

**PROBLEMY
NAUK
PRAWNYCH**

Tom 14

Praca zbiorowa pod redakcją
Klaudii Pujer

Exante

Recenzenci

prof. dr hab. Stanisław Hoc
dr hab. Agata Jurkowska-Gomułka
dr Klaudia Pujer

PROBLEMY NAUK PRAWNYCH. TOM 14
exante.com.pl, wydawnictwoexante.pl, Wrocław 2019

Treść książki jest dostępna na licencji Creative Commons (CC BY-NC-ND 4.0)
Uznanie autorstwa – Użycie niekomercyjne – Bez utworów zależnych 4.0 Międzynarodowe.
Pewne prawa zastrzeżone na rzecz autorów. Zezwala się na wykorzystanie treści książki
zgodnie z licencją – pod warunkiem zachowania niniejszej informacji licencyjnej
oraz wskazania autorów jako właścicieli praw do tekstów.

Treść licencji jest dostępna na stronie internetowej:
<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/pl/legalcode>

Wersja elektroniczna publikacji jest wersją pierwotną

Wydawca nie ponosi odpowiedzialności za treść, formę i styl rozdziałów

Exante Wydawnictwo Naukowe
dr Klaudia Pujer
ul. Buforowa 24 lok. 10, 52-131 Wrocław
WWW: exante.com.pl, wydawnictwoexante.pl

ISBN 978-83-66187-60-3 (PDF)
ISBN 978-83-66187-59-7 (oprawa miękka)

**PROBLEMY
NAUK
PRAWNYCH
TOM 14**

Praca zbiorowa pod redakcją
Klaudii Pujer

Exante

Spis treści

WSTĘP	7
1. WYBRANE ASPEKTY KARNOPRAWNEGO ZAKAZU TWORZENIA CHIMER I HYBRYD W ŚWIETLE USTAWY O LECZENIU NIEPŁODNOŚCI.....	11
Justyna Badziak	
WPROWADZENIE	11
KRÓTKO O POJĘCIU CHIMERYZACJI I HYBRYDYZACJI	13
ZAKRES PRAWNOKARNEJ REGULACJI ZAKAZU TWORZENIA CHIMER I HYBRYD W ŚWIETLE USTAWY O LECZENIU NIEPŁODNOŚCI. ZAGADNIENIA WYBRANE	19
PODSUMOWANIE.....	24
BIBLIOGRAFIA.....	25
2. PATENT BIOTECHNOLOGICZNY. ROZWAŻANIA NAD PROBLEMATYKĄ ZDOLNOŚCI PATENTOWEJ GENÓW LUDZKICH.....	27
Aleksandra Kubińska	
WPROWADZENIE	27
PATENTOWANIE GENÓW W SYSTEMIE EUROPEJSKIM	28
PATENTOWANIE GENÓW W KONTEKŚCIE STYMULUJĄCEJ FUNKCJI OCHRONY PATENTOWEJ I AUTONOMII JEDNOSTKI	30
PODSUMOWANIE.....	33
BIBLIOGRAFIA.....	33
3. PRAWNOKARNE ASPEKTY POZBAWIENIA CZŁOWIEKA ZDOLNOŚCI PŁODZENIA.....	35
Karol Żyła	
WPROWADZENIE	35
USTAWOWE ZNAMIONA CZYNU ZABRONIONEGO	36
DOPUSZCZALNOŚĆ ZGODY DYSPONETA DOBREM	37
DOPUSZCZALNOŚĆ CZYNNOŚCI NIETERAPEUTYCZNYCH – DOBROWOLNA STERYLIZACJA	40
PROBLEMATYKA TZW. ZABIEGÓW ADAPTACYJNYCH	42
PODSUMOWANIE.....	44
BIBLIOGRAFIA.....	44

4. SMAKOWE I ZAPACHOWE ZNAKI TOWAROWE W PRAWIE POLSKIM I UNIJNYM. KONTEKST AMERYKAŃSKI	47
Maciej Kujawa	
WPROWADZENIE	47
POJĘCIE ZNAKU TOWAROWEGO	48
PROBLEMATYKA NIEKONWENCJONALNYCH ZNAKÓW TOWAROWYCH	49
KONTEKST STANÓW ZJEDNOCZONYCH	52
PODSUMOWANIE	53
BIBLIOGRAFIA	54
5. KREDYT KONSUMENCKI W KONTEKŚCIE INSTRUMENTÓW PRAWNYCH OCHRONY KREDYTOBIORCY-KONSUMENTA.....	57
Edyta Szumilas	
WPROWADZENIE	57
KREDYT KONSUMENCKI JAKO SZCZEGÓLNY RODZAJ USŁUGI FINANSOWEJ	58
MECHANIZMY OCHRONY KONSUMENTA ZAWIERAJĄCEGO UMOWĘ KREDYTU KONSUMENCKIEGO	59
KREDYT KONSUMENCKI A NARUSZANIE PRAW KONSUMENTA – PROBLEMY PRAKTYCZNE.....	60
OCENA REGULACJI I POSTULOWANE ZMIANY W USTAWIE O KREDYCIE KONSUMENCKIM	63
PODSUMOWANIE	64
BIBLIOGRAFIA	65
6. TRADYCYJNE ZAWIERANIE KONTRAKTÓW. ZARYS KOSZTÓW TRANSAKCYJNYCH W ASPEKCIE ZARZĄDZANIA ORGANIZACJĄ.....	67
Radostaw Mieszala	
WPROWADZENIE	67
TRADYCYJNE ZAWIERANIE KONTRAKTÓW	68
<i>Klasyczne prawo kontraktowe</i>	<i>68</i>
<i>Neoklasyczne prawo kontraktowe</i>	<i>69</i>
ZARYS KOSZTÓW TRANSAKCYJNYCH	71
PODSUMOWANIE	73
BIBLIOGRAFIA	74
7. TRANSKRYPCJA AKTU URODZENIA DZIECKA PARY JEDNOPŁCIOWEJ – WYZWANIE DLA POLSKIEJ ADMINISTRACJI	75
Barbara Zyzda	
WPROWADZENIE	75
TRANSKRYPCJA DOKUMENTÓW STANU CYWILNEGO W PRAWIE POLSKIM.....	76
PRZESŁANKI ODMOWY TRANSKRYPCJI DOKUMENTU STANU CYWILNEGO	77
TRANSKRYPCJA AKTU URODZENIA DZIECKA PARY JEDNOPŁCIOWEJ	77
PODSUMOWANIE	80
BIBLIOGRAFIA	81

8. PROBLEM TRANSKRYPCJI ZAGRANICZNYCH AKTÓW STANU CYWILNEGO W KONTEKŚCIE EWOLUCJI POLSKIEGO ORZECZNICTWA DOTYCZĄCEGO STOSOWANIA KLAUZULI PORZĄDKU PUBLICZNEGO..... 83

Klaudia Raczek

WPROWADZENIE	83
NORMATYWNE I JURYDYCZNE UJĘCIE KLAUZULI PORZĄDKU PUBLICZNEGO.....	86
PRZEŁAMANIE LINII ORZECZNICZEJ PRZEZ NSA.....	89
PRAKTYKA CZY JEDNORAZOWY PRECEDENS?	92
PODSUMOWANIE.....	93
BIBLIOGRAFIA.....	94

9. OSKARŻENIE WZAJEMNE A INGERENCJA PROKURATORA W ŚCIGANIE PRZESTĘPSTW Z OSKARŻENIA PRYWATNEGO NA ETAPIE POSTĘPOWANIA SĄDOWEGO 99

Katarzyna Kochel

WPROWADZENIE	99
NABYCIE STATUSU I UPRAWNIENIA OSKARŻYCIELA PRYWATNEGO W POLSKIM POSTĘPOWANIU KARNYM.....	100
OSKARŻENIE WZAJEMNE.....	100
INGERENCJA PROKURATORA W POSTĘPOWANIE PRYWATNOSKARGOWE.....	101
INGERENCJA PROKURATORA W POSTĘPOWANIE PRYWATNOSKARGOWE PRZY OSKARŻENIU WZAJEMNYM.....	102
PODSUMOWANIE.....	105
BIBLIOGRAFIA.....	106

10. KLEPTOMANIA A ODPOWIEDZIALNOŚĆ KARNA SPRAWCY CZYNU ZABRONIONEGO ZA KRADZIEŻ 109

Anna Lisowska

WPROWADZENIE	109
KLEPTOMANIA W UJĘCIU OGÓLNYM	110
KLEPTOMANIA A NIEPOCZYTALNOŚĆ.....	111
PODSUMOWANIE.....	114
BIBLIOGRAFIA.....	115

11. ZAKAZ WSTĘPU DO OŚRODKÓW GIER I UCZESTNICTWA W GRACH HAZARDOWYCH JAKO ŚRODEK STOSOWANY WOBEC SPRAWCÓW CZYNÓW ZABRONIONYCH UZALEŻNIONYCH OD HAZARDU 117

Anna Lisowska

WPROWADZENIE	117
UZALEŻNIENIE OD HAZARDU JAKO PRZESŁANKA ORZECANIA ZAKAZU WSTĘPU DO OŚRODKÓW GIER I UCZESTNICTWA W GRACH HAZARDOWYCH	118
ZAKAZ WSTĘPU DO OŚRODKÓW GIER I UCZESTNICTWA W GRACH HAZARDOWYCH JAKO INSTRUMENT PRAWA ORZEKANY TYTUŁEM ŚRODKA KARNEGO LUB ZABEZPIECZAJĄCEGO.....	120

PODSUMOWANIE.....	123
BIBLIOGRAFIA.....	123

Wstęp

Oddajemy w ręce Czytelników czternasty tom poświęcony wybranym problemom nauk prawnych. Publikacja składa się z jedenastu rozdziałów. Podobnie jak tomy poprzednie, jest efektem współpracy badaczy z różnych krajowych jednostek naukowych – teoretyków i praktyków.

Publikacja prezentuje aktualne i ważne problemy życia społeczno-gospodarczego. Autorzy opisują i diagnozują wybrane zjawiska w ich różnorodności przedmiotowej, eksponując przy tym istotę prawa jako regulatora całokształtu stosunków społecznych.

Tom otwiera rozdział pt. *Wybrane aspekty karnoprawnego zakazu tworzenia chimer i hybryd w świetle ustawy o leczeniu niepłodności* autorstwa Justyny Badziak. W Polsce kwestie dotyczące leczenia niepłodności oraz wykorzystywania komórek rozrodczych i zarodków reguluje ustawa z dnia 25 czerwca 2015 r. o leczeniu niepłodności. Ze względu na postęp naukowo-techniczny w dziedzinie nauk medycznych istnieje jednak moralny spór o tworzenie bytów, takich jak chimery lub hybrydy, szczególnie gdy łączone są ludzkie i nie-ludzkie komórki lub materiał genetyczny. Opracowanie koncentruje się na kilku wybranych problemach związanych z karnoprawnym zakazem przeprowadzania tego rodzaju modyfikacji genetycznych.

Rozdział drugi pt. *Patent biotechnologiczny. Rozważania nad problematyką zdolności patentowej genów ludzkich* przygotowała Aleksandra Kubińska. Opracowanie stanowi próbę nakreślenia zakresu ochrony przysługującej tzw. wynalazkom biotechnologicznym. Autorka skupia się na badaniu korelacji między prawem patentowym a problematyką praw jednostki. Konsekwentnie, badając instrumenty, które w obliczu rozwoju nauki i nowych technologii mogłyby przyczynić się do zakończenia toczącej się jurydyczno-etycznej dyskusji, autorka stara się argumentować potrzebę ujednoczenia kryteriów i granic szczególnej ochrony prawnej w kontekście rozwoju biotechnologii.

Karol Żyła to autor rozdziału trzeciego pt. *Prawnokarne aspekty pozbawienia człowieka zdolności płodzenia*. Praca przedstawia problem dopuszczalności dobrowolnej sterylizacji oraz zabiegów adaptacyjnych w świetle typu czynu zabronionego spowodowania ciężkiego uszczerbku na zdrowiu poprzez pozbawienie człowieka zdolności płodzenia. Opracowanie uwzględnia regulacje prawa polskiego i międzynarodowego, które mają istotny wpływ na odpowiedzialność karną osoby wykonującej określony zabieg. W tekście przedstawiono karnoprawne aspekty powiązane ze zjawiskiem transseksualizmu oraz procedury zmiany płci, a także kwestię sterylizacji w celach antykoncepcyjnych.

Maciej Kujawa opracował rozdział czwarty pt. *Smakowe i zapachowe znaki towarowe w prawie polskim i unijnym. Kontekst amerykański*. Celem rozdziału jest analiza problematyki smakowych i zapachowych znaków towarowych w oparciu o zmiany zachodzące w prawie unijnym i krajowym wskutek implementacji dyrektywy 2015/2436 znoszącej wymóg graficznej przedstawialności. Tezy wzbogacono o najważniejsze orzeczenia

w tym zakresie. Publikacja zarysowuje też problematykę niekonwencjonalnych znaków w prawie Stanów Zjednoczonych Ameryki.

Rozdział piąty pt. *Kredyt konsumencki w kontekście instrumentów prawnych ochrony kredytobiorcy-konsumenta* przygotowała Edyta Szumilas. Celem opracowania uczyniono zbadanie, jakie problemy praktyczne występują w związku z nierealizowaniem przez przedsiębiorców ustawowych obowiązków informacyjnych, skorelowanych z udzieleniem kredytu konsumenckiego. Kredyt konsumencki stanowi instytucję o dużym, praktycznym znaczeniu dla obrotu gospodarczego, szczególnie z perspektywy przeciętnego konsumenta. Powszechność zaciągania tego typu zobowiązań sprawia, że konieczne jest tworzenie jak najbardziej kompletnego i możliwie efektywnego systemu ochrony konsumentom, którzy zdecydują się skorzystać z takiego rodzaju usługi finansowej. Szczególnie ważne znaczenie mają w kontekście kredytu konsumenckiego obowiązki informacyjne oraz zapewnienie transparentności i przejrzystości ofert. Postępowania prowadzone przez Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów wskazują jednakże, że regulacje kredytu konsumenckiego mające gwarantować bezpieczeństwo kredytobiorcom nie są w pełni respektowane przez kredytodawców oraz posiadają pewne braki legislacyjne. W związku z tym rysuje się wyraźna potrzeba poprawy jakości regulacji przy jednoczesnym niezwiększaniu i tak już zbyt dużej ilości przepisów, zwłaszcza nakładających obowiązki informacyjne.

Radosław Mieszala to autor rozdziału szóstego pt. *Tradycyjne zawieranie kontraktów. Zarys kosztów transakcyjnych w aspekcie zarządzania organizacją*. W opracowaniu podjęto próbę analizy „tradycyjnego” zawierania kontraktów – klasycznego prawa umów oraz porównania tego podejścia z neoklasycznym prawem kontraktowym. W pierwszej części pracy omówiono kwestię tradycyjnego zawierania kontraktów, w tym klasyczne i neoklasyczne prawo kontraktowe. W drugiej części opracowania zarysowano podział kosztów transakcyjnych. Z przeprowadzonych rozważań wynika, że klasyczne prawo kontraktowe ma zastosowanie do wszystkich standaryzowanych transakcji bez względu na ich powtarzalność.

Autorką rozdziału siódmego pt. *Transkrypcja aktu urodzenia dziecka pary jedнопłciowej – wyzwanie dla polskiej administracji* jest Barbara Zyzda. Transkrypcja aktu urodzenia dziecka pary jedнопłciowej z całym przekonaniem jest wyzwaniem dla organów administracji publicznej. Wynika to nie tylko z braku jednolitego orzecznictwa sądów administracyjnych, ale także z braku rozwiązań legislacyjnych, które pozwoliłyby na wykonanie orzeczeń sądów. W opracowaniu zostały przeanalizowane regulacje dotyczące transkrypcji zagranicznego dokumentu aktu stanu cywilnego, jak również najnowsze orzeczenia sądów administracyjnych dotyczące tej problematyki.

Rozdział ósmy pt. *Problem transkrypcji zagranicznych aktów stanu cywilnego w kontekście ewolucji polskiego orzecznictwa dotyczącego stosowania klauzuli porządku publicznego* opracowała Klaudia Raczek. Klauzula porządku publicznego jako element ochrony podstawowego porządku państw występuje w wielu aktach prawnych, w tym w ustawie prawo

o aktach stanu cywilnego. W ostatnich latach zauważalne jest nadużywanie tego instrumentu celem ochrony partykularnych interesów państw, w sposób sprzeczny z istotą integracji europejskiej. Często działania organów państwa naruszają podstawowe prawa jednostek. Opracowanie przedstawia problematykę transkrypcji zagranicznych aktów stanu cywilnego i nadużywania klauzuli porządku publicznego, co doprowadza do wypaczenia jej istoty.

Katarzyna Kochel napisała rozdział dziewiąty pt. *Oskarżenie wzajemne a ingerencja prokuratora w ściganie przestępstw z oskarżenia prywatnego na etapie postępowania sądowego*. Celem opracowania uczyniono omówienie problemów wynikających z ingerencji prokuratora, jako rzecznika interesu publicznego, na etapie postępowania jurysdykcyjnego w postępowaniu prywatnoskargowym przy zastosowaniu szczególnego rozwiązania prawnego, jakie w tym trybie stanowi konstrukcja oskarżenia wzajemnego. Ponadto celem pracy jest także podjęcie próby udzielenia odpowiedzi na pytanie, czy takie rozwiązanie prawne jest zasadne. Opracowanie oparto na analizie piśmiennictwa, orzecznictwa i obserwacjach własnych autorki poczynionych w toku pracy zawodowej.

Dwa ostatnie rozdziały przygotowała Anna Lisowska. W rozdziale dziesiątym pt. *Kleptomania a odpowiedzialność karna sprawcy czynu zabronionego za kradzież* podjęto próbę ukazania wpływu kleptomanii na tendencję osoby do popełniania kradzieży. W opracowaniu wymieniono wyróżniane w literaturze rodzaje złodziei sklepowych oraz przedstawiono krótką charakterystykę kradzieży będącej konsekwencją kleptomanii. Ponadto w pracy omówiono wpływ wymienionej przypadłości na odpowiedzialność karną sprawcy kradzieży.

