszechne, a jest ono następstwem wielu okoliczności od niejasności prawa poczynając, a na zróżnicowanej ocenie interpretatorów kończąc.

Ad 4.

W myśl art. 29 ust. 1 u.r.z.s. gmina, powiat oraz fundacja, stowarzyszenie lub inna organizacja społeczna, której statutowym zadaniem jest rehabilitacja zawodowa i społeczna osób niepełnosprawnych, zwane dalej „organizatorem”, może utworzyć wyodrębnioną organizacyjnie i finansowo jednostkę i uzyskać dla tej jednostki status zakładu aktywności zawodowej, jeżeli wskazana jednostka spełnia warunki, o których mowa w pkt 1–4 powołanego ustępu pierwszego.

Zgodnie z art. 31 ust. 1 pkt 1 lit. a u.r.z.s. prowadzący zakład pracy chronionej spełniający warunek, o którym mowa w art. 28 ust. 1 pkt 1 lit. b, lub zakład aktywności zawodowej w stosunku do tego zakładu jest zwolniony z podatków, z zastrzeżeniem ust. 2, z tym że z podatków od nieruchomości, rolnego i leśnego – na zasadach określonych w przepisach odrębnych.

Prowadzący zakład aktywności zawodowej przekazuje środki uzyskane z tytułu zwolnień, o których mowa w ust. 1, oraz wpływy z dochodu związanego z prowadzeniem działalności gospodarczej na zakładowy fundusz aktywności (art. 31 ust. 4).

Jak wynika z powyższego ustawodawca w ramach ustawy o rehabilitacji zawodowej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych posługuje się dwoma pojęciami:

- a) w art. 29 mówi się o „organizatorze” zakładu aktywności zawodowej, którym może być m.in. gmina,
- b) w art. 31 ustawodawca używa natomiast pojęcia „prowadzący” zakład aktywności zawodowej.

Jeżeli ustawodawca posługuje się w ramach aktu prawnego określonym pojęciem, to należy w ramach tego aktu nadawać mu to samo znaczenie. *A contrario*, jeżeli ustawodawca posługuje się różnymi pojęciami, należy nadawać im odmienne znaczenie.

Nie należy zatem na gruncie ustawy o rehabilitacji zawodowej i społecznej utożsamiać pojęć „organizatora” oraz „prowadzącego” zakład aktywności zawodowej. W świetle powyższego i treści odpowiedzi na pytanie pierwsze, za organizatora ZAZ w rozumieniu ustawy należy uznać gminę, natomiast za prowadzącego ZAZ – samorządowy zakład budżetowy, jako wyodrębnioną jednostkę sektora finansów publicznych.

Ad 5.

W powołanym w odpowiedzi na pytanie czwarte art. 31 ust. 1 pkt 1 lit. a u.r.z.s. znajduje się odesłanie do przepisów zwalniających podmiot prowa-

dzący zakład aktywności zawodowej od podatku od nieruchomości, tj. przepisów ustawy o podatkach i opłatach lokalnych.

Mocą art. 7 ust. 2 pkt 4 u.p.o.l. od podatku od nieruchomości zwalnia się prowadzących zakłady pracy chronionej spełniające warunek, o którym mowa w art. 28 ust. 1 pkt 1 lit. b u.r.z.s., lub zakłady aktywności zawodowej w zakresie przedmiotów opodatkowania zgłoszonych wojewodzie, jeżeli zgłoszenie zostało potwierdzone decyzją w sprawie przyznania statusu zakładu pracy chronionej lub zakładu aktywności zawodowej albo zaświadczeniem – zajętych na prowadzenie tego zakładu, z wyjątkiem przedmiotów opodatkowania znajdujących się w posiadaniu zależnym podmiotów niebędących prowadzącymi zakłady pracy chronionej spełniające warunek, o którym mowa w art. 28 ust. 1 pkt 1 lit. b u.r.z.s., lub zakłady aktywności zawodowej.

Zgodnie z treścią art. 31 ust. 4 u.r.z.s. to prowadzący zakład aktywności zawodowej (a nie jego organizator) przekazuje środki uzyskane z tytułu zwolnień w podatku od nieruchomości na zakładowy fundusz aktywności.

Jak zostało wskazane w odpowiedzi na pytanie czwarte, jeżeli zakład aktywności zawodowej prowadzony jest w formie samorządowego zakładu budżetowego, to za prowadzącego ZAZ (w świetle rozważań zawartych w odpowiedzi na pytanie pierwsze) należy uznać ów samorządowy zakład budżetowy.

Jednocześnie należy wskazać, że w treści rozporządzenia w sprawie zakładów aktywności zawodowej został wymieniony katalog kosztów działania ZAZ. W § 8 ust. 1 rozporządzenia wskazuje się katalog kosztów działania ZAZ, które mogą być sfinansowane ze środków Państwowego Funduszu Rehabilitacji Osób Niepełnosprawnych (PFRON), w ramach którego nie przewidziano *expressis verbis* możliwości przeznaczenia środków pozyskanych z PFRON na sfinansowanie kosztów podatku od nieruchomości. Ustalenie katalogu kosztów działania ZAZ jest decyzją prawodawcy, przy czym rozważyć należy brzmienie § 8 ust. 1 pkt 12 powyższego rozporządzenia, który stanowi, że ze środków PFRON mogą być finansowane także inne wydatki, niezbędne do realizacji rehabilitacji, obsługi i prowadzenia działalności wytwórczej lub usługowej. Prowadzenie zgodnej z prawem działalności bez uiszczania zobowiązań publicznoprawnych, w tym podatków nie jest możliwe. Kwoty podatków należy zatem uznać za koszty wpisujące się w katalog innych wydatków niezbędnych do prowadzenia przez ZAZ działalności. Fakt zwolnienia zakładu aktywności zawodowej z podatku od nieruchomości stanowi jedynie wyraz preferencji ustawodawcy dla działalności prowadzonej przez ten podmiot (przy jednoczesnym zobowiązaniu ZAZ do przekazania równowartości kwoty podatku od nieruchomości objętej zwolnieniem na zakładowy fundusz aktywności – zob. art. 31 ust. 4 u.r.z.s.).

Na mocy art. 47 ust. 2 u.r.z.s. PFRON obowiązany jest przeznaczyć na rekompensowanie gminom dochodów utraconych na skutek zastosowania ustawowych zwolnień, o których mowa w art. 31 ust. 1 pkt 1 u.r.z.s., w wysokości utraconych dochodów.

Wnioski

Wobec powyższego, z obowiązujących przepisów wynika, że zobowiązanym do przekazania wpłat na zakładowy fundusz aktywności jest prowadzący zakład aktywności zawodowej, czyli samorządowy zakład budżetowy, podmiotem uprawnionym do otrzymania rekompensaty z tytułu utraconych dochodów z podatku od nieruchomości w wyniku zwolnienia z podatku od nieruchomości jest wierzyciel podatkowy, czyli gmina, niezależnie od tego, że jest również organizatorem zakładu aktywności zawodowej, któremu przysługuje zwolnienie podatkowe.

3

**STANOWISKA SEJMU
W SPRAWACH PRZED
TRYBUNAŁEM
KONSTYTUCYJNYM**

Krzysztof Oplustil

Projekt stanowiska Sejmu w sprawie o sygn. akt P 6/13¹

Sejm draft position on the case ref. no. P 6/13: In assessing the constitutionality of the contested Article 215, para. 2 of the Real Estate Management Act, it was stated that it is important to ascertain whether the differentiation of former owners, based on the criterion of deprivation of physical possession of the plot after 5 April 1958, was justified, and therefore whether it has such essential nature that justifies different treatment of similar entities. Pointing to the special status of the right to compensation, as stressed in the jurisprudence of the Constitutional Tribunal, the author claims, however, that claiming the right to compensation cannot be limited by an incidental and historical time criterion, which is the date of entry into force of the Act of 1958, even if the economic reasons argue for that approach. Given the above, it was found that Article 215 para. 2 of the Act, to the extent of the above interpretation, is inconsistent with the provisions of the Constitution.

Keywords: land | Warsaw | Constitution | Constitutional Tribunal
Słowa kluczowe: grunty | Warszawa | Konstytucja | Trybunał Konstytucyjny

Doktor hab. nauk prawnych, Uniwersytet Jagielloński, ekspert ds. legislacji BAS;
krzysztof.oplustil@uj.edu.pl.

Na podstawie art. 34 ust. 1 w związku z art. 27 pkt 2 ustawy z dnia 1 sierpnia 1997 r. o Trybunale Konstytucyjnym (Dz. U. Nr 102, poz. 643, ze zm.), w imieniu Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej przedkładam wyjaśnienia w sprawie pytania prawnego Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z 18 stycznia 2013 r. (sygn. akt P 6/13), jednocześnie wnosząc o uznanie, że art. 215 ust. 2 ustawy z dnia 21 sierpnia 1997 r. o gospodarce nieruchomościami (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 102, poz. 651, ze zm.) w zakresie, w jakim uzależnia prawo do odszkodowania za działkę, która przed dniem wejścia w życie dekretu z dnia 26 października 1945 r. o własności i użytkowaniu gruntów na obszarze m.st. Warszawy (Dz. U. Nr 50, poz. 279) mogła być przeznaczona pod budownictwo jednorodzinne, od pozbawienia poprzedniego właściciela działki bądź jego następców prawnych faktycznej możliwości władania nią po dniu 5 kwietnia 1958 r., **jest niezgodny** z art. 2, art. 32 ust. 1 i art. 64 ust. 2 Konstytucji.

¹ Projekt sporządzony 17 stycznia 2014 r.; sygn. akt P 6/13; BAS-WPTK-678/13.

Uzasadnienie

I. Przedmiot kontroli, stan faktyczny i zarzuty pytającego sądu

1. Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie (dalej: WSA albo pytający sąd) postanowieniem z 18 stycznia 2013 r. zwrócił się do Trybunału Konstytucyjnego z pytaniem prawnym, czy art. 215 ust. 2 ustawy z dnia 21 sierpnia 1997 r. o gospodarce nieruchomościami (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 102, poz. 651, ze zm.; dalej: u.g.n.) w zakresie, w jakim uzależnia prawo do odszkodowania od pozbawienia poprzedniego właściciela nieruchomości bądź jego następców prawnych faktycznej możliwości władania nieruchomością po dniu 5 kwietnia 1958 r., jest zgodny z art. 2, art. 32 ust. 1 i art. 64 ust. 2 Konstytucji.

Przedmiotem kontroli konstytucyjnej jest więc art. 215 ust. 2 u.g.n., zgodnie z którym przepisy tej ustawy dotyczące odszkodowania za wywłaszczone nieruchomości stosuje się odpowiednio do domu jednorodzinnego, jeżeli przeszedł on na własność państwa po 5 kwietnia 1958 r., oraz do działki, która przed dniem wejścia w życie dekretu z dnia 26 października 1945 r. o własności i użytkowaniu gruntów na obszarze m.st. Warszawy mogła być przeznaczona pod budownictwo jednorodzinne, jeżeli poprzedni właściciel bądź jego następcy prawni zostali pozbawieni faktycznej możliwości władania nią po 5 kwietnia 1958 r. W ramach przyznanego odszkodowania poprzedni właściciel bądź jego następcy prawni mogą otrzymać w użytkowanie wieczyste działkę pod budowę domu jednorodzinnego.

2. W sprawie rozpatrywanej przez pytający sąd G.B. (dalej: wnioskodawczyni) złożyła wniosek o ustalenie odszkodowania za nieruchomość położoną w Warszawie przy ul. Niekłańskiej 8, która została objęta działaniem dekretu z dnia 26 października 1945 r. o własności i użytkowaniu gruntów na obszarze m.st. Warszawy (Dz. U. Nr 50, poz. 279; dalej: dekret warszawski z 1945 r.). Prezydent m.st. Warszawy, jako organ pierwszej instancji, decyzją z 15 lutego 2012 r. (nr 107/GK/DW/2012), dotyczącą części przedmiotowej nieruchomości, odmówił przyznania wnioskodawczyni odszkodowania za działki ewidencyjne nr 76 i 81 z obrębu 3-01-10, zabudowane budynkiem mieszkalnym i budynkiem szpitala. W uzasadnieniu organ wskazał, że w świetle art. 215 ust. 2 u.g.n. ustalenie odszkodowania za nieruchomości objęte działaniem dekretu warszawskiego z 1945 r. wymaga łącznego spełnienia dwóch warunków: 1) działka przed dniem wejścia w życie tego dekretu mogła być przeznaczona pod budownictwo jednorodzinne oraz 2) poprzedni właściciel lub jego następcy prawni zostali pozbawieni faktycznej możliwości władania nią po 5 kwietnia 1958 r. (w uzasadnieniu pytania prawnego omyłkowo podano datę 5 kwietnia 1945 r.). W toku postępowania organ pierwszej instancji ustalił spełnienie przesłanki przeznaczenia przedmiotowej nieruchomości pod budownictwo jednorodzinne, zarazem jednak stwierdził, że utrata możliwości władania przez byłego właściciela działką nr 76 i 81 nastąpiła przed 5 kwietnia

1958 r., co stało się podstawą do odmowy przyznania odszkodowania za wyżej wymienioną nieruchomość.

Wnioskodawczyni złożyła odwołanie od decyzji Prezydenta m.st. Warszawy do Wojewody Mazowieckiego, który decyzją z 21 sierpnia 2012 r. (nr 1362/2012) utrzymał w mocy zaskarżoną decyzję. Organ odwoławczy wskazał, że rozstrzygnięcie organu pierwszej instancji było prawidłowe i zgodne z regulacją zawartą w art. 215 ust. 2 u.g.n., ponieważ z materiału dowodowego wynika, iż poprzedni właściciel przedmiotowej nieruchomości utracił możliwość faktycznego władania nią przed 5 kwietnia 1958 r.

Na decyzję Wojewody Mazowieckiego wnioskodawczyni złożyła skargę do pytającego sądu, wnosząc o uchylenie zaskarżonej decyzji i decyzji ją poprzedzającej, zarzucając im naruszenie m.in. art. 215 ust. 2 u.g.n. Rozpatrując skargę, WSA powziął wątpliwości co do zgodności tego przepisu z Konstytucją i wystąpił z pytaniem prawnym do Trybunału Konstytucyjnego, od którego rozstrzygnięcia zależy, w ocenie pytającego sądu, rozstrzygnięcie toczącej się przed nim sprawy.

3. Jak wskazał WSA, zakwestionowany przepis, wymagając dla przyznania odszkodowania spełnienia przesłanki polegającej na pozbawieniu strony faktycznej możliwości władania nieruchomości po 5 kwietnia 1958 r., daje podstawę do otrzymania odszkodowania jedynie ograniczonej grupie osób pozbawionych prawa własności nieruchomości warszawskich na mocy dekretu warszawskiego z 1945 r. Zdaniem pytającego sądu art. 215 ust. 2 u.g.n. stanowi kontynuację regulacji zawartych w: art. 53 ust. 1 ustawy z dnia 12 marca 1958 r. o zasadach i trybie wywłaszczania nieruchomości (Dz. U. Nr 18, poz. 94, ze zm.) oraz art. 83 ustawy z dnia 29 kwietnia 1985 r. o gospodarce gruntami i wywłaszczaniu nieruchomości (Dz. U. Nr 22, poz. 99, ze zm.). Ograniczenie przewidziane w wymienionej wyżej ustawie z 1958 r. stanowiło jednocześnie uzupełnienie regulacji odszkodowawczej ujętej w art. 9 dekretu warszawskiego z 1945 r. Jak zaznaczył pytający sąd, obecnie jednak brak jest jakiegokolwiek uzasadnienia dla utrzymania takiej daty granicznej, a zróżnicowanie sytuacji prawnej poprzednich właścicieli, opierającej się na niemającej istotnego znaczenia dacie 5 kwietnia 1958 r., wywołuje wątpliwości co do zgodności z zasadą równości wyrażoną w art. 32 ust. 1 Konstytucji. Osoby, które mogły korzystać z nieruchomości objętych dekretem warszawskim z 1945 r. dłużej niż do 5 kwietnia 1958 r., traktowane są lepiej niż osoby, które nie miały możliwości korzystania z nieruchomości przejętych na podstawie tego dekretu już w okresie wcześniejszym, tj. od 1945 r. Skutkuje to, w ocenie pytającego sądu, nieuzasadnionym zróżnicowaniem właścicieli wywłaszczonych nieruchomości warszawskich i ich następców prawnych ze względu na datę utraty władztwa nad nieruchomością. Wnioskodawczyni w sprawie rozpatrywanej przez pytający sąd jest, jego zdaniem, dyskryminowana w stosunku do osób, które utraciły władztwo nad przejętą nieruchomością dopiero po 5 kwietnia 1958 r., ponieważ nie może skutecznie dochodzić odszkodowania za wywłaszczoną

nieruchomość z uwagi na niespełnienie jednej z przesłanek przewidzianych w art. 215 ust. 2 u.g.n. W ocenie pytającego sądu trudno obiektywnie wskazać jakąkolwiek wartość konstytucyjną, która uzasadniałaby takie rozróżnienie. Odjęcie prawa do odszkodowania za utraconą własność nieruchomości ze względu na datę pozbawienia poprzedniego właściciela władztwa faktycznego nad tą nieruchomością (działką) stanowi, zdaniem sądu, zaprzeczenie konstytucyjnej zasady równości, a także zasady demokratycznego państwa prawnego (art. 2 Konstytucji) „z punktu widzenia ochrony praw wskazanych w art. 32 ust. 1 i art. 64 ust. 2 Konstytucji”. Ponadto pytający sąd zarzuca zakwestionowanej regulacji ustawowej sprzeczność z zasadą zaufania obywatela do państwa i stanowionego przez nie prawa oraz z zasadą poprawnej legislacji.

II. Analiza formalnoprawna

1. W myśl art. 193 Konstytucji oraz art. 3 ustawy z dnia 1 sierpnia 1997 r. o Trybunale Konstytucyjnym (Dz. U. Nr 102, poz. 643, ze zm.; dalej: ustawa o TK), każdy sąd może przedstawić Trybunałowi pytanie prawne co do zgodności aktu normatywnego z Konstytucją, ratyfikowanymi umowami międzynarodowymi lub ustawą, jeżeli od odpowiedzi na pytanie prawne zależy rozstrzygnięcie sprawy toczącej się przed sądem. Wymogi formalne warunkujące dopuszczalność pytania prawnego są określone trzema przesłankami: a) podmiotową – wedle której może to uczynić jedynie sąd, rozumiany jako państwowy organ władzy sądowniczej, odrębny i niezależny od legislatury i egzekutywy, b) przedmiotową – w myśl której przedmiotem pytania prawnego może być wyłącznie ocena zgodności aktu normatywnego z Konstytucją, ratyfikowanymi umowami międzynarodowymi lub ustawą, c) funkcjonalną – uzasadniającą wystąpienie z pytaniem tylko wtedy, gdy od odpowiedzi na nie zależy rozstrzygnięcie konkretnej sprawy toczącej się (zawisłej) przed sądem (zob. postanowienia TK z: 29 marca 2000 r., sygn. akt P 13/99; 12 kwietnia 2000 r., sygn. akt P 14/99; 10 października 2000 r., sygn. akt P 10/00; 4 października 2010 r., sygn. akt P 12/08, oraz powoływana tam literatura przedmiotu).

Zgodnie ze stanowiskiem Trybunału Konstytucyjnego postępowanie zainicjowane pytaniem prawnym służy kontroli konstytucyjności przepisów w związku z konkretną sprawą zawisłą przed sądem, na gruncie której pojawiła się wątpliwość co do legalności lub co do konstytucyjności przepisu prawnego, który ma być zastosowany w tej właśnie sprawie (zob. wyrok TK z 6 marca 2002 r., sygn. akt P 7/00; postanowienie TK z 19 grudnia 2006 r., sygn. akt P 25/05). Merytorycznej kontroli Trybunału w trybie pytania prawnego podlegają zatem tylko te przepisy, od których interpretacji lub zastosowania zależy rozstrzygnięcie sprawy toczącej się przed pytającym sądem (zob. wyrok TK z 16 listopada 2004 r., sygn. akt P 19/03).

2. W ocenie Sejmu przytoczone wyżej formalne przesłanki pytania prawnego należy uznać za spełnione. Zakwestionowany przepis art. 215 ust. 2 u.g.n.

stanowił podstawę wydanych w sprawie decyzji administracyjnych, a stwierdzenie jego niekonstytucyjności skutkować będzie ich uchyleniem przez pytający sąd.

Na tę ocenę nie wpływa okoliczność, że art. 215 ust. 2 u.g.n. był już przedmiotem konstytucyjnej kontroli Trybunału (zainicjowanej skargą konstytucyjną) w zakresie zgodności z art. 64 ust. 2 w związku z art. 32 ust. 1 oraz w związku z art. 31 ust. 1 Konstytucji. W wyroku z 13 czerwca 2011 r. (sygn. akt SK 41/09) Trybunał uznał, że art. 215 ust. 2 u.g.n. w zakresie, w jakim pomija stosowanie przepisów ustawy o gospodarce nieruchomościami dotyczących odszkodowań za wywłaszczone nieruchomości do nieruchomości, które przeszły na własność gminy m.st. Warszawy lub państwa na podstawie dekretu warszawskiego z 1945 r., innych niż domy jednorodzinne, jeżeli przeszły one na własność państwa po 5 kwietnia 1958 r., i działek, które przed dniem wejścia w życie powołanego dekretu mogły być przeznaczone pod budownictwo inne niż jednorodzinne, jeżeli poprzedni właściciele lub ich następcy prawni zostali pozbawieni faktycznej możliwości władania nimi po 5 kwietnia 1958 r., jest niezgodny z art. 64 ust. 2 w związku z art. 32 ust. 1 oraz w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji.

