

RZĄDOWE CENTRUM LEGISLACJI

Przegląd Legislacyjny

Kwartalnik Rady Legislacyjnej

3_{(121)/2022} Rok XXIX



RZĄDOWE CENTRUM LEGISLACJI

Przegląd Legislacyjny

Kwartalnik Rady Legislacyjnej

3 (121)/2022 Rok XXIX



WYDAWCA

Rządowe Centrum Legislacji

REDAKTOR NACZELNY I PRZEWODNICZĄCY KOMITETU REDAKCYJNEGO

Marek Szydło

ZASTĘPCA REDAKTORA NACZELNEGO I WICEPRZEWODNICZĄCA KOMITETU REDAKCYJNEGO

Elżbieta Karska

ZASTĘPCA REDAKTORA NACZELNEGO I WICEPRZEWODNICZĄCY KOMITETU REDAKCYJNEGO

Krzysztof Szczucki

RADA PROGRAMOWA

KOMITET REDAKCYJNY

Jarosław Dobkowski, Antoni Hanusz, Anna Hrycaj, Czesław Klak, Beata Kozłowska-Chyła, Anna Łabno, Marcin Olszówka (sekretarz naukowy i redaktor tematyczny), Jadwiga Potrzeszcz, Przemysław Sobolewski, Bogumił Szmulik, Piotr Szymaniec, Martyna Walas-Szuniewicz (zastępca sekretarza naukowego i redaktora tematycznego), Krzysztof Wiak, Piotr Marcin Wiórek

CZŁONKOWIE ZAGRANICZNI

Luca Mezzetti (Università di Bologna),
Calógero Pizzolo (Universidad de Buenos Aires),
José Luis Soberanes Fernández (Universidad Autónoma de México),
Ascensión Elvira Perales (Universidad Carlos III de Madrid),
José Luis Mateu Gordon (Universidad San Pablo CEU Madrid),
Michel Danti-Juan (Université de Poitiers),
Bernadette Aubert (Université de Poitiers),
Andrij Bojko (Narodowy Uniwersytet „Akademia Kijowsko-Mohylańska” w Kijowie)

SEKRETARZ REDAKCJI

Anna Kowalczyk

REDAKTOR JĘZYKOWY I KOREKTA

Marta Kordys-Tomaszewska

ADRES REDAKCJI

Rządowe Centrum Legislacji, Departament Prawa Ustrojowego i Edukacji
00-522 Warszawa, ul. Krucza 36/Wspólna 6, pok. 508, tel. (22) 694 60 32, tel. 734 115 655
e-mail: AKowalczyk@rcl.gov.pl

© Rządowe Centrum Legislacji, 2022

ISSN 1426-6989

Wersją podstawową (referencyjną) czasopisma jest wersja papierowa.

Czasopismo posiada wskaźnik ICV (Index Copernicus Value) w wysokości **47,25 pkt.**

Czasopismo posiada **40 pkt.** w wykazie czasopism naukowych i recenzowanych materiałów z konferencji międzynarodowych sporządzonym przez Ministra Edukacji i Nauki.

KOORDYNACJA DZIAŁAŃ WYDAWNICZYCH

ŁAMANIE, DRUK, OPRAWA, KOLPORTAŻ

na zlecenie Rządowego Centrum Legislacji Instytut De Republica, 00-761 Warszawa, ul. Belwederska 23/1

KONCEPCJA GRAFICZNA: Grzegorz Fijas

NAKLAD: 300 egz.

OBJĘTOŚĆ: ark. wydawniczych 8 / ark. drukarskich 10

SPRZEDAŻ: www.sklep.iderepublica.pl

Spis treści

ROK XXIX, NR 3(121)/2022

Artykuły

Łukasz Kułaga (Uniwersytet Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Warszawie) <i>Udzielanie wsparcia wojskowego stronie międzynarodowego konfliktu zbrojnego z perspektywy prawa międzynarodowego w kontekście agresji rosyjskiej przeciwko Ukrainie</i>	11
Karina Parśniak (Rządowe Centrum Legislacji) <i>Regulacje dotyczące sposobu i kryteriów stwierdzenia śmierci mózgu w prawie polskim</i>	33
Gniewomir Wycichowski-Kuchta (Uniwersytet Warszawski) <i>Rozporządzenia nienormatywne na tle konstytucyjnego systemu źródeł prawa</i>	59
Jakub Stępień (Uniwersytet Warszawski) <i>Populizm penalny. Definicja, przejawy, ocena</i>	95

Varia

Czesław Kłak (Uniwersytet Pedagogiczny im. Komisji Edukacji Narodowej w Krakowie) <i>Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 19 maja 2021 r., sygn. akt V KK 198/21</i>	123
Marcin Gubała (Wyższa Szkoła Bankowa w Gdańsku) <i>Prawidłowość procedury prawodawczej dotyczącej aktu prawa miejscowego. Glosa do wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Olsztynie z dnia 1 marca 2022 r., sygn. akt II SA/OI 71/22</i>	135

Z prac Rady Legislacyjnej

Wykaz tytułów opinii Rady Legislacyjnej wydanych od maja do sierpnia 2022 r.	151
---	------------

Kronika

Zmiany w składzie osobowym Rady Legislacyjnej w związku z zakończeniem XIII kadencji i powołaniem członków na XIV kadencję przez Prezesa Rady Ministrów	152
--	-----

Bibliografia

Publikacje dotyczące Konstytucji, prawodawstwa i techniki legislacyjnej Za okres maj–lipiec 2022 (wybór)	154
---	-----

Table of Contents

YEAR XXIX, No 3(121)/2022

Articles

Łukasz Kułaga (University of Cardinal Stefan Wyszyński in Warsaw) <i>Providing military support to the party of an international military conflict from the perspective of international law in the context of Russian aggression against Ukraine</i>	11
Karina Parśniak (Government Legislation Center) <i>Regulations regarding the method and criteria for determining brain death in Polish law</i> ...	33
Gniewomir Wycichowski-Kuchta (University of Warsaw) <i>Non-normative regulations in the context of the constitutional system of sources of law</i> ...	59
Jakub Stępień (University of Warsaw) <i>Penal populism. Definition, manifestations, evaluation</i>	95

Varia

Czesław Kłak (Pedagogical University of National Education Commission in Krakow) <i>Gloss to the judgment of the Supreme Court of 19 May 2021, act sign. V KK 198/21</i>	123
Marcin Gubała (Higher Banking School in Gdansk) <i>Correctness of the legislative procedure concerning an act of local law. Gloss to the judgment of the Voivodeship Administrative Court in Olsztyn of March 1, 2022, act sign. II SA / OI 71/22</i>	135

From the work of the Legislative Council

List of the titles of opinions of the Legislative Council issued from May to August 2022..	151
--	------------

Chronicle

Changes in the composition of the Legislative Council in connection with the end of the thirteenth term of office and the appointment of members for the fourteenth term by the Prime Minister	152
--	-----

Bibliography

Publications concerning Constitution, Law-making and Legislative Technique For the period May–July (Selected items)	154
---	-----

Informacje dla autorów „Przeglądu Legislacyjnego”

1. Teksty opracowań do „Przeglądu Legislacyjnego” powinny być przesyłane w wersji elektronicznej na adres: AKOWALCZYK@RCL.GOV.PL.
2. Warunkiem wydrukowania tekstu jest uzyskanie pozytywnej oceny recenzentów. Procedura recenzowania opisana jest szczegółowo na stronie internetowej „Przeglądu Legislacyjnego”: [HTTPS://WWW.GOV.PL/WEB/RADALEGISLACYJNA/INFORMACJE-O-CZASOPISIMIE-ORAZ-INFORMACJE-DLA-AUTOROW/](https://www.gov.pl/web/radalegislacyjna/informacje-o-czasopiśmie-oraz-informacje-dla-autorów/).
3. Do przesłanego tekstu należy dołączyć formularz zamieszczony na stronie: [HTTPS://WWW.GOV.PL/WEB/RADALEGISLACYJNA/INFORMACJE-DLA-AUTOROW-PRZEGŁADU LEGISLACYJNEGO/](https://www.gov.pl/web/radalegislacyjna/informacje-dla-autorów-przeglądu-legislacyjnego/), w którym znajdują się informacje o autorze (stopień lub tytuł naukowy, afiliacja, numer telefonu i adres domowy).
4. Do artykułu należy dodatkowo dołączyć krótkie streszczenie (1/2 strony) w języku angielskim oraz propozycję notki biograficznej autora.
5. Objętość nadsyłanych tekstów nie powinna przekraczać 2 ark. wyd. (ok. 80 tys. znaków ze spacjami i przypisami) w przypadku artykułu oraz 1/2 ark. wyd. w przypadku recenzji.
6. Do druku przyjmowane są wyłącznie prace oryginalne, wcześniej niepublikowane. Redakcja prosi o niedostarczanie jej prac wysyłanych jednocześnie do innych czasopism.
7. Redakcja „Przeglądu Legislacyjnego” wdrożyła procedurę zabezpieczającą oryginalność publikacji naukowych. Polega ona na tym, że:
 - jeśli tekst jest podpisany przez więcej niż jednego autora, należy w nim umieścić (w przypisie) dokładne określenie wkładu, jaki w jego powstanie wnieśli poszczególni współautorzy (z podaniem informacji, kto jest autorem koncepcji, założeń, metod itp. wykorzystanych podczas przygotowywania publikacji). Ujawnić należy także (np. w formie podziękowań) nazwiska wszystkich osób, które przyczyniły się do powstania publikacji, a nie figurują jako autorzy. Ma to na celu zapobieganie nierzetelnym praktykom naukowym, do których należą *ghostwriting* (tj. ukrywanie osób, które przyczyniły się do powstania tekstu) i *guest authorship* (tj. wymienianie jako autorów osób, które przyczyniły się w znikomym stopniu do powstania publikacji albo wcale nie wniosły w nią swojego wkładu);
 - wykrycie takich praktyk przez redakcję skutkować będzie powiadomieniem odpowiednich podmiotów (instytucji zatrudniających autorów, towarzystw naukowych, stowarzyszeń edytorów naukowych itp.);
 - należy także podać (w przypisie) informacje o źródłach finansowania danej publikacji, takich jak np.: granty krajowe, międzynarodowe, dotacje fundacji, stowarzyszeń lub instytucji komercyjnych;
 - odpowiedzialność za podanie powyższych danych ponosi autor bezpośrednio zgłaszający tekst do redakcji.
8. Publikacje w kwartalniku „Przegląd Legislacyjny” są odpłatne.
9. Redakcja nie zwraca autorom nadesłanych materiałów.

Artykuły i inne teksty wyrażają poglądy ich autorów. Informacje o członkach Rady Legislacyjnej są dostępne na stronie internetowej: [HTTPS://WWW.GOV.PL/WEB/RADALEGISLACYJNA/SKLADRADYLEGISLACYJNEJ](https://www.gov.pl/web/radalegislacyjna/skladradylegislacyjnej).

Artykuły

Łukasz Kułaga, adiunkt na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Warszawie (UKSW) od 2015 r. Absolwent Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Warszawie oraz Wydziału Dziennikarstwa i Nauk Politycznych Uniwersytetu Warszawskiego. Zatrudniony jako ekspert prawny w Departamencie Prawno-Traktatowym Ministerstwa Spraw Zagranicznych RP. Prowadzi badania naukowe m.in. w zakresie międzynarodowego prawa inwestycyjnego, norm dotyczących użycia siły, prawa traktatów, zastosowania prawa międzynarodowego do cyberprzestrzeni oraz relacji prawa międzynarodowego do prawa polskiego; ORCID: 0000-0003-0784-8293.

ARTYKUŁY

Udzielanie wsparcia wojskowego stronie międzynarodowego konfliktu zbrojnego z perspektywy prawa międzynarodowego w kontekście agresji rosyjskiej przeciwko Ukrainie*

Łukasz Kułaga

* Stan faktyczny i prawny na dzień 30 lipca 2022 r.

1. Wprowadzenie

Udzielanie wsparcia wojskowego przez jedno państwo innemu państwu w okresie pokoju jest w ograniczonym stopniu przedmiotem zainteresowania prawa międzynarodowego. Zasadniczo bowiem decyzja w tym zakresie jest uprawnieniem dyskrecjonalnym państwa udzielającego pomocy, wynikającym z jego suwerenności, o ile państwo to nie zaciągnęło konkretnych zobowiązań, zwłaszcza o charakterze zakazowym. Zakres generalnych zobowiązań tego typu trafnie odzwierciedla art. 6 Traktatu o handlu bronią, wskazując na środki przyjęte przez Radę Bezpieczeństwa zgodnie z rozdziałem VII Karty Narodów Zjednoczonych, umowy zakazujące przekazywania określonych rodzajów broni oraz świadomość państwa, że transferowana przez niego broń byłaby wykorzystana do popełnienia ludobójstwa, zbrodni przeciwko ludzkości lub zbrodni wojennych¹. Ten ostatni element w szczególności łączy się z odmiennością sytuacji, jaką jest możliwość udzielania wsparcia wojskowego stronie konfliktu zbrojnego przez państwo trzecie. W tym zakresie istotne mogą być zarówno uregulowania dotyczące neutralności, jak i *ius ad bellum* (*de facto* – *ius contra bellum*). Dodatkowo konieczna jest analiza, czy udzielanie wsparcia wojskowego powoduje lub kiedy może spowodować zmianę sytuacji prawnej państwa udzielającego pomocy poprzez uznanie go za uczestnika konfliktu zbrojnego. Kwestie te nie mają charakteru jedynie teoretycznego, ale są przedmiotem rozbieżnych opinii

1 Traktat o handlu bronią, sporządzony w Nowym Jorku dnia 2 kwietnia 2013 r. (Dz. U. z 2015 r. poz. 40). Równocześnie istotne znaczenie mogą mieć również zobowiązania wynikające z art. 1 wspólnego dla czterech Konwencji genewskich, zob. szerzej: T. Boutruche, M. Sassòli, *Expert Opinion on Third States' Obligations vis-à-vis IHL Violations under International Law, with a special focus on Common Article 1 to the 1949 Geneva Conventions*, <https://www.nrc.no/globalassets/pdf/legal-opinions/eo-common-article-1-ihl---boutruche---sassoli---8-nov-2016.pdf> (dostęp: 30 lipca 2022 r.).

i analiz w związku z trwającą agresją Rosji przeciwko Ukrainie oraz udzielaniem tej ostatniej znaczącego wsparcia wojskowego przez państwa Organizacji Traktatu Północnoatlantyckiego (NATO) oraz Unii Europejskiej (UE)². Warto zrekapitulować stan prawa w tym zakresie.

W tym celu przyjęto następującą strukturę artykułu: w pierwszej kolejności zostanie przedstawione prawo dotyczące neutralności w kontekście udzielania wsparcia wojskowego. Następnie rozwój *ius contra bellum* i jego interakcja z rozumieniem prawa do neutralności w tym zakresie. W ostatniej części natomiast przedmiotem analizy będzie kwestia wpływu udzielania pomocy wojskowej na możliwość bycia uznanym za stronę międzynarodowego konfliktu zbrojnego.

2. Prawo dotyczące neutralności

Przedstawiane w tej części artykułu prawo dotyczące neutralności odnosi się do sytuacji konfliktów zbrojnych czy wojny (pojęcia częściej stosowanego przed 1945 r.). Poza zakresem analizy pozostaje zatem problematyka neutralności wieczystej czy państw trwale neutralnych bez względu na fakt istnienia konfliktu zbrojnego. W tym ostatnim zakresie przedmiotem badań jest zazwyczaj zakres zachowań dozwolonych państw neutralnych w trakcie pokoju³.

Mimo że praktyka dotycząca stosowania neutralności może być identyfikowana już od okresu starożytności⁴, to na jej krystalizację największy wpływ

2 12 maja 2022 r. Dmitrij Miedwiediew, wiceprzewodniczący Rady Bezpieczeństwa Rosji, stwierdził, że rosnące dostawy broni państw zachodnich dla Ukrainy zwiększają prawdopodobieństwo, że trwająca wojna zastępcza (ang. *proxy war*) przekształci się w otwarty i bezpośredni konflikt pomiędzy NATO a Rosją, <https://apnews.com/article/russia-ukraine-kyiv-entertainment-music-8826c821d433f5778d963299ea6b99e1> (dostęp: 30 lipca 2022 r.). „Wśród broni, która trafiła na Ukrainę z Polski, jest około 250 czołgów T-72, haubice samobieżne 2S1 Goździk, a także wyrzutnie rakietowe Grad. Polska przekazała też rakiety powietrze-powietrze do samolotów MIG-29 i Su-27” – Ogromne wsparcie dla Ukrainy. Ujawniono, jaki sprzęt przekazała Polska, 29 maja 2022 r., <https://www.tvp.info/60460141/jaki-sprzet-wojskowy-przekazala-polska-ukrainie-nowe-informacje-armatohaubice-krab-dla-ukrainskiej-armii> (dostęp: 30 lipca 2022 r.).

3 Zob. np. M. Muszyński, *Neutralność Austrii a udział we Wspólnej Polityce Zagranicznej i Bezpieczeństwa UE*, Warszawa 1998; R. Czachor, *Stała neutralność państwa w prawie międzynarodowym publicznym*, Wrocław 2021; P. Hilpold, *How to Construe a Myth: Neutrality Within the United Nations System Under Special Consideration of the Austrian Case*, „Chinese Journal of International Law” 2019, vol. 18, s. 247–279.

4 Zob. np. Z. Rotocki, *Neutralność w ramach zbiorowego bezpieczeństwa*, Łódź 1977, s. 8–18.

miały zachowania państw i poglądy nauki z drugiej połowy XVIII w.⁵ oraz z XIX w.⁶ Ostatecznie reguły neutralności dotyczące konfliktów zbrojnych zostały zawarte przede wszystkim w dwóch traktatach haskich z 18 października 1907 r.: Konwencji dotyczącej praw i obowiązków mocarstw i osób neutralnych w razie wojny lądowej (V Konwencja haska)⁷ oraz Konwencji dotyczącej praw i obowiązków mocarstw neutralnych w wojnie morskiej (XIII Konwencja haska)⁸. Konwencje te przewidywały szereg uprawnień państw neutralnych, takich jak m.in. nienaruszalność terytorium (art. 1–3 V Konwencji haskiej)⁹ czy zakaz formowania lub rekrutowania wojsk przez strony konfliktu na terytorium tych państw (art. 4 V Konwencji haskiej). Równocześnie instrumenty te wymieniały obowiązki państw neutralnych, pośród których warto odnotować zakaz akceptowania tranzytu przez ich terytoria jednostek wojskowych oraz konwojów z amunicją i innego rodzaju wsparciem wojennym (art. 5 V Konwencji haskiej). Wyjątkowo, identyczny dla V i XIII Konwencji haskiej art. 7 stanowił, że „mocarstwo neutralne nie jest obowiązane utrudniać eksportu lub tranzytu na koszt jednej lub drugiej z wojujących stron, broni, amunicji i w ogóle tego wszystkiego, co może być użytecznym dla wojska lub floty”. Postanowienie to jest interpretowane jako odzwierciedlające XIX-wieczne realia, w których handel bronią był postrzegany jako *stricte* komercyjne przedsięwzięcie¹⁰. Z tego względu według Rafała Czachora to „norma traktatowa zakazująca dyskryminacji jednej ze stron konfliktu (art. 9 KH V) została w praktyce rozwinęta w normę zwyczajową stanowiącą zakaz sprzedaży broni przez podmioty prywatne państwom uczestniczącym w konfliktach zbrojnych”¹¹.

5 Zob. M. Kowalicka, *Neutralność państwa w stosunkach międzynarodowych*, „International Journal of Management and Economics” 2002, nr 12, s. 161–166.

6 Zob. Z. Cybichowski, *Międzynarodowe prawo wojenne*, Lwów 1914, s. 122; zob. też np. deklarację paryską z 16 kwietnia 1856 r. Deklaracja w rzeczywistości była traktatem, a jej stroną było 55 państw, <https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/Treaty.xsp?action=openDocument&documentId=10207465E7477D90C12563CD002D65A3> (dostęp: 30 lipca 2022 r.).

7 Dz. U. z 1927 r. Nr 21, poz. 163.

8 Polska nie jest stroną Konwencji.

9 Niemniej jednak według Lassy Oppenheima dopiero ograniczenie użycia siły przewidziane w Pakcie Ligi Narodów zapewniło państwom neutralnym istotną ochronę w zakresie nieingerencji ze strony beligerentów – zob. L. Oppenheim, *War and Neutrality*, Londyn 1921, wyd. 3, vol. II, s. 406.

10 Zob. A. Biehler, *War Materials*, Max Planck Encyclopedia of Public International Law online (MPEPIL), pkt 5.

11 R. Czachor, *op. cit.*, s. 254; podobnie The Commander’s Handbook On The Law Of Naval Operations, Edition July 2007, pkt 7.4.; M. Bothe, *The Law of Neutrality [w:] The Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflict*, red. D. Fleck, Oxford 2013, s. 562.

Normy zawarte w V i XIII Konwencji haskiej były postrzegane raczej jako kodyfikacja ówczesnego prawa zwyczajowego, co jest o tyle istotne, że po II wojnie światowej zainteresowanie związaniem się nimi było niezwykle skromne. Przystąpiły do nich tylko dwa państwa: Białoruś w 1962 r. oraz Ukraina w 2015 r. Znaczenie przystąpienia do tych umów należy miarkować faktem, że dwa wymienione państwa, odpowiednio w 1962 r. oraz 2015 r., przystąpiły zbiorczo do wszystkich haskich instrumentów.

Konwencje genewskie z 12 sierpnia 1949 r.¹² potwierdziły podstawowe założenia prawa dotyczącego neutralności¹³. Traktaty te zamiennie używają pojęć „mocarstwa neutralne”, „kraje neutralne” lub „państwa neutralne”, rozumiane jako państwa, które nie są stroną międzynarodowego konfliktu zbrojnego. Ponadto Konwencja genewska o traktowaniu jeńców wojennych używa tożsamego pojęcia „mocarstwo nie będące stroną wojującą” (art. 4 pkt B). Natomiast I protokół dodatkowy¹⁴ odnosi się do „państw neutralnych i innych państw niebędących stroną konfliktu (art. 19 i art. 31)¹⁵. To ostatnie pojęcie niekiedy jest używane w doktrynie w celu znalezienia określenia dla państwa nieuczestniczącego w konflikcie, ale nie związanego normami neutralności¹⁶. Takie podejście, trafne z perspektywy kategoryzacji sytuacji państw, nie znajduje jednak potwierdzenia w traktatach poza I protokołem dodatkowym. W szczególności nie zmieniła się regulacja zawarta w konwencjach z 1907 r. i 1949 r., które konsekwentnie odnoszą się tylko do neutralności.

Neutralność, w świetle Konwencji haskich, potwierdzonych Konwencjami genewskimi, zakłada bezstronność państwa trzeciego wobec wojny – bez

12 Konwencje o ochronie ofiar wojny, podpisane w Genewie dnia 12 sierpnia 1949 r. (Dz. U. z 1956 r. Nr 38, poz. 171).

13 Przykładowo art. 37 akapit 3 Konwencji genewskiej o polepszeniu losu rannych i chorych w armiach czynnych określa, że „jeżeli samolot sanitarny za zgodą władzy miejscowej wysadzi na terytorium neutralnym rannych lub chorych, powinni oni, o ile porozumienie zawarte między Mocarstwem neutralnym a Stronami w konflikcie inaczej nie stanowi, być zatrzymani przez Państwo neutralne, kiedy wymaga tego prawo międzynarodowe, aby nie mogli wziąć ponownie udziału w działaniach wojennych”.

14 Protokół dodatkowy do Konwencji genewskich z dnia 12 sierpnia 1949 r., dotyczący ochrony ofiar międzynarodowych konfliktów zbrojnych, sporządzony w Genewie dnia 8 czerwca 1977 r. (Dz. U. z 1992 r. Nr 41, poz. 175, załącznik).

15 Sformułowanie to było formą kompromisu między państwami, które chciały zastąpić neutralność w ich rozumieniu nieco szerszym, aczkolwiek bardziej faktograficznym pojęciem „państwo niebędące stroną konfliktu”, a państwami, które chciały zachować spójność dotychczasowego prawa wojennego, zob. J. Upcher, *Neutrality in Contemporary International Law*, Oxford 2020, s. 27–28.

16 Zob. np. N. Ronzitti, *Italy's Non-Belligerency during the Iraqi War [w:] International responsibility today: essays in memory of Oscar Schachter*, red. M. Ragazzi, Leiden 2005, s. 199.

względem na to, kto ją inicjował i na jakiej podstawie. Miało to na celu zapobiegać umiędzynarodowieniu konfliktu, tj. zaangażowaniu się kolejnych państw w wojnę, i przyczynić się do szybszego jego zakończenia. Celem norm dotyczących neutralności było zatem ograniczenie negatywnych skutków konfliktu przez zobowiązanie do nieprzyłączania się oraz niewspierania jego stron¹⁷. Międzynarodowy Komitet Czerwonego Krzyża w następujący sposób rozumie zakres obowiązującego prawa dotyczącego neutralności:

„Państwo neutralne nie może otwarcie uczestniczyć w działaniach zbrojnych, ani (1) udzielać pomocy belligerentom; (2) rekrutować jednostek dla belligerentów lub pozwalać stronom trzecim podejmować takie działania na ich terytorium; (3) dostarczać sprzęt wojskowy pod jakimkolwiek pretekstem; (4) dostarczać informacji wywiadowczych o znaczeniu wojskowym”¹⁸.

Kwestią niejednoznaczną jest, czy w analogicznym stopniu obowiązki dotyczące neutralności rozumieją państwa. Według Andrew Claphama niektóre z nich (m.in. Niemcy, Włochy, Wielka Brytania) stosują normy dotyczące neutralności jedynie do długotrwałych konfliktów¹⁹. Taką praktykę zauważa on, analizując m.in. stanowiska państw w odniesieniu inwazji amerykańskiej na Irak w 2003 r. W rezultacie w jego ocenie normy dotyczące neutralności w sposób automatyczny stosują się jedynie do państw uznawanych za trwale neutralne, jak Szwajcaria czy Austria. Natomiast pozostałe państwa autonomicznie określają, czy chcą przyjąć na siebie te zobowiązania²⁰. Takie podejście do pewnego stopnia usprawiedliwia fakt, że we współczesnym prawie międzynarodowym, inaczej niż przed ustanowieniem zakazu użycia siły, neutralność nie przyznaje państwom żadnych dodatkowych uprawnień, a jedynie zobowiązania²¹. Z tym wiąże się pojawiający się niekiedy w doktrynie pogląd, że prawo dotyczące neutralności stosuje się automatycznie i całościowo jedynie w wyjątkowych okolicznościach, tzn. w odniesieniu do konfliktu zbrojnego, który w ocenie państw trzecich osią-

17 Zob. M. Bothe, *Neutrality, Concept and General Rules*, MPEIL, pkt 4.

18 <https://casebook.icrc.org/glossary/neutral-state> (dostęp: 30 lipca 2022 r.).

19 Zob. A. Clapham, *War*, Oxford 2021, s. 59–60.

20 Zob. A. Clapham, *op. cit.*, s. 72; Na podobną, sprzeczną z prawem dotyczącym neutralności, praktykę wskazuje się w kontekście wojny rosyjsko-gruzińskiej z 2008 r., zob. L. Ferro, N. Verlinden, *Neutrality During Armed Conflicts: A Coherent Approach to Third-State Support for Warring Parties*, „Chinese Journal of International Law” 2018, vol. 17, s. 21–22.

21 Zob. A. Gioia, *Neutrality and Non-Belligerency* [w:] *International Economic Law and Armed Conflict*, red. H. Post, Dordrecht 1994, s. 51

ga poziom stanu wojny²². Przeciwny takiemu woluntarystycznemu podejściu do neutralności jest James Upcher, który zwraca uwagę na treść podręczników wojskowych oraz zobowiązania wynikające z Konwencji genewskich oraz I protokołu dodatkowego. Mają one przesądzać o wiążącym charakterze norm dotyczących neutralności²³. Natomiast Wolf Heintschel von Heinegg prezentuje niejako dwutorowe podejście. Z jednej strony stwierdza, że „praktyka państw popiera pogląd, iż prawo dotyczące neutralności stosuje się automatycznie i w sposób całościowy jedynie w wyjątkowych okolicznościach, bez względu, czy konkretny konflikt zbrojny osiąga status wojny, czy też nie. Według współczesnej praktyki państw, zastosowanie norm dotyczących neutralności zależy od funkcjonalnych rozważań, które w większości przypadków powodują ograniczone lub jedynie częściowe stosowanie tego działu prawa”²⁴. Z drugiej strony autor ten jednoznacznie obstaje za tym, że prawo dotyczące neutralności wiąże bezwzględnie, w całości i zasadniczo bez wyjątków²⁵. Wydaje się zatem uznawać, że mimo istnienia obszernej praktyki państw *de facto* naruszania norm dotyczących neutralności międzynarodowe prawo zwyczajowe nie uległo zmianie. Zasadność takiego podejścia upatruje on w charakterze prawa dotyczącego neutralności (ochrona państw neutralnych, zapobieganie eskalacji konfliktów), który ma dowodzić niejako konieczności jego obowiązywania²⁶. Powyższą dyskusję można zatem podsumować w ten sposób, że mimo zapisania norm dotyczących neutralności, zarówno w traktatach, jak i w podręcznikach wojskowych, w praktyce państwa prezentują dosyć swobodne podejście interpretacyjne, co może wiązać się również z wpływem norm dotyczących *ius ad bellum*, o czym w pkt. 2 artykułu. Takie podejście jest przez niektórych akademików interpretowane jako naruszenie zobowiązań dotyczących neutralności. Nawet przyjmując takie stanowisko, należy pamiętać jednakże, że nieprzestrzeganie prawa międzynarodowego w tym zakresie nie powoduje automatycznego zakończenia statusu państwa neutralnego i uznania, że państwo

22 Zob. G. Schwarzenberger, *Jus Pacis ac Belli?*, „American Journal of International Law” 1943, vol. 37, s. 473.

23 Zob. J. Upcher, *op. cit.*, s. 33–37.

24 W. Heintschel von Heinegg, „Benevolent” Third States in International Armed Conflicts: The Myth of the Irrelevance of the Law of Neutrality [w:] *International Law and Armed Conflict: Exploring the Faultlines (Essays in Honour of Yoram Dinstein)*, red. M. Schmitt, J. Pejic, Leiden 2007, s. 561.

25 Zob. W. Heintschel von Heinegg, „Benevolent”..., s. 567.

26 Zob. *ibidem*, s. 568.

trzecie stało się stroną konfliktu²⁷. W praktyce oznacza to, że państwo dotknięte naruszeniem prawa do neutralności może zastosować środki odwetowe, niemniej jednak nie może względem państwa naruszydiciela używać siły.²⁸

Równocześnie kwestią niejednoznaczną w praktyce państw i doktrynie jest określenie konsekwencji kwalifikowanego nieprzestrzegania neutralności przez dopuszczanie przemieszczenia się wojsk jednego z belligerentów przez terytorium państwa neutralnego. Według amerykańskich podręczników prawa wojennego²⁹ (i wspierających ten pogląd niektórych amerykańskich akademików³⁰) takie zachowanie pozwala na zaatakowanie sił wroga na terytorium państwa neutralnego. Podobnie na taką możliwość wskazuje brytyjski podręcznik wojskowy, zastrzegając równocześnie, że każdorazowo takie uprawnienie powinno być przedmiotem oceny z perspektywy *ius ad bellum*³¹. W praktyce kwestia ta wymaga rozstrzygnięcia, kiedy status państwa neutralnego może przekształcić się w pozycję państwa współwojującego (kobeligerenta). Kwestia ta będzie przedmiotem analizy w pkt. 3 niniejszego artykułu.

3. Wpływ rozwoju *ius ad bellum* na normy dotyczące neutralności w zakresie udzielania pomocy zbrojnej

Znaczenie norm dotyczących neutralności w trakcie konfliktów zbrojnych zostało podane w wątpliwość w związku z rozwojem *ius ad bellum*³². Kluczowym traktatem, który zapoczątkował ewolucję, a może nawet rewolucję w tym zakresie, był Traktat o wyrzeczeniu się wojny podpisany 27 sierpnia 1928 r. (wszedł w życie w 1929 r.)³³.

27 Zob. R. Ingber, *Untangling Belligerency from Neutrality in the Conflict with Al-Qaeda*, „Texas International Law Journal” 2011, vol. 47, s. 87–88.

28 Zob. K. Skubiszewski, *Prawo wojny i neutralności w świecie współczesnym*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1967, nr 29, z. 1, s. 112.

29 Zob. *Department of Defense Law of War Manual*, 2016, § 14.4.2; *The Commander's Handbook On The Law Of Naval Operations*, 2022, § 7.2.

30 Zob. J. K. Davis, *Bilateral Defence-Related Treaties and the Dilemma Posed by the Law of Neutrality*, „Harvard National Security Journal” 2020, vol. 11, s. 497.

31 Zob. UK Ministry of Defence, *The Manual of the Law of Armed Conflict*, 2004, § 143(a).

32 Zob. R. Kwiecień, *Od „wojny sprawiedliwej” do „wojny z terroryzmem”. Siła zbrojna i reglamentacja jej używania (ius contra bellum)*, Warszawa 2019, s. 55.

33 Dz. U. z 1929 r. Nr 63, poz. 489; zob. szerzej O. Hathaway, S. Shapiro, *The Internationalists and their plan to outlaw war*, Londyn 2017. Z perspektywy dogmatycznej kwestia ta została ujęta przez Komisję Prawa Międzynarodowego w następujący sposób: „Reguły prawa

Już w 1932 r., w trakcie oksfordzkiego spotkania Stowarzyszenia Prawa Międzynarodowego (ang. International Law Associations – ILA) podniesiono argumenty na rzecz nieadekwatności tradycyjnego prawa neutralności w stosunku do stanu prawnego po wejściu w życie paktu. Rezultatem tych dyskusji było przyjęcie przez ILA w 1934 r. rezolucji, w której wskazano, że nie jest naruszeniem prawa międzynarodowego dostarczanie jakiegokolwiek pomocy, w tym broni, państwu zaatakowanemu. Jest natomiast autonomicznym naruszeniem paktu pomaganie państwu, które narusza pakt³⁴. Nowe podejście zaczęło być dostrzegalne również w praktyce państw i organizacji międzynarodowych. Liga Narodów (LN) nałożyła sankcje gospodarcze na Japonię po ataku na Mandzurię oraz (bardzo ograniczone) na Włochy po ataku na Abisynię³⁵. W trakcie tego ostatniego konfliktu, podobnie jak w przypadku agresji radzieckiej na Finlandię, wielu członków LN w mniejszym lub większym stopniu wspierało zaatakowane państwo³⁶. W 1939 r. Stany Zjednoczone uchwaliły ustawę dotyczącą neutralności, która pośrednio pozwalała na wsparcie gospodarcze i wojskowe państw walczących z III Rzeszą³⁷. To podejście zostało później potwierdzone m.in. w ustawie Lend-Lease oraz uzasadnione w słynnym przemówieniu Prokuratora Generalnego Roberta Jacksona z 1941 r.:

międzynarodowego późniejsze w stosunku do interpretowanego traktatu mogą być wzięte pod uwagę, szczególnie jeżeli koncepcja zastosowana w traktacie ma charakter otwarty lub podatny na ewolucję. Tak jest w przypadku w szczególności gdy: (a) koncepcja jest tego rodzaju, że zakłada wzięcie pod uwagę późniejszych rozwoju technicznego, gospodarczego lub prawnego; (b) koncepcja ustanawia zobowiązania do przyszłego postępowego rozwoju przez strony; lub (c) koncepcja ma bardzo ogólną naturę lub została wyrażona w tak ogólnych sformułowaniach że musi ona brać pod uwagę zmieniające się okoliczności” – konkluzja 23 z Konkluzji Prac Grupy Studyjnej ds. Fragmentacji Prawa Międzynarodowego, Trudności wynikające z Dywersyfikacji oraz Rozwoju Prawa Międzynarodowego z 2006 r., 13 kwietnia 2006 r., A/CN.4/L.682. Nie można jednak zapominać o wcześniejszych próbach ograniczenia prawa do wojny, w szczególności II Konwencji haskiej w sprawie ograniczenia użycia siły w celu odzyskania długów zawarowanych umową, https://avalon.law.yale.edu/20th_century/hague072.asp (dostęp: 27 września 2022 r.), oraz o Pakcie Ligi Narodów z 1919 r. (Dz. U. z 1920 r. poz. 200).

34 Zob. M. O. Hudson, *The Budapest Resolutions of 1934 on the Briand-Kellogg Pact of Paris*, „American Journal of International Law” 1935, vol. 29, nr 1, s. 92–93.

35 Zob. O. Hathaway, S. Shapiro, *International Law and Its Transformation Through the Outlawry of War*, „Yale Law School, Public Law Research Paper” 2018, No. 660, s. 12.

36 Zob. S. Talmon, *The Provision of Arms to the Victim of Armed Aggression: the Case of Ukraine*, „Bonn Research Papers On Public International Law”, Paper No 20/2022, s. 10–11.

37 Zob. *Neutrality Act of 1939*, U.S., Department of State, Publication 1983, *Peace and War: United States Foreign Policy, 1931–1941*, s. 494–505; zob. również P. Hostettler, O. Danai, *Neutrality in Land Warfare*, MPEPIL, § 3; F. Berber, *Die Amerikanische Neutralität im Kriege 1939/1941, 1942/43* Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, s. 448–450.

„W świetle rażącego charakteru obecnych agresji [...] Stany Zjednoczone i inne państwa są uprawnione do uznania ich prawa do działania dyskryminacyjnego z powodu faktu, że od 1928 r. [...] kwestia wojny, a z nią kwestia neutralności w międzynarodowym systemie prawnym, nie są już takie same, jak przed tą datą³⁸”.

Po II wojnie światowej podstawowe normy dotyczące *ius ad bellum* zostały zawarte w Karcie Narodów Zjednoczonych³⁹. Niemniej jednak zakaz użycia siły określony w Karcie, uprawnienia Rady Bezpieczeństwa, w tym w zakresie stwierdzenia agresji, oraz prawo do pomocy zbrojnej ofierze agresji w trybie samoobrony kolektywnej nie unicestwiły prawa dotyczącego neutralności, aczkolwiek początkowo pojawiło się wiele opinii podających w wątpliwość możliwość pogodzenia neutralności z zasadami Karty⁴⁰. Niemniej jednak, poza wspomnianymi już Konwencjami genewskimi wraz z I protokołem dodatkowym, kontynuację znaczenia prawa dotyczącego neutralności potwierdziły również m.in. opinia doradcza Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości (MTS) w sprawie użycia i groźby użycia broni nuklearnej⁴¹, projekt artykułów Komisji Prawa Międzynarodowego o skutkach konfliktów zbrojnych w odniesieniu do traktatów (akceptując traktatowy i zwyczajowy charakter tej normy)⁴² oraz orzecznictwo sądów krajowych⁴³.

38 <https://www.justice.gov/sites/default/files/ag/legacy/2011/09/16/03-27-1941.pdf> (dostęp: 30 lipca 2022 r.). Bardzo krytyczne stanowisko wobec tego wystąpienia przedstawił Edwin Borchard, według którego m.in. „fakty prawne wydają się być takie, że nieuczestniczenie w wojnie jest nazwą użytą jako współczesne usprawiedliwienie dla naruszenia prawa dotyczącego neutralności i jako wyraz nadziei, że akty o charakterze zbliżonym do wojennych mogą być popełnione przy równoczesnej ucieczce od konsekwencji bycia w stanie wojny”, E. Borchard, *War, Neutrality and Non-Belligerency*, „American Journal of International Law” 1941, t. 35, s. 624.

39 Zgodnie z art. 2 ust. 4 Karty „wszyscy członkowie powstrzymają się w swych stosunkach międzynarodowych od groźby użycia siły lub użycia jej przeciwko integralności terytorialnej lub niezawisłości politycznej któregośkolwiek państwa bądź w jakikolwiek inny sposób niezgodny z celami Organizacji Narodów Zjednoczonych” (Dz. U. z 1947 r. poz. 90).

40 Zob. np. L. Ehrlich, *Karta Narodów Zjednoczonych*, Kraków 1946, s. 32.

41 MTS traktuje prawo dotyczące neutralności jako obowiązujące powszechnie, a zatem zwyczajowe, zob. Legalność groźby lub użycia broni nuklearnej, opinia doradcza z 8 lipca 1996 r., IC Rep. 1996, § 89.

42 Zob. art.17 Draft articles on the effects of armed conflicts on treaties, with commentaries, Raport Komisji Prawa Międzynarodowego z 2011 r., A/66/10, s. 119.

43 Bundesverwaltungsgericht, Urteil vom 21.06.2005 – 2 WD 12.04., [ECLI:DE:BVerwG:2005:210605U2WD12.04.0], Ireland, High Court of Ireland, Horgan v An Taoiseach & Ors [2003] IEHC 64 (IEHC (2003)), 28 April 2003, § 125.

Do problematyki relacji obowiązków wynikających z neutralności z reżimem *ius ad bellum* określonym w Karcie Narodów Zjednoczonych odniosły się renomowane podręczniki (ang. *manuals*) dotyczące prawa międzynarodowego, przygotowane przez grupy ekspertów. Przykładowo podręcznik z San Remo określa, że w przypadku stwierdzenia przez Radę Bezpieczeństwa, zgodnie z rozdziałem VII Karty, że jedna ze stron użyła siły z naruszeniem prawa międzynarodowego „państwa neutralne (a) są zobowiązane do nieudzielania temu Państwu pomocy, z wyjątkiem pomocy humanitarnej; oraz (b) mogą udzielić pomocy Państwu będącemu ofiarą naruszenia pokoju lub aktu agresji ze strony Państwa naruszającego” (sekcja III pkt 7)⁴⁴. Nieco odmienne podejście prezentuje podręcznik prawa międzynarodowego stosujący się do wojny powietrznej i pocisków z 2009 r.⁴⁵. Potwierdza on prymat rezolucji Rady Bezpieczeństwa ONZ, ale nie zawiera postanowień określających możliwość udzielania pomocy przez państwa neutralne państwu będącym ofiarą agresji⁴⁶. Podobne podejście prezentuje podręcznik talliński⁴⁷.

Według Michaela Bothe'a „naruszenie prawa dotyczącego neutralności ma miejsce wtedy, gdy poparcie jest udzielone ofierze agresji”, a odmienna kwalifikacja tego rodzaju czynu może mieć miejsce tylko w przypadku rezolucji Rady Bezpieczeństwa⁴⁸. W przypadku braku takiej rezolucji „państwo wspomagające ofiarę agresji narusza prawo dotyczące neutralności, choć nie zakaz używania siły”⁴⁹. Co zaskakujące, autor ten stoi również na stanowisku, że nawet użycie siły w samoobronie kolektywnej jest *per se* naruszeniem

44 Podręcznik z San Remo dotyczący prawa międzynarodowego mającego zastosowanie do konfliktów zbrojnych na morzu, przyjęty dnia 12 czerwca 1994 r.

45 HPCR, Manual on International Law Applicable to Air and Missile Warfare, Sekcja X pkt 165.

46 Zob. pkt. 173: „A Neutral is not bound to prevent the private export or transit on behalf of a Belligerent Party of aircraft, parts of aircraft, or material, supplies or munitions for aircraft. However, a Neutral is bound to use the means at its disposal: (a) To prevent the departure from its jurisdiction of an aircraft in a condition to make a hostile attack against a Belligerent Party, if there is reason to believe that such aircraft is destined for such use. (b) To prevent the departure from its jurisdiction of the crews of military aircraft, as well as passengers and crews of civilian aircraft, who are members of the armed forces of a Belligerent Party”.

47 Zob. *Tallinn Manual 2.0 on the International Law Applicable to Cyber Operations*, red. M.N. Schmitt, Cambridge 2017, reguła 154.

48 Zob. M. Bothe, *Neutrality, Concept and General Rules*, MPEIL, § 5, 6 oraz 11; podobnie P.G. Politakis, *Variations on a Myth: Neutrality and the Arms Trade*, „German Yearbook of International Law” 1992, vol. 35, s. 505; W. Heintschel von Heinegg, *Territorial Sovereignty and Neutrality in Cyberspace*, „International Legal Studies” 2013, vol. 89, s. 142.

49 M. Bothe *Neutrality*, *op. cit.*, § 29 oraz § 37; podobnie W. Heintschel von Heinegg, „*Benevolent*”..., s. 557.

zobowiązań wynikających z neutralności. Odmienne stanowisko przedstawił Krzysztof Skubiszewski, zauważając, że „państwo neutralne może dzisiaj nie tylko opierać się kontroli ze strony agresora, ale wręcz uprawnione jest, by pomagać państwom legalnie wojującym, nie stając się jednocześnie stroną walczącą”⁵⁰. Podobnie uważa Michael Schmitt, w którego opinii dostarczanie pomocy ofierze agresji nie musi być uwarunkowane uprzednią rezolucją Rady Bezpieczeństwa potwierdzającą fakt agresji⁵¹.

W rezultacie wyraźnie krystalizują się dwa odmienne poglądy w doktrynie. Pierwszy zakłada, że udzielanie pomocy wojskowej państwu będącemu stroną konfliktu zbrojnego jest zakazane przez prawo dotyczące neutralności w przypadku braku rezolucji Rady Bezpieczeństwa pozwalającej na taką pomoc lub przynajmniej stwierdzającą fakt agresji⁵². Drugie stanowisko natomiast opowiada się za możliwością pomocy ofierze agresji nawet w przypadku braku rezolucji Rady Bezpieczeństwa. Swoistym kompromisem między tymi dwoma podejściami może być stanowisko zaprezentowane przez Wolffa Heintschela von Heinegga⁵³. Jego zdaniem pomoc ofierze agresji może być legalna, jeżeli do uchwalenia rezolucji Rady Bezpieczeństwa nie doszło, ponieważ została ona zawetowana przez samego agresora. W rezultacie fakt agresji mógł zostać potwierdzony jedynie w rezolucji Zgromadzenia Ogólnego ONZ, jak w przypadku agresji rosyjskiej przeciwko Ukrainie⁵⁴.

W tym kontekście pojawiły się również inne możliwe usprawiedliwienia odejścia od norm dotyczących neutralności. Marek Krajewski wskazuje, że udzielanie takiej pomocy powinno być postrzegane jako legalne, ponieważ jest mniej drastyczne niż wsparcie poprzez użycie siły (w ramach samoobrony kolektywnej), która wszak, na gruncie art. 51 Karty, również jest legalna⁵⁵. Inne stanowisko zakłada, że udzielanie pomocy wojskowej można postrzegać jako kolektywny środek odwetowy. Taki argument wiąże się z faktem, że nor-

50 Zob. K. Skubiszewski, *op. cit.*, s. 112.

51 Zob. M. N. Schmitt, *Providing Arms And Materiel To Ukraine: Neutrality, Co-Belligerency, And The Use Of Force*, March 7, 2022 <https://lieber.westpoint.edu/ukraine-neutrality-co-belligerency-use-of-force/> (dostęp: 30 lipca 2022 r.).

52 Tak również R. Pedrozo, *Ukraine Symposium – Is The Law Of Neutrality Dead?*, May 31, 2022, <https://lieber.westpoint.edu/is-law-of-neutrality-dead/> (dostęp: 30 lipca 2022 r.).