W rozdziale jedenastym pt. *Zakaz wstępu do ośrodków gier i uczestnictwa w grach hazardowych jako środek stosowany wobec sprawców czynów zabronionych uzależnionych od hazardu* dokonano analizy instrumentu prawa w postaci zakazu wstępu do ośrodków gier i uczestnictwa w grach hazardowych orzekanego jako środek karny lub tytułem środka zabezpieczającego, który znajduje zastosowanie m.in. wobec uzależnionych od czynności sprawców czynów zabronionych. Scharakteryzowano uzależnienie od gier, tzw. patologiczny hazard i ukazano jego wpływ na zdolność sprawcy do rozpoznania znaczenia czynu lub pokierowania swoim postępowaniem w czasie jego popełniania. Ponadto omówiono zakaz wstępu do ośrodków gier i uczestnictwa w grach hazardowych jako środek mający na celu ochronę przed ponownym popełnieniem przez osobę czynu zabronionego.

Tom czternasty ma charakter wielowątkowy i wieloaspektowy. Intencją opracowania jest wyeksponowanie aktualnych problemów nauk prawnych, zwrócenie uwagi na obszary wymagające dalszych opracowań naukowych i tym samym zainspirowanie do własnych poszukiwań badawczych.

Klaudia Pujer i Zespół Autorski

1. WYBRANE ASPEKTY KARNOPRAWNEGO ZAKAZU TWORZENIA CHIMER I HYBRYD W ŚWIETLE USTAWY O LECZENIU NIEPŁODNOŚCI

Justyna Badziak

Streszczenie

W Polsce kwestie dotyczące leczenia niepłodności oraz wykorzystywania komórek rozrodczych i zarodków reguluje Ustawa z dnia 25 czerwca 2015 r. o leczeniu niepłodności. Ze względu na postęp naukowo-techniczny w dziedzinie nauk medycznych istnieje jednak moralny spór o tworzenie bytów, takich jak chimery lub hybrydy, szczególnie gdy łączone są ludzkie i nie-ludzkie komórki lub materiał genetyczny. Opracowanie koncentruje się na kilku wybranych problemach związanych z karnoprawnym zakazem przeprowadzania tego rodzaju modyfikacji genetycznych.

Słowa kluczowe: chimery, hybrydy, prawo karne, zakaz.

Wprowadzenie

Jednym z zagadnień nieco pomijanych zarówno przez dogmatykę, jak i praktykę prawa karnego, jest kwestia dopuszczalności przekraczania granic w obrębie i między gatunkami, a ściślej procesy sztucznej chimeryzacji i hybrydyzacji. Każdy z nich wywołuje szereg szczegółowych pytań i kontrowersji o ogromnym ładunku emocjonalnym. Ujmując rzecz w dużym uroszczeniu, można wskazać, iż z jednej strony przyjmując perspektywę naznaczonych wiarą w nieograniczone możliwości ludzkiego umysłu zwolenników idei wolności prowadzenia badań naukowych i dokonywania eksperymentów również na ludzkiej substancji genetycznej lub w obrębie embriologii na ludzkich komórkach rozrodczych, takie działania oceniane będą zdecydowanie pod kątem ich ewentualnych praktycznych korzyści. Z drugiej natomiast powstaje pytanie, czy rozwój technik genetycznych i związany z nim swego rodzaju przymus innowacyjny przejawiający się w przeświadczeniu, że jeśli coś można technicznie wykonać, to powinno zostać stworzone¹, sam w sobie implikuje całkowitą dowolność przedmiotu celowo ukierunkowanej interwencji. W efekcie, gdzie wówczas przebiegać będzie „granica między tym, co powstało samo a tym co zostało zrobione”² i czy samo odejście od tradycyjnych gatunków nie pociągnie za sobą czasami trudnych do przewidzenia negatywnych konsekwencji,

¹ K. Cynk, *Inżynieria genetyczna – technika usytuowana między naturą a kulturą*, Uniwersytet Rzeszowski, Rzeszów 2014, s. 11.

² *Ibidem*, s. 7.

z których niebezpieczeństwo instrumentalizacji istot żyjących (ludzkich), poprzez naruszenie własności informacji genetycznej to jedynie „wierzchołek góry lodowej”. Niewątpliwie intensywny rozwój nauk biologicznych, medycznych i technicznych, w tym biotechnologii, a zwłaszcza zapoczątkowanej w jej ramach w połowie lat 70. ubiegłego wieku nowej dziedziny zwanej inżynierią genetyczną³, zrewolucjonizował wiele obszarów ludzkiej egzystencji, ale także postawił człowieka przed koniecznością podejmowania za ich pomocą działań, których bilans etyczny niezwykle trudno oszacować. Nie dziwi zatem fakt, że spektakularne osiągnięcia w tym zakresie (jak np. sklonowanie owcy Dolly w dniu 5 lipca 1996 r.) na nowo rozpoczęły dyskusję etyczną nad moralnością takich procesów, również w aspekcie potencjalnego wykorzystania w nich ludzkiego materiału genetycznego. Próby poszukiwania w tym zakresie ewentualnych uzasadnień moralnych zmusiły bioetyków, nawet do przeformułowania tzw. norm szczegółowych w stosunku do nowo podejmowanych ingerencji w naturę ludzką, wśród których wymienia się m.in. wspomniany problem dopuszczalności klonowania człowieka, ale także zapłodnienie *in vitro*, przeszczepianie narządów, aborcję czy eutanazję⁴. Z kolei na płaszczyźnie prawnej, główne obawy związane z tego typu doświadczeniami doprowadziły do przekonania, iż sposobami uchronienia się przed groźbą potencjalnego skomercjalizowania takich przedsięwzięć jest albo ich całkowity zakaz prawny, albo ścisła reglamentacja działalności podmiotów mających upoważnienie do prowadzenia badań lub eksperymentów tego typu. Do dnia dzisiejszego większość z nich doczekała się już uregulowań normatywnych zarówno na płaszczyźnie międzynarodowej, jak i w polskim porządku prawnym. We wskazany nurt rozważań wpisuje się również rozwiązanie z art. 86 Ustawy z dnia 25 czerwca 2015 r. o leczeniu niepłodności⁵. Przepis ten zakazuje pod rygorem sankcji karnej m.in. tworzenia przy zastosowaniu technik medycznie wspomaganey prokreacji chimer lub hybryd⁶. Jedynie na marginesie wspomnieć wypada, że długie milczenie polskiego ustawodawcy w tym przedmiocie uznać należy jako niezwykle

³ Pod tym pojęciem rozumie się prowadzenie badań lub eksperymentów na materiale genetycznym organizmów w celu zmiany ich właściwości dziedzicznych. Szerzej na ten temat np. *Ibidem*, s. 2. i podana tam literatura.

⁴ T. Biesaga, *Uzasadnienia norm moralnych w bioetyce*, „Medycyna Praktyczna” 2004, nr 6, s. 23; zob. także np. M. Machinek, *Zapłodnienie in vitro. Próba bilansu etycznego z punktu widzenia chrześcijańskiego personalizmu*, „Studia Elbląskie” 2009, nr 10, s. 267–275; M. Machinek, *Zapłodnienie in vitro i pozyskiwanie komórek macierzystych z ludzkich embrionów w perspektywie etycznej – głos przeciw*, „Medycyna Praktyczna” 2010, nr 6, s. 154–160.

⁵ Ustawy z dnia 25 czerwca 2015 r. o leczeniu niepłodności (Dz.U. poz. 1087 ze zm.), dalej jako u.l.n. lub Ustawa z 2015 r.

⁶ Trzecia alternatywna czynność sprawcza opisana w tym przepisie polega na przeprowadzaniu interwencji mającej na celu dokonanie dziedzicznych zmian w genomie ludzkim, które mogą być przekazane następnym pokoleniom. Kwestia etycznej oceny modyfikacji ludzkiego DNA w ciągu ostatnich kilku miesięcy stała się jednym z tematów podnoszonych w światowych mediach. Ma to związek z niepotwierdzoną dotychczas przez niezależne źródła naukowe informacją o pierwszych na świecie narodzinach zmodyfikowanych genetycznie dzieci (zob. *W Chinach*

wymowne, w szczególności, gdy uwzględnia się charakter podjętej materii ustawowej. Paradoksalne bowiem problematyka medycznie wspomaganego prokreacji, w ramach której uregulowano wspomniany zakaz chimeryzacji i hybrydyzacji, od początku swego istnienia była przedmiotem społecznego zainteresowania, a same zabiegi z tego zakresu od dłuższego czasu także w Polsce wpisywały się w naturę ludzkiego rozrodu. Tym niemniej podejmowane na przestrzeni co najmniej ostatnich dziesięciu lat próby legislacyjne w kierunku unormowania stosowania technik wspomaganego rozrodu długo nie przynosiły pożądanego efektu. Powód do wstydu był tym większy, że w pewnym momencie Polska była ostatnim krajem Wspólnoty, który do tego momentu nie uregulował ustawowo kwestii związanych z dawstwem, pobieraniem, przetwarzaniem, testowaniem, przechowywaniem oraz dystrybucją komórek rozrodczych i zarodków. Jak się zatem wydaje polski ustawodawca stanął w końcu w obliczu swego rodzaju legislacyjnego stanu wyższej konieczności. Ponadto pilną potrzebę ustawowej regulacji uzasadniały zagrożenia, jakie niósł ze sobą pogłębiający się stan niepewności prawnej, a której dla przeciwwagi towarzyszył wysyp rodzimych ośrodków (często o różnej wiarygodności) oferujących katalog zabiegów z zakresu medycznie wspomaganego prokreacji. Uchwalona ostatecznie w 2015 r. u.l.n. z pewnością nie stanowi w przedmiotowej tematyce wyrazu szerokiego konsensusu zwolenników różnych opcji światopoglądowych, natomiast warto zwrócić uwagę właśnie na wspomniane unormowanie zawarte w art. 86 u.l.n. i jego fundamentalne znaczenie dla całego polskiego systemu prawa. Należy odnotować, iż w tej materii jawi się sporo kontrowersji odnośnie samego sposobu uregulowania zakazu chimeryzacji i hybrydyzacji, co może mieć wpływ na rzeczywisty zakres ochrony karnoprawnej. Aby uniknąć nieporozumień, warto z góry zaznaczyć, że cele niniejszego artykułu są ograniczone, a tym samym nie może być on traktowany jako opracowanie kompleksowe. Zostaną natomiast w nim przedstawione – jak się wydaje – najważniejsze problemy związane z zasygnalizowanym zagadnieniem. Stąd też np. szczegółowe kwestie światopoglądowe odnoszące się do tego typu procesów, czy ocena prawidłowości pojęć medyczno-biologicznych (chimera, hybryda) stosowanych w u.l.n. nie będą stanowiły pogłębionego przedmiotu poniższych dociekań naukowych. Wykorzystane zostaną więc tylko w takim zakresie, w jakim będzie to konieczne do „osadzenia” zasadniczego tematu wywodu, jakim jest pytanie o granice prawnokarnej ochrony przewidzianej w art. 86 u.l.n. w kontekście tworzenia chimer i hybryd.

Krótko o pojęciu chimeryzacji i hybrydyzacji

Zainteresowanie technikami tworzenia chimer i hybryd ma wiele przyczyn, a dyskusja w tym obszarze przebiega wielotorowo. Na jednej szali kładzie się bowiem nadzieje np. na skuteczniejsze leczenie, zapobieganie chorobom, na drugiej zaś kwestie zasad

urodziły się pierwsze zmodyfikowane genetycznie dzieci. Świat nauki oburzony. „Znaczące wątpliwości”, <http://zdrowie.gazeta.pl/Zdrowie/7,101580,24217806,w-chinach-urodzily-sie-pierwsze-zmodyfikowane-genetycznie-dzieci.html> (dostęp: 17.07.2019).

oraz granic eksperymentów badawczych, czy szerzej problem wolności i wartości badań naukowych oraz konsekwencji wspomnianego postępu technicznego w kontekście wartości życia ludzkiego. Pojawiają się nawet głosy wyrażające pogląd jakoby współczesna genetyka, biologia, a zwłaszcza inżynieria genetyczna, które z założenia powinny służyć członkom społeczeństw stosownie do ich możliwości i potrzeb, *de facto* nastawione były na czystą i *zuchwałą* chęć dominacji nad naturą. Roztacza się w tym względzie ponurą wizję ewentualnych zmian powodowanych w świecie przyrody, stylu życia ludzi oraz charakterze ich kulturowego dziedzictwa, a sprowadzających się w konsekwencji do wspólnej egzystencji człowieka i sztucznie produkowanych kategorii istot ludzkich (osobników) przeznaczonych jedynie do spełniania służebnych funkcji społecznych, a nawet czysto użytkowych. Należy jednakże zgodzić się ze stwierdzeniem, że ocena techniki w dziedzinie genetycznej jest niezmiernie trudna, a zatem warto uwzględnić szerszą perspektywę, co z kolei raczej nie pozwala negatywnie osądzić samego w sobie postępu technologicznego, którego i tak przecież nie da się powstrzymać. Zamiast zatem stawiać się w pozycji wroga techniki, jak i samej inżynierii genetycznej, można wykorzystywać ją w słusznym celu, minimalizując w ten sposób potencjalne ryzyko przekształcenia się takich procesów w autonomiczną siłę „bardziej panującą nad człowiekiem niż człowiek nad nią”⁷. Próbuując jakoś zracjonalizować podejmowanie prób tworzenia chimer i hybryd, można *a priori* wskazać przynajmniej na trzy obszary potencjalnych korzyści w tym zakresie, a mianowicie: (1) przeprowadzanie takich interwencji w celach czysto naukowych (poznawczych), 2) tworzenie sztucznych rekombinacji genetycznych jako potencjalnego źródła materiału do transplantacji, czy wreszcie 3) wykorzystywane tzw. cybryd do pozyskiwania ludzkich embrionalnych komórek macierzystych⁸. Tym niemniej dyskusja w tym zakresie nadal jest żywa i wielotorowa, albowiem wiąże się nie tylko ze wspomnianą oceną zastosowań genetyki, biologii, inżynierii genetycznej i komórkowej, ale np. także z kwestią zasad oraz granic eksperymentów badawczych w kontekście prawa do zachowania tożsamości genetycznej i psychicznej.

Chcąc ustalić podejście polskiego ustawodawcy do swego rodzaju „projekcjonizmu” genetycznego w kontekście wspomnianego art. 86 u.l.n., należy spróbować przekrojowo, w uproszczony sposób usystematyzować i wyjaśnić dwa zasadnicze pojęcia, którymi posłużono się w treści komentowanego przepisu, a które nierzadko w powszechnym użyciu błędnie stosowane są jako synonimiczne. Takiego stanu rzeczy jak się wydaje upatrywać można przede wszystkim w tym, iż określenia „hybryda” i „chimera”, zarówno w szerokim kontekście medycznym, jak i prawnym brzmią dla przeciętnego odbiorcy nieco egzotycznie, a nawet prowokacyjnie. Dla wielu bowiem, zwłaszcza miłośników automotoryzacji, hybrydy kojarzą się głównie z pojazdami (zwykle samochodami) ze specyficznym napędem, który zmniejsza zużycie paliwa i emisję szkodliwych

⁷ K. Cynk..., *op. cit.*, s. 8.

⁸ Odrzucić należy natomiast takie powody, jak chęć „klonowania” tą drogą jednostek wybitnych czy nawet powielania całych grup ludzi.

spalin. Z kolei chimery przywodzą na myśl mitycznego zdeformowanego potwora⁹, potomka Echidny i Tyfona, którego miał pokonać Bellerofont¹⁰. Pozostawiając – jak wspomniano – przedstawicielom nauk medycznych i biologicznych szczegółową analizę zagadnienia hybrydyzacji i chimeryzacji należy zatem w tym miejscu przedstawić kilka najważniejszych wniosków wynikających z analizy przywołanych pojęć. Po pierwsze wskazać należy, iż w ujęciu ogólnym wyraz „hybryda” w języku łacińskim (*hibrida*) oznaczał mieszańca, krzyżówkę. Obecnie pod tym terminem rozumie się potomka rodziców różnych genetycznie, a czasem nawet należących do odrębnych gatunków, lub też komórkę powstałą w wyniku fuzji różnych komórek. I tak np. w przypadku gatunku *Homo sapiens* mógłby to być teoretycznie twór powstały z połączenia gamety ludzkiej ze zwierzęcą¹¹. Podobną definicję znaleźć można w opracowaniu encyklopedycznym, które wprost odnosi pojęcie hybrydy do określenia mieszańca¹², pod którym rozumie jednak tylko takiego osobnika, który powstał w wyniku skrzyżowania na drodze płciowej dwóch różnych genetycznie form rodzicielskich (np. odmian, ras, gatunków)¹³. Nie ulega natomiast wątpliwości, iż proces hybrydyzacji, a więc krzyżowania czy też tworzenia pewnych kombinacji genetycznych, dotyczy nie tylko ludzi i szeroko rozumianych zwierząt¹⁴, ale także roślin. To oznacza, że przebiegać może nie tylko na drodze rozmnażania płciowego (dwa pierwsze przypadki), ale również wegetatywnego (organizmy roślinne)¹⁵.

Po drugie, hybrydyzacja, czyli wymieszanie się materiału genetycznego różnych organizmów może mieć zarówno charakter wewnątrz-, jak i międzygatunkowy, przy czym niekiedy zjawisko takie przebiega zupełnie naturalnie, to jest bez stosowania jakichkolwiek technik inżynierii genetycznej. I tak naturalnymi hybrydami wewnątrzgatunkowymi będą wszystkie osobniki gatunków rozmnażających się drogą płciową¹⁶. Jako przykłady tego rodzaju zjawiska w kontekście hybryd ludzko-ludzkich podawani są często mieszańcy międzyrasowi człowieka: Mulaci i Metysi¹⁷. Co oczywiste, takie przypadki są karnoprawnie irrelewantne.