Przywołany wyrok Trybunału Konstytucyjnego dotyczy art. 215 ust. 2 u.g.n. w odmiennym zakresie zastosowania niż ten, do którego odnosi się pytanie prawne inicjujące niniejsze postępowanie. W uzasadnieniu tego wyroku Trybunał zaznaczył m.in., że zakres jego kontroli determinowany jest zakresem żądania zawartego w *petitum* skargi konstytucyjnej, który, zgodnie z art. 66 ustawy o TK, jest dla Trybunału wiążący. „W szczególności znaczy to, że Trybunał nie bada innych przesłanek uprawniających do odszkodowania wymienionych w art. 215 ust. 2 u.g.n., w tym kwestii prawa do odszkodowania osób, które utraciły własność nieruchomości na podstawie dekretu warszawskiego przed 5 kwietnia 1958 r.” Nie jest więc spełniona przesłanka zbędności wydania orzeczenia TK z uwagi na zasadę *ne bis in idem*, ponieważ kontrola konstytucyjności tego przepisu w zakresie określonym przez pytający sąd nie będzie prowadzić do naruszenia tej zasady.

3. W *petitum* pytania prawnego WSA odnosi się do „pozbawienia poprzedniego właściciela nieruchomości bądź jego następców prawnych faktycznej możliwości władania nieruchomością po dniu 5 kwietnia 1958 r.”. W art. 215 ust. 2 u.g.n., którego zakresowej kontroli domaga się pytający sąd, mowa jest jednak o „działce, która przed dniem wejścia w życie dekretu wymienionego w ust. 1 (tj. dekretu warszawskiego z 1945 r. – uwaga K.O.) mogła być przeznaczona pod budownictwo jednorodzinne, jeżeli poprzedni właściciel bądź jego następcy prawni zostali pozbawieni faktycznej możliwości władania nią po dniu 5 kwietnia 1958 r.”. Również w sprawie, na kanwie której WSA sformułował pytanie prawne, będące środkiem inicjującym konkretną, a nie abstrakcyjną kontrolę konstytucyjności, nie chodziło o jakąkolwiek nieruchomość, ale właśnie

o działkę, która spełniała przesłankę przeznaczenia pod budownictwo jednorodzinne. Z tego powodu, a także z uwagi na okoliczność, że zakres pojęcia nieruchomości w ustawie o gospodarce nieruchomościami jest szerszy niż pojęcie działki występujące w kwestionowanym przepisie, zasadne jest, w ocenie Sejmu, odpowiednie doprecyzowanie *petitum* niniejszego stanowiska przez wskazanie, że dotyczy ono wyłącznie działki, o której mowa w art. 215 ust. 2 u.g.n.

4. Jako wzorce konstytucyjnej kontroli w uzasadnieniu pytania prawnego WSA powołał, oprócz wskazanych w sentencji postanowienia z 18 stycznia 2013 r., zasady równości i równej ochrony praw majątkowych (art. 32 ust. 1 i art. 64 ust. 2 Konstytucji) oraz, ogólnie, zasady demokratycznego państwa prawa przewidzianej w art. 2 Konstytucji, także wynikającą z niej zasadę zaufania obywatela do państwa i stanowionego przez nie prawa i nakaz poprawnej legislacji. W uzasadnieniu pytania prawnego nie wskazano jednak, na czym dokładnie polegać ma sprzeczność art. 215 ust. 2 u.g.n. z tą ostatnią zasadą i nakazem poprawnej legislacji, tak jak są one rozumiane w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego. Uwagi zawarte w uzasadnieniu odnoszą się w istocie wyłącznie do naruszenia przez ten przepis konstytucyjnej zasady równości ze względu na nieznaną w wartościach konstytucyjnych różnicowanie opierające się na kryterium daty pozbawienia byłych właścicieli możliwości faktycznego władania działką przejętą na podstawie dekretu warszawskiego z 1945 r.

Wobec powyższego należy przypomnieć, że Trybunał Konstytucyjny związany jest zarzutami sformułowanymi w piśmie procesowym (wniosku, pytaniu prawnym, skardze konstytucyjnej), pochodzącym od podmiotu uprawnionego do inicjowania postępowania. Niemniej zarzuty te mogą podlegać rozpatrzeniu tylko wtedy, jeżeli zostały należycie uzasadnione. Zgodnie z art. 32 ust. 1 pkt 4 ustawy o TK wniosek albo pytanie prawne powinny zawierać „uzasadnienie postawionego zarzutu, z powołaniem dowodów na jego poparcie”. Jak podkreślił Trybunał Konstytucyjny: „W świetle utrwalonej praktyki orzeczniczej Trybunału Konstytucyjnego wymóg ten należy rozumieć jako nakaz odpowiedniego udowodnienia zarzutów stawianych w kontekście każdego wskazanego wzorca kontroli (...) Przesłanka odpowiedniego uzasadnienia zarzutów nie powinna być traktowana powierzchownie i instrumentalnie. Przytaczane w piśmie procesowym argumenty mogą być mniej lub bardziej przekonujące (...), lecz zawsze muszą być argumentami «nadającymi się» do rozpoznania przez Trybunał Konstytucyjny” (wyrok TK z 19 października 2010 r., sygn. akt P 10/10). W innym orzeczeniu Trybunał stwierdził, że: „Kontrola konstytucyjności ustaw przebiega w oparciu o domniemanie, że badane normy są zgodne z konstytucją. Ciężar dowodu spoczywa na podmiocie kwestionującym zgodność ustawy z konstytucją i dopóki nie powoła on konkretnych i przekonujących argumentów prawnych na rzecz swojej tezy, dopóty Trybunał Konstytucyjny uznawać będzie kontrolowane przepisy za konstytucyjne. W przeciwnym razie naruszeniu uległaby zasada kontrydiktoryjności postę-

powania przed Trybunałem Konstytucyjnym, a Trybunał przekształciłby się w organ orzekający z inicjatywy własnej” (zob. np. orzeczenia TK z: 26 kwietnia 1995 r., sygn. akt K 11/94; 31 stycznia 1996 r., sygn. akt K 9/95; wyrok TK z 27 czerwca 2008 r., sygn. akt K 51/07; por. także K. Wojtyczek, *Ciężar dowodu i argumentacji w procedurze kontroli norm przez Trybunał Konstytucyjny*, „Przegląd Sejmowy” 2004, nr 1, s. 17; M. Wiącek, *Pytanie prawne sądu do Trybunału Konstytucyjnego*, Warszawa 2011, s. 399).

W przedstawionych okolicznościach Sejm uznaje, że niespełniające wymogów formalnych wynikających z art. 32 ustawy o TK i skonkretyzowanych w orzecznictwie Trybunału, a przy tym wyrażone jedynie w uzasadnieniu pisma inicjującego niniejsze postępowanie (pytanie prawne, pkt II.2.5 lit. b) wątpliwości pytającego sądu co do zgodności zaskarżonego przepisu z zasadą zaufania do państwa i stanowionego przez nie prawa oraz z zasadą prawidłowej legislacji, wynikającymi z art. 2 Konstytucji, nie stanowią odrębnego zarzutu, wymagającego od uczestników postępowania przed TK zajęcia stanowiska.

III. Wzorce konstytucyjne

■ 1. Zasada demokratycznego państwa prawa (art. 2 Konstytucji)

1. W orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego przewidziana w art. 2 Konstytucji zasada demokratycznego państwa prawnego jest traktowana jako zbiorcze wyrażenie reguł i zasad, które wprawdzie nie zostały *expressis verbis* ujęte w tekście Konstytucji, ale w sposób immanentny wynikają z aksjologii oraz istoty demokratycznego państwa prawnego (zob. wyrok TK z 26 lutego 2003 r., sygn. akt K 1/01; postanowienie TK z 14 grudnia 2004 r., sygn. akt SK 29/03). Z zasadą demokratycznego państwa prawnego ściśle wiąże się wyrażona w art. 2 Konstytucji zasada sprawiedliwości społecznej.

2. Trybunał Konstytucyjny wypowiadał się wielokrotnie w sprawie rozumienia pojęcia „sprawiedliwości społecznej” i w ślad za doktryną opowiedział się za jej dystrybutywnym (rozdzielczym) ujęciem. Trybunał interpretuje to pojęcie w połączeniu z pojęciem równości, przyjmując, że jeżeli w podziale dóbr i w związanej z tym dywersyfikacji statusu jednostek występują niesprawiedliwe różnice, wówczas są one uważane za nierówność. Sprawiedliwość jest przeciwieństwem arbitralności, wymaga bowiem, aby różnicowanie poszczególnych ludzi pozostawało w odpowiedniej relacji do różnic w sytuacji tych ludzi (orzeczenie TK z 22 sierpnia 1990 r., sygn. akt K 7/90; wyrok TK z 22 grudnia 1997 r., sygn. akt K 2/97). Jak stwierdził Trybunał w wyroku z 12 kwietnia 2000 r. (sygn. akt K 8/98), zasada sprawiedliwości społecznej powinna być pojmowana jako dążenie do zachowania równowagi w stosunkach społecznych i powstrzymywania się od kreowania niesprawiedliwych, nieopartych obiektywnymi wymogami i kryteriami przywilejów dla wybranych grup obywateli. Zasada sprawiedliwości społecznej może też stanowić kryterium oceny

różnicowania sytuacji prawnej adresatów normy prawnej. Trybunał Konstytucyjny wielokrotnie wyrażał stanowisko, że zasada równości nie wyklucza różnicowania sytuacji prawnej adresatów normy prawnej, jeżeli to zróżnicowanie znajduje uzasadnienie w odrębnościach sytuacji prawnej lub faktycznej poszczególnych kategorii adresatów (wyroki TK z: 16 grudnia 1997 r., sygn. akt K 8/97; 13 kwietnia 1999 r., sygn. akt K 36/98; 14 maja 2001 r., sygn. akt SK 1/00). Zasada sprawiedliwości społecznej nakazuje więc równe traktowanie podmiotów prawa charakteryzujących się cechą istotną, z drugiej zaś strony – różnicowanie sytuacji prawnej podmiotów dopuszczalne jest na gruncie zasady równości, o ile służy realizacji zasady sprawiedliwości społecznej. Tak rozumiana zasada sprawiedliwości społecznej wiąże się ściśle z konstytucyjną zasadą równości (art. 32 ust. 1 Konstytucji), która również została powołana jako wzorzec konstytucyjny w przedmiotowym pytaniu prawnym.

■ **2. Artykuł 32 Konstytucji (zasada równości) i art. 64 ust. 2 Konstytucji (zasada równej ochrony praw majątkowych)**

1. Konstytucyjna zasada równości (art. 32 ust. 1) wyraża nakaz, aby wszystkie podmioty prawa (adresaci norm prawnych), charakteryzujące się daną cechą istotną w równym stopniu, były traktowane równo, a więc według jednakowej miary – bez zróżnicowań zarówno dyskryminujących, jak i faworyzujących (por. orzeczenie TK z 9 marca 1988 r., sygn. akt U 7/87; wyrok TK z 16 marca 2010 r., sygn. akt K 17/09). Cechą wspólną, decydującą o podobieństwie danej grupy podmiotów, może być zarówno cecha faktyczna, jak i prawna, a ustalenia jej istnienia dokonuje się z uwzględnieniem treści i celu przepisów, w których zawarta jest kontrolowana norma (por. np. orzeczenie TK z 3 września 1996 r., sygn. akt K 10/96; wyrok TK z 21 września 1999 r., sygn. akt K 6/98). Równość nie jest przy tym zasadą absolutną i niedopuszczającą żadnych wyjątków. Ewentualne odstępstwa od nakazu równego traktowania podmiotów podobnych muszą jednak zawsze znajdować podstawę w odpowiednio przekonywających argumentach. Jak stwierdził Trybunał Konstytucyjny w orzeczeniu z 23 października 1995 r. (sygn. akt K 4/95), tego typu wyjątki muszą spełniać następujące trzy warunki:

- muszą mieć charakter relewantny, tzn. pozostawać w bezpośrednim związku z celem i zasadniczą treścią przepisów, w których zawarta jest kontrolowana norma, oraz służyć realizacji tego celu i treści,
- powinny być proporcjonalne, tzn. waga interesu, któremu ma służyć różnicowanie sytuacji adresatów normy, musi pozostawać w odpowiedniej proporcji do wagi interesów, które zostaną naruszone w wyniku nierównego potraktowania podmiotów podobnych,
- muszą pozostawać w związku z innymi wartościami, zasadami czy normami konstytucyjnymi, uzasadniającymi odmienne traktowanie podmiotów podobnych; czynnikiem uzasadniającym odmienne traktowanie podmiotów podobnych może być między innymi zasada sprawiedliwości społecznej.

W orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego i w nauce prawa akcentuje się, że zasada równości jest ściśle związana zwłaszcza z zasadą sprawiedliwości społecznej, wywodzoną z art. 2 Konstytucji (por. np.: M. Masternak-Kubiak, *Prawo do równego traktowania* [w:] *Prawa i wolności obywatelskie w Konstytucji RP*, B. Banaszak i A. Preisner (red.), Warszawa 2002, s. 123). Niekiedy wskazuje się, że zasada sprawiedliwości społecznej i zasada równości w znacznej części „nakładają się” na siebie, a także, że żadnej z tych zasad nie sposób definiować bez jednoczesnego nawiązania do drugiej (por. L. Garlicki, *Komentarz do art. 32* [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. III, L. Garlicki (red.), Warszawa 2003, s. 23–24; wyrok TK z 15 kwietnia 2008 r., sygn. akt P 9/06; orzeczenia TK z: 22 sierpnia 1990 r., sygn. akt K 7/90; 3 września 1996 r., sygn. akt K 10/96; w tym kierunku także wyroki TK z: 13 grudnia 2007 r., sygn. akt SK 37/06; 13 kwietnia 1999 r., sygn. akt K 36/98).

W orzecznictwie Trybunału podkreśla się też, że równość oznacza akceptację różnego traktowania przez prawo różnych adresatów norm prawnych. Równe traktowanie przez prawo tych samych podmiotów oznacza z reguły różne traktowanie tych samych podmiotów pod innym względem (por. wyrok TK z 13 czerwca 2011 r., sygn. akt SK 41/09).

2. Wyrażona w art. 64 ust. 2 Konstytucji zasada równej ochrony własności i innych praw majątkowych stanowi szczególną postać ogólnej zasady równości przewidzianej w art. 32 Konstytucji. Konstytucyjna gwarancja własności w art. 64 ust. 1 Konstytucji obejmuje, oprócz własności *sensu stricto* oraz innych praw majątkowych o charakterze bezwzględnym, także prawa o charakterze obligacyjnym, w tym prawo do odszkodowania (zob. wyroki TK z: 23 maja 2006 r., sygn. akt SK 51/05; 27 listopada 2007 r., sygn. akt SK 18/05; 2 grudnia 2008 r., sygn. akt K 37/07). Prawo to podlega zatem równej dla wszystkich ochronie zadeklarowanej w art. 64 ust. 2 Konstytucji. W wyroku z 19 grudnia 2002 r. (sygn. akt K 33/02) Trybunał wskazał na dwa aspekty ochrony konstytucyjnej praw majątkowych z punktu widzenia podmiotowego. Po pierwsze, ochrona taka przysługuje każdej osobie, bez względu na cechy osobowe czy inne szczególne przymioty. W rezultacie, prawo majątkowe uregulowane ustawowo podlega ochronie bez względu na to, komu przysługuje. Po drugie, ochrona praw podmiotowych musi być równa dla wszystkich tych podmiotów. Nie dotyczy ona jednak gwarancji określonej treści praw podmiotowych, jego skuteczności względem określonych osób, lecz istnienia przewidzianych w ustawodawstwie praw majątkowych i równego traktowania uprawnionych. Obowiązkiem ustawodawcy jest nie tylko tworzenie przepisów udzielających ochrony prawom majątkowym, lecz także obowiązek powstrzymania się od przyjmowania regulacji, które mogłyby pozbawić owe prawa ochrony lub ją ograniczyć. Jednocześnie Trybunał podkreślał, że równa ochrona nie może być utożsamiana z identycznością intensywności ochrony udzielanej poszczególnym kategoriom praw majątkowych. Równość ochrony w tym świetle odno-

si się zatem jedynie do praw majątkowych należących do tej samej kategorii. W płaszczyźnie podmiotowej zasada wyrażona w art. 64 ust. 2 Konstytucji oznacza zakaz różnicowania intensywności ochrony między podmiotami prawa prywatnego, osobami fizycznymi, podmiotami prawa publicznego czy też państwem. Zróżnicowanie może być jednak konsekwencją związania podmiotów publicznych, w szczególności państwowych, normami konstytucyjnymi, które nie odnoszą się do osób prywatnych (zob. wyroki TK z: 25 lutego 1999 r., sygn. akt K 23/98; 31 stycznia 2001 r., sygn. akt P 4/99; 29 czerwca 2001 r., sygn. akt K 23/00; 28 października 2003 r., sygn. akt P 3/03; 15 września 2009 r., sygn. akt P 33/07, a także: L. Garlicki, *Komentarz do art. 64 Konstytucji* [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. III, L. Garlicki (red.), Warszawa 2003; B. Banaszak, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2009, s. 332 i n.).

W wyroku z 17 marca 2008 r. (sygn. akt K 32/05) Trybunał Konstytucyjny, przypominając, że adresatem obowiązku zapewnienia równej ochrony prawa własności i innych praw majątkowych, wynikającego z art. 64 ust. 2 Konstytucji, są władze publiczne, wyjaśnił również, iż: „równa ochrona praw majątkowych jest jednym ze szczególnych odniesień ogólnej zasady równości. W związku z tym art. 64 ust. 2 Konstytucji powinien być interpretowany w związku z art. 32 Konstytucji, bo zapewnienie równej dla wszystkich ochrony prawnej jest elementem równego traktowania przez władze publiczne”. Trybunał zaznaczył zarazem, że: „nakaz równej ochrony praw majątkowych tej samej kategorii nie jest absolutny. Jeżeli można wykazać, że zróżnicowanie ochrony spełnia wymóg relewantności, proporcjonalności i powiązania z innymi normami, zasadami lub wartościami konstytucyjnymi, to zróżnicowanie staje się dopuszczalne” (por. też wyrok TK z 2 czerwca 1999 r., sygn. akt K 34/98).

3. Jak zaznaczył Trybunał Konstytucyjny w uzasadnieniu powołanego już wyroku z 13 czerwca 2011 r. (sygn. akt SK 41/09), w którym orzekł o zakresowej niekonstytucyjności art. 215 ust. 2 u.g.n., prawo do odszkodowania za wywłaszczenie jest: „bez wątpienia samodzielnym prawem podmiotowym o normatywnej postaci roszczenia, stanowiącym inne prawo majątkowe w rozumieniu art. 64 ust. 1 Konstytucji, i jako takie podlega odrębnej ochronie na podstawie art. 64 ust. 2 Konstytucji. Jednocześnie roszczenie odszkodowawcze jest emanacją kompensacyjnej ochrony majątkowego prawa podmiotowego, która wchodzi w grę wówczas, gdy ochrona restytucyjna tego prawa nie jest możliwa (zob. wyrok z 25 maja 2006 r., sygn. SK 51/05). Jakkolwiek bowiem podstawowymi środkami ochrony prawa podmiotowego są instrumenty o charakterze zakazowym (zabezpieczające możliwość swobodnego wykonywania prawa przez uprawnionego, bez naruszeń i ingerencji ze strony osób trzecich) oraz środki restytucyjne, stosowane w razie dokonanego już naruszenia, to nie zawsze skorzystanie z nich będzie skuteczne lub możliwe”. W ocenie Trybunału roszczenie odszkodowawcze za wywłaszczenie stanowi szczególny instrument

ochrony interesów jednostek z tytułu naruszonego prawa własności, które nie mogą być realizowane za pomocą środków ochrony restytucyjnej. „Wyjątkowy charakter instytucji wywłaszczenia pozwala wręcz uznać w takiej sytuacji prawo do odszkodowania za swoisty surogat prawa własności nieruchomości. Ten ścisły związek przemawia za traktowaniem nadmiernych ograniczeń roszczeń odszkodowawczych przysługujących z tytułu naruszenia prawa własności jako nieuprawnioną ingerencję w ochronę prawną samej własności. W świetle orzecznictwa Trybunału ocena całokształtu unormowań rekompensujących ingerencję w prawo własności może doprowadzić do wniosku o naruszeniu istoty tego prawa, sankcjonowanej w świetle art. 31 ust. 3 oraz art. 64 ust. 3 Konstytucji (zob. wyrok z 12 stycznia 2000 r., sygn. P 11/98). Ocena taka jest tym bardziej uprawniona w rozpatrywanej sprawie, w której skarżący zostali w ogóle pozbawieni prawa do odszkodowania z tytułu pozbawienia ich własności nieruchomości”.

IV. Analiza zgodności

1. Przed ustosunkowaniem się do problemu konstytucyjnego wskazanego przez pytający sąd, Sejm pragnie pokrótce przypomnieć ewolucję rozwiązań prawnych dotyczących gruntów warszawskich w zakresie, w jakim rozwiązania te są relewantne dla przedmiotowej sprawy (zob. też obszerne omówienie zmian regulacji dotyczących gruntów warszawskich w uzasadnieniu wyroku TK z 13 czerwca 2011 r., sygn. akt SK 41/09, a także wypowiedzi doktryny: Z. Strus, *Grunty warszawskie*, „Przegląd Sądowy” 2007, nr 10, s. 5 i n.; A. Hetko, *Dekret warszawski – postępujące wywłaszczenie nieruchomości*, Warszawa 2008).