53 Zob. W. Heintschel von Heinegg, *Neutrality In The War Against Ukraine*, Mar 1, 2022 <https://lieber.westpoint.edu/neutrality-in-the-war-against-ukraine/> (dostęp: 30 lipca 2022 r.).

54 Zob. Rezolucja Zgromadzenia Ogólnego Agresja przeciwko Ukrainie, 2 marca 2022 r., A/RES/ES-11/1.

55 Zob. M. Krajewski, *Neither Neutral nor Party to the Conflict?: On the Legal Assessment of Arms Supplies to Ukraine*, <https://voelkerrechtsblog.org/> (dostęp: 30 lipca 2022 r.).

my bezwzględnie obowiązujące (jak zakaz agresji) mają charakter *erga omnes*. Podkreśla się, że ewolucja prawa międzynarodowego sprawiła, iż prawo do kolektywnych środków odwetowych – inaczej niż w 2001 r., kiedy jedynie wzmiankowała o nich Komisja Prawa Międzynarodowego⁵⁶ – współcześnie może być traktowane jako norma prawa zwyczajowego⁵⁷.

Bez względu na powyższe różnice stanowisk warto odnotować, że prawo międzynarodowe nie określa, jaki rodzaj pomocy wojskowej może być udzielany, w szczególności nie rozróżnia w tym zakresie broni defensywnej i ofensywnej. Zasadne bowiem jest przyjęcie poglądu, że wsparcie wojskowe udzielane ofierze agresji ma zawsze charakter defensywny, tj. służy odparciu napaści zbrojnej⁵⁸.

Równocześnie konieczne jest podkreślenie, że inna będzie sytuacja prawna państwa neutralnego w odniesieniu do państwa–agresora. Udzielanie mu pomocy wojskowej powinno być postrzegane jako naruszenie norm dotyczących neutralności. Naruszenie prawa zwyczajowego w tym zakresie będzie istnieć nawet, jeżeli współpraca wojskowa pomiędzy agresorem a państwem trzecim jest oparta na traktacie dwustronnym⁵⁹. Ponadto wsparcie agresora może równocześnie stanowić naruszenie norm dotyczących odpowiedzialności państw, co wiąże się z faktem, że zakaz agresji jest postrzegany jako norma bezwzględnie obowiązująca⁶⁰. Zgodnie z Artykułami Komisji Prawa

56 „This chapter does not prejudice the right of any State, entitled under article 48, paragraph 1, to invoke the responsibility of another State, to take lawful measures against that State to ensure cessation of the breach and reparation in the interest of the injured State or of the beneficiaries of the obligation breached” (Article 54. Measures taken by States other than an injured State), „Yearbook of the International Law Commission” 2001, vol. II, Part Two; zob. również podobne postanowienia w *Articles on the Responsibility of International Organizations* (Article 57), „Yearbook of the International Law Commission” 2011, vol. II, Part Two.

57 Zob. P.-M. Dupuy, *Back to the Future of a Multilateral Dimension of the Law of State Responsibility for Breaches of ‘Obligations Owed to the International Community as a Whole’*, „European Journal of International Law” 2012, vol. 23, no. 4, s. 1068–1069; C. J. Tams, *Enforcing obligations „erga omnes” in international law*, Cambridge 2009, s. 230–231; M. Dawidowicz, *Third-Party Countermeasures in International Law*, Cambridge 2017.

58 „Think that this distinction between offensive and defensive is a bit strange, because we speak about providing weapons to a country which is defending itself and self defence is a right which is enshrined in the UN Charter. So everything Ukraine does with the support from NATO Allies is defensive because they are defending themselves”, NATO Secretary General, https://www.nato.int/cps/en/natohq/opinions_194330.htm (dostęp: 30 lipca 2022 r.).

59 Zob. szerzej na temat potencjalnego konfliktu pomiędzy normami dotyczącymi neutralności a zobowiązaniami wynikającymi z sojuszniczych traktatów dwustronnych Jeremy K. Davis, *op. cit.*

60 Zob. np. *Peremptory norms of general international law (jus cogens): Texts of the draft conclusions and Annex adopted by the Drafting Committee on second reading*, A/CN.4/L.967, 11 May 2022.

Międzynarodowego o odpowiedzialności państw za akty międzynarodowo bezprawne żadne państwo nie udzieli pomocy lub wsparcia dla utrzymania sytuacji poważnego naruszenia przez państwo zobowiązania wynikającego z normy bezwzględnie obowiązującej powszechnego prawa międzynarodowego (art. 40–41)⁶¹.

4. Dostarczanie pomocy wojskowej a udział w konflikcie zbrojnym

Kwestią dodatkową, która wymaga, analizy jest ustalenie, czy państwo neutralne może ulec przekształceniu w belligerenta, jeżeli takie państwo dostarcza szeroko rozumianej pomocy wojskowej. Problematyka, która w ostatnim czasie koncentrowała się przede wszystkim na interpretacji zakresu amerykańskiego zaangażowania zbrojnego w walce z ugrupowaniami terrorystycznymi⁶², zyskała nowe znaczenie w związku z rosyjską agresją na Ukrainę. Minister Spraw Zagranicznych Federacji Rosyjskiej, komentując pomoc zbrojną udzielaną Ukrainie, stwierdził nawet: „NATO w rzeczywistości idzie na wojnę z Rosją poprzez podmioty zastępcze i poprzez brojenie tych podmiotów”⁶³. Równocześnie przykład konfliktu na Ukrainie pokazuje, że problematyka może budzić ewentualne kontrowersje niekiedy tylko z perspektywy *ius in bello*, a nie *ius ad bellum*. W tej ostatniej optyce bowiem dostarczanie pomocy wojskowej może być uzasadnione przez państwo udzielające pomocy uczestnictwem w samoobronie kolektywnej zgodnie z art. 51 Karty Narodów Zjednoczonych oraz międzynarodowym prawem zwyczajowym.

Prima facie rozpatrywanie udzielania pomocy wojskowej z perspektywy międzynarodowego prawa konfliktów zbrojnych, a w szczególności samego pojęcia konfliktu zbrojnego, nie budzi kontrowersji: „Konflikty zbrojne w rozumieniu artykułu 2 ust. 1 [wspólnego dla czterech Konwencji genewskich z 1949 r.] [...] mają miejsce, kiedy jedno lub więcej państw użyło siły zbrojnej przeciwko innemu państwu, bez względu na powody, czy intensywność

61 Dla zrozumienia pojęć „pomoc” i „wsparcie” wartościowe może być odwołanie do art. 16 Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts 2001, A/56/49(Vol. I)/Corr.4.

62 Zob. Ł. Kułaga, *Używanie dronów w celu zwalczania międzynarodowego terroryzmu w świetle „ius in bello”*, „Zeszyty Prawnicze” 2017, nr 17.1, s. 115.

63 L.K. Truscott IV, *Is the U.S. in a proxy war with Russia? Sergey Lavrov and Lloyd Austin seem to think so*, <https://www.salon.com/2022/04/30/truscott-430-tbd/> (dostęp: 30 lipca 2022 r.).

konfrontacji”⁶⁴. Dla zaistnienia konfliktu zbrojnego pomiędzy konkretnymi państwami konieczne jest zatem użycia siły zbrojnej⁶⁵. W tym duchu Morris Greenspan definiuje państwo współwojujące (ang. *co-belligerent*), jako „pełnoprawne państwo wojujące walczące w powiązaniu z jednym lub więcej mocarstw wojujących”⁶⁶. W takiej perspektywie trudno zrównywać samo dostarczanie pomocy wojskowej z udziałem w walkach zbrojnych czy używaniem siły⁶⁷.

Niejasne stanowisko natomiast w odniesieniu do „dostarczania broni i innego wsparcia” w kontekście niemiędzynarodowych konfliktów zbrojnych zajął Międzynarodowy Trybunał Sprawiedliwości. Z jednej strony potwierdził on bowiem, że tego rodzaju działanie nie może być zrównane z atakiem zbrojnym, z drugiej strony jednakże stwierdził, że może ono stanowić naruszenie zakazu użycia siły⁶⁸. Nic dziwnego, że to zamieszanie pojęciowe spowodowało również zróżnicowane poglądy w doktrynie. Według Curtisa Bradleya oraz Jacka Goldsmitha państwo może stać się uczestnikiem konfliktu zbrojnego poprzez systematyczne i znaczące naruszanie swoich obowiązków dotyczących neutralności, w tym tych dotyczących zakazu dostarczania broni⁶⁹. Pogląd ten sformułowany na potrzeby usprawiedliwienia określonych działań Stanów Zjednoczonych w ich konflikcie z różnego rodzaju ugrupowaniami terrorystycznymi – kontrowersyjny nawet w tym zakresie⁷⁰ – nie wydaje się mieć zastosowania do konfliktów międzypaństwowych.

Poza bezpośrednim użyciem siły państwo neutralne może być uznane za współwojujące, jeżeli dopuszcza się agresji, tzn. „zezwała na wykorzystanie

64 Convention (I) for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field. Geneva, 12 August 1949, Commentary of 2016 Article 2: Application Of The Convention, § 218.

65 Zob. Prosecutor v Tadić, IT-94-1-AR72, Decision on Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction (Appeals Chamber), 2 October 1995, § 70.

66 M. Greenspan, *The modern law of land warfare*, Los Angeles 1959, s. 531.

67 Zob. K. Ambos, *Will a state supplying weapons to Ukraine become a party to the conflict and thus be exposed to countermeasures?*, March 2, 2022, <https://www.ejiltalk.org/> (dostęp: 30 lipca 2022 r.).

68 Sprawa militarnej i paramilitarnej działalności w i przeciwko Nikaragui, ICJ Rep. 1986, § 247. W ten sposób MTS nawiązał do krytykowanego w doktrynie rozdzielnia naruszenia zakazu użycia siły od napaści zbrojnej, zob. szerzej M. Kowalski, *Original Sin Reaffirmed: The Nicaragua Judgement's Impact on the Notion of Armed Attack as the Most Grave Form of the Use of Force*, „XXXVI Polish Yearbook of International Law” 2016, s. 37–50.

69 Zob. C.A. Bradley, J.L. Goldsmith, *Congressional authorization and the war on terrorism*, „Harvard Law Review” 2005, vol.118, nr 7, s. 2112–2113.

70 Zob. R. Ingber, *Co-Belligerency*, „The Yale Journal of International Law” 2017, vol. 42, s. 72–73.

swojego terytorium, oddanego do dyspozycji innego państwa, na popełnienie przez to inne państwo aktu agresji przeciwko państwu trzeciemu⁷¹. W kontekście międzynarodowego konfliktu zbrojnego na Ukrainie jest to sytuacja Białorusi, z której terytorium wojska rosyjskie konsekwentnie dokonywały ataków przeciwko Ukrainie⁷².

Według Michaela N. Schmitta również innego rodzaju wsparcie dla beligerenta może powodować uzyskanie statusu państwa współwojującego. W szczególności byłoby to wspólne planowanie operacji wojskowych czy ogłoszenie strefy zakazu lotów na terytorium państwa, na którym trwa konflikt, oraz używanie siły w celu egzekwowania tego zakazu⁷³. Cordula Droege oraz David Tuck wskazują, że państwo trzecie może stać się stroną konfliktu międzypaństwowego, gdy jego aktywność – w odróżnieniu od dostarczania sprzętu czy szkolenia – ma bezpośredni wpływ na zdolność strony konfliktu do przeprowadzania operacji wojskowych⁷⁴. Do takich działań można by zaliczyć np. transportowanie żołnierzy jednej ze stron na linię frontu czy wspólne planowanie operacji wojskowych⁷⁵.

71 Rezolucja Zgromadzenia Ogólnego 3314 z 1974 r. Takie podejście znajduje również potwierdzenie w normach II rzędu zawartych w międzynarodowym prawie zwyczajowym. Artykuły Komisji Prawa Międzynarodowego ONZ z 2001 r., dotyczące odpowiedzialności państw, określają, że „państwo, które pomaga lub współdziała z innym państwem w dokonaniu aktu międzynarodowo bezprawnego, ponosi z tego tytułu odpowiedzialność międzynarodową, jeżeli: (a) działa mając wiedzę o okolicznościach aktu międzynarodowo bezprawnego oraz (b) akt miałby charakter międzynarodowo bezprawny, gdyby został dokonany przez to państwo (art. 16)”.

72 Por. Stanowisko Polskich Prawników Międzynarodowych Dotyczące Agresji Federacji Rosyjskiej przeciwko Ukrainie, 8 marca 2022 r., <http://przegladpm.blogspot.com/2022/03/stanowisko-polskich-prawnikow.html> (dostęp: 30 lipca 2022 r.) oraz Statement by Members of the International Law Association Committee on the Use of Force, <https://www.justsecurity.org/80454/statement-by-members-of-the-international-law-association-committee-on-the-use-of-force/> (dostęp: 30 lipca 2022 r.).

73 Zob. M.N. Schmitt, *op. cit.*; podobny pogląd w zakresie strefy zakazu lotów wyraża M. Nevitt, *The Operational and Legal Risks of a No-Fly Zone Over Ukrainian Skies*, March 10 2002, www.justsecurity.org (dostęp: 30 lipca 2022 r.).

74 Zob. C. Droege, D. Tuck, *Fighting together and international humanitarian law: Setting the legal framework* (1/2), October 12, 2017, <https://blogs.icrc.org/law-and-policy/> (dostęp: 30 lipca 2022 r.).

75 Tak w kontekście niemiędzynarodowych konfliktów zbrojnych Tristan Ferraro, zob. T. Ferraro, *The ICRC's legal position on the notion of armed conflict involving foreign intervention and on determining the IHL applicable to this type of conflict*, „International Review of the Red Cross” 2015, vol. 97, s. 1231; zob. też Wspólne oświadczenie Ministrów Spraw Zagranicznych Republiki Litewskiej, Rzeczypospolitej Polskiej i Ukrainy w drugą rocznicę ustanowienia Trójkąta Lubelskiego z 28 lipca 2022 r., w którym stwierdza się: „Z zadowoleniem odnotowujemy intensywną współpracę wojskową i techniczną oraz

Christopher Greenwood zauważa, że granica pomiędzy udziałem w konflikcie a neutralnością przestała być jednoznaczna. W jego ocenie bezpośrednie wsparcie dla operacji zbrojnych powoduje, że państwo trzecie staje się stroną konfliktu. Nie uznaje za takie działanie wsparcia finansowego, dostaw broni czy wywiadowczego⁷⁶. W tym ostatnim zakresie przypadek konfliktu zbrojnego na Ukrainie spowodował konieczność bardziej wnikliwej analizy uwarunkowań wsparcia wywiadowczego. Zasadność precyzji w tym zakresie wiąże się z doniesieniami medialnymi wskazującymi, że Stany Zjednoczone przekazywały Ukrainie dane wywiadowcze pozwalające przeprowadzać ataki na wyższych rosyjskich dowódców wojskowych⁷⁷. Znaczące jest, że oficjalnie władze amerykańskie zdementowały te doniesienia, mimo przyznania się do przekazywania generalnie pokaźnej liczby informacji wywiadowczych stronie ukraińskiej⁷⁸. Dla rozwikłania tego zagadnienia Michael Schmitt proponuje następujące kryteria dla stwierdzenia, czy udzielanie wsparcia wywiadowczego może powodować transformację państwa neutralnego w uczestnika międzypaństwowego konfliktu zbrojnego:

- intencja po stronie państwa wspierającego do wsparcia konkretnej wrogiej operacji przez państwo wspierane lub unieszkodliwienia tych realizowanych przez państwo adwersarza;

wyrażamy gotowość poszerzenia zakresu wspólnych działań sił zbrojnych naszych trzech państw w ramach formatów dwu- i trójstronnych, które obejmą ćwiczenia w obiektach szkoleniowych na terytorium Republiki Litewskiej i Rzeczypospolitej Polskiej oraz leczenie i rehabilitację personelu Sił Zbrojnych Ukrainy. Ukraina wyraża wdzięczność Republice Litewskiej i Rzeczypospolitej Polskiej za udzielenie wsparcia wojskowego oraz kompleksowej pomocy humanitarnej i finansowej, które stanowią szczery wyraz solidarności, prawdziwej przyjaźni i braterstwa”, <https://www.gov.pl/web/dyplomacja> (dostęp: 30 lipca 2022 r.).

76 Zob. C. Greenwood, *Scope of Application of Humanitarian Law* [w:] *The Handbook of International Law of Military Operations*, red T. Gill, D. Fleck, Oxford 2008, s. 58; podobnie A. Wentker, *At War: When Do States Supporting Ukraine or Russia become Parties to the Conflict and What Would that Mean?*, March 14, 2022, www.ejiltalk.org (dostęp: 30 lipca 2022 r.). Odmienne P.S. Konchak, *U.S. and Allied Involvement in the Russo-Ukrainian War: The Belligerent Status of NATO States and Its Implications*, <http://opiniojuris.org/> (dostęp: 30 lipca 2022 r.).

77 Zob. J.E. Barnes, H. Cooper, E. Schmitt, *U.S. Intelligence Is Helping Ukraine Kill Russian Generals, Officials Say*, May 4, 2022, „New York Times”.

78 „The United States provides battlefield intelligence to help Ukraine defend their country” – Pentagon press secretary John Kirby said. „We do not provide intelligence on the location of senior military leaders on the battlefield or participate in targeting decisions of the Ukrainian military [...]. Ukraine combines information that we and other partners provide with the intelligence that they themselves are gathering, and then they make their own decisions and they take their own actions”, J. Williams, *Pentagon denies US shared intel to target Russian generals*, <https://thehill.com/policy/defense/3478747-pentagon-denies-us-shared-intel-to-target-russian-generals/> (dostęp: 30 lipca 2022 r.).

- zakres, w jakim wsparcie przynosi korzyść konkretnej wrogiej operacji państwa wspieranego lub utrudnia tę realizowaną przez państwo adwersarza;
- stopień, w jakim wsparcie jest integralne dla konkretnej wrogiej operacji państwa wspieranego lub działania defensywnego przeciwko wrogowi;
- stopień bezpośredniości pomiędzy dostarczeniem informacji wywiadowczych a ich użyciem⁷⁹.

Przedstawione kryteria, pionierskie w odniesieniu do problematyki konsekwencji wsparcia wywiadowczego dla ewentualnego udziału w konflikcie zbrojnym, wydają się niezwykle trudne do weryfikacji w praktyce. Dowody w tym zakresie mogą bowiem być albo niejawne, albo w ogóle niespisane, a rzeczywista ocena stanu prawnego wymagałaby daleko idącego wglądu w treść przekazywanych danych, informację o czasie ich przekazywania oraz o stanie wiedzy i procesie decyzyjnym państwa wspieranego.

5. Zakończenie

Agresja Rosji na Ukrainę i wsparcie wojskowe udzielane tej ostatniej przez państwa trzecie wznowila dyskusję dotyczącą kontynuacji obowiązywania prawa do neutralności oraz jego znaczenia w dobie Karty Narodów Zjednoczonych. Mimo że niektóre kwestie pozostały sporne w doktrynie, w praktyce wsparcie wojskowe udzielane ofierze agresji, tj. Ukrainie, nie jest uznawane przez państwa (w przytłaczającej większości) za sprzeczne z prawem międzynarodowym. W rezultacie przykład konfliktu ukraińsko-rosyjskiego zdaje się dobitnie potwierdzać pogląd, wyrażany m.in. przez Krzysztofa Skubiszewskiego, o prawie państw neutralnych do udzielenia pomocy wojskowej ofierze agresji, nawet w przypadku braku rezolucji Rady Bezpieczeństwa ONZ. W tym ostatnim zakresie należy mieć jednak na uwadze specyfikę omawianego konfliktu (agresorem jest stały członek Rady Bezpieczeństwa) oraz fakt bardzo znaczącego poparcia dla rezolucji Zgromadzenia Ogólnego potwierdzającego sytuację agresji. Można natomiast wyrazić

⁷⁹ M.N. Schmitt, *Ukraine Symposium – Are We At War?*, May 9, 2022, <https://lieber.westpoint.edu/are-we-at-war/> (dostęp: 30 lipca 2022 r.). Podobny pogląd generalnie, aczkolwiek bez precyzowania tak dokładnych kryteriów, prezentuje M. Milanovic, *The United States and Allies Sharing Intelligence with Ukraine*, May 9, 2022, www.ejiltalk.org (dostęp: 30 lipca 2022 r.).

ubolewanie, że wsparcie wojskowe udzielane Rosji przez Iran, sprzeczne z międzynarodowym prawem zwyczajowym odzwierciedlonym w art. 41 artykułów KPM o odpowiedzialności państw, nie spotkało się z potępieniem na poziomie prawnym ze strony innych państw⁸⁰. Bez wątpienia była to istotna okazja do potwierdzenia znaczenia zobowiązań do nieudzielania pomocy agresorowi.

Natomiast skala pomocy wojskowej przekazywanej Ukrainie ożywiła dyskusję dotyczącą progu wymaganego dla transformacji statusu państwa neutralnego w uczestnika konfliktu zbrojnego. Problematyka ta była analizowana w ostatnich dwóch dekadach przede wszystkim z perspektywy konfliktów międzynarodowych (zwalczanie ugrupowań terrorystycznych). Międzynarodowy rosyjsko-ukraiński konflikt zbrojny spowodował konieczność ponownej weryfikacji tego zagadnienia – zarówno w zakresie dotyczącym skali i rodzajów dostarczanego sprzętu wojskowego, jak i nowych zagadnień, w szczególności wsparcia wywiadowczego i danych satelitarnych. Należy przede wszystkim odnotować, że konflikt rosyjsko-ukraiński jest pierwszym w historii, w którym skala wsparcia wywiadowczego dla jednej ze stron została uznana za mogącą potencjalnie powodować zmianę statusu państwa neutralnego na państwo uczestniczące w konflikcie zbrojnym⁸¹.

Łukasz Kułaga

80 Zob. E. Nakashima, J. Warrick, *Iran sends first shipment of drones to Russia for use in Ukraine*, „The Washington Post”, 29 sierpnia 2022 r., <https://www.washingtonpost.com/national-security/2022/08/29/iran-drones-russia-ukraine-war/> (dostęp: 27 września 2022 r.).

81 Dodatkowym, nowym wątkiem jest kwestia wpływu zaangażowania podmiotów prywatnych danego państwa na kwalifikację sytuacji prawnej samego państwa – w świetle prawdopodobnego dostarczenia stronie ukraińskiej na szeroką skalę danych satelitarnych przez podmioty prywatne z państw zachodnich, zob. E. Lin-Greenberg, T. Milonopoulos, *Boots on the Ground, Eyes in the Sky – How Commercial Satellites Are Upending Conflict*, May 30, 2022, <https://www.foreignaffairs.com/> (dostęp: 30 lipca 2022 r.).

SUMMARY

Providing military support to the party of an international military conflict from the perspective of international law in the context of Russian aggression against Ukraine

Russia's aggression against Ukraine and military support provided to Ukraine by third countries resumed the discussion on the continuation of the right to neutrality and its importance in the era of the United Nations Charter. Although some issues in this respect remained disputed in the doctrine, in practice the military support provided to the victim of aggression, i.e. Ukraine, is not considered by states (overwhelmingly) to be contrary to international law. At the same time, the scale of military aid provided to Ukraine has revived the discussion on the threshold required for the transformation of the status of a neutral state into a participant of military conflict. This topic has been analyzed in the last two decades primarily from the perspective of non-international conflicts (combating terrorist groups). The international Russian-Ukrainian military conflict made it necessary to re-verify this issue – both in terms of the scale and types of military equipment supplied, as well as new issues, in particular intelligence support and satellite data.

Łukasz Kułaga, assistant professor at the Faculty of Law and Administration of the Cardinal Stefan Wyszyński University in Warsaw (UKSW) since 2015. A graduate of the Faculty of Law and Administration at the Cardinal Stefan Wyszyński University in Warsaw and the Faculty of Journalism and Political Science at the University of Warsaw. Employed as a legal expert at the Legal and Treaty Department of the Ministry of Foreign Affairs of the Republic of Poland. He conducts scientific research, among others in the field of international investment law, norms regarding the use of force, the law of treaties, the application of international law to cyberspace and the relationship of international law to Polish law; ORCID: 0000-0003-0784-8293.

Karina Parśniak, główny legislator w Departamencie Prawa Społecznego i Infrastruktury w Rządowym Centrum Legislacji. Zajmuje się prawem medycznym od 2014 r. Aplikację legislacyjną ukończyła w 2015 r. Członek Polskiego Towarzystwa Legislacji. Prowadziła zajęcia z oceny skutków regulacji na aplikacji legislacyjnej w edycji 2021/2022. Dotychczasowe doświadczenie zawodowe zdobywała w Biurze Pełnomocnika Rządu do Spraw Osób Niepełnosprawnych oraz Departamencie Prawnym Ministerstwa Rodziny, Pracy i Polityki Społecznej; nie posiada ORCID.

ARTYKUŁY

Regulacje dotyczące sposobu i kryteriów stwierdzenia śmierci mózgu w prawie polskim

Karina Parśniak

1. Uwagi wstępne

Kwestie związane ze stwierdzeniem trwałego nieodwracalnego ustania czynności mózgu, określanego mianem „śmierci mózgu”, budzą od wielu lat zainteresowanie, nie tylko środowiska lekarzy, lecz także wśród samych prawników. W przypadku tej pierwszej grupy zawodowej owe zainteresowanie podyktowane jest głównie względami medycznymi, natomiast w przypadku drugiej grupy – przede wszystkim sposobem uregulowania tych kwestii na gruncie prawa polskiego.

Zagadnienia związane ze sposobem i kryteriami stwierdzenia śmierci mózgu są obecnie zawarte w obwieszczeniu ministra właściwego do spraw zdrowia, wydanym na podstawie art. 43a ust. 3 u.z.l.¹.

Przyjęcie takiego rozwiązania budzi wątpliwości w kontekście zamkniętego katalogu źródeł prawa powszechnie obowiązującego sformułowanego w art. 87 ust. 1 Konstytucji², w którym enumeratywnie wskazuje się na Konstytucję, ustawy, ratyfikowane umowy międzynarodowe oraz rozporządzenia.

Przedmiotem niniejszego artykułu jest przedstawienie przyjętego przez ustawodawcę sposobu uregulowania wskazanych powyżej kwestii, zarówno na gruncie obecnie obowiązujących przepisów, jak i historycznych regulacji, oraz zwrócenie uwagi na zastrzeżenia, jakie pojawiły się w trakcie obowiązywania przedmiotowych przepisów. Natomiast w części zawierającej podsumowanie zostaną zaprezentowane postulaty *de lege ferenda* w tym zakresie.

1 Ustawa z dnia 5 grudnia 1996 r. o zawodach lekarza i lekarza dentysty (Dz. U. z 2022 r. poz. 1731); dalej: u.z.l.

2 Ustawa z dnia 2 kwietnia 1997 r. – Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej (Dz. U. Nr 78, poz. 483 z późn. zm.); dalej: Konstytucja.

W artykule zostanie natomiast pominięta ocena *stricto* merytoryczna wprowadzonych rozwiązań, w szczególności obejmująca przyjęte przez ministra właściwego do spraw zdrowia kryteria i sposób stwierdzenia śmierci mózgu, ze względu na fakt, że właściwe w tej materii są jedynie środowisko medyczne, a także kwestie etyczne związane z tym zagadnieniem.

2. Regulacje obowiązujące do dnia wejścia w życie ustawy transplantacyjnej z 1995 r.³

Regulacje prawne dotyczące ustalenia momentu śmierci kojarzą się, co do zasady, z transplantologią, tj. w szczególności z przeszczepami. W literaturze przedmiotu podkreśla się zatem silny związek pomiędzy ustaleniem momentu śmierci a samymi procedurami transplantacyjnymi i jako przykład pierwszego rozwiązania podaje się rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 22 marca 1928 r. o zakładach leczniczych⁴, gdzie w zmienionym z dniem 31 grudnia 1949 r. art. 40 uregulowano kwestię pobrania ze zwłok tkanek dla celów leczniczych po dokonaniu sekcji zwłok przed upływem 12 godzin od chwili stwierdzenia śmierci⁵. Podkreślić przy tym należy, że w rozporządzeniu tym nie odniesiono się do kwestii kryterium śmierci mózgowej.

Pierwsza definicja śmierci opartej na kryteriach mózgowych została wprowadzona komunikatem w sprawie wytycznych Krajowych Zespołów Specjalistycznych w dziedzinach: anestezjologii i intensywnej terapii, neurologii, neurochirurgii i medycyny sądowej w sprawie kryteriów śmierci mózgu⁶, który wszedł

3 Ustawa z dnia 26 października 1995 r. o pobieraniu i przeszczepianiu komórek, tkanek i narządów (Dz. U. Nr 138, poz. 682 z późn. zm.); dalej: ustawa transplantacyjna z 1995 r. (uchylona z dniem 1 stycznia 2006 r.).

4 Dz. U. Nr 38, poz. 382, z późn. zm. Rozporządzenie zostało wydane na podstawie art. 44 ust. 6 ustawy z dnia 17 marca 1921 r. – Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej (Dz. U. Nr 44, poz. 267 z późn. zm.) oraz ustawy z dnia 2 sierpnia 1926 r. o upoważnieniu Prezydenta Rzeczypospolitej do wydawania rozporządzeń z mocą ustawy (Dz. U. Nr 78, poz. 443). Uchylone z dniem 15 stycznia 1992 r.

5 Zob. M. Chudzińska, A. Grzanka-Tykwińska, *Dylematy prawne śmierci mózgowej* [w:] *Etyczne, medyczne i prawne dylematy wokół śmierci mózgu*, red. W. Sinkiewicz, R. Grabowski, Bydgoszcz 2017, s. 64 i 65.

6 Dz. Urz. MZiOS z 1984 r. Nr 6, poz. 38.

w życie z dniem 26 czerwca 1984 r.⁷. W komunikacie tym za śmierć mózgu uznano „trwałe ustanie integracyjnych funkcji ośrodkowego układu nerwowego z zachowaniem spontanicznego oddechu i krążenia lub podtrzymywanych w sposób sztuczny”, przy czym kryterium śmierci mózgu nie mogło być stosowane u dzieci poniżej 10. roku życia⁸. W odniesieniu do tego komunikatu w literaturze przedmiotu podkreślono, że co prawda odzwierciedlał on wówczas pogląd środowiska medycznego, nie był jednak aktem prawa powszechnie obowiązującego⁹.

W kolejnym komunikacie Ministra Zdrowia i Opieki Społecznej z dnia 9 sierpnia 1994 r. w sprawie wytycznych Krajowych Zespołów Specjalistycznych w dziedzinach: anestezjologii i intensywnej terapii, neurologii, neurochirurgii oraz medycyny sądowej w sprawie kryteriów śmierci mózgu¹⁰ zalecono stosowanie klasycznej definicji śmierci, w której czynnikiem kwalifikującym było ostateczne ustanie krążenia krwi. Nie dotyczyło to natomiast takich przypadków zgonu, w których w sposób szczególnie wyraźny ujawnił się zdysocjowany charakter śmierci, tj. sytuacji, w których śmierć objęła już mózg, a pozostało krążenie krwi czynne jeszcze przez pewien czas – wówczas wytyczne zalecały posługiwanie się tzw. nową definicją śmierci, w ujęciu której kryterium kwalifikującym jest śmierć mózgu. Zgodnie z tymi wytycznymi w śmierci mózgu jako całości czynnikiem kwalifikującym była śmierć pnia mózgu, której stwierdzenie było warunkiem koniecznym, ale i wystarczającym, aby uznać śmierć mózgu jako całości, a tym samym za śmierć człowieka.

Przedmiotowe wytyczne określały również kryteria i sposób stwierdzenia śmierci pnia mózgu. Zgodnie z nimi rozpoznanie śmierci pnia mózgu opierało się na stwierdzeniu nieodwracalnej utraty jego funkcji, a postępowanie kwalifikacyjne obejmowało dwa etapy, mianowicie: etap I „Wysunięcie podejrzenia śmierci pnia mózgu” oraz etap II „Wykonanie badań potwierdzających śmierć pnia mózgowego”. W ramach etapu I dokonywano u chorych stwierdzeń (np. chory jest w śpiączce, sztucznie wentylowany itd.) oraz wykluczeń (np. chory zatruty i pod wpływem niektórych środków farmakologicznych, dzieci do lat

7 Zob. K. Sobczak, A. Janaszczuk, *Kontrowersje wokół neurologicznego kryterium śmierci mózgu*, „Forum Medycyny Rodzinnej” 2012, nr 4, t. 6, s. 185.

8 Zob. T. Biesaga, *Kontrowersje wokół nowej definicji śmierci*, s. 1 i 2, <https://www.studocu.com/pl/document/universytet-rzeszowski/pielęgniarstwo/kontrowersje-wokol-nowej-definicji-smierci/12375033> (dostęp: 3 września 2022 r.); A. Bendowska, K.B. Głódowska, A. Skoczylas-Janke, *Definicja i kryteria śmierci mózgu w ustawodawstwie polskim*, „Poznańskie Zeszyty Humanistyczne” XXXVI, s. 15.

9 Zob. M. Chudzińska, A. Grzanka-Tykińska, *op. cit.*, s. 65.

10 Dz. Urz. MZiOS Nr 11, poz. 24.

12 itd.). Spełnienie ich zezwalało dopiero na wysunięcie podejrzenia śmierci pnia mózgu i przejście do etapu II, obejmującego dwukrotne wykonanie przez ordynatora oddziału anestezjologii i intensywnej terapii w 3-godzinnych odstępach badań potwierdzających nieobecność odruchów pniowych, bezdech.

Spełnienie wszystkich kryteriów określonych w przedmiotowym komunikacie i właściwe, dwukrotne wykonanie prób zezwalały Komisji ds. orzekania o śmierci osobniczej złożonej z neurologa, względnie neurochirurga, anestezjologa i medyka sądowego, na uznanie badanego za zmarłego w wyniku śmierci mózgowej. Przedmiotowy komunikat obowiązywał do 29 listopada 1996 r.

3. Ustawa transplantacyjna z 1995 r.

Ustawa transplantacyjna weszła w życie z dniem 7 marca 1995 r., natomiast nowy komunikat Ministra Zdrowia i Opieki Społecznej z dnia 29 października 1996 r. o wytycznych w sprawie kryteriów stwierdzenia trwałego i nieodwracalnego ustania funkcji pnia mózgu (śmierci mózgowej)¹¹, wydany na podstawie upoważnienia zawartego w art. 7 ust. 2 tej ustawy, wszedł w życie dopiero z dniem 30 listopada 1996 r.

Na podstawie wskazanego powyżej upoważnienia kryteria stwierdzenia trwałego i nieodwracalnego ustania funkcji pnia mózgu (śmierci mózgowej), ustalane przez powołanych przez Ministra Zdrowia i Opieki Społecznej specjalistów z odpowiednich dziedzin medycyny, Minister Zdrowia i Opieki Społecznej ogłaszał w Dzienniku Urzędowym Ministerstwa Zdrowia i Opieki Społecznej. Mając na uwadze, że ustawodawca nie przesądził wprost w omawianym upoważnieniu, w jakiej formie miało nastąpić ogłoszenie przedmiotowych kryteriów, minister zrealizował je w postaci komunikatu.

W ustawie transplantacyjnej z 1995 r. pojawiła się definicja śmierci tzw. nowa zmodyfikowana¹². Zgodnie bowiem z art. 7 ust. 1 tej ustawy pobranie komórek, tkanek i narządów do przeszczepienia było dopuszczalne po stwierdzeniu trwałego nieodwracalnego ustania funkcji pnia mózgu (śmierci mózgowej). Ustawa nie zawierała przy tym przepisów merytorycznych okre-

11 Dz. Urz. MZiOS Nr 13, poz. 36.

12 Zgodnie z definicją tzw. nową zmodyfikowaną nieodwracalne ustanie funkcji pnia mózgu oznacza śmierć mózgu jako całości, niekoniecznie oznacza to natychmiastową śmierć wszystkich komórek mózgu, zob. M. Chudzińska, A. Grzanka-Tykwińska, *op. cit.*, s. 65; R. Kubiak, *Prawo medyczne*, Warszawa 2010, s. 478.

ślających jakiekolwiek kryteria stwierdzenia śmierci mózgowej. Z art. 7 tej ustawy wynikało jedynie, że:

- 1) śmierć mózgową stwierdzała jednomyślnie na podstawie kryteriów, ogłoszonych przez Ministra Zdrowia i Opieki Społecznej w Dzienniku Urzędowym Ministerstwa Zdrowia i Opieki Społecznej, komisja złożona z trzech lekarzy, w tym co najmniej jednego specjalisty w dziedzinie anestezjologii i intensywnej terapii oraz jednego specjalisty w dziedzinie neurologii lub neurochirurgii (ust. 3);
- 2) komisję powołał i wyznaczał jej przewodniczącego kierownik zakładu opieki zdrowotnej (ust. 4);
- 3) lekarze wchodzący w skład komisji nie mogli brać udziału w postępowaniu obejmującym przeszczepienie komórek, tkanek i narządów od osoby zmarłej, u której dana komisja stwierdziła śmierć mózgową (ust. 5);
- 4) przed pobraniem komórek, tkanek i narządów od osoby zmarłej lekarz zasięgał informacji, czy nie został zgłoszony sprzeciw (ust. 6).

Wytyczne z 29 października 1996 r. określały w taki sam sposób, jak poprzednio obowiązujące wytyczne, poszczególne etapy postępowania obejmujące określone działania prowadzące do rozpoznania śmierci pnia mózgu, z wyjątkiem wykluczeń w zakresie jednej grupy pacjentów oraz składu Komisji ds. orzekania o śmierci osobniczej. Mianowicie, nowe wytyczne nie miały zastosowania do noworodków donoszonych poniżej 7. dnia życia, a w skład komisji wchodziło trzech lekarzy, w tym co najmniej jeden specjalista w dziedzinie anestezjologii i intensywnej terapii oraz jeden specjalista w dziedzinie neurologii lub neurochirurgii. Przedmiotowy komunikat obowiązywał do 31 grudnia 2005 r.

4. Ustawa transplantacyjna z 2005 r.¹³

4.1. Stan faktyczny

Nowa ustawa transplantacyjna z 2005 r. weszła w życie z dniem 1 stycznia 2006 r. Zgodnie z jej art. 49 postępowania wszczęte na podstawie art. 7 ustawy transplantacyjnej z 1995 r., tj. dotyczące stwierdzenia trwałego i nieodwracalnego

13 Ustawa z dnia 1 lipca 2005 r. o pobieraniu, przechowywaniu i przeszczepianiu komórek, tkanek i narządów (Dz. U. z 2020 r. poz. 2134 z późn. zm.); dalej: ustawa transplantacyjna z 2005 r.

ustania funkcji pnia mózgu (śmierci mózgowej) i niezakończone do dnia wejścia w życie niniejszej ustawy, miały być prowadzone na podstawie przepisów dotychczasowych, a więc również komunikatu z 29 października 1996 r.

Należy przy tym podkreślić, że ustawa transplantacyjna z 2005 r. w art. 52 zawierała, co prawda, przepisy przejściowe utrzymujące czasowo w mocy niektóre akty wykonawcze wydane na podstawie poprzednio obowiązującej ustawy do czasu wydania nowych aktów wykonawczych na podstawie nowej ustawy, ale nie dotyczyły one kwestii związanych z kryteriami stwierdzenia śmierci mózgowej, jakie zostały określone w komunikacie wydanym na podstawie art. 7 ust. 2 ustawy transplantacyjnej z 1995 r. W konsekwencji komunikat ten utracił moc z dniem wejścia w życie ustawy transplantacyjnej z 2005 r., a nowe przepisy w tym zakresie weszły z życia dopiero z dniem 15 maja 2007 r. na podstawie obwieszczenia Ministra Zdrowia z dnia 18 kwietnia 2007 r. w sprawie kryteriów i sposobu stwierdzenia trwałego i nieodwracalnego ustania czynności mózgu¹⁴, wydanego w oparciu na upoważnieniu zawartym w art. 9 ust. 3 ustawy transplantacyjnej z 2005 r., w pierwotnej wersji.

Nowe upoważnienie zobowiązywało ministra właściwego do spraw zdrowia do ogłoszenia, w drodze obwieszczenia, w Dzienniku Urzędowym Rzeczypospolitej Polskiej „Monitor Polski” kryteriów i sposobu stwierdzenia trwałego nieodwracalnego ustania czynności mózgu i różniło się od poprzedniej regulacji art. 7 ust. 2 ustawy transplantacyjnej z 1995 r. w zakresie, w jakim:

- 1) wskazana została po raz pierwszy „forma”, w jakiej miały zostać ogłoszone kryteria i sposób stwierdzenia trwałego nieodwracalnego ustania czynności mózgu, tj. w drodze obwieszczenia;
- 2) obwieszczenie miało zostać ogłoszone w Dzienniku Urzędowym Rzeczypospolitej Polskiej „Monitor Polski”, a nie jak dotychczas w Dzienniku Urzędowym Ministerstwa Zdrowia i Opieki Społecznej;
- 3) oprócz kryteriów w obwieszczeniu miał zostać określony również sposób stwierdzenia trwałego nieodwracalnego ustania czynności mózgu;
- 4) przekazane do uregulowania zostały kwestie dotyczące stwierdzenia trwałego nieodwracalnego ustania czynności mózgu (śmierci mózgu), a nie jak dotychczas stwierdzenia trwałego i nieodwracalnego ustania funkcji pnia mózgu (śmierci mózgowej).

Należy przy tym podkreślić, że na gruncie ustawy transplantacyjnej z 2005 r. nie zostały określone jakiekolwiek kryteria czy też sposób stwier-

14 M.P. Nr 30, poz. 333.

dzenie śmierci mózgu. Z przepisów merytorycznych nowej ustawy wynikało jedynie, że:

- 1) warunkiem pobrania komórek, tkanek lub narządów do przeszczepienia była śmierć mózgu (art. 9 ust. 1, w pierwotnej wersji);
- 2) kryteria i sposób stwierdzenia śmierci mózgu mieli ustalać powołani przez ministra właściwego do spraw zdrowia specjaliści odpowiednich dziedzin medycyny, przy uwzględnieniu aktualnej wiedzy medycznej (art. 9 ust. 2, w pierwotnej wersji);
- 3) śmierć mózgu stwierdzała jednomyślnie, na podstawie kryteriów określonych w obwieszczeniu, komisja złożona z trzech lekarzy, posiadających specjalizację, w tym co najmniej jednego specjalisty w dziedzinie anestezjologii i intensywnej terapii oraz jednego specjalisty w dziedzinie neurologii lub neurochirurgii (art. 9 ust. 4, w pierwotnej wersji);
- 4) komisję powoływał i wyznaczał jej przewodniczącego kierownik podmiotu leczniczego lub osoba przez niego upoważniona (art. 9 ust. 5, w pierwotnej wersji);
- 5) lekarze wchodzący w skład komisji nie mogli brać udziału w postępowaniu obejmującym pobieranie i przeszczepianie komórek, tkanek lub narządów od osoby zmarłej, u której dana komisja stwierdziła śmierć mózgu (art. 9 ust. 6, w pierwotnej wersji);
- 6) przed pobraniem komórek, tkanek lub narządów od osoby zmarłej lekarz lub osoba przez niego upoważniona była zobowiązana do zasięgnięcia informacji, czy nie został zgłoszony sprzeciw (art. 10, który nadal obowiązuje).

W literaturze przedmiotu podkreślano, że przyjęta na gruncie ustawy transplantacyjnej z 2005 r. definicja śmierci była oparta na stwierdzeniu trwałego nieodwracalnego ustania czynności mózgu (śmierci mózgu), co oznacza, że ustawodawca odszedł w tym zakresie od definicji śmierci, która obowiązywała pod rządami poprzednio obowiązującej ustawy transplantacyjnej z 1995 r., gdzie dopuszczalność przeszczepu *ex mortuo* opierano na stwierdzeniu trwałego nieodwracalnego ustania funkcji pnia mózgu (śmierci mózgowej)¹⁵.

W pierwszym obwieszczeniu z 18 kwietnia 2007 r., wydanym na podstawie nowego upoważnienia, w zasadzie powtórzono regulacje z poprzedniego komunikatu wydanego na podstawie art. 7 ust. 2 ustawy transplantacyjnej

15 Zob. J. Haberko [w:] J. Haberko, I. Uhrynowska-Tyszkiewicz, *Ustawa o pobieraniu, przechowywaniu i przeszczepianiu komórek, tkanek i narządów. Komentarz*, Lex 2014, art. 9, teza 6.

z 1995 r., w zakresie poszczególnych etapów postępowania obejmującego określone działania podejmowane przez Komisję ds. orzekania o śmierci osobniczej. Różnica pomiędzy tymi aktami sprowadzała się jedynie do samej „formy”, w jakiej zostały wydane, miejsca ich publikacji (co już wskazano powyżej), a także tytułu tych aktów i tytułu ich załączników (w tytule załącznika do nowego obwieszczenia nie użyto sformułowania „wytyczne”, jak miało to miejsce do tej pory w poprzednich komunikatach). Obwieszczenie to obowiązywało do 30 lipca 2007 r.

Kolejne obwieszczenie Ministra Zdrowia z dnia 17 lipca 2007 r. w sprawie kryteriów i sposobu stwierdzenia trwałego nieodwracalnego ustania czynności mózgu¹⁶, wydane na podstawie tego samego upoważnienia, weszło w życie z dniem 31 lipca 2007 r. Podobnie jak na gruncie poprzedniego obwieszczenia, w nowym obwieszczeniu wskazano, że rozpoznanie śmierci mózgu opiera się na stwierdzeniu nieodwracalnej utraty jego funkcji, a postępowanie kwalifikacyjne jest dwuetapowe i obejmuje etap I „Wysunięcie podejrzenia śmierci mózgu” oraz etap II „Wykonanie badań potwierdzających śmierć mózgu”. Przeprowadzenie wszystkich wskazanych w obwieszczeniu stwierdzeń i wykluczeń w ramach etapu I pozwalało na przejście do etapu II, który obejmował dwukrotne wykonanie przez ordynatora oddziału/kliniki lub upoważnionego przez niego lekarza specjalistę badań określonych w przedmiotowym obwieszczeniu, tj. badań klinicznych.

W obwieszczeniu tym po raz pierwszy wskazano objawy, które nie wykluczały rozpoznania śmierci pnia mózgu, a także włączono do procedury ustalania śmierci mózgu metody instrumentalne. Jednocześnie uregulowano w tym zakresie kwestie dotyczące rozpoznawania śmierci mózgu u dzieci, dzieląc je dla potrzeb diagnostyki śmierci mózgu na trzy grupy wiekowe: noworodki od 7. do 28. dnia życia, dzieci do końca 2. roku życia oraz dzieci powyżej 2. roku życia.

Zgodnie z nowym obwieszczeniem spełnienie wszystkich kryteriów w nim wskazanych, właściwe wykonanie prób, a w uzasadnionych przypadkach – badań instrumentalnych zezwalały komisji złożonej z trzech lekarzy specjalistów, w tym co najmniej jednego w dziedzinie anestezjologii i intensywnej terapii oraz jednego w dziedzinie neurologii lub neurochirurgii, na stwierdzenie zgonu osoby badanej w wyniku śmierci mózgu.