⁹ Najbardziej znanego w postaci lwa z żywym węzem zamiast ogona i kozią głową wyrastającą z grzbietu.

¹⁰ Np. Homer, *Iliada* 6, 180–182, Krakowska, Spółka Wydawnicza, Kraków 1930.

¹¹ P. Duchliński P. [w:] A. Muszala A. (red.), *Encyklopedia bioetyki. Personalizm chrześcijański*, PWE, Radom 2009, s. 286–287.

¹² *Nowa encyklopedia PWN*, tom 2, PWN, Warszawa 1998 s. 826.

¹³ *Nowa encyklopedia PWN*, tom 4, PWN, Warszawa 1998 s. 201.

¹⁴ W tym drugim przypadku taki mieszańca nosi miano *bastarda*. Szerzej na temat hybrydyzacji ryb np.: L. Kirczuk, J. Domagała, *Hybrydyzacja wśród ryb – przyczyny i jej znaczenie*, „Rocznik Ochrona Środowiska” 2010, nr 12, s. 325–338.

¹⁵ Szerzej na ten temat np. P. Formanowicz, *Selected Combinatorial Aspects of Biological Sequence Analysis*, *Rozprawy nr 393*, Wydawnictwo Politechniki Poznańskiej, Poznań 2005, s. 7–129.

¹⁶ T. Pietrzykowski, *Chimery i hybrydy. Podmiotowość prawna między dogmatem a konwencją*, „Studia Prawnicze PAN” 2015, nr 4, s. 11.

¹⁷ *Nowa encyklopedia PWN*, tom 4 ..., *op. cit.*, s. 201.

Natomiast zdecydowanie częściej o hybrydyzacji wewnątrzgatunkowej mówić można w przypadkach sztucznych rekombinacji genetycznych. W ich wyniku miałyby dojść do powstania organizmu, którego kod genetyczny stanowi innego typu połączenie genotypu organizmów tego samego gatunku, niż ma to miejsce w przypadku zapłodnienia (tzn. połączenia męskiej i żeńskiej gamety), czyli z pominięciem drogi rozrodu płciowego. Z kolei do największej refleksji aksjologicznej skłaniają hybrydy międzygatunkowe. W naturze krzyżowanie się gatunków jest bowiem rzadkie, zwłaszcza wśród zwierząt, i dotyczy odpowiednio blisko ze sobą spokrewnionych, choć odmiennych gatunków¹⁸. Tym samym międzygatunkowe rekombinacje genetyczne mają najczęściej właśnie sztuczny charakter, albowiem dochodzi do nich dopiero w drodze zastosowania zaawansowanych technik inżynierii genetycznej. Problematyka tworzenia w warunkach laboratoryjnych wewnątrz- jak i międzygatunkowych hybryd będzie omówiona nieco szerzej w innym fragmencie niniejszego opracowania.

Drugim obok hybryd podstawowym rodzajem mieszanych form życia, którego tworzenie jest zakazane w świetle art. 86 u.l.n. jest chimera (łac. *Chimaera*). W ujęciu biologicznym oznacza ona taki organizm, który zbudowany jest z dwóch lub więcej rodzajów genetycznie odmiennych komórek pochodzących z różnych zygot¹⁹. Z kolei według *Encyklopedii PWN* jest to osobnik powstały przez połączenie się dwóch odrębnych zarodków lub wymieszanie komórek między dwoma zarodkami²⁰. Obie definicje wskazują zatem na fakt, iż chimera jest organizmem zbudowanym z komórek o różnym kodzie genetycznym. Podobnie jak w przypadku hybryd, także chimera może być złożona np. z komórek pochodzenia ludzkiego oraz zwierzęcego. Wówczas, w zależności od przewagi pierwszych czy też drugich będzie miała charakter ludzko-zwierzęcy lub zwierzęco-ludzki²¹. Na tym podobieństwa do hybryd (przypomnijmy – organizmów złożonych z komórek, w których genotyp stanowi połączenie kodu genetycznego dwóch lub więcej organizmów) oczywiście się nie kończą. I tak np. chimeryzm również jest zjawiskiem w pewnym stopniu występującym naturalnie. Chimera bowiem może powstać w wyniku połączenia się dwóch wczesnych zarodków, np. rozwijających się bliźniąt

¹⁸ T. Pietrzykowski..., *op. cit.*, s. 11. Jednymi z najpopularniejszych zwierzęcych mieszańców międzygatunkowych (bastardów) są muły (hybryda kłaczy konia domowego i ogiera osła domowego), lygrysy (hybryda lwa i tygrysicy), skrzekoty (łac. *Tetrao medius* – hybryda cietrzewia i głuszca) czy koty bengalskie (hybryda dzikiego kota bengalskiego z kotem domowym). Z kolei rośliny w warunkach naturalnych krzyżują się dość często. Roślinnymi hybrydami międzygatunkowymi są np. lilie, pierwiosnki czy róże.

¹⁹ W. Galewicz, *Status ludzkiego zarodka a etyka badań biomedycznych*, Wydawnictwo Uniwersytetu Jagiellońskiego, Kraków 2013, s. 274; podobnie P. Duchliński..., *op. cit.*, s. 286–287.

²⁰ *Nowa encyklopedia PWN*, tom 1, PWN, Warszawa 1998, s. 702.

²¹ W. Galewicz..., *op. cit.*, s. 274.

dwujajowych²². Zdecydowanie częściej jednak, tak jak ma to miejsce w przypadku hybryd, stanowi wynik zaawansowanych eksperymentów medycznych²³. Ponadto chimerizm także może mieć zarówno wewnątrzgatunkowy, jak i międzygatunkowy charakter. W pierwszym przypadku dochodzi do niego zwykle w wyniku popularnych przeszczepów. Wówczas każdy pacjent będący biorcą przeszczepionego organu lub tkanki pochodzących z organizmu dawcy staje się wewnątrzgatunkową chimera, albowiem składa się już z komórek o różnym kodzie genetycznym²⁴. Wreszcie wskazać należy, że w wyniku transplantacji (a ściślej tzw. ksenotransplantacji, czyli przeszczepienia organu pochodzącego z organizmu innego gatunku niż biorca) dojść może także do chimeryzmu międzygatunkowego. Pozostawiając w tym miejscu spory o etyczną legitymizację np. przeszczepiania ludziom organów zwierząt, warto jednak wskazać, iż pierwsze raporty naukowe o przeprowadzonych ksenotransplantacjach datuje się już na początek XX w. Podjętymi wówczas próbami doprowadzenia tą drogą do powstania chimer zwierzęco-ludzkich zasłynęli Jaboulay (1906) oraz Unger (1910), którzy przeszczepili pacjentom nerki kozy, świni i małpy *rhesus*. Eksperymenty te zakończyły jednakże tylko połowicznym sukcesem, albowiem biorcy żyli jedynie 2–3 dni²⁵. Z uwagi na fakt, iż mimo rozwoju nauk medycznych ksenotransplantacja ludziom organów zwierząt nadal napotyka na trudne do pokonania przeszkody, jak np. konieczność supresji nadostrej reakcji odrzuceniowej układu odpornościowego biorcy, który mówiąc najprościej rozpoznaje przeszczep jako ciało obce, jednym z pomysłów na zminimalizowanie odrzutu stały się właśnie próby genetycznej modyfikacji organów, tak aby możliwe było przyjęcie ich przez inny gatunek. W praktyce chodzi tu o badania nad możliwością „wyhodowania” w ciele zwierząt organów genetycznie ludzkich. W ich wyniku miały powstać chimery międzygatunkowe (zwierzęco-ludzkie), którym na bardzo wczesnych etapach embriogenezy przeszczepiane są ludzkie komórki macierzyste, rozwijające się następnie w określonego rodzaju organy. Jednak i w tym przypadku pojawiło się pytanie o właściwy dobór gatunków, z których miałyby powstać taki organizm, zwłaszcza, że zdolność do życia takiej chimery zależy w dużym stopniu od genetycznej bliskości gatunków, z których powstaje. Innymi słowy, dystans ewolucyjny dzielący krzyżowane gatunki prowadzi na ogół do głębokiego zdeformowania płodu, a tym samym już na wczesnych etapach rozwoju zarodka pozbawia go zdolności do dalszej ewolucji²⁶. Tym niemniej, sukcesem

²² P. Duchliński..., *op. cit.*, s. 286–287; szerzej na temat naturalnych mechanizmów powstawania chimer zob. np. K. Nazar, *Komentarz do niektórych przepisów ustawy o leczeniu niepłodności* [w:] M. Mozgawa (red.), *Pozakodeksowe przestępstwa przeciwko zdrowiu. Komentarz*, Wolters Kluwer Polska, Warszawa 2017, <https://sip.lex.pl> (dostęp: 17.07.2019).

²³ T. Pietrzykowski..., *op. cit.*, s. 9.

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ P. Morciniec, *Organy zwierzęce dla ludzi. Nowe wyzwanie etyczne*, „Poznańskie Studia Teologiczne” 2001, nr 10, s. 174, szerzej s. 174–178; T. Pietrzykowski..., *op. cit.*, s. 9; C. Hammer, *Tierorgane als Transplantate für Menschen*, „APIS” 1995, nr 5, s. 14.

²⁶ T. Pietrzykowski..., *op. cit.*, s. 9–10.

zakończyło się m.in. stworzenie myszy, w których rozwinęły się zdolne do prawidłowego funkcjonowania nerki powstałe z ludzkich komórek progenitorowych, czy też świni, której krew składała się w części z komórek ludzkich. W kontrowersyjnym procesie „uczłowieczania” myszy najdalej posunął się I. Weissman z Uniwersytetu Stanforda. Naukowiec zachęcony powodzeniem w wyhodowaniu osobnika, którego mózg składał się w śladowej części z ludzkich neuronów, planował w przyszłości wszystkie komórki nerwowe mózgu gryzonia zastąpić neuronami pochodzenia ludzkiego. Ostatecznie ów eksperyment nie doszedł do skutku²⁷. Sprzeciw wobec tworzenia takich zwierzęco-ludzkich organizmów wyraził np. Robert Streiffer, który sformułował w tym zakresie pięć zarzutów, w tym słynny argument istot z pogranicza osobowości (ang. *the Borderline-Personhood Argument*). Wyjaśnił, iż niektóre gatunki małp (jak: szympany, goryle i orangutany) biologicznie posiadają już takie cechy, które czynią z nich istoty z pogranicza osobowości. Biorąc zatem pod uwagę ich naturalną „prawie osobowość” z założenia pewne medyczne eksperymenty, w wyniku których przekształca się je w chimery, np. poprzez wstrzyknięcie do mózgu szympansa ludzkich komórek nerwowych, uznać należy za etycznie naganne²⁸.

Podsumowując dotychczasowe rozważania można stwierdzić, iż w ujęciu biologicznym hybryda to taki organizm, który złożony jest z komórek, w których genotyp stanowi połączenie kodu genetycznego dwóch lub więcej organizmów. W przeciwieństwie jednak do chimery, wszystkie komórki hybrydy są jednolite, a dopiero zawarty w nich kod genetyczny stanowi kombinację (mieszankę) genotypu dwóch lub więcej organizmów²⁹. Wspólne dla obu form życia jest m.in. to, że zarówno chimeryzm, jak i hybrydalność stanowią, jak wskazano, zjawiska w pewnym stopniu występujące naturalnie. Z kolei rozwój biotechnologiczny pozwala na coraz bardziej zawansowane tworzenie takich organizmów również w warunkach laboratoryjnych. W tym drugim obszarze pojawia się więc problem z określenia zasad oraz granic przedmiotowych eksperymentów badawczych, czy szerzej problem wolności i wartości badań naukowych. Rozwój technik genetycznych związany z przekraczaniem reprodukcyjnych barier, w tym również tych międzygatunkowych, sprawia bowiem, że mówimy tu przecież o celowo ukierunkowanych interwencjach w materię genetyczną. Należy jednocześnie zgodzić ze stwierdzeniem, że „(...) potencjalne dobro lub zło moralne nie tkwi w samej inżynierii genetycznej, lecz dopiero w jej zastosowaniu. Z kolei o ewentualnej neutralności techniki można raczej mówić tylko w ujęciu abstrakcyjnym”³⁰. W tym kontekście, treść art. 86 u.l.n.

²⁷ *Ibidem*, s. 10–11.

²⁸ W. Galewicz..., *op. cit.*, s. 274. Dla zachowania porządku wywodu należy w tym miejscu jedynie wspomnieć, że międzygatunkowe chimery zwierzęco-zwierzęce będące połączeniem cech morfologicznych różnych gatunków tworzone były już od lat 80. ubiegłego wieku. Tak m.in. powstała w 1994 r. słynna *geep* – czyli krzyżówka kozy (ang. *goat*) i owcy (ang. *sheep*) – T. Pietrzykowski..., *op. cit.*, s. 10.

²⁹ T. Pietrzykowski..., *op. cit.*, s. 9 i 12.

³⁰ K. Cynk..., *op. cit.*, s. 7.

traktować można więc jako wyraz obawy ustawodawcy przed instrumentalnym traktowaniem pewnych dóbr prawnych mających istotne znaczenie dla prawidłowego funkcjonowania społeczeństwa. Tym samym w interesie społecznym jest ich karnoprawna ochrona przed naruszeniem. Po schematycznym z konieczności naszkicowaniu szerszego kontekstu problematyki hybrydyzacji i chimeryzacji, w dalszej części publikacji przedstawiono wybrane problemy interpretacyjne, jakie zdaje się, że sprawić może wyrażony w ustawie z 2015 r. zakaz tworzenia tego typu organizmów w wyniku postępu biotechnomedycznego.

Zakres prawnokarnej regulacji zakazu tworzenia chimer i hybryd w świetle ustawy o leczeniu niepłodności. Zagadnienia wybrane

Komentowany przepis art. 86 u.l.n. stanowi, iż: kto tworzy przy zastosowaniu technik medycznie wspomaganej prokreacji chimery lub hybrydy lub przeprowadza interwencję mającą na celu dokonanie dziedzicznych zmian w genomie ludzkim, które mogą być przekazane następnym pokoleniom, podlega karze pozbawienia wolności od 6 miesięcy do lat 5. Jak podkreślono w *Uzasadnieniu do projektu ustawy* terminologia stosowana na gruncie wspomnianego aktu prawnego w przeważającej mierze odpowiada nomenklaturze używanej w implementowanych tą drogą przez Polskę dyrektywach unijnych, zaś samo wprowadzenie do polskiego porządku prawnego ustawowego zakazu tworzenia chimer i hybryd stanowi wdrożenie w tym zakresie sporządzonej w dniu 4 kwietnia 1997 r. w Oviedo Konwencji o ochronie praw człowieka i godności istoty ludzkiej wobec zastosowań biologii i medycyny. Konwencji o prawach człowieka i biomedycynie (ang. *The Convention for the protection of human rights and dignity of the human being with regard to the application of biology and medicine: Convention on human rights and biomedicine*)³¹. Co jednak znamienne ani wdrożone w wyniku ustawy z 2015 r. unijne dyrektywy, ani rzeczona Konwencja biomedyczna nie wprowadzają własnych definicji pojęć „chimera” i „hybryda”. Wyjaśnienie obu terminów odnajdujemy natomiast w „słowniczku” do u.l.n. Zgodnie zatem z brzmieniem art. 2 ust. 1 pkt 11 u.l.n. przez „hybrydę” rozumie się komórkę albo grupę komórek, powstałą z komórki rozrodczej i zwierzęcej komórki rozrodczej. Z kolei „chimera” jest grupą komórek zbudowaną z komórek różniących się genotypowo pochodzących od więcej niż dwóch osobników tego samego gatunku lub różnych gatunków, gdzie jednym z gatunków jest człowiek (art. 2 ust. 1 pkt 4 u.l.n.). Pierwszy wniosek, jaki nasuwa się przy skonfrontowaniu treści powołanych przepisów z art. 86 u.l.n. jest oczywisty i w świetle wcześniejszych rozważań mało zaskakujący – zakaz prawnokarny dotyczy jedynie sztucznie kreowanych organizmów tego rodzaju. Co jednak istotniejsze, zgodnie z wolą ustawodawcy staje się on aktualny dopiero wtedy, gdy do tworzenia chimer i hybryd miałoby dojść przy zasto-

³¹ Druk Sejmowy nr 3245, s. 3, <http://www.sejm.gov.pl> (dostęp: 17.07.2019).

sowaniu „technik medycznie wspomaganej prokreacji”, czyli już nie np. w drodze zabiegu transplantacji czy ksenotransplantacji. Warto również podkreślić, że komentowana ustawa z 2015 r. nie definiuje wprost tych technik. Przepis art. 2 ust. 1 pkt 21 u.l.n. posługuje się innym pojęciem – „procedura medycznie wspomaganej prokreacji”, przez którą rozumie: czynności prowadzące do uzyskania oraz zastosowania komórek rozrodczych lub zarodków wewnątrz- lub pozaustrojowo u biorczyni w celu prokreacji; obejmuje ona bezpośrednio i inne niż bezpośrednio użycie komórek rozrodczych i zarodków (...). Bezpośrednim ich użyciem jest z kolei taka procedura, w której komórki rozrodcze lub zarodki są przekazywane i stosowane u ludzi bez przechowywania w banku komórek rozrodczych i zarodków (art. 2 ust. 1 pkt 2 u.l.n.). Biorąc pod uwagę powyższe, wydaje się, że choć sam termin „medycznie wspomagana prokreacja” budzi wiele wątpliwości i rozbieżności³², to jednak zarówno definicja z art. 2 ust. 1 pkt 21 u.l.n., jak i dalsze postanowienia ustawy z 2015 r. przemawiają za przyjęciem na gruncie omawianego aktu prawnego szerokiej definicji tego pojęcia. Już z samej treści art. 2 ust. 1 pkt 21 u.l.n. wynika, że procedury medycznie wspomaganej prokreacji to czynności prowadzące do uzyskania oraz zastosowania komórek rozrodczych lub zarodków. Ponadto zgodnie z art. 17 u.l.n. zastosowanie komórek rozrodczych i zarodków w procedurze medycznie wspomaganej prokreacji może polegać na wielu różnych działaniach. Po pierwsze, na przeniesieniu męskich komórek rozrodczych do organizmu biorczyni. Chodzi tu o tzn. sztuczne zapłodnienie wewnątrzustrojowe *in vivo*, a więc takie techniki wspomaganej inseminacji, w których wykorzystuje się albo nasienie męża (partnera) kobiety (zapłodnienie wewnątrzustrojowe *in vivo* o charakterze homologicznym), albo nasienie dawcy (zwykle anonimowego, zapłodnienie wewnątrzustrojowe *in vivo* o charakterze heterologicznym), albo zmieszane nasienie anonimowego dawcy i męża (partnera) biorczyni (tzw. inseminacja mieszana)³³.