Dekret warszawski z 1945 r. stanowił w art. 1, że w celu umożliwienia racjonalnego przeprowadzenia odbudowy stolicy i dalszej jej rozbudowy zgodnie z potrzebami narodu, w szczególności zaś szybkiego przekazania do dyspozycji terenów i właściwego ich wykorzystania, wszelkie grunty na obszarze m.st. Warszawy przechodzą z dniem jego wejścia w życie na własność gminy m.st. Warszawy. Artykuł 7 dekretu warszawskiego z 1945 r. przyznał dotychczasowemu właścicielowi gruntu, jego prawnym następcom lub osobom go reprezentującym, a także użytkownikom gruntu prawo do złożenia w ciągu sześciu miesięcy od dnia objęcia gruntu w posiadanie przez gminę wniosku o ustanowienie na tym gruncie prawa wieczystej dzierżawy z czynszem symbolicznym lub prawa zabudowy za opłatą symboliczną. Gmina miała obowiązek uwzględnić wniosek, jeśli korzystanie z gruntu przez dotychczasowego właściciela można było pogodzić z przeznaczeniem gruntu według planu zabudowania (w wypadku osoby prawnej – ponadto, gdy użytkowanie nie było sprzeczne z jej zadaniami ustawowymi lub statutowymi). W razie niezgłoszenia wniosku albo nieprzyznania dotychczasowemu właścicielowi z jakichkolwiek powodów prawa wieczystej dzierżawy albo prawa zabudowy, gmina zobowiązana była uiścić odszkodowanie, stosownie do art. 7 ust. 5 dekretu warszawskie-

go z 1945 r. Odszkodowanie należało się także za wszystkie budynki, które przeszły na własność gminy. Odszkodowanie, unormowane w art. 9 dekretu warszawskiego z 1945 r., miało być ustalane przez miejską komisję szacunkową w wysokości skapitalizowanej wartości czynszu dzierżawnego (opłaty za prawo zabudowy) gruntu tej samej wartości użytkowej albo – w odniesieniu do budynków – ich wartości. Odszkodowanie miało być wypłacane w miejskich papierach wartościowych. Prawo do żądania odszkodowania powstawało po upływie sześciu miesięcy od dnia objęcia gruntu w posiadanie przez m.st. Warszawa i wygasało po upływie trzech lat od tego terminu. Skład i tryb postępowania miejskiej komisji szacunkowej, zasady oraz sposób ustalania odszkodowania, jak również przepisy o emisji papierów wartościowych miały zostać określone w rozporządzeniu, którego jednak nigdy nie wydano (zob. pkt 3.1 uzasadnienia wyroku TK z 13 czerwca 2011 r., sygn. akt SK 41/09).

Na podstawie ustawy z dnia 20 marca 1950 r. o terenowych organach jednolitej władzy państwowej (Dz. U. Nr 14, poz. 130, ze zm.), na skutek zniesienia gminy m.st. Warszawy wszystkie jej nieruchomości stały się własnością państwa. Dopiero w 1990 r., na mocy ustawy z dnia 10 maja 1990 r. – Przepisy wprowadzające ustawę o samorządzie terytorialnym i ustawę o pracownikach samorządowych (Dz. U. Nr 32, poz. 191, ze zm.), część nieruchomości wywłaszczonych na podstawie dekretu warszawskiego z 1945 r. została skomunalizowana na rzecz m.st. Warszawy. Część zaś pozostaje nadal własnością Skarbu Państwa lub osób trzecich.

W art. 53 ustawy z dnia 12 marca 1958 r. o zasadach i trybie wywłaszczania nieruchomości (t.j. Dz. U. z 1974 r. Nr 10, poz. 64, ze zm.; dalej: ustawa z 1958 r.) zmieniono zasady wypłaty odszkodowań za określone nieruchomości, które przeszły na własność państwa na podstawie dekretu warszawskiego z 1945 r. Nieruchomości te to: gospodarstwa rolne, sadownicze i warzywnicze na gruntach, jeśli poprzedni właściciele lub ich następcy prawni prowadzący te gospodarstwa zostali pozbawieni ich użytkowania po 5 kwietnia 1958 r. (data wejścia w życie ustawy z 1958 r.), oraz domy jednorodzinne i jedna działka budowlana pod budowę domu jednorodzinnego, które przeszły na własność państwa po 5 kwietnia 1958 r. W stosunku do wymienionych wyżej nieruchomości odszkodowanie miało być wypłacane na zasadach przewidzianych nie w dekrecie warszawskim z 1945 r., lecz w ustawie z 1958 r. (w tym zakresie wprost wyłączone zostało stosowanie art. 9 dekretu warszawskiego z 1945 r., dotyczącego odszkodowań). Co istotne z punktu widzenia przedmiotowej sprawy, data 5 kwietnia 1958 r. nie miała żadnego innego uzasadnienia niż ekonomiczne, polegające na zmniejszeniu wydatków budżetu państwa (zob. Z. Strus, *Grunt, op. cit.*, s. 14–15). Jak podkreśla się w doktrynie, ustawa z 1958 r. „wszczęła proces regulacji zastępczych, które ostatecznie utworzyły autonomiczny zespół norm, różnicujący w sposób niewytłumaczalny prawną sytuację byłych właścicieli gruntów warszawskich, a jednocześnie utrzymywały w rozwoju miasta” (*ibidem*).

Ustawa z dnia 29 kwietnia 1985 r. o gospodarce gruntami i wywłaszczaniu nieruchomości (t.j. Dz. U. z 1991 r. Nr 30, poz. 127, ze zm.; dalej: u.g.g. lub ustawa o gospodarce gruntami) w art. 82 (przed ogłoszeniem tekstu jednolitego z 1991 r. art. 89) wyłączyła prawo do odszkodowania za nieruchomości, budynki i inne części składowe nieruchomości przejęte przez państwo na podstawie art. 7 ust. 4 i ust. 5 oraz art. 8 dekretu warszawskiego z 1945 r. Omawiana ustawa przewidywała jednocześnie w art. 83 (przed ogłoszeniem tekstu jednolitego z 1991 r. art. 90) możliwość odpowiedniego stosowania jej przepisów dotyczących odszkodowań za wywłaszczone nieruchomości w odniesieniu do określonych nieruchomości, w tym między innymi działek, które były przeznaczone pod zabudowę jednorodzinną przed wejściem w życie dekretu warszawskiego 1945 r., jeżeli pozbawienie możliwości władania nimi nastąpiło po 5 kwietnia 1958 r. W tym zakresie ustawa o gospodarce gruntami powtórzyła zatem odpowiednie regulacje z ustawy z 1958 r.

Kontynuację rozwiązania przyjętego w ustawie o gospodarce gruntami (a także – pośrednio – w ustawie z 1958 r.) zawierają przepisy art. 214 i art. 215 u.g.n., obecnie regulujące kwestię odszkodowania za nieruchomości przejęte na własność państwa na mocy dekretu warszawskiego z 1945 r. Kwestię odszkodowania za wywłaszczone nieruchomości reguluje art. 215 u.g.n., będący powtórzeniem art. 83 u.g.g. Jak podkreślił TK w uzasadnieniu wyroku z 13 czerwca 2011 r. (sygn. akt SK 41/09), z regulacji tej wynika, że ustawa o gospodarce nieruchomościami (a wcześniej ustawa o gospodarce gruntami) nie tylko nie rozszerzyła uprawnień byłych właścicieli do odszkodowania, lecz znacznie je ograniczyła ze względu na wprowadzenie dodatkowej przesłanki, niewystępującej w art. 53 ust. 2 ustawy z 1958 r., uzależniającej odszkodowanie od dokonania oceny, czy działka budowlana mogła być przeznaczona pod budownictwo jednorodzinne przed wejściem w życie dekretu warszawskiego z 1945 r. (art. 53 ust. 2 ustawy z 1958 r. wymagał, aby działka była przeznaczona pod budowę domu jednorodzinnego, bez ustanawiania cezur czasu). Dla byłych właścicieli, którzy nie są wymienieni w art. 215 u.g.n., nie przewidziano możliwości ubiegania się o odszkodowanie za utracone grunty.

W orzecznictwie sądów administracyjnych podkreśla się, że art. 215 u.g.n. ma charakter szczególny w stosunku do ogólnych zasad przyznawania odszkodowania przewidzianych w tej ustawie. Jest on zatem wyłączną podstawą ustalenia przesłanek przyznania odszkodowania, a jego szczególny charakter nakazuje ścisłą wykładnię. Przepis ten przesądza zatem, że chodzi o zaspokojenie roszczeń tylko tych właścicieli lub ich następców prawnych, którzy spełniają wszystkie wymienione w nim przesłanki. Niespełnienie którejkolwiek z nich powoduje brak podstaw do odszkodowania (zob. wyroki WSA w Warszawie z: 21 maja 2004 r., sygn. akt I SA 2187/02; 18 grudnia 2007 r., sygn. akt I SA/Wa 1041/07). Ustalenie odszkodowania za działkę musi być poprzedzone stwierdzeniem, że podlegała ona przepisom dekretu warszawskiego z 1945 r.,

a ponadto mogła być przed dniem jego wejścia w życie przeznaczona pod budownictwo jednorodzinne. Konieczne jest również, aby poprzedni właściciel i jego następcy prawni zostali pozbawieni faktycznej możliwości władania nią po 5 kwietnia 1958 r. (zob. *Ustawa o gospodarce nieruchomościami. Komentarz*, G. Bieniek (red.), Warszawa 2008, s. 688 i n., oraz wyrok WSA w Warszawie z 20 lutego 2006 r., sygn. akt I SA/Wa 921/05).

W piśmiennictwie podkreśla się, że art. 215 u.g.n. jest powieleniem art. 83 u.g.g., który z kolei stanowił kontynuację rozwiązania przyjętego w art. 53 ustawy z 1958 r. (zob. J. Jaworski i in., *Ustawa o gospodarce nieruchomościami. Komentarz*, Warszawa 2009, s. 1375; *Ustawa, op. cit.*, s. 687). Przyjęcie takiego rozwiązania przez ustawodawcę, biorąc pod uwagę zupełnie nowe okoliczności, w jakich ustawa o gospodarce nieruchomościami była uchwalana, zdaniem przedstawicieli doktryny: „może co najmniej dziwić i daje podstawy do powątpiewania w chęć ustawodawcy do definitywnego uregulowania kwestii gruntów warszawskich” (zob. M. Górski, *Problematyka własności nieruchomości warszawskich w okresie PRL i przemian ustrojowych*, Toruń 2006, s. 95–96). Autor ten podkreśla, że obecnie obowiązujące przepisy w żaden sposób nie prowadzą do rozwiązania tej skomplikowanej sprawy, utrzymując wytworzone przez ostatnie 60 lat zróżnicowanie sytuacji prawnej dawnych właścicieli. Akcentowany jest także brak aksjologicznego uzasadnienia ograniczenia w ustawie o gospodarce nieruchomościami kategorii nieruchomości, których właściciele są uprawnieni do odszkodowania według tej ustawy, i pozbawienia pozostałej grupy, która poniosła większy ciężar przebudowy struktury własności m.st. Warszawy oraz utrzymywania podziału uprawnionych według dowolnego kryterium wejścia w życie ustawy z 1958 r. (zob. Z. Strus, *Grunt, op. cit.*, s. 19, zob. też pkt 3.5 uzasadnienia wyroku TK z 13 czerwca 2011 r., sygn. akt SK 41/09).

Jak zaznaczono wyżej, art. 215 ust. 2 u.g.n. był już przedmiotem kontroli konstytucyjnej zainicjowanej skargą konstytucyjną. W wyroku z 13 czerwca 2011 r. (sygn. akt SK 41/09) Trybunał uznał, że art. 215 ust. 2 u.g.n., w zakresie w jakim pomija stosowanie przepisów ustawy o gospodarowaniu nieruchomościami dotyczących odszkodowań za wyłączone nieruchomości do nieruchomości, które przeszły na własność gminy m.st. Warszawy lub państwa na podstawie dekretu warszawskiego z 1945 r., innych niż domy jednorodzinne, jeżeli przeszły one na własność państwa po 5 kwietnia 1958 r., i działek, które przed dniem wejścia w życie powołanego dekretu mogły być przeznaczone pod budownictwo inne niż jednorodzinne, jeżeli poprzedni właściciele lub ich następcy prawni zostali pozbawieni faktycznej możliwości władania nimi po 5 kwietnia 1958 r., jest niezgodny z art. 64 ust. 2 w związku z art. 32 ust. 1 oraz w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji.

W zdaniu odrębnym od wyroku TK z 13 czerwca 2011 r. (sygn. akt SK 41/09) sędzia Trybunału Konstytucyjnego M. Pyziak-Szafnicka wskazała m.in., że:

„data oznaczająca dzień wejścia w życie ustawy z dnia 12 marca 1958 r. o zasadach i trybie wywłaszczania nieruchomości została przejęta mechanicznie do kolejnych aktów prawnych. Cezura wyznaczona datą 5 kwietnia 1958 r. jest więc zupełnie przypadkowa z punktu widzenia ochrony właścicieli gruntów warszawskich. Przywołując ją w wyroku, TK wykreował nowe kryterium zróżnicowania ich sytuacji prawnej. Z sentencji wynika bowiem, że pozbawienie byłych właścicieli nieruchomości warszawskich prawa do odszkodowania jest niekonstytucyjne, jeśli własność nieruchomości przeszła na państwo po 5 kwietnia 1958 r. Nieuchronnie nasuwa się pytanie: Co z właścicielami, którzy utracili własność wcześniej? Grupa pominiętych w wyroku, do której należą też skarżący, niewątpliwie stanowi większość”.

2. Przechodząc do analizy problemu konstytucyjnego wskazanego przez pytający sąd, należy w pierwszej kolejności rozstrzygnąć, czy dawni właściciele działek, które mogły być przeznaczone pod budownictwo jednorodzinne i które zostały przejęte na podstawie dekretu warszawskiego z 1945 r., a także ich następcy prawni, stanowią kategorię podmiotów charakteryzujących się wspólną cechą relewantną, ze względu na którą powinni oni być co do zasady traktowani w sposób równy. W ocenie Sejmu na pytanie to należy udzielić odpowiedzi twierdzącej. Wspólną cechą istotną, decydującą o wyodrębnieniu na podstawie zakwestionowanego przepisu art. 215 ust. 2 u.g.n. porównywalnych grup podmiotów, a więc byłych właścicieli działek przeznaczonych pod zabudowę jednorodzinną, jest to, że zostali oni pozbawieni własności tych nieruchomości na podstawie przepisów dekretu warszawskiego z 1945 r. oraz nie złożyli wniosków o przyznanie prawa wieczystej dzierżawy albo prawa zabudowy lub prawa te nie zostały im przyznane z jakichkolwiek innych powodów. W takiej sytuacji art. 7 ust. 5 dekretu warszawskiego z 1945 r. zobowiązywał gminę do wypłacenia właścicielom oraz ich następcom prawnym odszkodowania, które nie było uzależnione od żadnych dodatkowych przesłanek podmiotowych i przedmiotowych, na zasadach określonych w art. 9 tego dekretu. Jak zaznaczono powyżej, do wypłacenia tego odszkodowania w formie miejskich papierów wartościowych nigdy jednak nie doszło, gdyż nie zostało wydane ani rozporządzenie określające skład i tryb postępowania miejskiej komisji szacunkowej, zasady oraz sposób ustalania odszkodowania, ani przepisy o emisji tych papierów wartościowych.

Jak wynika z przedstawienia ewolucji regulacji dotyczących gruntów warszawskich, zróżnicowanie w ramach kategorii osób wywłaszczonych na podstawie daty 5 kwietnia 1958 r. nastąpiło po raz pierwszy w ustawie z 1958 r. Prawo do odszkodowania, na zasadach określonych w tej ustawie, mieli między innymi byli właściciele (oraz ich następcy prawni) domów jednorodzinnych i jednej działki budowlanej pod budowę domu jednorodzinnego, które na podstawie dekretu warszawskiego z 1945 r. przeszły na własność państwa po wejściu w życie tej ustawy, tj. właśnie po 5 kwietnia 1958 r. Uzasadnieniem

dla takiego rozstrzygnięcia były względy ekonomiczne, polegające na ograniczeniu wydatków budżetowych w celu zaspokojenia roszczeń odszkodowawczych byłych właścicieli nieruchomości warszawskich i ich następców prawnych. Nastąpiło to jednak kosztem znacznej grupy byłych właścicieli gruntów warszawskich, których wywłaszczono na mocy dekretu z 1945 r. jeszcze przed 5 kwietnia 1958 r. i którzy w ustawie tej zostali pozbawieni prawa do odszkodowania za odjęte im nieruchomości (w tym także działki przeznaczone pod zabudowę jednorodzinną). Zróżnicowanie w ramach kategorii byłych właścicieli gruntów warszawskich i ich następców prawnych w zakresie prawa do odszkodowania na podstawie tej daty zostało następnie utrzymane w ustawie o gospodarce gruntami z 1985 r. W ustawie tej w odniesieniu do działek, które mogły być przeznaczone pod zabudowę jednorodzinną przed wejściem w życie dekretu warszawskiego z 1945 r., wprowadzono wymóg, aby pozbawienie możliwości władania nimi nastąpiło po 5 kwietnia 1958 r. Regulacja ta została przejęta również do art. 215 ust. 2 u.g.n., stanowiącego przedmiot kontroli konstytucyjnej w niniejszej sprawie.

3. Zdaniem Sejmu decydujące znaczenie dla oceny zgodności art. 215 ust. 2 u.g.n. w zakresie określonym w *petitum* z zasadą równej ochrony praw majątkowych (art. 64 ust. 2 Konstytucji), będącej szczególną postacią ogólnej zasady równości (art. 32 ust. 1 Konstytucji), ma rozstrzygnięcie, czy wynikające z tego przepisu zróżnicowanie byłych właścicieli, oparte na kryterium pozbawienia faktycznego władania działką po 5 kwietnia 1958 r., jest usprawiedliwione, a więc, czy ma ono charakter relewantny, proporcjonalny oraz pozostaje w związku z innymi wartościami, zasadami czy normami konstytucyjnymi, uzasadniającymi odmienne traktowanie podmiotów podobnych.

Jak wynika z ustaleń poczynionych przez Trybunał w uzasadnieniu wyroku z 13 czerwca 2011 r. (sygn. akt SK 41/09), celem art. 215 u.g.n., umieszczonego w dziale VII ustawy: „Przepisy przejściowe, zmiany w przepisach obowiązujących i przepisy końcowe”, nie była kompleksowa regulacja problematyki zwrotu skomunalizowanych i znacjonalizowanych nieruchomości warszawskich. Według wyjaśnień zawartych w pismach Prezydenta m.st. Warszawy z 3 grudnia 2010 r. i 16 maja 2011 r., powołanych w uzasadnieniu wyżej wymienionego wyroku, ustawodawca, nadając obecną treść art. 215 ust. 2 u.g.n., miał na celu ochronę praw nabytych osób, które złożyły wnioski o odszkodowanie w trybie przepisów ustawy o gospodarce gruntami i które nie zostały rozpatrzone do wejścia w życie ustawy o gospodarce nieruchomościami. Potwierdza to również art. 233 u.g.n., zgodnie z którym do spraw wszczętych, lecz niezaoczonych decyzją ostateczną przed wejściem w życie tej ustawy, stosuje się jej przepisy. W ocenie Sejmu zróżnicowanie praw byłych właścicieli gruntów warszawskich i następców prawnych, opierające się na kryterium pozbawienia faktycznego władania działką po 5 kwietnia 1958 r., nie może być uzasadnione koniecznością ochrony praw nabytych osób, które złożyły wnioski o odszko-

dowanie w trybie przepisów ustawy o gospodarce gruntami z 1985 r. i które nie zostały rozpatrzone do dnia wejścia w życie ustawy o gospodarce nieruchomościami. Przyznanie odszkodowania również w przypadkach, w których poprzedni właściciel działki utracił możliwość faktycznego władania nią przed datą 5 kwietnia 1958 r., nie stanowiłoby przeszkody w realizacji roszczeń tych osób. Uzasadnienie zróżnicowania byłych właścicieli i ich następców prawnych opierające się na wskazanym kryterium wymagałoby wykazania, że między sytuacjami adresatów art. 215 ust. 2 u.g.n., to jest byłymi właścicielami, którzy utracili możliwość faktycznego władania działką przed tym dniem, a tymi, którzy zostali pozbawieni tej możliwości dopiero po tej dacie, zachodzą takie różnice, że konieczne jest poddanie ich sytuacji odmiennej regulacji.