16 M.P. Nr 46, poz. 547.

4.2. Zastrzeżenia dotyczące obowiązującej regulacji

Z przedstawionego powyżej stanu prawnego wynika zatem, że po raz kolejny ustawodawca zdecydował się na przyjęcie rozwiązania polegającego na przekazaniu kwestii dotyczących kryteriów i (tym razem) sposobu stwierdzenia śmierci mózgu do uregulowania poza ustawą, co budzi poważne zastrzeżenia w kontekście zamkniętego katalogu źródeł prawa powszechnie obowiązującego określonego w art. 87 ust. 1 Konstytucji.

Na kwestię tę zwracało również uwagę Biuro Legislacyjne Sejmu już na etapie prac parlamentarnych nad rządowym projektem ustawy o pobieraniu, przechowywaniu i przeszczepianiu komórek, tkanek i narządów (Sejm IV kadencji, druk nr 3856). W opinii prawnej z 18 kwietnia 2005 r., sporządzonej przez J. Lipskiego, wskazano, że „zasadniczą wątpliwość budzi rozwiązanie przyjęte w art. 9 projektu ustawy, który dotyczy jednego z najistotniejszych problemów związanych z pobieraniem komórek, tkanek i narządów ze zwłok ludzkich, a mianowicie ustalenia śmierci człowieka. Proponowane przepisy narażają się na zarzut niekonstytucyjności, dopuszczając, by wszelkie kryteria i sposób stwierdzania śmierci człowieka – w ustawie określanego «trwałym i nieodwracalnym ustaniem czynności mózgu» określane były w formie **obwieszczenia** przez Ministra właściwego ds. zdrowia. [...] konstytucyjny system źródeł prawa nie przewiduje źródła takiego jak obwieszczenie, co również narusza art. 2 Konstytucji i art. 87 Konstytucji”¹⁷. Pomimo przedstawionej opinii przepisy w tym kształcie zostały przyjęte i weszły w życie.

W trakcie obowiązywania przedmiotowych regulacji podobne zastrzeżenia podniosła prof. I. Lipowicz, pełniąca wówczas funkcję Rzecznika Praw Obywatelskich. W piśmie z 18 lipca 2014 (znak: V.7018.2.2014.GH), skierowanym do ówczesnego Ministra Zdrowia B. Arłukowicza, wyraziła wątpliwość odnośnie do konstytucyjności upoważnienia zawartego w art. 9 ust. 3 ustawy transplantacyjnej z 2005 r., w pierwotnej wersji. W piśmie tym jednoznacznie podkreśliła, że „[...] obwieszczenie nie jest rodzajem (formą) aktu prawnego (art. 87 Konstytucji RP). Termin «obwieszczenie» znaczy tyle co «komunikat», «ogłoszenie», «zawiadomienie» o charakterze oficjalnym. Obwieścić, to inaczej podać do publicznej wiadomości przez organ państwowy określone informacje [...]”, a w „[...] dotychczasowym orzec-

17 Zob. <https://orka.sejm.gov.pl/proc4.nsf/0/7744ECA014D1A1B6C12570C70030360A?OpenDocument> (dostęp: 3 września 2022 r.).

nictwie Trybunału Konstytucyjnego przyjmuje się, że treść obwieszczenia nie może wybiegać poza odzwierciedlenie obowiązującego ustawodawstwa. W przeciwnym wypadku oznaczałoby to, że organ państwowy samoistnie ustanowił nową normę prawną i to pretendującą do rangi ustawy (orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego z dnia 21 stycznia 1997 r., OTK 1997/1, poz. 12–13)”. Natomiast o tym, czy konkretne obwieszczenie ma znaczenie normatywne, „decyduje jego treść, a mianowicie to, czy wprowadza ono elementy, które nie zostały wprost ustawowo sprecyzowane” (wyr. TK z dnia 21 czerwca 1999 r., U 5/98, OTK 1999/5, poz. 526). W opinii Rzecznika Praw Obywatelskich wątpliwości budziły przede wszystkim regulacje określone w części drugiej „Rozpoznanie śmierci mózgu” załącznika do obwieszczenia z 17 lipca 2007 r., dotyczące sposobu postępowania zmierzającego do rozpoznania śmierci, zgodnie z którymi rozpoznanie śmierci mózgu opierało się na stwierdzeniu nieodwracalnej utraty jego funkcji, a postępowanie kwalifikacyjne w tym zakresie było dwuetapowe, tj. etap I „Wysunięcie podejrzenia śmierci mózgu” oraz etap II „Wykonanie badań potwierdzających śmierć mózgu”. Wątpliwości te dotyczyły tego, czy „[...] obwieszczenie to nie wprowadza jednak nowych treści normatywnych w stosunku do regulacji ustawy, określając sposób stwierdzenia trwałego nieodwracalnego ustania czynności mózgu poprzez normy abstrakcyjno-generalne”. Jak wskazała prof. I. Lipowicz, nie bez znaczenia pozostawał również fakt, że regulacja ta dotyczyła w znacznej mierze zagadnienia prawa do życia, stanowiącego wartość nadrzędną oraz źródło praw człowieka, i być może z tego właśnie względu powinna być uregulowana wyłącznie na poziomie ustawy.

Pomimo zastrzeżeń podniesionych przez prof. I. Lipowicz przepisy ustawy transplantacyjnej z 2005 r. nie zostały zmienione i obowiązywały nadal w niezmienionym kształcie. Prawdopodobnie regulacja ta miałaby nadal taki kształt, gdyby nie wniosek Rzecznika Praw Obywatelskich, dr. A. Bodnara, skierowany do Trybunału Konstytucyjnego 7 grudnia 2015 r. (znak: V.7018.2.2014.GH), w którym to wniesiono o stwierdzenie, że art. 9 ust. 3 ustawy transplantacyjnej z 2005 r., w pierwotnej wersji, w zakresie, w jakim upoważnia ministra właściwego do spraw zdrowia do ogłoszenia w drodze obwieszczenia sposobu stwierdzenia śmierci mózgu, jest niezgodny z art. 38 w zw. z art. 31 ust. 3 oraz art. 87 ust. 1 Konstytucji.

We wniosku tym Rzecznik Praw Obywatelskich zwrócił uwagę, że wskazane upoważnienie odnosiło się do „sposobu” stwierdzenia śmierci mózgu, który w znaczeniu słownikowym rozumiany jest jako „tryb postępowania

lub wykonywania, robienia czegoś; zespół cech charakterystycznych dla czyjegoś zachowania się, czyjegoś działania¹⁸”, „ujęcie tego, jak się coś dzieje lub jak coś jest robione¹⁹”, „metoda postępowania lub osiągnięcia celu”²⁰. Oznacza to zatem, że „sposób” przekłada się na procedurę, określony tryb postępowania i w tym właśnie kontekście pojęcie to rozumiane jest w dotychczasowym orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego (wyr. z dnia 10 marca 2010 r., U 5/07, OTK-A 2010/3, poz. 20; wyr. z dnia 26 marca 2013 r., K 11/12, OTK-A 2013/3, poz. 28). Zdaniem Rzecznika „skoro bowiem sposób postępowania zmierzającego do rozpoznania śmierci mózgu ma określać aspekt proceduralny, kolejność i tryb podejmowanych czynności, to w konsekwencji przyjąć należy, że celem ustawodawcy było upoważnienie ministra do uregulowania powtarzalnych ludzkich zachowań. To z kolei pozwala stwierdzić, że zakwestionowany przez Rzecznika przepis upoważnia ministra do wprowadzenia treści normatywnych, abstrakcyjnych i generalnych”, a zatem stanowił naruszenie art. 87 ust. 1 Konstytucji. We wniosku Rzecznik podkreślił, że w samej ustawie transplantacyjnej z 2005 r. nie było bowiem regulacji, która odnosiłaby się do sposobu stwierdzenia śmierci mózgu, w stosunku do której „[...] treści obwieszczenia mogłyby pełnić funkcje wyłącznie wskazówek lub wytycznych”, co więcej „[...] można wywodzić, że ustawa nadaje ww. kryteriom i sposobowi ich uwzględniania moc wiążącą, bowiem nakazuje komisji działać na ich podstawie”. W jego opinii potwierdziła to analiza treści zamieszczonych w obwieszczeniu, w szczególności część druga „Rozpoznanie śmierci mózgu” załącznika do tego obwieszczenia, określająca sposób postępowania zmierzającego do rozpoznania śmierci, a także sama systematyka tego załącznika dająca podstawy do stwierdzenia, że zawierał on jednak treści normatywne – dokonano w nim bowiem odróżnienia rozpoznania śmierci mózgu od wytycznych technicznych dotyczących sposobu przeprowadzania badań, co oznacza, że treści w nich zawarte miały odmienny charakter, a zatem rozpoznanie śmierci mózgu nie miało charakteru wytycznych, tylko określało powtarzalne zachowania ludzkie, a więc miało walor normatywny.

Rzecznik Praw Obywatelskich podkreślił, że obwieszczenie nie jest właściwą formą do realizacji przedmiotowego upoważnienia ze względu na fakt,

18 <https://sjp.pwn.pl/sjp/sposob;2523198.html> (dostęp: 3 września 2022 r.).

19 <https://wsjp.pl/haslo/podglad/11121/sposob/5122702/dzialania> (dostęp: 3 września 2022 r.).

20 <https://sjp.pl/spos%C3%B3b> (dostęp: 3 września 2022 r.).

że nie jest ono źródłem prawa w kontekście zamkniętego katalogu źródeł prawa powszechnie obowiązującego określonego w art. 87 ust. 1 Konstytucji. W tym zakresie powołał się na wyr. TK z dnia 28 czerwca 2000 r., (K 25/99, OTK 2000/5, poz. 141), w którym to Trybunał, potwierdzając rozwiązanie przyjęte przez ustrojodawcę, „wykluczył istnienie jakiejś trzeciej, pośredniej kategorii źródeł prawa”, oraz na wyr. TK z dnia 12 grudnia 2011 r., (P 1/11, OTK-A 2011/10, poz. 115), gdzie wskazano, że „konstytucyjna regulacja źródeł prawa powszechnie obowiązującego przybrała charakter zamkniętego wyliczenia powszechnie obowiązujących aktów normatywnych i podmiotów uprawnionych do ich stanowienia”.

Ponadto we wniosku tym Rzecznik Praw Obywatelskich, podobnie jak prof. I. Lipowicz, zwrócił uwagę, że przedmiotowe regulacje dotyczą zagadnienia prawnej ochrony życia, stanowiącej wartość nadrzędną oraz źródło wszelkich pozostałych praw człowieka, co nie pozostaje bez znaczenia. W tym zakresie podkreślił, że art. 38 Konstytucji ma szczególne znaczenie i generuje przez to określone konsekwencje wobec ustawodawcy, a na „[...] organach państwa spoczywa obowiązek stanowienia takiego prawa, by chronić ono życie, i to życie każdego człowieka niezależnie od tego, w jakiej sytuacji znajduje się (por. *Konstytucje Rzeczypospolitej oraz komentarz do Konstytucji RP z 1997 roku*, red. J. Boć, Wrocław 1998, s. 78)”. Zdaniem Rzecznika stwierdzenie śmierci mózgu wyznacza bowiem kres prawnej ochrony życia, dlatego też materia ta powinna być zastrzeżona dla wyłączności ustawy (co wynika z art. 31 ust. 3 Konstytucji, który *expressis verbis* stanowi, że ograniczenia w korzystaniu z praw i wolności obywatelskich mogą być ustanawiane tylko w ustawie). Zatem za niedopuszczalne, w opinii Rzecznika, należy uznać ustanawianie unormowań innych niż ustawowe, w następstwie zastosowania których mogłoby dojść do ograniczenia w korzystaniu z zagwarantowanych konstytucyjnie wolności, co znajduje potwierdzenie w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego (wyr. z dnia 18 lutego 2004 r., P 21/02, OTK 2004/2, poz. 9; wyr. z dnia 19 marca 2001 r., K 32/00, OTK 2001/3, poz. 50; wyr. z dnia 5 grudnia 2007 r., K 36/06, OTK-A 2007/11, poz. 154). Jednocześnie Rzecznik podkreślił, że zasada wyłączności ustawy nie wyklucza przekazania do uregulowania w drodze aktu wykonawczego, tj. rozporządzenia, określonych spraw dotyczących statusu jednostki, ale powinno to nastąpić tylko w granicach upoważnień spełniających wymagania wynikające z art. 92 Konstytucji (wyr. TK z dnia 19 lutego 2002 r., U 3/01, OTK-A 2002/1, poz. 3), co nie miało miejsca w przypadku omawianych regulacji.

Po tym, jak Rzecznik Praw Obywatelskich złożył do Trybunału Konstytucyjnego przedmiotowy wniosek, Minister Zdrowia 3 czerwca 2016 r. skierował do uzgodnień projekt ustawy o zmianie ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentysty oraz ustawy o pobieraniu, przechowywaniu i przeszczepianiu komórek, tkanek i narządów (UD45), w którym zaproponował zmiany w ustawie transplantacyjnej z 2005 r., polegające w szczególności na uchyleniu art. 9 ust. 2–5 (w tym upoważnienia zakwestionowanego przez Rzecznika) oraz przeniesienie tych regulacji do ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentysty. W uzasadnieniu projektu wskazano, że proponowane zmiany wynikały z konieczności przeniesienia przepisów dotyczących stwierdzenia śmierci mózgu z ustawy transplantacyjnej z 2005 r. do ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentysty, gdyż ta ustawa wydawała się bardziej właściwym miejscem do uregulowania tych kwestii. Zabieg ten, w opinii projektodawców i Krajowej Rady Transplantacyjnej, co podkreślono w tym uzasadnieniu, miał również na celu zatarcie w społeczeństwie niekorzystnego wrażenia, że orzekanie śmierci wskutek trwałego nieodwracalnego ustania czynności mózgu jest wykonywane przez lekarzy „w celu jak najszybszego pobrania komórek, tkanek i narządów i w ten sposób powoduje opór wśród społeczeństwa dla tej metody postępowania, ale także wśród lekarzy, tym samym tworząc barierę dla rozwoju transplantologii w Rzeczypospolitej Polskiej”.

Co prawda projektodawca wskazał w uzasadnieniu projektu, że sposób i kryteria stwierdzenia śmierci mózgu będą ponownie określone w obwieszczeniu, które nie jest aktem prawa powszechnie obowiązującego, ale nie odniósł się do kwestii złożonego wniosku przez Rzecznika Praw Obywatelskich i podniesionych w nich zarzutów. Natomiast zaznaczył, że analiza dotychczasowych obwieszczeń pozwala stwierdzić, że stanowią one bardzo drobiazgowy opis kolejnych czynności wykonywanych przez lekarzy, który został sformułowany w oparciu na wiedzy merytorycznej, „celem jeśli nie wykluczenia, to co najmniej zminimalizowania pomyłek przy przeprowadzaniu wszystkich «stwierdzeń» i «wykluczeń» oraz celem właściwego wykonania prób oraz w uzasadnionych wypadkach badań instrumentalnych”. W opinii projektodawcy użycie bowiem w obwieszczeniu wyrazów „wytyczne”, „wskazówki” i „uwagi” oznacza, że nie będzie miało ono waloru normatywnego.

Natomiast w opinii Przewodniczącego Rady Legislacyjnej przy Prezesie Rady Ministrów, prof. dr. hab. Mirosława Steca z 8 lipca 2016 r. (znak:

RL-0302-21/16)²¹, do której został przekazany przedmiotowy projekt, użycie takich wyrazów nie przesądza jeszcze o tym, że obwieszczenie nie posiada waloru normatywnego, tym bardziej w przypadku, gdy mamy do czynienia z przepisem zobowiązującym osoby stwierdzające śmierć mózgu do czynienia tego z uwzględnieniem kryteriów ogłoszonych przez ministra właściwego do spraw zdrowia – wówczas argumentacja projektodawcy wydaje się niewystarczająca. W opinii tej wskazano, że o tym, czy dany akt zawiera treści normatywne, nie decyduje bowiem intencja projektodawcy, ale fakt, czy zawiera on „wypowiedzi organu władzy publicznej, z których wynikają nakazy lub zakazy adresowane do jakiegoś kręgu podmiotów prawa, mające charakter generalny i abstrakcyjny”, które niekoniecznie muszą wynikać z danego aktu, ale z ustawy, w której adresaci danego unormowania zostaną zobowiązani do zachowań zgodnych z danym aktem. Jako przykład takiego przepisu podano natomiast art. 9 ust. 4 ustawy transplantacyjnej z 2005 r., w pierwotnej wersji, zgodnie z którym trwale nieodwracalne ustanie czynności mózgu stwierdzała jednomyślnie komisja, na podstawie kryteriów, o których mowa w ust. 3 (tj. ogłoszonych w obwieszczeniu), ustalonych przez powołanych przez ministra właściwego do spraw zdrowia specjalistów odpowiednich dziedzin medycyny (ust. 2), co budziło poważne wątpliwości ze względu na fakt, że uregulowania te *de facto* przewidywały „[...] ustalenie wiążących lekarzy reguł przez podmiot nieposiadający konstytucyjnego upoważnienia do stanowienia tego typu reguł zachowania (art. 9 ust. 2) oraz wprowadzenia ich w życie w formie obwieszczenia (art. 9 ust. 4)”.

W przedmiotowej opinii wskazano, że ten sam problem generował projektowany art. 43a ust. 1 u.z.l., zgodnie z którym stwierdzenie śmierci mózgu miało następować w sposób i na podstawie aktualnej wiedzy medycznej, **z uwzględnieniem** kryteriów, o których mowa w ust. 2 (tj. ogłoszonych w obwieszczeniu), określonych przez specjalistów z odpowiednich dziedzin medycyny powoływanych i odwoływanych przez ministra właściwego do spraw zdrowia: „Tak brzmiące przepisy mogą stać się przedmiotem kontrowersji i ew. ingerencji Trybunału Konstytucyjnego, jako upoważniające podmiot niebędący konstytucyjnym organem władzy publicznej do ustanawiania reguł postępowania mających obowiązywać bezwzględnie pewną grupę społeczną (lekarzy) podczas wykonywania czynności zawodowych”. W ocenie

21 Projekt opinii w tej sprawie został przygotowany przez prof. dr. hab. D.R. Kijowskiego.

Przewodniczącego Rady Legislacyjnej w projektowanej ustawie należało zatem jednoznacznie przesądzić, że „specjaliści z odpowiednich dziedzin medycyny, powoływani i odwoływani przez ministra” będą nie „określać sposób i kryteria stwierdzenia śmierci mózgu”, lecz „ustalać aktualny stan wiedzy medycznej” w tym zakresie – zastosowanie takiego zabiegu pozwoli bowiem na uznanie, że obwieszczenie będzie mogło być oceniane jako „oświadczenie wiedzy, a nie oświadczenie woli”.

W trakcie uzgodnień przedmiotowego projektu zastrzeżenia zgłosiła również K.B. Kozłowska, ówczesna Rzecznik Praw Pacjenta, która w piśmie z 4 lipca 2016 r. (znak: Rz.PP.ZPR.400.28.2016.MPO) podniosła, że rozwiązanie zaproponowane w projektowanym art. 43a ust. 2 u.z.l., w zakresie, w jakim upoważnia ministra właściwego do spraw zdrowia do uregulowania w drodze obwieszczenia sposobu stwierdzenia śmierci mózgu, budzi wątpliwości w kontekście art. 87 ust. 1 Konstytucji, ze względu na fakt, że regulacja ta odnosi się wprost do praw konstytucyjnych obywatela, prawa do życia oraz prawa do ochrony zdrowia.

Takich zastrzeżeń nie podzielono natomiast w dwóch opiniach sporządzonych przez Biuro Analiz Sejmowych z 6 lutego 2017 r. na etapie prac parlamentarnych nad rządowym projektem ustawy o zmianie ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentysty oraz ustawy o pobieraniu, przechowywaniu i przeszczepianiu komórek, tkanek i narządów (Sejm VIII kadencji, druk nr 1212)²². W opinii prawnej dr A. Karczmarek podkreślił, że projekt ustawy nie wprowadza w zasadzie nowych rozwiązań prawnych, jeżeli chodzi o bieżący model uregulowania problematyki stwierdzania śmierci mózgu, a przeniesienie tej regulacji z ustawy transplantacyjnej z 2005 r. do ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentysty nie będzie prowadziło do istotnej modyfikacji norm prawnych obowiązujących w systemie prawa. Autor opinii co prawda wskazuje na wniosek Rzecznika Praw Obywatelskich skierowany do Trybunału Konstytucyjnego, ale nie podziela zastrzeżeń w nim podniesionych. Podkreśla on, że jego zdaniem zaskarżony art. 9 ust. 3 ustawy transplantacyjnej z 2005 r., w pierwotnej wersji, nie jest niezgodny z Konstytucją, tym samym takiej niezgodności nie widzi również w przypadku projektowanego art. 43a ust. 3 u.z.l. ze względu na fakt, że obwieszczenie, w zakresie, w jakim ogłasza sposób stwierdzenia śmierci mózgu, „[...] ma jedynie charakter in-

22 Zob. <https://www.sejm.gov.pl/sejm8.nsf/PrzebiegProc.xsp?id=3E65C271FBFDD3F8C12580AB0058FF8F> (dostęp: 3 września 2022 r.).

formacyjny, porządkujący i nie zwalnia lekarzy z aktualizacji swojej wiedzy dotyczącej diagnostyki śmierci mózgu [...]”. Zdaniem autora tej opinii obowiązki aktualizacji wiedzy przez lekarza wynika z art. 4 u.z.l. i znajduje swoje potwierdzenie w art. 4 Kodeksu etyki lekarskiej, który nakazuje lekarzom działanie zgodnie ze współczesną wiedzą medyczną. Natomiast uregulowanie sposobu stwierdzenia śmierci mózgu „[...] poprzez zastosowanie instrumentu prawa miękkiego ma na celu zapewnienie możliwości zastosowania się do dynamicznego rozwoju nauk medycznych”.

Ostatecznie przedmiotowa nowelizacja została uchwalona 24 lutego 2017 r. i weszła w życie z dniem 27 kwietnia 2017 r.²³. W jej wyniku regulacje dotyczące stwierdzania trwałego nieodwracalnego ustania czynności mózgu zostały przeniesione z ustawy transplantacyjnej z 2005 r. do art. 43a u.z.l. Natomiast w art. 9 ustawy transplantacyjnej z 2005 r. nadano nowe brzmienie ust. 6, wskazując w nim, że w postępowaniu obejmującym pobieranie i przeszczepianie komórek, tkanek lub narządów od osoby zmarłej nie mogą brać udziału lekarze, o których mowa w art. 43a ust. 5 u.z.l., którzy stwierdzili u tej osoby śmierć mózgu.

W związku z powyższym Trybunał Konstytucyjny, po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym wniosku Rzecznika Praw Obywatelskich, post. z dnia 5 lipca 2017 r., (K 42/15, OTK-A 2017/53), umorzył postępowanie na podstawie art. 59 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 30 listopada 2016 r. o organizacji i trybie postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym (Dz. U. poz. 2072) ze względu na fakt, że akt normatywny w zakwestionowanym zakresie utracił moc obowiązującą przed wydaniem orzeczenia.

5. Ustawa o zawodach lekarza i lekarza dentysty

Na podstawie art. 3 nowelizacji z dnia 24 lutego 2017 r. zachowano możliwość stosowania dotychczasowych kryteriów i sposobu stwierdzenia śmierci mózgu ogłoszonych na podstawie art. 9 ust. 3 ustawy transplantacyjnej z 2005 r., w pierwotnej wersji, do czasu ogłoszenia nowego sposobu i kryteriów stwierdzenia śmierci mózgu na podstawie art. 43a ust. 3 u.z.l.

23 Ustawa z dnia 24 lutego 2017 r. o zmianie ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentysty oraz ustawy o pobieraniu, przechowywaniu i przeszczepianiu komórek, tkanek i narządów (Dz. U. poz. 767); dalej: nowelizacja z dnia 24 lutego 2017 r.

Zgodnie z obowiązującym art. 43a ust. 1 u.z.l. stwierdzenie śmierci mózgu następuje po przeprowadzeniu przez specjalistów, o których mowa w ust. 5, postępowania zgodnego z aktualną wiedzą medyczną, z uwzględnieniem sposobu i kryteriów, o których mowa w ust. 3. Przy czym w art. 43a u.z.l. wskazano, że:

- 1) sposób i kryteria stwierdzenia śmierci mózgu są ustalane zgodnie z aktualną wiedzą medyczną przez specjalistów w odpowiednich dziedzinach medycyny powoływanych i odwoływanych przez ministra właściwego do spraw zdrowia (ust. 2);
- 2) minister właściwy do spraw zdrowia ogłasza, w drodze obwieszczenia, w Dzienniku Urzędowym Rzeczypospolitej Polskiej „Monitor Polski”, sposób i kryteria stwierdzenia śmierci mózgu (ust. 3);
- 3) minister właściwy do spraw zdrowia, nie rzadziej niż raz na 5 lat, powierza specjalistom w odpowiednich dziedzinach medycyny powoływanym i odwoływanym przez tego ministra dokonanie oceny zgodności sposobu i kryteriów z aktualną wiedzą medyczną (ust. 4);
- 4) śmierć mózgu stwierdza jednomyślnie dwóch lekarzy specjalistów posiadających II stopień specjalizacji lub tytuł specjalisty, w tym jeden specjalista w dziedzinie anestezjologii i intensywnej terapii lub neonatologii, a drugi w dziedzinie neurologii, neurologii dziecięcej lub neurochirurgii (ust. 5);
- 5) stwierdzenie śmierci mózgu jest równoznaczne ze stwierdzeniem zgonu (ust. 7).

W kontekście przedstawionej regulacji należy zauważyć, że projektodawca podjął jednak próbę uwzględnienia zastrzeżeń podniesionych przez Przewodniczącego Rady Legislacyjnej, zgłoszonych na etapie projektowania przedmiotowych przepisów, a dotyczących art. 43a ust. 1 u.z.l. Mianowicie, w przepisie tym przesądził, że stwierdzenie śmierci mózgu następuje po przeprowadzeniu przez określonych specjalistów **postępowania zgodnego z aktualną wiedzą medyczną**, z uwzględnieniem sposobu i kryteriów ogłoszonych przez ministra właściwego do spraw zdrowia (a nie jak proponowano na etapie projektowania przepisów: „[...] następuje w sposób i na podstawie aktualnej wiedzy medycznej, z uwzględnieniem kryteriów, o których mowa w ust. 2, określonych przez specjalistów [...]”). Przyjęcie takiego rozwiązania wydaje się bowiem niwelować podnoszone zastrzeżenia, dotyczące upoważnienia podmiotu, który nie jest organem władzy publicznej, tj. specjalistów w odpowiednich dziedzinach medycyny, do określenia reguł postępo-

wania mających bezwzględnie obowiązywać lekarzy podczas wykonywania czynności związanych ze stwierdzeniem śmierci mózgu.

W pozostałym zakresie regulacja art. 43a u.z.l., co już podkreślano, powieliła w zasadzie rozwiązanie przyjęte na gruncie ustawy transplantacyjnej z 2005 r., z wyjątkiem „składu” lekarzy stwierdzających śmierć mózgu (zmniejszenie z trzech do dwóch) oraz zobowiązania ministra właściwego do spraw zdrowia do powierzenia, nie rzadziej niż raz na 5 lat, specjalistom w odpowiednich dziedzinach medycyny powoływanym i odwoływanym przez tego ministra dokonanie oceny zgodności sposobu i kryteriów ogłoszonych w obwieszczeniu z aktualną wiedzą medyczną. Jednak na próżno doszukać się w niej jakichkolwiek kryteriów i sposobu stwierdzania śmierci mózgu, które po raz kolejny zostały uregulowane pozaustawowo.

Na podstawie nowego upoważnienia zawartego w art. 43a ust. 3 u.z.l. pierwsze obwieszczenie regulujące przedmiotowe kwestie zostało wydane 4 grudnia 2019 r. i weszło w życie z dniem 17 stycznia 2020 r.²⁴ W załączniku do przedmiotowego obwieszczenia, w części drugiej „Rozpoznanie śmierci mózgu” wskazano, że rozpoznanie śmierci mózgu opiera się na stwierdzeniu nieodwracalnej utraty jego funkcji, a postępowanie kwalifikacyjne w tym zakresie jest dwuetapowe:

- 1) etap I: stwierdzenie podstawowej arefleksji pniowej, określenie przyczyny, która doprowadziła do katastrofalnego (skrajnie ciężkiego) uszkodzenia mózgu, i przeprowadzenie obserwacji wstępnej;
- 2) etap II: dwukrotna analiza stwierdzeń i wykluczeń, dwukrotne wykonanie badań potwierdzających arefleksję pniową oraz trwałe bezdech, a w uzasadnionych przypadkach wykonanie dodatkowego badania instrumentalnego.

W części drugiej opisane zostały również wytyczne organizacyjne, wytyczne techniczne i kwalifikacyjne, a także uwagi do sposobu przeprowadzania postępowania diagnostycznego. Tak przyjęta systematyka pozwala bowiem wysnuć wniosek, że projektodawca dokonał jednak rozróżnienia rozpoznania śmierci mózgu, obejmującego 2-etapowe postępowanie diagnostyczne, od wytycznych organizacyjnych, wytycznych technicznych i kwalifikacyjnych oraz uwag dotyczących sposobu przeprowadzania

24 Obwieszczenie Ministra Zdrowia z dnia 4 grudnia 2019 r. w sprawie sposobu i kryteriów stwierdzenia trwałego nieodwracalnego ustania czynności mózgu (M.P. poz. 73).

postępowania diagnostycznego. Oznaczałoby to zatem, że rozpoznanie śmierci mózgu nie ma charakteru ani wytycznych, ani uwag, a wydaje się określać powtarzalne zachowania ludzkie, jakieś procedury, postępowanie, co może wskazywać jednak na jego normatywny walor. Tym bardziej, że sam projektodawca w części pierwszej „Założenia ogólne” załącznika do tego obwieszczenia podkreśla, że „włączenie do **procedur** stwierdzania śmierci mózgu metod instrumentalnych to cenne uzupełnienie badań klinicznych, a w niektórych przypadkach również **postępowanie** rozstrzygające o życiu lub śmierci”.

Dokonując natomiast analizy rozwiązań zawartych w części drugiej „Rozpoznanie śmierci mózgu” załącznika do przedmiotowego obwieszczenia, należy zwrócić uwagę, w szczególności na następujące kwestie:

- 1) w wytycznych organizacyjnych:
 - a) w pkt. 1 wskazano, że informacje o czasie wystąpienia podstawowej arefleksji pniowej **należy zamieścić** w dokumentacji medycznej;
 - b) w pkt. 8 wskazano, że rozpoznawanie śmierci mózgu u dzieci powinno odbywać się zgodnie z **zasadami** przedstawionymi w uwadze 5;
 - c) w pkt. 10 wskazano, że po przeanalizowaniu dokumentacji medycznej, wykonaniu dwóch serii badań klinicznych według załączonego protokołu oraz, w razie potrzeby, instrumentalnych badań potwierdzających stwierdzana jest śmierć mózgu; po stwierdzeniu śmierci mózgu lekarz 1 i lekarz 2 **wypełniają i podpisują** protokół stwierdzenia śmierci mózgu;
- 2) w uwadze 6 „Instrumentalne badania potwierdzające”:
 - a) w „Badanie EEG” wskazano, że zapis EEG **powinien być wykonany** przez osobę posiadającą dokument (licencję/certyfikat) Polskiego Towarzystwa Neurofizjologii Klinicznej oraz oceniony przez doświadczonego lekarza w interpretacji badań EEG posiadającego dokument (licencję/certyfikat) Polskiego Towarzystwa Neurofizjologii Klinicznej;
 - b) w „Słuchowe potencjały wywołane pnia mózgu (SPWPM, ABR – *auditory brainstem response*)” wskazano, że zapis SPWPM/ABR **powinien być wykonany tylko** przez określone osoby posiadające odpowiednie dokumenty, a ocena wyniku badania **musi być przeprowadzona** przez lekarza specjalistę z dziedziny neurologii lub neurologii dziecięcej lub specjalistę audiologii i foniatrii, posiadającego określone doświadczenie;

- c) w „Somatosensoryczne potencjały wywołane (SEP – *somatosensory evoked potentials*)” wskazano, że zapis SEP **powinien być wykonany** przez osobę posiadającą dokument (licencję/certyfikat) Polskiego Towarzystwa Neurofizjologii Klinicznej oraz **oceniony** przez lekarza specjalistę w dziedzinie neurologii lub neurologii dziecięcej;
- d) w „Przeznaczskowa ultrasonografia dopplerowska (TCD – *Transcranial Doppler*)” wskazano, że badanie TCD **musi przeprowadzić** lekarz o dużym doświadczeniu w zakresie określonych badań, posiadający certyfikat Sekcji Neurosonologii Polskiego Towarzystwa Neurologicznego lub po odbyciu specjalistycznego szkolenia w zakresie przeznaczskowego badania dopplerowskiego w stwierdzaniu zatrzymania krążenia mózgowego.

Wskazane powyżej przykłady rozwiązań zawartych w wytycznych organizacyjnych i uwagach dotyczących sposobu przeprowadzania postępowania diagnostycznego trudno uznać za mające walor *stricte* techniczny czy też organizacyjny. Ewidentnie są to rozwiązania posiadające charakter normatywny i powinny być uregulowane w drodze aktu prawa powszechnie obowiązującego, a nie zawarte w obwieszczeniu nieposiadającym takiego waloru. W tym zakresie trudno jest zatem podzielić argumentację przedstawioną przez projektodawcę na etapie projektowania omawianych przepisów, zgodnie z którą, „mając na względzie użyte w obwieszczeniu wyrazy takie jak: wytyczne, wskazówki i uwagi, nie można mieć wątpliwości, iż obwieszczenie nie ma (nie będzie miało) waloru normatywnego. Obwieszczenie jest bowiem nośnikiem zaleceń opracowanych przez wybitne autorytety polskiego świata medycznego [...]”. Należy bowiem ponownie podkreślić, że o tym, czy dany akt zawiera treści normatywne nie decyduje intencja projektodawcy, ale fakt, czy zawiera on wypowiedzi, z których wynikają nakazy lub zakazy adresowane do jakiegoś kręgu podmiotów, mające charakter generalny i abstrakcyjny, jak ma to miejsce w przypadku przedstawionych rozwiązań.

Mając na uwadze powyższe, można wysnuć wniosek, że zastrzeżenia podniesione przez Rzecznika Praw Obywatelskich odnośnie do upoważnienia zawartego w art. 9 ust. 3 ustawy transplantacyjnej z 2005 r., w pierwotnej wersji, zachowują swoją aktualność również w stosunku do nowego upoważnienia przewidzianego w art. 43a ust. 3 u.z.l. Jak bowiem wykazano powyżej, niektóre kwestie ujęte w przedmiotowym obwieszczeniu mają ewidentnie walor normatywny, co oznacza, że powinny być uregulowane w akcie prawa powszechnie obowiązującego określonego w art. 87 ust. 1 Konstytucji, a nie w obwieszczeniu nieposiadającym takiego charakteru.

6. Podsumowanie

Z przedstawionego stanu prawnego, zarówno obecnego, jak i historycznego, wynika, że kwestia przyjętego przez ustawodawcę rozwiązania polegającego na przekazaniu do uregulowania pozaustawowo sposobu i kryteriów stwierdzenia śmierci mózgu budziła i nadal może budzić wątpliwości w kontekście zamkniętego katalogu źródeł prawa powszechnie obowiązującego sformułowanego w art. 87 ust. 1 Konstytucji. Pomimo zastrzeżeń w tym zakresie, podnoszonych w trakcie obowiązywania tych regulacji, projektodawca po raz kolejny zdecydował, że kwestie te będą ogłoszone w obwieszczeniu ministra właściwego do spraw zdrowia. Przyjęcie takiego rozwiązania jest nieprawidłowe ze względu na fakt, że przedmiotowe obwieszczenie zawiera jednak regulacje o charakterze normatywnym, co zostało wykazane powyżej.

W środowisku prawniczym mogą pojawić się wątpliwości dotyczącego tego, na jakim poziomie formalności powinno się uregulować te kwestie, czy właściwa w tym zakresie jest jedynie ustawa, czy też można je określić na poziomie rozporządzenia. Prawidłowe w tym przypadku jest przyjęcie rozwiązania polegającego na określeniu w przepisach ustawowych choćby ramowo regulacji związanych ze sposobem i kryteriami stwierdzenia śmierci mózgu i ich uszczegółowienie w drodze rozporządzenia, będącego również aktem prawa powszechnie obowiązującego.

Należy zauważyć, że w przypadku przyjęcia zaproponowanego rozwiązania problematyczna nie wydaje się również kwestia ewentualnych zmian przepisów, co być może budzi obawy po stronie projektodawcy. Mianowicie, mając na uwadze intensywność ogłaszania przez ministra właściwego do spraw zdrowia najpierw komunikatów, a następnie obwieszczeń, a także przepis art. 43a ust. 4 u.z.l., na podstawie którego minister, nie rzadziej niż raz na 5 lat, powierza specjalistom w odpowiednich dziedzinach medycyny dokonanie oceny zgodności sposobu i kryteriów śmierci mózgu z aktualną wiedzą medyczną, nie wydaje się, aby problemem było przeprowadzenie procesu legislacyjnego ustawy czy rozporządzenia.

Karina Parśniak

SUMMARY

Regulations regarding the method and criteria for determining brain death in Polish law

The subject of this article is to present the method adopted by the legislator to regulate issues related to the criteria and the method of determining permanent irreversible cessation of brain activity, referred to as „brain death”, in Polish law both on the basis of current and previous solutions. These issues are currently included in the announcement of the minister competent for health, issued pursuant to art. 43a paragraph 3 of the Medical Profession Act, which, in turn, raises doubts in the context of the closed catalogue of sources of universally binding law formulated in art. 87 paragraph 1 of the Polish Constitution, in which this „announcement” was not mentioned. This solution is analogous to the structure adopted in the previous legal state under art. 9 paragraph 3 of the Transplant Act from 2005, in the original version, which provision the Patient Ombudsman appealed to the Constitutional Tribunal. This article will also attempt to indicate how the criteria and methods of determining brain death should be regulated, taking into account art. 87 paragraph 1 of the Polish Constitution, as well as what degree of detail should be adopted in this respect.

Karina Parśniak, chief legislator in the Department of Social Law and Infrastructure at the Government Legislation Center. She has been dealing with medical law since 2014. She completed the legislative application in 2015. Member of the Polish Legislation Society. Lecturer on regulatory impact assessment on the legislative application in the 2021/2022 edition. She has gained her professional experience so far in the Office of the Government Plenipotentiary for Persons with Disabilities and in the Legal Department of the Ministry of Family, Labor and Social Policy; has no ORCID.

Gniewomir Wycichowski-Kuchta, mgr prawa, absolwent Kolegium Międzydziedzinowych Indywidualnych Studiów Humanistycznych i Społecznych Uniwersytetu Warszawskiego. Doktorant w Szkole Doktorskiej Nauk Społecznych Uniwersytetu Warszawskiego. Członek Polskiego Towarzystwa Legislacji, Międzynarodowego Stowarzyszenia Filozofii Prawa i Filozofii Społecznej (IVR, Sekcja Polska) oraz ICON•S: The International Society of Public Law. Pracuje jako młodszy legislator w Departamencie Prawa Konstytucyjnego i Administracyjnego Rządowego Centrum Legislacji; ORCID: 0000-0001-6390-4902.

ARTYKUŁY

Rozporządzenia nienormatywne na tle konstytucyjnego systemu źródeł prawa

Gniewomir Wycichowski-Kuchta

1. Wstęp

Rok 25-lecia uchwalenia obowiązującej Konstytucji¹ jest doskonałym momentem do refleksji zarówno nad kształtem jej przepisów, jak i praktyką, którą ustawa zasadnicza obrosła – wspomnieć wystarczy, iż i pierwsza polska Konstytucja z 3 maja 1791 r.², i Konstytucja z 17 marca 1921 r.³ po takim właśnie okresie nakaływały dokonanie rewizji. Spoglądając wstecz na Konstytucję z 1997 r., nie można nie zauważyć, jak w wielu obszarach przeobraziła ona polski system prawny. Tego rodzaju zmianą było m.in. wprowadzenie zupełnie nowej koncepcji⁴ źródeł prawa. Została ona oceniona przez rodzimą doktrynę pozytywnie⁵, w tym także jako

-
- 1 Ustawa z dnia 2 kwietnia 1997 r. – Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej (Dz. U. Nr 78, poz. 483 z późn. zm.); dalej: Konstytucja.
 - 2 Ustawa Rządowa z dnia 3 maja 1791 r., http://agad.gov.pl/wp-content/uploads/2018/12/Konstytucja-3-maja_PL-v5.pdf (dostęp: 14 kwietnia 2022 r.).
 - 3 Zob. art. 125 ustawy z dnia 17 marca 1921 r. – Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej (Dz. U. poz. 267).
 - 4 Koncepcja oznacza w tym wypadku nie tylko inną formę redakcji przepisów tekstu konstytucyjnego, lecz także metody interpretacji, w tym ujmowania relacji poszczególnych regulacji jako części określonej całości. Alternatywność koncepcji obecnego systemu źródeł prawa wobec poprzednich rozwiązań ustrojowych jest bez wątpienia świadoma i zmierzona – zob. S. Wronkowska, *Propozycje w sprawie zasad konstrukcji systemu prawnego w nowej Konstytucji PRL* [w:] *System źródeł prawa – stan obecny i wnioski*, red. J. Mazur, Warszawa 1988, s. 55–61. W innym miejscu podejście to nazywa się normatywną koncepcją źródeł prawa – zob. S. Wronkowska, Z. Ziemiński, *Zarys teorii prawa*, Poznań 2001, s. 141–142.
 - 5 Zob. K. Działocha, „Zamknięcie” systemu źródeł prawa w Konstytucji RP [w:] *W kręgu zagadnień konstytucyjnych. Profesorowi Eugeniuszowi Zwierzchowskiemu w darze*, red. M. Kudej, Katowice 1999; A. Bałaban, *Czy Konstytucja dotyczy przepisów administracyjnych?*, „Państwo i Prawo” 1998, nr 5, s. 95–97; A. Gwiżdż, *Kilka uwag o tworzeniu prawa pod rządami nowej Konstytucji*, „Gdańskie Studia Prawnicze” 1998, t. 3, s. 102.

zrealizowanie postulatów podnoszonych w czasie tworzenia Konstytucji⁶. Postęp w zakresie systemu źródeł prawa, który dokonał się na gruncie obecnej Konstytucji poprzez dostosowanie go do standardów demokratycznego państwa prawa, nie oznacza jednak podejścia bezkrytycznego. Na pewne dysfunkcje i niedociągnięcia związane z wprowadzonymi regulacjami wskazywały zarówno Trybunał Konstytucyjny⁷, jak i doktryna⁸. Niniejszy tekst odnosi się do zauważalnej niespójności w ramach systemu źródeł prawa, która ujawniła się po przyjęciu obowiązującej Konstytucji i powraca co jakiś czas w różnych iteracjach – problemu tzw. rozporządzeń nienormatywnych. Są to akty prawne oznaczone rodzajowo jako „rozporządzenie”, które nie posiadają jednak cech aktu normatywnego. W efekcie, pomimo zbieżności nazw rozporządzeń nienormatywnych z aktami, o których mowa w art. 87 ust. 1 oraz art. 92 ust. 1 Konstytucji, są one czymś innym niż powszechnie obowiązujące źródła praw i obowiązków. Wyodrębnienie tego rodzaju rozporządzeń nienormatywnych jest właściwie niekontrowersyjne⁹. Trybunał Konstytucyjny nazywa je hybrydą pomiędzy aktem stanowienia prawa a jego stosowania¹⁰. Komentatorzy omawiający kwestię rozporządzeń nienormatywnych koncentrowali się głównie na tematyce związanej z kognicją Trybunału Konstytucyjnego w zakresie ich kontroli bądź też próbowali formułować kryteria normatywności na podstawie dorobku teorii prawa lub orzecznictwa Trybunału¹¹.

6 Zob. S. Wronkowska, *Propozycje w sprawie...*, s. 57–58; W. Skrzydło, *System źródeł prawa w projekcie Konstytucji RP*, „Annales UMCS” 1997, nr 1, s. 113 i n.; E. Ochendowski, *Rozporządzenie jako źródło prawa*, „Annales UMCS” 1993, nr 1, s. 146; P. Winczorek, *Źródła prawa w projekcie Konstytucji Komisji Konstytucyjnej Zgromadzenia Narodowego*, „Przegląd Legislacyjny” 1996, z. 4, s. 20–21; S. Wronkowska, *Źródła prawa w projekcie Konstytucji Komisji Konstytucyjnej Zgromadzenia Narodowego*, „Przegląd Legislacyjny” 1996, nr 4, s. 39.

7 Zob. wyr. TK z dnia 28 czerwca 2000 r., (K 25/99, Legalis nr 47998); zob. również zdanie odrębne sędziego L. Garlickiego do wyr. TK z dnia 1 grudnia 1998 r., (K 21/98, Legalis nr 10463).

8 Zob. M. Kulesza, „Źródła prawa” i przepisy administracyjne w świetle nowej Konstytucji, „Państwo i Prawo” 1998, nr 2, s. 12 i n.; S. Wronkowska, *Koncepcja źródeł prawa*, „Rzeczpospolita” 1998, nr 175, s. 15; S. Wronkowska, *Tezy referatu (Zamknięty system źródeł prawa w praktyce oraz dostosowanie prawa do wymogów Konstytucji RP)* [w:] *Konstytucja RP w praktyce*, oprac. Biuro Rzecznika Prawa Obywatelskich, Warszawa 1999, s. 57; P. Tuleja, *Głos w dyskusji* [w:] *Źródła prawa administracyjnego. Konferencja z okazji 100. rocznicy urodzin Profesora Jerzego Stefana Langroda*. Uniwersytet Jagielloński – 23 kwietnia 2004 r., red. J. Zimmermann, P. Dobosz, Kraków 2005, s. 158–160.

9 Zob. L. Garlicki, *Polskie prawo konstytucyjne. Zarys wykładu*, Warszawa 2018, s. 156; M. Wiącek, *Uwagi do art. 92 [w:] Konstytucja RP. Tom II. Komentarz do art. 87–243*, red. L. Bosek, M. Safjan, Warszawa 2016, nb. 20, s. 176–177.

10 Zob. post. TK z dnia 12 maja 2009 r., (S 3/09, Legalis nr 157683).

11 Zob. B. Skwara, *Problem normatywności rozporządzeń w świetle orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego*, „Przegląd Legislacyjny” 2007, nr 1, s. 63–74; B. Skwara, *Rozporządzenie jako akt wykonawczy do ustawy w polskim prawie konstytucyjnym*, Warszawa 2010,

W niniejszym tekście podjęta zostanie próba uporządkowania i usystematyzowania wiedzy na temat rozporządzeń nienormatywnych oraz konsekwencji systemowych wynikających z wyróżnienia tej kategorii aktów prawnych. Obecnie łatwo zauważyć dysonans między doktryną postulującą traktowanie ich jako jednorazowe akty stosowania prawa a orzecznictwem i praktyką, które rozporządzenia nienormatywne traktują jak gdyby były rozporządzeniami normatywnymi, o których mowa w art. 87 ust. 1 oraz art. 92 ust. 1 Konstytucji (choć nie zawsze jednolicie i konsekwentnie). Dlatego też niezbędna jest refleksja nad charakterem prawnym tych rozporządzeń oraz ich relacją do koncepcji systemu źródeł prawa.