Po drugie, zastosowanie komórek rozrodczych lub zarodków polegać może na pozaustrojowym utworzeniu zarodków, czyli zapłodnieniu pozaustrojowym (*in vitro*). Najogólniej rzecz ujmując chodzi w tym przypadku o zapłodnienie komórki jajowej plemnikiem poza żeńskim układem rozrodczym, a więc w warunkach laboratoryjnych, a następnie umieszczenie zarodka/ów w macicy³⁴. Po trzecie, w świetle ustawy z 2015 r.,

³² Szerzej na ten temat np. M. Kramaska, *Medycznie wspomagana prokreacja – standardy międzynarodowe i europejskie*, [w:] A. Bator, M. Jabłoński, M. Maciejewski, K. Wójtowicz K. (red.), *Współczesne koncepcje ochrony wolności i praw podstawowych*, Prawnicza i Ekonomiczna Biblioteka Cyfrowa, Wrocław 2013, s. 133–143, <http://bibliotekacyfrowa.pl/publication/42456> (dostęp: 17.07.2019).

³³ Szerzej na ten temat np. *Ibidem*, a ponadto B. Deskiewicz, *Udział prokuratora w postępowaniu o zaprzeczenie pochodzenia dziecka poczętego w drodze sztucznej inseminacji heterologicznej*, „Prokuratura i Prawo” 2007, nr 9, s. 109.

³⁴ Zob. np. T. Gardocka, *Wokół wspomaganego rozrodu człowieka, czyli o regulowaniu tak zwanego zapłodnienia in vitro*, „Medyczna Wokanda” 2010, nr 2, s. 14–26; J. Haberko, *Prawne aspekty prokreacji wspomaganej medycznie w świetle nowej włoskiej ustawy*, „Prawo i Medy-

zastosowaniem komórek rozrodczych i zarodków jest także ich testowanie, czyli przeprowadzenie badań mających na celu określenie ich przydatności do zastosowania u ludzi w procedurze medycznie wspomaganego prokreacji (art. 2 ust. 1 pkt 25 u.l.n.) – np. tzw. punkcja jajników. Wreszcie po czwarte, chodzi tu również o przeniesienie utworzonych zarodków do organizmu bioreczeni.

Analiza przepisu typizującego czyn zabroniony polegający na tworzeniu chimer lub hybryd rodzi zatem pytanie o relację, w jakiej pozostaje omówione powyżej pojęcie „procedura medycznie wspomaganego prokreacji” do terminu „techniki medycznie wspomaganego prokreacji”, którym ustawodawca posłużył się w treści art. 86 u.l.n. Można oczywiście z góry argumentować, że nie są one tożsame znaczeniowo, z uwagi na zakaz wykładni synonimicznej, z którego wynika, że różnym zwrotom w ramach jednego aktu prawnego nie należy nadawać tego samego znaczenia. Co więcej, stosownie do § 10 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 20 czerwca 2002 r. w sprawie „Zasad techniki prawodawczej”³⁵, do oznaczenia jednakowych pojęć należy używać tożsamych określeń, a różnych pojęć nie oznacza się tymi samymi określeniami. Powyższa teza o braku, choćby częściowej tożsamości zakresowej interesujących nas terminów, nie utrzymuje się jednak w świetle np. stanowiska Polskiego Towarzystwa Ginekologicznego. Wyróżniono w nim techniki wspomaganego prokreacji (techniki wspomaganego rozrodu, ang. *Assisted Reproductive Technology* – ART) obejmujące różnorodne metody terapeutyczne, których celem jest „uzyskanie ciąży z pominięciem jednego lub kilku etapów naturalnego rozrodu”³⁶. Wśród nich z kolei największe znaczenie praktyczne przypisuje się obecnie procedurom medycznie wspomaganego prokreacji (ang. *medically assisted procreation* – MAT) w rozumieniu art. 2 ust. 1 pkt 21 u.l.n.³⁷. Rzecz dotyczyć będzie wszystkich poczynionych interwencji medycznych podejmowanych w celu poczęcia dziecka z pominięciem naturalnej drogi obcowania płciowego kobiety i mężczyzny, które w oparciu o kryterium miejsca dokonania zapłodnienia dzieli się na pozaustrojowe (łac. *in vitro*) oraz wewnątrzustrojowe (łac. *in vivo*) i to we wszystkich ich odmianach (homologiczne, heterologiczne) i metodach. I tak np. do technik pochodnych zapłodnienia pozaustrojowego zalicza się np. metodę GIFT (ang. *Gametes Intrafallop-*

cyna” 2005, nr 1, s. 82–100; J. Haberko, K. Olszewski, *Jeszcze o moralnych i prawnych aspektach dopuszczalności zabiegów „in vitro” – polemika*, „Prawo i Medycyna” 2008, nr 2, s. 104–139.

³⁵ Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 20 czerwca 2002 r. w sprawie „Zasad techniki prawodawczej” (Dz.U. Nr 100, poz. 908 ze zm.).

³⁶ R. Dębski, T. Pisarski, J. Rzempoluch, M. Szamatowicz, W. Szymański, *Stanowisko polskiego towarzystwa ginekologicznego dotyczące technik wspomaganego rozrodu w leczeniu niepłodności*, s. 2; http://www.stomik.com/pliki/rekomendacja_wspomaganierozrodu.pdf (dostęp: 17.07.2019).

³⁷ P.W. Chelmonska, *Wybrane aspekty etyczne leczenia niepłodności w prawie polskim – kilka słów o Ustawie z dnia 25 czerwca 2015 r. o leczeniu niepłodności*, „Studia Prawnicze. Rozprawy i Materiały” 2017, nr 1(20), s. 96–97.

pian Transfer) polegającą na laparoskopowym podawaniu gamet do jajowodu, do jajowodowy transfer zygot (ang. *Zygote Intrafallopian Transfer* – ZIFT) lub zarodków (ang. *Tubal Embryo Transfer* – TET). Możliwy jest także dootrzewny transfer męskich i żeńskich gamet (ang. *Peritoneal Oocytes and Sperm Transfer* – POST). Wreszcie o medycznie wspomaganey prokreacji będziemy mówić także w przypadku np. tzw. poliowulacji, hodowli komórek jajowych w warunkach laboratoryjnych, transferu gamet lub zapłodnionej komórki jajowej oraz transferu zapłodnionych oocytów między kobietami³⁸.

Kolejnym problemem ustawowej regulacji z art. 86 u.l.n., na który trzeba zwrócić uwagę jest ograniczenie zakazu do tworzenia (przy zastosowaniu technik wspomaganey prokreacji) jedynie hybryd międzygatunkowych. Wynika to wprost z ustawowej definicji, która zastrzega, że hybrydą jest tylko taka komórka (lub grupa komórek), która powstała z komórki rozrodczej i zwierzęcej komórki rozrodczej (art. 2 ust. 1 pkt 11 u.l.n.). Przy czym pod pojęciem komórki rozrodczej u.l.n. rozumie ludzką męską komórkę rozrodczą (ludzki plemnik) albo ludzką żeńską komórkę rozrodczą (ludzką komórkę jajową) przeznaczoną do zastosowania w procedurze medycznie wspomaganey prokreacji (art. 2 ust. 1 pkt 14 u.l.n.). Oznacza to, że hybrydalny twór, zgodnie z jego ustawową definicją składać się musi wyłącznie z mieszanego (ludzkiego i zwierzęcego) materiału genetycznego. Powyższe ograniczenie zakazu do sztucznych mieszańców międzygatunkowych (hybryd ludzko-zwierzęcych albo zwierzęco-ludzkich – w zależności od przewagi komórek jednego lub drugiego rodzaju) pociąga za sobą istotne konsekwencje. Przede wszystkim sztuczne wewnątrzgatunkowe (ludzko-ludzkie) rekombinacje genetyczne mogące powstać np. w drodze klonowania czy innych podobnych technologii połączonych z rekombinacją genetyczną ludzkiej komórki rozrodczej lub włączenia do genotypu zygoty fragmentów DNA innej osoby (np. „trzeciego rodzica”³⁹) nie będą mogły być kwalifikowane jako tworzenie hybryd w świetle art. 86 *in principio* u.l.n. Nie oznacza to jednak, że na gruncie obowiązujących przepisów takie zachowania są prawnie irrelewantne. I tak np. klonowanie objęte jest dyspozycją normy z art. 87 u.l.n. Z kolei interwencje przy zastosowaniu technik medycznie wspomaganey prokreacji, których celem byłoby dokonanie dziedzicznych zmian w genomie ludzkim, które mogą być przekazane następnym pokoleniom, czyli także przypadek tzw. „trzeciego rodzica”, penalizowane są na gruncie art. 86 *in fine* u.l.n.

Należy również wskazać, że wśród współczesnych technik szeroko rozumianej

³⁸ R. Dębski, T. Pisarski, J. Rzempoluch, M. Szamatowicz, W. Szymański..., *op. cit.*, s. 2.

³⁹ Na świecie co najmniej od kilku lat znany jest przypadek urodzenia dziecka, którego materiał genetyczny pochodził od ojca i dwóch kobiet: matki i dawczyni. Dzięki eksperymentalnej metodzie *in vitro* zastąpiono wówczas wadliwy gen matki znajdujący się w DNA mitochondrialnym jej embrionu, materiałem genetycznym pobranym z embrionu dawczyni. Szerzej na temat samej metody np. A.S. Reznichenko, C. Huyser, M.S. Pepper, *Mitochondrial Transfer: Implications for Assisted Reproductive Technologies*, „Applied & Translational Genomics” December 2016, no. 11, s. 40–47.

sztucznej hybrydyzacji międzygatunkowej, nie należących co oczywiste do technik medycznie wspomaganey prokreacji, wymienia się (1) tzw. transgenezę (transgenizację, transformację genetyczną) oraz (2) cybrydyzację (tworzenie tzw. cybryd czy inaczej hybryd cytoplazmatycznych). W pierwszym przypadku dochodzi do przeniesienia fragmentów genotypu komórek jednego gatunku do zygoty innego gatunku. Innymi słowy, DNA zapłodnionej komórki rozrodczej (komórki biorczej) zostaje sztucznie zmodyfikowane poprzez transfer do niego fragmentów genotypu organizmu innego gatunku (tzw. transgeny)⁴⁰. W wyniku opisanego procesu powstaje tzw. transformant, który podobnie jak jego potomstwo dziedziczy transgeny. Stąd też używa się w stosunku do nich pojęcia „organizmy transgeniczne”, wśród których szczególne znaczenie, w tym praktyczne, przypisuje się tzw. zwierzętom transgenicznym (np. myszom – pierwsze z nich uzyskano już w 1980 r.)⁴¹.

Z kolei cybrydy ludzko-zwierzęce powstają przez przeniesienie jądra komórki somatycznej człowieka zawierającej niemal całość DNA do komórki rozrodczej (jajowej) innego gatunku (zwierzęcia), pozbawionej wcześniej swojego naturalnego jądra komórkowego. W rezultacie DNA zawarte w przeniesionym jądrze komórkowym zostaje połączone z niewielką ilością informacji genetycznej zawartej w pozostałej części komórki, czyli w mitochondriach. To z kolei, według niektórych, zbliża proces tworzenia ludzko-zwierzęcych cybryd do klonowania, a nawet jest *de facto* jego rodzajem, albowiem różnica polega na tym, że jądro komórki jednego gatunku umieszczane jest w komórce rozrodczej organizmu innego gatunku⁴². Przyjmując takie szerokie podejście może powstać problem w zakresie prawidłowej kwalifikacji prawnej zabronionego zachowania. Wydaje się, że ewentualne zastosowanie znaleźć może w tym zakresie jedynie art. 87 u.l.n., zakazujący klonowania.

Mniejsze wątpliwości interpretacyjne budzić będzie natomiast sytuacja odwrotna, a więc przeniesienie jądra ludzkich komórek somatycznych z zawartym w nich materiałem genetycznym do pozbawionych jąder (enukleowanych) ludzkich komórek jajowych (ang. *somatic cell nuclear transfer* – SCNT – transfer jądra komórki somatycznej). Jest to bowiem typowe klonowanie zarodków⁴³. Powstała tą drogą cybryda ma wówczas ludzko-ludzki charakter (właściwa hybryda ludzka) i choćby z tego względu nie jest objęta ochroną z art. 86 u.l.n. Potencjalnej penalizacji trzeba będzie – jak się wydaje – poszukiwać w oparciu o treść zakazu ze wspomnianego art. 87 u.l.n.

Przy okazji wspomnieć należy, że jako uzasadnienie dla powyższych eksperymentów wskazuje się to, że zarówno zarodki o obustronnie ludzkim pochodzeniu, jak i cybrydy z ludzkim materiałem genetycznym mogą być wykorzystywane do pozyskiwania ludz-

⁴⁰ T. Pietrzykowski..., *op. cit.*, s. 13.

⁴¹ Szerzej np. A. Kuzdrański, *Zwierzęta modyfikowane genetycznie*, 15.02.2009, <http://www.e-biotechnologia.pl/Artykuly/zwierzeta-modyfikowane-genetycznie/> (dostęp: 17.07.2019).

⁴² Tak np. T. Pietrzykowski..., *op. cit.*, s. 9.

⁴³ W. Galewicz..., *op. cit.*, s. 273.

kich embrionalnych komórek macierzystych. Techniki te, choć zazwyczaj bardzo skuteczne, budzą jednak wiele wątpliwości pod względem etycznym, zwłaszcza w odniesieniu do hybryd cytoplazmatycznych (cybryd), gdzie wprost formułowane jest pytanie o to, czy są one zarodkami ludzkimi, czy też nie⁴⁴.

Jak sygnalizowano wcześniej, także w przypadku chimer zakaz z art. 86 u.l.n. dotyczy sztucznie tworzonych organizmów, czyli powstających w drodze zastosowania technik medycznie wspomaganego rozrodu. W odróżnieniu jednak od hybryd, w świetle art. 86 u.l.n. zabroniony jest zarówno sztuczny chimeryzm międzygatunkowy (chimera z dodatkiem komórek zwierzęcych – ludzko-zwierzęca oraz zwierzęca chimera z domieszką komórek ludzkich), jak i wewnątrzgatunkowy, ale tylko ludzko-ludzki (zgodnie bowiem z art. 2 ust. 1 pkt 4 u.l.n. przynajmniej jednym z połączonych gatunków musi być w takim przypadku człowiek⁴⁵). W tym obszarze bodajże najbardziej kontrowersyjna z punktu widzenia etycznego jest jednak rekombinacja genów człowieka i zwierzęcia, a mianowicie chimera zwierzęca z domieszką komórek ludzkich. Z drugiej strony, jak sygnalizowano wcześniej, jest to współcześnie jedna z propozycji obejścia ewentualnej reakcji odrzutu organu po ksenotransplantacji, czyli przeszczepieniu np. ludziom organów zwierzęcych.

Podsumowanie

Wprowadzenie w ustawie z 2015 r. postanowień wprost zakazujących tworzenia chimer i hybryd przy zastosowaniu technik medycznie wspomaganą prokreacji (art. 25 ust. 2 u.l.n.) i opatrzenia go sankcją karną (art. 86 u.l.n.) tworzy dzisiaj na gruncie polskiego ustawodawstwa istotny punkt odniesienia dla konstruowania właściwych ram prawnych przy rozstrzyganiu ewentualnych sporów interpretacyjnych o dopuszczalność manipulacji genetycznych na organizmach wyższych. Procesy takie są nie tylko technicznie bardziej skomplikowane, ale także mniej bezpieczne, a przez to bardziej kontrowersyjne etycznie. Polski ustawodawca, zakazując tworzenia chimer i hybryd przy zastosowaniu technik medycznie wspomaganą prokreacji, dał wyraz obawie, że choć wspomniane techniki, które przecież jak wskazano, same w sobie nie służą tworzeniu takich rekombinacji genetycznych, to jednak poszczególne czynności podejmowane w ramach szerokiego pojęcia „procedura medycznie wspomaganą prokreacji” mogą potencjalnie zostać wykorzystane do ich utworzenia⁴⁶. Wydaje się zatem, że rozwiązanie przyjęte w art. 86

⁴⁴ Szerzej na ten temat np. *Ibidem*, s. 273, 279; T. Pietrzykowski..., *op. cit.*, s. 14; J. Savulescu, *Genetic Interventions and the Ethics of Enhancement of Human Beings* [w:] B. Steinbock (red.), *The Oxford Handbook of Bioethics*, Oxford University Press, 2007, s. 517.

⁴⁵ Zgodnie z treścią tego przepisu: chimera oznacza „grupę komórek zbudowaną z komórek różniących się genotypowo pochodzących od więcej niż dwóch osobników tego samego gatunku lub różnych gatunków, gdzie jednym z gatunków jest człowiek”.

⁴⁶ J. Haberko, *Ustawa o leczeniu niepłodności. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2016, <http://sip.lex.pl> (dostęp: 17.05.2019).

u.l.n., mimo wszystko gwarantuje odpowiedni – zwłaszcza pod kątem szczególnego statusu integralności cielesnej osoby oraz szacunku dla biologicznej natury człowieka⁴⁷ – poziom ochrony prawnej, niwelując tym samym pole do ewentualnych nadużyć.