Zdaniem Sejmu jedynym uzasadnieniem dla wskazanego podmiotowego ograniczenia uprawnionych do odszkodowania za przejęte działki, które przed dniem wejścia w życie dekretu warszawskiego z 1945 r. mogły być przeznaczone pod budownictwo jednorodzinne, do osób, które utraciły faktyczne władztwo nad wyżej wymienionymi działkami po 5 kwietnia 1985 r., są względy ekonomiczne, a więc dążenie do zmniejszenia wydatków budżetu m.st. Warszawy oraz budżetu państwa w związku z koniecznością zaspokojenia roszczeń odszkodowawczych byłych właścicieli gruntów warszawskich i ich następców. Odszkodowania za przejęte grunty warszawskie stanowią przede wszystkim obciążenie budżetu m.st. Warszawy, ponieważ podmiotem zobowiązanym do ich wypłaty jest starosta wykonujący zadania z zakresu administracji rządowej, tj. w tym przypadku Prezydent m.st. Warszawy (art. 4 pkt 9 u.g.g.). Stołeczny ratusz informował na początku 2013 r., że w Warszawie toczy się około 8 tysięcy postępowań dotyczących roszczeń związanych z dekretem warszawskim z 1945 r., z czego około 4,5 tysiąca spraw dotyczy zwrotu nieruchomości, a ok. 3,5 tysiąca to postępowania odszkodowawcze (P. Guzik, *Do 200 mln zł rocznie na odszkodowania za dekret Bieruta*, „Rzeczpospolita” z 3 sierpnia 2013 r.). W „Budżecie miasta stołecznego Warszawy na rok 2013” podkreślono negatywny wpływ, jaki na zachowanie ustawowych relacji między dochodami i wydatkami bieżącymi „mają wypłaty odszkodowań z tytułu tzw. dekretu Bieruta oraz za grunty przejęte pod budowę dróg. W latach 2010–2012 m.st. Warszawa poniosła wydatki budżetowe na wypłatę odszkodowań w kwocie 602 mln zł. (...) W kontekście utrzymywania się ograniczonych możliwości dochodowych, problem wypłaty odszkodowań stanowi nadmierne obciążenie finansowe dla Miasta – roszczenia z tych tytułów przekraczają możliwości ich finansowania ze środków budżetowych Warszawy”. W związku z powyższym, 8 listopada 2013 r. Sejm uchwalił ustawę, w której przewidziano możliwość wykorzystania w latach 2014–2016 środków Funduszu Reprywatyzacji na udzielenie m.st. Warszawie dotacji celowej z przeznaczeniem na dofinansowanie wypłaty odszkodowań, o których mowa w art. 215 u.g.g. Wysokość udzielonej dotacji w roku budżetowym nie może być wyższa niż 200 mln zł (ustawa z dnia

8 listopada 2013 r. o zmianie ustawy o komercjalizacji i prywatyzacji; Dz. U. poz. 1643).

Z powyższego wynika, że wbrew stanowisku pytającego sądu można wskazać wartość konstytucyjną, której realizacji może służyć analizowane zróżnicowanie byłych właścicieli działek warszawskich i ich następców prawnych. Dla oceny konstytucyjności zakwestionowanej regulacji istotne jest rozstrzygnięcie, czy ochrona interesów budżetowych jednostek samorządu terytorialnego lub państwa stanowi na tyle istotną i relewantną – w świetle celu i zasadniczej treści przepisów ustawy o gospodarce nieruchomościami – wartość konstytucyjną, że może uzasadniać zróżnicowane traktowanie byłych właścicieli działek warszawskich oraz ich następców prawnych w zakresie prawa do odszkodowania.

W orzecznictwie Trybunału uznaje się stan finansów publicznych i równowagę budżetową za wartości konstytucyjne, które powinny być brane pod uwagę przy ocenie konstytucyjności regulacji ustawowych. Jak zaznaczył Trybunał w wyroku z 24 listopada 2009 r. (sygn. akt SK 36/07): „nie ulega wątpliwości, że zachowanie równowagi budżetowej, mimo że nie wyrażone wprost w konkretnym przepisie Konstytucji, stanowi samodzielną wartość konstytucyjną, podlegającą ochronie. Stanowisko to od lat reprezentuje w swoim orzecznictwie Trybunał Konstytucyjny. Zgodnie z nim od zapewnienia równowagi budżetowej zależy zdolność państwa do działania i rozwiązywania różnorodnych problemów. Pomimo że państwo ma obowiązek podejmować działania, które zapewnią odpowiednie środki finansowe niezbędne dla realizacji konstytucyjnych praw i wolności, to nie można zapominać, że musi przy tym uwzględniać sytuację gospodarczą i konieczność zapewnienia warunków rozwoju gospodarczego (por. np. wyroki TK: z 17 grudnia 1997 r., sygn. K 22/96; z 9 kwietnia 2002 r., sygn. K 21/01)”. W tym kontekście należy podkreślić, że Trybunał Konstytucyjny za dobro konstytucyjnie chronione uznaje równowagę finansów publicznych i ochronę przed nadmiernym zadłużaniem się podmiotów publicznych, zarówno na poziomie państwa, jak i samorządu (wyrok TK z 4 maja 2004 r., sygn. akt K 40/02).

4. W ocenie Sejmu przewidziane w art. 215 ust. 2 u.g.g. zróżnicowanie byłych właścicieli działek i ich następców prawnych na podstawie kryterium pozbawienia ich faktycznego władania działką po 5 kwietnia 1958 r. nie stanowi przesłanki relewantnej usprawiedliwiającej to różnicowanie w świetle konstytucyjnych zasad równości i równej ochrony praw majątkowych. Jak podkreśla Trybunał Konstytucyjny, prawo do odszkodowania za wywłaszczenie stanowi swoisty surogat utraconej własności nieruchomości i dlatego uzasadniona jest jego szczególna ochrona, zbliżona intensywnością do ochrony prawa własności. „Prawo własności i jego gwarancje wskazane w art. 64 Konstytucji należy konstruować na tle ogólnych zasad ustroju Rzeczypospolitej, a w szczególności na tle art. 20 i art. 21 Konstytucji, które zaliczają własność prywatną do podstawowych zasad ustrojowych państwa. W świetle tych przepisów zagwaran-

towanie ochrony własności jest konstytucyjną powinnością państwa i stanowi wartość wyznaczającą kierunek interpretacji zarówno art. 64 Konstytucji, jak i unormowań zawartych w ustawodawstwie zwykłym” (wyrok TK z 13 czerwca 2011 r., sygn. akt SK 41/09).

Z uwagi na podkreślaną w orzecznictwie TK szczególną konstytucyjną rangę prawa do odszkodowania, względy ekonomiczne, a więc dążenie do zmniejszenia obciążenia finansów publicznych (tak samorządowych, jak i państwowych), nie mogą stanowić wystarczającego uzasadnienia dla różnicowania byłych właścicieli działek warszawskich i ich następców prawnych w zakresie możliwości dochodzenia tego prawa na podstawie przypadkowego i historycznego kryterium czasowego, tj. datę 5 kwietnia 1958 r., będącą dniem wejścia w życie ustawy z 1958 r. W ocenie Sejmu obecnie brakuje innego aksjologicznego uzasadnienia dla pozbawienia byłych właścicieli działek, o których mowa w art. 215 ust. 2 u.g.n., i ich następców prawnych prawa do odszkodowania tylko z tego powodu, że utracili oni możliwość władania działką przed 5 kwietnia 1958 r. Należy zaznaczyć, że z dużym prawdopodobieństwem stanowią oni tę grupę, która poniosła większy ciężar zmiany struktury własności miasta stołecznego Warszawy w związku z jego powojenną odbudową, w porównaniu z tymi właścicielami wywłaszczonych działek, których pozbawiono władztwa nad działkami dopiero po tej dacie. Zdaniem Sejmu waga interesu ekonomicznego samorządu i państwa polegającego na ograniczeniu wydatków budżetowych w związku z wypłatą odszkodowań nie jest na tyle istotna, aby mogła usprawiedliwiać, w świetle konstytucyjnej zasady równości, zróżnicowanie byłych właścicieli działek warszawskich i ich następców prawnych na podstawie wskazanego – arbitralnego i w istocie przypadkowego – kryterium czasowego. Dlatego też za konstytucyjnie niedopuszczalne należy uznać w tym przypadku przyznanie pierwszeństwa zasadzie równowagi budżetowej przed zasadą równości i zasadą równej ochrony praw majątkowych. Pozbawienie na tej podstawie określonej grupy byłych właścicieli i ich następców prawnych prawa do odszkodowania za mienie nieruchomości, przejęte przez m.st. Warszawę lub państwo w trybie przepisów dekretu warszawskiego z 1945 r., narusza bezpośrednio standard ochrony wierzytelności – traktowanej jako „inne niż własność prawo majątkowe” w rozumieniu konstytucyjnym, pośrednio zaś – standard ochrony własności, którego elementem jest nie tylko ochrona restytucyjna, ale także kompensacyjna (zob. wywód TK w wyroku z 23 maja 2005 r., sygn. akt SK 51/05).

Sejm pragnie również zaznaczyć, że w wielokrotnie powoływanym wyroku z 13 czerwca 2011 r. (sygn. akt SK 41/09) Trybunał uznał, iż art. 215 ust. 2 u.g.n. narusza zasady równości i równej ochrony praw majątkowych w zakresie, w jakim pomija on stosowanie przepisów tej ustawy dotyczących odszkodowań do byłych właścicieli innych nieruchomości niż domy jednorodzinne i działek przeznaczonych pod zabudowę inną niż jednorodzinna. Zdaniem Trybunału:

„nie można wskazać żadnego związku tego przepisu z celem i zasadniczą treścią przepisów u.g.n., których realizacji miałyby służyć zaskarżona regulacja”. W ocenie Sejmu stwierdzenie to należy *mutatis mutandis* odnieść do wynikającego z tego przepisu nakazu zróżnicowanego traktowania w zakresie prawa do odszkodowania byłych właścicieli działek przeznaczonych pod zabudowę jednorodzinną opierającego się na kryterium daty utraty przez nich faktycznego władztwa nad działkami. Brak przesłanki relewantności tego zróżnicowania czyni zbędnym badanie, czy spełniona jest przesłanka proporcjonalności, tj. czy dochowano odpowiedniości relacji między rangą celu a intensywnością naruszenia zasady równości i równej dla wszystkich ochrony prawa do odszkodowania jako innego prawa majątkowego.

Z uwagi na arbitralny charakter kryterium różnicowania byłych właścicieli działek warszawskich, art. 215 ust. 2 u.g.n. należy w tym zakresie uznać za sprzeczny z zasadą sprawiedliwości społecznej, o której mowa w art. 2 Konstytucji. Zasada ta nakazuje ustawodawcy powstrzymanie się od kreowania niesprawiedliwych, niepopartych obiektywnymi wymogami i kryteriami przywilejów dla wybranych grup obywateli (wyroki TK z: 16 grudnia 1997 r., sygn. akt K 8/97; 13 kwietnia 1999 r., sygn. akt K 36/98; 14 maja 2001 r., sygn. akt SK 1/00). W wypadku zakwestionowanej regulacji zróżnicowanie byłych właścicieli działek warszawskich, opierające się na wspomnianym kryterium czasowym, nie jest uzasadnione odrębnościami ich sytuacji prawnej ani faktycznej.

Wniosek powyższy znajduje też wsparcie w – wypowiedzianych jedynie *obiter dictum* – dotychczasowych poglądach Trybunału Konstytucyjnego (por. uchwała TK z 18 czerwca 1996 r., sygn. akt W 19/95). W uzasadnieniu wyroku z 31 maja 1989 r. (sygn. akt K 2/88) Trybunał deklarował: „W art. 7 wymienionego dekretu z 1945 r. poprzednim właścicielom lub ich następcom prawnym przyznano możliwość złożenia w ciągu 6 miesięcy od dnia objęcia gruntów przez gminę m.st. Warszawy wniosków o przyznanie prawa wieczystej dzierżawy lub zabudowy (obecnie – prawa wieczystego użytkowania gruntu). Dla właścicieli, którzy takiego prawa z jakichkolwiek przyczyn nie uzyskali przewidziane zostało odszkodowanie w miejskich papierach wartościowych, które miały być emitowane według zasad określonych w rozporządzeniu wykonawczym (art. 9 dekretu z 1945 r.). Jednakże rozporządzenie takie nie zostało wydane, w związku z tym złożone wnioski o odszkodowanie – jak już wspomniano – nie zostały dotychczas rozpatrzone. Także nie zostało wydane rozporządzenie wykonawcze przewidziane w art. 53 ust. 3 powołanej ustawy z 12 marca 1958 r. o zasadach i trybie wywłaszczania nieruchomości, co stało się następnie przeszkodą do rozpatrzenia wniosków o odszkodowanie tej grupy byłych właścicieli, którzy utracili własność domów jednorodzinnych i działek przed wejściem w życie ustawy z 1958 r. W tej kwestii Trybunał Konstytucyjny uznał za celowe podjęcie odrębnie przewidzianych prawem czynności zmierzających do wszczęcia postępowania z inicjatywy własnej”.

5. Biorąc powyższe pod uwagę, należy stwierdzić, że art. 215 ust. 2 u.g.n., w zakresie określonym w *petitum* niniejszego stanowiska, **jest niezgodny** z art. 2, art. 32 ust. 1 i art. 64 ust. 2 Konstytucji.

V. Dodatkowe wnioski Sejmu

1. W związku z przedstawionym stanowiskiem Sejm wnosi o określenie terminu utraty mocy obowiązującej art. 215 ust. 2 u.g.n., w zakresie wskazanym na wstępie, na maksymalny okres 18 miesięcy od daty ogłoszenia orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego, zgodnie z dyspozycją art. 190 ust. 3 zdanie pierwsze i drugie Konstytucji.

Wadliwość zaskarżonego przepisu jest wprawdzie tego typu, że jego prawidłowe (zgodne z Konstytucją) stosowanie umożliwia samo wejście w życie orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego, bez potrzeby interwencji ustawodawcy. Jednak za określeniem innego niż data ogłoszenia wyroku Trybunału terminu utraty mocy obowiązującej przepisu w zakresie określonym w *petitum* przemawia celowość przyjęcia kompleksowej regulacji kwestii rekompensowania skutków pozbawienia własności nieruchomości, w tym także działek, które przed wejściem w życie dekretu warszawskiego z 1945 r. mogły być przeznaczone pod budownictwo jednorodzinne. Zasadność uchwalenia takiej kompleksowej regulacji problematyki rekompensowania naruszeń prawa własności w odniesieniu do nieruchomości warszawskich potwierdził Trybunał Konstytucyjny w wyroku z 13 czerwca 2011 r. (sygn. akt SK 41/09). Zgodnie z wyrażonym tam stanowiskiem: „regulacja tej materii wymaga również proporcjonalnego wyważenia wartości konstytucyjnych: z jednej strony respektowania prawa do odszkodowania dla tych, którzy utracili własność nieruchomości, z drugiej zaś strony konieczności zachowania równowagi budżetowej i uwzględnienia możliwości finansowych państwa”.

2. W związku z przedmiotem niniejszej sprawy Sejm wnosi ponadto o wezwanie do udziału w postępowaniu, w trybie art. 38 pkt 4 ustawy o TK, Prezydenta m.st. Warszawy. Przemawiają za tym zarówno fakt, że wyrok Trybunału Konstytucyjnego może mieć istotne znaczenie z punktu widzenia obciążeń budżetowych wyżej wymienionej jednostki samorządu terytorialnego, jak również prawna relewancja dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy aktów prawa miejscowego wydawanych przez Radę m.st. Warszawy.

Maciej Iwański

Projekt stanowiska Sejmu w sprawie o sygn. akt SK 55/13¹

Sejm draft position on the case ref. no. SK 55/13: When examining the constitutionality of the contested Article 62 para. 1 and Article 63 para. 1 of the Preventing Drug Addiction Act, the author assumed that those provisions do not directly interfere with the freedom of religious practice. Therefore, such provisions to the extent that they relate to cannabis other than fiber hemp, are not incompatible with Article 53 para. 1 and para. 2 of the Constitution. It was also considered that the contested provisions do not apply to the medical use of narcotic drugs and can not be assessed in the context of Article 68 of the Constitution. Moreover, it was noted that the objectives of the prohibitions set forth in the challenged provisions can be considered justified by the guarantee of healthcare derived from the Constitution, indicating the usefulness of the contested regulation because of the general requirements of prevention and the duty of adequate protection of constitutional values. It is also claimed that restriction of access to medicinal products cannot be regarded as inconsistent with the prohibition of degrading treatment, which means that the above mentioned provisions are in conformity with Article 40 of the Constitution.

Keywords: cannabis | Constitution | Constitutional Tribunal | religious freedom

Słowa kluczowe: konopie indyjskie | Konstytucja | Trybunał Konstytucyjny | wolność religijna

Ekspert ds. legislacji BAS; maciej.iwanski@sejm.gov.pl.

Na podstawie art. 34 ust. 1 w związku z art. 52 ust. 1 ustawy z dnia 1 sierpnia 1997 r. o Trybunale Konstytucyjnym (Dz. U. Nr 102, poz. 643, ze zm.), w imieniu Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej przedkładaam wyjaśnienia w sprawie skargi konstytucyjnej Ł.P. z 2 stycznia 2013 r. (sygn. akt SK 55/13), jednocześnie wnosząc o stwierdzenie, że art. 62 ust. 1 oraz art. 63 ust. 1 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii (t.j. Dz. U. z 2012 r. poz. 124, ze zm.) w zakresie, w jakim dotyczą konopi innych niż włókniste, **są zgodne** z art. 47 w związku z art. 31 ust. 3 i art. 40 Konstytucji oraz **nie są niezgodne** z art. 53 ust. 1 i ust. 2 oraz art. 68 ust. 1 Konstytucji.

¹ Projekt sporządzony 21 lipca 2014 r.; sygn. akt SK 55/13; BAS-WPTK- 2076/13.

Ponadto wnoszę o **umorzenie postępowania** w pozostałym zakresie, na podstawie art. 39 ust. 1 pkt 1 ustawy o Trybunale Konstytucyjnym, ze względu na niedopuszczalność wydania wyroku.

Uzasadnienie

I. Stan faktyczny sprawy

Postępowanie przed Trybunałem Konstytucyjnym zostało zainicjowane skargą konstytucyjną Ł.P. (dalej: skarżący) z 2 stycznia 2013 r. (dalej: skarga, skarga konstytucyjna).

Wyrokiem Sądu Rejonowego w Wejherowie II Wydział Karny z 11 kwietnia 2012 r. (sygn. akt II K 1471/11) skarżący został uznany za winnego tego, że: „w dniu 20 czerwca 2011 r. w Luzinie, działając wbrew przepisom ustawy uprawiał rośliny konopi innych niż włókniste” (czyn zabroniony z art. 63 ust. 1 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii, t.j. Dz. U. 2012 r. poz. 124, ze zm.; dalej: u.p.n.), a także za winnego tego, że w tym samym czasie i miejscu „posiadał susz konopi innych niż włókniste w ilości 14,74 grama” (czyn zabroniony z art. 62 ust. 1 u.p.n.).

Powyższe orzeczenie zostało utrzymane w mocy wyrokiem Sądu Okręgowego w Gdańsku V Wydział Karny Odwoławczy z 7 września 2012 r. (sygn. akt V Ka 727/12).

II. Przedmiot kontroli

Skarżący uczynił przedmiotem kontroli art. 62 i art. 63 u.p.n. „w zakresie, w jakim dotyczą konopi”.

Artykuł 62 u.p.n. stanowi: „Kto, wbrew przepisom ustawy, posiada środki odurzające lub substancje psychotropowe, podlega karze pozbawienia wolności do lat 3” (ust. 1); „Jeżeli przedmiotem czynu, o którym mowa w ust. 1, jest znaczna ilość środków odurzających lub substancji psychotropowych, sprawca podlega karze pozbawienia wolności od roku do lat 10” (ust. 2); „W wypadku mniejszej wagi, sprawca podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do roku” (ust. 3). Natomiast zgodnie z art. 63 u.p.n.: „Kto, wbrew przepisom ustawy, uprawia mak, z wyjątkiem maku niskomorfowego, konopie, z wyjątkiem konopi włóknistych, lub krzew koki, podlega karze pozbawienia wolności do lat 3” (ust. 1); „Tej samej karze podlega, kto, wbrew przepisom ustawy, zbiera mleczko makowe, opium, słomę makową, liście koki, żywicę lub ziele konopi innych niż włókniste” (ust. 2); „Jeżeli przedmiotem czynu, o którym mowa w ust. 1, jest uprawa mogąca dostarczyć znacznej ilości słomy makowej, liści koki, żywicy lub ziela konopi innych niż włókniste, sprawca podlega karze pozbawienia wolności od 6 miesięcy do lat 8” (ust. 3).

III. Zarzuty skarżącego

Zdaniem skarżącego kwestionowane przepisy są niezgodne z „art. 31 ust. 3 w zw. z art. 47, art. 53 i art. 68 oraz art. 40” Konstytucji.

Uzasadniając naruszenie art. 47 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji, skarżący podkreśla, że: „Ochrona prywatności polega na przyznaniu jednostce prawa do swobody kształtowania własnego życia zgodnie z własnymi przekonaniami i wolą, z ograniczeniem do minimum wszelkiej ingerencji zewnętrznej (...) w sferze życia osobistego jednostki chronionego przez art. 47 Konstytucji mieści się również prawo do decydowania o ochronie własnego życia i zdrowia” (skarga, s. 5–6). Zdaniem skarżącego: „Norma zakazująca uprawy (bez względu na powierzchnię) i używania konopi pod groźbą kary kryminalnej jest najsilniejszym z możliwych ograniczeniem autonomii decyzyjnej jednostki (...) względem własnej osoby, co do używania określonych substancji ze względu na ich działanie na układ nerwowy” (skarga, s. 6). Konsekwencją zakazu wynikającego z zaskarżonych przepisów jest ograniczenie prawa do decydowania o swoim życiu osobistym, przejawiające się w tym, że: „dorosłemu człowiekowi na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej nie wolno samodzielnie (i na własną odpowiedzialność) decydować o tym, jak postępować z własnym układem nerwowym, w tym decydować jakie substancje mają wpływ na jego funkcje/dysfunkcje, w tym także w zakresie celów zdrowotnych (lecniczych)” (skarga, s. 7). Skarżący podnosi, że limitacje związane z uprawą i używaniem konopi nie spełniają – wynikających z art. 31 ust. 3 ustawy zasadniczej – standardów ograniczeń korzystania z konstytucyjnych wolności i praw.