2. Normatywność aktu prawnego

Rozważania na temat rozporządzeń nienormatywnych rozpocząć należy od wskazania różnicy pomiędzy aktami normatywnymi a aktami nienormatywnymi. Pojęcie aktu normatywnego jest jednym z najbardziej kontrowersyjnych w języku prawniczym – na problemy z jego definicją doktryna wskazuje już od przeszło 60 lat¹², aż po dziś dzień¹³. W obecnym stanie prawnym, po wejściu w życie Konstytucji z 1997 r., brak jest definicji aktu normatywnego, choć zarówno sama Konstytucja, jak i inne akty prawne (przede wszystkim ustawa o ogłaszaniu aktów normatywnych i niektórych innych aktów prawnych¹⁴ oraz ustawa o organizacji i trybie postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym¹⁵)

s. 94–114; G. Kosiorowski, *Normatywny charakter aktu prawnego w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego*, „Państwo i Prawo” 2010, nr 9, s. 32–46; S. Wronkowska, *Model rozporządzenia jako aktu wykonawczego do ustaw w świetle Konstytucji i praktyki* [w:] *Konstytucyjny system źródeł prawa w praktyce*, red. A. Szmyt, Warszawa 2005, s. 89; S. Wronkowska, *Tezy...*, s. 58; M. Wiącek, *Kontrola konstytucyjności rozporządzeń dotyczących zmian w podziale terytorialnym państwa*, „Samorząd Terytorialny” 2021, nr 4, s. 90–96; M. Gubała, *Charakter normatywny rozporządzenia Rady Ministrów zmieniającego granice gminy*, „Samorząd Terytorialny” 2020, nr 1–2, s. 151–159; B. Dolnicki, *Indywidualny akt normatywny*, „Przegląd Prawa Publicznego” 2017, nr 6, s. 56–64.

12 Zob. J. Wróblewski, *Norma generalna i norma indywidualna*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Łódzkiego. Nauki Humanistyczno-Społeczne” 1962, z. 23, s. 3.

13 Zob. G. Kosiorowski, *op. cit.*, s. 34.

14 Ustawa z dnia 20 lipca 2000 r. o ogłaszaniu aktów normatywnych i niektórych innych aktów prawnych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1461).

15 Ustawa z dnia 30 listopada 2016 r. o organizacji i trybie postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym (Dz. U. z 2019 r. poz. 2393).

posługują się tym terminem wielokrotnie. W kontekście tym należy wziąć pod uwagę § 11 *Zasad techniki prawodawczej*¹⁶, który wskazuje, że w ustawie (oraz w innych aktach normatywnych na mocy odpowiedniego stosowania) nie zamieszcza się wypowiedzi, które nie służą wyrażaniu norm prawnych. Przepis ten więc wyklucza zamieszczanie w akcie normatywnym m.in. wypowiedzi, które nie zawierają reguł postępowania lub konstruujących normy o charakterze indywidualnym bądź konkretnym¹⁷. Z kolei Sławomira Wronkowska w swojej analizie pojęcia „akt normatywny” uzupełnia kontekst konstytucyjny o znaczenie pojęcia aktu normatywnego wykorzystywane w teorii prawa, stwierdzając, że akt normatywny to wytwór aktu stanowienia prawa, który składa się na aktualny tekst prawny, jednakże obowiązujące mogą być tylko normy prawne z tego aktu dekodowane¹⁸. Podejście to, zdaniem Trybunału Konstytucyjnego, odpowiada ujęciu konstytucyjnemu i ustawowemu¹⁹.

W efekcie *differentia specifica* aktów normatywnych jest pojęcie normy prawnej. W pełni aktualne pozostaje więc stwierdzenie Kazimierza Działocha, który podsumowując podejście nauki i orzecznictwa, stwierdził, że „akt normatywny [...] to akt ustanawiający obowiązujące normy postępowania o charakterze ogólnym, ściślej abstrakcyjnym i generalnym, a więc normy prawne”²⁰. Omówienia wymagają cechy „abstrakcyjności” i „generalności”. Pojęcia te w polskiej doktrynie prawnej były szczególnie istotne dla poznańskiej szkoły teorii prawa, zgodnie z którą norma prawna jest normą postępowania, tj. wyrażeniem, które określonym podmiotom (adresatom tej normy) nakazuje określone zachowanie w określonych okolicznościach albo zakazuje ich²¹. Adresat oraz nakazane (lub zakazane) zachowanie mogą być ujęte różnorako, generalnie i abstrakcyjnie albo indywidualnie i konkretnie²². Podziały te mogą się krzyżować, dlatego np. możliwe jest, że norma generalnie określa adresata, a konkretnie określa powinność albo odwrotnie – indywidualnie określa adresata, a abstrakcyjnie

16 Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 20 czerwca 2002 r. w sprawie „Zasad techniki prawodawczej” (Dz. U. z 2016 r. poz. 283).

17 Zob. S. Wronkowska, M. Zieliński, *op. cit.*, s. 44; G. Wierczyński, *Redagowanie i ogłaszanie aktów normatywnych. Komentarz*, Warszawa 2016, s. 112.

18 Zob. S. Wronkowska, *O źródłach prawa i aktach normatywnych raz jeszcze* [w:] *Prawo prywatne czasu przemian. Księga pamiątkowa dedykowana Profesorowi Stanisławowi Sołtyśkiemu*, red. A. Nowicka, Poznań 2005, s. 121 i 122.

19 Zob. post. TK z dnia 7 stycznia 2016 r., (U 8/15, Legalis nr 1427840).

20 K. Działocha, *Pojęcie aktu normatywnego...*, s. 47.

21 Zob. S. Wronkowska, Z. Ziemiński, *op. cit.*, s. 25.

22 Zob. *ibidem*, s. 26.

określa czyn powinnościowy. W doktrynie w przeważającej większości uznaje się, że aby uznać daną normę za normę prawną (oprócz odpowiedniego trybu jej ustanowienia), musi zachodzić koniunkcja między cechą abstrakcyjności i generalności²³. Podejście to uznać należy za właściwe, gdyż stawia wyraźne granice między normami prawnymi a konsekwencjami tych norm, które są efektem subsumpcji. Rozróżnienie to, jak słusznie wskazuje Zygmunt Ziemiński, ma charakter rudymenarny: „sposób dookreślenia generalnego oraz abstrakcyjnego charakteru norm dookreślać będzie, obok innych kryteriów, rozstrzygnięcia, co ma być, a co nie ma być uważane za «normę prawną», a co za jakąś «konsekwencję normy prawnej» w postaci normy indywidualnej i konkretnej dotyczącej poszczególnego przypadku”²⁴. Jak się wydaje, istotną konsekwencją abstrakcyjności danej normy prawnej jest fakt, iż może ona stanowić powtarzalny wzór zachowania (co wynika z tego, że jest ona normą postępowania). Trafnie wskazuje na to Grzegorz Kosiorowski, przytaczając łacińską paremię *ex his quae forte uno aliquo casu accidere possunt, iura non constituuntur* (praw nie stanowi się dla przypadków, które mogą zdarzyć się tylko raz)²⁵.

Jeśli na podstawie przepisów zawartych w danym akcie nie można dokonać w drodze wykładni rekonstrukcji norm abstrakcyjnych i generalnych, wówczas jest „konsekwencją normy prawnej”, a więc *de facto* aktem stosowania prawa. W tym sensie przepis upoważniający do wydania aktu nienormatywnego nie przyznaje organowi władzy publicznej kompetencji normodawczej, która uprawnia do ustanowienia, zmiany lub derogacji generalnej i abstrakcyjnej reguły postępowania (innej normy prawnej), lecz jest to norma aktualizująca obowiązki tego organu (lub organów) do dokonania czynności konwencjonalnej w określonej postaci (np. wydania aktu stosowania prawa)²⁶. Z. Ziemiński przedstawił rozróżnienie między faktem prawotwórczym (względnie uchylającym normę prawną) a faktem aktualizującym (względnie dezaktualizującym) czyjeś obowiązki wyznaczone przez obowiązującą normę prawną²⁷. Jak wskazuje się w doktrynie, fakty aktualizujące sta-

23 Zob. B. Skwara, *Rozporządzenie...*, s. 95 i cytowana tam literatura.

24 Z. Ziemiński, „Akt normatywny” czy „akt prawotwórczy”, *„Państwo i Prawo”* 1993, nr 11–12, s. 98.

25 Zob. G. Kosiorowski, *op. cit.*, s. 37.

26 Zob. szerzej M. Matczak, *Kompetencja organu administracji publicznej*, Kraków 2004 oraz *idem*, *Kompetencja* [w:] *Instytucje prawa administracyjnego. System Prawa Administracyjnego. Tom 1*, red. R. Hausner, A. Wróbel, Z. Niewiadomski, Warszawa 2015.

27 Zob. Z. Ziemiński, *Kompetencja i norma kompetencyjna*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1969, nr 31, s. 29.

nowią: „[...] element zakresu zastosowania normy postępowania adresowanej do innego podmiotu (np. złożenie wniosku o wszczęcie postępowania powoduje, że zachodzą okoliczności, w których organ administracji jest zobowiązany – ze względu na normę wcześniej już ustanowioną – podjąć odpowiednie czynności)”²⁸. Przepis ten więc i dekodowana z niego norma (normy) określają zdarzenia prawne aktualizujące różnego rodzaju obowiązki działania organów władzy publicznej. W podobnym duchu S. Wronkowska dostrzega podobieństwo pomiędzy tzw. metaprzepisami²⁹ a aktami nienormatywnymi, wskazując, że zarówno metaprzepisy, jak i normy konkretne oraz indywidualne nie wysławiają reguł postępowania – są jedynie substratem pewnych szczególnie doniosłych aktów konwencjonalnych, które w momencie ich dokonania konsumują się³⁰.

Na podejściu wiążącym akt normatywny z generalnością i abstrakcyjnością wywodzonych z niego norm oparł swoją linię orzeczniczą Trybunał Konstytucyjny, określając je jako doktrynę „materialnej normatywności”. Opisano ją wyczerpująco w wielu innych miejscach³¹, dlatego w niniejszym opracowaniu zostanie ona jedynie krótko zrekapitulowana. Trybunał stosuje ją w przypadku ustalania własnej kognicji w oparciu na wykładni art. 188 pkt 3 Konstytucji. Jeszcze w okresie przed obowiązywaniem obecnej Konstytucji, w jednym z pierwszych swoich orzeczeń³² Trybunał Konstytucyjny przyjął, że akt normatywny jest aktem ustanawiającym normy prawne o charakterze generalnym i abstrakcyjnym, z uwzględnieniem jednak kryterium funkcjonalnego, które polega na uznaniu za akt normatywny takiego aktu, którego wykonanie może wywoływać w określonej sytuacji instytucjonalnej takie same skutki jak akt normatywny, np. wpływać w jakiś sposób na

28 M. Matczak, *Kompetencja organu...*, s. 143; M. Matczak, *Kompetencja...*, s. 462.

29 Pojęcie metaprzepisu trafnie scharakteryzował G. Wierczyński w kontekście „aktów niesamodzielnych”, tj. takich aktów: „[...] które składają się jedynie z metaprzepisów, takich jak przepisy zmieniające, uchylające, wyrażające zgodę na ratyfikację oraz przepisy o wejściu w życie. Mają one charakter jednorazowy w tym sensie, że po wywołaniu określonego skutku prawnego, który w przypadku przepisów zmieniających i uchylających następuje wraz z ich wejściem w życie, stają się bezprzedmiotowe” – *idem*, *Udostępnianie informacji jako warunek skutecznej działalności prawotwórczej*, Gdańsk 2015, s. 21.

30 Zob. S. Wronkowska, *O źródłach prawa...*, s. 129.

31 Zob. B. Skwara, *Problem...*; *idem*, *Rozporządzenie...*, s. s. 94–114; G. Kosiorowski, *op. cit.* Na gruncie stanu prawnego przed Konstytucją z 1997 r. pojęcie to omawiali: W. Gromski, *W sprawie pojmowania...*; *idem*, *W sprawie pojęcia aktu normatywnego (Uwagi na tle glos do orzeczenie TK z 19 VI 1992, U 6/92)*, „Państwo i Prawo” 1993, nr 9, s. 80–84; K. Działocha, *Pojęcie aktu...*

32 Zob. orzeczn. TK z dnia 7 czerwca 1989 r., (U 15/88, Legalis nr 10041).

prawa i obowiązki obywateli³³. Trybunał podtrzymuje tę linię po dziś dzień, co potwierdza postanowienie U 1/17, w którym dokonano podsumowania „stałych elementów rozstrzygania o normatywności aktu prawnego”, do których Trybunał zalicza: „1) decydujące znaczenie treści, a nie formy aktu jako kryterium oceny jego normatywności (definicja materialna), 2) konkretny charakter tego rodzaju oceny, biorącej pod uwagę także systemowe powiązania danego aktu z innymi aktami systemu prawnego uznawanymi niewątpliwie za normatywne, 3) przyjęcie, że wątpliwości co do normatywnego charakteru niektórych aktów prawnych wydają się nieodłączną cechą systemu prawnego”³⁴. Co więcej, Trybunał stwierdza, że dla uznania aktu za akt normatywny wystarczające jest, jeśli w danym akcie odnajduje się jakąkolwiek treść normatywną³⁵ – wydaje się więc, że będzie to sytuacja, w której przepisy danego aktu służą zdekodowaniu jakiejkolwiek normy prawnej (generalnej i abstrakcyjnej), która może stanowić podstawę innych, dalszych relevantnych prawnie decyzji. Przykładowo, w wyroku P 9/01³⁶ Trybunał uznał normatywność pouczeń dotyczących sposobu wypełniania formularza sprzeciwu od nakazu zapłaty w postępowaniu upominawczym. Normatywność tych pouczeń została wyprowadzona przez odwołanie się do koncepcji norm sprzężonych³⁷, przez co same w sobie postanowienia nienormatywne (wzór pouczenia) stają się składową generalnej i abstrakcyjnej normy postępowania (wniesienie sprzeciwu od nakazu zapłaty). W orzecznictwie trybunalskim wykorzystywano też pojęcie „złożonej normy prawnej”³⁸, co wydaje się trafniejsze, jako że nienormatywna część składowa nie jest normą *per se*, lecz pewnym jej niesamodzielnym fragmentem.

Powyższe ustalenia, mimo silnego osadzenia zarówno w orzecznictwie Trybunału, jak i w doktrynie, wciąż budzą wątpliwości. Wynika to z faktu, że choć same kryteria wydają się na pierwszy rzut oka precyzyjne, to ich nieostrość, szczególnie z uwzględnieniem kryterium funkcjonalnego, prowadzi do arbitralności w stwierdzaniu przynależności danego aktu do systemu źródeł

33 Zob. W. Gromski, *W sprawie pojęcia...*, s. 83.

34 Post. TK z dnia 12 marca 2020 r., (U 1/17, Legalis nr 2333570) i cytowane tam orzecznictwo.

35 Zob. *ibidem*.

36 Wyr. TK z dnia 12 marca 2002 r., (P 9/01, Legalis nr 53822).

37 W sprawie teorii norm sprzężonych zob. J. Lande, *Nauka o normie prawnej*, „Annales UMCS” 1956, nr III, s. 1–62 oraz W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie prawo karne. Część ogólna*, Kraków 2013, s. 106–117.

38 Wyr. TK z dnia 23 kwietnia 2008 r., (SK 16/07, Legalis nr 97130).

prawa, który zgodnie z Konstytucją powinien być zamknięty i stabilny. Dotyczy to w szczególności orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego, które często bywa niejednolite w zakresie normatywności danego aktu³⁹. Analiza stosowania tych kryteriów przez Trybunał prowadzi G. Kosiorowskiego do wniosku, że „kategoria normatywności okazuje się w praktyce konstytucyjnej kryterium na tyle płynnym i dyskrejonalnym, że właściwie uniemożliwia podejmowanie bezspornych i przekonujących decyzji o (nie)normatywności aktu”⁴⁰. Podobnie B. Skwara niezwykle trafnie i przekonująco wskazuje, że „analiza każdego niemal z dotychczasowych orzeczeń Trybunału poświęconych omawianej materii dostarcza logicznych argumentów przeciw dokonanej w danej sprawie ocenie normatywności aktu noszącego nazwę «rozporządzenie»”⁴¹. Dotyczy to przede wszystkim przymiotu „generalności” adresata, jako że Trybunał często interpretuje przepisy w sposób pozwalający uzasadnić generalne określenie adresata jedynie ze względu na generalny zakres zastosowania normy, podczas gdy w warstwie językowej przepisu adresat, przynajmniej *prima facie*, jest indywidualny⁴². W świetle tych dyskusji K. Działocha proponuje uzupełnienie materialnego kryterium ustawy przez ustanowienie pomocniczego kryterium „nowości normatywnej” danego aktu prawnego, tj. stwierdzenie, że akt zawierający normy prawne to „taki akt, który wprowadza nową regulację prawną”⁴³. Jest to kryterium merytorycznie słusznie, jednak w przypadku aktów podstawowych, biorąc pod uwagę ich wykonawczy charakter, takie ujęcie problemu może nie być wystarczająco pomocne.

W związku z tym proponuje się nieco inne ujęcie i delikatną rewizję w zakresie oceny danego aktu prawnego jako normatywnego. Pozostawiając w centrum rozważań pojęcie normy prawnej jako powtarzalnego wzoru zachowania kierowanego do generalnie określonej klasy adresatów, postuluje się przeprowadzanie analizy w świetle następujących kryteriów, które być może pozwoliłyby ograniczyć obecność niejednoznacznych używanych kryteriów, a które wciąż opierałyby się na normie prawnej i jej cechach:

39 Zob. A. Feja-Paszkiewicz, *Ewolucja stanowiska Trybunału Konstytucyjnego dotyczącego jego kognicji w stosunku do rozporządzeń ustalających granice jednostek samorządu terytorialnego* [w:] *Państwo i jego instytucje. Konstytucja – sądownictwo – samorząd terytorialny*, red. R. Balicki, M. Jabłoński, Wrocław 2018, s. 394.

40 G. Kosiorowski, *op. cit.*, s. 38.

41 B. Skwara, *Rozporządzenie...*, s. 114.

42 Zob. *ibidem*, s. 105.

43 K. Działocha, *Pojęcie aktu...*, s. 53.

- 1) obowiązywalność – co polegałoby na analizie, czy dany akt konsumuje się przez sam fakt jego wydania i wejścia w życie, czy też obowiązuje w czasie (a nie tylko jego skutki), nawet jeśli jest to czas z góry określony, jak np. w przypadku przepisów epizodycznych. Jednorazowość danego aktu, jego konsumpcja w momencie wydania, przesądzałyby o nienormatywności. Kluczowe jednak jest odróżnienie obowiązywalności samego aktu od trwania w czasie jego skutków, np. akt powołania instytucji jest aktem jednorazowym, o ile nie zawiera innych norm (np. reguł pozyskiwania i wykorzystywania majątku przez daną instytucję), lecz sama instytucja, w sposób oczywisty trwa w czasie;
- 2) zakres konkretyzacji – co polegałoby na analizie, czy dany akt prawny zawiera normy, które są uszczegółowieniem normy wyższego rzędu (np. w relacji Konstytucja – ustawa lub ustawa – rozporządzenie) i mogą być podstawą dalszej konkretyzacji (podstawą prawną do subsumpcji w formie aktów stosowania prawa), czy też jest jedynie określeniem konsekwencji normy ogólniejszej (np. przesądzenia, że konkretny podmiot spełnia warunki określone w ustawie) mającej na celu wywołanie określonych skutków prawnych, które nie mogą być w dalszy sposób konkretyzowane (są w istocie rzeczy pojedynczym rozstrzygnięciem, aktem subsumpcji i nie mogą być per se podstawą dalszych rozstrzygnięć). Stwierdzenie, że dany akt określa jedynie konsekwencje dla jakiejś normy (np. w formie subsumpcji w określonym stanie faktycznym), a nie jest jej uszczegółowieniem, przesądzałoby o nienormatywności aktu.

3. Rozporządzenia nienormatywne w systemie prawa

Na tak zarysowanym tle dotyczącym pojęcia aktu normatywnego szczególnie problematycznym aktem prawnym, ze względu na swoją ustrojową pozycję jako podstawowy akt wykonawczy, jest rozporządzenie. Jak już wskazano, doktryna, również w oparciu na praktyce orzeczniczej Trybunału Konstytucyjnego, wyróżnia akty nazywane rozporządzeniami, które jednak nie są aktami normatywnymi, a więc nie są źródłami prawa. Najpełniej scharakteryzowała je S. Wronkowska, odróżniając je od „rozporządzeń klasycznych”: „tym co łączy je z rozporządzeniami «klasycznymi», jest to, że są wydawane przez podmioty konstytucyjnie upoważnione do wydawania aktów wykonawczych, stanowi się je zazwyczaj na

podstawie zawartego w ustawie oraz w procedurze przewidzianej dla aktów tego rodzaju, a nadto są ogłaszane zgodnie z postanowieniami art. 88 konstytucji [...]. Od rozporządzeń «klasycznych» różni je to, że sensem ich wydania nie jest ustanowienie norm generalnych i abstrakcyjnych, ale dokonanie jakiejś czynności konwencyjnej, innej niż derogacja czy nowelizacja. Nie mają więc one charakteru prawotwórczego w tym sensie, że nie kreują norm prawnych i nie są podstawą ich obowiązywania⁴⁴. Autorka wskazuje, że przez wydanie tego rodzaju rozporządzenia dokonuje się czynności konwencyjnej – powołania czegoś, przekształcenia, zniesienia czy też ustalenia wzoru lub formularza⁴⁵. Dokonuje ona jednak dalszej dystynkcji, dzieląc je na takie rozporządzenia nienormatywne, które nie mają związku z działalnością prawodawczą, jak wtedy, gdy dokonuje się jedynie czynności konwencyjnej mającej jednorazowy skutek, jak np. przekazanie majątku⁴⁶, od tych, które są bliższe działalności prawotwórczej, jako że norma prawotwórcza (np. wyrażona w ustawie) nie może funkcjonować bez aktu nienormatywnego, który np. ustanawia wzór jakiegoś wniosku przewidzianego przez ustawę⁴⁷. Wydaje się jednak, że rozporządzenia drugiego rodzaju („bliższe działalności prawotwórczej”) są po prostu rozporządzeniami normatywnymi (klasycznymi), co wytłumaczyć można opisanymi w tekście i zaaprobowanymi w orzecznictwie trybunalskim⁴⁸ koncepcjami: norm sprzężonych lub złożonej normy prawnej. W tym ujęciu owe rozporządzenia zyskują status normatywności przez fakt, że są niezbędną składową abstrakcyjnej i generalnej normy – np. w przypadku ustalenia wzoru jakiegoś formularza niezbędnego do złożenia wniosku uruchamiającego określoną procedurę norma będzie odczytywana jako nakazująca każdemu, kto chce złożyć określony wniosek wszczynający określoną procedurę, posłużenie się za każdym razem wskazanym w tym rozporządzeniu formularzem. Rozumowanie cytowanej autorki podąża zresztą w tym kierunku – stwierdza ona, że należy je traktować w sposób analogiczny jak rozporządzenia klasyczne, ze wszystkimi tego konsekwencjami (w tym kognicją Trybunału Konstytucyjnego)⁴⁹. Dlatego też rozporządzeniami nienormatywnymi są jedynie te, które nie zawierając żadnej normy generalnej i abstrakcyjnej (i nie będąc składową normy prawnej złożonej), służą dokonaniu

44 S. Wronkowska, *Model rozporządzenia...*, s. 89; zob. też S. Wronkowska, M. Zieliński, *Komentarz do Zasad Techniki Prawodawczej*, Warszawa 2021, s. 210.

45 Zob. *ibidem*, s. 87.

46 Zob. *ibidem*, s. 88.

47 Zob. *ibidem*, s. 88–89.

48 Zob. przepisy 49 i 51.

49 Zob. S. Wronkowska, *Model rozporządzenia...*, s. 89.

określonej czynności konwencjonalnej polegającej na zrealizowaniu (skonkretyzowaniu) normy prawnej. Są więc performatywami (a konkretnie – czynnościami ilokucyjnymi), które na mocy konwencji prawnej tworzą lub realizują pewne fakty (na płaszczyźnie normatywnej lub ontologicznej) przez samo ich wydanie⁵⁰.

W związku z tym powstaje zasadniczy problem z zaklasyfikowaniem rozporządzeń nienormatywnych na tle systemu źródeł prawa. Skoro są „rozporządzeniami”, oznacza to, że powinny być aktami normatywnymi, o których mowa w art. 87 ust. 1 i art. 92 ust. 1 Konstytucji, jednakże w doktrynie nie wypracowano jednolitego podejścia do tego zagadnienia. Pojawiają się głosy, że istnienie rozporządzeń nienormatywnych to *contradictio in terminis*, jako że Konstytucja przesądza, że rozporządzenia to grupa jednolita pod względem charakteru prawnego, i to niezależnie od tego, który organ jest upoważniony do wydania aktu, oraz niezależnie od materii w nim regulowanej⁵¹. B. Skwara stwierdza z kolei jednoznacznie, że wydanie rozporządzenia będącego materialnie aktem indywidualno-konkretnym stanowi naruszenie Konstytucji⁵². Z kolei Bogdan Dolnicki dochodzi do wniosku, że przez działalność orzeczniczą Trybunału Konstytucyjnego „(...) zrodziła się nowa prawna forma administracji publicznej – indywidualny akt normatywny”⁵³. We wszystkich tych ujęciach sygnalizuje się niespójność stosowania formy rozporządzenia do omawianych aktów z katalogiem źródeł prawa określonym w art. 87 Konstytucji.

Niemniej jednak wydaje się, że sama Konstytucja przewiduje przypadek rozporządzenia nienormatywnego. W art. 228 ust. 2 Konstytucji wskazuje się formę rozporządzenia jako właściwą dla wprowadzenia stanu nadzwyczajnego. W świetle przytoczonych wyżej kryteriów wprowadzenie stanu nadzwyczajnego jest w istocie dokonaniem czynności konwencjonalnej, na mocy której dokonują się skutki prawne określone przez akty normatywne. Samo rozporządzenie, o którym mowa w art. 228 ust. 2 Konstytucji, nie ustanawia norm prawnych, lecz przesądza o stosowaniu norm prawnych, a więc aktem normatywnym nie jest – co potwierdzają zarówno doktryna⁵⁴, jak i orzecznictwo Try-

50 O performatywach mówi się w sytuacjach, gdy „wygłoszenie wypowiedzi jest wykonaniem jakiejś czynności” – zob. J.L. Austin, *Mówienie i poznawanie*, tłum. B. Chwedończuk, Warszawa 1993, s. 555 i n.

51 Zob. M. Gubała, *Charakter normatywny...*, s. 154–155.

52 Zob. B. Skwara, *Rozporządzenie...*, s. 110; B. Skwara, *Problem...*, s. 76.

53 B. Dolnicki, *Indywidualny...*, s. 64.

54 Zob. K. Prokop, *Stany nadzwyczajne w Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997*, Białystok 2005, s. 27–28; S. Wronkowska, *Model rozporządzenia...*, s. 86–87.

bunału Konstytucyjnego⁵⁵, choć K. Działocha wskazuje, że ma ono charakter „złożony”, gdyż posiada cechy podobne do rozporządzenia, o którym mowa w art. 92 ust. 1 Konstytucji⁵⁶. Michał Brzeziński wskazuje z kolei, że ma ono charakter mieszany, jako że w związku z brzmieniem ustaw dotyczących poszczególnych stanów nadzwyczajnych jednorazowa czynność wprowadzenia stanu nadzwyczajnego na określonym obszarze połączona jest ze wskazaniem, w sposób abstrakcyjny i generalny, środków nadzwyczajnych mających na celu ograniczenie praw i wolności obywatelskich na tym obszarze⁵⁷. W obecnych realiach normatywnych trzeba przyznać M. Brzezińskiemu rację, w szczególności w związku z cytowaną już teorią „normy złożonej”, jednakże dla wysnuęcia takiego wniosku niezbędne jest, żeby rozpatrywać je łącznie z odpowiednią regulacją ustawową, gdyż analizując tylko brzmienie art. 228 ust. 2 Konstytucji, stwierdzić należy, że przepis ten mówi jedynie o wprowadzeniu stanu nadzwyczajnego rozporządzeniem, nie przesądzając, że mają zawierać się w nim ograniczenia praw i wolności. Oznacza to, że konstytucyjny model rozporządzenia wprowadzającego stan nadzwyczajny dopuszcza, iż może to być rozporządzenie nienormatywne, będące aktem stosowania prawa – wybór należy do ustawodawcy, który mógłby zdecydować, alternatywnie wobec rozwiązania, które obowiązuje obecnie, że akt ten jedynie wprowadza stan nadzwyczajny, a sztywny katalog ograniczeń praw i wolności wynikający z ustawy dla danego stanu nadzwyczajnego obowiązuje w każdym ze stanów takiego rodzaju. Konsekwencją takiego twierdzenia jest wniosek, że Konstytucja używa pojęcia rozporządzenia w dwóch znaczeniach: jako aktu normatywnego będącego źródłem prawa oraz jako aktu stosowania prawa, który polega na dokonaniu określonej czynności konwencjonalnej (wprowadzenie stanu nadzwyczajnego)⁵⁸. Potwierdza to również art. 234 Konstytucji, w którym użyto pojęcia rozporządzenia w trzecim znaczeniu – rozporządzenia Prezydenta z mocą ustawy,

55 Zob. wyr. TK z dnia 16 marca 2011 r., (K 35/08, Legalis nr 299300).

56 Zob. K. Działocha, *Komentarz do art. 228 [w:] Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. IV, red. L. Garlicki, Warszawa 2005, s. 6.

57 Zob. M. Brzeziński, *Stany nadzwyczajne w polskich konstytucjach*, Warszawa 2007, s. 187.

58 Podobnie rzecz ma się z ustawami – Konstytucja sama przewiduje dokonywanie pewnych czynności w formie ustawy, która w takim wypadku nie zawiera norm prawnych (generalnych i abstrakcyjnych) albo nie zawiera wyłącznie ich, jak np. ustawa budżetowa (art. 219 ust. 1 Konstytucji), ustawa o provizorium budżetowym (art. 219 ust. 3 Konstytucji) czy też ustawy wyrażające zgodę na ratyfikację umowy międzynarodowej (art. 89 ust. 1 i art. 90 ust. 2 Konstytucji). Różnica wynika ze specyficznej roli ustawy w polskim porządku prawnym, w szczególności w związku z zasadami jej prymatu i wyłączności, które różnicują pozycję ustrojową rozporządzenia i ustawy.

wydawanego w czasie stanu wojennego. Ustrojodawca zdecydował się w ust. 2 tego przepisu wskazać, że rozporządzenia te mają charakter źródeł powszechnie obowiązującego prawa. Skoro więc posłużył się takim sformułowaniem w odniesieniu do rozporządzeń z art. 234 ust.1 Konstytucji, odsyłając do znaczenia, jakie nadał rozporządzeniu w art. 87 ust. 1 i art. 92 ust. 1 Konstytucji (nawet mimo faktu, iż ich charakter „źródeł powszechnie obowiązującego prawa” wynika już z sformułowania „z mocą ustawy”), a nie zrobił tego w przypadku rozporządzenia, o którym mowa w art. 228 ust. 2 Konstytucji, oznacza to, że rozporządzenia o stanie nadzwyczajnym modelowo mają inny charakter – nie są źródłem prawa powszechnie obowiązującego. Konsekwencje w tym zakresie przewidziano również na poziomie ustawowym; art. 9 ust. 1 i 2 ustawy o ogłaszaniu aktów normatywnych rozróżnia rozporządzenia klasyczne i „akty prawne” dotyczące stanów nadzwyczajnych. Co istotne, Konstytucja nie określa wyczerpująco form działania administracji – nie ma zamkniętego katalogu aktów stosowania prawa. W związku z tym w sytuacji, w której ustawa określa kompetencję (obligatoryjną lub fakultatywną) organu administracji do działania (dokonania czynności konwencyjnej) w formie „rozporządzenia”, nie przesądza to jednoznacznie, że może to być wyłącznie akt stanowienia prawa. Takie ujęcie pozwala na zachowanie spójności systemu źródeł prawa. Wymaga jednak konsekwentnego traktowania rozporządzeń nienormatywnych jako aktów stosowania prawa.

Celem uzupełnienia powyższych rozważań konieczne wydaje się omówienie przykładów innych rozporządzeń nienormatywnych, które występują w systemie prawa.

Tego typu rozporządzeniem są tzw. rozporządzenia atrybucyjne, tj. rozporządzenia wydane na podstawie art. 33 ust. 1 i 1a ustawy o Radzie Ministrów⁵⁹, które przypisują nowo powołanego ministra do działu administracji, wyposażają go w urząd, który zajmuje się jego obsługą, i wskazują część budżetową, której dany ministrem staje się dysponentem. Widać więc wyraźnie, że rozporządzenie w istocie jest jednorazową czynnością przyporządkowującą określonemu ministrowi obowiązki, a także wyposaża go w materialny substrat umożliwiający wykonywanie jego obowiązków. Nie ma tu powtarzalnych wzorów postępowania, rozstrzygnięcie jest konkretne. Prezes RM zobowiązany jest do wydania tego aktu niezwłocznie po powołaniu ministra, a co do samej treści

59 Ustawa z dnia 8 sierpnia 1996 r. o Radzie Ministrów (Dz. U. z 2021 r. poz. 178 z późn. zm.).

rozporządzenia jest upoważnienie w gruncie rzeczy blankietowe, choć musi uwzględniać fakt nominacji danego ministra oraz przepisy ustawy o działach administracji⁶⁰. W związku z tym nie ulega wątpliwości, że jest to rozporządzenie nienormatywne, także w doktrynie, gdzie podkreślano jego organizacyjny charakter⁶¹. Podobny charakter ma rozporządzenie RM o utworzeniu ministerstwa wydane na podstawie art. 39 ustawy o RM.

Innymi rozporządzeniami o podobnym, organizacyjno-kreacyjnym charakterze są rozporządzenia wydane na podstawie art. 5 ustawy o instytutach badawczych⁶². Zgodnie z tym przepisem RM tworzy instytut, nadając mu nazwę, określa jego przedmiot i zakres działania oraz składniki majątkowe, w tym tytuł prawny do gruntów oraz budynków i urządzeń trwale z nimi związanych. Co interesujące, ustawa w kilku miejscach, odnosząc się do tego aktu, nie używa klasycznej konstrukcji odesłania, lecz posługuje się sformułowaniem „akt o utworzeniu instytutu” (np. art. 5 ust. 3 czy też art. 6 ust. 1 ustawy o instytutach badawczych). Widać wyraźnie, że akt ten, jak słusznie wskazują przepisy ustawy o instytutach badawczych, jest „o utworzeniu”, ma więc wywołać tylko pewien skutek w postaci powstania instytutu i wyposażenia go w mienie – jest niepowtarzalny (stworzyć i wyposażać można tylko raz), konkretny (chodzi o jeden konkretny instytut), a upoważnienie, podobnie jak w przypadku rozporządzenia atrybucyjnego, ma charakter blankietowy.

Kolejnym typowym przykładem rozporządzenia nienormatywnego są rozporządzenia ministra właściwego ds. religii (obecnie Minister Spraw Wewnętrznych i Administracji), które nadają jednostkom organizacyjnym kościołów osobowość prawną. Odnaleźć je można w wielu ustawach regulujących stosunki państwa z danym Kościołem⁶³. Podobnie jak w przypadku instytutów badawczych oraz rozporządzenia atrybucyjnego, rozporządzenie

60 Ustawa z dnia 4 września 1997 r. o działach administracji rządowej (Dz. U. z 2021 r. poz. 1893 z późn. zm.).

61 Zob. K. Działocha, *Komentarz do art. 92 [w:] Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz, t. II*, red. L. Garlicki, Warszawa 2003, s. 9 oraz M. Wiącek, *Uwagi do art. 92...*, nb. 20, s. 176–177.

62 Ustawa z dnia 30 kwietnia 2010 r. o instytutach badawczych (Dz. U. z 2022 r. poz. 498).

63 Przykładowo w: art. 10 ustawy z dnia 17 maja 1989 r. o stosunku Państwa do Kościoła Katolickiego w Rzeczypospolitej Polskiej (Dz. U. z 2019 r. poz. 1347), art. 6 z dnia 20 lutego 1997 r. o stosunku Państwa do gmin wyznaniowych żydowskich w Rzeczypospolitej Polskiej (Dz. U. z 2014 r. poz. 1798), art. 7 ustawy z dnia 4 lipca 1991 r. o stosunku Państwa do Polskiego Autokefalicznego Kościoła Prawosławnego (Dz. U. z 2014 r. poz. 1726) czy też w art. 7 ust. 2 z dnia 13 maja 1994 r. o stosunku Państwa do Kościoła Ewangelicko-Augsburskiego w Rzeczypospolitej Polskiej (Dz. U. z 2015 r. poz. 43), by wymienić kilka z nich.

to jest w istocie performatywną czynnością konwencjonalną, dopuszczającą określone jednostki organizacyjne do obrotu prawnego. Nie ulega wątpliwości, że jest to czynność jednorazowa (osobowość prawną nadaje się raz) i konkretna (dotyczy określonej jednostki), a zatem rozporządzenia tego rodzaju uznać można za nienormatywne⁶⁴.

Bardziej kontrowersyjny przykład stanowią rozporządzenia dotyczące tworzenia oraz znoszenia sądów wydawane na podstawie art. 20 pkt 1 prawa o ustroju sądów powszechnych⁶⁵ oraz art. 16 § 2 prawa o ustroju sądów administracyjnych⁶⁶ przez odpowiednio: Ministra Sprawiedliwości i Prezydenta. Pierwszy z tych przepisów był przedmiotem postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym, które zwieńczone zostało wyrokiem K 27/12⁶⁷. Trybunał Konstytucyjny przychylił się do twierdzeń uczestników postępowania wskazujących, że są to akty indywidualno-konkretnie, uznając, że rozporządzenia wydawane na podstawie omawianego przepisu „są swoiste, gdyż w formie tych rozporządzeń tworzone i znoszone są poszczególne sądy”. Nie odmówił jednak rozpoznania sprawy, jako że nie rozporządzenie nienormatywne było przedmiotem kontroli, lecz upoważnienie ustawowe do jego wydania – a więc bezdyskusyjnie norma prawna. Jednym z wzorców kontroli był art. 92 ust. 1 Konstytucji (zarzut braku wytycznych), co skłoniło Trybunał do refleksji nad relacją między ową regulacją konstytucyjną a rozporządzeniami nienormatywnymi: „takie przepisy [tj. upoważniające do wydania rozporządzenia nienormatywnego – przyp. G. W.-K.], zależnie od rodzaju czynności, mogą zawierać wskazówki dotyczące warunków, jakie musi spełniać ta czynność, co jest odpowiednikiem wytycznych «dotyczących treści aktu» według art. 92 ust. 1 Konstytucji”. Oznacza to, że Trybunał Konstytucyjny stwierdził, że art. 92 ust. 1 Konstytucji ma zastosowanie do rozporządzenia nienormatywnego jedynie odpowiednio i to ze względu na rangę aktu „w wypadku czynności takich jak tworzenie i znoszenie sądów, określanie ich siedzib i obszarów właściwości wskazówki/wytyczne są zasadniczym elementem upoważnienia i wymagana jest ich znaczna szczegółowość, a to ze względu na doniosłość tych czynności”, jednocześnie stwierdzając konstytucyjność upoważnienia i dekodując wytyczne m.in. z wymogu współ-

64 Podobnie M. Wiącek, *Uwagi do art. 92...*, nb. 20, s. 177.

65 Ustawa z dnia 27 lipca 2001 r. – Prawo o ustroju sądów powszechnych (Dz. U. z 2020 r. poz. 2072 z późn. zm.).

66 Ustawa z dnia 25 lipca 2002 r. – Prawo o ustroju sądów administracyjnych (Dz. U. z 2021 r. poz. 137).

67 Wyr. TK z dnia 27 marca 2013 r., (K 27/12, Legalis nr 624027).

działania Ministra Sprawiedliwości z Krajową Radą Sądownictwa. Zauważyć należy jednak niekonsekwencję Trybunału, który po stwierdzeniu „swoistego” charakteru rozporządzeń dotyczących tworzenia i znoszenia sądów jedynie odpowiedniego stosowania art. 92 ust. 1 Konstytucji wobec nich *ober dicti* uznał, że rozporządzenia takie potencjalnie mieszają się w jego kognicji.

Najczęściej pojawiającym się przykładem, a równocześnie jednym z najbardziej kontrowersyjnych, rozporządzenia nienormatywnego jest rozporządzenie dotyczące tworzenia, łączenia lub podziału gminy, wydawane na podstawie art. 4 ustawy o samorządzie gminnym⁶⁸. Podobne unormowania można odnaleźć w innych ustawach dotyczących jednostek samorządu terytorialnego – zarówno obowiązujących, jak i projektowanych⁶⁹. Trybunał zajmował się nimi wielokrotnie⁷⁰, a jego stanowisko przeszło pewną ewolucję – linia orzecznicza Trybunału w tym zakresie jest jednak daleka od stałości. Początkowo w orzecznictwie Trybunału przeważało stanowisko o ich normatywności⁷¹, aż do wyroku K 37/06⁷², w którym w pełnym składzie uznano, że rozporządzenia zmieniające granice gminy nie podlegają kognicji tego organu, jako że rozporządzenia te są nienormatywne. Wyzaczyło to w zasadzie linię orzecniczą na następne lata⁷³, choć zdarzają się pojedyncze orzeczenia próbujące niuansować kognicję Trybunału, w szczególności kwestionując dochowanie ustawowych wymogów dla trybu wydania tego rozporządzenia⁷⁴. Część doktryny krytycznie odebrała zmianę linii, argumentując, że rozporządzenie dotyczące tworzenia, łączenia lub podziału gminy jest normatywne z dwóch powodów – po pierwsze, wykazując cechę abstrakcyjności, gdyż z każdą modyfikacją w zakresie granic gminy koresponduje ustalenie

68 Ustawa z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym (Dz. U. z 2022 r. poz. 559 z późn. zm.).

69 Ustawa z dnia 5 czerwca 1998 r. o samorządzie powiatowym (Dz. U. z 2022 r. poz. 528 z późn. zm.); ustawa z dnia 9 marca 2017 r. o związku metropolitalnym w województwie śląskim (Dz. U. z 2022 r. poz. 439 z późn. zm.). Podobne regulacje można odnaleźć w projektowanych ustawach: senackim projekcie ustawy o związku metropolitalnym w województwie pomorskim (druk nr 646, Sejm IX kadencji) oraz senackim projekcie ustawy o łódzkim związku metropolitalnym (druk nr 285, Sejm IX kadencji).

70 Zob. wyczerpujące omówienie zmiany linii orzeczniczej A. Feja-Paszkiewicz, *op. cit.*, s. 381–397.

71 Zob. wyr. TK z dnia 5 grudnia 2006 r., (U 2/06, Legalis nr 78777) i cytowane tam orzecznictwo.

72 Wyr. TK z dnia 8 kwietnia 2009 r., (K 37/06, Legalis nr 126226).

73 Ostatnie orzeczenie w tego rodzaju sprawie potwierdziło stanowisko TK, zob. post. TK z dnia 12 czerwca 2019 r., (U 1/19, Legalis nr 1973759) i cytowane tam orzecznictwo.

74 Zob. wyr. TK z dnia 1 czerwca 2017 r., (U 3/17, Legalis nr 1603850).

na nowo zakresu władztwa gminy⁷⁵, a po drugie, wskazuje się, że jest generalne, ponieważ mimo że dotyczy konkretnej gminy, to jest adresowane do wielu podmiotów (organów i mieszkańców gminy)⁷⁶. Jest to *de facto* powtórzenie argumentacji Trybunału sprzed zmian linii orzeczniczej⁷⁷. Podejście to należy zdecydowanie odrzucić – w odniesieniu do argumentów dotyczących abstrakcyjności zachodzi brak oddzielenia wytworu czynności działania organu, jakim jest akt prawny, od jego skutków. Rozporządzenie wydane na podstawie art. 4 ustawy o samorządzie gminnym dokonuje wskazanych w nim zmian *per se* i konsumuje się – gminę tworzy się raz, dzieli się raz, ustala granicę raz. Nie ma znaczenia dla oceny jego obowiązywania to, że wywołuje określone skutki – podobnie przepisy zmieniające wywołują określone skutki, mogąc modyfikować normy abstrakcyjne i generalne, które będą stosowane przez czas ich obowiązywania, jednakże są jednorazowe. Analogicznie, wypowiedzenie oświadczenia woli dotyczące zawarcia małżeństwa jest aktem jednorazowym, choć organy podatkowe będą co roku musiały brać pod uwagę skutki tej czynności przy rozliczaniu podatku dochodowego małżonków. Nie można go też uznać za element złożonej normy prawnej, jako że ewentualne decyzje organów samorządowych nie będą wskazywały jako podstawy przepisów rozporządzenia – będą brały pod uwagę tylko jej skutki. W tym kontekście Trybunał stwierdził, że „to, że akt ten pośrednio oddziałuje na sytuację prawną podmiotów prawa, nie znaczy, że można z niego wywieść reguły postępowania o charakterze generalnym i abstrakcyjnym”⁷⁸. Trybunał Konstytucyjny analogicznie i w sposób spójny ujął to zagadnienie przy okazji tworzenia i znoszenia sądów, stwierdzając, że „nie można jednak mylić pojęcia właściwości sądów z regulacjami prawnymi o charakterze administracyjnym, których zadaniem jest tworzenie ładu organizacyjnego w zakresie funkcjonowania jednostek wymiaru sprawiedliwości. Czym innym jest bowiem ustawowe określanie właściwości sądów, [...] zaś czym innym – administracyjne określenie obszaru funkcjonowania sądów”⁷⁹. W odniesieniu zaś co do cechy generalności, tj. faktu, iż akt ma *de facto* wielu adresatów, również należy uznać nietrafność tego argumentu. Uznanie generalności takiego aktu doprowadziłoby do tego, że każdy akt prawny byłby generalny – w końcu wydanie w drodze decyzji administracyjnej koncesji dla

75 Zob. M. Gubała, *op. cit.*, s. 153.

76 Zob. M. Gubała, *op. cit.*, s. 154.

77 Zob. wyr. TK z dnia 27 listopada 2000 r., (U 3/00, Legalis nr 49211).

78 Post. TK z dnia 12 czerwca 2019 r., (U 1/19, Legalis nr 1973759).

79 Wyr. TK z dnia 27 marca 2013 r., (K 27/12, Legalis nr 624027).

określonego przedsiębiorcy również jest adresowane nie tylko do niego samego, lecz także jego klientów, konkurencji, jak również innych organów władzy publicznej, a umowa przenosząca własność między dwoma jednostkami adresowana jest do całego świata, który owo przeniesienie ma respektować. Uznać należy więc, że akty wydane na podstawie art. 4 ust. 1 ustawy o samorządzie gminnym są rozporządzeniami nienormatywnymi, które kognicji Trybunału Konstytucyjnego nie podlegają⁸⁰. Budzi to wiele kontrowersji, jako że sądy administracyjne również odmawiają badania tych rozporządzeń⁸¹, co sam Trybunał postrzega jako problem – wydano już trzy sygnalizacje nawołujące do zmiany tego stanu prawnego, podkreślając, że musi on zostać zmieniony dla zapewnienia spójności systemu prawnego, gdyż rozporządzenia te, jako rozporządzenia nienormatywne, wymykają się spod kontroli ich hierarchicznej zgodności sprawowanej przez Trybunał Konstytucyjny oraz kontroli ich legalności dokonywanej przez sądy administracyjne, co prowadzi do faktycznego pozbawienia drogi sądowej w przypadku ich kwestionowania⁸². W jednym z postanowień sygnalizacyjnych Trybunał wskazywał, że w pożądanym stanie prawnym to wojewoda powinien być organem właściwym do wydawania tego typu aktów, co sprawiałoby, że bezdyskusyjnie stałyby się one aktami stosowania prawa i nie mieściłyby się w jego kognicji, a podlegałyby kontroli sądów administracyjnych⁸³.