Bibliografia

- Biesaga T., *Uzasadnienia norm moralnych w bioetyce*, „Medycyna Praktyczna” 2004, nr 6.
- Chełmowska P.W., *Wybrane aspekty etyczne leczenia niepłodności w prawie polskim – kilka słów o Ustawie z dnia 25 czerwca 2015 r. o leczeniu niepłodności*, „Studia Prawnicze. Rozprawy i Materiały” 2017, nr 1(20).
- Deskiewicz B., *Udział prokuratora w postępowaniu o zaprzeczenie pochodzenia dziecka poczętego w drodze sztucznej inseminacji heterologicznej*, „Prokuratura i Prawo” 2007, nr 9.
- Duchliński P. [w:] Muszala A. (red.), *Encyklopedia bioetyki. Personalizm chrześcijański*, PWE, Radom 2009.
- Formanowicz P., *Selected Combinatorial Aspects of Biological Sequence Analysis*, *Rozprawy nr 393*, Wydawnictwo Politechniki Poznańskiej, Poznań 2005.
- Galewicz W., *Status ludzkiego zarodka a etyka badań biomedycznych*, Wydawnictwo Uniwersytetu Jagiellońskiego, Kraków 2013.
- Gardocka T., *Wokół wspomaganego rozrodu człowieka, czyli o regulowaniu tak zwanego zapłodnienia in vitro*, „Medyczna Wokanda” 2010, nr 2.
- Haberko J., *Prawne aspekty prokreacji wspomaganiej medycznie w świetle nowej włoskiej ustawy*, „Prawo i Medycyna” 2005, nr 1.
- Haberko J., Olszewski K., *Jeszcze o moralnych i prawnych aspektach dopuszczalności zabiegów „in vitro” – polemika*, „Prawo i Medycyna” 2008, nr 2.
- Hammer C., *Tierorgane als Transplantate für Menschen*, „APIS” 1995, nr 5.
- Homer, *Iliada*, Krakowska Spółka Wydawnicza, Kraków 1930.
- Kirczuk L., Domagała J., *Hybrydyzacja wśród ryb – przyczyny i jej znaczenie*, „Rocznik Ochrona Środowiska” 2010, nr 12.
- Machinek M., *Zapłodnienie in vitro. Próba bilansu etycznego z punktu widzenia chrześcijańskiego personalizmu*, „Studia Elbląskie” 2009, nr 10.
- Machinek M., *Zapłodnienie in vitro i pozyskiwanie komórek macierzystych z ludzkich embrionów w perspektywie etycznej – głos przeciw*, „Medycyna Praktyczna” 2010, nr 6.
- Morciniec P., *Organy zwierzęce dla ludzi. Nowe wyzwanie etyczne*, „Poznańskie Studia Teologiczne” 2001, nr 10.
- Nowa encyklopedia PWN*, tom 1, PWN, Warszawa 1998.
- Nowa encyklopedia PWN*, tom 2, PWN, Warszawa 1998.
- Nowa encyklopedia PWN*, tom 4, PWN, Warszawa 1998.
- Pietrzykowski T., *Chimery i hybrydy. Podmiotowość prawna między dogmatem a konwencją*, „Studia Prawnicze PAN” 2015, nr 4.
- Reznichenko A.S., Huyser C., Pepper M.S., *Mitochondrial Transfer: Implications for Assisted Reproductive Technologies*, „Applied & Translational Genomics”, December 2016, no. 11.

⁴⁷ Szerzej na ten temat: K. Nazar..., *op. cit.*

Savulescu J., *Genetic Interventions and the Ethics of Enhancement of Human Beings* [w:] Steinbock B. (red.), *The Oxford Handbook of Bioethics*. Oxford University Press, 2007.

Akty prawne

Ustawa z dnia 25 czerwca 2015 r. o leczeniu niepłodności (Dz.U. poz. 1087 ze zm.).

Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 20 czerwca 2002 r. w sprawie „Zasad techniki prawodawczej” (Dz.U. Nr 100, poz. 908 ze zm.).

Źródła internetowe

Cynk K., *Inżynieria genetyczna – technika usytuowana między naturą a kulturą*, Uniwersytet Rzeszowski, Rzeszów 2014, <https://repozytorium.ur.edu.pl> (dostęp: 17.07.2019).

Dębski R., Pisarski T., Rzempołuch J., Szamatowicz M., Szymański W., *Stanowisko polskiego towarzystwa ginekologicznego dotyczące technik wspomaganego rozrodu w leczeniu niepłodności*, <http://www.stomik.com/pliki/rekomendacjawspomaganiemrozrodu.pdf> (dostęp: 17.07.2019).

Druk Sejmowy nr 3245, s. 3, <http://www.sejm.gov.pl> (dostęp: 17.07.2019).

Haberko J., *Ustawa o leczeniu niepłodności. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2016, <http://sip.lex.pl> (dostęp: 17.05.2019).

Kramska M., *Medycznie wspomagana prokreacja – standardy międzynarodowe i europejskie*, [w:] Bator A., Jabłoński M., Maciejewski M., Wójtowicz K. (red.), *Współczesne koncepcje ochrony wolności i praw podstawowych*, Prawnicza i Ekonomiczna Biblioteka Cyfrowa, Wrocław 2013, <http://bibliotekacyfrowa.pl/publication/42456> (dostęp: 17.07.2019).

Kuzdrałiński A., *Zwierzęta modyfikowane genetycznie*, 15.02.2009, <http://www.e-biotechnologia.pl/Artykuly/zwierzeta-modyfikowane-genetycznie/> (dostęp: 17.07.2019)

Nazar K., *Komentarz do niektórych przepisów ustawy o leczeniu niepłodności* [w:] Mozgawa M. (red.), *Pozakodeksowe przestępstwa przeciwko zdrowiu. Komentarz*, Wolters Kluwer Polska, Warszawa 2017, <https://sip.lex.pl> (dostęp: 17.07.2019).

W Chinach urodziły się pierwsze zmodyfikowane genetycznie dzieci. Świat nauki oburzony. „Znaczące wątpliwości”, <http://zdrowie.gazeta.pl/Zdrowie/7,101580,24217806,w-chinach-urodzily-sie-pierwsze-zmodyfikowane-genetycznie-dzieci.html> (dostęp: 17.07.2019).

Autor
dr Justyna Badziak
Uniwersytet Łódzki
Wydział Prawa i Administracji
Katedra Prawa Karnego

2. PATENT BIOTECHNOLOGICZNY. ROZWAŻANIA NAD PROBLEMATYKĄ ZDOLNOŚCI PATENTOWEJ GENÓW LUDZKICH

Aleksandra Kubińska

Streszczenie

Niniejsze opracowanie stanowi próbę nakreślenia zakresu ochrony przysługującej tzw. wynalazkom biotechnologicznym. Autorka skupia się na badaniu korelacji między prawem patentowym a problematyką praw jednostki. Konsekwentnie, badając instrumenty, które w obliczu rozwoju nauki i nowych technologii mogłyby przyczynić się do zakończenia toczącej się jurydyczno-etycznej dyskusji, autorka stara się argumentować potrzebę ujednoczenia kryteriów i granic szczególnej ochrony prawnej w kontekście rozwoju biotechnologii.

Słowa kluczowe: patent biotechnologiczny, patentowanie genów, zdolność patentowa, biotechnologia, medycyna.

Wprowadzenie

Dynamiczny postęp naukowy w dziedzinie medycyny oraz płynne upowszechnianie się testów genetycznych stawiają ludzkość przed nowymi, nieistniejącymi dotąd możliwościami, a jednocześnie problemami domagającymi się prawnej regulacji. Nie sposób bowiem zaprzeczyć, że współczesnej biotechnologii, obok stale rosnącego potencjału, towarzyszyć może zagrożenie dla autonomii jednostki ludzkiej w przypadkach nieregulowanych normatywnie. Co więcej, komercjalizacja badań naukowych w zakresie patentowania genów stymuluje dyskusje związane z relacją między dobrem dawcy a potencjalnymi korzyściami podmiotu komercyjnego¹.

Godnym odnotowania jest przy tym, że zainteresowanie przedstawicieli doktryny koncentruje się nie tylko wokół rudymentarne problemu statusu prawnego materiału genetycznego, ale także – i to w przeważającym stopniu – wokół zagadnień towarzyszących, tj. związanych z ochroną praw człowieka (w tym ochroną danych genetycznych dawcy), prawem medycznym czy problematyką własności intelektualnej. Relacja między prawem patentowym a statusem prawnym nośnika informacji genetycznej (kwasu deoksyrybonukleinowego²), a ściślej – pytanie o podstawy dopuszczalności patentowa-

¹ J. Pawlikowski, *Komercjalizacja badań naukowych i status prawny próbek ludzkiego materiału biologicznego* [w:] O. Nawrot, A. Wnukiewicz-Kozłowska (red.), *Temida w dobie rewolucji biotechnologicznej*, Wydawnictwo Uniwersytetu Gdańskiego, Miejsce wydania 2015.

² Dalej jako DNA.

nia materiału biologicznego w kontekście integralności człowieka stanowi przedmiot niniejszej rozprawy. Krótkiego komentarza wymaga wyjaśnienie przyczyny podjęcia wskazanego zagadnienia badawczego.

Tocząca się od lat dyskusja dotycząca patentowania genów charakteryzuje się skrajną polaryzacją poglądów. Relacja pomiędzy powyższymi dziedzinami wymaga odwoływania się jednocześnie do dwóch płaszczyzn rozważań: normatywnej i ontologicznej. Patent biotechnologiczny ma bowiem niewiele wspólnego z patentem uzyskiwanym w pozostałych, tradycyjnych kierunkach. Mamy tu do czynienia z zupełnie wyjątkowym przedmiotem procesu – materią ożywioną³.

Obecnie obowiązujący system patentowy zarówno krajowy, jak i europejski, wprost przewiduje i dopuszcza możliwość uzyskania patentu na sekwencję genu występującą w naturze. Argumenty zwolenników, podparte słuszną podstawą prawną, ścierają się jednak z poglądami odrzucającymi dopuszczalność patentowania genów, z uwagi na (choćby potencjalną) możliwość naruszenia integralności jednostki (geny zawarte w genomie człowieka stanowią jego integralną część). Co więcej, inne kwestie sporne związane z patentowaniem biotechnologii wiążą się także ze złożonością wynalazku, a w dalszej kolejności – skomplikowanym procesem ustalania, czy patent biotechnologiczny został naruszony⁴. Poszukiwanie rozwiązania, które gwarantowałoby płynny postęp technologiczny (i zarazem właściwą ochronę jego wynalazków), z jednoczesnym poszanowaniem praw jednostki, należy uznać za będące nadal *in statu nascendi*⁵.

Patentowanie genów w systemie europejskim

Poszukując uzasadnienia i podstawy istnienia prawa własności i patentowania genów, należy sięgnąć do fundamentalnych kwestii, które kształtują pojęcie praw własności przemysłowej, a dalej – samego patentu. W pierwszej kolejności warto wskazać, że patent stanowi jedno z praw zaliczanych do praw własności intelektualnej, a ściślej: do praw własności przemysłowej. Kategoria „własności przemysłowej” nie jest pojęciem jednolitym⁶. Jak podkreśla M. du Vall jest to „zbiorowa nazwa dla instytucji prawnych odnoszących się do przedmiotów różnego rodzaju”⁷. Z kolei poprzez „własność intelektualną” należy rozumieć synonim praw autorskich i praw pokrewnych bądź szerzej – zbiorcze określenie, w skład którego wchodzić miałyby własność przemysłowa, a także

³ K. Fijałkowski, *Ochrona patentowa biotechnologii* [w:] B. Węgliński (red.), *Ochrona prawna własności intelektualnej*, Warszawa 2011, s. 53.

⁴ M. Świerczyński, *Leki biologiczne w systemie patentowym* [w:] M. Świerczyński (red.), *Biologiczne produkty lecznicze. Aspekty prawne*. Wolters Kluwer Polska, Warszawa 2016, s. 1.

⁵ J. Kapelańska-Pręgowska, *Prawne i bioetyczne aspekty testów genetycznych*, LEX, 2011 (dostęp: 5.07.2019).

⁶ M. du Vall, *Geneza i rozwój prawa patentowego* [w:] E. Traple (red.), *Prawo patentowe*, Wolters Kluwer Polska, Warszawa 2017.

⁷ *Ibidem*.

prawa autorskie i prawa pokrewne. Nie wikłając się przy tym w spory natury terminologicznej, które zresztą wykraczają poza zakres niniejszej pracy, można posłużyć się intuicyjnym ujęciem obu pojęć, gdzie zarówno „własność przemysłowa”, jak i „własność intelektualna” stanowić będą „określenia zbiorcze przedmiotów niematerialnych”⁸. Sam patent w piśmiennictwie najczęściej jest definiowany jako „cywilne prawo podmiotowe o bezwzględnym charakterze majątkowym, należące do kategorii praw na dobrach niematerialnych”⁹.

Z kolei poprzez „wynalazek” najogólniej należy rozumieć przedmiot ochrony patentowej. Wypada przy tym podkreślić, że ustawy regulujące prawo patentowe, nie wprowadzają definicji legalnej samego pojęcia „wynalazek”, wskazując jedynie, jakie cechy powinien on spełniać, aby był to „wynalazek posiadający zdolność patentową”¹⁰. Istota każdego wynalazku sprowadzać się ma do tego, by powstał on w efekcie twórczości człowieka¹¹.

Mając na uwadze powyższe, nasuwa się następujące pytanie: w jaki sposób określone sekwencje nukleotydów pochodzące z ludzkiego genomu mogą zostać uznane za wynalazek, skoro – w istocie – występują one w stanie naturalnym? Uwzględniając szczególny charakter zdolności patentowej w zakresie obejmującym żywą materię, prawodawca europejski dyrektywą 98/44/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 6 lipca 1998 r.¹² w sprawie ochrony prawnej wynalazków biotechnologicznych wprowadził autonomiczne rozwiązanie, ograniczając zakres tego, co posiada zdolność patentową oraz tego, co tej zdolności nie posiada (z uwagi na swoją podmiotowość). I tak, zgodnie z art. 3 ust. 2 dyrektywy 98/44/WE „przedmiotem wynalazku może być materiał biologiczny, który jest wyizolowany ze swojego naturalnego środowiska lub wyprodukowany przy pomocy sposobu technicznego, nawet jeśli poprzednio występował w naturze”. Dodatkowo w pkt 23 preambuły wskazano, że: „sama sekwencja DNA, bez wskazania funkcji, nie zawiera żadnej informacji technicznej, a zatem nie jest wynalazkiem posiadającym zdolność patentową”. A zatem, zgodnie z przepisami europejskimi, przedmiotem własności intelektualnej nie będzie materiał biologiczny występujący w naturze. Produkty naturalne mogą zostać opatentowane jedynie, gdy widoczny jest wkład człowieka¹³. Dy-

⁸ *Ibidem*.

⁹ J. Stanek, *Patentowanie genów ludzkich*, Wolters Kluwer Polska, Warszawa 2016.

¹⁰ K. Szczepanowska-Kozłowska, *Wynalazek posiadający zdolność patentową* [w:] E. Nowińska, U. Promińska, K. Szczepanowska-Kozłowska (red.), *Własność przemysłowa i jej ochrona*, Wydawnictwo Prawnicze LexisNexis, Warszawa 2014.

¹¹ J. Stanek..., *op. cit.*

¹² Dyrektywa 98/44/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 6 lipca 1998 r. w sprawie ochrony prawnej wynalazków biotechnologicznych (Dz.Urz. UE L 213, 30/07/1998 P. 0013–0021).

¹³ M. du Vall..., *op. cit.*

rektywa 98/44/WE stanowi zatem konkretyzację i zarazem *lex specialis* względem zasady wyłączenia z obrotu ludzkiego ciała i jego elementów¹⁴.

Choć sprawa wydaje się zatem wprost przesądzona na płaszczyźnie normatywnej, powstaje pytanie: jakie uzasadnienie stoi za przyjętym rozwiązaniem prawnym i czy nie ulega ono erozji w praktyce?

Patentowanie genów w kontekście stymulującej funkcji ochrony patentowej i autonomii jednostki

W tym miejscu koniecznym jest przypomnienie kryteriów determinujących założenia systemu i ochrony patentowej *in genere*.

Jak wskazuje się w doktrynie, dążeniem ochrony patentowej, w myśl przeważających poglądów, powinno być „dobro ogólne polegające na lepszym i pełniejszym zaspokajaniu potrzeb ludzkich, aniżeli byłoby to możliwe bez tego szczególnego mechanizmu stymulacyjnego¹⁵”.

Jak trafnie wskazuje przy tym H. Żakowska-Henzler, odpowiadający takim założeniom model ochrony patentowej powinien być skonstruowany tak, aby nie tylko stwarzał wsparcie do ubiegania się o uzyskanie patentu, ale by jednocześnie wyłączał możliwość hamującego oddziaływania udzielonych już patentów na dalszy rozwój nauki i techniki. Powyższy postulat był przy tym przez lata realizowany m.in. poprzez zasadę niedopuszczalności patentowania odkryć¹⁶. Powtórzyć w tym miejscu należy, że zdolność patentową w tradycyjnym ujęciu mają jedynie wynalazki. Różnica pomiędzy wynalazkiem a odkryciem sprowadza się do tego, że odkrycie stanowi jedynie ujawnienie rozwiązania (czy to w postaci produktu, czy procesu) istniejącego wcześniej w naturze (ale nieznanego), podczas gdy wynalazek – jak już wzmiankowano powyżej – jest wytworem intelektu ludzkiego (wynik; rozwiązanie czy technika, które wcześniej nie istniało w naturze). Tak ustalona granica pomiędzy zakresem pojęcia „wynalazek” a „odkrycie” zdaje się być jednak nader niejasna, gdy mowa o patencie biotechnologicznym. Za M. du Vall warto zauważyć, że *prima facie* materiał biologiczny, którego istnienie zostanie stwierdzone, stanowić powinno odkrycie, a nie wynalazek¹⁷. I dalej – również za M. du Vall – że także ujawnienie funkcji danej materii samo w sobie stanowi odkrycie (a nie wynalazek)¹⁸. Można na tym tle zaryzykować tezę, że w zakresie biotechnologii system prawny – w istocie – dopuszcza patentowanie odkryć, wbrew wyżej wspomnianym fundamentalnym założeniom, które legły u podstaw jego tworzenia.