Po pierwsze, zdaniem skarżącego, w zakresie objętym zaskarżaną regulacją ustawową brakuje rzeczywistej potrzeby ingerencji w prawa lub wolności jednostki: „Jak pokazują badania naukowe, konopie w naturalnej i nieprzetworzonej postaci stanowią znacznie mniejsze niebezpieczeństwo dla zdrowia publicznego w jego aspekcie indywidualnym i zbiorowym, niż dostępne w legalnym obrocie, silnie uzależniające tytoń i alkohol”.

Po drugie, stosowane ograniczenie nie jest środkiem skutecznym z punktu widzenia zamierzonego przez ustawodawcę celu: „Nie ma żadnych dowodów na to, że kryminalizacja takich zachowań (...) zdolna jest wywierać jakiegokolwiek generalno-prewencyjny czy indywidualno-prewencyjny wpływ (...). Ograniczenie używania i uprawy na osobiste potrzeby mogłoby być objęte reżimem administracyjnym optymalizującym zakres dopuszczalnego osobistego użytku (medycznego i niemedycznego) z punktu widzenia potrzeby ochrony społeczeństwa przed nadużywaniem czy przedostawaniem się konopi do nielegalnego obrotu – np. właśnie przez określenie powierzchni uprawy, ilości krzewów, ustanowienie form kontroli” (skarga, s. 10–11). Skarżący podnosi również, że: „Za nadmiernie dolegliwą i nie znajdującą akceptacji w demokratycznym państwie należy uznać karę pozbawienia wolności (...) Izolacja jako najsurowsze ograniczenie wolności człowieka powinna dotyczyć wyłącznie najcięższych naruszeń dóbr prawnych” (skarga, s. 11).

Jeżeli idzie o naruszenie art. 53 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji, skarżący podkreśla, że: „w niektórych religiach konopie są uznane za rośliny święte, a ich zażywanie jako rytuał religijny. Demokratyczne państwo mocą norm wyższego rzędu gwarantuje różnorodność kulturową, duchową swoich obywateli i nie może zakazać takiej formy indywidualnego praktykowania, która ze swej istoty nie zagraża innym członkom demokratycznego społeczeństwa” (skarga, s. 12). W tym kontekście w uzasadnieniu skargi konstytucyjnej stwierdza się, że zarówno palenie, jak i uprawa marihuany mogą zostać uznane za formę rytuału o charakterze religijnym.

Natomiast odnośnie do naruszenia art. 68 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji skarżący wskazuje, że: „Prawo do ochrony zdrowia i jednocześnie obowiązek państwa zwalczania zagrożeń epidemiologicznych, w zestawieniu ze skarżonymi przepisami ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii dotyczącymi konopi pokazuje, że na skutek obowiązywania normy niższego rzędu ani prawo człowieka do wyboru leczenia (ochrony zdrowia zgodnej z własnym sumieniem i wyborem) nie jest zachowane w zakresie, w jakim człowiek chce używać w celach leczniczych najbezpieczniejszej substancji psychoaktywnej znanej ludzkości, ani też nie są podejmowane tym kosztem skuteczne działania zwalczające zagrożenie epidemiologiczne narkomanią” (skarga, s. 14).

Odnośnie do naruszenia art. 40 Konstytucji skarżący podnosi, że: „przymus leczenia się z uzależnienia z powodu samego faktu używania tej substancji [konopi – uwaga M.I.] jest (...) naruszeniem zakazu poniżającego traktowania”, zaś: „Kwalifikowanym naruszeniem (...) art. 40 Konstytucji jest odmówienie prawa do leczenia zgodnie z własnym wyborem, pod groźbą odpowiedzialności karnej – pozbawienia wolności, lub przymusowego leczenia uzależnienia od substancji, która jest lekarstwem” (skarga, s. 17).

IV. Analiza formalnoprawna

1. W pierwszej kolejności należy zauważyć, że skarżący zakwestionował wszystkie jednostki redakcyjne składające się na art. 62 i art. 63 u.p.n.

Natomiast zgodnie z art. 79 Konstytucji skarga konstytucyjna stanowi instrument kontroli „zgodności z Konstytucją ustawy lub innego aktu normatywnego, na podstawie którego sąd lub organ administracji publicznej orzekł ostatecznie o jego [każdego, czyje konstytucyjne wolności lub prawa zostały naruszone – uwaga M.I.] wolnościach lub prawach albo o jego obowiązkach określonych w Konstytucji”.

W orzecznictwie sądu konstytucyjnego prezentowany jest pogląd, że w tym trybie mogą być kontrolowane „tylko przepisy wyrażające takie normy prawne, które stanowią bezpośrednią podstawę do wydawania aktów stosowania prawa, czyli konkretnych i indywidualnych aktów dotyczących konstytucyjnych wolności, praw podmiotowych lub obowiązków osoby wnoszącej skargę” (postanowienie TK z 6 kwietnia 2005 r., sygn. akt SK 8/04), natomiast „skarżą-

cy winien uprawdopodobnić, że przywrócenie stanu zgodności z konstytucją warunkowane jest usunięciem z systemu prawnego normy, która doprowadziła do niedozwolonej ingerencji w jego status konstytucyjny” (postanowienie TK z 13 października 2004 r., sygn. akt Ts 55/04). Innymi słowy, omawiany warunek „spełniony jest wówczas, gdy kwestionowany w skardze akt normatywny determinuje w sensie normatywnym treść orzeczenia przyjętego za podstawę skargi w tym jego aspekcie, w którym skarżący upatruje naruszenia przysługujących mu praw lub wolności o charakterze konstytucyjnym” – postanowienie TK z 6 lipca 2005 r., sygn. akt SK 25/03 (por. m.in. postanowienia TK z: 17 listopada 1999 r., sygn. akt SK 17/99; 22 lutego 2001 r., sygn. akt Ts 193/00; 2 kwietnia 2003 r., sygn. akt Ts 193/02 oraz wyroki TK z: 24 października 2007 r., sygn. akt SK 7/06; 21 września 2011 r., sygn. akt SK 6/10).

Należy zatem zauważyć, że w sprawie stanowiącej kanwę skargi konstytucyjnej, która zainicjowała niniejsze postępowanie, zastosowano art. 62 ust. 1 oraz art. 63 ust. 1 u.p.n.

Tym samym normy prawne wywodzone z art. 62 ust. 2 i ust. 3, a także art. 63 ust. 2 i ust. 3 u.p.n. nie stanowiły podstawy orzeczeń sądów powszechnych wydanych w sprawie skarżącego – wobec powyższego postępowanie w tym zakresie powinno zostać **umorzone** na podstawie art. 39 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 1 sierpnia 1997 r. o Trybunale Konstytucyjnym (Dz. U. Nr 102, poz. 643, ze zm.; dalej: ustawa o TK) ze względu na niedopuszczalność wydania wyroku.

2. Odnosnie do naruszenia art. 40 Konstytucji skarżący sformułował dwa zarzuty. Po pierwsze, za przejaw poniżającego traktowania uznał „przymus leczenia się z uzależnienia z powodu samego faktu używania tej substancji [konopi – uwaga M.I.]”. Po drugie, stwierdził, że w art. 40 ustawy zasadniczej godzi również odmowa „prawa do leczenia zgodnie z własnym wyborem [konopiami – uwaga M.I.], pod groźbą odpowiedzialności karnej – pozbawienia wolności, lub przymusowego leczenia uzależnienia od substancji, która jest lekarstwem”.

Jeżeli idzie o pierwszy z postawionych zarzutów, należy stwierdzić, że w kontekście zawartości normatywnej przepisów poddanych kontroli w niniejszej sprawie nie zasługuje on na uwzględnienie. Trzeba bowiem zauważyć, że ani przepis art. 62 u.p.n., ani art. 63 u.p.n. nie rozstrzygają kwestii przymusowego leczenia. Podstawą nałożenia na skarżącego obowiązku poddania się leczeniu odwykowemu w stosownym podmiocie leczniczym był art. 71 ust. 1 u.p.n. („W razie skazania osoby uzależnionej za przestępstwo pozostające w związku z używaniem środka odurzającego lub substancji psychotropowej na karę pozbawienia wolności, której wykonanie warunkowo zawieszono, sąd zobowiązuje skazanego do poddania się leczeniu lub rehabilitacji w podmiocie leczniczym w rozumieniu przepisów o działalności leczniczej i oddaje go pod dozór wyznaczonej osoby, instytucji lub stowarzyszenia”). Przepis ten nie został jednak wskazany jako przedmiot kontroli w *petitum* skargi konstytucyjnej ani przywołany w jej uzasadnieniu.

W ocenie Sejmu sposób sformułowania skargi konstytucyjnej uniemożliwia w tym wypadku zastosowanie zasady *falsa demonstratio non nocet*, zgodnie z którą podstawowe znaczenie ma istota sprawy, a nie jej oznaczenie, na skargę konstytucyjną zaś składa się cała treść pisma, a w *petitum* następuje jedynie usystematyzowanie wątpliwości oraz wskazanie głównych w tym względzie wzorców kontroli (zob. np. postanowienie TK z 5 czerwca 2013 r., sygn. akt SK 39/12). Wynika to przede wszystkim z jednoznacznego brzmienia *petitum* skargi, która zainicjowała niniejsze postępowanie oraz deficytów jej uzasadnienia. W tym miejscu warto odwołać się do – wydanego w podobnej sytuacji – postanowienia Trybunału Konstytucyjnego z 5 listopada 2013 r. (sygn. akt 15/12), w którym stwierdzono że: „W badanej sprawie nie ma podstaw do zastosowania zasady *falsa demonstratio non nocet*. Zarówno w *petitum* skargi, jak i w jej uzasadnieniu skarżąca jednoznacznie określiła przedmiot zaskarżenia domagając się zbadania konstytucyjności jedynie art. 56 ust. 1 pkt 12 prawa energetycznego. O ile zatem w myśl powołanej zasady granicę zaskarżenia w decydujący sposób wyznaczać ma istota danej sprawy, nie zaś jej oznaczenie (...) o tyle w analizowanej skardze konstytucyjnej taki dylemat w ogóle nie ma miejsca. Skarżąca upatruje naruszenia jej konstytucyjnych wolności i praw wyłącznie z punktu widzenia art. 56 ust. 1 pkt 12 prawa energetycznego, wskazując wyraźnie ten jeden przepis jako przedmiot skargi konstytucyjnej skierowanej do Trybunału”.

Dla porządku należy odnotować, że nawet korekta przedmiotu zaskarżenia w niniejszej sprawie nie wpłynęłaby na dopuszczalność merytorycznego rozpoznania opisywanego zarzutu. Skarżący nie uczynił w tym zakresie zadość obowiązкови należytego umotywowania podnoszonych wątpliwości, ograniczając się do konstatacji, że przymusowe leczenie spowodowane używaniem konopi stanowi przejaw poniżającego traktowania.

Wobec powyższego Sejm wnosi o **umorzenie postępowania** w zakresie dotyczącym zarzutu naruszenia przez zaskarżone przepisy art. 40 Konstytucji przez to, że przewidują przymus leczenia się z uzależnienia od konopi innych niż włókniste, na podstawie art. 39 ust. 1 pkt 1 ustawy o TK, ze względu na niedopuszczalność wydania wyroku.

3. Pewne wątpliwości może budzić również dopuszczalność merytorycznego odniesienia się do art. 53 Konstytucji jako wzorca kontroli. Przedstawiona argumentacja jest bowiem w tym zakresie lakoniczna i wyjątkowo ogólna. Przede wszystkim skarżący zauważa, że palenie (uprawa) konopi to forma rytuału mającego charakter religijny, wskazując przy tym, że w niektórych religiach konopie są uznane za rośliny święte, a ich zażywanie traktowane jako rytuał religijny. Przypomnieć zatem należy, że: „W orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego wielokrotnie podkreślano, że prawidłowe wykonanie przez skarżącego obowiązku przedstawienia, jakie konstytucyjne prawa lub wolności (i w jaki sposób) zostały naruszone przez przepisy stanowiące przedmiot wnoszonej skargi konstytucyjnej, polegać musi nie tylko na wskazaniu (numerycz-

nym) postanowień Konstytucji i zasad z nich wyprowadzanych, z którymi – zdaniem skarżącego – niezgodne są kwestionowane przepisy, ale również na precyzyjnym przedstawieniu treści prawa lub wolności, wywodzonych z tych postanowień, a naruszonych przez ustawodawcę. Powinna temu towarzyszyć szczegółowa i precyzyjna argumentacja, uprawdopodobniającą stawiane zarzuty” (postanowienie TK z 6 grudnia 2012 r., sygn. akt Ts 187/11; por. m.in. postanowienia TK z: 28 lutego 2007 r., sygn. akt SK 78/06; 2 lutego 2012 r., sygn. akt SK 14/09).

Należy zatem dostrzec, że skarżący nie sprecyzował, w jaki sposób kwestionowane regulacje godzą w przysługującą mu wolność religii. Innymi słowy, nie wyjaśnił dostatecznie, na czym polega wskazywany przez niego system wierzeń i powiązane z nim praktyki. W skardze konstytucyjnej jedynie zasygnalizowano kwestie związane z wolnością religii, wskazując z jednej strony na istniejące – bliżej nieokreślone – systemy religijne, z drugiej zaś na przekonanie (pogląd) skarżącego, co do możliwości zaliczenia konsumpcji i uprawy konopi innych niż włókniste do praktyk o charakterze religijnym (rytualnym). Zdaniem Sejmu taka argumentacja istotnie ogranicza możliwość rzeczowego odniesienia się do omawianego zarzutu. W tym miejscu warto odwołać się do wypowiedzi Trybunału Konstytucyjnego sformułowanych w związku z rezygnacją ze służby wojskowej ze względu na racje wyznaniowe czy światopoglądowe. Określając zakres podmiotowy wolności religii wyrażonej w art. 53 Konstytucji, sąd konstytucyjny stwierdził, że: „wolność religii jest ujmowana w normie konstytucyjnej bardzo szeroko, obejmuje bowiem wszelkie religie i przynależność do wszelkich związków wyznaniowych, a zatem nie jest ona ograniczona do uczestnictwa we wspólnotach religijnych tworzących formalną, wyodrębnioną strukturę organizacyjną i zarejestrowanych w stosownych rejestrach prowadzonych przez władzę publiczną. Bez wątpienia tak określona wolność religii obejmuje również wyznawców należących do kręgu «Świadków Jehowy»” (wyrok TK z 16 lutego 1999 r., sygn. akt SK 11/98). Z przytoczonej wypowiedzi Trybunału Konstytucyjnego można – zdaniem Sejmu – wyprowadzić wniosek, że merytoryczne rozpoznanie zarzutu naruszenia art. 53 Konstytucji wymaga przynajmniej określenia danej religii lub wyznania.

Opisane deficyty uzasadnienia skargi konstytucyjnej, która leży u podstaw niniejszego postępowania, pozwalają wziąć pod rozwagę Trybunału umorzenie postępowania w części dotyczącej zgodności zaskarżonych przepisów z art. 53 Konstytucji ze względu na niedopuszczalność wydania wyroku.

4. Kolejną kwestią wymagającą uwagi jest sposób ujęcia przez skarżącego części przywołanych wzorców kontroli. Wskazane art. 53 oraz art. 68 Konstytucji składają się bowiem z kilku jednostek redakcyjnych, natomiast skarżący nie sprecyzował, czy podstawą kontroli mają być wszystkie, czy też wybrane z nich.

Przechodząc do analizy pierwszego z wymienionych przepisów, trzeba zauważyć, że w art. 53 Konstytucji pomieszczono wiele postanowień odnoszących

się do różnych aspektów ogólnie pojmowanej wolności sumienia i religii. I tak poza proklamowaniem wspomnianej wolności konstytucyjnej (ust. 1) ustrojodawca uregulował w omawianym przepisie zakres wolności religii, w tym prawo do jej uzewnętrzniania (ust. 2), prawo rodziców do wychowania i nauczania moralnego swoich dzieci zgodnie ze swoimi przekonaniem (ust. 3), dopuszczalność uczynienia religii przedmiotem nauczania w szkole (ust. 4), zasady ograniczania wolności uzewnętrzniania religii (ust. 5), zakaz zmuszania do uczestniczenia albo nieuczestniczenia w praktykach religijnych (ust. 6), zakaz nakładania przez organy władzy publicznej obowiązku ujawnienia swojego światopoglądu, przekonań religijnych lub wyznania (ust. 7). Zdaniem Sejmu uzasadnienie skargi konstytucyjnej pozwala jednak na doprecyzowanie, które z ustępów art. 53 Konstytucji skarżący uznaje za relewantne w jego sprawie.

Po pierwsze, skarżący wspomina o „ograniczeniu wolności sumienia jednostki” przez zakaz posiadania i uprawy konopi, co pozwala przyjąć, że doszło – jego zdaniem – do naruszenia art. 53 ust. 1 Konstytucji. Wskazuje również, że: „indywidualne uzewnętrznianie poprzez uczestniczenie w obrzędzie spożywania marihuany zasługuje na taką samą ochronę jak np. spożywanie wina w kościele katolickim”. Ponadto skarżący stwierdza, że przy założeniu, iż palenie (oraz osobista uprawa) marihuany stanowi formę rytuału religijnego, „zakaz spożywania marihuany jest zmuszaniem do nieuczestniczenia w praktykach religijnych”.

Zdaniem Sejmu przedstawiona argumentacja pozwala przyjąć, że w niniejszej sprawie znaczenie ma przede wszystkim art. 53 ust. 1 i ust. 2 Konstytucji. Pierwszy z ustępów tego przepisu wyraża wolność religii, drugi natomiast wskazuje, że jednym z jej fenomenów może być indywidualne (także prywatnie) uzewnętrznianie religii między innymi przez określone praktykowanie. W ocenie Sejmu zawartość normatywna właśnie tych przepisów może stanowić tło dla czynności opisanych w skardze konstytucyjnej.

Jednocześnie trzeba podkreślić, że dopiero po wykazaniu adekwatności wymienionych wyżej wzorców kontroli zasadne będzie uwzględnienie w tym charakterze tzw. klauzul limitacyjnych, czyli przepisów wyznaczających ramy dopuszczalnych ograniczeń konstytucyjnych praw i wolności. W tym miejscu, obok wskazanego przez skarżącego art. 31 ust. 3 ustawy zasadniczej, należy zdaniem Sejmu przywołać art. 53 ust. 5 Konstytucji, w którym ustrojodawca pomieścił szczegółową klauzulę limitacyjną odnoszącą się do wolności uzewnętrzniania religii. Przepis ten nie wyraża zakazu naruszania istoty wolności, której dotyczy, ani nie operuje przesłanką ochrony środowiska (jak ma to miejsce w wypadku art. 31 ust. 3 Konstytucji), jednak skarżący nie wykazał, że w niniejszej sprawie zachodzą okoliczności, które uzasadniałyby wyłączenie jego stosowania.

Analogicznie należy rozstrzygnąć, czy skarżący rzeczywiście chce uczynić przedmiotem kontroli „cały” art. 68 Konstytucji, czy też odnosi się do określonego wycinka zawartości normatywnej tego przepisu, relewantnego z punktu

widzenia podnoszonych zarzutów. Trzeba bowiem zauważyć, że art. 68 Konstytucji (podobnie jak art. 53 ustawy zasadniczej) reguluje różnorodne kwestie związane z prawem do ochrony zdrowia, poczynwszy od proklamowania tego prawa (ust. 1), przez gwarancje zapewnienia obywatelom przez władze publiczne równego dostępu do świadczeń opieki zdrowotnej finansowanej ze środków publicznych (ust. 2 oraz gwarantujący szczególną opiekę zdrowotną dzieciom, kobietom ciężarnym, osobom niepełnosprawnym i osobom w podeszłym wieku – ust. 3), po zobowiązanie władz publicznych do zwalczania chorób epidemicznych (ust. 4) oraz podejmowania działań stanowiących promocję rozwoju kultury fizycznej (ust. 5).

Uzasadnienie skargi konstytucyjnej odnośnie do tego zarzutu odwołuje się do wynikającego z norm wyższego rzędu „prawa do ochrony zdrowia” oraz „obowiązku państwa zwalczania zagrożeń epidemiologicznych”. Skarżący wskazuje, że wskutek obowiązywania zaskarżonych przepisów „ani prawo człowieka do wyboru leczenia (ochrony zdrowia zgodnej z własnym sumieniem i wyborem) nie jest zachowane (...) ani też nie są podejmowane tym kosztem skuteczne działania zwalczające zagrożenie epidemiologiczne narkomanią” (skarga, s. 14). Wydaje się jednak, że nie ma potrzeby bezpośredniego odwoływania się do art. 68 ust. 4 Konstytucji. Argumentacja skarżącego zdaje się bowiem zmierzać do wykazania, że ograniczenia w dostępie do określonych substancji nie przekładają się na zapobieganie (zmniejszanie skali zjawiska) narkomanii, w związku z czym ich utrzymywanie narusza Konstytucję. W ocenie Sejmu nakazuje to uznać, że odwołanie się do art. 68 ust. 4 ustawy zasadniczej ma na celu (również z uwagi na zawartość normatywną tego przepisu, adresowanego do władz publicznych i niestanowiącego źródła praw podmiotowych – zob. B. Banaszak, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2009, s. 355) wzmocnienie argumentacji w zakresie naruszenia ogólnie ujmowanego prawa do ochrony zdrowia.