W przeciwieństwie do poprzedniego rodzaju rozporządzenia aktem praktycznie zupełnie nieopisanym w literaturze pozostaje rozporządzenie Prezesa RM wydane na podstawie art. 474 §2 Kodeksu wyborczego⁸⁴, które dotyczy zarządzenia przedterminowych wyborów wójta. W świetle omawianych kryteriów normatywności nie ulega wątpliwości, że jest to akt stosowania prawa. Analizując strukturę upoważnienia zawartego w art. 474 § 2 Kodeksu wyborczego, stwierdzić należy, że wywodzona z tego przepisu norma nie konstituuje po stronie Prezesa RM kompetencji normodawczej: po pierwsze, jest jednorazowa, jako że zarządzić wybory można raz, po drugie, określa ona

80 Tak trafnie M. Wiącek, *Kontrola konstytucyjności...*, s. 95 oraz M. Wiącek, *Uwagi do art. 92...*, nb. 20, s. 176–177.

81 Zob. post. WSA w Warszawie z dnia 18 sierpnia 2006 r., (IV SA/Wa 223/06, Legalis nr 596517).

82 Zob. post. TK z dnia 12 maja 2009 r., (S 3/09, Legalis nr 157683); post. TK z dnia 5 listopada 2009 r., (S 6/09, Legalis nr 206975) oraz post. TK z dnia 12 czerwca 2019 r. (S 1/19, Legalis nr 1973748).

83 Zob. post. TK z dnia 12 maja 2009 r., (S 3/09, Legalis nr 157683).

84 Ustawa z dnia 5 stycznia 2011 r. – Kodeks wyborczy (Dz. U. z 2020 r. poz. 1319 z późn. zm.).

obowiązek po stronie wydającego akt do zarządzania wyborów w przypadku określonych zdarzeń prawnych (powodujących przedterminowe wygaśnięcie mandatu wójta np. odwołania wójta przypadku referendum), po trzecie wykonanie tej normy kompetencyjnej przez Prezesa RM jest zdarzeniem prawnym aktualizującym cudze kompetencje (wykonanie których jest obligatoryjne), m.in. obowiązek przeprowadzenia wyborów po stronie określonych organów przez Państwową Komisję Wyborczą i komisarzy wyborczych (zob. art. 475 § 1 Kodeksu wyborczego) czy też niezwłocznego podania tego rozporządzenia do publicznej wiadomości przez wojewodę (zob. art. 371 § 3 Kodeksu wyborczego), w terminach wskazanych w załączniku do tego rozporządzenia. Skorzystanie z normy kompetencyjnej przez Prezesa RM ma także, jak słusznie wskazuje się doktrynie, konsekwencje faktyczne: „Z chwilą ogłoszenia rozporządzenia w sprawie zarządzania wyborów rozpoczyna się kampania wyborcza, która ulega zakończeniu na 24 godziny przed dniem głosowania”⁸⁵. Potwierdza to więc, że rozporządzenie Prezesa RM wydane na podstawie art. 474 § 2 Kodeksu wyborczego nie jest aktem normatywnym, kreującym ogólne i abstrakcyjne normy, lecz aktem stosowania prawa – wykonaniem obligatoryjnej kompetencji, która zaktualizowała się wskutek zdarzeń prawnych związanych ze zwolnieniem urzędu konkretnego wójta i której wykonanie powoduje aktualizację obligatoryjnych kompetencji innych podmiotów.

Powyższa analiza rozporządzeń nienormatywnych daje wgląd co do charakteru rozporządzeń nienormatywnych i powodów, dla których ustawodawca decyduje się na wykorzystanie takiej formy aktu prawnego. Rozpatrując powyższe przykłady, wskazać można, że zastosowanie formy rozporządzenia może wynikać z:

- 1) zaszłości prawnej – wprowadzone zostały przed obowiązywaniem obecnej Konstytucji albo mniej więcej w tym samym czasie, lecz wynikają z utrwalonej praktyki legislacyjnej sięgającej czasów przedkonstytucyjnych (np. atrybucyjne, granice jednostek samorządu terytorialnego);
- 2) doniosłości materii – treść tych rozporządzeń dotyczy podstawowych i ustrojowych kwestii związanych z funkcjonowaniem państwa, w tym materii określonej na poziomie Konstytucji (tworzenie i znoszenie sądów, granice jednostek samorządu terytorialnego, wybory przedterminowe);
- 3) braku innej adekwatnej formy prawnej – klasyczne akty stosowania pra-

85 P. Ruczkowski, *Uwagi do art. 474 [w:] M. Augustyniak, L. Bielecki, P. Ruczkowski, Wybory samorządowe. Komentarz*, Warszawa 2018, s. 220.

wa, jak decyzja administracyjna, mogłyby być uznane za nieadekwatne, jako że trudno byłoby wskazać stronę postępowania administracyjnego (instytuty badawcze).

W efekcie uznać należy, że w istocie rzeczy rozporządzenia nienormatywne są aktami stosowania prawa, a ich traktowanie jako aktów normatywnych wynika z pewnej utrwalonej praktyki legislacyjnej i orzeczniczej, w związku z czym jest niekompatybilne z ukształtowaniem systemu źródeł prawa w Konstytucji. Dokonywanie modyfikacji na poziomie wykładni Konstytucji, aby odpowiadała ona (jakkolwiek wygodnej) praktyce, ocenić należy negatywnie i konsekwentnie traktować je jako akty stosowania prawa, aby zapewnić spójność systemową.

4. Skutki prawne uznania rozporządzenia nienormatywnego za akt stosowania prawa

Powyższe rozważania prowadzą nas do wniosku, że w istocie rzeczy istnieje niespójność na poziomie konstytucyjnych źródeł prawa. Usunięcie owej niespójności wymaga dokonania zabiegu interpretacyjnego na podstawie faktu dwurodzajowego posługiwania się przez Konstytucję pojęciem „rozporządzenie” (rozporządzenie klasyczne vs rozporządzenie nienormatywne) oraz braku określenia w Konstytucji w sposób zamknięty i wyczerpujący form działania administracji. Powoduje to, że rozporządzenia nienormatywne musimy konsekwentnie traktować jako akty stosowania prawa. Wymaga to zmiany zarówno podejścia doktrynalnego, jak i korekt normatywnych na poziomie ustawowym.

Podstawową kwestią jest właściwy tryb wydawania rozporządzenia nienormatywnego i jego ogłaszanie. Obecnie mamy do czynienia z dwuznacznym podejściem – uznając je za akty stosowania prawa, stosuje się do nich odpowiednio art. 92 ust. 1 Konstytucji⁸⁶ i traktuje, jak gdyby były źródłami prawa, co wiąże się z ich ogłaszaniem w Dzienniku Ustaw. Kwestia ta jest wysoce problematyczna, gdyż będąc konsekwentnym, nie powinniśmy stosować konstytucyjnych przepisów związanych z wydawaniem rozporządzeń klasycznych, lecz aktów stosowa-

86 Zob. M. Wiącek, *Uwagi do art. 92...*, nb. 20, s. 177.

nia prawa. Z drugiej strony art. 1 Kodeksu postępowania administracyjnego⁸⁷, określający zakres przedmiotowy postępowania administracyjnego, jako że odnosi się tylko do decyzji, sprawia, iż trudno byłoby uzasadnić jego zastosowanie i stosować odpowiednio przepisy o decyzji administracyjnej. Niemniej jednak przepisy dotyczące rozporządzeń nienormatywnych zazwyczaj określają specyficzny tryb ich wydania oraz związane z nim konsekwencje i obowiązki różnych podmiotów. Tak jest z rozporządzeniem w sprawie wprowadzania stanów nadzwyczajnych (zob. art. 229–232 Konstytucji i właściwe regulacje ustawowe), rozporządzeniem dotyczącym granic gmin (zob. art. 4–4f ustawy o samorządzie gminnym), rozporządzeniem w sprawie tworzenia i znoszenia sądów (zob. art. 10 i art. 20 prawa o ustroju sądów powszechnych) czy też rozporządzeniem w sprawie zarządzenia przedterminowych wyborów wójta (zob. art. 371–372 oraz art. 474 Kodeksu wyborczego). Przepisy te określają zazwyczaj, kiedy aktualizuje się obowiązek wydania (np. wniosek uprawnionego podmiotu albo akt powołania), jakie czynności musi podjąć organ wydający, w tym proceduralne, jak np. konsultacje społeczne przy rozporządzeniu dotyczącym granic gminy czy też obowiązek zasięgnięcia opinii innego organu władzy publicznej. W związku z tym uznać można, że rozporządzenie nienormatywne, jako swoisty akt stosowania prawa, powinien mieć określoną procedurę swojego wydawania w przepisach ustawowych, które obudowują samo upoważnienie. Niektóre jednak, jak rozporządzenia w sprawie nadania osobowości prawnej jednostkom organizacyjnym Kościołów, pozostają w tym zakresie zupełnie blankietowe. W związku z tym konieczne byłoby ujednolicenie standardu głębokości opisanie zasad proceduralnych wydawania rozporządzeń nienormatywnych w taki sposób, aby swoboda regulacyjna organu wydającego rozporządzenie nie była pełna i arbitralna, a w istocie możliwie zbliżała się do subsumpcji, co pozwoliłoby na spełnienie wymogów wynikających z art. 2 Konstytucji – po pierwsze, w zakresie pewności prawa, tj. jasnego wskazania, co materialnie może zostać uregulowane w granicach wskazanych przez podstawę ustawową (i w granicach szerokości, i głębokości samej ustawy), tak aby zgodnie z orzecznictwem Trybunału Konstytucyjnego krąg podmiotów, które odczują skutki wydania rozporządzenia nienormatywnego, znał przesłanki działania organów państwowych, aby mieć możliwość przewidzenia konsekwencji poszczególnych zachowań i zdarzeń na gruncie obowiązku-

87 Ustawa z dnia 14 czerwca 1960 r. – Kodeks postępowania administracyjnego (Dz. U. z 2021 r. poz. 735 z późn. zm.).

jącego prawa⁸⁸, a po drugie, spełniał wymogi sprawiedliwości proceduralnej, tj. określał kto, w jakim trybie, w jakiej procedurze i w jakich okolicznościach wydaje dany akt, z jednoczesną koniecznością przedstawienia racji za danym rozstrzygnięciem (np. uzasadnieniem i wskazaniem podstawy ustawowej) i z uwzględnieniem udziału adresatów danego aktu (np. konsultacji publicznych)⁸⁹. Konieczne byłoby również uregulowanie podstawy publikacji rozporządzeń nienormatywnych w Dzienniku Ustaw – obecnie jedynie niektóre z nich mają tego typu wyraźną podstawę prawną (rozporządzenie w sprawie stanów nadzwyczajnych czy też rozporządzenie dotyczące terminu wyborów w gminach). Art. 9 ust. 3 ustawy o ogłaszaniu aktów normatywnych dopuszcza publikowanie w nim aktów prawnych innych niż normatywne, jeśli ustawa tak stanowi. W związku z tym celowe wydaje się zapewnienie takiej podstawy prawnej dla każdego z rozporządzeń nienormatywnych na poziomie ustawowym obok upoważnienia do jego wydania i zasad proceduralnych jego wydawania. Zabieg tego typu pełniłby podwójną funkcję: po pierwsze, zapewniłby odpowiednią transparentność procesu stosowania prawa, w tym dostęp do aktu wszystkich zainteresowanych, po drugie, sygnalizowałby, że jest to akt stosowania prawa, a nie rozporządzenie, o którym mowa w art. 87 ust. 1 oraz art. 92 ust. 1 Konstytucji, co jednoznacznie przeciwnałoby ewentualne wątpliwości co do jego kwalifikacji i pozwoliłoby na odejście od „domniemania normatywności” rozporządzeń, które obecnie stosowane jest przez Trybunał Konstytucyjny⁹⁰, a przez które akty stosowania prawa traktuje się jako akty normatywne, co prowadzi do opisywanej niespójności na tle systemu źródeł prawa, dostrzeganej nawet przez sam Trybunał.

Istotną kwestią jest także wspomniana już możliwość nowelizacji rozporządzeń nienormatywnych. W teorii prawa i legislacji nie budzi wątpliwości fakt, że kompetencja do wydania aktu normatywnego mieści w sobie również kompetencję do jego zmiany. Organ władzy publicznej zobowiązany do wydania rozporządzenia klasycznego posiada zatem kompetencję do zmiany tego rozporządzenia. Zgodnie z § 129 ust. 1 *Zasad techniki prawodawczej* rozporządzenie można zmieniać rozporządzeniem późniejszym, wydanym na podstawie tego samego, nadal obowiązującego przepisu upoważniającego, przez organ, który wydał rozporządzenie zmieniane. Kwestia ta jest także dość oczywista dla

88 Zob. wyr. TK z dnia 14 czerwca 2000 r., (P 3/00, Legalis nr 47993).

89 Zob. wyr. TK z dnia 22 września 2009 r., (P 46/07, Legalis nr 169902).

90 Zob. orzecznictwo cytowane przez L. Bosek, M. Wild, *Kontrola konstytucyjności prawa*, Warszawa 2011, s. 54.

doktryny⁹¹. Upoważnienie do wydania aktu wykonawczego do ustawy nie ma bowiem w przypadku klasycznego aktu normatywnego charakteru jednorazowego⁹², co jest cechą rozporządzeń nienormatywnych. Akty jednorazowe nie obowiązują, nie da się więc ich zmienić, co – jak słusznie zauważyła S. Wronkowska – dotyczy także czynności konwencjonalnych⁹³, takich jak rozporządzenia nienormatywne⁹⁴. Konstrukcja ta widoczna jest również przy rozporządzeniu dotyczącym wprowadzenia i przedłużenia stanu nadzwyczajnego – są to dwa oddzielne akty, przy czym rozporządzenie o przedłużeniu stanu nie jest rozporządzeniem nowelizującym, co prawidłowo zostało unormowane np. w ustawie o stanie wyjątkowym⁹⁵ i zastosowane w przypadku wprowadzenia stanu wyjątkowego w 2021 r.⁹⁶. Niestety, wciąż na porządku dziennym są nowelizacje rozporządzeń nienormatywnych, które będąc aktami jednorazowymi, nie obowiązują – czego przykładem mogą być nowelizacje rozporządzeń atrybucyjnych⁹⁷ czy też rozporządzeń zarządzających przedterminowe wybory wójta⁹⁸. Konsekwencją powyższego jest również niestosowanie wobec rozporządzeń nienormatywnych skutków zmian przepisu upoważniającego do ich wydania (w tym tzw. uchylecia pośredniego⁹⁹), które wynikają z § 32 *Zasad techniki prawodawczej*, na co słusznie wskazała S. Wronkowska¹⁰⁰. Skoro nie obowiązują, są doko-

91 Zob. M. Wiącek, *Uwagi do art. 92...*, nb. 27, s. 178–179; M. Salamończyk, *Upoważnienie ustawowe do zmiany lub uchylecia rozporządzenia zawarte w odrębnym przepisie niż podstawowy przepis upoważniający* [w:] *Dobre praktyki legislacyjne*, s. 39, https://rcl.gov.pl/wp-content/uploads/2020/11/artykul_08.pdf (dostęp: 10 kwietnia 2022 r.); S. Wronkowska, M. Zieliński, *op. cit.*, s. 212 i 229–230.

92 Zob. S. Wronkowska, M. Zieliński, *op. cit.*, s. 212.

93 Zob. S. Wronkowska, *O źródłach prawa*, s. 129 oraz 139–140.

94 Zob. S. Wronkowska, *Model rozporządzenia...*, s. 88.

95 Ustawa z dnia 21 czerwca 2002 r. o stanie wyjątkowym (Dz. U. z 2017 r. poz. 1928).

96 Zob. rozporządzenie Prezydenta RP z dnia 2 września 2021 r. w sprawie wprowadzenia stanu wyjątkowego na obszarze części województwa podlaskiego oraz części województwa lubelskiego (Dz. U. poz. 1612) oraz rozporządzenie Prezydenta RP z dnia 1 października 2021 r. w sprawie przedłużenia stanu wyjątkowego wprowadzonego na obszarze części województwa podlaskiego oraz części województwa lubelskiego (Dz. U. poz. 1788).

97 Zob. np. rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 2 listopada 2020 r. zmieniające rozporządzenie w sprawie szczegółowego zakresu działania Ministra Rolnictwa i Rozwoju Wsi (Dz. U. poz. 1928).

98 Zob. np. rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 29 kwietnia 2021 r. zmieniające rozporządzenie w sprawie przedterminowych wyborów wójta gminy Szydłowo w województwie mazowieckim (Dz. U. poz. 843).

99 Zob. P. Magda, *Obowiązywanie rozporządzenia w sytuacji „pośredniej” zmiany przepisu upoważniającego do jego wydania* [w:] *Dobre Praktyki Legislacyjne*, s. 7, <https://rcl.gov.pl/wp-content/uploads/2020/11/artykul3.pdf> (dostęp: 10 kwietnia 2022 r.).

100 Zob. S. Wronkowska, *Model rozporządzenia...*, s. 88.

nanymi czynnościami. W związku z tym o ich (nie)utrzymaniu w mocy będzie decydował przepis przejściowy ustawy, a w przypadku jego braku (biorąc pod uwagę, że są to czynności dokonane, a więc zamknięte stosunki prawne) uznane będą za utrzymane w świetle zasady *tempus regit actum*¹⁰¹.

Ostatnią konsekwencją uznania rozporządzeń nienormatywnych za akty stosowania prawa, która wymaga omówienia, jest ich zaskarżalność oraz sądowa kontrola. Zgodnie z art. 78 Konstytucji w stosunku do aktów stosowania prawa zasadą jest dwuinstancyjność oraz dewolutywność – niemniej jednak nie ma ona charakteru absolutnego¹⁰². Przykładowo, od decyzji centralnych organów administracji publicznej przysługuje wniosek o ponowne rozpatrzenie sprawy, którego złożenie nie jest jednak obligatoryjne przed złożeniem skargi do sądu administracyjnego. Oznacza to, że w przypadku swobodnych aktów stosowania prawa, jakim są rozporządzenia nienormatywne, zupełnie wystarczające, z punktu widzenia standardów konstytucyjnych, będzie zapewnienie sądowej kontroli, co wynika z art. 45 Konstytucji. Obecnie, w związku z niejednolitym podejściem do rozporządzeń nienormatywnych, zdarzyć się może, tak jak w przypadku rozporządzeń dotyczących granic gmin, że rozpoznania odmówią zarówno sąd administracyjny (powołując się na formalne podejście do aktu normatywnego), jak i Trybunał Konstytucyjny (powołując się na materialne ujęcie normatywności), co jest niedopuszczalne z perspektywy prawa do sądu i zasady sądowej kontroli nad działaniem administracji (w tym sądowej ochrony jednostek samorządu terytorialnego, o której mowa w art. 165 ust. 2 Konstytucji). Uznając rozporządzenia nienormatywne za akty stosowania prawa, konsekwentnie uznać należy kognicję sądów administracyjnych, co już w obecnym stanie prawnym wynika z art. 3 § 2 pkt 4 prawa o postępowaniu przed sądami administracyjnymi¹⁰³, zgodnie z którym kognicja sądów administracyjnych obejmuje inne niż przewidziane w Kodeksie postępowania administracyjnego akty lub czynności z zakresu administracji publicznej dotyczące uprawnień lub obowiązków wynikających z przepisów prawa. Sądy administracyjne, już w oparciu na obowiąz-

101 W sprawie *tempus regit actum* jako podstawowej zasady prawa intertemporalnego zob. wyr. TK z dnia 18 grudnia 2014 r., (K 50/13, Legalis nr 1160504); uchw. 7 sędziów NSA z dnia 12 marca 2001 r., (OPS 14/00, ONSA 2001, nr 3, poz. 101); post. SN z dnia 4 kwietnia 2019 r., (III CSK 265/18, Legalis nr 1894837).

102 Zob. wyr. TK z dnia 17 lutego 2004 r., (SK 39/02, Legalis nr 61112).

103 Ustawa z dnia 30 sierpnia 2002 r. – Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi (Dz. U. z 2021 r. poz. 178 z późn. zm.).

zującym stanie prawnym, powinny uznawać swoją właściwość w zakresie kontroli rozporządzeń nienormatywnych, w szczególności biorąc pod uwagę niejednolite podejście Trybunału Konstytucyjnego.

5. Konkluzja

Kluczowym wnioskiem płynącym z przeprowadzonej analizy jest konieczność ujednolicenia podejścia do rozporządzeń nienormatywnych. Jest to istotne nie tylko ze względów tylko dogmatycznych, gdyż przy obecnym podejściu spójność systemu źródeł prawa jest wątpliwa, lecz także z perspektywy pewności prawa i jego gwarancyjności, co stanowi wyraźny problem w przypadku jednostek samorządu terytorialnego (przede wszystkim w zakresie możliwości sądowej kontroli rozporządzenia dotyczącego granic jednostek samorządu terytorialnego). Pożądanym sposobem na rozwiązanie tego problemu byłoby uznanie rozporządzeń nienormatywnych za akty stosowania prawa – wymagałoby to zmian legislacyjnych jedynie w niektórych przypadkach, doprecyzowujących tryb wydawania rozporządzeń nienormatywnych czy też podstawę do ich ogłoszenia w celu spełnienia konstytucyjnych standardów wydawania aktów stosowania prawa. Niezbędne, co wydawać się może trudniejsze, byłoby przeprowadzenie odpowiedniej zmiany podejścia zarówno władzy wykonawczej, ustawodawczej, jak i sądowej, co do jednolitego traktowania ich jako aktów stosowania prawa. Jest to jednak rozwiązanie, które nie prowadziłoby do apriorycznej niekonstytucyjności wszystkich rozporządzeń nienormatywnych, a jednocześnie odpowiadałoby materialnej treści opisywanych aktów.

Wydaje się, że 25-lecie obowiązywania Konstytucji jest okazją nie tylko do refleksji nad praktyką jej funkcjonowania, lecz także do korekt – niekoniecznie w jej przepisach, ale w podejściu do jej stosowania. Oznacza to, że refleksja ta powinna zostać przeprowadzona zarówno przez ustawodawcę, jaki inne władze oraz całą prawniczą wspólnotę interpretacyjną.

Gniewomir Wycichowski-Kuchta

Bibliografia

Literatura przedmiotu

- AUSTIN J.L., *Mówienie i poznawanie*, tłum. B. Chwedończuk, Warszawa 1993.
- BAŁABAN A., *Czy Konstytucja dotyczy przepisów administracyjnych?*, „Państwo i Prawo” 1998, nr 5.
- BAŁABAN A., *Polskie problemy ustrojowe (konstytucja, źródła prawa, samorząd terytorialny, prawa człowieka)*, Kraków 2003.
- BOSEK L., WILD M., *Kontrola konstytucyjności prawa*, Warszawa 2011.
- BRZEZIŃSKI M., *Stany nadzwyczajne w polskich konstytucjach*, Warszawa 2007.
- DOLNICKI B., *Indywidualny akt normatywny*, „Przegląd Prawa Publicznego” 2017, nr 6.
- DZIAŁOCHA K., *Pojęcie aktu normatywnego w ustawie o Trybunale Konstytucyjnym*, „Studia Prawnicze” 1989, z. 2–3.
- DZIAŁOCHA K., *Komentarz do art. 92 [w:] Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz, t. II*, red. L. Garlicki, Warszawa 2003.
- DZIAŁOCHA K., *Komentarz do art. 228 [w:] Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz, t. IV*, red. L. Garlicki, Warszawa 2005.
- DZIAŁOCHA K., *„Zamknięcie” systemu źródeł prawa w Konstytucji RP [w:] W kręgu zagadnień konstytucyjnych. Profesorowi Eugeniuszowi Zwierzchowskiemu w darze*, red. M. Kudej, Katowice 1999.
- GARLICKI L., *Polskie prawo konstytucyjne. Zarys wykładu*, Warszawa 2018.
- GROMSKI W., *W sprawie pojmowania aktu normatywnego przez Trybunał Konstytucyjny [w:] Historia – prawo – państwo. Zbiór studiów. Acta Universitatis Wratislaviensis No 1772, Prawo CCXLIV*, red. S. Kaźmierczyk, Wrocław 1995.
- GROMSKI W., *W sprawie pojęcia aktu normatywnego (Uwagi na tle glos do orzeczenia TK z 19 VI 1992, U 6/92)*, „Państwo i Prawo” 1993, nr 9.
- GUBAŁA M., *Charakter normatywny rozporządzenia Rady Ministrów zmieniającego granice gminy*, „Samorząd Terytorialny” 2020, nr 1–2.
- GWIŹDŹ A., *Kilka uwag o tworzeniu prawa pod rządami nowej Konstytucji*, „Gdańskie Studia Prawnicze” 1998, t. 3.
- FEJA-PASZKIEWICZ A., *Ewolucja stanowiska Trybunału Konstytucyjnego dotyczącego jego kognicji w stosunku do rozporządzeń ustalających granice jednostek samorządu terytorialnego [w:] Państwo i jego instytucje. Konstytucja – sądownictwo – samorząd terytorialny*, red. R. Balicki, M. Jabłoński, Wrocław 2018.

- KOSIOROWSKI G., *Normatywny charakter aktu prawnego w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego*, „Państwo i Prawo” 2010, nr 9.
- KULESZA M., „Źródła prawa” i przepisy administracyjne w świetle nowej Konstytucji, „Państwo i Prawo” 1998, nr 2.
- LANDE J., *Nauka o normie prawnej*, „Annales UMCS” 1956, nr III.
- MALINOWSKI A., *Błędy formalne w tekstach prawnych*, Warszawa 2020.
- MATCZAK M., *Kompetencja* [w:] *Instytucje prawa administracyjnego. System Prawa Administracyjnego*. Tom 1, red. R. Hausner, A. Wróbel, Z. Niewiadomski, Warszawa 2015.
- MATCZAK M., *Kompetencja organu administracji publicznej*, Kraków 2004.
- OCHENDOWSKI E., *Rozporządzenie jako źródło prawa*, „Annales UMCS” 1993, nr 1.
- PROKOP K., *Stany nadzwyczajne w Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997*, Białystok 2005.
- RUCZKOWSKI P., *Uwagi do art. 474* [w:] M. Augustyniak, L. Bielecki, P. Ruczkowski, *Wybory samorządowe. Komentarz*, Warszawa 2018.
- SKRZYDŁO W., *System źródeł prawa w projekcie Konstytucji RP*, „Annales UMCS” 1997, nr 1.
- SKWARA B., *Problem normatywności rozporządzeń w świetle orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego*, „Przegląd Legislacyjny” 2007, nr 1.
- SKWARA B., *Rozporządzenie jako akt wykonawczy do ustawy w polskim prawie konstytucyjnym*, Warszawa 2010.
- SZMYT A., *Konstytucyjny system źródeł prawa w praktyce* [w:] *Podstawowe problemy stosowania Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*, red. K. Działocha, Warszawa 2004.
- TULEJA P., *Głos w dyskusji* [w:] *Źródła prawa administracyjnego. Konferencja z okazji 100 rocznicy urodzin Profesora Jerzego Stefana Langroda. Uniwersytet Jagielloński – 23 kwietnia 2004 r.*, red. J. Zimmermann, P. Dobosz, Kraków 2005.
- WIĄCEK M., *Kontrola konstytucyjności rozporządzeń dotyczących zmian w podziale terytorialnym państwa*, „Samorząd Terytorialny” 2021, nr 4.
- WIĄCEK M., *Uwagi do art. 92* [w:] *Konstytucja RP. Tom II. Komentarz do art. 87–243*, red. L. Bosek, M. Safjan, Warszawa 2016.
- WIERCZYŃSKI G., *Redagowanie i ogłaszanie aktów normatywnych. Komentarz*, Warszawa 2016.
- WIERCZYŃSKI G., *Udostępnianie informacji jako warunek skutecznej działalności prawotwórczej*, Gdańsk 2015.
- WINCZOREK P., *Źródła prawa w projekcie Konstytucji Komisji Konstytucyjnej Zgromadzenia Narodowego*, „Przegląd Legislacyjny” 1996, nr 4.
- WRONKOWSKA S., *Koncepcja źródeł prawa*, „Rzeczpospolita” 1998, nr 175.

- WRONKOWSKA S., *Model rozporządzenia jako aktu wykonawczego do ustaw w świetle Konstytucji i praktyki* [w:] *Konstytucyjny system źródeł prawa w praktyce*, red. A. Szmyt, Warszawa 2005.
- WRONKOWSKA S., *O źródłach prawa i aktach normatywnych raz jeszcze* [w:] *Prawo prywatne czasu przemian. Księga pamiątkowa dedykowana Profesorowi Stanisławowi Sołtysińskiemu*, red. A. Nowicka, Poznań 2005.
- WRONKOWSKA S., *Propozycje w sprawie zasad konstrukcji systemu prawnego w nowej Konstytucji PRL* [w:] *System źródeł prawa – stan obecny i wnioski*, red. J. Mazur, Warszawa 1988.
- WRONKOWSKA S., *Tezy referatu (Zamknięty system źródeł prawa w praktyce oraz dostosowanie prawa do wymogów Konstytucji RP)* [w:] *Konstytucja RP w praktyce*, oprac. Biuro Rzecznika Prawa Obywatelskich, Warszawa 1999.
- WRONKOWSKA S., *Źródła prawa w projekcie Konstytucji Komisji Konstytucyjnej Zgromadzenia Narodowego, „Przegląd Legislacyjny” 1996, nr 4.*
- WRONKOWSKA S., ZIELIŃSKI M., *Komentarz do Zasad Techniki Prawodawczej*, Warszawa 2021.
- WRONKOWSKA S., ZIEMBIŃSKI Z., *Zarys teorii prawa*, Poznań 2001.
- WRÓBEL W., ZOLL A., *Polskie prawo karne. Część ogólna*, Kraków 2013.
- WRÓBLEWSKI J., *Norma generalna i norma indywidualna*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Łódzkiego. Nauki Humianstyczno-Społeczne” 1962, z. 23.
- ZIEMBIŃSKI Z., „*Akt normatywny*” czy „*akt prawotwórczy*”, „Państwo i Prawo” 1993, nr 11–12.
- ZIEMBIŃSKI Z., *Kompetencja i norma kompetencyjna*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1969, nr 31.

Orzecznictwo

- Orzecz. TK z dnia 7 czerwca 1989 r., (U 15/88, Legalis nr 10041).
- Wyr. TK z dnia 1 grudnia 1998 r., (K 21/98, Legalis nr 10463).
- Wyr. TK z dnia 14 czerwca 2000 r., (P 3/00, Legalis nr 47993).
- Wyr. TK z dnia 28 czerwca 2000 r., (K 25/99, Legalis nr 47998).
- Wyr. TK z dnia 27 listopada 2000 r., (U 3/00, Legalis nr 49211).
- Uchw. 7 sędziów NSA z dnia 12 marca 2001 r., (OPS 14/00, ONSA 2001, nr 3, poz. 101).
- Wyr. TK z dnia 12 marca 2002 r., (P 9/01, Legalis nr 53822).
- Wyr. TK z dnia 17 lutego 2004 r. (SK 39/02, Legalis nr 61112).
- Post. WSA w Warszawie z dnia 18 sierpnia 2006 r., (IV SA/Wa 223/06, Legalis nr 596517).

Wyr. TK z dnia 5 grudnia 2006 r., (U 2/06, Legalis nr 78777).

Wyr. TK z dnia 23 kwietnia 2008 r., (SK 16/07, Legalis nr 97130).

Wyr. TK z dnia 8 kwietnia 2009 r., (K 37/06, Legalis nr 126226).

Post. TK z dnia 12 maja 2009 r., (S 3/09, Legalis nr 157683).

Wyr. TK z dnia 22 września 2009 r., (P 46/07, Legalis nr 169902).

Post. TK z dnia 5 listopada 2009 r., (S 6/09, Legalis nr 206975).

Wyr. TK z dnia 16 marca 2011 r., (K 35/08, Legalis nr 299300).

Wyr. TK z dnia 27 marca 2013 r., (K 27/12, Legalis nr 624027).

Wyr. TK z dnia 18 grudnia 2014 r., (K 50/13, Legalis nr 1160504).

Post. TK z dnia 7 stycznia 2016 r., (U 8/15, Legalis nr 1427840).

Wyr. TK z dnia 1 czerwca 2017 r., (U 3/17, Legalis nr 1603850).

Post. SN z dnia 4 kwietnia 2019 r., (III CSK 265/18, Legalis nr 1894837).

Post. TK z dnia 12 czerwca 2019 r., (U 1/19, Legalis nr 1973759).

Post. TK z dnia 12 czerwca 2019 r., (S 1/19, Legalis nr 1973748).

Post. TK z dnia 12 marca 2020 r., (U 1/17, Legalis nr 2333570).

Akty prawne

Ustawa z dnia 17 marca 1921 r. – Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej (Dz. U. z 1921 r. poz. 267).

Ustawa z dnia 14 czerwca 1960 r. – Kodeks postępowania administracyjnego (Dz. U. z 2021 r. poz. 735 z późn. zm.).

Ustawa z dnia 29 kwietnia 1985 r. o Trybunale Konstytucyjnym (Dz. U. z 1991 r. poz. 470 z późn. zm.).

Ustawa z dnia 17 maja 1989 r. o stosunku Państwa do Kościoła Katolickiego w Rzeczypospolitej Polskiej (Dz. U. z 2019 r. poz. 1347).

Ustawa z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym (Dz. U. z 2022 r. poz. 559 z późn. zm.).

Ustawa z dnia 4 lipca 1991 r. o stosunku Państwa do Polskiego Autokefalicznego Kościoła Prawosławnego (Dz. U. z 2014 r. poz. 1726).

Ustawa z dnia 13 maja 1994 r. o stosunku Państwa do Kościoła Ewangelicko-Augsburskiego w Rzeczypospolitej Polskiej (Dz. U. z 2015 r. poz. 43).

Ustawa z dnia 8 sierpnia 1996 r. o Radzie Ministrów (Dz. U. z 2021 r. poz. 178 z późn. zm.).

Ustawa z dnia 20 lutego 1997 r. o stosunku Państwa do gmin wyznaniowych żydowskich w Rzeczypospolitej Polskiej (Dz. U. z 2014 r. poz. 1798).

Ustawa z dnia 2 kwietnia 1997 r. – Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej (Dz. U. Nr 78, poz. 483 z późn. zm.).

- Ustawa z dnia 4 września 1997 r. o działach administracji rządowej (Dz. U. z 2021 r. poz. 1893 z późn. zm.).
- Ustawa z dnia 5 czerwca 1998 r. o samorządzie powiatowym (Dz. U. z 2022 r. poz. 528 z późn. zm.).
- Ustawa z dnia 20 lipca 2000 r. o ogłaszaniu aktów normatywnych i niektórych innych aktów prawnych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1461).
- Ustawa z dnia 27 lipca 2001 r. – Prawo o ustroju sądów powszechnych (Dz. U. z 2020 r. poz. 2072 z późn. zm.).
- Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 20 czerwca 2002 r. w sprawie „Zasad techniki prawodawczej” (Dz. U. z 2016 r. poz. 283).
- Ustawa z dnia 21 czerwca 2002 r. o stanie wyjątkowym (Dz. U. z 2017 r. poz. 1928).
- Ustawa z dnia 25 lipca 2002 r. – Prawo o ustroju sądów administracyjnych (Dz. U. z 2021 r. poz. 137).
- Ustawa z dnia 30 sierpnia 2002 r. – Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi (Dz. U. z 2021 r. poz. 178 z późn. zm.).
- Ustawa z dnia 30 kwietnia 2010 r. o instytutach badawczych (Dz. U. z 2022 r. poz. 498).
- Ustawa z dnia 5 stycznia 2011 r. – Kodeks wyborczy (Dz. U. z 2020 r. poz. 1319 z późn. zm.).
- Ustawa z dnia 30 listopada 2016 r. o organizacji i trybie postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym (Dz. U. z 2019 r. poz. 2393).
- Ustawa z dnia 9 marca 2017 r. o związku metropolitalnym w województwie śląskim (Dz. U. z 2022 r. poz. 439 z późn. zm.).
- Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 2 listopada 2020 r. zmieniające rozporządzenie w sprawie szczegółowego zakresu działania Ministra Rolnictwa i Rozwoju Wsi (Dz. U. poz. 1928).
- Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 29 kwietnia 2021 r. zmieniające rozporządzenie w sprawie przedterminowych wyborów wójta gminy Szydłowo w województwie mazowieckim (Dz. U. poz. 843).
- Rozporządzenie Prezydenta RP z dnia 2 września 2021 r. w sprawie wprowadzenia stanu wyjątkowego na obszarze części województwa podlaskiego oraz części województwa lubelskiego (Dz. U. poz. 1612).
- Rozporządzenie Prezydenta RP z dnia 1 października 2021 r. w sprawie przedłużenia stanu wyjątkowego wprowadzonego na obszarze części województwa podlaskiego oraz części województwa lubelskiego (Dz. U. poz. 1788).
- Senacki projekt ustawy o łódzkim związku metropolitalnym (druk nr 285, Sejm IX kadencji).
- Senacki projekt ustawy o związku metropolitalnym w województwie pomorskim (druk nr 646, Sejm IX kadencji).

Źródła internetowe

MAGDA P., *Obowiązywanie rozporządzenia w sytuacji „pośredniej” zmiany przepisu upoważniającego do jego wydania* [w:] *Dobre Praktyki Legislacyjne*, s. 7, <https://rcl.gov.pl/wp-content/uploads/2020/11/artykul3.pdf> (dostęp: 10 kwietnia 2022 r.).

SALAMOŃCZYK M., *Upoważnienie ustawowe do zmiany lub uchylenia rozporządzenia zawarte w odrębnym przepisie niż podstawowy przepis upoważniający* [w:] *Dobre praktyki legislacyjne*, s. 39, https://rcl.gov.pl/wp-content/uploads/2020/11/artykul_08.pdf (dostęp: 10 kwietnia 2022 r.).

Ustawa Rządowa z dnia 3 maja 1791 r., http://agad.gov.pl/wp-content/uploads/2018/12/Konstytucja-3-maja_PL-v5.pdf (dostęp: 14 kwietnia 2022 r.).

SUMMARY

Non-normative regulations in the context of the constitutional system of sources of law

The paper aims to describe dissonance within the Polish constitutional system of sources of the law caused by the existence of so-called „non-normative regulations”. Although the Polish Constitution requires them to be sources of law, those regulations are, in fact, acts of application of the law. Due to that fact, it is needed to organize and systematize the knowledge about this rupture within the system of sources of law and an attempt to propose a coherent approach to them in the context of a model of the system of sources of law that results from the Constitution. It is easy to notice the dissonance between the doctrine postulating to treat them as one-off acts of applying the law and the case law and practice, which treat non-normative regulations „as if” were normative regulations referred to in art. 87 (1) and art. 92 (1) of the Constitution (though not always uniformly and consistently). Therefore, it is necessary to: analyze a notional pre-field (in particular, indicate the features of a normative act), place non-normative regulations in the legal system, discuss examples of such regulations, indicate the consequences that should result from recognizing a non-normative regulation as an act of applying the law, and describe the exact relationship with the constitutional provisions that relate to regulations.

Gniewomir Wycichowski-Kuchta, Master of Law, a graduate of the College of Interdisciplinary Individual Studies in the Humanities and Social Sciences of the University of Warsaw. PhD student at the Doctoral School of Social Sciences at the University of Warsaw. Member of the Polish Legislation Society, the International Association of the Philosophy of Law and Social Philosophy (IVR, Polish Section) and ICON • S: The International Society of Public Law. He works as a junior legislator in the Department of Constitutional and Administrative Law of the Government Legislation Center; ORCID: 0000-0001-6390-4902.

Jakub Stępień, mgr prawa i licencjat filozofii na Uniwersytecie Warszawskim w ramach Kolegium Międzydziedzinowych Indywidualnych Studiów Humanistycznych i Społecznych. Szczególnie zainteresowany prawem karnym, zwłaszcza zagadnieniami teoretycznymi, a także filozofią języka i filozofią społeczną; ORCID: 0000-0003-4812-4806.

ARTYKUŁY

Populizm penalny. Definicja, przejawy, ocena

Jakub Stępień

1. Wprowadzenie

Problem populizmu, szczególnie w dziedzinie nauk prawnych, nie został jeszcze w polskiej nauce zbadany w sposób wystarczająco dogłębny, lecz mimo to hasło to pojawia się stosunkowo często w debacie publicznej, szczególnie w kontekście ostatnich zmian w prawie. Główny problem z używaniem tego terminu polega na tym, że nie wiadomo na dobrą sprawę, co on oznacza, oraz w jaki sposób należy identyfikować oraz interpretować jego przejawy.

Populizm jako taki nie jest pojęciem pierwotnie wywodzącym się z dziedziny nauk prawnych, lecz mającym swoje korzenie w filozofii, socjologii tudzież politologii. Problem z jego zdefiniowaniem polega na tym, że „każdy wybiera sobie taką definicję populizmu, jaka mu pasuje do ideologii”¹. O ile w odniesieniu do definicji populizmu – czy jest on pewnego rodzaju postawą, czy też metodą działania – występują rozbieżności, o tyle z samego źródłosłowa (z łac. *populus* – lud) wynika fundamentalna cecha populizmu, jaką jest odwołanie się do, znowu różnie rozumianej, kategorii „ludu”². Pierwotnie w naukach politycznych termin „populizm” odnosił się do działań amerykańskiej Partii Ludowej z XIX w., która kierowała swoje postulaty do mniej zaможnych mas ludowych, stawiając się niejako w opozycji do przedstawicieli elit politycznych oraz korporacji³.

1 P. Wiles, *Syndrom, nie doktryna: kilka podstawowych tez o populizmie* [w:] *Populizm*, red. O. Wysocka, Warszawa 2010, s. 25.

2 Zob. C. Mudde, C. Rovira Kaltwasser. *Exclusionary vs. Inclusionary Populism: Comparing Contemporary Europe and Latin America*, „Government and Opposition” 2013, t. 48 nr 2, s. 147–174.

3 Zob. A. Ware, *Stany Zjednoczone: Populizm jako strategia polityczna* [w:] *Demokracja w obliczu populizmu*, red. Y. Mény, Y. Surel, Warszawa 2007, s. 153 i n.

Brak jest jednej lub choćby kilku konkurencyjnych względem siebie, ale przeważających w dyskursie naukowym, definicji populizmu. Wynika to z jego zasadniczej nieokreśloności i nieuchwytności pojęciowej, które generują niekończącą się niezgodę co do jego definicji i oceny⁴. Słusznie Ernesto Laclau wskazuje, że stworzenie definicji „czystego populizmu” nie jest możliwe, przynajmniej według klasycznej metody tworzenia definicji, zgodnie z którą należy znaleźć wszystkie przestrzenie, w których zgromadzimy desygnaty terminu „populistyczny”, a następnie usuniemy z nich partykularyzmy, aby uzyskać populizm w czystej formie. Zdaniem wspomnianego argentyńskiego filozofa jest to niemożliwe ze względu na ogrom wyjątków występujących w konkretnych odmianach definiowanego pojęcia⁵. Aby skonstruować zatem definicję populizmu, a następnie transponować ją na grunt nauk prawnych, należy wyjść od tego, co ów populizm konstytuuje, czyli lud, a w zasadzie zbiorowość.

2. Audytorium populistyczne

Jak zostało wspomniane wcześniej, genezą terminu „populizm” jest łacińskie słowo *populus*, które tłumaczy się jako „społeczność <wspólnota> ludzka; lud, naród, plemię; [...] zwykły <prosty> lud [...], plebs, tłum”⁶. Jak widać zatem, etymologicznie termin „populizm” nie tylko odnosi się do praktyk mających na celu zjednanie sobie ludu (które w łacinie określa się jako *popularitas*⁷), lecz także zawiera w sobie również pewne wartościowanie, bowiem lud, z definicji, ma się składać z jednostek prostych, niewykształconych, podatnych na sofistyczną manipulację. Na tym założeniu bardzo mocno opierała się myśl filozofów spod egidy szkoły frankfurckiej, szczególnie Maxa Horkheimera, Theodora Adorna i Herberta Marcuse’go, którzy twierdzili, że ludzie „ubodzy duchowo”, pozbawieni zdolności do refleksji czy też krytycznego spojrzenia na otaczającą ich rzeczywistość, są łatwym celem dla totalitarnej władzy, która omamiając ich własnym przekazem za pośrednictwem kultury masowej i mediów, podporządkowuje

4 Zob. P. Taggart, *Populizm, lud i rdzenna kraina* [w:] *Populizm...*, s. 77.

5 Zob. E. Laclau, *Populism: What's in a Name?* [w:] F. Panizza (red) *Populism and the Mirror of Democracy*, Londyn 2005, s. 32–33.

6 *Mały słownik polsko-łaciński*, red. J. Korpanty, Warszawa 2001, s. 479.

7 Zob. *ibidem*, s. 478.

sobie *de facto* ich dusze⁸. Tak zdefiniowany lud, stanowiący nie tyle amalgamat, ile jednolitą masę jednostek pozbawionych indywidualności, stanowi audytorium – jednorodne, wyspecjalizowane, ale nieokreślone – dla populistów⁹.

Samo audytorium stanowi figurę wywodzącą się jeszcze ze starożytnej nauki retoryki, a pojęcie to oznacza publikę dla mówcy. W filozofii prawa jest ono najobszerniej omawiane przez Chaima Perelamana, który mianem audytorium określa zespół osób, wobec których podejmowane są wysiłki retoryczne, których celem jest jakieś rozwiązanie praktyczne¹⁰. Wspomniana powyżej niejednorodność ludu zmusza osobę usiłującą ustanowić w nim swoje audytorium do znalezienia wspólnej dla całego tego konglomeratu przestrzeni dyskursu, w której nie będzie miejsca na niezgodę i podziały. Przestrzeń taką stanowi najczęściej poczucie rozczarowania i niezgody z powodu własnego położenia, potęgowane przez kontrast względem „tych, którym się udało”, którzy w populistycznej retoryce odpowiadać mają za tak złą sytuację ludu, czy to na płaszczyźnie ekonomicznej, czy to w sferze swobody ekspresji – populizm jest bowiem niczym kameleon, który przybiera każdorazowo barwy otoczenia¹¹.

Z dotychczasowych rozważań wyłania się powoli obraz audytorium populistycznego, na które składa się lud, którego spoiwem są negatywne emocje spowodowane jego kondycją społeczną. Historia pokazuje, że taki lud ma potężny potencjał rewolucyjny, o ile zostanie sprawnie zorganizowany przez swoich populistycznych przywódców. Masy „zagrzewane i uświadamiane przez swoich trybunów i pierwszych sekretarzy – chciały i mogły tworzyć historię jako brzemienisty wyrazem kolektyw”¹².