¹⁴ M. Grzymkowska, *Standardy bioetyczne w prawie europejskim*, Wolters Kluwer Polska, Warszawa 2009.

¹⁵ H. Żakowska-Henzler, *Wpływ systemu ochrony patentowej na rozwój medycyny* [w:] J. Kondratiewa-Bryzik, K. Sękowska-Kozłowska (red.), *Prawa człowieka wobec rozwoju biotechnologii*, Wolters Kluwer Polska, Warszawa 2013.

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ M. du Val..., *op. cit.*

¹⁸ *Ibidem*.

Odnosząc się do owych założeń wypada odnotować, że dopuszczenie patentowania niektórych odkryć nie tylko nie koresponduje z dyrektywą spójności systemu prawnego, ale może budzić jeszcze inne, dwojakiego rodzaju wątpliwości: w aspekcie sprawiedliwościowym oraz w kontekście zasady integralności człowieka.

Rozpatrując w szerszej skali realizację zasad sprawiedliwości na gruncie patentowania genów należy w pierwszej kolejności odwołać się do istoty zakresu ochrony patentowej. I tak – najogólniej można wskazać, że „patent zapewnia uprawnionemu z tego tytułu zakres wyłączności na korzystanie z rozwiązania technicznego¹⁹”. Zakres ten jest zróżnicowany w zależności od tego, czy mamy do czynienia z patentem na produkt (wyłączność do korzystania z takiego produktu – ochrona bezwzględna) czy z patentem na sposób działania (wyłączność komercyjnej eksploatacji tego sposobu, tj. ochrona pośrednia²⁰). Niezależnie od tego, z którym typem mamy do czynienia, powstaje pytanie, czy udzielenie patentu biotechnologicznego (i zapewnienie tym samym uprawnionemu z tego tytułu wyłączności na korzystanie) nie będzie miało działania hamującego rozwój nauki – a w konsekwencji – godzącego w stymulacyjną funkcję, leżącą u podstaw systemu patentowego? Przypomnijmy, udzielanie patentów ma na celu wzmacnianie konkurencyjności poprzez zachęcanie potencjalnych twórców do poszukiwania nowych rozwiązań dla istniejących potrzeb i problemów. Patent w ujęciu ekonomicznym uznać należy zatem za prymarny bodziec powstawania innowacji²¹. Rozwiązanie dopuszczające patentowanie materiału genetycznego, przez wzgląd na jego specyfikę podmiotową, może jednak przesądzać o całkowitym wykluczeniu możliwości stworzenia rozwiązań alternatywnych (często ulepszonych) w stosunku do opatentowanego. Patent na materiał biologiczny wyizolowany z naturalnego środowiska, zasadniczo nie będzie pełnił roli instrumentu stymulującego poszukiwanie rozwiązań alternatywnych. Wynika to przede wszystkim z tego względu, że uzyskanie patentu na materiał genetyczny pociągać za sobą będzie, w przeważającej części przypadków, powstanie produktu unikalnego, nieposiadającego bliskich substytutów – a w konsekwencji – przyjmie postać monopolu, wywodzącego się nie tyle z siły ekonomicznej, lecz właśnie z tytułu praw własności intelektualnej, a zatem w praktyce niemożliwym będzie wykorzystanie samego pomysłu bez naruszenia patentu²². Z kolei konieczność uzyskania pozwolenia na wykorzystanie wynalazku podnosi ogólne koszty badań w danej sferze, tym samym sprawiając, że mogą one stać się niejako „z góry” nieopłacalne dla potencjalnych twórców i w konsekwencji nie będą w ogóle podejmowane.

O ile zarzuty dotyczące hamującego oddziaływania patentów na geny na rozwój nauki można by odeprzeć kontrargumentem, że uprawniony może sam pracować nad ulepszeniem swego produktu, poszukując rozwiązań alternatywnych, o tyle jeśli chodzi

¹⁹ M. Sznajder, *Naruszenie patentu w świetle teorii ekwiwalentów – ujęcie prawnoporównawcze*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego” 2014, nr 2, s. 24–77.

²⁰ M. du Vall..., *op. cit.*

²¹ J. Stanek..., *op. cit.*

²² *Ibidem.*

o zarzuty uwzględniające negatywne konsekwencje dla społeczeństwa, argument ten zdaje się być całkowicie chybiony. Patent w tym przypadku, generując uprawnienia o charakterze absolutnym dla określonego twórcy, będzie skutkowało ustanowieniem monopolu intelektualnego, co prawie zawsze pociągać będzie za sobą określone straty dla reszty społeczeństwa. Z drugiej strony, brak skutecznej ochrony uprawnionych z tytułu patentu mógłby skutkować tym, że od początku nieopłacalne stałoby się inwestowanie w badania naukowe w celu stworzenia określonego dzieła (czy znalezienia rozwiązania), to zaś również nie służyłoby postępowi technicznemu i wzrostowi dobrobytu społeczeństwa²³.

Kolejnym, wcześniej wspomnianym argumentem przeciwko dopuszczalności patentowaniu genów ludzkich jest odwołanie się do doktryny *res extra commercium*. W obecnie obowiązującym systemie patentowym, patentowanie genów uważa się za swego rodzaju odstępstwo od powyższej reguły. Niemniej, przeciwnicy podkreślają, że opatentowanie jakiegoś fragmentu ludzkiego genomu i czerpanie z niego wymiernych korzyści stanowi zaważoną formę niewolnictwa²⁴, tym samym w sposób niewątpliwie narusza autonomię jednostki. Jak trafnie zauważa J. Stanek²⁵, podstawowe pytanie sprowadza się do tego, czy autonomię należy rozumieć jako prawo do samoposiadania. *A priori* oczywistym zdaje się, że nikt nie może być właścicielem drugiego człowieka (bądź jego ciała i jego części). Argument ten nie może być jednak rozpatrywany czysto intuicyjnie. Przypomnieć bowiem należy, że patent sam w sobie nie kreuje przecież prawa własności na opatentowanym rozwiązaniu (produkcje). Uprawniony z tytułu patentu nie staje się właścicielem produktu, a jedynie zyskuje, określony czasowo, zakres wyłączności na korzystanie z niego. W konsekwencji, patenty genowe formalnie nie będą naruszały autonomii polegającej na samoposiadaniu²⁶. Niemniej jednak, w oparciu o klauzulę generalną, zawartą w preambule dyrektywy 98/44/WE można zadać bardziej ogólne pytanie, mianowicie: czy patentowanie materiału biologicznego pochodzącego od człowieka jest zgodne z porządkiem publicznym i dobrymi obyczajami (ściślej: moralnością publiczną)? Problem ten na płaszczyźnie normatywnej został wprost rozstrzygnięty w sprawie C-377/98 ze skargi Holandii²⁷, gdzie Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej uznał, że w istocie ciało ludzkie, jak i jego elementy nie mają same w sobie zdolności patentowej i ich odkrycie nie może być przedmiotem ochrony, niemniej jednak „przedmiotem wniosku o udzielenie patentu mogą być wynalazki, które łączą element naturalny z procesem technologicznym umożliwiającym jego wyizolowanie lub wytworzenie w celu zastosowania przemysłowego. Zatem element ciała ludzkiego może stanowić

²³ K. Kohutek, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*. LEX, 2014 (dostęp: 5.07.2019).

²⁴ G. Kawłatow, *Patentowanie genów ludzkich*, „Diametros” 2012, nr 32, s. 81.

²⁵ J. Stanek..., *op. cit.*

²⁶ *Ibidem*.

²⁷ Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 9 października 2001, (C-377/98), *Królestwo Holandii v. Parlament Europejski i Rada Unii Europejskiej*, LEX nr 83406.

część produktu, na który można uzyskać ochronę patentową”. Wyrok ten pozostawia jednak otwarte pytanie natury etycznej.

Podsumowanie

Powyższe rozważania wprawdzie nie wyczerpują kontrowersji związanych ze zdolnością patentową ludzkiego materiału genetycznego, niemniej skłaniają do sformułowania określonych wniosków. W pierwszej kolejności należy podkreślić, że obecnie – na płaszczyźnie normatywnej – niecelowe wydaje się zadawanie pytania o samą dopuszczalność patentowania materiału biologicznego. Możliwość ta została bowiem *explicite* wprowadzona przez prawodawcę europejskiego. Z perspektywy ontologiczno-etycznej problem ten nie wydaje się jednak jałowy. Uznanie dopuszczalności patentowania genów rodzi bowiem poważne wątpliwości natury pozaprawnej, z których nie wszystkie – jak zostało wykazane powyżej – znajdują solidne kontrargumenty. Powyższa analiza, choć w zdecydowanym stopniu okrojona, stanowi podstawę do sformułowania pytania o to, czy możliwym jest zminimalizowanie potencjalnych dysfunkcji wiążących się z patentowaniem genów. Wydaje się, że najstosowniejszym narzędziem niwelującym potencjalne straty związane z monopolizacją własności intelektualnej w sferze biotechnologii byłby ograniczony interwencjonizm ze strony państw członkowskich Unii Europejskiej, sprowadzający się do dofinansowywania badań naukowych lub zmian w krajowych systemach pozwoleń udzielanych na wykorzystywanie wynalazku objętego ochroną patentową. Tocząca się od lat debata dotycząca granic dopuszczalności patentowania genów ludzkich pozostaje jednak zagadnieniem otwartym, jeśli za oś sporu przyjmie się zgodność z ogólnie pojmowaną moralnością publiczną. Niemożliwym zdaje się przy tym jednoznaczne oszacowanie bilansu zysków i strat na korzyść jednej ze ścierających się tu wartości.

Bibliografia

- du Vall M., *Geneza i rozwój prawa patentowego* [w:] E. Traple (red.), *Prawo patentowe*, Wolters Kluwer Polska, Warszawa 2017.
- du Vall M., *Możliwość uznania sekwencji DNA za wynalazek* [w:] E. Traple (red.), *Prawo patentowe*. Wolters Kluwer Polska, Warszawa 2017.
- Fijałkowski K., *Ochrona patentowa biotechnologii* [w:] B. Węgliński (red.), *Ochrona prawna własności intelektualnej*, IP Law, Warszawa 2011.
- Grzymkowska M., *Standardy bioetyczne w prawie europejskim*, Wolters Kluwer Polska, Warszawa 2009.
- Kapelańska-Pręgowska J., *Prawne i bioetyczne aspekty testów genetycznych*, LEX, 2011.
- Kawłatow G., *Patentowanie genów ludzkich*, „Diametros” 2012 nr 32.
- Kohutek K., *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, LEX, 2014.
- Pawlikowski J., *Komercjalizacja badań naukowych i status prawny próbek ludzkiego materiału biologicznego* [w:] O. Nawrot, A. Wnukiewicz-Kozłowska (red.), *Temida w dobie rewolucji biotechnologicznej*, Wydawnictwo Uniwersytetu Gdańskiego, Gdańsk 2015.

- Stanek J., *Patentowanie genów ludzkich*, Wolters Kluwer Polska, Warszawa 2016.
- Szczepanowska-Kozłowska K., *Wynalazek posiadający zdolność patentową* [w:] E. Nowińska, U. Promińska, K. Szczepanowska-Kozłowska (red.), *Własność przemysłowa i jej ochrona*, Wydawnictwo Prawnicze LexisNexis, Warszawa 2014.
- Sznajder M. *Naruszenie patentu w świetle teorii ekwiwalentów – ujęcie prawnoporównawcze*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego” 2014, nr 2.
- Świerczyński M., *Leki biologiczne w systemie patentowym* [w:] M. Świerczyński (red.), *Biologiczne produkty lecznicze. Aspekty prawne*, Wolters Kluwer Polska, Warszawa 2016.
- Żakowska-Henzler H., *Wpływ systemu ochrony patentowej na rozwój medycyny* [w:] J. Kondratiewa-Bryzik, K. Sękowska-Kozłowska (red.), *Prawa człowieka wobec rozwoju biotechnologii*, Wolters Kluwer Polska, Warszawa 2013.

Akty prawne

- Dyrektywa 98/44/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 6 lipca 1998 r. w sprawie ochrony prawnej wynalazków biotechnologicznych (Dz.Urz. UE L 213, 30/07/1998 P. 0013–0021).

Autor
mgr Aleksandra Kubińska
Uniwersytet im. Adama Mickiewicza w Poznaniu
Wydział Prawa i Administracji

3. PRAWNOKARNE ASPEKTY POZBAWIENIA CZŁOWIEKA ZDOLNOŚCI PŁODZENIA

Karol Żyła

Streszczenie

Autor przedstawia problem dopuszczalności dobrowolnej sterylizacji oraz zabiegów adaptacyjnych w świetle typu czynu zabronionego spowodowania ciężkiego uszczerbku na zdrowiu poprzez pozbawienie człowieka zdolności płodzenia. Praca uwzględnia regulacje prawa polskiego i międzynarodowego, które mają istotny wpływ na odpowiedzialność karną osoby wykonującej określony zabieg. W tekście przedstawiono karnoprawne aspekty powiązane ze zjawiskiem transseksualizmu oraz procedury zmiany płci, a także kwestię sterylizacji w celach antykoncepcyjnych.

Słowa kluczowe: dobrowolna sterylizacja, kontratyp, zabiegi adaptacyjne, prawo do prywatności i życia rodzinnego, zgoda na naruszenie dobra prawnie chronionego.

Wprowadzenie

Dynamika postępującego rozwoju cywilizacyjnego stawia przed wieloma dziedzinami aktywności ludzkiej szereg piętrzących się wyzwań. Jedną z dyscyplin, od której powinniśmy oczekiwać, iż stawi czoła zmieniającemu się porządkowi jest prawo. Nadto, ze specyfiki prawa karnego wywodzić należy obowiązek odpowiedniej legislacji, której kształt odpowiadałby zmieniającym się uwarunkowaniom społecznym. Prawo karne stanowi przecież narzędzie racjonalnego prawodawcy służące do wyznaczenia granic prawnej dopuszczalności czynów człowieka. Jego doniosłość wzmacnia fakt, iż przy ustalaniu polityki kryminalizacyjnej do kompetencji ustawodawcy należy rozstrzygnięcie sporów pomiędzy imperatywami moralnymi stojącymi u podstaw określonych zachowań ludzkich. Wyżej wspomniana już aktualność winna bazować na przekonaniu ustawodawcy o konieczności zakwalifikowania w danym układzie społecznym określonego zachowania jako społecznie niepożądanego, a po spełnieniu odpowiednich przesłanek, karalnego. Wymóg aktualności odnosi się oczywiście również do instytucji części ogólnej kodeksu karnego¹.

Postulat odzwierciedlenia wartości powszechnie uznawanych w określonym układzie społecznym na gruncie prawa powszechnie obowiązującego jest niezwykle ważki. Nie należy zapominać, iż to prawo poniekąd kreuje ład społeczny. Należy wyrazić przekonanie, iż w świetle zachodzących zmian światopoglądowych czy postępującego rozwoju medycyny, ochrona życia i zdrowia stanowi wyzwanie dla sfery zainteresowań prawa

¹ Ustawa z dnia 7 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (tekst jednolity: Dz.U. z 2018 r., poz. 1600), dalej: k.k.

karnego materialnego.

Ustawowe znamiona czynu zabronionego

Mimo zawarcia w uzasadnieniu rządowego projektu kodeksu karnego z 1997 r. stwierdzenia, jakoby kodeks odstępował od utożsamiania bardziej efektywnego zwalczania przestępczości z surowszą represją karną², porównując ewolucję kształtu normatywnej regulacji przestępstwa spowodowania ciężkiego uszczerbku na zdrowiu, dostrzec należy, iż na gruncie obowiązującego kodeksu karnego czyn zabroniony stypizowany w przepisie art. 156 § 1 k.k. stanowi zbrodnię, natomiast na gruncie kodeksu karnego z roku 1969 r. uznawano go za występki³. Z wyżej wymienionej zmiany wywodzić należy, iż ustawodawca uznał, że czyn ten godzi w ustalony porządek społeczny i prawny w sposób znaczny, stąd właściwszym będzie zakwalifikowanie go do zbrodni. Zmiana ta może dowodzić chęci wzmocnienia ochrony życia i zdrowia przez ustawodawcę.

Przedmiotem ochrony przestępstwa z art. 156 § 1 k.k. jest zdrowie człowieka, rozumiane jako prawidłowość procesów fizjologicznych i związana z tym wydolność człowieka do wypełniania jego funkcji społecznych⁴. Zdrowie rozumiane jest także jako „stan żywego organizmu, w którym wszystkie funkcje przebiegają prawidłowo”⁵.

Sprawcą przestępstwa branego pod rozważania przez działanie może być każdy, ma ono charakter powszechny. W przypadku popełnienia go przez zaniechanie, sprawcą może być zgodnie z art. 2 k.k. tylko ten, na kim ciążył prawny, szczególny obowiązek zapobiegnięcia skutkowi – tj. gwarant. Zwykle jednak w przypadku czynu zabronionego w postaci pozbawienia człowieka zdolności płodzenia, osobą której odpowiedzialność karna będzie podlegała ocenie, będzie lekarz – ze względu na charakter zabiegów, które mogą prowadzić do wypełnienia znamienia w postaci skutku.

Nie pozostawia wątpliwości fakt, iż dokonując językowej wykładni brzmienia przepisu art. 156 § 1 pkt 1 k.k. należy uznać, iż przestępstwo w nim stypizowane ma charakter skutkowy. Ponadto podnieść należy, iż skutek w postaci pozbawienia zdolności płodzenia nie może przybierać charakteru przemijającego, musi stanowić stan trwały. Zgodnie z orzeczeniem Sądu Najwyższego, pozbawienie czynności jednego z narządów parzystych (w tym przypadku jąder bądź jajników) stanowić będzie skutek stanowiący znamię

² I. Friedrich-Michalska (red.), B. Stachurska-Marcińczak (red.), *Nowe kodeksy karne – z 1997 r. z uzasadnieniami*, Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 1997, s. 116.