Podobnie jak w wypadku art. 53 ust. 1 i ust. 2 Konstytucji, dopiero stwierdzenie, że art. 68 ust. 1 ustawy zasadniczej jest adekwatnym wzorcem kontroli zaskarżonych przepisów nada sens posłużeniu się art. 31 ust. 3 Konstytucji w celu przeprowadzenia testu proporcjonalności wynikających z kwestionowanych przepisów ograniczeń.

5. Skarżący wnosi o stwierdzenie niekonstytucyjności zaskarżonych przepisów „w zakresie, w jakim dotyczą konopi”. W tym miejscu należy poczynić uwagę natury terminologicznej. Ustawa o przeciwdziałaniu narkomanii zawiera bowiem przepisy dotyczące konopi oraz odrębnie ujmowanych konopi włóknistych. Konopiami w myśl art. 4 pkt 4 u.p.n. są „rośliny z rodzaju konopie (*Cannabis L.*)”, natomiast zgodnie z art. 4 pkt 5 u.p.n. konopie włókniste to „rośliny z gatunku konopie siewne (*Cannabis sativa L.*), w których suma zawartości delta-9-tetrahydrokannabinolu oraz kwasu tetrahydrokannabinolowego (kwasu delta-9-THC-2-karboksylowego) w kwiatowych lub owocujących wierzchoł-

kach roślin, z których nie usunięto żywicy, nie przekracza 0,20% w przeliczeniu na suchą masę”. Przepisy poddane kontroli Trybunału Konstytucyjnego odnoszą się do posiadania „środków odurzających lub substancji psychotropowych” (art. 62 ust. 1 u.p.n.) oraz uprawy wbrew przepisom ustawy „konopi, z wyjątkiem konopi włóknistych” (art. 63 ust. 1 u.p.n.). W celu zdekodowania – relewantnej z punktu widzenia niniejszej sprawy – zawartości normatywnej art. 62 ust. 1 u.p.n. należy odwołać się do pojęcia „środków odurzających”, definiowanych jako: „każda substancja pochodzenia naturalnego lub syntetycznego działająca na ośrodkowy układ nerwowy, określona w wykazie środków odurzających stanowiącym załącznik nr 1 do ustawy” (art. 4 pkt 26 u.p.n.). W przywołanym załączniku do ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii wymieniono: „konopi ziele innych niż włókniste oraz wyciągi, nalewki farmaceutyczne, a także wszystkie inne wyciągi z konopi innych niż włókniste”, jak również żywicę konopi. Wydaje się zatem, że dla większej precyzji, przy rozpatrywaniu niniejszej sprawy powinno operować się terminem „konopie inne niż włókniste” i tak też czyni Sejm w *petitum* niniejszego stanowiska. Pojęcie to koresponduje bowiem z zawartością normatywną zarówno art. 62 ust. 1, jak i art. 63 ust. 1 u.p.n. Warto przy tym zauważyć, że wyrokiem Sądu Rejonowego w Wejherowie II Wydział Karny z 11 kwietnia 2012 r. (sygn. akt II K 1471/11) skarżący został skazany za posiadanie suszu oraz uprawę konopi innych niż włókniste. Jednocześnie wypada zastrzec, że względy redakcyjne lub też odwołania od skargi konstytucyjnej nakazują przyjąć na potrzeby niniejszego stanowiska, że zwroty: konopie, konopie inne niż włókniste oraz marihuana stanowią synonimy.

6. Reasumując, Sejm zbada zgodność art. 62 ust. 1 oraz art. 63 ust. 1 u.p.n. w zakresie, w jakim dotyczą konopi innych niż włókniste, z art. 40 Konstytucji, art. 47 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji, art. 53 ust. 1 i ust. 2 oraz art. 68 ust. 1 Konstytucji, ewentualnie również z art. 53 ust. 5 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji.

V. Wzorce kontroli

1. Zgodnie z art. 40 Konstytucji: „Nikt nie może być poddany torturom ani okrutnemu, niehumanitarnemu lub poniżającemu traktowaniu i karaniu. Zakazuje się stosowania kar cielesnych”. Obowiązek powstrzymywania się od zachowań opisanych w art. 40 Konstytucji ciąży na organach państwa i ich funkcjonariuszach (również w zakresie wykonywania kar orzeczonych przez sądy), a także dotyczy zachowania się osób w stosunkach między sobą, w tym w ramach stosunków pracy (W. Skrzydło, *Komentarz do art. 40 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*, LEX). W niniejszej sprawie znaczenie ma ta część normy wywodzonej z art. 40 Konstytucji, która obejmuje zakaz okrutnego, niehumanitarnego lub poniżającego traktowania. W doktrynie prawa wskazuje się, że traktowanie okrutne „jest jedną z sytuacji traktowania «niehumanitarnego», obejmującego oprócz zadawania bólu fizycznego czy psychicznego stwarzanie sytuacji dolegliwych także

z innych względów, np. moralnych, religijnych czy obyczajowych”, zaś „traktowanie «poniżające» polega na zamachach, wymierzanych w godność człowieka, na zmuszaniu go do zachowań ośmieszających, upadlających czy w ogóle sprawiających wrażenie wyrzekania się człowieczeństwa” (P. Sarnecki, *Komentarz do art. 40 [w:] Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. III, L. Garlicki (red.), Warszawa 2003, s. 3; por. B. Banaszak, *Konstytucja, op. cit.*, s. 220; wyrok TK z 26 maja 2008 r., sygn. akt SK 25/07). Trzeba przy tym podkreślić, że zakaz stosowania tortur oraz działania okrutnego, niehumanitarnego i poniżającego nie może zostać uchylony, co oznacza że: „wolność od wymienionych tu dolegliwości (...) posiada charakter absolutny, nie może być w żadnych warunkach ograniczona” (P. Sarnecki, *Komentarz do art. 40 [w:] Konstytucja, op. cit.*, s. 3).

2. Artykuł 47 Konstytucji stanowi: „Każdy ma prawo do ochrony prawnej życia prywatnego, rodzinnego, czci i dobrego imienia oraz do decydowania o swoim życiu osobistym”. Wymienione w cytowanym przepisie prawo do decydowania o życiu osobistym obejmuje: „np. kwestie zawierania i utrzymywania znajomości oraz ich charakteru, decyzje o sposobie spędzania czasu wolnego, o przedmiocie rozwijanych osobistych zainteresowań, o miejscu i sposobie zamieszkiwania oraz stylu ubioru, o intensywności i kształcie poddawania się opiece lekarskiej itd.” (P. Sarnecki, *Komentarz do art. 47 [w:] Konstytucja, op. cit.*, s. 3). Możliwości decydowania poddane są wszelkie przejawy postępowania jednostki, a zatem również „decyzje”, „czynności faktyczne” oraz „zachowanie” (zob. *ibidem*, s. 4).

Jak zauważył Trybunał Konstytucyjny: „Art. 47 konstytucji określa prawo każdego do ochrony życia prywatnego i rodzinnego, czci i dobrego imienia oraz do decydowania o swoim życiu osobistym. Oznacza, iż państwo zobowiązuje się z jednej strony do nieingerencji w konstytucyjnie określony zakres życia jednostek, a z drugiej strony zapewnia stosowną ochronę w przypadku, gdy działania takie zostały już podjęte” (wyrok TK z 2 kwietnia 2001 r., sygn. akt SK 10/00; por. wyrok TK z 9 lipca 2009 r., sygn. akt SK 48/05).

3. Artykuł 53 ust. 1 Konstytucji stanowi: „Każdemu zapewnia się wolność sumienia i religii”. Z kolei zgodnie z art. 53 ust. 2 Konstytucji: „Wolność religii obejmuje wolność wyznawania lub przyjmowania religii według własnego wyboru oraz uzewnętrzniania indywidualnie lub z innymi, publicznie lub prywatnie, swojej religii przez uprawianie kultu, modlitwę, uczestniczenie w obrzędach, praktykowanie i nauczanie. Wolność religii obejmuje także posiadanie świątyń i innych miejsc kultu w zależności od potrzeb ludzi wierzących oraz prawo osób do korzystania z pomocy religijnej tam, gdzie się znajdują”.

Skarżący, przywołując art. 53 ust. 1 Konstytucji, akcentuje wyrażoną w tym przepisie wolność religii. Ustrojodawca dookreślił to pojęcie, wskazując w art. 53 ust. 2 Konstytucji: „Wolność religii obejmuje wolność wyznawania lub przyjmowania religii według własnego wyboru oraz uzewnętrzniania indywidualnie lub z innymi, publicznie lub prywatnie, swojej religii przez uprawianie

kultu, modlitwę, uczestniczenie w obrzędach, praktykowanie i nauczanie. Wolność religii obejmuje także posiadanie świątyń i innych miejsc kultu w zależności od potrzeb ludzi wierzących oraz prawo osób do korzystania z pomocy religijnej tam, gdzie się znajdują”. Nie ulega przy tym wątpliwości, że powyższe wyliczenie nie jest wyczerpujące, a realizacja wolności religii może przejawiać się również przez inne aktywności jej podmiotów (zob. P. Sarnecki, *Komentarz do art. 53 [w:] Konstytucja, op. cit., s. 4*).

Zdaniem Trybunału Konstytucyjnego: „wolność religii jest ujmowana w normie konstytucyjnej bardzo szeroko, obejmuje bowiem wszelkie religie i przynależność do wszelkich związków wyznaniowych, a zatem nie jest ona ograniczona do uczestnictwa we wspólnotach religijnych tworzących formalną, wyodrębnioną strukturę organizacyjną i zarejestrowanych w stosownych rejestrach prowadzonych przez władzę publiczną” (wyrok TK z 16 lutego 1999 r., sygn. akt SK 11/98).

Podobne ujęcie wolności sumienia znaleźć można również w ustawie z dnia 17 maja 1989 r. o gwarancjach wolności sumienia i wyznania (t.j. Dz. U. z 2005 r. Nr 231, poz. 1965; dalej: u.g.w.s.w.). Zgodnie z art. 1 ust. 2 u.g.w.s.w.: „Wolność sumienia i wyznania obejmuje swobodę wyboru religii lub przekonań oraz wyrażania ich indywidualnie i zbiorowo, prywatnie i publicznie”.

Przechodząc do kwestii dopuszczalności ograniczeń swobody sumienia i religii, wypada wskazać, że: „Art. 25 i art. 53 mają charakter komplementarny i winny być rozpatrywane jako pewna całość. Przyjęta metoda regulacji powoduje również, że szczególnego znaczenia nabiera wykładnia systemowa; powyższe artykuły Konstytucji winny być interpretowane w szerszym kontekście konstytucyjnym, a zwłaszcza w kontekście: ogólnych przepisów ustrojowych; (...) art. 31 ust. 3 dotyczącego ogólnych (wspólnych) zasad ograniczania praw i wolności, który to przepis znajduje swą konkretyzację w art. 53 ust. 5 (stanowiącym *lex specialis* na tle art. 31 ust. 3)” – wyrok TK z 2 grudnia 2009 r., sygn. akt U 10/07 (por. wyrok TK z 16 lutego 1999 r., sygn. akt SK 11/98; P. Sarnecki, *Komentarz do art. 53 Konstytucji [w:] Konstytucja, op. cit., s. 10*). Trzeba zatem przypomnieć, że zgodnie z art. 31 ust. 3 Konstytucji: „Ograniczenia w zakresie korzystania z konstytucyjnych wolności i praw mogą być ustanawiane tylko w ustawie i tylko wtedy, gdy są konieczne w demokratycznym państwie dla jego bezpieczeństwa lub porządku publicznego, bądź dla ochrony środowiska, zdrowia i moralności publicznej, albo wolności i praw innych osób. Ograniczenia te nie mogą naruszać istoty wolności i praw”. Z kolei art. 53 ust. 5 ustawy zasadniczej stanowi, że: „Wolność uzewnętrzniania religii może być ograniczona jedynie w drodze ustawy i tylko wtedy, gdy jest to konieczne do ochrony bezpieczeństwa państwa, porządku publicznego, zdrowia, moralności lub wolności i praw innych osób”.

4. Artykuł 68 ust. 1 Konstytucji stanowi, że: „Każdy ma prawo do ochrony zdrowia”. Jak zauważył Trybunał Konstytucyjny: „z art. 68 ust. 1 Konstytucji należy wywieść podmiotowe prawo jednostki do ochrony zdrowia. Treścią

prawa do ochrony zdrowia nie jest naturalnie jakiś abstrakcyjnie określony (i w gruncie rzeczy niedefiniowalny) (...) stan «zdrowia» poszczególnych jednostek, ale możliwość korzystania z systemu ochrony zdrowia, funkcjonalnie ukierunkowanego na zwalczanie i zapobieganie chorobom, urazom i niepełnosprawności» (wyrok TK, wydany w pełnym składzie, z 7 stycznia 2004 r., sygn. akt K 14/03). Ujęcie prawa do ochrony zdrowia, jako prawa do korzystania z określonego systemu, każe odwołać się do art. 68 ust. 2 Konstytucji, zgodnie z którym: „Obywatelom, niezależnie od ich sytuacji materialnej, władze publiczne zapewniają równy dostęp do świadczeń opieki zdrowotnej finansowanej ze środków publicznych. Warunki i zakres udzielania świadczeń określa ustawa”. Przyjęcie, że art. 68 ust. 1 Konstytucji wyraża prawo podmiotowe, pozwala postawić pytanie o zakres tego prawa. Innymi słowy, chodzi o określenie granic, w których jednostce przysługuje określone roszczenie, którego realizacji może ona domagać się od władz publicznych. Należy mieć przy tym na uwadze, że: „Treść art. 68 ust. 1 i ust. 2 Konstytucji nie daje podstaw do konstruowania jakiegś materialnej definicji pojęcia «ochrona zdrowia». W szczególności nie jest więc możliwe na gruncie Konstytucji precyzyjne dookreślenie rodzajów bądź kategorii świadczeń mieszczących się w zakresie prawa gwarantowanego przez art. 68. Ciężar gwarancji konstytucyjnych przenosi się tym samym na płaszczyznę proceduralną” (*ibidem*). Jednocześnie w przywoływanym judykacie Trybunał wyraża pogląd o względnej swobodzie ustawodawcy w zakresie kształtowania modelu systemu ochrony zdrowia: „Wyrażna jest jedynie wola ustrojodawcy niedopuszczenia do wykreowania całkowicie rynkowego systemu ochrony zdrowia (tzw. samofinansowanie). W pozostałym zakresie ustawodawca zwykły, realizując własne cele polityczne i społeczne, może swobodnie kształtować określony model ochrony zdrowia”.

VI. Analiza merytoryczna

1. W pierwszej kolejności Sejm odniesie się do zarzutu naruszenia art. 53 Konstytucji. Trzeba zatem odnotować, że w nauce prawa wyróżnia się sferę wewnętrzną oraz zewnętrzną wolności religii i sumienia. Jeżeli idzie o pierwszą z nich, zwraca się uwagę, że obejmuje ona przemyślenia jednostki „i w tym wymiarze trudno nawet sobie wyobrazić jakiejkolwiek ograniczenia prawne, czy ingerencje ze strony państwa. Dopuszczalne są one wtedy, gdy efekty wolności sumienia zostają uzewnętrznione w postaci wyrażanych poglądów lub innych działań (...) bądź praktyk religijnych. Wówczas jednak chodzić może już nie tylko o wolność sumienia, ale także inne wolności, mające wprawdzie swoje źródło w wolności sumienia, ale wobec niej autonomiczne (np. wolność słowa)” (B. Banaszak, *Konstytucja, op. cit.*, s. 271).

Przenosząc powyższe na grunt niniejszej sprawy, należy rozważyć, czy przywołany art. 53 Konstytucji stanowi adekwatny wzorzec kontroli dla zaskarżonych przepisów.

Po pierwsze, trzeba stwierdzić, że przepisy zaskarżonej ustawy nie dotyczą kwestii wyznaniowych. Przedmiotem kwestionowanej ustawy jest przeciwdziałanie narkomanii, któremu służyć ma stworzenie ram instytucjonalnych i obciążenie określonych podmiotów zadaniami w zakresie przeciwdziałania naruszeniom prawa dotyczącego obrotu, wytwarzania, przetwarzania, przerozbu i posiadania substancji, których używanie może prowadzić do narkomanii. Z tego punktu widzenia nie można uznać, że art. 62 ust. 1 oraz art. 63 ust. 1 u.p.n., penalizując sprzeczne z ustawą posiadanie i uprawę konopi innych niż włókniste, bezpośrednio ingerują w swobodę praktyk religijnych.

Po drugie, jak już była o tym mowa, skarżący wyjątkowo lapidarnie opisał, w jaki konkretnie sposób zastosowanie zaskarżonych przepisów ingeruje w jego wolność religii. Przede wszystkim nie przedstawił przykładów systemów religijnych, które bezpośrednio wiązałyby się z konsumpcją środków odurzających (w tym wypadku konopi innych niż włókniste), i nie wykazał, że wymagają tego jego przekonania religijne. Sejm dostrzega możliwość powołania się na wolność religii także przez osobę pozostającą poza wspólnotami religijnymi oraz wywodzącą swe przekonania z różnych systemów religijnych również wówczas, gdy jednostka traktuje je wybiórczo lub łączy prawdy wiary podawane na gruncie rozmaitych religii. Nie oznacza to jednak, że sama deklaracja jednostki co do religijnego charakteru danego przekonania automatycznie przesądza o konieczności zaakceptowania takiej kwalifikacji przez władze publiczne. Konsekwentne stosowanie metody autoidentyfikacji umożliwiałoby uznanie za religię właściwie każdego systemu przekonań. Oznacza to, że ciężar wykazania, iż dane (nietypowe) zachowanie stanowi rytuał religijny, spoczywa na jednostce dążącej do objęcia tego zachowania ochroną konstytucyjną.

Co więcej, skarżący nie jest konsekwentny w swoim stanowisku co do potrzeby konsumpcji konopi, pomijając w wybranych fragmentach uzasadnienia skargi konstytucyjnej aspekt religijny [„Państwo zakazując uprawy i używania (posiadania) (...) nie zapewnia skarżącemu żadnej legalnej alternatywy, z której skarżący mógłby skorzystać, aby nie łamać prawa (...) uzyskać konopie na osobiste cele lecznicze, rekreacyjne – w każdym razie mieszczące się w zakresie decydowania o własnym życiu” – skarga, s. 3]. Prezentowana w orzecznictwie sądu konstytucyjnego oraz piśmiennictwie definicja wolności religii nie ogranicza się co prawda do religii i związków wyznaniowych podlegających jakiejś formie urzędowej rejestracji, jednakże ogólne powołanie się przez autora skargi konstytucyjnej na art. 53 Konstytucji w sytuacji, gdy nie jest on w stanie precyzyjnie zdefiniować oraz przedstawić przejawów realizowania wartości, dla których ochrony ustanowiono omawiany przepis ustawy zasadniczej, rodzi ryzyko instrumentalizacji ochrony wolności religii.

Po trzecie, co jednak pozostaje w związku z zaprezentowanymi wyżej uwagami, zachowanie skarżącego stanowiące czyn zabroniony w rozumieniu kwestionowanych przepisów daje się oceniać nie tylko z punktu widzenia art. 53 Konstytucji.

tucji. Dostrzega to zresztą sam skarżący, przywołując jako wzorzec kontroli także art. 47 ustawy zasadniczej, wyrażający prawo do prywatności. Innymi słowy, nie-
możność jednoznacznego zakwalifikowania zachowania skarżącego jako praktyki
religijnej nie przesądza o niedopuszczalności oceny zakazu takiego zachowania
przez pryzmat innych (wyrażających wartości inne niż wolność religii) postanowien
Konstytucji. W tym zakresie Sejm uznaje za adekwatną dla niniejszej sprawy
wypowiedź Trybunału Konstytucyjnego, że: „Możliwość odniesienia się do wielu
wzorców konstytucyjnych jednocześnie, poprzez wskazania na swoiste refleksy
analizowanych regulacji, na pośrednie czy dalsze konsekwencje z nich wynikające,
pozwala na sformułowanie poglądu, że brak jest w badanym zakresie normatywnym
swoistych elementów pozwalających na rozpatrywanie kwestii w płaszczyźnie wolności religii” (wyrok TK z 16 lutego 1999 r., sygn. akt SK 11/98).

Wobec powyższego art. 53 ust. 1 i ust. 2 Konstytucji nie mogą zostać uznane
za adekwatne wzorce kontroli w niniejszej sprawie. Skarżący nie wykazał
bowiem, że jego zachowanie – stanowiące podstawę reakcji prawnokarnej –
powinno być oceniane jako praktyka o charakterze religijnym. Wobec nieadekwatności
przepisów konstytucyjnych o charakterze materialnym (wyrażających określone prawa i wolności)
niezasadne byłoby związkowe ich ujmowanie z tzw. klauzulami limitacyjnymi, tj. wspomnianymi
wcześniej art. 53 ust. 5 i art. 31 ust. 3 Konstytucji.

Mając na względzie powyższe okoliczności, Sejm wnosi o uznanie, że art. 62
ust. 1 oraz art. 63 ust.1 u.p.n. w zakresie, w jakim dotyczą konopi innych niż włókniste,
nie są niezgodne z art. 53 ust. 1 i ust. 2 Konstytucji.