Ludowe poczucie krzywdy nie istnieje w próżni, a zawsze musi znaleźć winowajcę, za którego tradycyjnie uznaje się każdoczesne elity usytuowane na przeciwnym biegunie społecznym, stanowiące kontrast w stosunku do ludu¹³. Polaryzacja społeczeństwa na lud i *establishment* stanowi integralną część retory-

8 Zob. T. Adorno, M. Horkheimer, *Dialektyka oświecenia*, Warszawa 1994, s. 100; H. Marcuse, *Człowiek jednowymiarowy*, Warszawa 1991, s. 9, 19; M. Horkheimer, *Krytyka instrumentalnego rozumu*, Warszawa 2007, s. 170–171.

9 Zob. M. Korolko, *Sztuka retoryki. Przewodnik encyklopedyczny*, Warszawa 1998, s. 40–42.

10 Zob. C. Perelman, *Logika prawnicza: nowa retoryka*, Warszawa 1984, s. 166.

11 Zob. P. Taggart, *Populizm, lud i rdzenna kraina* [w:] *Populizm...*, s. 81.

12 P. Sloterdijk, *Pogarda mas*, Warszawa 2012, s. 25–26.

13 Tak: S. Olszyk, *Vox populi vox dei. Teoria populizmu politycznego*, „Annales Academiae Paedagogicae Cracoviensis. Studia Politologica” 2007, t. 46 nr 3, s. 237; A. Lipiński, A. Stępińska, *Przegląd badań nad populizmem w Polsce* [w:] *Badania nad dyskursem populistycznym. Wybrane podejścia*, red. A. Lipiński, A. Stępińska, Poznań 2020, s. 25.

ki populistycznej, która stawia sobie za cel ukazanie ludowi, że trzymające stery polityczne i gospodarcze społeczeństwa elity są zdemoralizowane i dbają jedynie o swój interes. Stąd bardzo częsty zabieg w postaci formułowania ocen o charakterze moralnym w stosunku do grup znajdujących się na szczycie drabiny społecznej, których sposób życia stanowi zaprzeczenie moralności mas ludowych¹⁴.

Obok *sui generis* „ludocentryzmu” oraz antyestablishmentowego charakteru populistycznej retoryki Belén Fernandez-Garcia wyróżnił również trzeci element konstytutywny, którym jest suwerenność ludu¹⁵. Lud cechuje się często znaczną liczebnością, która jednak nie ma żadnego przełożenia na realną siłę polityczną. Obietnica zwrotu suwerenności w ręce większości i ochrona jej interesów stanowi również bardzo silny argument w arsenale populistów. Jednakowoż, jak pokazuje przeprowadzona przez wspomnianego autora analiza, to właśnie „ludocentryzm” stanowi najpowszechniejszy argument stosowany przez populistyczne partie. Analiza manifestów i przemówień polityków hiszpańskich partii politycznych wykazała, że kilka lub nawet kilkanaście razy częściej, w zależności od reprezentowanego ugrupowania, politycy odwołują się do tej właśnie kategorii niż do pozostałych dwóch, zatem podstawowym spoiwem ludu jest wspólna tożsamość, ukształtowana na wspólnych problemach wynikających z podobnego położenia względem określonego problemu, a dopiero w dalszej kolejności lud spajają jego antyestablishmentowy charakter oraz potrzeba suwerenności, choć nie są to czynniki, które w jakimkolwiek stopniu można lekceważyć.

Zarysowanie audytorium populistycznego ma kluczowe znaczenie dla możliwości zrozumienia, jaką rolę populizm odgrywa w prawie, szczególnie zaś w prawie karnym. Jak wynika z przeprowadzonej analizy, populizm bazuje w dużej mierze na społecznym konflikcie pewnych racji, zależnych oczywiście od płaszczyzny, na której jest toczony. W społeczeństwie konflikt jest zjawiskiem immanentnym, a spory między jednostkami istnieją od zarania ludzkości, toteż w reakcji na to zjawisko pojawiła się potrzeba wypracowania satysfakcjonujących, a co najważniejsze – obowiązujących wszystkich aktorów – stosunków społecznych metod i reguł rozwiązywania sporów, tak aby zminimalizować zjawisko pokrzywdzenia. Prawo stanowi narzędzie utrzymania społecznego ładu, którego celem jest wypracowanie procedur

14 Zob. K. Wojtas, *Populizm*, www.omp.org.pl/wojtas.htm (dostęp: 11 lutego 2022 r.).

15 Zob. B. Fernández-Garcia, *Populist parties in Western Europe. An analysis of three core elements of populism*, „Communication & Society” 2018, t. 31, nr 3, s. 63.

rozwiązywania sporów między uczestnikami życia społecznego. Émile Durkheim dobrze oddał tę funkcję prawa, pisząc: „Gdybym spróbował pogwałcić przepisy prawa, działałyby one przeciwko mnie w ten sposób, ażeby czyn mój udaremnić, jeżeli nie został jeszcze popełniony; ażeby go anulować i przywrócić wszystko do stanu normalnego, jeżeli czyn został już popełniony, ale da się naprawić; albo też, ażeby zmusić mnie do ekspiacji, jeżeli nie można mojego czynu naprawić inaczej”¹⁶. Podobne założenia leżą u podstaw niemal wszystkich koncepcji umowy społecznej, zgodnie z którymi jednostki dobrowolnie nakładają na siebie ograniczenie w celu ochrony przed naruszeniami ze strony innych. Poprzez fikcyjną umowę społeczną dokonujemy pozytytywizacji pewnych praw naturalnych tudzież innych praw, a także ustalamy jednakowe dla każdego reguły postępowania w konkretnych sytuacjach wraz z mechanizmami ich realizacji oraz dochodzenia. Projektujemy w ten sposób swoistą „grę” w rozumieniu Ludwiga Wittgensteina, która ma swoje zasady i uczestnictwo w niej wymaga ich akceptacji¹⁷, przy czym od „gry językowej”, zaproponowanej przez austriackiego filozofa, tę „grę społeczną” odróżnia katalog wymierzanych za naruszenie jej reguł sankcji, które bardzo często mają inwazyjny charakter dla jednostki stanowiącej ich cel. Wśród tych sankcji, co stosunkowo oczywiste, szczególne miejsce zajmują sankcje karne, które jako cel obierają jednostkę wraz z jej majątkiem, integralnością cielesną, a do niedawna nawet w wielu krajach naszego kręgu kulturowego – życiem.

3. Prawo karne a emocje

Funkcji prawa karnego w nauce prawa wyróżnia się wiele, na czele z funkcją sprawiedliwościową, ochronną i gwarancyjną¹⁸. Obok funkcji prawa karnego należy mieć na względzie również funkcje samej kary, pozostającej z prawem karnym w nierozzerwalnym związku. Spośród nich najczęściej wyróżnia się funkcje: represyjną, prewencyjną i rehabilitacyjną¹⁹. Wszystkie te funkcje prawa karnego i kary kryminalnej są w doktrynie dokładnie omówione i nie wymagają na gruncie niniejszej pracy szerszego

16 É. Durkheim, *Zasady metody socjologicznej*, Warszawa 2007, s. 42.

17 Więcej o samej koncepcji „gier językowych” pisze L. Wittgenstein, *O pewności*, Warszawa 2014.

18 Zob. L. Gardocki, *Prawo karne*, Warszawa 2017, s. 7–8.

19 Zob. K. Kulig, *Teoria pracowniczej odpowiedzialności porządkowej*, Warszawa 2017, s. 27.

komentarza, niemniej jednak najtrafniejszą i zarazem najprostszą chyba definicję sformułował Włodzimierz Wróbel na pierwszym wykładzie z prawa karnego dla studentów Uniwersytetu Jagiellońskiego w październiku 2021 r., twierdząc, że prawo karne jest „instrumentem zachowania społecznego pokoju”, która to definicja zasługuje na omówienie. Celem prawa karnego jest rozładowanie negatywnych emocji podlegających mu jednostek. Jego celu nie powinno upatrywać się wyłącznie w organizacji życia społecznego, a w okiełznaniu poczucia niesprawiedliwości, które zawsze towarzyszy ludzkiej krzywdzie. Prawo karne funkcjonuje wyłącznie w obliczu czyjejś krzywdy wyrządzonej przestępstwem czy też naruszenia jakiegoś dobra, które jako społeczeństwo uznajemy za warte ochrony. Reakcją prawnokarną jest wymierzenie sprawcy dolegliwości adekwatnej do wyrządzonego przez niego zła z uwzględnieniem wszystkich celów kary. Powyższa definicja jest trafna w kontekście zawartych tu rozważań, gdyż kładzie nacisk na emocje społeczne, stanowiące cel oddziaływania populistów. Emocje związane z przestępstwem są niezwykle silne, zarówno po stronie sprawcy, jak i osoby pokrzywdzonej jego czynem, a czasem również szerszego audytorium, jeżeli czyn sprawcy godzi w dobro prawne zajmujące szczególne miejsce w hierarchii wartości wyznawanych przez społeczeństwa, dlatego szczególnie okrutne zabójstwa, zgwałcenia czy malwersacje finansowe na ogromną skalę zyskują duży rozgłos w mediach, stanowiąc nierzadko impuls do debaty na temat prawa karnego i sankcji karnych.

Wobec powyższych rozważań kluczowym elementem definicji prawa karnego w kontekście omawiania zjawiska populizmu penalnego jest konflikt społeczny spowodowany przestępstwem oraz towarzyszące mu emocje. Prawo karne funkcjonuje jako potężny instrument społecznego oddziaływania na sprawcę. Operować nim mogą bardzo konkretne organy i instytucje na mocy nie tyle ustawowego i konstytucyjnego upoważnienia, ile społecznego mandatu. Obywatel musi mieć świadomość, że sędzia, który rozpoznaje jego sprawę, prokurator, który prowadzi postępowanie przeciwko niemu, a także jego obrońca nie są osobami przypadkowymi, lecz pełnią swoje funkcje w wyniku pozytywnej weryfikacji ich zdolności do działania w procesie. Radykalne zmiany w systemie prawa lub praktyce jego stosowania mogą spowodować spadek zaufania do prawników w społeczeństwie²⁰, co przekłada

20 W Polsce w 2018 r. zaufanie do sędziów spadło o 8 pkt. procentowych w stosunku do 2016 r. (z 54% do 46%), a do wszystkich prawników, bez rozróżnienia na profesje, o 7 pkt. procentowych (z 58% do 51%). Podobne tendencje spadkowe obserwowane są m.in. w Rosji, Szwecji (tam spadek zaufania do sędziów wyniósł aż 12 pkt. procentowych)

się na słabsze społeczne oddziaływania wyroków sądów, decyzji organów administracji czy też prawa w ogóle.

W hierarchii potrzeb ludzkich skonstruowanej przez Abrahama Maslowa²¹ potrzeba bezpieczeństwa, na którą składa się m.in. potrzeba wolności od strachu i naruszeń własnej integralności, znajduje się tuż za najbardziej podstawowymi potrzebami natury fizjologicznej. Prawo chroniące określone wartości oraz mechanizmy skutecznego egzekwowania tegoż prawa mają zapewnić jednostce właśnie to poczucie, zatem w sytuacji, w której naruszenie prawa nie spotyka się z adekwatną reakcją lub jest samo w sobie niezwykle rażące, zaufanie do prawa, a co za tym idzie – poczucie bezpieczeństwa, spada, a jednostce towarzyszy strach, który zagospodarować można na dwa sposoby: wprowadzić funkcjonalne i działające mechanizmy ochrony praw i wolności lub stworzyć ich iluzję. Droga populistyczna, co w dalszej części zostanie wyjaśnione, zakłada to drugie.

4. Charakterystyka populizmu penalnego

Działalność prawodawczą opartą na założeniach punitywizmu, określaną mianem populizmu penalnego właśnie, należy oddzielić jednak od populizmu *sensu largo*, albowiem populizm penalny stanowi wycinek szerszego zjawiska, jakim jest populizm²². Populizm penalny należy zdefiniować przede wszystkim rodzajowo, jako sposób prowadzenia polityki kryminalnej w duchu populizmu. Samo pojęcie populizmu penalnego wywodzić ma się z anglosaskich nauk prawnych Tima Newburna²³, a jego użycie współczesne ma swoje źródło w pracy Anthony'ego Bottomsa, poświęconej „punitowności penalnej”, które to zjawisko opiera się na punitywnym nastawieniu do przestępczości i związanym z nim zmniejszonym współczuciem

czy Korei Południowej. Statystyki za: GfK Verein, *Trust in Professions 2018 – a GfK Verein study. From firefighters to politicians*, Norymberga 2018.

21 Zob. A. Maslow, *A theory of human motivation*, „Psychological Review” 1943, t. 50, nr 3, s. 370–396.

22 Zob. V. Vachev, *O populizmie na gruncie współczesnego prawa karnego* (referat na XXIII konferencję Wydziału Prawa i Administracji UW), niepubl., s. 4.

23 Zob. S. Waltoś, *O polskim populizmie penalnym w związku z książką J. Pratta „Penal populism” uwag kilka* [w:] *Nauki penalne wobec problemów współczesnej przestępczości. Księga jubileuszowa z okazji 70. rocznicy urodzin Profesora Andrzeja Gaberle*, red. K. Krajewski, Warszawa 2007, s. 397.

społeczeństwa wobec sprawców przestępstw²⁴. Społeczna percepcja przestępstw, w związku z którą mogą pojawiać się określone emocje, jest współcześnie w bardzo dużym stopniu kształtowana przez media, przynajmniej w dużych zbiorowościach. O ile bowiem w małych miejscowościach, w których większość mieszkańców zna się co najmniej ze słyszenia, informacje o przestępstwie rozchodzą się szybko, o tyle już w większych skupiskach często przechodzą one niezauważone same z siebie, a stają się tematem dyskursu społecznego dopiero w momencie nagłośnienia przez media. Oczywiście w czasach, gdy nie istniały środki masowego przekazu, zdarzały się przykłady popadania całych społeczności w psychozę i panikę w wyniku zabobonów czy przesądów towarzyszących tragicznym wydarzeniom, jednak zjawiska te miały charakter głównie lokalny (*vide* kazus tzw. czarownic z Salem). Sama rola mediów we współczesnym dyskursie politycznym bądź też prawnym jest niezwykle rozbudowanym tematem, ze względu na zjawisko tzw. mediatyzacji polityki, które polega, z jednej strony, na pośredniczeniu między decydentami a społeczeństwem przy komunikowaniu planów i decyzji tych pierwszych tym drugim, ale także na kształtowaniu w społeczeństwie postaw politycznych oraz wpływowaniu na polityków poprzez odpowiednie ukierunkowywanie społecznej presji. Informacja, stanowiąca nadrzędny oręż walki mediów, w bardzo dużym stopniu odpowiada za kształtowanie się w społeczeństwie określonych postaw²⁵. Ich rola jest tym bardziej istotna, im bardziej do czynienia mamy ze społeczeństwem informacyjnym, w którym relacja między władzą i wiedzą wysuwa się na pierwszy plan, przynajmniej jeśli chodzi o istotność, bowiem współcześnie relacje te władza usiłuje maskować²⁶. Jak pokazują wyniki badań, podstawowym źródłem społecznej wiedzy na temat przestępczości są środki masowego przekazu (zwłaszcza telewizja i internet)²⁷. Odbiorcy są konfrontowani z obrazem przestępstwa, w następstwie czego konstruują własne wyobrażenia o rzeczywistości kryminalnej, zabarwione już jednak medialną narracją²⁸. Podejście to nazywane jest w nauce kryminologii „konstruktywizmem społecznym” i zjednało sobie bardzo wielu zwolenników²⁹.

24 Zob. A. Bottoms, *The Philosophy and Politics of Punishment and Sentencing* [w:] *The Politics of Sentencing Reform*, red. C. Clarkson, R. Morgan, Oksford 1995, s. 23 i n.

25 Zob. S. Lash, *Critique of information*, Londyn 2002, s. 75.

26 Zob. M. Foucault, *Historia seksualności*, Warszawa 1995, s. 78–79.

27 Zob. V.J. Callanan, *Feeding the Fear of Crime. Crime-Related Media and Support for Three Strikes*, Nowy Jork 2005, s. 54; T. Szymanowski, *Przestępczość i polityka karna w Polsce. W świetle faktów i opinii społeczeństwa w okresie transformacji*, Warszawa 2012, s. 203.

28 Zob. D. McQuail, *Teoria komunikowania masowego*, Warszawa 2007, s. 452.

29 Zob. M. Szafrńska, *Penalny populizm a media*, Kraków 2015, s. 113 wraz z cytowaną tam literaturą.

Obok roli mediów w kształtowaniu postaw społecznych w stosunku do sprawców i ofiar przestępstw, a także samego prawa karnego, która stanowi kluczowy element populistycznej polityki tworzenia prawa karnego, należy pochylić się nad cechami konstytuującymi politykę populizmu penalnego. Na chwilę obecną temat ten był wielokrotnie poruszany w nauce prawa karnego, natomiast dotychczas konstruowane w polskiej doktrynie definicje zdają się nie ujmować wszystkich kluczowych elementów, co pozostawia nadal otwartą przestrzeń dla badań naukowych.

Jednym z najbardziej znanych badaczy zjawiska populizmu penalnego jest David Garland, który poświęcił mu dużą część swojej twórczości. Zdaniem szkockiego badacza populizm penalny jest formą dyskursu politycznego, stawiającą ponad (dyskredytowanymi przez siebie) opiniami ekspertów „autorytet ludu”. Populiści penalni roszczą sobie prawo do wypowiedziania się w imieniu ludu, co często uzasadniają uzyskanym mandatem politycznym do sprawowania jakiejś części władzy. Wiąże się to jego zdaniem ze zjawiskiem rosnącej politycyzacji procesu prawodawczego, który jest przeprowadzany z uwzględnieniem zmieniających się sympatii i uczuć wyborców, zamiast efektywności i systemowej spójności wprowadzanych zmian³⁰. Stanowienie prawa karnego w sposób populistyczny jest oparte na emocjach społecznych zamiast na analizie społecznych skutków każdorazowej zmiany przepisów. Z podobnego założenia wychodzi również Julian Roberts, twierdząc, że populizm stanowi reakcję polityczną, przedkładającą społeczną popularność nad inne względy polityczne i merytoryczne³¹. John Pratt akcentuje partykularyzm polityki populistycznej, wskazując, że adresowana jest ona nie do „ludu” jako całości, ale raczej do konkretnych „wycinków” tejże, które czują się pominięte czy wykluczone z życia społecznego. Polityka populistyczna służy w tej sytuacji odpowiedniemu kierowaniu społecznego gniewu przeciwko tym, którzy rzekomo bądź realnie odpowiedzialni są za zaistniałą sytuację³². John Pratt, uznawany za „najwytrwalszego” badacza zjawiska populizmu penalnego, nie formułuje jego definicji, za kluczowy jego element uznając pozorne upodmiotowienie mas ludowych, żerujące na zakorzenio-

30 Zob. D. Garland, *What's Wrong with Penal Populism? Politics, the Public, and Criminological Expertise*, „Asian Journal of Criminology” 2021, t. 16 nr 3, s. 258.

31 Zob. J.V. Roberts, L.J. Stalans, D. Indermaur, M. Hough, *Penal Populism and Public Opinion: Lessons from Five Countries*, Nowy Jork 2003, s. 3.

32 Zob. J. Pratt, *Penal populism*, Londyn 2007, s. 10 i n.

nych w nich, często irracjonalnych, lękach spowodowanych globalizacją³³. Oba te zjawiska skumulowane sprzyjają powstawaniu partykularnych grup interesów, opowiadających się za określonymi zmianami polityki karnej w obszarach generujących duże społeczne emocje, jak prawnokarna ochrona życia i zdrowia, status ontologiczno-prawny płodu ludzkiego czy legalizacja substancji psychoaktywnych – tam, gdzie emocje społeczne są szczególnie silne, większą moc oddziaływania mają populiści penalni. Arie Freiberg i Karen Gelb z kolei przy definiowaniu populizmu kładą nacisk na bardzo istotne zjawisko „moralnej paniki” związanej z przesadnie udratyzowanym obrazem przestępstwa przekazywanym przez media, które to zjawisko rodzi w społeczeństwie potrzebę partycypacji w wymierzaniu sprawiedliwości³⁴.

W polskiej nauce prawa karnego warto przytoczyć rozważania Wojciecha Zalewskiego, który jako dwa główne czynniki sprzyjające populizmowi penalnemu wyróżnił media oraz wykorzystywanie społecznych lęków, które idą w parze ze spadkiem zaufania do sądów, organów ścigania oraz ekspertów³⁵, w związku z czym jego definicja populizmu penalnego bliska jest pierwotnej definicji Anthony’ego Bottomsa, zgodnie z którą populizm penalny stanowi „zespół społecznych przekonań, a także działań politycznych i legislacyjnych podejmowanych z programowym ograniczaniem roli ekspertów, współkształtowany przez media, charakteryzujący się surowym nastawieniem do przestępczości i brakiem współczucia dla jej sprawców”³⁶. Autor ten wskazuje jednakowoż, że populizm penalny rozwija się głównie w krajach anglosaskich, w Europie zaś skutecznie hamowany jest przez obowiązujące na jej obszarze prawo międzynarodowe, niezależne media, silną pozycję specjalistów i ekspertów oraz państwo dobrobytu³⁷.

Bardzo ciekawe rozważania odnośnie do populizmu penalnego przedstawia również Włodzimierz Wróbel, który wskazuje, iż populizm penalny charakteryzuje „ustawodawstwo emocjonalne” czy też „irracjonalną kryminalizację”, stanowiącą reakcję władzy na nagłościone bieżące wydarzenia na-

33 Zob. *ibidem*, s. 36.

34 Zob. *Penal Populism, Sentencing Councils and Sentencing Policy*, red. A. Freiberg, K. Gelb, Nowy Jork 2013, s. 13.

35 Zob. W. Zalewski, *Populizm penalny – próba zdefiniowania zjawiska* [w:] *Populizm penalny i jego przejawy w Polsce. Materiały z ogólnopolskiego zjazdu katedr prawa karnego*, red. Z. Sienkiewicz, R. Kokot, Wrocław 2009, s. 23–29.

36 *Ibidem*, s. 31–32.

37 Zob. *ibidem*, s. 31.

tury kryminalnej³⁸. W podobnym duchu wypowiadał się Marian Filar, utożsamiając irracjonalną politykę karną z emocjonalnością³⁹. Należy jednak, zdaniem Włodzimierza Wróbla, odróżnić potocznie rozumianą racjonalność od racjonalności w sferze kryminalizacji, bowiem, jak wskazuje autor, celem ustawodawcy emocjonalnego jest dostarczenie satysfakcji moralnej społeczeństwu zamiast realnej walki ze zjawiskiem przestępczości, choć rzecz jasna pożądana jest sytuacja, gdy oba idą w parze. Sama racjonalna polityka karna powinna sprowadzać się *de facto* do racjonalnej kryminalizacji, czyli kryminalizacji kierującej się kilkoma naczelnymi zasadami, takimi jak: celowość kryminalizacji, adekwatność reakcji kryminalizacyjnej do skali danego zjawiska, uwzględnienie rachunku zysków i strat spowodowanych daną decyzją kryminalizacyjną oraz, przede wszystkim, utrzymanie wewnętrznej spójności prawa karnego oraz traktowanie go w kategoriach *ultima ratio*⁴⁰. Przeciwnieństwem opisanej powyżej polityki „racjonalizmu penalnego” jest polityka populistyczna, opierająca się na prostej relacji, w której wzrost przestępczości powoduje automatyczne niejako zaostrzenie granic odpowiedzialności karnej, a także na paradygmacie retrybutywizmu, społecznego oczekiwania, że państwo zapewni bezpieczeństwo obywateli (z czym w parze idzie różnicowanie prawa karnego na prawo karne „naszych” i „obcych”, gdzie w przypadku tych drugich mamy do czynienia z obniżeniem standardów gwarancyjnych w myśl zasady „praworządny obywatel nie ma się czego obawiać”)⁴¹.

Pogłębione rozważania na temat populizmu penalnego uczynił również Jan Widacki, który retorykę populistyczną podsumował następująco: „My robimy – a nasi polityczni konkurenci nie zrobili w tym względzie dla was nic. Lekceważyli was i wasze głosy. Nie dbali o bezpieczeństwo wasze i waszych dzieci”⁴², wskazując również na manipulacyjny charakter tejże.

38 Zob. W. Wróbel, *Czy powrót do racjonalizmu? Projekty nowelizacji Kodeksu karnego w perspektywie zmian dokonanych w prawie karnym w latach 2005–2007* [w:] *Populizm penalny...*, s. 103–104.

39 Zob. M. Filar, *Polityka kryminalna czy polityka? (Nowelizacja Kodeksu Karnego w zakresie przestępstw seksualnych)* [w:] *Węzłowe problemy prawa karnego, kryminologii i polityki kryminalnej. Księga pamiątkowa oferowana Profesorowi Andrzejowi Markowi, red. V. Konarska-Wrzošek, J. Lachowski, J. Wójcikiewicz, Warszawa 2010*, s. 848.

40 Zob. W. Wróbel, *Czy powrót do racjonalizmu? Projekty nowelizacji Kodeksu karnego w perspektywie zmian dokonanych w prawie karnym w latach 2005–2007* [w:] *Populizm penalny...*, s. 104.

41 Zob. *ibidem*, s. 105–106.

42 J., Widacki, *Zamiast wstępu. Czym jest i do czego służy populizm penalny* [w:] *Populizm penalny*, red. J. Widacki, Kraków 2017, s. 9.

Istotne również w kontekście uprawiania polityki populistycznej jest wnioskowanie o ogólnych zjawiskach na podstawie partykularnych, często wyrwanych z kontekstu, wydarzeniach o patologicznym charakterze. Owa ekstrapolacja służyć ma przedstawieniu zafałszowanego obrazu rzeczywistości i sianiu wspomnianej wcześniej „moralnej paniki”⁴³.

Tomasz Kaczmarek dopatruje się prawicowych korzeni populizmu penalnego, wspominając fakt, iż sam populizm bywa niekiedy określany mianem „prawicowego realizmu”, a jako definicję populizmu przyjmuje on twierdzenie, iż jest to instrumentalny sposób wykorzystania prawa do zdobycia lub utrzymania władzy⁴⁴. Autor ten wspomina również o głównym źródle siły władzy populistycznej, którym jest utrzymywanie pewnego poziomu poczucia zagrożenia wśród obywateli, co stanowić ma legitymację dla prowadzenia surowej polityki kryminalnej, zatem, co może wydawać się paradoksalne, zbyt niski spadek przestępczości może być dla takiej władzy zjawiskiem niepożądanym. Duży nacisk ze strony władzy populistycznej na politykę kryminalną wynika właśnie z jej prawicowego charakteru, stawiającego ją w opozycji w stosunku do władzy socjalnej, co wiąże się z ograniczeniem inicjatywy politycznej władzy do sfery szeroko pojętego bezpieczeństwa⁴⁵. Tomasz Kaczmarek twierdzi, że siła prawa zależy w znacznej mierze od społecznej aprobaty dla niego, toteż opinia społeczeństwa powinna zostać uwzględniona przy jego tworzeniu, z tym, że racjonalny ustawodawca powinien wiedzieć, gdzie kończy się dialog społeczny, a zaczyna zbyt daleko idący nacisk⁴⁶. Sposobem na uniknięcie wspomnianego nacisku ma być, zdaniem autora, włączenie do dialogu społecznego tych grup obywateli, które mają w dyskutowanej dziedzinie jakies obeznanie. I tak przy ustawach karnych partnerami do dialogu będą środowiska prawnicze, z naciskiem na praktyków wymiaru sprawiedliwości, natomiast władza populistyczna, którą autor zdaje się utożsamiać z autorytarną, postuluje egalitaryzację dialogu społecznego i zaproszenie doń, poprzez media, odbiorcy masowego. Taka polityka, zdaniem autora, idzie w parze z zatarciem właściwej dla społeczeństwa modernistycznego hierarchii opartej na założeniach merytokracji, a sam populizm penalny został

43 Zob. M. Szafrńska, *op. cit.*, s. 25 wraz z cytowaną tam literaturą.

44 Zob. T. Kaczmarek, *Racjonalny ustawodawca wobec opinii społecznej a populizm penalny* [w:] *Populizm penalny...*, s. 35 wraz z cytowaną tam literaturą.

45 Zob. *ibidem*, s. 35–36; podobnie D. Garland, *The Culture of Control. Crime and Social Order in Contemporary Society*, Oxford 2001, s. 98.

46 Zob. T. Kaczmarek, *op. cit.*, s. 37.

określony jako formacja „antyintelektualna”⁴⁷. Z przedstawionych rozważań Tomasz Kaczmarek wyciąga wnioski, że populizm penalny realizuje założenia retrybutywizmu, realizowanego drogą zaostrzanych *ad hoc* reguł odpowiedzialności karnej oraz samych kar *sensu stricto*⁴⁸.

W ostatniej kolejności warto pochylić się nad pogłębionymi rozważaniami Michaliny Szafrąńskiej nad współczesną polityką karną. Zdaniem autorki populizm penalny rozgrywa się na płaszczyźnie działań politycznych *sensu stricto*, czyli przede wszystkim działań legislacyjnych, a także na płaszczyźnie społecznej retoryki, głównie za pomocą środków masowego przekazu⁴⁹. Michalina Szafrąńska kładzie nacisk na doraźny charakter zmian noszących znamiona tzw. fetyszyzmu prawnego, manifestującego się w naiwnej wierze, że „wzmocnienie represyjności prawa karnego automatycznie rozwiąże problem społeczny, którego dotyczy zmiana”⁵⁰, a także na ignorowanie wiedzy ekspertów z danej dziedziny, którzy wypowiadają się w odmiennym duchu niżli projektodawcy zmian w prawie. Opinie krytycznie w stosunku do projektowanych są pomijane, ich autorzy dyskredytowani, a narzędziem służącym ku temu jest podsycanie konfliktu społecznego spowodowanego konkretnym zjawiskiem kryminalnym⁵¹.

Mimo że powyższe definicje stanowią wycinek sformowanych w polskiej i zagranicznej nauce prawa karnego definicji populizmu penalnego, to na pierwszy rzut oka widać tendencję, którą w cytowanym już wcześniej fragmencie wyraził Peter Wiles – każdy przyjmuje taką definicję populizmu, jaka pasuje mu do prowadzonych badań i stawianej tezy. O ile bowiem powyższe definicje posiadają punkty wspólne, o tyle wszędzie nacisk położony jest na inny element. Celem niniejszych rozważań jest zatem sformułowanie definicji populizmu penalnego, która zawiera elementy dlań kluczowe i których koniunkcja wyróżnia go spośród innych form uprawiania polityki kryminalizacji, bowiem jako pierwszy i najważniejszy element definicji populizmu penalnego należy uznać definicję rodzajową – jest to, ponad wszelką wątpliwość, metoda uprawiania polityki karnej lub dyskursu politycznego na temat prawa karnego i kierunków kryminalizacji. W dalszej kolejności należy zwrócić uwagę na doraźny charakter zmian wprowadzonych

47 Zob. T. Kaczmarek, *op. cit.*, s. 38–39

48 Zob. *ibidem*, s. 47.

49 M. Szafrąńska, *op. cit.*, s. 43–47.

50 *Ibidem*, s. 43.

51 Zob. *ibidem*, s. 46.

przez polityków populistycznych, które bazują na krótkotrwałej kulminacji społecznych emocji spowodowanych konkretnym, nieodległym w czasoprzestrzeni zdarzeniem nagłośnionym przez media. Przykładem może być wprowadzenie ustawą z dnia 11 marca 2016 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. poz. 437) art. 523 § 1a k.p.k.⁵² jako reakcji na uznany przez opinię publiczną za „rażąco niski” wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie, w którym zmienił on karę dla sprawcy zabójstwa z kary dożywotniego pozbawienia wolności na karę 15 lat pozbawienia wolności⁵³. Wprowadzony przepis umożliwił wnoszenie, co do zasady niedopuszczalnej, kasacji z powodu niewspółmierności kary przez Prokuratora Generalnego. Opisana historia wyraźnie ukazuje sposób działania populistów penalnych – „spektakularny z wielu powodów przypadek zabójstwa, nagłośniony przez żądne sensacji i niekompetentne media, nierzetelnie informujące o sprawie, a także przez wpływową w społeczności lokalnej i aktywną w Internecie rodzinę ofiary, wywołał reakcję społeczną. Tę reakcję zagospodarowali politycy do swoich celów”⁵⁴. Opisane zjawisko w pełni wpisuje się w opisany przez Jana Widackiego schemat ilustrujący mechanizm funkcjonowania populizmu penalnego, zgodnie z którym media w reakcji na przestępstwo przedstawiają wyolbrzymiony obraz zbrodni, który z kolei powoduje stan „moralnej paniki” w społeczeństwie. W odpowiedzi decydenci reagują dwójako: medialnie i realnie, dbając o to, by medialnie obudować zmiany tak, aby spotkały się ze społeczną aprobatą. Problem „oficjalnie” zostaje rozwiązany, a jego realne rozwiązanie jest zdarzeniem przyszłym niepewnym, bowiem środki przedsięwzięte zostały przede wszystkim w celu załagodzenia społecznych emocji⁵⁵.

Jako kolejną cechę populizmu penalnego, oprócz wprowadzania zmian w prawie *ad hoc*, w wyniku kumulacji podsycanych przez media emocji społecznych, należy zaznaczyć iluzoryczność bezpieczeństwa, które populistyczni politycy obiecują zapewnić. Jest powszechnie przyjęte w nauce prawa

52 Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego (Dz. U. z 2021 r. poz. 534, 1023, 2447; z 2022 r. poz. 655, 958).

53 Wyr. Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 14 stycznia 2016 r., (II AKa 280/15, Lex nr 1993120), wydany w następstwie apelacji od wyroku Sądu Okręgowego w Nowym Sączu z 27 kwietnia 2015 r., (III K 61/14).

54 J. Widacki, *Populizm penalny. Anatomia jednego przypadku* [w:] *Populizm...*, s. 130.

55 Zob. J. Widacki, *Zamiast wstępu. Czym jest i do czego służy populizm penalny* [w:] *Populizm...*, s. 11.

i kryminologii, że zaostrzanie sankcji nie wpływa na spadek przestępczości⁵⁶. Częstym argumentem za zaostrzeniem kar za różne typy czynów zabronionych jest ogólnoprewencyjny charakter surowości kary, które to podejście od wielu lat nie jest uważane za właściwe przy zwalczaniu przestępczości⁵⁷. Cytowane badania pokazują, że bezpieczeństwo, jakie mają rzekomo zapewniać rozwiązania proponowane przez populistów penalnych, ma charakter iluzoryczny i subiektywny. Jednostka ma czuć się bezpieczniej ze względu na zaostrzenie kodeksowych kar za poszczególne przestępstwa, mimo że to poczucie nie ma żadnego logicznego uzasadnienia. Co więcej, ze względu na iluzoryczność zapewnionego bezpieczeństwa populistyczne zmiany nie przynoszą pożądanych rezultatów, co skutkuje błędnym kołem w postaci nakręcenia się nieskutecznej polityki karnej. Z iluzorycznością bezpieczeństwa, jaką zapewniać mają zmiany populistyczne, idzie również w parze wyolbrzymianie zagrożeń, przed którymi populiści mają chronić. Rozdmuchanie społecznych problemów, nierzadko realnych, ale o znacznie mniejszym znaczeniu, do skali absurdu, stanowi narzędzie „zarządzania strachem” w celu wprowadzenia w życie populistycznych zmian.

Jako trzecią cechę polityki populizmu penального wyróżnić należy marginalizację roli ekspertów przy stanowieniu prawa. David Garland zauważył, że to, co określa się mianem nastrojów społecznych, stało się ważniejszym argumentem w debacie publicznej niż opinie specjalistów z danej dziedziny. Zauważalna jest tendencja do powoływania się na „zdrowy rozsądek” i przedkładania prostych konstrukcyjnie rozwiązań ponad przeintelektualizowane i niezrozumiałe postulaty dogmatyków i praktyków wymiaru sprawiedliwości⁵⁸. Ważnym elementem strategii populistycznej jest oddawanie głosu ofiarom, w stosunku do których krytyka może skutkować wykluczeniem z debaty pod zarzutem bycia niewrażliwym oraz uprzywilejowanym, co ma

56 Zob. G. Antunes, A. Hunt, *The Impact of Certainty and Severity of Punishment on Levels of Crime in American States: An Extended Analysis*, „The Journal of Criminal Law and Criminology” 1973, t. 64, nr 4, s. 486–493 wraz z cytowaną tam literaturą i badaniami.

57 Zob. A. Zoll [w:] *Kodeks karny. Część ogólna. Tom I. Część I. Komentarz do art. 1–52*, red. W. Wróbel, A. Zoll, Warszawa 2016, art. 3, teza 4; J. Kulesza, *Negatywna prewencja generalna*, „Państwo i Prawo” 2011, nr 1, s. 37; A. Spotowski, *Zasada humanizmu jako dyrektywa reformy prawa karnego*, „Państwo i Prawo” 1988, nr 9, s. 118; A. Strzembosz, *O nowe ujęcie celów kary w ustawodawstwie karnym*, „Państwo i Prawo” 1989, nr 11, s. 118; K. Buchała, *System sądowego wymiaru kary w projekcie kodeksu karnego* [w:] *Problemy kodyfikacji prawa karnego. Księga ku czci Profesora Mariana Cieślaka*, red. S. Waltoś, Kraków 1993, s. 146.

58 Zob. D. Garland, *The Culture...*, s. 9.

związek z ukształtowanym na zachodzie zjawiskiem określanym jako *victimhood complex*⁵⁹. Pojawiają się opinie, że coraz większe zaangażowanie opinii publicznej w debatę na temat polityki karnej wynika nie tyle z marginalizacji opinii ekspertów, ile raczej z redefinicji pojęcia eksperckości⁶⁰, natomiast faktem jest, iż w dyskursie populistycznym znawcy dziedziny, nad którą toczy się debata, mający bogate doświadczenie zawodowe i naukowe, mają mniejszy wpływ na decyzje polityczne.

5. Próba oceny zjawiska populizmu penalnego

Podsumowując powyższe rozważania, należy spróbować ocenić samo zjawisko populizmu penalnego. Ocena ta, wbrew pozorom, nie jest całkowicie oczywista. Znani są filozofowie, dla których populizm nie stanowi zjawiska jednoznacznie negatywnego, a populistyczna debata jest naturalną przestrzenią wymiany poglądów między przedstawicielami różnych idei i ruchów społecznych w sytuacji rozkładu pojmowanej w zachodni sposób demokracji liberalnej⁶¹.

Z przytoczonych powyżej poglądów przedstawicieli doktryny, zwłaszcza Tomasza Kaczmarka, wyłania się jednoznacznie negatywna ocena zjawiska populizmu penalnego, który jest przedstawiany jako antyintelektualna formacja⁶², co nie wydaje się oceną w pełni ugruntowaną. Już Włodzimierz Wróbel wskazał, że sama decyzja kryminalizacyjna oparta na argumentach emocjonalnych może okazać się racjonalna, jeżeli zostaną spełnione kryteria prawidłowej kryminalizacji⁶³. Ponadto należy mieć na względzie społeczną legitymację obowiązującego prawa. Albert Dzur wskazuje, że populizm penalny winien być postrzegany jako próba sanacji zjawiska „deficytu demokracji”, jako ruch społeczny prowadzący do konstruktywnego zaangażowa-

59 Zob. B. Campbell, J. Manning, *The Rise of Victimhood Culture*, Nowy Jork 2018, s. 38.

60 Zob. L. Turner, *Penal Populism, Deliberative Methods, and the Production of „Public Opinion” on Crime and Punishment*, „The Good Society” 2014, t. 23 nr 1, s. 88.

61 Zob. C. Mouffe, *W obronie lewicowego populizmu*, Warszawa 2020, s. 15–29 wraz z cytowaną tam literaturą.

62 Zob. przypis 44.

63 Zob. W. Wróbel, *Czy powrót do racjonalizmu? Projekty nowelizacji Kodeksu karnego w perspektywie zmian dokonanych w prawie karnym w latach 2005–2007*, [w:] *Populizm penalny...*, s. 104.

nia mas w kształtowanie polityki karnej⁶⁴. Autor ten wskazuje ponadto, że wbrew obiegowym opiniom, populizm penalny nie musi wcale prowadzić do bardziej restrykcyjnej polityki kryminalnej, a nawet wprost przeciwnie – do łagodzenia polityki karnej w określonych obszarach w wyniku szerokiego zaangażowania podmiotów społecznych niepowiązanych ze środowiskami decydentów. Albert Dzur odróżnia również oparty na braku zaufania, strachu oraz wrogości wobec elit „twardy” populizm od „miękkiego” populizmu, opartego na społecznym zaangażowaniu i organizacji, nastawionego na dalekosiężne cele⁶⁵. Lynne Copson również zauważa główny problem, który cechuje populizm penalny – ponowne rozważenie i demokratyzację relacji między wiedzą ekspercką a polityką publiczną we współczesnym społeczeństwie⁶⁶. Wynika z tego pewne przesłanie, które niesie ze sobą populistyczny zwrot w polityce karnej – konieczność szerszej demokratyzacji polityki karnej i udziału czynnika społecznego w debacie nad nią.

Należy jednak wziąć pod uwagę racje potencjalnie przeciwne zaprezentowanym. Stanowienie prawa, w tym prawa karnego, za pośrednictwem ekspertów, profesorów, praktyków i badaczy ma niewątpliwe zalety, gdyż przepisy uchwalone w ten sposób są, przynajmniej w założeniu, bardzo dobrze i spójnie napisane, niemniej jednak idzie to w parze z wysokim stopniem skomplikowania norm prawnych, często połączonych ze sobą za pomocą odnośników, które dla osoby nietrudniącej się prawem może być znacznym utrudnieniem przy próbie zrozumienia swojej sytuacji prawnej. Przykładem tego może być polskie prawo podatkowe, którego stopień skomplikowania sprawił, iż w rankingu International Tax Competitiveness Index za 2021 r. Polska znalazła się na przedostatnim miejscu spośród krajów OECD⁶⁷. Prawo karne, jak każde prawo, nie występuje w „społecznej próżni” i musi wychodzić naprzeciw społecznym oczekiwaniom. Wymiar sprawiedliwości w Polsce już u swych konstytucyjnych podstaw powinien mieć demokratyczny charakter, co wynika wprost z art. 182 Konstytucji⁶⁸. Udział sędziów niezawodowych czy

64 Zob. A. Dzur, *The Myth of Penal Populism*, „Journal of Speculative Philosophy” 2010, t. 24, nr 4, s. 366.

65 Zob. *ibidem*, s. 366–370.

66 Zob. L. Copson, *After penal populism* [w:] *Democratic Theory and Mass Incarceration*, red. A. Dzur, I. Loader, R. Sparks, Oksford 2016, s. 164.

67 Zob. E. Asen, D. Bunn, *International Tax Competitiveness Index 2021*, Waszyngton 2021, s. 3.

68 Ustawa z dnia 2 kwietnia 1997 r. – Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej (Dz. U. Nr 78, poz. 483 z późn. zm.).

występowanie w polskim procesie karnym konsensualnych trybów zakończenia postępowania wskazują, iż możliwe jest wyposażenie stron w szerszy wachlarz możliwości kształtowania swojej sytuacji karnoprocesowej bez uszczerbku dla interesu społecznego. Zabiegi służące demokratyzacji procesu karnego mają na celu „zwrócenie kawałka władzy zwykłym ludziom”⁶⁹ i jako takie zasługują na debatę i uwzględnienie w kształtowaniu prawa karnego. Również zaangażowanie opinii publicznej w proces prawodawczy w celu wysłuchania społecznych potrzeb w zakresie prawa karnego może wpłynąć na większy szacunek audytorium wobec norm ustanowionych w ten sposób, co przełożyć się może na mocniejszą legitymizację obowiązującego prawa. Populizm penalny akcentuje ten problem i na sztandarach populistów znajdują się hasła oddawania władzy w ręce ludu lub powrotu do dawnej potęgi, czego przykładem może być bazujące na imperialnym resentymencie wyborcze hasło populistycznego prezydenta USA – Donalda Trumpa – „Make America great again”. Zbytne oderwanie prawa i polityki od obywateli nie jest zjawiskiem pożądanym, gdyż sprzyja polaryzacji społeczeństwa i tworzeniu się antagonizmu na linii władza – obywatele. Elitaryzm tworzonego prawa, ograniczenie grona osób zaangażowanych w proces prawotwórczy do polityków i ekspertów restytuują swoistą hierarchię i platoński podział pracy, w którym osoby znajdujące się na niższych szczeblach drabiny nie powinny angażować się w sprawy publiczne, zostawiając to tym, którzy się na tym znają⁷⁰.

Czy powyższe argumenty w całości przemawiają na korzyść populizmu penalnego? Wydaje się, że nie. Populizm penalny jako forma uprawiania polityki nie jest co do zasady efektywny, a jego pojawienie się w dyskursie prawnym stanowi skutek pewnych patologii życia politycznego. Zmiany populistyczne mimo wszystko z reguły opierają się na zaostrzaniu ogólnej polityki karnej, a jego „miękką” wariacją wyróżniona przez Alberta Dzura nie powinna być nazywana w ogóle populizmem, a właśnie demokratyzacją prawa. Zmiany populistyczne oczywiście mogą być skuteczne i efektywne, natomiast odbywa się to w sposób wpadkowy, gdyż sposób realizacji populistycznych postulatów prawnokarnych już z definicji jest niedoskonały, czego przykładem może być bardzo znana polityka *three strikes* wprowadzo-

69 W. Zalewski, *Sprawiedliwość naprawcza – formą demokracji deliberatywnej*, „Białostockie Studia Prawnicze” 2016, z. 1, s. 37.

70 Zob. Platon, *Państwo*, t. 1, Warszawa 1991, s. 189 i n.

na w Stanach Zjednoczonych⁷¹ czy polska „ustawa o bestiach”⁷². Populizm penalny może oczywiście prowadzić do zmian w prawie, które w finalnym rozrachunku okażą się zmianami dobrymi, niemniej jednak jest niebezpiecznym narzędziem i organy władzy publicznej nie powinny po niego sięgać, gdyż stwarza to duże pole do nadużyć. Jakkolwiek dobrze napisany nie był k.k. z 1932 r. (tzw. Kodeks Makarewicza), to należy odnieść się krytycznie do sposobu wprowadzenia go do polskiego porządku prawnego, tj. poprzez autorytatywne rozporządzenie Prezydenta, oddzielając tę krytykę od krytyki merytorycznej jego poszczególnych regulacji. Czy w zarysowanym kontekście można zatem stwierdzić, że omawiana we wcześniejszej części artykułu zmiana art. 523 k.p.k. jest jednoznacznie zła? Nie, gdyż ocena regulacji powinna zawsze przebiegać na płaszczyźnie treściowej, natomiast nowelizowanie prawa na fali społecznego gniewu w praktyce uniemożliwia merytoryczną dyskusję na ten temat.