³ Ustawa z dnia 19 kwietnia 1969 r. – Kodeks karny (Dz.U. Nr 13, poz. 94) – art. 155 § 1 pkt 1 d.k.k.

⁴ A. Zoll [w:] Wróbel W. (red.), Zoll A. (red.), Barczak-Oplustil A., Bielski M., Bogdan G., Cwiakalski Z., Iwański M., Jodłowski J., Kardas P., Małecki M., Pilch A., Raglewski J., Rams M., Sroka T., Szewczyk M., Wojtaszczyk A., Zając D., Zontek W., *Kodeks karny. Część szczególna. Tom II. Część I. Komentarz do art. 117–211a*, LEX nr 10647.

⁵ *Słownik języka polskiego*, PWN, <https://sjp.pwn.pl/sjp/zdrowie;2545327.html> (dostęp: 23.02.2019).

przestępstwa stypizowanego w art. 156 § 1 pkt 2 k.k.⁶

Wypada zasygnalizować pewne rozbieżności, które można dostrzec podczas analizy zapatrywań doktryny co do znamion strony przedmiotowej. Skutkiem wyegzemplifikowanym w przepisie art. 156 § 1 pkt 1 k.k. jest bowiem pozbawienie zdolności płodzenia. Stąd kierując się zakazem wykładni rozszerzającej prawa karnego, należy znanie to rozpatrywać ściśle⁷. Nie sposób się przez to zgodzić z B Michalskim, który wyraża pogląd iż poprzez pozbawienie zdolności płodzenia rozumieć należy również pozbawienie zdolności spółkowania⁸. Sama bowiem niezdolność do odbycia aktu płciowego, przy w pełni sprawnych narządach płciowych stanowiących o zdolności płodzenia, nie może być uznawana za trwale ziszczony skutek stanowiący znamie typu czynu zabronionego w postaci ciężkiego uszczerbku na zdrowiu. T. Jurek niejako miesza porządki prawne, bowiem przytaczając regulację ubezpieczeniową, dokonuje porównania pojęć zdolności rozrodczej i zdolności płodzenia, wskazując iż słowo „płodzić” stanowi słowo bliskie aktowi prokreacji⁹.

Z kolei, dokonując wykładni językowej należy stwierdzić, iż słowo „płodzić” oznacza „powodować powstanie istoty żywej przez zapłodnienie”¹⁰. W świetle obecnie możliwych metod medycznie wspomaganą prokreacji, pozbawienie jedynie zdolności spółkowania nie przesądza o pozbawieniu zdolności płodzenia. A. Zoll stoi na stanowisku, iż przyjęcie spowodowania ciężkiego kalectwa należy uznać, gdy mowa o pełnej utracie zdolności płodzenia¹¹. Zasadnym wydaje się zatem subsumpcja ewentualnego zachowania polegającego na pozbawieniu człowieka zdolności spółkowania pod typ czynu zabronionego określony w art. 156 § 1 pkt 2 k.k., tj. jako inne ciężkie kalectwo.

Dopuszczalność zgody dysponenta dobrem

Nie sposób prowadzić rozważań dotyczących dopuszczalności pozbawienia człowieka zdolności płodzenia bez rozważenia cechy relewantności zgody dysponenta dobrem na spowodowanie w nim ciężkiego uszczerbku w rozumieniu przepisu art. 156 § 1 pkt 1 k.k. Wypada zadać pytanie, jak daleko sięgać będzie uprawnienie człowieka

⁶ Wyrok SN z dnia 14 lutego 2013 r., III KK 196/12, również wyrok SN z dnia 10 listopada 1973 r., IV KR 340/73, OSNPG 1974/3, poz. 43

⁷ Tak też A. Marek, *Kodeks karny. Komentarz*, LEX 2010, LEX nr 8056 w zakresie, w jakim nie uznaje pozbawienia zdolności do spółkowania jako pozbawienia zdolności płodzenia

⁸ B. Michalski[w:] J. Warylewski (red.), *System Prawa Karnego. Przestępstwa przeciwko dobrom indywidualnym*, Warszawa 2016, s. 230, podobnie T. Jurek [w:] T. Jurek, *Opiniowanie sądowo-lekarskie w przestępstwach przeciwko zdrowiu*, Wolters Kluwer Polska, Warszawa 2010, s. 34

⁹ T. Jurek..., *op. cit.*, s. 34.

¹⁰ *Słownik języka polskiego*, PWN, <https://sjp.pwn.pl/sjp/plodzic;2501319.html> (dostęp: 23.06.2019).

¹¹ A. Zoll [w:] Wróbel W. (red.), Zoll A. (red.), Barczak-Oplustil A., Bielski M., Bogdan G., Cwiakalski Z., Iwański M., Jodłowski J., Kardas P., Małecki M., Pilch A., Raglewski J., Rams M., Sroka T., Szewczyk M., Wojtaszczyk A., Zając D., Zontek W., *Kodeks karny. Część szczególna. Tom II. Część I. Komentarz do art. 117–211a*, LEX nr 10647.

do dysponowania swoim dobrem w postaci zdrowia. Nie pozostawia wątpliwości fakt, iż istnieją takie dobra, którymi nie można bezgranicznie dysponować, choćby ze względu na ich wagę. Dobrem, któremu obecnie przydaje się największą ochronę bez wątpienia jest życie¹² – stąd, dla przykładu, niedopuszczalnym na gruncie polskiego prawa jest wyrażenie wyłączającej odpowiedzialność karną zgody na przeprowadzenie eutanazji. Z kolei granice dozwolonego dysponowania swoim zdrowiem stanowią przedmiot ożywionej dyskusji doktryny prawa karnego, czego efekt stanowią także rozważania prowadzone na łamach niniejszego opracowania.

Warto wskazać, iż na gruncie projektu kodeksu karnego z roku 1963¹³, przepis art. 24 zawierał konstrukcję kontratypową zgody uprawnionego, pod warunkiem, iż wyrażenie zgody nie naruszałoby zasad współżycia społecznego. *Prima facie* na gruncie przepisanej projektem kształtu art. 24 projektu kodeksu karnego rzuca się w oczy swoiste zmieszanie prawa cywilnego z prawem karnym – trudno bowiem doszukiwać się na gruncie prawa karnego klauzuli zasad współżycia społecznego. Nadto nie sposób uznać tejsze klauzuli za wystarczająco dookreśloną, co nijak koresponduje z zasadą *nulla poena sine lege certa*.

Co do kształtu tej regulacji, wskazać należy, iż przede wszystkim cechą pozytywną byłoby stworzenie ustawowego kontratypu zgody uprawnionego, bez konieczności doktrynalnego wywodzenia jego dopuszczalności, podnieść jednak należy, iż na gruncie przedmiotowych rozważań zmieniałby on w istocie niewiele (w przepisany w projekcie z 1963 r. kształcie). Nie tworzy on bowiem katalogu dóbr, którymi zainteresowany mógłby swobodnie dysponować, stąd nadal w sferze wątpliwości pozostaje fakt, czy można wyrazić karnoprawnie relewantną zgodę na spowodowanie ciężkiego uszczerbku na zdrowiu, a wyznaczenie granicy zastosowania tegoż kontratypu w oparciu o klauzule zasad współżycia społecznego jest wysoce niewłaściwe, choćby ze względu na zasadę określoności.

Wartym przytoczenia, na gruncie prawa karnego (bo obarczonym, podobnie jak regulacja art. 24 projektu kodeksu karnego z roku 1963, zjawiskiem zmieszania regulacji prawa cywilnego z prawem karnym), wydaje się być pogląd wyrażony przez A. Bielską-Brodziak, jakoby ciało stanowiło naszą własność¹⁴. Nie sposób jednak przyjąć takiego zapatrywania, choćby ze względu na fakt, iż ciało ludzkie ciężko zakwalifikować jednoznacznie jako przedmiot własności, stąd rozważania dotyczące ciała ludzkiego pod kątem uprawnień właścicielskich (tzw. triady uprawnień) są nie do końca właściwe. Nie do obrony wydaje się bowiem teza, jakoby ciałem można było dysponować

¹² Orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego z dnia 28 maja 1997 r. (K 26/96, OTK 1997, nr 2, poz. 19).

¹³ *Projekt Kodeksu Karnego*, Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 1963, s. 6.

¹⁴ A. Bielska-Brodziak, *Czy moje ciało jest moje? Wolność vs. kontrola, bezpieczeństwo vs. zniewolenie: ciało w prawie* [w:] M. Bąk-Sosnowska, K. Szmaglińska, A. Brzęk, *Ciało i jego konteksty – od poszukiwania kontroli po świadomość zniewolenia*, Dział Wydawnictw Śląskiego Uniwersytetu Medycznego, Katowice 2018, s. 160–193.

choćby w granicach właścicielskiego *ius disponendi*, gdzie przyjmując jego skrajną postać, dojść może do wyzbycia się własności. Nie sposób jednak zaprzeczyć twierdzeniu, iż potocznie mowa jest o „władaniu ciałem”.

Jak wskazuje J. Bochmann, na gruncie Strafgesetzbuch¹⁵ w przepisie § 228 ujęto generalnie i abstrakcyjnie sytuację, w której zgoda pokrzywdzonego na spowodowanie uszkodzenia ciała nie uchyla bezprawności czynu. Jest to przypadek, w którym ograniczenie to uzasadnione będzie sprzecznością zachowania powodującego uszczerbek z „dobrymi obyczajami”¹⁶. Łatwo dostrzec podobieństwo kontratypu zgody uprawnionego w kształcie przepisany projekt z roku 1963 z wyżej wskazaną regulacją niemiecką. W niektórych z przekładów wskazuje się również, iż w przepisie § 228 StGB (podobnie jak na gruncie wcześniej wspomnianego projektu) mowa o zasadach współżycia społecznego¹⁷. Jednakże należy przyjąć, iż na gruncie niemieckiej ustawy karnej dokonano limitacji poprzez klauzulę dobrych obyczajów, która wydaje się mieć nieco węższy zakres.

W obecnym stanie normatywnym, nie pozostaje odosobnionym poglądem, iż należy uznać za niedopuszczalne spowodowanie ciężkiego kalectwa, nawet za zgodą uprawnionego¹⁸. W końcu mamy do czynienia ze zbrodnią, która w samej swej istocie jest czynem o znacznej abstrakcyjnej społecznej szkodliwości. Ponadto, zdrowie człowieka stanowi nie tylko dobro o charakterze indywidualnym, osobistym, ale także posiadającym istotną wartość kolektywną¹⁹. Wskazuje się jednak, że w przypadku podzielenia stanowiska tożsamego w przedmiocie dopuszczalności spowodowania ciężkiego uszczerbku na zdrowiu, udzielenie zgody przez pokrzywdzonego winno zostać wzięte pod uwagę przy określaniu rodzaju i wymiaru represji karnej²⁰.

¹⁵ Niemiecki kodeks karny, dalej jako StGB.

¹⁶ J. Bochmann [w:] E. Hryniewicz, M. Małolepszy, *Karne aspekty spowodowania uszczerbku na zdrowiu w prawie polskim, niemieckim i austriackim*, Wydawnictwo Naukowe UAM, Poznań 2013, s. 111.

¹⁷ E. Tuora-Schwierskott, *Niemiecki kodeks karny w tłumaczeniu na język polski*, DE iure PL, Regensburg 2016, s. 260.

¹⁸ M. Królikowski [w:] M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Tom I*, C.H. Beck, Warszawa 2017, s. 315, tak też D. Zając, *Zgoda dzierżyciela dobra prawnego na zachowanie ryzykowne jako okoliczność wpływająca na zakres odpowiedzialności karnej*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2018, z. 2, s. 104.

¹⁹ O. Kocaj, *Prawnokarne granice ochrony życia człowieka w związku z działaniami medycznymi*, „Prokuratura i Prawo” 2015 nr 7–8, s. 111.

²⁰ D. Zając..., *op. cit.*, s. 114.

Dopuszczalność czynności nieterapeutycznych – dobrowolna sterylizacja

Na wstępie rozważań dotyczących pozbawienia człowieka zdolności płodzenia w drodze dobrowolnej sterylizacji należy dokonać za M. Filarem²¹ dystynkcji pojęć czynności leczniczych, co do których w doktrynie nie ma wątpliwości, iż są one pierwotnie legalne²², oraz czynności lekarskich. Przez te pierwsze rozumieć należy „działania w relacji do pacjenta, które za pomocą środków metod i technik stosowanych w medycynie podejmowane są w celu ratowania jego życia, zdrowia lub zmniejszenia cierpień fizycznych czy psychicznych”. Czynności lekarskie, zwane też nieterapeutycznymi zabiegami medycznymi „obejmują swym zakresem każde działanie podjęte z zastosowaniem takich środków, metod i procedur, którego przedmiotem jest wprowadzenie organizmu ludzkiego, jednak motywem ich podjęcia nie jest cel leczniczy – tj. nie zmagają one do ratowania życia, zdrowia bądź cierpień fizycznych czy psychicznych osoby, w stosunku do organizmu której zostały one podjęte”²³.

Posiłkując się konstrukcją pierwotnej legalności czynu, stwierdzić należy, iż w przypadku, w którym lekarz przy zachowaniu pełnej autonomii pacjenta, dokona zabiegu amputacji obu nóg w celu ratowania jego życia, przez co tenże pacjent nie będzie w stanie pracować w zawodzie, co jak mogłoby się wydawać wypełnia znamiona innego ciężkiego kalectwa stypizowanego w przepisie art. 156 § 1 pkt 2 k.k. Warto jednak wskazać, że przez wzgląd na brak zamachu na dobro prawne, które jest chronione przepisami prawa karnego materialnego, czyn taki nie będzie wypełniał znamion przestępstwa. Stąd należy przyjąć tezę o pierwotnej legalności wcześniej zdefiniowanych już czynności leczniczych²⁴. W świetle powyższego znamię legalności przybierać będzie również sterylizacja dokonywana z pobudek medycznych. W doktrynie wyrażono także pogląd, iż dobrowolna sterylizacja ma charakter pierwotnie legalny, ponownie ze względu na brak zamachu na dobro prawne²⁵. Wydaje się jednak, iż zgoda na pozbawienie zdolności płodzenia będąca wyrazem dysponowania zdrowiem w sposób skrajny, nie może zostać uznana za prawnie relewantną, stąd będziemy mieli do czynienia z atakiem na dobro prawne, który z kolei jest warunkiem uznania sprzeczności zachowania z normą sankcjonowaną²⁶.

²¹ M. Filar, *Odpowiedzialność karna związana z nieterapeutycznymi czynnościami lekarskimi*, „Prawo i Medycyna” 2000, nr 5, s. 59.

²² T. Dukiet-Nagórska (red.), *Prawo karne. Część ogólna, szczególna i wojskowa*, Wolters Kluwer, Warszawa 2016, s. 166.

²³ Cytat za: M. Filar..., *op. cit.*, s. 59.

²⁴ T. Dukiet-Nagórska, *Autonomia pacjenta a polskie prawo karne*, Oficyna a Wolters Kluwer business, Warszawa 2008, s. 17.

²⁵ Tak np. O. Sitarz, *Dobrowolna sterylizacja: czy czas na zmianę prawa?* [w:] W. Cieślak, M. Romańczuk-Grącka, *Między stabilnością a zmiennością prawa karnego: dylematy ustawodawcy*, Pracownia Wydawnicza „ElSet”, Olsztyn 2017, s. 310.

²⁶ W. Wróbel, A. Zoll (red.), *Polskie prawo karne. Część ogólna*, Zakład, Kraków 2014, s. 172.

Na gruncie polskiego ustawodawstwa wyróżnić możemy czynności nieterapeutyczne ustawowo uregulowane, np. na gruncie ustawy o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży²⁷ (art. 4a ust.1 pkt 3 – tj. uzasadnione podejrzenie, że ciąża pochodzi z czynu zabronionego). Istnieją jednak takie czynności nieterapeutyczne, jak choćby dobrowolna sterylizacja, które po stosownej analizie powinny zostać uznane za dopuszczalne, przychyłając się do tezy wyrażonej w doktrynie²⁸.

Ratio legis uznania pozbawienia zdolności płodzenia jako jednej z odmian przestępstwa stypizowanego w art. 156 § 1 pkt 1 k.k. można by szukać w wartościach katolickich, do których nawiązanie można znaleźć choćby w preambule do Konstytucji RP. Na wpływ tychże wartości wskazuje R.J. Cook i B.M. Dickens z Uniwersytetu w Toronto²⁹, zestawiając regulację polskiej ustawy karnej w jednym rzędzie z ustawą karną argentyńską.

W kwestii dopuszczalności czynności nieterapeutycznych niezajdujących odzwierciedlenia na gruncie prawa powszechnie obowiązującego należy przyjąć, iż uzasadnienia ich legalności należy szukać na gruncie kontratypu pozaustawowego, tzw. zgody dysponenta dobrem. Słusznym w tym miejscu wydaje się być powzięcie wątpliwości – czy prawo samostanowienia może sięgać tak daleko? Czy człowiek może swobodnie dysponować swoją płodnością, która jest składową zdrowia – dobra o istotnym ładunku społecznym? I wreszcie, w razie przyjęcia tezy o skuteczności zgody dysponenta na naruszenie zdrowia, co mogłoby za tym przemawiać. Dla uzasadnienia tego poglądu należy wskazać, iż z przepisu art. 8 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka, wyprowadzić można prawo do prokreacji co stanowi niewątpliwie o ochronie autonomii życia prywatnego. Należy przytoczyć orzeczenie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka ws. *Evans v Wielka Brytania*, które co prawda dotyczyło aborcji, natomiast kluczowe jest stwierdzenie, które stanowi o wykładni przepisu art. 8 : „życie prywatne (...) obejmuje prawo do poszanowania zarówno decyzji o prokreacji, jak i decyzji o powstrzymaniu się od prokreacji”³⁰. Jako iż nie sposób zaprzeczyć co do absolutnie fundamentalnego zna-

²⁷ Ustawa z dnia 7 stycznia 1993 r. o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży (Dz.U. Nr 17, poz. 78).