Na marginesie warto jednak odnotować, że nawet przyjęcie punktu widzenia
skarżącego, co do dopuszczalności oceny zaskarżonych przepisów przez pryzmat
art. 53 Konstytucji nie oznaczałoby, że normy prawne zakazujące określonego zachowania,
oceniane jako sprzeczne z przekonaniami religijnymi jednostki, *a limine* naruszałyby
Konstytucję. Nie można bowiem tracić z pola widzenia tego, że wolność religii nie ma
„charakteru absolutnego, albowiem już sama konstytucja wskazuje na możliwość istnienia
ograniczeń w tej dziedzinie, o ile spełniają one wymagania określone przez przepis
ust. 5 art. 53 konstytucji (...). Trzeba jednocześnie zauważyć, że przepis ten nie
wyłącza zastosowania zasady proporcjonalności wyrażonej w art. 31 ust. 3 konstytucji,
w tym przynajmniej w zakresie, w jakim treści normatywne obu tych przepisów nie
pokrywają się” (*ibidem*). Natomiast, jeżeli idzie bezpośrednio o ograniczenia rzutu-
jące na prawną dopuszczalność realizowania określonych praktyk religijnych,
Sejm podziela pogląd, że: „Wolność religijna nie obejmuje (...) nieograniczonej
swobody postępowania w zgodzie z nakazami religii w każdej sferze życia. W myśl
art. 3 ust. 2 u.g.w.s.w. korzystanie z tej wolności nie może prowadzić do uchyla-
nia się od wykonywania obowiązków publicznych nałożonych przez ustawy.
Oznacza to, że nawet jeśli dana norma prawna jest oceniana przez wyznawców
danej religii jako sprzeczna z regułami moralnymi leżącymi u podstaw ich dok-

tryny, to taki osąd nie wystarcza, by zwolnić się od przestrzegania prawa. (...) Dyskomfort odczuwany przez osobę wierzącą w związku z faktem, że system prawny w jakiejś kwestii rozmija się z jej intuicją etyczną, jest nieuniknioną konsekwencją życia w pluralistycznym społeczeństwie, ponoszona też przez osoby bezwyznaniowe, które żywią różne systemy wartości. Nie ma jednak powodu, by różnicować status wolnościowy obu tych grup” (W. Brzozowski, *Uzewewnętrznianie przynależności religijnej. Zagadnienia systemowe* [w:] *Prawne granice wolności sumienia i wyznania*, R. Wieruszewski, M. Wyrzykowski, L. Kondratiewa-Bryzik (red.), Warszawa 2012, s. 279). Również na gruncie art. 9 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności z 4 listopada 1950 r. (Dz. U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284) wskazuje się, że przepis ten nie chroni wszystkich działań, które są motywowane względami religijnymi, a w społeczeństwach demokratycznych koegzystuje obok siebie wiele religii i wprowadzenie pewnych ograniczeń może być konieczne (zob. np. wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z 29 czerwca 2004 r., skarga nr 44774/98).

2. Z tych samych względów co w wypadku art. 53 Konstytucji Sejm nie widzi możliwości merytorycznego odniesienia się do zarzutu naruszenia art. 68 ust. 1 ustawy zasadniczej.

Trzeba przede wszystkim zauważyć, że kwestionowane regulacje nie odnoszą się do problematyki ochrony zdrowia (choć zdrowie publiczne stanowi dobro chronione stojące u podstaw decyzji kryminalizacyjnej).

Punktem wyjścia dalszych analiz musi być stwierdzenie, że wyrażone w art. 68 ust. 1 Konstytucji prawo do ochrony zdrowia oznacza w praktyce możliwość korzystania z określonego systemu, funkcjonalnie ukierunkowanego na zwalczanie i zapobieganie chorobom, urazom i niepełnosprawności (zob. wyrok TK, wydany w pełnym składzie, z 7 stycznia 2004 r., sygn. akt K 14/03). Trzeba zatem zauważyć, że ustawa o przeciwdziałaniu narkomanii odnosi się również do medycznego wykorzystywania substancji odurzających, w tym konopi innych niż włókniste. Zgodnie bowiem z art. 33 ust. 1 u.p.n.: „Środki odurzające grup I-N i II-N oraz substancje psychotropowe grup II-P, III-P i IV-P mogą być używane wyłącznie w celach medycznych, przemysłowych lub prowadzenia badań”. Tym samym: „Przy obecnie obowiązujących zapisach w pełni możliwe jest zastosowanie w celach medycznych produktów leczniczych, w których skład wchodzi konopi ziele innych niż włókniste. Warunkiem jest, że taki produkt leczniczy będzie zarejestrowany” (Odpowiedź podsekretarza stanu w Ministerstwie Zdrowia – z upoważnienia ministra – na interpelację nr 1801 w sprawie niedozwolonego używania konopi (*cannabis*) w celach medycznych, dostępna na stronie internetowej Sejmu). W uzupełnieniu powyższej wypowiedzi wskazano, że; „marihuana (ziele lub żywica, tj. kwiatowe lub owocujące wierzchołki o sumie THC powyżej 0,2%), zgodnie z polskim prawem, nie jest produktem leczniczym i nie odnoszą się do niej przepisy ustawy z dnia 6 września 2001 r. – Prawo farmaceutyczne (Dz. U. z 2008 r. Nr 45, poz. 271, z późn. zm.). Nie może

ona zostać zakupiona zgodnie z ww. ustawą, dopóki nie zostanie dopuszczona do obrotu, jako produkt leczniczy na podstawie art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 6 września 2001 r. Prawo farmaceutyczne” (Odpowiedź podsekretarza stanu w Ministerstwie Zdrowia – z upoważnienia ministra – na ponowną interpelację posła M. Kabacińskiego oraz grupy posłów, dostępna na stronie internetowej Sejmu). Na marginesie warto jednak odnotować, że zgodnie z załącznikiem nr 1 do obwieszczenia Prezesa Urzędu Rejestracji Produktów Leczniczych, Wyrobów Medycznych i Produktów Biobójczych z 21 marca 2014 r. w sprawie ogłoszenia Urzędowego Wykazu Produktów Leczniczych Dopuszczonych do Obrotu na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej (Dz. Urz. Ministra Zdrowia 2014 r. poz. 45) produktem leczniczym do obrotu w Rzeczypospolitej Polskiej jest „Sativex” – aerozol do stosowania w jamie ustnej, w którego skład wchodzi delta-9-tetrahydrokannabinol oraz kannabidiol, a więc substancje wchodzące również w skład konopi innych niż włókniste (zob. szerzej na stronie internetowej Krajowego Biura do spraw Przeciwdziałania Narkomanii – <http://www.kbpn.gov.pl/portal?id=2451557>; dostęp 8 lipca 2014 r.).

Reasumując tę część rozważań, trzeba stwierdzić, że skarżący nie zakwestionował w niniejszej sprawie przepisów stanowiących ustawową konkretyzację gwarancji ochrony zdrowia. Przyjmując, że art. 68 Konstytucji nakazuje stworzenie efektywnego systemu ochrony zdrowia, należy uznać, że zakwestionowane przepisy nie poddają się konfrontacji z tym przepisem ustawy zasadniczej. W żaden sposób nie odnoszą się one do medycznego wykorzystywania substancji odurzających. Argumentacja skarżącego opiera się w tym względzie na przekonaniu, że powinien on mieć prawo do medycznego wykorzystywania wybranych przez siebie środków bez względu na przyjęte przez ustawodawcę procedury. Innymi słowy, dąży do usankcjonowania swojego działania, podejmowanego poza systemem opieki zdrowotnej, którego dotyczy art. 68 Konstytucji.

Wobec powyższego Sejm wnosi o uznanie, że art. 62 ust. 1 oraz art. 63 ust. 1 u.p.n. w zakresie, w jakim dotyczą konopi innych niż włókniste, **nie są niezgodne** z art. 68 ust. 1 Konstytucji.

3. Obowiązująca ustawa o przeciwdziałaniu narkomanii stanowi przejaw kompleksowego uregulowania problematyki narkotykowej. Narkomanię, w ujęciu ustawodawcy, należy rozumieć jako „stałe lub okresowe używanie w celach innych niż medyczne środków odurzających lub substancji psychotropowych albo środków zastępczych, w wyniku czego może powstać lub powstało uzależnienie od nich” (art. 4 pkt 11 u.p.n.). Zadania z zakresu przeciwdziałania narkomanii są realizowane przez odpowiednie kształtowanie polityki społecznej, gospodarczej, oświatowo-wychowawczej i zdrowotnej, a w szczególności: a) działalność wychowawczą, edukacyjną, informacyjną i zapobiegawczą; b) leczenie, rehabilitację i reintegrację osób uzależnionych; c) ograniczenie szkód zdrowotnych i społecznych; d) nadzór nad substancjami, których używanie może prowadzić do narkomanii; e) zwalczanie niedozwolonego obrotu, wytwarzania, przetwa-

rzania, przerobu i posiadania substancji, których używanie może prowadzić do narkomanii; f) nadzór nad uprawami roślin zawierających substancje, których używanie może prowadzić do narkomanii (zob. art. 2 ust. 1 pkt 1–6 u.p.n.).

Z punktu widzenia omawianej sprawy niewątpliwie kluczowe znaczenie mają działania opisane w art. 2 ust. 1 pkt 5 u.p.n. w zakresie, w jakim dotyczą niedozwolonego wytwarzania i posiadania konopi innych niż włókniste. Przed przystąpieniem do bardziej szczegółowych rozważań warto zaprezentować ogólny rys historyczny przedmiotowych regulacji.

4. Regulacje penalizujące określone zachowania pozostające w związku z narkotykami znaleźć można już w ustawodawstwie międzywojennym, zarówno w ustawie z dnia 22 czerwca 1923 r. w przedmiocie substancji i przetworów odurzających (Dz. U. Nr 72, poz. 559), jak i w rozporządzeniu Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 11 lipca 1932 r. – Kodeks karny (Dz. U. Nr 60, poz. 571, ze zm.). Omawiane kwestie uregulowano następnie w ustawie z dnia 8 stycznia 1951 r. o środkach farmaceutycznych i odurzających oraz artykułach sanitarnych (Dz. U. Nr 1, poz. 4) oraz ustawie z dnia 19 kwietnia 1969 r. – Kodeks karny (Dz. U. Nr 13, poz. 94, ze zm.).

Pierwszą regulacją o charakterze kompleksowym była natomiast ustawa z dnia 31 stycznia 1985 r. o zapobieganiu narkomanii (Dz. U. Nr 4, poz. 15), zastąpiona później ustawą z dnia 24 kwietnia 1997 r. o przeciwdziałaniu narkomanii (Dz. U. Nr 75, poz. 468, ze zm.; dalej ustawa z 1997 r.). To właśnie ten akt prawny bezpośrednio poprzedzał obecnie obowiązujące przepisy, dlatego też warto przytoczyć jego adekwatne – z punktu widzenia skargi konstytucyjnej – przepisy. Zgodnie z pierwotnym brzmieniem art. 48 ustawy z 1997 r.: „Kto, wbrew przepisom ustawy, posiada środki odurzające lub substancje psychotropowe, podlega karze pozbawienia wolności do lat 3” (ust. 1); „W wypadku mniejszej wagi, sprawca podlega karze pozbawienia wolności do roku, ograniczenia wolności albo grzywny” (ust. 2); „Jeżeli przedmiotem czynu, o którym mowa w ust. 1, jest znaczna ilość środków odurzających lub substancji psychotropowych, sprawca podlega karze pozbawienia wolności do lat 5 i grzywny” (ust. 3); „Nie podlega karze sprawca występkę określonego w ust. 1, który posiada na własny użytek środki odurzające lub substancje psychotropowe w ilości nieznacznej” (ust. 4). Natomiast zgodnie z pierwotnym brzmieniem art. 49 ustawy z 1997 r.: „Kto, wbrew przepisom ustawy, uprawia mak, z wyjątkiem maku niskomorfinowego, lub konopie, z wyjątkiem konopi włóknistych, podlega karze pozbawienia wolności do lat 2, ograniczenia wolności albo grzywny” (ust. 1); „Tej samej karze podlega, kto wbrew przepisom ustawy zbiera mleczko makowe, opium, słomę makową, żywicę lub ziele konopi” (ust. 2). Prezentując przepisy ustawy z 1997 r., nie można pominąć uchylenia art. 48 ust. 4 tej ustawy, które nastąpiło na mocy ustawy z dnia 26 października 2000 r. o zmianie ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii (Dz. U. Nr 103, poz. 1097). Zmiana ustawy z 1997 r. była podyktowana wolą zwiększenia skuteczności ścigania „dealerów”

narkotyków, tak aby nie mogli oni powoływać się na okoliczność posiadania środków odurzających lub substancji psychotropowych w nieznacznej ilości na własny użytek (zob. uzasadnienie projektu ustawy o zmianie ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii, druk sejmowy nr 631/III kad.).

5. W tym miejscu warto przedstawić ogólne uwagi dotyczące zaskarżonych przepisów.

W art. 62 ust. 1 u.p.n. opisano typ podstawowy przestępstwa polegającego na nielegalnym (wbrew przepisom ustawy) posiadaniu środków odurzających lub substancji psychotropowych. W doktrynie prawa za przedmiot ochrony omawianego przepisu (dobro prawnie chronione) powszechnie uznaje się życie i zdrowie publiczne, jak również życie i zdrowie konkretnej osoby posiadającej środki odurzające lub substancje psychotropowe (zob. B. Kurzępa [w:] *Ustawa o przeciwdziałaniu narkomanii. Komentarz*, A. Ważny (red.), Warszawa 2013, s. 414; K. Łucarz, A. Muszyńska, *Komentarz do art. 62 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii*, LEX, pkt 2; T. Srogosz, *Ustawa o przeciwdziałaniu narkomanii. Komentarz*, Warszawa 2008 (*komentarz do art. 62; teza 7*); wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 24 kwietnia 2008 r., sygn. akt II AKa 102/08). Dodatkowo wskazuje się na „zabezpieczenie społeczeństwa przed swobodnym, niekontrolowanym, nielegalnym posiadaniem środków odurzających, psychotropowych” (zob. K. Łucarz, A. Muszyńska, *Komentarz do art. 62, op. cit.*, pkt 2 wraz z przywołanym tam piśmiennictwem), jak również „prawo określonych podmiotów posiadających stosowne uprawnienia i odpowiednie zezwolenia właściwych organów do posiadania środków odurzających lub substancji psychotropowych w celach prawnie dopuszczalnych, wyrażonych w odpowiednich przepisach ustawy [o przeciwdziałaniu narkomanii – uwaga M.I.]” (B. Wilanowska [w:] *Ustawa o przeciwdziałaniu narkomanii. Komentarz do wybranych przepisów karnych*, P. Kładoczny (red.), Warszawa 2013, s. 80). Występek opisany w art. 62 u.p.n. ma charakter bezskutkowy i powszechny.

Podobnie przedmiotem ochrony art. 63 u.p.n. jest życie i zdrowie publiczne, a także monopol podmiotów legalnie prowadzących uprawę wymienionych w nim roślin i pozyskujących z nich opium, słomę makową, liście koki, żywicę lub ziele konopi innych niż włókniste (zob. B. Kurzępa [w:] *Ustawa, op. cit.*, s. 437).

6. Kwestie związane ze środkami odurzającymi oraz substancjami psychotropowymi są również przedmiotem aktów prawa międzynarodowego. W odniesieniu do środków odurzających trzeba wskazać przede wszystkim na następujące umowy międzynarodowe.

Zgodnie z Jednolitą konwencją o środkach odurzających z 1961 r., sporządzoną w Nowym Jorku dnia 30 marca 1961 r. (Dz. U. z 1966 r. Nr 45, poz. 277, ze zm.; dalej: konwencja z 1961 r.): „Z zastrzeżeniem swych ograniczeń konstytucyjnych, każda Strona podejmie takie kroki, które zapewnią, aby uprawa, zbiór, wyrób, sporządzanie wyciągów, przetwarzanie, posiadanie, oferowanie, oferowanie do sprzedaży, rozpowszechnianie, kupno, sprzedaż, dostarczanie na jakichkolwiek

warunkach, pośredniczenie, wysyłanie, przesyłanie w tranzycie, przewóz, przywóz i wywóz środków odurzających, sprzeczne z postanowieniami niniejszej konwencji, i wszelkie inne czynności, które w przekonaniu danej Strony mogą być w sprzeczności z postanowieniami niniejszej konwencji, były uznane za przestępstwa karalne, w wypadku gdy popełniane są umyślnie, i by poważne przestępstwa podlegały odpowiedniej karze, a w szczególności karze więzienia lub innej karze pozbawienia wolności” (art. 36 ust. 1 lit. a konwencji z 1961 r.).

Natomiast w Konwencji Narodów Zjednoczonych o zwalczaniu nielegalnego obrotu środkami odurzającymi i substancjami psychotropowymi, sporządzonej w Wiedniu dnia 20 grudnia 1988 r. (Dz. U. z 1995 r. Nr 15, poz. 69; dalej: konwencja z 1988 r.) wskazano, że: „Z zastrzeżeniem postanowień swej konstytucji i podstawowych zasad swojego systemu prawnego, każda strona podejmie środki niezbędne do tego, aby posiadanie, nabywanie lub uprawa środków odurzających lub substancji psychotropowych dla osobistego użytku niezgodnie z postanowieniami Konwencji z 1961 r. z późniejszymi zmianami lub Konwencji z 1971 r. [Konwencji o substancjach psychotropowych, sporządzonej w Wiedniu dnia 21 lutego 1971 r., Dz. U. z 1976 r. Nr 31, poz. 180 – uwaga M.I.] zostały uznane zgodnie z jej ustawodawstwem, jeżeli zostały dokonane umyślnie, za przestępstwa podlegające karze” (art. 3 ust. 2 Konwencji z 1988 r.). Trzeba w tym miejscu podkreślić, że przytoczony przepis odnosi się również do konopi innych niż włókniste (zob. art. 1 lit. n konwencji z 1988 r.).

7. Ocena zaskarżonej regulacji musi zostać poprzedzona nakreśleniem jej otoczenia normatywnego.

W pierwszej kolejności należy wskazać art. 62a u.p.n., zgodnie z którym: „Jeżeli przedmiotem czynu, o którym mowa w art. 62 ust. 1 lub 3 [u.p.n. – uwaga M.I.], są środki odurzające lub substancje psychotropowe w ilości nieznacznej, przeznaczone na własny użytek sprawcy, postępowanie można umorzyć również przed wydaniem postanowienia o wszczęciu śledztwa lub dochodzenia, jeżeli orzeczenie wobec sprawcy kary byłoby niecelowe ze względu na okoliczności popełnienia czynu, a także stopień jego społecznej szkodliwości”. Przepis ten wszedł w życie mocą ustawy z dnia 1 kwietnia 2011 r. o zmianie ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 117, poz. 678; dalej: ustawa zmieniająca). Jak stwierdzono w uzasadnieniu projektu ustawy: „założenia legislacyjne w zakresie ograniczenia konsumpcji narkotyków w Polsce towarzyszące wspomnianej ustawie nie zostały zrealizowane, a ponadto doprowadziły do powstania dwóch niekorzystnych zjawisk społeczno-prawnych: (...) udaremniły organom ścigania penetrację środowiska osób zajmujących się wprowadzaniem do obrotu substancji odurzających; po drugie «wykreowały» nową kategorię przestępców, jakimi stały się osoby uzależnione i używające nielegalne substancje psychoaktywne” (uzasadnienie projektu ustawy o zmianie ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii oraz niektórych innych ustaw, druk sejmowy nr 3420/VI kad., s. 1). Projektodawcy dostrzegli ponadto,

że od czasu wprowadzenia całkowitej penalizacji posiadania środków odurzających i substancji psychotropowych „znacząco wzrosła liczba osób skazanych za czyn posiadania środków odurzających lub substancji psychotropowych”, kryminalizacja użytkowników narkotyków zaś „znacząco ograniczyła zgłaszanie się do leczenia, uniemożliwiła stosowanie na szeroką skalę programów redukcji szkód społecznych i zdrowotnych, sparaliżowała kontakt terapeutyczny, leczniczy, czy korekcyjno-edukacyjny, szczególnie w grupie najmłodszych użytkowników narkotyków”, powodując przy tym poważne konsekwencje ekonomiczne związane ze ściganiem sprawców omawianych przestępstw (zob. *ibidem*).

Artykuł 62a u.p.n. stanowi zatem odpowiedź na opisane wyżej negatywne zjawiska obserwowane w obszarze polityki narkotykowej. Jak bowiem wynika z badań, na które powołał się projektodawca: „olbrzymia większość spraw o przestępstwa z art. 62 ust. 1 lub 2 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii dotyczy posiadania dwóch środków, a mianowicie marihuany oraz amfetaminy, przy czym znaczna ich część to sprawy drobne, a nawet niezwykle drobne, dotyczące posiadania bardzo niewielkich ilości przeznaczonych ewidentnie na cele własnej konsumpcji. W wielu takich sprawach, które w Polsce kończą się wyrokami skazującymi, chodzi o ilości środków, które w innych krajach UE są prawnie irrelevantne i umożliwiają stosowanie oportunistycznego ścigania” (*ibidem*, s. 11), co przemawia za niecelowością stosowania wobec pewnej grupy osób posiadających narkotyki represji prawnokarnej.

8. Uzasadnieniem ogólnie pojmowanej polityki antynarkotykowej jest przede wszystkim przekonanie o szkodliwym wpływie niektórych substancji na organizm człowieka oraz ich potencjale uzależniającym. W konsekwencji działania państwa w tym zakresie nakierowane są nie tylko na ochronę zdrowia społeczeństwa (choć ten cel należy wysunąć na plan pierwszy), ale również na zapobieganie zjawisku narkomanii, którego oddziaływanie można oceniać, jako wykraczające swoim zasięgiem poza jednostkowe przypadki szkodliwego używania czy nadużywania narkotyków.