Teza zakładająca, że populizm penalny „psuł prawo”, brzmi kolokwialnie, ale zawiera w sobie dużo racji. Zmiany populistyczne, wprowadzane *ad hoc*, nie uwzględniają całokształtu dotychczasowego dorobku prawodawczego, stanowiąc często „ciało obce” w istniejącym stanie prawnym. Należy jednak pamiętać, że samo zjawisko populizmu penalnego nie jest tożsame ze zmianami realizowanymi w jego duchu. O ile zmiany populistyczne należy krytykować przez pryzmat racjonalnej legislacji, o tyle samo zjawisko populizmu powinno stanowić impuls do refleksji nad sposobem stanowienia prawa i tego, czy na pewno, poza warstwą teoretyczną, prawo to wytrzyma konfrontację z praktyką nie tylko w wymiarze samego jego stosowania przez sądy i organy administracji publicznej, lecz także przez audytorium.

Jakub Stępień

71 Na temat tej polityki, znanej również jako *habitual offender laws*, zob. A. White, *The Juridical Structure of Habitual Offender Laws and the Jurisprudence of Authoritarian Social Control*, „University of Toledo Law Review” 2006, t. 37, nr 1, s. 705–745.

72 Więcej o wątpliwościach związanych z ustawą pisze O. Reizes-Dzieduszycka, *Bezpieczeństwo społeczne a wolność jednostki w kontekście regulacji postpenalnych w polskiej polityce kryminalnej* (tzw. „ustawa o bestiach”), „Zeszyty Naukowe Instytutu Administracji Akademii im. Jana Długosza w Częstochowie” 2015, t. 11, nr 1, s. 161–169.

Bibliografia

- ADORNO T., HORKHEIMER M., *Dialektyka oświecenia*, Warszawa 1994.
- ANTUNES G., HUNT A., *The Impact of Certainty and Severity of Punishment on Levels of Crime in American States: An Extended Analysis*, „The Journal of Criminal Law and Criminology” 1973, t. 64, nr 4.
- ASEN E., BUNN D., *International Tax Competitiveness Index 2021*, Waszyngton 2021.
- Badania nad dyskursem populistycznym. Wybrane podejścia*, red. Lipiński A., Stępińska A., Poznań 2020.
- CALLANAN V.J., *Feeding the Fear of Crime. Crime-Related Media and Support for Three Strikes*, Nowy Jork 2005.
- CAMPBELL B., MANNING J., *The Rise of Victimhood Culture*, Nowy Jork 2018.
- Democratic Theory and Mass Incarceration*, red. Dzur A., Loader I., Sparks R., Oksford 2016.
- Demokracja w obliczu populizmu*, red. Mény Y., Surel Y., Warszawa 2007.
- DURKHEIM É., *Zasady metody socjologicznej*, Warszawa 2007.
- DZUR A., *The Myth of Penal Populism*, „Journal of Speculative Philosophy” 2010, t. 24 nr 4.
- FERNÁNDEZ-GARCIA B., *Populist parties in Western Europe. An analysis of three core elements of populism*, „Communication & Society” 2018, t. 31 nr 3.
- FOUCAULT M., *Historia seksualności*, Warszawa 1995.
- GARDOCKI L., *Prawo karne*, Warszawa 2017.
- GARLAND D., *The Culture of Control. Crime and Social Order in Contemporary Society*, Oksford 2001.
- GARLAND D., *What's Wrong with Penal Populism? Politics, the Public, and Criminological Expertise*, „Asian Journal of Criminology” 2021, t. 16, nr 3.
- GfK Verein, *Trust in Professions 2018 – a GfK Verein study. From firefighters to politicians*, Norymberga 2018 r.
- HORKHEIMER M., *Krytyka instrumentalnego rozumu*, Warszawa 2007.
- Kodeks karny. Część ogólna. Tom I. Część I. Komentarz do art. 1–52*, red. Wróbel W., Zoll A., Warszawa 2016.
- KOROLKO M., *Sztuka retoryki. Przewodnik encyklopedyczny*, Warszawa 1998.
- KULESAJ., *Negatywna prewencja generalna*, „Państwo i Prawo” 2011, nr 1, s. 37.
- KULIG K., *Teoria pracowniczej odpowiedzialności porządkowej*, Warszawa 2017.
- LASH S., *Critique of information*, Londyn 2002.
- Mały słownik polsko-łaciński*, red. J. Korpanty, Warszawa 2001.
- MARCUSE H., *Człowiek jednowymiarowy*, Warszawa 1991.

- MASLOW A., *A theory of human motivation*, „Psychological Review” 1943, t. 50, nr 3.
- MCQUAIL D., *Teoria komunikowania masowego*, Warszawa 2007.
- MOUFFE C., *W obronie lewicowego populizmu*, Warszawa 2020.
- MUDDE C., ROVIRA KALTWASSER C., *Exclusionary vs. Inclusionary Populism: Comparing Contemporary Europe and Latin America*, „Government and Opposition” 2013, t. 48, nr 2.
- Nauki penalne wobec problemów współczesnej przestępczości. Księga jubileuszowa z okazji 70. rocznicy urodzin Profesora Andrzeja Gaberle*, red. K. Krajewski, Warszawa 2007.
- OLSYK S., *Vox populi vox dei. Teoria populizmu politycznego*, „Annales Academiae Paedagogicae Cracoviensis. Studia Politologica” 2007, t. 46, nr 3.
- Penal Populism, Sentencing Councils and Sentencing Policy*, red. A. Freiberg, K. Gelb, Nowy Jork 2013.
- PERELMAN C., *Logika prawnicza: nowa retoryka*, Warszawa 1984.
- PLATON, *Państwo*, t. 1, Warszawa 1991.
- Populism and the Mirror of Democracy*, red. F. Panizza, Londyn 2005.
- Populizm*, red. O. Wysocka, Warszawa 2010.
- Populizm penalny*, red. Widacki J., Kraków 2017.
- Populizm penalny i jego przejawy w Polsce. Materiały z ogólnopolskiego zjazdu katedr prawa karnego*, red. R. Kokot, Z. Sienkiewicz, Wrocław 2009.
- PRATT J., *Penal populism*, Londyn 2007.
- Problemy kodyfikacji prawa karnego. Księga ku czci Profesora Mariana Cieślaka*, red. Waltoś S., Kraków 1993.
- REIZES-DZIEDUSZYCKA O., *Bezpieczeństwo społeczne a wolność jednostki w kontekście regulacji postpenalnych w polskiej polityce kryminalnej (tzw. „ustawa o bestiach”)*, „Zeszyty Naukowe Instytutu Administracji Akademii im. Jana Długosza w Częstochowie” 2015, t. 11, nr 1.
- ROBERTS J.V., STALANS L.J., INDERMAUR D., HOUGH M., *Penal Populism and Public Opinion: Lessons from Five Countries*, Nowy Jork 2003.
- SLOTERDIJK P., *Pogarda mas*, Warszawa 2012.
- SPOTOWSKI A., *Zasada humanizmu jako dyrektywa reformy prawa karnego*, „Państwo i Prawo” 1988, nr 9.
- STRZEMBOSZ A., *O nowe ujęcie celów kary w ustawodawstwie karnym*, „Państwo i Prawo” 1989, nr 11.
- SZAFRAŃSKA M., *Penalny populizm a media*, Kraków 2015.
- SZYMANOWSKI T., *Przestępczość i polityka karna w Polsce. W świetle faktów i opinii społeczeństwa w okresie transformacji*, Warszawa 2012.
- The Politics of Sentencing Reform*, red. Clarkson C., Morgan R., Oksford 1995.

- TURNER L., *Penal Populism, Deliberative Methods, and the Production of „Public Opinion” on Crime and Punishment*, „The Good Society” 2014, t. 23 nr 1.
- VACHEV V., *O populizmie na gruncie współczesnego prawa karnego* (referat na XXIII konferencję Wydziału Prawa i Administracji UW), niepubl.
- Węzłowe problemy prawa karnego, kryminologii i polityki kryminalnej. Księga pamiątkowa oferowana Profesorowi Andrzejowi Markowi*, red. V. Konarska-Wrzosek, J. Lachowski, J. Wójcikiewicz, Warszawa 2010.
- WHITE A., *The Juridical Structure of Habitual Offender Laws and the Jurisprudence of Authoritarian Social Control*, „University of Toledo Law Review” 2006, t. 37, nr 1.
- WITTGENSTEIN L., *O pewności*, Warszawa 2014.
- WOJTAS K., *Populizm*, www.omp.org.pl/wojtas.htm (dostęp: 11 lutego 2022 r.).
- ZALEWSKI W., *Sprawiedliwość naprawcza – formą demokracji deliberatywnej*, „Białostockie Studia Prawnicze” 2016, z. 1.

SUMMARY

Penal populism. Definition, manifestations, evaluation

The aim of the study is to analyze the phenomenon of penal populism and to formulate a new, synthetic definition of it, taking into account the achievements of Polish and foreign legal doctrine. Through a critical analysis of the definitions already formulated, drawing on the achievements of 20th-century philosophy, the author will try to take into account all the features constituting the policy of penal populism in its definition, as well as assess the discussed phenomenon, showing the potential threats and opportunities resulting from it. The author will go to the roots of the phenomenon of populism as such, indicate its etymology, history, the possibility of transposing this concept onto the legal ground and discuss the mechanism of criminal law-making in a populist manner, pointing to alternative solutions.

Jakub Stępień, Master of Law and Bachelor of Philosophy at the University of Warsaw as part of the College of Interdisciplinary Individual Humanities Studies. He is particularly interested in criminal law, especially in theoretical issues, as well as in the philosophy of language and social philosophy; ORCID: 0000-0003-4812-4806.

Varia

Czesław Kłak, dr hab. nauk prawnych, prof. Uniwersytetu Pedagogicznego im. Komisji Edukacji Narodowej w Krakowie, członek Trybunału Stanu (od 2018 r.), członek Rady Legislacyjnej przy Prezesie Rady Ministrów (od 2019 r.), wykładowca Krajowej Szkoły Sądownictwa i Prokuratury (od 2011 r.), zastępca Dyrektora Krajowej Szkoły Sądownictwa i Prokuratury ds. aplikacji prokuratorskiej (od 2021 r.), prokurator Prokuratury Regionalnej w Rzeszowie. Uzyskał stypendium Fundacji na rzecz Nauki Polskiej dla wybitnych naukowców (w 2007 i 2008 r.). Jest autorem ponad 160 publikacji naukowych oraz wielu opinii prawnych sporządzonych na zlecenie instytucji państwowych i podmiotów prawa prywatnego. Brał udział w charakterze referenta w licznych konferencjach międzynarodowych i krajowych. Specjalizuje się w prawie karnym, postępowaniu karnym, kryminalistyce, kryminologii oraz naukach penitencjarnych. Jego zainteresowania naukowe obejmują także prawo konstytucyjne, naukę legislacji, ustrój organów ochrony prawnej, prawo międzynarodowe publiczne i prawo Unii Europejskiej; ORCID: 0000-0002-2886-4770.

Glosa do wyroku
Sądu Najwyższego
z dnia 19 maja 2021 r.,
sygn. akt V KK 198/21*

Czesław Kłak

* Lex nr 3177244.

W uzasadnieniu glosowanego wyroku Sąd Najwyższy wskazał, iż „przepis art. 34 § 3 k.k. nie przewiduje możliwości orzeczenia środka probacyjnego w przypadku skazania na karę bezwzględnego pozbawienia wolności”, dodając że „orzeczenie obowiązku probacyjnego, określonego w art. 72 § 1 pkt 3 k.k. (zobowiązanie oskarżonego do wykonywania ciężącego na nim obowiązku łżenia na utrzymanie innej osoby), nie jest ograniczone wyłącznie do wypadku skazania na karę ograniczenia wolności (art. 34 § 3 k.k.), ale jest również możliwe w wypadku skazania sprawcy na karę pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania (art. 72 § 1 pkt 3 k.k.), a także przy warunkowym umorzeniu postępowania karnego (art. 67 § 3 k.p.k.)”. Finalnie Sąd Najwyższy uznał, że w odniesieniu do postępowania nakazowego możliwe jest zobowiązanie oskarżonego do wykonywania ciężącego na nim obowiązku łżenia na utrzymanie innej osoby w przypadku, gdy sąd orzekł karę ograniczenia wolności.

Warto szerzej rozważyć problem orzekania obowiązków o charakterze probacyjnym w ramach postępowania nakazowego, w praktyce bowiem zdarzają się przypadki orzekania obowiązków probacyjnych w wyroku nakazowym albo w przypadku skazania na karę pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania bądź też w przypadku skazania na karę grzywny. W piśmiennictwie zagadnienia te stały się przedmiotem rozważań¹, ale nowelizacja Kodeksu karnego i Kodeksu postępowania karnego skłania do poczynienia dalszych uwag we wskazanej materii.

Zgodnie z brzmieniem art. 502 § 1 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego² (dalej: k.p.k.) wyrokiem nakazowym można orzec karę ograniczenia wolności lub grzywnę w wysokości do 200 stawek dziennych

1 Zob. C. Kłak, *Postępowania nakazowe w polskim procesie karnym a ochrona praw człowieka*, Warszawa 2008, s. 100–101.

2 T.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1375.

albo do 200 000 zł. Ustawodawca wyznaczył zatem zakres orzekania co do kar w postępowaniu nakazowym, wyraźnie określając zarówno rodzaj tych kar, jak i – w przypadku grzywny – także jej górne granice, przy czym ów górny pułap grzywny określony w przywołanym przepisie odnosi się i do kar jednostkowych, i do wymierzanej wyrokiem nakazowym kary łącznej³. Przekroczenie tych granic stanowi rażące naruszenie prawa – art. 502 § 1 k.p.k.⁴.

Wobec jasnego brzmienia art. 502 § 1 k.p.k., będącego konkretyzacją art. 500 § 1 k.p.k. odnośnie do kar, jakie mogą być orzeczone w wyroku nakazowym, nie jest dopuszczalne wymierzenie wyrokiem nakazowym kary pozbawienia wolności, na co trafnie zwrócono uwagę w orzecznictwie⁵. Innymi słowy, w postępowaniu nakazowym można orzec jedynie karę ograniczenia wolności lub grzywnę⁶.

Art. 502 § 1 k.p.k. nie przewiduje możliwości orzeczenia wyrokiem nakazowym jakichkolwiek obowiązków probacyjnych, przy czym z art. 502 § 2 k.p.k. wynika, że obok kary określonej w § 1 można, w przypadkach przewidzianych w ustawie, orzec środek karny, przepadek lub środek kompensacyjny. Zobowiązanie skazanego do wykonywania ciężącego na nim obowiązku lożenia na utrzymanie innej osoby (art. 72 § 1 pkt 3 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny⁷; dalej: k.k.), którego dotyczy głosowany wyrok Sądu Najwyższego, nie mieści się w zakresie przedmiotowym art. 502 § 2 k.p.k. – takie zobowiązanie nie jest bowiem ani środkiem karnym, ani też nie jest środkiem kompensacyjnym. Nie ma też nic wspólnego – z oczywistych względów – z przepadkiem. Innymi słowy, art. 502 § 1 i 2 k.p.k. nie stanowią podstawy orzekania środków probacyjnych w wyroku nakazowym, albowiem taka możliwość nie została w nich przewidziana, na co trafnie zwrócono uwagę w orzecznictwie⁸.

Powyższe uwagi nie prowadzą jednak do wniosku, że w postępowaniu nakazowym niedopuszczalne jest orzeczenie obowiązku o charakterze probacyjnym, w tym obowiązku lożenia na utrzymanie innej osoby. Jest to bowiem dopuszczalne, a brak wyraźnej regulacji w tym zakresie w ustawie procesowej

3 Zob. wyr. SN z dnia 13 grudnia 2021 r., (II KK 275/21, Lex nr 3334552); wyr. SN z dnia 27 czerwca 2021 r., (I KK 71/21, Lex nr 3353509).

4 Zob. wyrok SN z dnia 30 lipca 2020 r., (III KK 88/20, Lex nr 3150221); wyr. SN z dnia 30 czerwca 2020 r., (IV KK 158/20, Lex nr 3152795).

5 Zob. wyr. SN z dnia 19 maja 2021 r., (V KK 198/21, Lex nr 3177244).

6 Zob. wyr. SN z dnia 14 maja 2020 r., (IV KK 107/20, Lex nr 3212881).

7 T.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1138.

8 Zob. wyr. SN z 22 stycznia 2020 r., (III KK 625/19, Lex nr 3218421).

nie wyklucza możliwości zastosowania w postępowaniu nakazowym art. 72 § 1 pkt 3 k.k. Owa dopuszczalność wynika z faktu, że to przepisy prawa materialnego określają, w jakich przypadkach możliwe jest orzeczenie obowiązków o charakterze probacyjnym, a przepisy Kodeksu postępowania karnego nie wprowadziły w tym zakresie żadnego wyłączenia. Tym samym możliwość orzekania takich obowiązków determinowana jest przepisami prawa materialnego, w powiązaniu z katalogiem kar, które można orzec w wyroku nakazowym. Orzeczenie wobec oskarżonego obowiązku probacyjnego musi mieć wyraźną podstawę prawną – w prawie materialnym, na co słusznie zwrócono uwagę w orzecznictwie⁹. To z kolei powoduje, że jeżeli przepis prawa materialnego dopuszcza możliwość orzeczenia obowiązku probacyjnego, sąd może to uczynić w wyroku nakazowym, jeśli spełnione są warunki określone w ustawie karnej, ale jednocześnie nie stoi temu na przeszkodzie brzmienie art. 502 § 1 k.p.k. Obowiązki probacyjne – zgodnie z Kodeksem karnym – powiązane bowiem z wymierzaniem (orzekaniem) karami. Tym samym uznać należy, że orzeczenie takiego obowiązku jest formalnie możliwe, jeżeli ze względu na karę, która może być orzeczona w wyroku nakazowym, dopuszczalne jest orzeczenie takiego obowiązku.

W obecnym stanie prawnym, w orzecznictwie Sądu Najwyższego wskazano, że orzeczenie obowiązku określonego w art. 72 § 1 pkt 3 k.k. możliwe jest w wyroku nakazowym tylko w razie wymierzenia kary ograniczenia wolności¹⁰. Wynika to z faktu, że art. 34 § 3 k.k. wyraźnie stanowi, iż wymierzając karę ograniczenia wolności, sąd może orzec świadczenie pieniężne wymienione art. 39 pkt 7 lub obowiązki, o których mowa w art. 72 § 1 pkt. 2–7a. W odniesieniu do grzywny nie jest to możliwe, gdyż żaden przepis prawa materialnego takiej ewentualności nie dopuszcza, tj. ustawodawca nie przewidział, że wymierzając grzywnę, możliwe jest nałożenie na skazanego obowiązków probacyjnych. Co istotne, obecnie nie jest możliwe warunkowe zawieszenie wykonania grzywny (art. 69 § 1 k.k.), co powoduje że utracił aktualność pogląd, iż możliwe jest orzeczenie w wyroku nakazowym obowiązków probacyjnych, gdy wymierzono grzywnę z jednoczesnym warunkowym zawieszeniem wykonania orzeczonej kary¹¹, skoro bowiem obowiązki takie mogą być nałożone w przypadku warunkowego zawieszenia wykonania kary, a instytucja ta

9 Zob. wyr. SN z dnia 10 kwietnia 2018 r., (III KK 76/18, Lex nr 2558346).

10 Zob. wyr. SN z dnia 22 stycznia 2020 r., (III KK 625/19, Lex nr 3218421).

11 Zob. C. Kłak, *op. cit.*, s. 101.

obecnie odnosi się wyłącznie do kary pozbawienia wolności, to i art. 72 k.k. nie znajduje zastosowania w odniesieniu do grzywny.

Sąd Najwyższy w głosowanym wyroku podzielił pogląd, iż możliwe jest orzeczenie obowiązku probacyjnego, o którym mowa w art. 72 § 1 pkt 3 k.k., w wyroku nakazowym, za czym przemawia – zdaniem Sądu Najwyższego – brzmienie art. 34 § 3 k.k. Niewątpliwie art. 34 § 3 k.k. dopuszcza możliwość orzeczenia obowiązku probacyjnego, o którym mowa w art. 72 § 1 pkt. 2–7a, gdy sąd wymierza karę ograniczenia wolności, a ta – zgodnie z art. 500 § 1 k.p.k. i art. 502 § 1 k.p.k. – może być orzeczona w wyroku nakazowym. Sąd Najwyższy nie dostrzegł jednak art. 74 § 1 k.k., który stanowi, że „czas i sposób wykonywania nałożonych obowiązków wymienionych w art. 72 sąd określa po wysłuchaniu skazanego”. Przepis ten ma odpowiednie zastosowanie do orzekania świadczenia pieniężnego wymienionego w art. 39 pkt 7 oraz obowiązków, o których mowa w art. 72 § 1 pkt. 2–7a, w związku z orzekaniem kary ograniczenia wolności (art. 35 § 3 k.k.), co dotyczy także postępowania nakazowego (wyroku nakazowego).

Skoro w postępowaniu nakazowym sąd orzeka na posiedzeniu bez udziału stron (art. 500 § 4 k.p.k.), to rodzi się pytanie, w jaki sposób sąd ma zrealizować wymóg, o którym mowa w art. 74 § 1 k.k.? Uzasadnienie głosowanego wyroku przekonuje, że problem ten w ogóle nie był przedmiotem pogłębionej analizy Sądu Najwyższego. Również lektura uzasadnienia wyroku Sądu Najwyższego z dnia 22 stycznia 2020 r., III KK 625/19, wskazuje, że materia ta nie została poddana takiej analizie, a w wyroku tym Sąd Najwyższy zajął się dopuszczalnością orzekania obowiązków probacyjnych w wyroku nakazowym. Zagadnienie to jest kluczowe dla ustalenia możliwości (dopuszczalności) orzeczenia obowiązków probacyjnych na podstawie art. 34 § 3 k.k. w zw. z art. 72 § 1 pkt. 2–7a k.k.

W piśmiennictwie i orzecznictwie wskazano, że „wysłuchanie oskarżonego” w związku z nałożeniem obowiązków powinno nastąpić przed wyrokiem, a nie w postępowaniu wykonawczym¹², przy czym w orzecznictwie jednoznacznie wskazano, że odłożenie wysłuchania do postępowania wykonawczego czyniłoby wysłuchanie fikcją, skoro następowałoby po nałożeniu obowiązku¹³. Trafnie podniesiono również, że użyte w ustawie określenie „skazany” nie wiąże się ze statusem procesowym, lecz ze stosunkiem sprawcy przestępstwa do treści materialnej orzeczenia, a więc chodzi zatem o oskarżonego,

12 Zob. S. Hypś, [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. A. Grześkowiak, K. Wiak, Warszawa 2015, s. 518; G. Łabuda, [w:] *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, Warszawa 2021, teza 2 do art. 74.

13 Zob. wyr. SA w Krakowie z dnia 24 listopada 1999 r., (II Aka 203/99, KZS 1999, nr 12, poz. 22).

na którego w fazie wyrokowania ma być nałożony określony obowiązek¹⁴. Odnosić należy pogląd odmienny, a mianowicie, że określenie sposobu i czasu wykonania obowiązku informowania sądu o przebiegu okresu próby może na podstawie art. 74 § 1 k.k. nastąpić także w fazie postępowania wykonawczego, z urzędu lub na wniosek uprawnionych podmiotów, a trudno byłoby uznać za rażące naruszenie prawa brak określenia w wyroku skazującym sposobu realizacji obowiązku informowania sądu o sposobie przebiegu okresu próby, skoro kwestę tę można uszczegółowić na etapie postępowania wykonawczego¹⁵. Z poglądu tego wynika, że „wysłuchanie skazanego” nie musi bezwzględnie nastąpić na etapie wyrokowania, lecz może nastąpić na etapie wykonywania kary.

Pierwszy z zaprezentowanych poglądów oznacza – na co wskazano w piśmiennictwie – że przed wydaniem wyroku skazującego – każdego – sąd powinien przez bezpośredni kontakt z oskarżonym ustalić okoliczności obiektywne i subiektywne istotne dla określenia możliwości nałożenia obowiązków probacyjnych¹⁶. Siłą rzeczy, w ramach postępowania nakazowego, ze względu na brzmienie art. 500 § 4 k.p.k., nie jest to możliwe. Jeżeli jednak przyjmie się drugi z zaprezentowanych poglądów, to sąd może wydać wyrok nakazowy, w którym orzeczone zostaną obowiązki probacyjne w związku z orzeczeniem kary ograniczenia wolności, a czas i sposób ich wykonywania określone zostaną w postępowaniu wykonawczym.

Nie ulega wątpliwości, że w ramach postępowania wykonawczego możliwe jest określenie czasu i sposobu wykonywania obowiązków probacyjnych, art. 74 § 1 k.k. nie znajduje bowiem zastosowania wyłącznie do etapu wyrokowania, za czym przemawia wykładania całego art. 74 k.k. Nie zmienia to jednak tego, że obowiązek „wysłuchania skazanego” obciąża co do zasady wyrokujący w sprawie sąd, który przed nałożeniem określonych obowiązków powinien ustalić istotne okoliczności, czemu służy właśnie „wysłuchanie skazanego”. Ustawa nie określa jednak ani trybu owego „wysłuchania”, ani też jego zakresu. Z art. 74 § 1 k.k. wynika jedynie, że „czas i sposób wykonania” obowiązków probacyjnych sąd określa po „wysłuchaniu skazanego”, co oznacza, że skazanemu należy zapewnić możliwość zajęcia stanowiska w kwestii owego „czasu i sposobu wykonania” obowiązków probacyjnych,

14 Zob. S. Hypś, *op. cit.*, s. 518 i cytowane tam orzecznictwo; G. Łabuda, *op. cit.*, teza 2 do art. 74 i cytowane tam orzecznictwo.

15 Zob. post. SN z dnia 8 grudnia 2021 r., (II KK 105/20, Lex nr 3322598).

16 Zob. S. Hypś, *op. cit.*, s. 518.

z całą zatem pewnością skazany musi mieć możliwość wypowiedzenia się w tej kwestii. Powinno to nastąpić, zanim sąd wyda wyrok, ale jednocześnie *ratio legis* art. 74 § 1 k.k. przekonuje, że celem tego przepisu jest stworzenie sądowi warunków do podjęcia trafnej decyzji w przedmiocie orzeczenia obowiązków probacyjnych. W orzecznictwie przyjęto, że wystarczające jest odebranie od oskarżonego danych dotyczących miejsca aktualnego zatrudnienia, możliwości finansowych, zarobkowych, aktualnych dochodów, posiadanego majątku, a także sytuacji rodzinnej i ewentualnie osób pozostających na utrzymaniu oskarżonego w celu ustalenia, czy zobowiązanie takie będzie możliwe do wykonania przez oskarżonego i w jakim terminie, zastrzegając, że procedowanie polegające na wysłuchaniu oskarżonego po uprzedzeniu go, iż sąd może taki środek zastosować jeszcze przed wydaniem wyroku, byłoby swoistym przesądzeniem o winie, a więc nie byłoby odpowiednie¹⁷.

Uwzględniając specyfikę postępowania nakazowego, uznać należy, że jeżeli sąd dysponuje wskazanymi danymi, albowiem zostały ustalone w toku postępowania przygotowawczego (art. 500 § 1 k.p.k.), to może orzec w przedmiocie obowiązków probacyjnych, mimo że nie miał bezpośredniej styczności z oskarżonym, a więc nie doszło do „wysłuchania” przed wydaniem wyroku nakazowego. Wprawdzie w trybie nakazowym sąd rzeczywiście nie styka się osobiście z oskarżonym, a zatem „wysłuchanie” przed wydaniem wyroku nie jest możliwe, należy pamiętać, iż oskarżony ma możliwość wniesienia sprzeciwu od wyroku nakazowego (art. 506 § 1 k.p.k.), który powoduje, że wyrok nakazowy traci moc, a sprawa podlega rozpoznaniu na zasadach ogólnych (art. 506 § 3 k.p.k.). Oskarżony zatem, nie akceptując wydanego wyroku, w tym orzeczonych w nim obowiązków probacyjnych, może w bardzo łatwy sposób spowodować, iż wyrok nakazowy nie stanie się prawomocny, a w konsekwencji nie będzie wykonany. W ten sposób oskarżony zajmie stanowisko w sprawie także obowiązków probacyjnych, w których zostały one orzeczone, doprowadzając do utraty mocy przez wyrok. Jeżeli zaś w postępowaniu wykonawczym mogą być ustalone „czas i sposób wykonywania” nałożonych obowiązków i zagwarantowano oskarżonemu „wysłuchanie”, przy czym może także dojść do ich zmiany lub uchylenia (art. 74 § 2 k.k.), to finalnie uznać należy, że rozpoznanie sprawy w postępowaniu nakazowym i orzeczenie wyrokiem nakazowym obowiązków probacyjnych nie pozostaje w sprzeczności

17 Zob. wyr. SA w Katowicach z dnia 26 stycznia 2012 r., (II AKa 518/11, Lex nr 1171007).

z art. 74 § 1 k.k. Sąd orzeka bowiem na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, w tym w oparciu na wyjaśnieniach oskarżonego złożonych w toku postępowania przygotowawczego, a jeżeli uzna, że niezbędne jest jego bezpośrednie przesłuchanie, to kieruje sprawę do rozpoznania na rozprawie. Jeżeli natomiast uzna, że zgromadzony w tym postępowaniu materiał jest wystarczający do wydania wyroku, to orzeka na posiedzeniu bez udziału stron, ale wydany wyrok wobec sprzeciwu oskarżonego nie będzie wykonany (w tym nie będą podlegać wykonaniu obowiązki probacyjne), co oznacza, że to oskarżony finalnie decyduje, czy akceptuje wydane rozstrzygnięcie, czy też nie, w tym w odniesieniu do obowiązków probacyjnych. To daje mu możliwość zanegowania, a więc wyrażenia stanowiska w przedmiocie obowiązków probacyjnych, a tym samym jego stanowisko w tej materii ma istotne znaczenie. Art. 74 § 1 k.k. ma charakter procesowy, nakładając na sąd obowiązek przeprowadzenia określonej czynności – „wysłuchania skazanego”. Art. 500 § 4 k.p.k. zwalnia sąd z obowiązku bezpośredniego kontaktu z oskarżonym, a więc także zwalnia z obowiązku jego „wysłuchania”, gwarantując mu jednak możliwość negacji wydanego wyroku nakazowego, bez konieczności sformułowania wobec niego jakichkolwiek zarzutów, co otworzy drogę, bez dodatkowych formalności, do rozpoznania sprawy na zasadach ogólnych, a więc także do bezpośredniej styczności z sądem i zajęcia stanowiska w przedmiocie ewentualnego nałożenia obowiązków probacyjnych.

W tym stanie rzeczy uznać należy, że w postępowaniu nakazowym sąd może orzec wyrokiem nakazowym – jeżeli wymierzył karę ograniczenia wolności – obowiązki probacyjne, o których mowa w art. 72 § 1 pkt. 2–7a k.k., mimo że nie „wysłuchuje” oskarżonego przed wydaniem wyroku. Obowiązek owego „wysłuchania” wyłącza bowiem art. 500 § 1 i 4 k.p.k., a skazany ma możliwość zajęcia stanowiska także w tej materii po wydaniu wyroku, co otwiera mu możliwość „wysłuchania” w procesie toczącym się na zasadach ogólnych. Podzielić należy zatem stanowisko zajęte przez Sąd Najwyższy w głosowanym wyroku, choć szkoda, że nie przeprowadzono szerszej analizy prawnej dopuszczalności orzekania w przedmiocie obowiązków probacyjnych w ramach zredukowanego postępowania nakazowego.

Czesław Kłak

Czesław Kłak, habilitated doctor of law, professor at the Pedagogical University of National Education Commission in Krakow, member of the Tribunal of State (from 2018), member of the Legislative Council to the Prime Minister (from 2019), lecturer at the National School of Judiciary and Public Prosecution (from 2011), deputy director of the National School of Judiciary and Public Prosecution for prosecutor's training (from 2021), prosecutor of the Regional Prosecutor's Office in Rzeszow. He received a scholarship from the Foundation for Polish Science for outstanding scientists (in 2007 and 2008). He is the author of over 160 scientific publications and many legal opinions commissioned by state institutions and private law entities. He took part as a lecturer in numerous international and national conferences. He specializes in criminal law, criminal proceedings, forensics, criminology and penitentiary sciences. His scientific interests also include constitutional law, the science of legislation, the system of legal protection authorities, public international law and European Union law; ORCID: 0000-0002-2886-4770.

Marcin Gubała, dr nauk prawnych, radca prawny, legislator, adiunkt na Wydziale Prawa i Administracji w Wyższej Szkole Bankowej w Gdańsku. Absolwent Krajowej Szkoły Administracji Publicznej (XV promocja), urzędnik służby cywilnej. Pełnił m.in. funkcję dyrektora Departamentu Legislacyjno-Prawnego w Ministerstwie Nauki i Szkolnictwa Wyższego. Autor publikacji z zakresu legislacji oraz prawa konstytucyjnego i administracyjnego; ORCID: 0000-0001-8443-3206.

Prawidłowość procedury
prawodawczej dotyczącej
aktu prawa miejscowego.
Glosa do wyroku
Wojewódzkiego Sądu
Administracyjnego
w Olsztynie z dnia
1 marca 2022 r.,
sygn. akt II SA/Ol 71/22

Marcin Gubała

1.

W wyroku z dnia 1 marca 2022 r. (II SA/OI 71/22) Wojewódzki Sąd Administracyjny w Olsztynie stwierdził nieważność uchwały Rady Miejskiej w Elblągu z dnia 4 listopada 2021 r. nr XX/610/2021 w przedmiocie nadania statutu Muzeum Archeologiczno-Historycznego w Elblągu¹. W uchwale tej, wydanej na podstawie art. 6 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 21 listopada 1996 r. o muzeach (Dz. U. z 2022 r. poz. 385), art. 13 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 25 października 1991 r. o organizowaniu i prowadzeniu działalności kulturalnej (Dz. U. z 2020 r. poz. 194 z późn. zm.) oraz art. 18 ust. 2 pkt 15 ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym (Dz. U. z 2022 r. poz. 559 z późn. zm.), nadano statut Muzeum Archeologiczno-Historycznemu w Elblągu (§ 1), uchylono uchwałę Nr XII/359/2020 Rady Miejskiej w Elblągu z dnia 25 czerwca 2020 r. w tożsamej sprawie (§ 2)², a także powierzono wykonanie uchwały Prezydentowi Miasta Elbląg (§ 3).

W statucie muzeum, stanowiącym załącznik do uchwały, uregulowano takie kwestie, jak: określenie organizatora muzeum (§ 2 ust. 1) i statusu prawnego tej jednostki (§ 2 ust. 2), określenie siedziby muzeum (§ 3), przedmiot i zakres działania muzeum (§ 4–6), organizacja muzeum (§ 7), nadzór i zarządzanie jednostką (§ 8–10), mienie muzeum i jego gospodarka finansowa (§ 11–17), a także funkcjonowanie organów muzeum (§ 18 i 19).

Uchwała została zaskarżona do Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego przez Wojewodę Warmińsko-Mazurskiego, który wniósł o stwierdzenie jej nieważności w części obejmującej § 1 wraz z załącznikiem do uchwały. Główny zarzut, który sformułował wojewoda, nie odnosił się do treści aktu prawa

1 Dz. Urz. Woj. Warmińsko-Mazurskiego poz. 5051.

2 Dz. Urz. Woj. Warmińsko-Mazurskiego poz. 3332.

miejscowego, lecz do kwestii proceduralnej związanej z tworzeniem prawa. Zdaniem wojewody uchwała została podjęta z naruszeniem art. 6 ust. 1 ustawy o muzeach. W myśl tego przepisu muzeum działa na podstawie statutu nadanego przez podmiot, o którym mowa w art. 5 ust. 1 (w przepisie tym wymieniono: ministrów i kierowników urzędów centralnych, jednostki samorządu terytorialnego, osoby fizyczne, osoby prawne oraz jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej), w uzgodnieniu z ministrem właściwym do spraw kultury i ochrony dziedzictwa narodowego. Tymczasem w odniesieniu do przedmiotowej uchwały organ nadzoru stwierdził, że doszło do uchwalenia statutu muzeum bez uzgodnienia jego treści z ministrem właściwym ds. kultury i dziedzictwa narodowego. Okoliczność ta była zresztą niesporna, albowiem została przyznana przez Prezydenta Elbląga, który w trakcie postępowania zainicjowanego przez wojewodę stwierdził m.in. że „przed podjęciem zaskarżonej uchwały, statut przyjęty w formie załącznika, nie był uzgodniony z ministrem”.

W wyroku Wojewódzki Sąd Administracyjny w Olsztynie stwierdził, że „nadanie statutu muzeum przez podmiot określony w art. 5 ust. 1 ustawy o muzeach (minister, kierownik urzędu centralnego, jednostka samorządu terytorialnego, osoby fizyczne, osoby prawne lub jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej) możliwe jest po uzgodnieniu tego statutu z ministrem właściwym do spraw kultury i ochrony dziedzictwa narodowego. Ustawodawca określił zatem powyższym przepisem warunek nadania statutu muzeum, jakim jest uzgodnienie statutu. Ustawodawca oczekuje zatem od rady gminy takiego działania – w tym wypadku uzgodnienia z innym organem – jakie zakreśla w granicach stanowiących przez niego przepisach. Zakładając zatem racjonalność działania ustawodawcy wywnioskować należy, że nie stanowi realizacji art. 6 ust. 1 ustawy o muzeach przyjęcie przez radę gminy statutu bądź zmiana statutu, który nie był uzgodniony z odpowiednim ministrem – a taka sytuacja miała miejsce w niniejszej sprawie. Takie działanie organu stanowi naruszenie prawa”.

2.

Z orzeczeniem tym należy się w pełni zgodzić. Sąd trafnie odczytał z przepisu upoważniającego obowiązek organu prawodawczego zakładający konieczność zaangażowania ministra właściwego do spraw kultury i ochrony dziedzictwa

narodowego w procedurę ustanawiania aktu prawa miejscowego. W szczególności sąd słusznie uznał, że pominięcie uzgodnienia statutu jest istotnym naruszeniem prawa i skutkuje stwierdzeniem nieważności aktu prawa miejscowego. Nie może w porządku prawnym ostać się akt normatywny, który jest wydany wbrew upoważnieniu ustawowemu, tj. z naruszeniem ustawowego warunku wydania tego aktu. Trzeba zaznaczyć, że zamieszczenie przez ustawodawcę warunku tego rodzaju w upoważnieniu ustawowym obliguje organ prawodawczy do podjęcia szczególnych czynności opisanych w tym upoważnieniu. W ten sposób procedura legislacyjna dotycząca danego aktu staje się zdeterminowana treścią przepisu upoważniającego. Odstąpienie od wykonania tej czynności musi skutkować uznaniem wadliwego wykonania upoważnienia na płaszczyźnie proceduralnej.

W omawianym przypadku obowiązek współdziałania z ministrem wynikał z art. 6 ust. 1 ustawy o muzeach. W myśl tego przepisu organ, który utworzył muzeum, jest zobowiązany do uzgodnienia jego statutu z ministrem właściwym do spraw kultury i ochrony dziedzictwa narodowego. Z przepisu wynika, że organowi władzy publicznej (w tym przypadku – radzie miasta) przysługuje kompetencja prawodawcza, którą może zrealizować tylko wówczas, gdy elementem skorzystania z tej kompetencji będzie zaangażowanie innego podmiotu. Jednocześnie przepis art. 6 ust. 1 ustawy o muzeach ustanawia mechanizm legislacyjny, który można nazwać klauzulą współdziałania.

Ustawodawca, tworząc upoważnienie do wydania aktu prawnego (w tym także dotyczące ustanawiania aktów prawa miejscowego), wypełnia konstytucyjnie określone elementy tego upoważnienia treścią składającą się na normę kompetencyjną. Ustawodawca dysponuje przy tym konstytucyjnie ograniczoną swobodą w zakresie komponowania tych elementów. W odniesieniu do aktów prawa miejscowego swoboda ta jest znaczna, albowiem art. 94 Konstytucji³ nie wymienia wprost żadnego elementu upoważnienia do wydania aktu prawodawstwa lokalnego (w przeciwieństwie do art. 92 Konstytucji, w którym zawarto obligatoryjne składniki upoważnienia do wydania rozporządzenia). W literaturze wskazuje się w związku z tym, że „Konstytucja wprowadza niższy standard, gdy chodzi o konieczną zawartość przepisu upoważniającego do wydania aktu prawa miejscowego, niż w przypadku delegacji do wydania rozporządzenia. Stosownie do art. 94 Konstytucji wystarczy, aby przepis dający kompetencję do wydania aktu prawa miejscowego wskazywał upoważniony or-

3 Ustawa z dnia 2 kwietnia 1997 r. – Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej (Dz. U. Nr 78, poz. 483 z późn. zm.); dalej: Konstytucja.

gan i sprawy, które mają być uregulowane. Z art. 94 nie wynika natomiast zakaz zamieszczenia w ustawie przepisu bardziej szczegółowego, a nawet wzorowanego na upoważnieniu do wydania rozporządzenia – np. zawierającego wytyczne co do treści aktu. Konstytucja zostawia tu ustawodawcy pewną swobodę⁴.

Trzeba zaznaczyć, że dla pominięcia procedury uzgadniania nie może być żadnym usprawiedliwieniem okoliczność, iż dany akt prawny jest kolejnym dotyczącym określonej materii. Ku temu zdawała się zmierzać argumentacja rady miasta, która stała na stanowisku, że „z art. 6 ustawy o muzeach nie wynika wprost, aby obowiązek uzgadniania statutu dotyczył także zmian już obowiązującego statutu. Tym bardziej, że przepis ten odsyła do art. 5 ustawy mówiącym o utworzeniu muzeum, co należy interpretować w ten sposób, iż tylko przy utworzeniu muzeum jego pierwszy statut wymaga uzgodnienia z ministrem”. Argumentacja ta wymaga poczynienia kilku uwag. Po pierwsze, przepis art. 6 ust. 1 ustawy o muzeach odsyła co prawda do art. 5 ust. 1 tej ustawy, ale tylko w tym zakresie, w którym wskazuje na podmiot, który może tworzyć muzea, a nie w zakresie dotyczącym przypadków uzgadniania statutu muzeum. Innymi słowy, odesłanie to ma charakter „techniczny” – w tym sensie, że użycie odesłania pozwoliło ustawodawcy na uniknięcie powtórzenia katalogu podmiotów, które mogą tworzyć muzea. Po drugie, norma wynikająca z art. 6 ust. 1 ustawy o muzeach odnosi się zarówno do działań mających na celu ustanowienie statutu, jak i jego nowelizację. W każdym bowiem z tych przypadków dochodzi do skorzystania przez organ jednostki samorządu terytorialnego z kompetencji prawodawczej. Niepodobna ponadto przyjąć, że na podstawie tego samego upoważnienia organ prawodawczy miałby dokonywać różnych rodzajowo czynności legislacyjnych w zależności od tego, za którym razem organ ten będzie korzystał z upoważnienia. Byłoby to zaprzeczenie istoty samego upoważnienia ustawowego, które przecież nie wyczerpuje się po jego pierwszym zastosowaniu, tj. po wydaniu „pierwotnego” aktu normatywnego na jego podstawie. Po trzecie, uchwalony przez Radę Miasta Elbląg akt w sensie legislacyjnym nie był „zmianą statutu”, ale aktem o charakterze kompleksowym, nadającym muzeum nowy statut, a nie jedynie modyfikującym brzmienie niektórych przepisów statutu dotychczas obowiązującego. Tym samym zaskarżony akt był w istocie wykonaniem „w najpełniejszym wymiarze” upoważnienia ustawowego zawartego w art. 6 ust. 1 ustawy.

4 M. Wiącek, *Upoważnienie do wydania samorządowego aktu prawa miejscowego w świetle Konstytucji RP*, „Zeszyty Naukowe Sądownictwa Administracyjnego” 2013, nr 3, s. 109.

3.

Chciałbym zaznaczyć, że komentowany wyrok jest nie tylko potwierdzeniem istotnej roli, jaką odgrywa procedura prawodawcza w zakresie wydawania aktów prawa miejscowego, lecz także motywuje mnie do wypowiedzenia się na temat konstrukcji konkretnego przepisu upoważniającego do wydania aktów tego rodzaju⁵, zawierającego klauzulę współdziałania.

Jak się zauważa w piśmiennictwie, „w niektórych sytuacjach celowe może się okazać wydanie (ustanowienie) aktu wykonawczego przez co najmniej dwa podmioty (współstanowienie) lub przyznanie jakiemuś podmiotowi upoważnienia do współuczestniczenia w wydaniu danego aktu w formie innej niż współstanowienie”⁶. Sposób wyrażania współuczestniczenia został unormowany w *Zasadach techniki prawodawczej*. Stosownie do § 74 zasad klauzule tego typu są częścią przepisu upoważniającego do współuczestniczenia w wydaniu rozporządzenia, uchwały albo zarządzenia. Wskazany przepis zasad zawiera katalog klauzul współdziałania, który nie ma charakteru wyczerpującego, przynajmniej w tym sensie, że ustawodawca nie jest tym katalogiem związany i może wprowadzać inne klauzule współdziałania niż

5 Zaskarżona przez wojewodę uchwała dotyczyła określenia struktury i zasad funkcjonowania gminnej jednostki organizacyjnej – muzeum. Był to zatem akt o charakterze organizacyjnym. W doktrynie prawa administracyjnego dostrzeżono, że zakwalifikowanie aktu prawnego wydawanego na podstawie art. 6 ust. 1 ustawy o muzeach jako aktu prawa miejscowego nie jest zagadnieniem jednoznacznym. Patrycja Antoniak podaje, że „zgodnie z przeważającym poglądem [...] uchwała ta ma charakter aktu prawa miejscowego [...] skoro ustawodawca nie wyodrębnił uchwały o nadaniu statutu muzeum (czy szerzej: instytucji kultury) spośród innych uchwał organów stanowiących jednostek samorządu terytorialnego w przedmiocie zarządzania mieniem samorządowym oraz zasad i trybu korzystania z samorządowych obiektów i urządzeń użyteczności publicznej, to uchwała ta ma status aktu prawa miejscowego, nawet jeżeli prowadzi to do bezzasadnego różnicowania pozycji prawnej statutów instytucji kultury nadawanych przez organy centralne i organy jednostek samorządu terytorialnego” – *eadem* [w:] *Ustawa o muzeach. Komentarz*, Warszawa 2012, art. 6. W omawianym przypadku wojewoda nie kwestionował charakteru prawnego podjętej uchwały, czego dowodzi m.in. to, że zarzut organu nadzoru wobec uchwały nie odnosił się do przepisu o ogłoszeniu tego aktu w wojewódzkim dzienniku urzędowym. W mojej ocenie statut muzeum jest aktem prawa miejscowego odpowiadającym swojej istotą źródłom prawa, o których mowa w art. 40 ust. 2 pkt 2 ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym (w myśl tego przepisu organy gminy mogą wydawać akty prawa miejscowego w zakresie organizacji urzędów i instytucji gminnych).

6 S. Wronkowska, M. Zieliński, *Zasady techniki prawodawczej. Komentarz*, Warszawa 1997, s. 98.

w nim przewidziane⁷. Niemniej jednak wyliczenie to obejmuje podstawowe typy klauzul. Są nimi:

- 1) wspólne wydanie aktu normatywnego;
- 2) porozumienie w sprawie treści aktu normatywnego;
- 3) wyrażenie opinii o projekcie aktu normatywnego;
- 4) zainicjowanie aktu normatywnego przez inny podmiot⁸.