W celu zobrazowania skutków używania konopi innych niż włókniste, Sejm odwoła się do ekspertyzy opracowanej w Instytucie Psychiatrii i Neurologii w Warszawie (zaakceptowanej przez Polskie Towarzystwo Psychiatryczne) obszernie zreferowanej (wraz z odesłaniem do odnośnych publikacji naukowych) w odpowiedzi podsekretarza stanu w Ministerstwie Zdrowia – z upoważnienia ministra – na interpelację poselską nr 1801 w sprawie niedozwolonego używania konopi (*cannabis*) w celach medycznych (treść odpowiedzi dostępna na stronie internetowej Sejmu).

Z przywołanej ekspertyzy wynika, że: „preparaty marihuany (konopi indyjskich, *Cannabis sativa*) zawierają ponad 400 zidentyfikowanych związków chemicznych, z których najsilniejsze działanie psychoaktywne wywiera 9-delta-tetrahydrokanabinol (THC). Kanabinoły wpływają na receptory kanabinoidowe, które znajdują się w strukturach mózgu związanych z wieloma procesami fizjo-

logicznymi, m.in. funkcjonowaniem poznawczym, procesami pamięciowymi, odczuwaniem bólu oraz koordynacją ruchową. Kanabinoły podstawiają się za naturalny neuroprzekaźnik, jakim jest anandamid, są jednak od niego bardziej aktywne i mają dłuższy okres działania”. Wśród negatywnych następstw używania marihuany wymienia się następujące.

Po pierwsze, konsumpcja marihuany może powodować występowanie efektów niepożądanych przez osobę ją używającą: „Najczęstsze z nich to reakcje lękowe i napady paniki. Lęk może przybierać nasilenie psychotyczne (...) Ok. 20–30% osób używających marihuanę doznaje nagłych krótkotrwałych doznań lękowych (...) Napady silnego lęku przypominające napady lęku panicznego, dysforii, odczuwanie depersonalizacji, zaburzenia świadomości, stany maniakalne i krótkotrwałe psychozy, przypominające schizofrenię paranoidealną, mogą występować jednak i u osób bez predyspozycji do tych zaburzeń (brak podobnych epizodów w przeszłości, brak osób w rodzinie chorujących na podobne zaburzenia) oraz bez ewidentnych czynników zewnętrznych i psychicznych sprzyjających podobnym reakcjom. Tego typu stany lękowe i psychotyczne mogą być przyczyną zachowań autoagresywnych i agresywnych”.

Po drugie, wskazuje się, że: „Istotnym problemem może być wpływ kanabinoli na koncentrację uwagi i sprawność psychomotoryczną, co w połączeniu z nastrojem euforycznym i zmniejszonym krytycyzmem może prowadzić do zwiększonej wypadkowości (...) Wpływ ten utrzymuje się znacznie dłużej niż wpływ na nastrój”.

Po trzecie, badania potwierdzają związki pomiędzy używaniem marihuany a występowaniem psychoz: „Mimo niepełnego poznania mechanizmów psychozotwórczego działania marihuany, panuje powszechna zgodność co do statystycznie częstszego występowania psychoz (w tym o obrazie zbliżonym do schizofrenii) u osób palących marihuanę (...) Ostatnie dziesięciolecie przyniosło liczne dowody na sprawczą rolę THC w patogenezie psychoz (...) Dowiedzione jest, że używanie kanabinoli przyspiesza początek psychoz schizofrenicznych u osób predysponowanych i zwiększa liczbę objawów wytwórczych”.

Po czwarte, używanie marihuany może prowadzić do wystąpienia tzw. zespołu amotywacyjnego, który polega na „zmniejszeniu zainteresowania życiem społecznym, zawężonym głównie do zachowań typowych dla podkultury (zainteresowania zdobywaniem marihuany i eksperymentowanie z innymi środkami, poświęcanie dużej ilości czasu doznawaniu poszerzenia świadomości, zwiększonej empatii itp.), wycofaniem się z pełnienia tradycyjnych ról społecznych, co skutkuje zazwyczaj niższą pozycją społeczną, niż wynikałoby to z potencjału intelektualnego i innych zdolności”.

Po piąte, wykazano, że: „palenie marihuany wiąże się z większą częstością późniejszego występowania zaburzeń depresyjnych, choć związek ten jest słabszy niż w przypadku psychoz (...). Niemniej osoby nadużywające *cannabis* miały objawy depresyjne 4-krotnie częściej niż niepalący marihuany (...) Mechanizmy tego wpływu są niedostatecznie wyjaśnione”.

Po szóste, autorzy ekspertyzy prezentują stanowisko, że: „przewlekła ekspozycja na kanabinoły wyraźnie wpływa negatywnie na szereg funkcji poznawczych, w tym pamięć, zdolności do koncentracji uwagi, motywację i funkcje psychomotoryczne (...) Niewykluczone, że upośledzenie funkcji poznawczych może mieć podłoże w trwałym uszkodzeniu struktur mózgu. W ostatnim 10-leciu stwierdzono, że przewlekłe używanie marihuany wiąże się z upośledzeniem struktury morfologicznej, funkcji, przepływu krwi i metabolizmu głównie w okolicy przedczołowej, hipokampie i mózdzku”.

Po siódme, przewlekłe palenie marihuany wiąże się z występowaniem wielu powikłań i ryzyka zaburzeń somatycznych. Wymienić trzeba w tym miejscu przede wszystkim ryzyko zaburzeń krążenia, przewlekłych stanów zapalnych oskrzeli, zmniejszenie odporności organizmu, wpływ na układ rozrodczy („Tam gdzie doszło do zapłodnienia, kanabinoły i inne toksyczne środki zawarte w palonej marihuanie przechodzą do płodu. Podobnie kanabinoły znajdują się w pokarmie palących matek. Skutkować to może opóźnionym rozwojem psychicznym dzieci w wieku do lat 3”).

Wszystkie wymienione wyżej zjawiska należy skonfrontować z ryzykiem uzależnienia. W przypadku marihuany ocenia się, że: „ok. 7–10% osób, które kiedykolwiek używało marihuany popada w uzależnienie (...), a odsetek ten zwiększa się do 20–30%, gdy bada się populację, która miała kontakt z marihuaną kilka razy (...) Obraz kliniczny uzależnienia od kanabinoli najczęściej spełnia większość współczesnych kryteriów uzależnienia, choć objawy neurobiologiczne (tolerancja, zespół abstynencyjny) są słabiej wyrażone”.

Wymienione wyżej okoliczności pozwalają na stwierdzenie, że konsumpcja marihuany ma szkodliwy wpływ na zdrowie, co uzasadnia przedsięwzięcie przez władze publiczne określonych środków nakierowanych na ograniczenie jej spożycia.

9. Jak wskazano, celem zakazu produkcji oraz posiadania (w tym na własny użytek) konopi innych niż włókniste jest ochrona zdrowia. Powyższe ograniczenia mogą być rozpatrywane w kontekście konstytucyjnego prawa do prywatności, bowiem, jak zauważył sąd konstytucyjny: „w sferze życia osobistego jednostki mieści się również prawo do decydowania o ochronie własnego życia i zdrowia” (wyrok TK z 9 lipca 2009 r., sygn. akt SK 48/05). Tym samym obwarowanie sankcją prawnokarną zachowań nakierowanych na spożywanie marihuany niewątpliwie ogranicza prawo jednostki do decydowania o swoim postępowaniu, w tym do narażania własnego zdrowia lub życia. Wobec powyższego niezbędne jest skonfrontowanie zaskarżonych przepisów z art. 31 ust. 3 Konstytucji, który wyznacza granice limitowania wszystkich praw i wolności konstytucyjnych.

Należy stwierdzić na wstępie, że nie budzi wątpliwości dopełnienie przez prawodawcę przesłanki formalnej, sprowadzającej się do wymogu zachowania ustawowej formy ograniczenia.

W dalszej kolejności należy rozważyć, czy wprowadzone ograniczenie znajduje oparcie w katalogu wartości chronionych, wymienionych w art. 31 ust. 3

Konstytucji. Również na tak postawione pytanie należy, zdaniem Sejmu, odpowiedzieć twierdząco. W art. 31 ust. 3 ustawy zasadniczej wymieniono bowiem *explicite* ochronę zdrowia. Należy mieć przy tym na uwadze, że: „Ograniczenia mające na celu ochronę zdrowia można najczęściej sprowadzić do ochrony praw innych osób. Ochrona zdrowia może jednak być powoływana również dla uzasadnienia ograniczenia danego prawa także w przypadku, gdy chodzi o ochronę zdrowia osoby, której to ograniczenie dotyczy” (K. Wojtyczek, *Granice ingerencji ustawodawczej w sferę praw człowieka w Konstytucji RP*, Kraków 1999, s. 192). Cytowany pogląd znalazł aprobatę w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego, który stwierdził, że: „Związek omawianej wartości z ochroną jednostki jest bezpośredni i oczywisty, ale – skoro mowa o zdrowiu «publicznym» – należy je postrzegać w szerszym wymiarze, m.in. jako obowiązek zapewnienia takiego kontekstu prawnego i społecznego, by usuwać zarówno zewnętrzne zagrożenia zdrowia jednostki (np. zwalczanie chorób zakaźnych, pomoc w sytuacjach nadzwyczajnych, opieka medyczna), jak i eliminować pokusy skłaniające jednostkę do dobrowolnego niszczenia swojego zdrowia” (wyrok TK z 9 lipca 2009 r., sygn. akt SK 48/05, wraz z przywołanym tam piśmiennictwem). Innymi słowy: „ograniczenie przez ustawodawcę zakresu korzystania z wolności ze względu na ochronę zdrowia może się odnosić zarówno do ochrony zdrowia całego społeczeństwa czy poszczególnych grup, jak i zdrowia poszczególnych osób” (*ibidem*). Konkludując tę część rozważań, Sejm stwierdza, że cele zakazów sformułowanych w zaskarżonych przepisach można uznać za usprawiedliwione przesłanką ochrony zdrowia wynikającą z art. 31 ust. 3 Konstytucji.

Na marginesie można zauważyć, że omawiane zakazy znajdują oparcie także w innej z przesłanek wskazanych w art. 31 ust. 3 Konstytucji, a mianowicie w ochronie praw i wolności innych osób. Taki schemat argumentacyjny zaprezentował Trybunał w przywoływanym wyroku z 9 lipca 2009 r. (sygn. akt SK 48/05). Rozstrzygając o zgodności z Konstytucją ustawowego nakazu zapinania pasów bezpieczeństwa w samochodzie sąd konstytucyjny doszedł do wniosku, że: „Nie jest potrzebne szczegółowe uzasadnianie tezy, że skutki kalectwa lub śmierci kierowców i pasażerów pojazdów samochodowych mogą negatywnie oddziaływać na członków ich rodzin. Nadto, skutki te są w stanie obciążyć całe społeczeństwo, które ponosi koszty wypłacanych tej osobie lub członkom jej rodziny świadczeń pieniężnych z ubezpieczenia chorobowego i rentowego, a także koszty świadczeń pokrywane z ubezpieczenia zdrowotnego (np. koszty opieki lekarskiej, pobytu w szpitalu, rehabilitacji, leków)”. Zdaniem Sejmu powyższy pogląd można transponować na grunt niniejszej sprawy, wskazując zarówno na negatywny wpływ uzależnienia na najbliższe otoczenie osoby uzależnionej, jak i na koszty leczenia ponoszone ze środków publicznych.

Dalsza analiza zaskarżonych regulacji w kontekście zgodności ze standardem wynikającym z art. 31 ust. 3 Konstytucji wymaga odpowiedzi na pytanie, czy wprowadzona regulacja ustawowa jest w stanie doprowadzić do zamierzo-

nych przez nią skutków (jest przydatna), jest wymagana do ochrony interesu publicznego, któremu służy (jest niezbędna), a ponadto, czy jej korzyści pozostają w odpowiedniej proporcji do ciężarów nakładanych przez nią na obywatela (jest proporcjonalna w ścisłym tego słowa znaczeniu) (zob. m.in. wyroki TK z: 11 kwietnia 2000 r., sygn. akt K 15/98; 11 kwietnia 2006 r., sygn. akt SK 57/04; 2 lipca 2007 r., sygn. akt K 41/00).

Jeżeli idzie o kwestię przydatności, Sejm zwraca uwagę, że niezależnie od działań nakierowanych na prewencję indywidualną, polityka antynarkotykowa musi uwzględniać sferę podażową substancji odurzających. Wprowadzenie powszechnej i bezwzględnej penalizacji posiadania określonych środków było wynikiem trudności w pracy organów ścigania związanych z oceną, czy osoba posiadająca na przykład konopie inne niż włókniste ma zamiar ich rozpowszechniania i udzielania innym osobom, czy też ich konsumpcji we własnym zakresie. Powyższe należy odnieść również do uprawy konopi innych niż włókniste. W takim ujęciu można mówić o przydatności zaskarżonych regulacji ze względu na ogólnie pojmowaną prewencję (funkcję odstraszącą zakazu karnego), jak i z uwagi na zapobieganie sytuacjom, w których prawo (legitymowane celami opisanymi wyżej) byłoby nieskuteczne w odniesieniu do sytuacji, oczywiście sprzecznych z wartościami konstytucyjnymi oraz wynikającymi z przyjętych zobowiązań międzynarodowych (do których należy zaliczyć np. handel narkotykami).

Oceniając natomiast zaskarżone przepisy przez pryzmat niezbędności i proporcjonalności *sensu stricto*, trzeba przypomnieć art. 62a u.p.n., zgodnie z którym, jeżeli posiadanie dotyczy środków odurzających lub substancji psychotropowych „w ilości nieznacznej, przeznaczone na własny użytek sprawcy, postępowanie można umorzyć również przed wydaniem postanowienia o wszczęciu śledztwa lub dochodzenia, jeżeli orzeczenie wobec sprawcy kary byłoby niecelowe ze względu na okoliczności popełnienia czynu, a także stopień jego społecznej szkodliwości”. Prezentowane rozwiązanie koryguje represyjność zaskarżonych przepisów, jednocześnie pozostając w zgodzie z przyjętymi przez ustawodawcę założeniami polityki narkotykowej. Należy przy tym zauważyć, że w pierwszym roku obowiązywania art. 62a u.p.n. prokuratorzy umorzyli łącznie 2145 postępowań, co w doktrynie prawa zostało określone jako szeroki zakres zastosowania omawianego przepisu (zob. B. Wilamowska [w:] *Ustawa o przeciwdziałaniu*, *op. cit.*, s. 101).

Na marginesie warto odnotować, że polskie regulacje, jakkolwiek mogące uchodzić za surowe, nie stanowią ewenementu w porównaniu z prawodawstwem innych państw europejskich. Przykładowo można wskazać, że w prawie niemieckim kryminalizacji podlegają zachowania zarówno nakierowane na dostarczanie określonych substancji innym osobom, jak i wynikające z osobistego zapotrzebowania, jednakże możliwe jest „odstąpienie od ścigania pewnych kategorii czynów o charakterze «konsumenckim» już na etapie postępo-

wania przygotowawczego na podstawie decyzji prokuratora, jeśli spełnione są następujące warunki: niewielka wina sprawcy, brak interesu w ściganiu oraz jeżeli przedmiotem przestępstwa jest niewielka ilość środków odurzających przeznaczonych na własny użytek” (J. Sobeyko, P. Bejnarowicz, *Prawo wobec narkotyków i narkomanii. Polska na tle niektórych państw europejskich*, „INFOS. Zagadnienia Społeczno-gospodarcze” 2011, nr 14, s. 3).

Konkludując, należy przypomnieć, że: „Skoro z Konstytucji wynika pewien obiektywny system wartości, to na ustawodawcy ciąży obowiązek stanowienia prawa o takiej treści, by zapewnić ochronę i realizację tych wartości w możliwie najszerszym zakresie. Proklamowanie prawnej ochrony życia w art. 38 Konstytucji, tj. w pierwszym przepisie konstytucyjnym dotyczącym wolności i praw osobistych, świadczy o miejscu życia ludzkiego w hierarchii wartości chronionych przez prawo i o konieczności jego ochrony. W podobny sposób należy interpretować art. 68 ust. 1 Konstytucji, statuujący prawo jednostki do ochrony zdrowia. Także z tego przepisu należy wywieść nakaz podejmowania przez władze publiczne działań, które są konieczne dla należytej ochrony i realizacji tego prawa” (wyrok TK z 9 lipca 2009 r., sygn. akt SK 48/05), spoczywający na ustawodawcy zaś „obowiązek dostatecznej ochrony wartości konstytucyjnych obliguje go do ustanowienia odpowiednich uregulowań, a ponadto – takich środków ochrony, które stworzą wystarczające gwarancje ich przestrzegania i egzekwowania. Gwarancje te zaś mogą mieć rozmaity charakter – cywilny, administracyjny, w ostateczności zaś również i karny” (wyrok TK z 9 października 2001 r., sygn. akt SK 8/00).

W świetle powyższego Sejm wnosi o uznanie, że art. 62 ust. 1 oraz art. 63 ust. 1 u.p.n. w zakresie, w jakim dotyczą konopi innych niż włókniste, **są zgodne** z art. 47 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji.

10. Przedstawione argumenty należy odnieść również do zarzutu naruszenia art. 40 Konstytucji, przez „odmówienie prawa do leczenia zgodnie z własnym wyborem pod groźbą odpowiedzialności karnej – pozbawienia wolności lub przymusowego leczenia uzależnienia od substancji, która jest lekarstwem”. Trzeba jednak przypomnieć, że wobec jednoznacznego sformułowania skargi konstytucyjnej poza zakresem rozważań w tej części pozostać musi kwestia przymusowego leczenia.

W pierwszej kolejności należy stwierdzić, że fakt, iż zaskarżone przepisy nie przewidują wyjątków, w których dopuszczalne byłoby posiadanie (lub uprawa) konopi innych niż włókniste na cele uznawane przez konsumenta za medyczne jest wynikiem przyjętego modelu polityki narkotykowej. Zaskarżone przepisy wyrażają ogólne zakazy, które mogą być (odnośnie do art. 62 ust. 1 u.p.n.) korygowane w toku postępowania karnego za pomocą stosowania m.in. art. 62a u.p.n., pozwalającego na umorzenie postępowania. Również i ogólne zasady prawa karnego dotyczące wymierzania i odbywania kary pozbawienia wolności pozwalają na uwzględnienie warunków osobistych sprawcy przestępstwa. I tak, zgodnie z art. 59 § 1 k.k.: „Jeżeli przestępstwo jest zagrożone karą pozbawienia

wolności nieprzekraczającą 3 lat albo karą łagodniejszego rodzaju i społeczna szkodliwość czynu nie jest znaczna, sąd może odstąpić od wymierzenia kary, jeżeli orzeka równocześnie środek karny, a cele kary zostaną przez ten środek spełnione”. Istnieje ponadto możliwość warunkowego umorzenia postępowania na podstawie art. 66 § 1 k.k., zgodnie z którym: „Sąd może warunkowo umorzyć postępowanie karne, jeżeli wina i społeczna szkodliwość czynu nie są znaczne, okoliczności jego popełnienia nie budzą wątpliwości, a postawa sprawcy nie karanego za przestępstwo umyślne, jego właściwości i warunki osobiste oraz dotychczasowy sposób życia uzasadniają przypuszczenie, że pomimo umorzenia postępowania będzie przestrzegał porządku prawnego, w szczególności nie popełni przestępstwa”. Trzeba podkreślić, że z uwagi na zagrożenie karą wskazane w zaskarżonych przepisach (do 3 lat pozbawienia wolności) obie wymienione instytucje mogą znaleźć zastosowanie do sprawców przestępstw opisanych w zakwestionowanych regulacjach. Możliwe jest wreszcie warunkowe zawieszenie wykonania orzeczonej kary pozbawienia wolności na podstawie art. 69 § 1 k.k. Jeżeli zaś idzie o wykonywanie kary pozbawienia wolności, warto przywołać właściwe przepisy ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny wykonawczy (Dz. U. Nr 90, poz. 557, ze zm.; dalej: k.k.w.). Na podstawie art. 115 § 1 k.k.w. skazanemu zapewnia się bezpłatne świadczenia zdrowotne, leki i artykuły sanitarne. Z kolei na zasadach określonych w art. 150 i art. 153 k.k.w. możliwe jest odroczenie lub udzielenie przerwy w odbywaniu kary pozbawienia wolności z uwagi na stan zdrowia skazanego.

Jednocześnie, jak wynika z cytowanej odpowiedzi na interpelację poselską nr 1801: „Ministerstwo Zdrowia z dużą uwagą śledzi wszelkie doniesienia naukowe nad wykorzystaniem leczniczym kanabinoli”. Trzeba w tym miejscu przypomnieć, że na podstawie właściwych przepisów dopuszczono do obrotu w Polsce preparat Sativex, w skład którego wchodzi delta-9-tetrahydrokannabinol. Zdaniem Sejmu nie narusza standardu konstytucyjnego ogólny zakaz posiadania określonych substancji, co do których wykazano szkodliwy wpływ na zdrowie, z jednoczesnym uregulowaniem procedury, w której dopuszcza się takie substancje bądź ich składniki do użytku medycznego. Odmierna sytuacja rodziłaby ryzyko – kolokwialnie rzecz ujmując – obchodzenia zakazów ustawowych z powołaniem się na medyczne przeznaczenie substancji odurzających.

Reasumując, Sejm stoi na stanowisku, że reglamentacja produktów leczniczych służąca ochronie zdrowia i życia ich użytkowników nie może zostać uznana za sprzeczną z zakazem poniżającego traktowania.

Wobec powyższego Sejm wnosi o uznanie, że art. 62 ust. 1 oraz art. 63 ust. 1 u.p.n. w zakresie, w jakim dotyczą konopi innych niż włókniste, są **zgodne** z art. 40 Konstytucji.