W literaturze słusznie stwierdza się, że „współuczestniczenie dotyczy różnych etapów postępowania legislacyjnego – od zainicjowania procedury zmierzającej do wydania aktu, poprzez wspólne kształtowanie treści, aż po formę zaakceptowania treści projektu aktu”⁹. Tym samym obowiązek spoczywający na organie prowadzącym postępowanie legislacyjne (także w odniesieniu do projektu aktu prawa miejscowego) może się aktualizować w różnych jego fazach. Przykładowo, samo wszczęcie prac prawodawczych nie będzie dopuszczalne, jeśli zabraknie proceduralnego elementu w postaci wniosku właściwego organu. Z kolei w trakcie trwającego procesu legislacyjnego obowiązkowym jego elementem (etapem) może być zasięgnięcie opinii innego organu.

Należy kolejno dostrzec, że obowiązki w zakresie czynności prawodawczych w przypadku ustanawiania aktów prawa miejscowego relatywnie rzadko bywają szczegółowo unormowane na poziomie ustawowym. Procedura tworzenia prawa lokalnego jest raczej domeną rozwiązań ustalanych na poziomie aktów prawa miejscowego albo wręcz rozwiązań wynikających z prawa wewnętrznego. Sytuacje, w których przepis ustawy nakazuje dokonać konkretnej czynności legislacyjnej, stanowiącej element trybu prawodawczego, należą do wyjątków. Jednocześnie jednak ustawodawca dysponuje paletą rozwiązań legislacyjnych przewidujących różnego rodzaju współdziałanie w wykonywaniu kompetencji prawodawczych przez organy jednostek samo-

7 Zdaniem Grzegorza Wierczyńskiego „opracowanie wyczerpującego katalogu form współdziałania w procesie prawotwórczym byłoby kolejnym krokiem porządkowania systemu źródeł prawa, ale wymagałoby przepisu rangi ustawowej, pozostaje zatem postulatem *de lege ferenda*” – zob. *idem* [w:] *Komentarz do rozporządzenia w sprawie „Zasad techniki prawodawczej”* [w:] *Redagowanie i ogłaszanie aktów normatywnych. Komentarz*, wyd. II, Warszawa 2016, Lex.

8 Do czasu nowelizacji *Zasad techniki prawodawczej* w 2016 r. akt ten przewidywał jeszcze dwie inne klauzule współdziałania, mianowicie wydanie aktu za zgodą innego organu oraz wydanie aktu po zatwierdzeniu przez inny organ.

9 K. Kaszubowski [w:] T. Bąkowski *et al.*, *Zasady techniki prawodawczej. Komentarz*, Warszawa 2003, s. 318.

rzędu terytorialnego. To ustawodawca decyduje także o tym, czy w ogóle tego rodzaju współdziałanie będzie konieczne.

Wątek owej konieczności (niezbędności) jest w mojej ocenie niezwykle istotny, albowiem ustanowienie klauzuli współdziałania jest jednocześnie ograniczeniem swobody działania organu prawodawczego. Trzeba mieć na względzie, że w przypadku braku tego rodzaju formuły w przepisie upoważniającym organ ów może wykonać kompetencję prawodawczą „wprost”, tj. bez potrzeby angażowania innego podmiotu (zaangażowanie tego rodzaju już samo w sobie „ogranicza” organ; ponadto klauzula współdziałania może mieć taki charakter, że będzie wiązała się z limitacją swobody regulacyjnej pod względem treściowym¹⁰). Z uwagi na limitującą konsekwencję wprowadzenia klauzuli współdziałania do przepisu upoważniającego należy uważać, że odwołanie się do tego rodzaju konstrukcji powinno następować tylko w przypadkach uzasadnionych szczególnym charakterem materii regulowanej w akcie prawa miejscowego. Naczelną wytyczną w tym zakresie powinna być konstytucyjnie gwarantowana samodzielność samorządu terytorialnego¹¹, która usprawiedliwiałaby ingerencję w swobodę regulacyjną jednostek samorządu np. w zasadniczych sprawach, związanych z kształtowaniem ustroju państwa polskiego¹².

Należałoby zasygnalizować, że koncepcja, w myśl której naczelny lub centralny organ władzy publicznej może w każdym określonym ustawowo zakresie wiążąco wpływać na treść aktu prawa miejscowego, wydaje się nie do pogodzenia nie tylko z zasadą samodzielności samorządu terytorialnego, lecz także z regulacjami ustanawiającymi system źródeł prawa. Jeśli bowiem

10 Będzie to odnosiło się do tzw. klauzul wiążących treściowo, tj. takich, które sprawiają, że wydanie aktu prawnego nie będzie możliwe bez uzgodnienia treści aktu z innym organem. W aktualnym stanie prawnym chodzi o współwydanie aktu oraz jego wydanie w porozumieniu (odpowiednio § 74 ust. 1 pkt 1 i pkt 2 *Zasad techniki prawodawczej*).

11 Zob. P. Czarny [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, wyd. II, red. P. Tuleja, Lex/el. 2021, art. 163.

12 Przykładem tego rodzaju ingerencji organu administracji rządowej w działalność prawotwórczą samorządu terytorialnego jest np. art. 3 ust. 2 ustawy o samorządzie gminnym, w myśl którego projekt statutu gminy powyżej 300 tys. mieszkańców podlega uzgodnieniu z Prezesem Rady Ministrów na wniosek ministra właściwego do spraw administracji publicznej. W tym zakresie wskazuje się, że „ustawowy obowiązek dokonania uzgodnienia treści projektu stanowi szczególne ograniczenie kompetencji rady gminy do uchwalania statutu. Obowiązek dokonania uzgodnienia ma charakter zapobiegania naruszeniu prawa” – A. Wierzbica [w:] *Ustawa o samorządzie gminnym. Komentarz*, wyd. III, red. B. Dolnicki, Warszawa 2021, art. 3.

któryś z organów wiążąco oddziałuje na ową treść, to jednocześnie należy go uznać za podmiot *de iure* współkształtujący przepisy prawa. Trudno jednak szukać uzasadnienia dla nieskrępowanej działalności prawotwórczej organów innych niż lokalne (terenowe) w przypadku ustanawiania aktów prawa miejscowego. Przepis art. 94 Konstytucji wyraźnie stanowi w tym względzie, że to organy samorządu terytorialnego oraz terenowe organy administracji rządowej, działając na podstawie i w granicach upoważnień zawartych w ustawie, ustanawiają akty prawa miejscowego obowiązujące na obszarze działania tych organów. Katalog organów upoważnionych konstytucyjnie do ustanawiania aktów prawa miejscowego jest ograniczony, a kompetencje w tym zakresie są zarezerwowane dla podmiotów lokalnych¹³.

Być może dopuszczalne byłoby uznanie ingerencji organów władzy publicznej w treść aktu prawa miejscowego za szczególną postać nadzoru administracji rządowej nad samorządem terytorialnym¹⁴. Ale nawet wówczas krąg organów, które tego rodzaju działań mogłyby dokonywać, jest wąski i zamknięty konstytucyjnie (i obejmuje w myśl art. 171 ust. 2 Konstytucji

13 Należy odnotować wypowiedź Marcina Wiącka, który stwierdza, że „art. 94 zd. 2 Konstytucji jest dowodem przyjęcia przez ustrojodawcę określonej koncepcji aktów prawa miejscowego. Rozluźnienie więzi treściowej między ustawą a prawem miejscowym zostało niejako zrównoważone zacieśnieniem więzi formalno-proceduralnej. Jest to sytuacja odwrotna niż w przypadku rozporządzeń. W odniesieniu do obu tych źródeł prawa ustrojodawca wprowadził wymóg ustawy, natomiast inaczej rozłożył akcenty. Gdy chodzi o akty prawa miejscowego, to – odwrotnie niż w przypadku rozporządzeń – ustawodawca ma mniejszą kontrolę nad ich treścią, natomiast większą nad procedurą ich uchwalania” – *idem, op. cit.*, s. 108. Z tym ujęciem należy się zgodzić, niemniej jednak w mojej ocenie nie oznacza to, że ustawodawca może w jakikolwiek sposób oddziaływać na prawodawstwo lokalne w warstwie proceduralnej. Granicą tego oddziaływania są samodzielne kompetencje w zakresie kształtowania treści aktów prawa miejscowego przez organy jednostek samorządu terytorialnego.

14 Trzeba zauważyć, że koncepcja nadzoru jako relacji, która może usprawiedliwiać ingerencję organów rządowych w działalność samorządu w zakresie ustanawiania statutu muzeum, jest obecna w piśmiennictwie, choć w nieco innym ujęciu: „(...) ustawa nie precyzuje, w jakim trybie mają zapadać uzgodnienia, o których mowa w art. 6 ust. 1 i 5 u.o.m. Należy przyjąć, że w przypadku statutów nadawanych przez ministrów i kierowników urzędów centralnych mają one charakter wewnętrznych uzgodnień wewnątrz- lub międzyresortowych, a w przypadku statutów nadawanych przez organy stanowiące jednostek samorządu terytorialnego winny one przybierać postać rozstrzygnięć nadzorczych wydawanych w trybie art. 89 u.s.g., art. 77b u.s.p. albo art. 80a u.s.w. i podlegających zaskarżeniu do sądu administracyjnego. Przepis art. 6 ust. 1 i 5 komentowanej ustawy konstytuuje bowiem właśnie sytuację, gdy prawo uzależnia ważność rozstrzygnięcia organu samorządu terytorialnego (w tym przypadku ważność uchwały rady gminy, rady powiatu albo samorządu województwa) od jego uzgodnienia przez inny organ” – P. Antoniak [w:] *Ustawa o muzeach. Komentarz*, Warszawa 2012, art. 6.

jedynie Prezesa Rady Ministrów, wojewodów, a w zakresie spraw finansowych – regionalne izby obrachunkowe) i na poziomie ustawowym nie można go modyfikować.

4.

Istotną obserwacją dotyczącą wzmiankowanego katalogu klauzul współdziałania jest to, że *Zasady techniki prawodawczej* nie tylko wymieniają owe klauzule, lecz także wskazują uwarunkowania dotyczące ich zastosowania. Oznacza to, że zawarcie w upoważnieniu ustawowym określonej klauzuli powoduje powstanie obowiązków, które należy wypełnić w trakcie procedury prawodawczej. Organ wydający akt nie musi rekonstruować treści tych obowiązków z przepisów upoważniających, poprzestając jedynie na istocie samej klauzuli współdziałania, wyrażonej w § 74 *Zasad techniki prawodawczej*.

Z uwagi na istotę § 74 *Zasad techniki prawodawczej*, a w szczególności ze względu na wzmiankowany wyżej „dookreślający” (czy też „instruktywny”) charakter tego przepisu prawodawca nie powinien stosować klauzul współdziałania „nieskodyfikowanych” – przede wszystkim dlatego, że samo wskazanie w przepisie upoważniającym klauzuli odrębnego typu (bez ukazania treści czynności, które należy dokonać w postępowaniu legislacyjnym) naraża organy władzy publicznej na niepewność co do działań, jakie należy podjąć w odniesieniu do danego projektu. Słusznie zatem podnosi się, że „w konstruowaniu upoważnienia do współuczestniczenia należy unikać stosowania zwrotów bliskoznacznych do wymienionych w § 74 z.t.p., w szczególności takich, jak: «po porozumieniu się», «w uzgodnieniu», «po uprzednim uzgodnieniu», «po zaopiniowaniu», «po wyrażeniu opinii»”¹⁵. Odwoływanie się do tego rodzaju „nieskodyfikowanych” klauzul może rodzić niepożądane konsekwencje w postaci braku pewności co do koniecznych czynności proceduralnych, których trzeba dokonać w ramach procesu prawodawczego.

Zasady techniki prawodawczej nie przewidują wprost klauzuli współdziałania zawartej w art. 6 ust. 1 ustawy o muzeach. Operuje ona pojęciem „uzgodnienia”. Na tym tle w doktrynie prawa administracyjnego pojawiły się wątpliwości

15 K. Kaszubowski [w:] T. Bąkowski *et al.*, *op. cit.*, s. 318.

co do charakteru tejże klauzuli. Wskazywano, że „ustawa nie precyzuje, w jakim trybie mają zapadać uzgodnienia, o których mowa w art. 6 ust. 1 i 5 [ustawy].o.m[uzeach]. Należy przyjąć, że w przypadku statutów nadawanych przez ministrów i kierowników urzędów centralnych mają one charakter wewnętrznych uzgodnień wewnątrz- lub międzyresortowych, a w przypadku statutów nadawanych przez organy stanowiące jednostek samorządu terytorialnego winny one przybierać postać rozstrzygnięć nadzorczych [...] podlegających zaskarżeniu do sądu administracyjnego. Przepis art. 6 ust. 1 i 5 [...] ustawy konstytuuje bowiem właśnie sytuację, gdy prawo uzależnia ważność rozstrzygnięcia organu samorządu terytorialnego (w tym przypadku ważność uchwały rady gminy, rady powiatu albo samorządu województwa) od jego uzgodnienia przez inny organ. Tym samym nie ma podstaw, by do uzgodnień statutu dokonywanych [...] przez ministra [...] stosować odmienne zasady niż w odniesieniu do innych aktów nadzorczych względem rozstrzygnięć organów samorządu terytorialnego”. Podnosi się też, że „wymóg uzgodnienia statutu (regulaminu) oznacza, że na podmiocie tworzącym muzeum spoczywa obowiązek przedstawienia właściwemu ministrowi statutu (regulaminu) i poddania go jego ocenie z możliwie pełnym zachowaniem wytycznych proceduralnych określonych przez Trybunał Konstytucyjny. Brak porozumienia co do treści aktu nie prowadzi jednak z konieczności do tego, że akt ten nie może dojść do skutku”¹⁶.

Jednakże próba rekonstrukcji obowiązków ciążących na organie prawodawczym z związku z klauzulą „nieskodyfikowaną” jest obciążona ryzykiem. Wiąże się ono z brakiem wypowiedzi ustawodawcy co do trybu dokonywania czynności składających się na uzgodnienie statutu. Zarówno organ prawodawczy, jak i organ biorący udział w procedurze legislacyjnej nie mają całkowitej jasności co do tego, jakich czynności dokonać. W przypadku aktu prawa miejscowego może to mieć i tę konsekwencję, że organ nadzoru, który przyjmie inną interpretację przepisu upoważniającego, może stwierdzić nieważność aktu wydawanego na jego podstawie z powodu niedochowania warunków związanych z procedurą prawodawczą.

W mojej ocenie pojęcie „uzgodnienia”, o którym mowa w art. 6 ust. 1 ustawy o muzeach, nie powinno być interpretowane jako nakaz zaakceptowania aktu prawa miejscowego przez organ administracji rządowej. Takie rozumienie tego przepisu byłoby nie do pogodzenia z charakterem relacji między

16 Z. Cieślak [w:] I. Gredka-Ligarska et al., *Ustawa o muzeach. Komentarz*, Warszawa 2021, art. 6.

organem jednostki samorządu terytorialnego a władzą centralną. W przepisach rangi konstytucyjnej, wyznaczających ramową treść tych relacji, nie ma ogólnego przyzwolenia na wiążące oddziaływanie organów administracji rządowej na kształt prawodawstwa lokalnego (oczywiście z zastrzeżeniem kompetencji nadzorczych; jednak w tym przypadku minister właściwy do spraw kultury i ochrony dziedzictwa narodowego nie zalicza się do katalogu organów nadzorczych i nie można wobec tego mówić o przypisywaniu mu kompetencji w tym obszarze). „Uzgodnienie” należałoby raczej rozumieć w tym przypadku jako „proces uzgadniania”, czyli działania mające na celu wypracowanie propozycji legislacyjnej, która odpowiadałaby poglądom organu prawodawczego oraz podmiotu biorącego udział w procedurze legislacyjnej w związku z klauzulą współdziałania. Nie oznacza to jednak moim zdaniem istnienia swoistego „weta” prawodawczego pozostającego w gestii organu administracji centralnej. Innymi słowy, art. 6 ust. 1 ustawy o muzeach, mimo posługiwania się literalnie kategoryczną formułą „uzgodnienia”, nie pozwala na blokowanie (wstrzymywanie) prac legislacyjnych toczących się w samorządzie terytorialnym ani na wywodzenia z niej istnienia obowiązku uzyskania akceptacji określonego brzmienia statutu muzeum.

Dodatkowe wątpliwości co do brzmienia przepisu art. 6 ust. 1 ustawy o muzeach odnoszą się do kwestii tego, co ma być przedmiotem uzgodnień między organem prawodawczym a ministrem. Innymi słowy: co to znaczy „uzgodnić statut”? Przepis upoważniający posługuje się pojęciem „statut” na oznaczenie przedmiotu uzgodnień, co wskazywałoby na akt prawny już ustanowiony. Wszakże statut, będący częścią uchwały rady gminy, staje się, po ogłoszeniu, prawem obowiązującym. Problem polega jednak na tym, że klauzula współdziałania dotyczy procedury prawodawczej, a zatem czynności, które są dokonywane przed przekształceniem się projektu aktu w akt normatywny. Jak zatem zastosować mechanizm właściwy procedurze legislacyjnej w odniesieniu do statutu, czyli aktu już ustalonego? Czy wyjściem z sytuacji będzie poddawanie uzgodnieniom statutu – aktu uchwalonego przez radę gminy, lecz jeszcze nieogłoszonego? Taki akt miałby już przymiot aktu prawnego, choć jeszcze nieobowiązującego (gdyż nie byłby spełniony warunek jego ogłoszenia). W teorii zatem można by go poddać uzgodnieniom stosownie do wymogów wynikających z art. 6 ust. 1 ustawy o muzeach. W mojej ocenie jednak byłoby to sprzeczne z podstawowymi założeniami klauzuli współdziałania, a także niezgodne z wymogiem ekonomiki tworzenia prawa. Przede wszystkim zgłoszenie uwag do statutu, będące przecież elementem

„uzgadniania” rozumianego jako „ucieranie się” stanowisk dwóch organów władzy publicznej, na etapie, na którym mamy już do czynienia z treścią aktu prawnego ustaloną w wyniku przeprowadzonej procedury prawodawczej, może prowadzić do konieczności wznowienia tej procedury. O wiele skuteczniejszą metodą modyfikowania tekstu prawnego jest jego zmiana w fazie wcześniejszej, a zatem wówczas, gdy ma on jeszcze przymiot projektu aktu normatywnego.

Dla wyklarowania sytuacji prawnej należałoby postulować zmianę formuły przewidzianej w tym przepisie, i to w dwóch wymiarach. Po pierwsze – przepis ten powinien odnosić się nie do statutu, lecz do jego projektu; zresztą w przepisach prawa powszechnie obowiązującego można zidentyfikować wiele uregulowań ustanawiających kompetencję prawodawczą dla organów lokalnych, które uwzględniają ten właśnie aspekt¹⁷. Po drugie – należałoby rozważyć zastąpienie użytej w przepisie upoważniającym klauzuli „nieskodyfikowanej” jedną z formuł określoną w *Zasadach techniki prawodawczej* i odpowiadającą istocie relacji między organem samorządowym a naczelnym organem administracji rządowej.

17 Zob. np. art. 4 ustawy z dnia 15 marca 2002 r. o ustroju miasta stołecznego Warszawy (Dz. U. z 2018 r. poz. 1817), w którym przewidziano procedurę uchwalania statutu miasta. Ma ona charakter złożony, a przepisy w tym względzie posługują się zarówno klauzulą współdziałania w postaci wymogu zasięgnięcia opinii (ust. 1 – chodzi o opinie rad dzielnic), jak i „uzgodnienia” (ust. 2–5 – w tym przypadku organem uczestniczącym w procedurze prawodawczej jest Prezes Rady Ministrów). Co istotne, przedmiotem obu tych „podprocedur” jest projekt statutu, a przepisy jednoznacznie wskazują na czynności, jakie należy podjąć w ramach „uzgadniania” – szerzej na temat tego zagadnienia zob. M. Mazuryk [w:] M. Karpiuk, M. Mazuryk, *Ustrój miasta stołecznego Warszawy. Komentarz*, Lex/el. 2012, art. 4; art. 3 ust. 2 ustawy z dnia 9 marca 2017 r. o związku metropolitalnym w województwie śląskim (Dz. U. z 2022 r. poz. 439 z późn. zm.), w myśl którego projekt statutu związku metropolitalnego i jego zmian podlega uzgodnieniu z Prezesem Rady Ministrów na wniosek ministra właściwego do spraw administracji publicznej; art. 3 ust. 2 ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym, który stanowi, że projekt statutu gminy powyżej 300 000 mieszkańców podlega uzgodnieniu z Prezesem Rady Ministrów na wniosek ministra właściwego do spraw administracji publicznej; art. 67 ust. 1a ustawy o samorządzie powiatowym (Dz. U. z 2022 r. poz. 528), zgodnie z którym projekt statutu związku powiatowego podlega uzgodnieniu z wojewodą (jak słusznie się zauważa, „w postępowaniu w sprawie uzgodnienia projektu statutu związku powiatu zamierzające utworzyć związek reprezentuje starosta jednego z powiatów upoważniony przez starostów pozostałych powiatów. Jest to procedura pozwalająca na uniknięcie sytuacji, w której wynegocjowany przez strony związku statut byłby uznany przez wojewodę za nieważny w całości lub w części dopiero w postępowaniu nadzorczym. Wprowadzenie uzgodnienia statutu z wojewodą nie gwarantuje, że tak się nie stanie, jednak minimalizuje to ryzyko” – R. Cybulska [w:] *Ustawa o samorządzie powiatowym. Komentarz*, red. B. Dolnicki, Warszawa 2020, art. 67).

5.

Podsumowując, stwierdzam, że komentowany wyrok trafnie zwraca uwagę na znaczenie procedury prawodawczej, a w szczególności tego jej elementu, który jest związany z klauzulą współdziałania. Organ prawodawczy nie wywiązał się z obowiązku nań nałożonego w przepisie upoważniającym i nie poddał statutu muzeum procedurze uzgodnienia z ministrem właściwym do spraw kultury i ochrony dziedzictwa narodowego. Skutkowało to naruszeniem ustawowego warunku prawidłowości postępowania prawodawczego, odnoszącego się do aktu prawa miejscowego. Tym samym w pełni uzasadnione było stwierdzenie wadliwości procedury ustanawiania tego aktu, a w konsekwencji – stwierdzenie nieważności całego aktu wydanego w wyniku tejże procedury.

Jednocześnie pragnę zwrócić uwagę na to, że przepis upoważniający, będący podstawą wydania zaskarżonego aktu prawa miejscowego, nie jest w mojej ocenie optymalny z punktu widzenia techniki prawodawczej. Co prawda można dokonywać prób jego wykładni, mając na względzie umocowanie ustrojowe samorządu terytorialnego i system źródeł prawa, jednak przepisy upoważniające powinny być tak ukształtowane, by nie budziły żadnych wątpliwości z punktu widzenia adresatów, którymi są organy prawodawcze.

Marcin Gubała

Marcin Gubała, PhD in law, attorney at law, legislator, assistant professor at the Faculty of Law and Administration at the Higher Banking School in Gdansk. Graduate of the National School of Public Administration (XV promotion), civil servant. He performed, inter alia, the function of the director of the Legislative and Legal Department at the Ministry of Science and Higher Education. Author of publications in the field of legislation and constitutional and administrative law; ORCID: 0000-0001-8443-3206.

Z prac Rady Legislacyjnej

Wykaz tytułów opinii Rady Legislacyjnej wydanych od maja do sierpnia 2022 r.

Opinia z 6 maja 2022 r. o projekcie ustawy o Centralnym Azylu dla Zwierząt (prof. C. Kłak, prof. P. Szymaniec)

Opinia z 20 maja 2022 r. o projekcie ustawy o zmianie ustawy – Kodeks cywilny oraz niektórych innych ustaw (UD 222) (prof. A. Hrycaj)

Opinia z 30 czerwca 2022 r. o projekcie ustawy o cmentarzach i chowaniu zmarłych (prof. C. Kłak, prof. P. Szymaniec, prof. A. Szafrński)

Opinia z 16 sierpnia 2022 r. o projekcie ustawy o zmianie ustawy – Prawo geodezyjne i kartograficzne (prof. M. Szydło)

Opinia z 24 sierpnia 2022 r. o projekcie ustawy o parkach narodowych (prof. M. Dyl)

Opinia z 26 sierpnia 2022 r. o projekcie ustawy – Przepisy wprowadzające ustawę o cmentarzach i chowaniu zmarłych (prof. P. Szymaniec)

Opinia z 26 sierpnia 2022 r. o projekcie ustawy o zmianie ustawy – Prawo restrukturyzacyjne oraz ustawy – Prawo upadłościowe (UC 120) (prof. P. M. Wiórek)

Opinia z 29 sierpnia 2022 r. o projekcie ustawy – Prawo o ustroju sądów powszechnych (UD 322) oraz o projekcie ustawy – Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo o ustroju sądów powszechnych (UD 323) (prof. A. Hrycaj, prof. K. Wiak, prof. M. Dobrowolski)

Opinia z 31 sierpnia 2022 r. o projekcie ustawy o modernizacji i poprawie efektywności szpitalnictwa (dr P. Sobolewski)

Kronika

Zmiany w składzie osobowym Rady Legislacyjnej w związku z zakończeniem XIII kadencji i powołaniem członków na XIV kadencję przez Prezesa Rady Ministrów

2 września 2022 r. rozpoczęła się czteroletnia XIV kadencja Rady Legislacyjnej.

Przewodniczącym Rady Legislacyjnej przy Prezesie Rady Ministrów został ponownie prof. dr hab. Marek Szydło. Będzie on nadal pełnił funkcję redaktora naczelnego kwartalnika „Przegląd Legislacyjny”. Prof. dr hab. Marek Szydło specjalizuje się w publicznym i prywatnym prawie gospodarczym, prawie administracyjnym, prawie Unii Europejskiej oraz w niektórych obszarach prawa międzynarodowego publicznego i prywatnego.

Skład Rady Legislacyjnej przy Prezesie Rady Ministrów stanowią ponadto:

ponownie wybrana na tę funkcję wiceprzewodnicząca Rady Legislacyjnej:

- dr hab. Elżbieta Karska, prof. UKSW – specjalizuje się w prawie międzynarodowym publicznym, prawie Unii Europejskiej oraz prawach człowieka;

oraz ponownie wybrani na tę funkcję pozostali członkowie Rady Legislacyjnej:

- prof. dr hab. Antoni Hanusz – specjalizuje się w prawie podatkowym i prawie finansów publicznych;
- dr hab. Anna Hrycaj, prof. UŁa – specjalizuje się w prawie upadłościowym i restrukturyzacyjnym, prawie gospodarczym i prawie cywilnym;
- dr hab. Beata Kozłowska-Chyła – specjalizuje się w prawie handlowym, ze szczególnym uwzględnieniem prawa spółek, prawa papierów wartościowych, problematyki przekształceń własnościowych przedsiębiorstw oraz prawa ubezpieczeniowego i energetycznego;
- dr hab. Czesław Kłak, prof. UP im. KEN w Krakowie – specjalizuje się w prawie karnym, postępowaniu karnym, kryminalistyce, kryminologii oraz naukach penitencjarnych, prawie konstytucyjnym, nauce legislacji, ustroju organów ochrony prawnej, prawie międzynarodowym publicznym i prawie Unii Europejskiej;
- prof. dr hab. Anna Łabno – specjalizuje się w prawie konstytucyjnym;

- dr Przemysław Sobolewski – specjalizuje się w prawie cywilnym, handlowym oraz medycznym, w szczególności w zakresie ochrony praw pacjenta i organizacji służby zdrowia;
- dr hab. Bogumił Szmulik, prof. UKSW – specjalizuje się w zagadnieniach obejmujących problematykę prawa konstytucyjnego i administracyjnego oraz władzy sądowniczej;
- dr hab. Piotr Szymaniec, prof. PUAS w Wałbrzychu – specjalizuje się w teorii i filozofii prawa, ze szczególnym uwzględnieniem zagadnień praw i wolności jednostki oraz wolności religijnej, prawnych aspektach bezpieczeństwa publicznego oraz badaniach nad rozwojem myśli prawnej;
- dr hab. Krzysztof Wiak, prof. KUL – specjalizuje się w prawie karnym;
- dr hab. Piotr Marcin Wiórek, LL.M., prof. UW – specjalizuje się w prawie cywilnym i handlowym, ze szczególnym uwzględnieniem prawa spółek oraz prawa restrukturyzacyjnego i upadłościowego, zajmuje się zwłaszcza komparatystycznymi i europejskimi aspektami wymienionych dziedzin;

a także członkowie Rady Legislacyjnej po raz pierwszy wybrani na tę funkcję:

- dr hab. Jarosław Dobkowski, prof. UWM – specjalizuje się w prawie administracyjnym;
- dr Marcin Olszówka – specjalizuje się w prawie wyznaniowym, prawie konstytucyjnym oraz bioetyce;
- dr hab. Jadwiga Potrzebszcz, prof. KUL – specjalizuje się w zakresie wykładni prawa, teorii legislacji, aksjologii prawa, bezpieczeństwa prawnego, polityki społecznej, praw człowieka, etyki zawodów prawniczych oraz etyki biznesu.

Więcej informacji o członkach Rady Legislacyjnej XIV kadencji znajduje się na stronie internetowej: <http://www.gov.pl/web/radalegisacyjna>.

Bibliografia

Publikacje dotyczące Konstytucji, prawodawstwa i techniki legislacyjnej (wybór) Za okres maj–lipiec 2022

- AUGUSTYNIAK M., *Legal status of youth councils in Poland and France in the light of new legal regulations*, Rev. Euro. CL¹ 2022, nr 2.
- BERNACZYK M., *Gorzki smak kielbasy wyborczej. Obietnice wyborcze i ich realizacja ustawami w latach 2015–2016*, PiP² 2022, nr 5.
- BIENIEK B., GÓRNICZ-MULCAHY A., *Ustrojowe gwarancje niezawisłości asesora sądu powszechnego w sprawowaniu wymiaru sprawiedliwości*, PiP 2022, nr 6.
- BORDÁS P., *The Impact of EU Liberalization Regulations on the Market Audiovisual Media Services Market*, St. Iur. Lubl.³ 2022, nr 2.
- CYRUL W., PEŁECH-PILICHOWSKI T., *Perspektywy podnoszenia zrozumiałości tekstów aktów prawnych poprzez zmianę paradygmatu budowy struktury odesłań*, Prz. Sejm.⁴ 2022, nr 1.
- CZARNECKI P., *Prawa i obowiązki pokrzywdzonego w postępowaniach dyscyplinarnych w polskim systemie prawnym*, PPP⁵ 2022, nr 5.
- CZECHOWSKI M., *Prawne aspekty przeciwdziałania dyskryminacji i mobbingowi w służbach mundurowych*, PiP 2022, nr 6.
- DA ROCHA C.J., JEVAUX G.A., ZBUCKA-GARGAS M., *Telework and its fundamentalism in contemporary society: incipient ideas about the green labor contract as the epicentral matrix of climate justice*, PiZS⁶ 2022, nr 2.
- DAJNOWICZ-PIESIECKA D., *Przestępczość przeciwko wyborom i referendum w Polsce w latach 1999–2019*, Prz. Sejm. 2022, nr 2.

1 „Review of European and Comparative Law”.

2 „Państwo i Prawo”.

3 „Studia Iuridica Lublinensia”.

4 „Przegląd Sejmowy”.

5 „Przegląd Prawa Podatkowego”.

6 „Praca i Zabezpieczenie Społeczne”.

- DAMINOVA N., *The ECHR Preamble vs. the European Arrest Warrant: balancing Human Rights protection and the principle of mutual trust in EU Criminal Law?*, Rev. Euro. CL 2022, nr 2.
- DANILUK-JARMONIUK A., PACIAN J., *Zasady uznawania kwalifikacji zawodowych pielęgniarek będących obywatelami państw członkowskich Unii Europejskiej w Polsce*, PPP 2022, nr 6.
- DE AMBROSIS V. A., *The Right to Privacy as an Exemption from Freedom of Information in the Case of Persons Performing Public Functions (Poland's Example)*, St. Iur. Lubl. 2022, nr 2.
- DOROSZ-KRUCZYŃSKI J., *Samodzielność jednostki samorządu terytorialnego a dotacja z rządowego funduszu. Glosa do postanowienia NSA z dnia 14 lipca 2020 r.*, I GSK 486/20, OSP⁷ 2022, nr 5.
- DOWGIER R., *Zwolnienie z podatku od nieruchomości budynków oraz gruntów związanych z zakwaterowaniem uchodźców z Ukrainy*, „Nieruchomości@” 2022, nr 2.
- DRICZINSKI S., *Swoboda w ocenie pisma procesowego przez sąd instancyjny. Glosa do uchwały SN z dnia 29 września 2020 r.*, III UZP 2/20, OSP 2022, nr 5.
- DZIENISIUK D., *Małżonek Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej nowym tytułem ubezpieczeń społecznych*, PiZS 2022, nr 2.
- FÄHNRIICH M., *Środki tymczasowe w prawie konkurencji Unii Europejskiej*, PiP 2022, nr 6.
- FRĄCZAK-DUDEK A., *Prawo do urlopu za czas pozostawania bez pracy – polskie regulacje i praktyka sądowa a prawo unijne i orzecznictwo TSUE – rozważania na kanwie wyroku TSUE z dnia 25 czerwca 2020 roku w połączonych sprawach C-762/18 i C-37/19*, St. Pr. P i P Sp⁸ 2022, nr 1.
- GADECKI B., *Materialny czy formalny charakter przestępstwa wytwarzania środków odurzających (art. 53 ust. 1 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii). Glosa do wyroku s. apel. z dnia 18 października 2018 r.*, II AKa 440/18, OSP 2022, nr 6.
- GAPSKI M.P., *Stwierdzenie uchybienia terminu do wniesienia odwołania w świetle art. 15(2) ustawy z 2 marca 2020 r. o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych. Glosa krytyczna do wyroku wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Rzeszowie z 5 października 2021 r. (II SA/Rz 1032/21)*, OwSS⁹ 2022, nr 2.

7 „Orzecznictwo Sądów Polskich”.

8 „Studia z Zakresu Prawa Pracy i Polityki Społecznej”.

9 „Orzecznictwo w Sprawach Samorządowych”

- GĘBALA K., *Dopuszczalność skargi o stwierdzenie niezgodności z prawem prawomocnego orzeczenia a skarga nadzwyczajna. Glosa do uchwały SN z dnia 15 października 2020 r., III PZP 4/20, OSP 2022, nr 5.*
- HANCJ., JAWORSKA-WIELOCH A., SITARZ O., *Obowiązek zgolenia brody? (Nie)uzasadnione naruszenie wolności uzewnętrzniania religii przez osoby pozbawione wolności (rozważania na tle wyroku Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 24 kwietnia 2018 r., I ACa 1217/17), FP¹⁰ 2022, nr 2.*
- JAROSZEWSKI Ł., *Zwykłe korzystanie z wód na potrzeby własnego gospodarstwa domowego. Glosa do wyroku WSA z dnia 27 lutego 2020 r., II SA/Rz 1348/19, OSP 2022, nr 6.*
- JASKUŁA L. K., *Disinformation regarding COVID-19 in light of the priorities of the European Commission and the legal regulations binding and currently drafted in Poland, Rev. Euro. CL 2022, nr 2.*
- KARAŻNIEWICZ J., KOTOWSKA M., *So-called „dangerous prisoners” – selected issues from the perspective of individual’s rights protection, Rev. Euro. CL 2022, nr 2.*
- KASIAK Ł., MILLER W., *Stosowanie środków ograniczających w związku z rosyjską agresją na Ukrainę na gruncie ustawy z dnia 13 kwietnia 2022 r., „Temidium” 2022, nr 2.*
- KLEINOWSKI M., *Trwały system podziału mandatów w Parlamencie Europejskim - uwarunkowania prawne i polityczne, Prz. Sejm. 2022, nr 2.*
- KRAJEWSKI R., *Prawnokarne aspekty praktyk sadomasochistycznych, PS¹¹ 2022, nr 6.*
- KRAWCZYK R.P., *Wejście w życie aktów prawa miejscowego. Omówienie do uchwały KRIO z dnia 2 lipca 2021 r., 14/151/2021, OwSS 2022, nr 2.*
- KRAWCZYK R.P., *Wejście w życie aktów prawa miejscowego. Omówienie do uchwały KRIO z dnia 18 listopada 2021 r., 38/84/2021, OwSS 2022, nr 2.*
- KRUSZYŃSKI P., *Instytucja prawa łaski – de lege lata i de lege ferenda, Prz. Sejm. 2022, nr 2.*
- KUCZUR T., *Uwarunkowania normatywne i systemowe przestępstwa politycznego w Polsce w latach 1944/1945–1997, Prz. Sejm. 2022, nr 1.*
- KULESZA J., *Granice wolności wypowiedzi działaczy pro-life. Glosa do wyroku SN z dnia 22 października 2021 r., IV KK 247/21, OSP 2022, nr 6.*
- KULESZA J., *Wykładnia znamienia „miejsca publicznego” na przykładzie wybranych wykroczeń, PiP 2022, nr 6.*
- KWAŚNIAK A., *Umowa o pracę jako informacja publiczna. Glosa do wyroku NSA z dnia 28 lipca 2021 r., III OSK 3275/21, OSP 2022, nr 6.*
- LEWANDOWSKI W., *Modyfikacja „naczelnej zasady” europejskiego modelu sportu i „konstytucyjny krok” w kierunku bezpośredniego skutku przepisów o swobodnym przepływie*

10 „Forum Prawnicze”.

11 „Przegląd Sądowy”.

- obywateli UE w relacjach horyzontalnych w najnowszym orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości, PiP 2022, nr 6.
- LITWIŃCZUK H., *Nowe regulacje podatkowe dotyczące transgranicznej restrukturyzacji spółek*, PP¹² 2022, nr 5.
- ŁACNY J., *Przedawnienie nieprawidłowości w wydatkowaniu funduszy Unii Europejskiej w świetle prawa Unii Europejskiej i orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości*, „Temidium” 2022, nr 2.
- ŁUKAWSKA-BIAŁOGŁOWSKA D., *Czy opłata z tytułu przekształcenia użytkowania wieczystego nieruchomości we własność powinna być podwyższana o podatek od towarów i usług? (Uwagi na kanwie wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej w sprawie C-604/19)*, „Nieruchomości@” 2022, nr 2.
- MAJ E., *Problem realizacji praw wyborczych kobiet w Polsce międzywojennej: debata na łamach prasy dla katoliczek*, Prz. Sejm. 2022, nr 2.
- MALEC-LEWANDOWSKI P., *Kompetencje porządkowe związane z przebiegiem prac komisji sejmowych i senackich*, Prz. Sejm. 2022, nr 1.
- MALINOWSKI D. M., *Podatkowe aspekty pomocy humanitarnej dla Ukrainy*, PP 2022, nr 5.
- MALINOWSKI D. M., *Praktyczne skutki wyroku Trybunału Konstytucyjnego z 24.02.2021 r. dla podatników podatku od nieruchomości*, PP 2022, nr 7.
- MAROŃ G., *References to jurisprudence of foreign constitutional courts in judgments and decisions of the Constitutional Tribunal of the Republic of Poland*, Rev. Euro. CL 2022, nr 2.
- MAZURKIEWICZ J., *W poszukiwaniu pola współpracy badawczej adwersarzy. Prawne aspekty alkoholowych uszkodzeń płodu*, Prz. Sejm. 2022, nr 1.
- MITRUS L., *Prawo pracownika – ojca do urlopów związanych z rodzicielstwem a zakaz dyskryminacji ze względu na płeć. Glosa do wyroku SN z dnia 18 listopada 2020 r., III PK 53/19*, OSP 2022, nr 6.
- MODRZEJEWSKI A. K., *Konieczność wycięcia drzew stanowiących przeszkodę lotniczą. Glosa do wyroku WSA z dnia 24 czerwca 2021 r., II SA/Bk 245/21*, OSP 2022, nr 6.
- MUZYCZKA K., *Procedura wywłaszczenia zabytków w Polsce*, PPP 2022, nr 6.
- NAWROT O., *Sprzeciw sumienia położnych. Glosa do postanowień ETPC z dnia 11 lutego 2022 r., 43726/17 i 62309/17*, Prz. Sejm. 2022, nr 1.
- NAZIMEK D., *Raportowanie schematów podatkowych w Polsce jako odpowiedź na międzynarodowe standardy przeciwdziałania agresywnej optymalizacji podatkowej*, PP 2022, nr 6.

12 „Przegląd Podatkowy”.

- NIEWĘGŁOWSKI A., *Ustalenie statusu logotypu w świetle prawa autorskiego. Przeniesienie autorskich praw majątkowych a problem spółki cywilnej. Glosa do wyroku s. apel. z dnia 16 grudnia 2020 r.*, V AGa 652/18, OSP 2022, nr 5.
- NITA-ŚWIATŁOWSKA B., *Orzekanie o kosztach za pomoc prawną z urzędu po wyroku Trybunału Konstytucyjnego z 23.04.2020 r.*, SK 66/19, PS 2022, nr 5.
- NOWAK-GRUCA A., *O problemach prawa autorskiego w kontekście twórczości sztucznej inteligencji*, PUG¹³ 2022, nr 2.
- NOWAKOWSKI T., *Przekroczenie norm jakości powietrza a ochrona dóbr osobistych. Glosa do uchwały SN z dnia 28 maja 2021 r.*, III CZP 27/20, OSP 2022, nr 5.
- PACHOLEC S., SOLKA P., *Realizacja konstytucyjnego prawa wstępu na posiedzenia kolegialnych organów władzy publicznej pochodzących z powszechnych wyborów w czasie pandemii*, ST¹⁴ 2022, nr 5.
- RABCZUK S. ET AL., *Nie pytają cię o imię, walczą z ostrym cieniem mgły. Podstawy prawne wykorzystania mediów społecznościowych przez polskie organy władzy publicznej na przykładzie Policji*, St. Iur.¹⁵ 2022, nr 89.
- RAGUSZEWSKA M., *Cofnięcie zezwolenia na sprzedaż napojów alkoholowych – uprawnienia kontrolne gminnej komisji rozwiązywania problemów alkoholowych; korzystanie z materiałów dowodowych zgromadzonych przez inne organy w zakresie spełniania przez przedsiębiorcę wymogów higienicznych i zdrowotnych oraz przestrzegania ograniczeń, nakazów i zakazów związanych z wystąpieniem stanu epidemii. Omówienie do decyzji SKO z dnia 5 stycznia 2022 r.*, SKO 4221/30/21, OwSS 2022, nr 2.
- RAGUSZEWSKA M., *Dodatek wychowawczy jako świadczenie nienależnie pobrane w przypadku umieszczenia dziecka w domu pomocy społecznej w trakcie okresu świadczeniowego, w sytuacji gdy w rozpatrywanym okresie dyrektor domu pomocy społecznej nie skorzystał z uprawnienia, o którym mowa w art. 4 ust. 2 pkt 4 ustawy o pomocy państwa w wychowywaniu dzieci*, OwSS 2022, nr 2.
- REDAKCJA ZAM. PUB. DOR., *Rynek europejskich zamówień publicznych w 2022 roku*, Zam. Pub. Dor.¹⁶ 2022, nr 3.
- REDAKCJA ZAM. PUB. DOR., *Ustawa o pomocy obywatelom Ukrainy w związku z konfliktem zbrojnym na terytorium tego państwa*, Zam. Pub. Dor. 2022, nr 3.
- SALAMONOWICZ M., *Product's Shape Distinctiveness as a Condition for the Registration of a Three-Dimensional European Union Trademark: Partially Approving Commentary*

13 „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego”.

14 „Samorząd Terytorialny”.

15 „Studia Iuridica”.

16 „Zamówienia Publiczne. Doradca”.

- on the Judgment of the General Court of the European Union of 14 July 2021 in Case T-488/20 Guerlain v European Union Intellectual Property Office (EUIPO)* (OJC 320, 28.9.2020), St. Iur. Lubl. 2022, nr 2.
- SIERSZEŃ S., *Posiedzenie przygotowawcze w procedurze polskiej oraz angielskie pre-action protocols jako instytucje służące usprawnieniu postępowania cywilnego*, FP 2022, nr 2.
- SKORUPKA A., *Prawo do życia w czystym środowisku. Glosa do uchwały SN z dnia 28 maja 2021 r.*, III CZP 27/20, PS 2022, nr 5.
- SKWARCOW M., *Obowiązywanie zakazu reformationis in peius w przypadku zaskarżenia wyroku na korzyść i na niekorzyść oskarżonego. Glosa do wyroku SN z dnia 21 kwietnia 2021 r.*, IV KK 100/20, OSP 2022, nr 5.
- SMOLIŃSKI T., TYSKA M., *Stanowisko judykatury w sprawie zaopatrzenia emerytalnego funkcjonariuszy pełniących „służbę na rzecz totalitarnego państwa”*, PiZS 2022, nr 2.
- STĘPIEŃ-ZAŁUCKA B., *Instytut Pamięci Narodowej – Komisja Ścigania Zbrodni przeciwko Narodowi Polskiemu a prokuratura. Refleksje po ponad 20 latach funkcjonowania Instytutu*, PPP 2022, nr 5.
- STĘPKOWSKI Ł., *Zasada specjalności europejskiego nakazu aresztowania i art. 607e § 3 pkt 2 k.p.k. a możliwość ścigania wydanego obywatela polskiego za przestępstwa nieobjęte tym nakazem*, PS 2022, nr 5.
- SZCZEPANIAK D., *Odpowiedzialność karna za znieważenia Prezydenta. Rzecz o kodyfikacji prawa karnego w II Rzeczypospolitej i jej współczesnych reminiscencjach*, FP 2022, nr 2.
- SZCZEPANIAK R., *Odpowiedzialność odszkodowawcza władz publicznych za skutki zanieczyszczonego powietrza. Glosa do uchwały SN z dnia 28 maja 2021 r.*, III CZP 27/20, OSP 2022, nr 6.
- SZPYRKA M., *Niedopuszczalność pytania prejudycjalnego w sprawie dotyczącej praworządności w kontekście konstrukcji wymiaru sprawiedliwości – glosa do wyroku Trybunału Sprawiedliwości z 22 marca 2022 r. w sprawie C-508/19, M.F. przeciwko J.M., „Temidium” 2022, nr 2.*
- SZYPNIEWSKI M., *Ufać, ale kontrolować? Zasada lojalnej współpracy państw członkowskich Unii Europejskiej a zaświadczenie AI*, PiZS 2022, nr 2.
- ŚLIWIŃSKI E., *O ochronie przed maltretowaniem na podstawie VIII Poprawki do Konstytucji Stanów Zjednoczonych w odniesieniu do art. 3 Europejskiej konwencji praw człowieka*, Prz. Sejm. 2022, nr 2.
- ŚWIĄTEK-RUDOMAN J., *Konsekwencje powierzenia pracownikowi zatrudnionemu przy innej pracy zadań służby BHP w zakresie prawa do wynagrodzenia. Glosa do wyroku SN z dnia 10 marca 2020 r.*, I PK 259/18, OSP 2022, nr 6.
- WOJTACKI M., *O metodzie prac ustrojowych w II Rzeczypospolitej. Praktyka parlamentarna w procesie przekształceń konstytucyjnych*, Prz. Sejm. 2022, nr 1.

WRÓBEL I., *Artificial intelligence systems and the right to good administration*, Rev. Euro. CL 2022, nr 2.

ZĘBEK E., *Legal solutions of lake monitoring systems in Poland in compliance with the Water Framework Directive*, Rev. Euro. CL 2022, nr 2.

Opracowała Marta Paleczna