²⁸ J. Holocher, *Dobrowolna sterylizacja. Uwagi de lege lata*, „Studia Prawnicze” 2015, nr 1, s. 57–79.

²⁹ R.J. Cook, B. Dickens, *Voluntary and Involuntary Sterilization: Denials and Abuses of Right*, „International Journal of Gynecology & Obstetrics” 2000 no. 68, s. 61–67.

³⁰ *Case of Evans v. the United Kingdom*, 10/04/2007 „The Grand Chamber agrees with the Chamber that ‘private life’, which is a broad term encompassing, inter alia, aspects of an individual’s physical and social identity including the right to personal autonomy, personal development and to establish and develop relationships with other human beings and the outside world (see *Pretty*, cited above, § 61), incorporates the right to respect for both the decisions to become and not to become a parent”.

czenia katalogu praw człowieka stanowiących przez Europejską Konwencję Praw Człowieka,³¹ należy przyznać zasadność *argumentum ex art. 8 EKPC*.

Pozostając na gruncie prawa międzynarodowego, przyjmując za R. Kędziorą³² warto wskazać, iż w Rezolucji Komitetu Ministrów Rady Europy z (75)29 z dnia 14 listopada 1975 r. wskazuje się, iż sterylizacja na życzenie winna stanowić dopuszczalną metodę planowania rodziny.

Wyżej wskazana autorka podaje, iż podobne stanowisko powzięło Zgromadzenie Ogólne Organizacji Narodów Zjednoczonych³³. Odnosząc się do wcześniejszych rozważań, stwierdzić należy iż zabieg wazektomii, stanowiący metodę antykoncepcji mężczyzn, z uwagi na fakt, iż skutek ubezplodnienia jest odwracalny, nie może zostać uznany za wypełniający znamiona spowodowania ciężkiego uszczerbku na zdrowiu.

Dla obrony swego postulatu autor posłuży się również porównaniem zabiegu dobrowolnej sterylizacji do zabiegu transplantacji *ex vivo* (tj. od żywego dawcy). Po pierwsze, w przypadku zgody na pobranie komórek, tkanek lub narządów od osoby żywej również wymagana jest jej zgoda. Po wtóre, transplantacja *ex vivo*, stanowiąca wyraz dysponowania swym zdrowiem przez dawcę narządu nieuznawana jest za coś społecznie niepożądanego, mimo iż bez wątpienia dochodzi do uszkodzenia ciała. Autor wyraża zatem przekonanie, że za takowe nie może być również pojmowana trwała sterylizacja w celach antykoncepcyjnych. Bowiem, jak słusznie wskazuje się w doktrynie, nawet przy szczytnych intencjach rozważenia wymaga możliwość decydowania o uszkodzeniu swojego ciała³⁴.

Problematyka tzw. zabiegów adaptacyjnych

Dojść do wypełnienia znamion składających się na opis typu czynu zabronionego z przepisu art. 156 § 1 pkt 1 k.k. egzemplifikujących pozbawienie zdolności płodzenia jako jedną z odmian przestępstwa spowodowania ciężkiego uszczerbku na zdrowiu może również w następstwie wykonania tzw. zabiegów adaptacyjnych będących dopełnieniem procesu zmiany płci. O ile rozważa się transseksualizm jako zaburzenie, o tyle bezsprzecznie wydaje się być teza o pierwotnej legalności tego typu zabiegu (ze względu na brak zamachu na dobro prawnie chronione). O ile jednak w dalszej części opracowania rozważono ewolucję charakteru głównej determinanty zmiany płci, o tyle pole do dyskusji należy uznać za otwarte.

Opisując zagadnienie zmiany płci, należy wskazać, iż niejako towarzyszyć temu

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

³² R. Kędziora, *Odpowiedzialność karna lekarza w związku z wykonywaniem czynności medycznych*, Oficyna a Wolters Kluwer business, Warszawa 2009, s. 415.

³³ *Ibidem*, s. 415.

³⁴ M. Królikowski..., *op. cit.*, s. 315.

zwykle będzie transseksualizm. Na przestrzeni ostatnich kilkadziesiąt lat można zauważyć zmianę rozumienia charakteru transseksualizmu. Wypada wyjść od definicji pochodzącej z roku 1981, zgodnie z którą jest to „dewiacja seksualna wynikająca z niewłaściwej identyfikacji seksualnej (identyfikowanie się z płcią przeciwną) wyrażająca się w pragnieniu operacyjnego przekształcenia cech własnej płci na płęć odmienną”³⁵ Z kolei w ICD-10 (Międzynarodowej Klasyfikacji Chorób i Problemów Zdrowotnych) pod kodem F64.0, w kategorii „zaburzenia identyfikacji seksualnej” widnieje zjawisko, wokół którego ogniskuje się problem. W nowej klasyfikacji chorób pod kodem HA60³⁶ (ICD-11) transseksualizm nie widnieje już dłużej jako zaburzenie – co uzasadniane jest chęcią zapewnienia większej społecznej akceptacji osobom cierpiącym na tę przypadłość, a inicjatywę na rzecz zmiany stanu istniejącego na gruncie ICD-10 wykazał Parlament Europejski w rezolucji z dnia 28 września 2011 r.³⁷

Pozostawiając kwestię tolerancji irrelevantną dla tychże rozważań, należy zauważyć, iż wraz z pozbawieniem transseksualizmu przymiotu zaburzenia wydawać się może, że wyklucza się w tym przypadku leczniczy charakter zabiegów adaptacyjnych. Nie sposób jednak uznać, jakoby poprzez wykreślenie transseksualizmu z klasyfikacji chorób, indyferentnymi stały się wszelkie dolegliwości z tymże zjawiskiem związane. Zatem ponownie, posiłkując się ustaleniami WHO³⁸ w przedmiocie zdrowia, za jego składową wskazać należy również aspekt umysłowego i społecznego dobrostanu³⁹. Stąd autor wyraża przekonanie, iż wykreślenie transseksualizmu z ICD-11 nie ma wpływu na charakter dokonywanej przez lekarza czynności tzw. zabiegów adaptacyjnych. Skoro we wcześniej przytoczonym ICD-11 transseksualizm objawia się jako „silne wzgardzenie albo dyskomfort dla charakterystyki określonej płci ze względu na jej niezgodność z płcią odczuwaną⁴⁰”, to trudno uznać taki opis za korespondujący z definicją zdrowia określoną przez WHO. Stąd wywodzić należy uzasadnienia dla leczniczego charakteru zabiegów adaptacyjnych, które po spełnieniu odpowiednich warunków jego przeprowadzenia nosić będą przymiot pierwotnej legalności. Istnieje jednak w doktrynie pogląd, jakoby poprzez wyżej opisaną zmianę terminologiczną należało pojmować te zabiegi

³⁵ D. Aleksandrow, T. Roźniatowski, *Polski słownik medyczny*, Państwowy Zakład Wydawnictw Lekarskich, Warszawa 1981, s. 1218.

³⁶ <http://id.who.int/icd/entity/90875286> (dostęp: 6.12.2018).

³⁷ Rezolucja Parlamentu Europejskiego z dnia 28 września 2011 r. w sprawie praw człowieka, orientacji seksualnej i tożsamości płciowej w państwach członkowskich Organizacji Narodów Zjednoczonych (Dz.Urz. UE 26.2.2013 CE 56/100).

³⁸ Światowa Organizacja Zdrowia, ang. *World Health Organisation*.

³⁹ *Constitution of World Health Organization*, <http://apps.who.int/gb/bd/PDF/bd47/EN/constitution-en.pdf?ua=1> (dostęp: 28.02.2019).

⁴⁰ „Gender incongruence of adolescence and adulthood is characterized by a marked and persistent incongruence between an individual’s experienced gender and the assigned sex, as manifested by at least two of the following: 1) a strong dislike or discomfort with the one’s primary or secondary sex characteristics (in adolescents, anticipated secondary sex characteristics) due to their incongruity with the experienced gender”.

jako nieterapeutyczne, które podlegać będą wtórnej legalizacji na gruncie kontratypu zgody uprawnionego⁴¹.

Podsumowanie

Zagadnienie pozbawienia człowieka zdolności płodzenia wymaga poddania go pod rozważania. O ile w przypadku odwracalnego ubezpłodnienia brak odpowiedzialności karnej lekarza dokonującego takiego zabiegu nie budzi wątpliwości, o tyle brak ustawowego dookreślenia katalogu dozwolonych czynności nieterapeutycznych budzi istotne zastrzeżenia. Stojąc na stanowisku, jakoby żadne wyliczenie zabiegów dopuszczalnych nie było odpowiednie i wyczerpujące, *de lege ferenda* należałoby wnioskować o konieczności zawarcia w części ogólnej kodeksu karnego okoliczności wyłączającej byt przestępstwa, tj. kontratypu, stanowiącego o dopuszczalności naruszeń dóbr prawnie chronionych w razie zgody dysponenta. Uzasadniać taki zabieg może funkcja gwarancyjna prawa karnego, jak również wcześniejszy zamiar ustawodawcy zawarcia takiej instytucji w ustawie karnej, czy też przyjęcie podobnego rozwiązania w innych systemach prawnych. Katalog dóbr wywodzących prawo dysponowania nimi z prawa do samostanowienia winien stanowić wyliczenie enumeratywne – uwzględniając pośrednio zdolność do dysponowania swoją płodnością, dając posłuch normie zawartej w przepisie art. 8 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka.

Należy však wskazać, iż konieczność ustawowej regulacji niektórych ze zjawisk ujawnia się zwykle po pewnym okresie obowiązywania aktu prawnego w określonym kształcie – konieczność wtórnej legalizacji niektórych czynów człowieka przejawiał się ustanowieniem kontratypu ryzyka nowatorstwa.

Tempo postępujących z kolei zmian światopoglądowych, narzuca ustawodawcy obowiązki nieustających starań o jak największą aktualność podejmowanych działań legislacyjnych, a właśnie zmiana obecnie obowiązującego stanu prawnego wydaje się być niezbędna.

Bibliografia

- Aleksandrow D., Roźniatowski T., *Polski słownik medyczny*, Państwowy Zakład Wydawnictw Lekarskich, Warszawa 1981.
- Bielska-Brodziak A., *Czy moje ciało jest moje? Wolność vs. kontrola, bezpieczeństwo vs. zniewolenie: ciało w prawie* [w:] M. Bąk-Sosnowska, K. Szmaglińska, A. Brzęk, *Ciało i jego konteksty – od poszukiwania kontroli po świadomość zniewolenia*, Dział Wydawnictw Śląskiego Uniwersytetu Medycznego, Katowice 2018.
- Bochmann J. [w:] E. Hryniewicz, M. Małolepszy, *Karne aspekty spowodowania uszczerbku na zdrowiu w prawie polskim, niemieckim i austriackim*, Wydawnictwo Naukowe UAM, Poznań

⁴¹ R. Kubiak, *Karnoprawna dopuszczalność zabiegów adaptacyjnych – stan obecny i proponowane regulacje*, „Acta Universitatis Lodzianensis, Folia Iuridica” 2015, nr 74, s. 100.

2013.

- Cook R., Dickens B., *Voluntary and Involuntary Sterilization: Denials and Abuses of Right*, "International Journal of Gynecology & Obstetrics" 2000, no. 68.
- Dukiet-Nagórska T., *Autonomia pacjenta a polskie prawo karne*, Oficyna a Wolters Kluwer business, Warszawa 2008.
- Dukiet-Nagórska T. (red.), *Prawo karne. Część ogólna, szczególna i wojskowa*, Wolters Kluwer, Warszawa 2016.
- Filar M., *Odpowiedzialność karna związana z nieterapeutycznymi czynnościami lekarskimi*, „Prawo i Medycyna” 2000, nr 5.
- Friedrich-Michalska I. (red.), Stachurska-Marcińczak, Barbara (red.), *Nowe kodeksy karne – z 1997 r. z uzasadnieniami*, Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 1997.
- Holocher J., *Dobrowolna sterylizacja. Uwagi de lege lata*, „Studia Prawnicze” 2015, nr 1.
- Jurek T., *Opiniowanie sądowo-lekarskie w przestępstwach przeciwko zdrowiu*, Wolters Kluwer Polska, Warszawa 2010.
- Kędziora R., *Odpowiedzialność karna lekarza w związku z wykonywaniem czynności medycznych*, Oficyna a Wolters Kluwer business, Warszawa 2009.
- Kocaj O., *Prawnokarne granice ochrony życia człowieka w związku z działaniami medycznymi*, „Prokuratura i Prawo” 2015, nr 7–8.
- Królikowski M. [w:] M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), *Kodeks karny. Część szczególna, Tom I*, C.H. Beck, Warszawa 2017.
- Kubiak R., *Karnoprawna dopuszczalność zabiegów adaptacyjnych – stan obecny i proponowane regulacje*, „Acta Universitatis Lodzianensis, Folia Iuridica” 2015, nr 74.
- Marek A., *Kodeks karny. Komentarz*, LEX 2010, LEX nr 8056.
- Michalski B. [w:] J. Warylewski (red.), *System Prawa Karnego. Przestępstwa przeciwko dobrom indywidualnym*, Wolters Kluwer Polska, Warszawa 2016.
- Projekt Kodeksu Karnego*, Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 1963.
- Sitarz O., *Dobrowolna sterylizacja: czy czas na zmianę prawa?* [w:] W. Cieślak, M. Romańczuk-Grącka, *Między stabilnością a zmiennością prawa karnego: dylematy ustawodawcy*, Pracownia Wydawnicza „ElSet”, Olsztyn 2017.
- Tuora-Schwierskott E., *Niemiecki kodeks karny w tłumaczeniu na język polski*, DE iure PL, Regensburg 2016.
- Wróbel W. (red.), Zoll A. (red.), *Polskie prawo karne. Część ogólna*, Wydawnictwo Zak, Kraków 2014.
- Zajac D., *Zgoda darczyńcy dobra prawnego na zachowanie ryzykowne jako okoliczność wpływająca na zakres odpowiedzialności karnej*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2018 z. 2.
- Zoll A., *Kodeks karny. Część szczególna. Tom II. Część I. Komentarz do art. 117–211a*, Wróbel W. (red.), Zoll A. (red.), Barczak-Oplustil A., Bielski M., Bogdan G., Ćwiąkowski Z., Iwański M., Jodłowski J., Kardas P., Małecki M., Pilch A., Raglewski J., Rams M., Sroka T., Szewczyk M., Wojtaszczyk A., Zajac D., Zontek W., LEX nr 10647.

Akty prawne

Rezolucja Parlamentu Europejskiego z dnia 28 września 2011 r. w sprawie praw człowieka, orientacji seksualnej i tożsamości płciowej w państwach członkowskich Organizacji Narodów

Zjednoczonych (Dz.Urz. UE 26.2.2013 CE 56/100).

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

Ustawa z dnia 7 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (tekst jednolity: Dz.U. z 2018 r., poz. 1600 ze zm.).

Ustawa z dnia 19 kwietnia 1969 r. – Kodeks karny (Dz.U. Nr 13, poz. 94).

Źródła internetowe

Constitution of World Health Organization,

<http://apps.who.int/gb/bd/PDF/bd47/EN/constitution-en.pdf?ua=1> (dostęp: 28.02.2019).

Słownik języka polskiego, PWN, <https://sjp.pwn.pl/sjp/zdrowie;2545327.html>
(dostęp: 23.02.2019).

Słownik języka polskiego, PWN, <https://sjp.pwn.pl/sjp/plodzie;2501319.html>
(dostęp: 23.02.2019).

<http://id.who.int/icd/entity/90875286> (dostęp: 6.12.2018).

Autor
Karol Żyła
Uniwersytet Śląski w Katowicach
Wydział Prawa i Administracji

4. SMAKOWE I ZAPACHOWE ZNAKI TOWAROWE W PRAWIE POLSKIM I UNIJNYM. KONTEKST AMERYKAŃSKI

Maciej Kujawa

Streszczenie

Celem niniejszego opracowania jest analiza problematyki smakowych i zapachowych znaków towarowych w oparciu o zmiany zachodzące w prawie unijnym i krajowym wskutek implementacji dyrektywy 2015/2436 znoszącej wymóg graficznej przedstawialności. Tezy wzbogacono o najważniejsze orzeczenia w tym zakresie. Publikacja zarysowuje też problematykę niekonwencjonalnych znaków w prawie Stanów Zjednoczonych Ameryki.

Słowa kluczowe: smakowe znaki towarowe, zapachowe znaki towarowe, Sickmann, niekonwencjonalne znaki towarowe.

Wprowadzenie

W postępujących warunkach gospodarki wolnorynkowej, szczególnie duzi przedsiębiorcy dążą do zapewnienia właściwej ochrony swojej marce. W tym celu korzystają z instrumentów przewidzianych dla własności przemysłowej.

Coraz szersza ekspansja rynków oraz pojawiająca się konkurencja determinuje wśród uczestników rynków chęć coraz głębszej ochrony, która obejmuje już nie tylko znaki słowne czy graficzne, ale również zapachy, kolory czy smaki, a nawet znaki przestrzenne (trójwymiarowe, ang. *three-dimensional trademarks*).

Budzi to coraz szersze zainteresowanie doktryny i orzecznictwa, które stawiają sobie pytanie, czy i w ogóle istnieje możliwość rejestracji takiego znaku biorąc pod uwagę nie tylko przepisy prawa krajowego, ale uwzględniając też postępujące zmiany w prawie unijnym i kierunki tych zmian wyznaczone przez Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej (TSUE).

Wprowadzone w 2019 roku zmiany w ustawie Prawo własności przemysłowej¹ oraz w dyrektywach i rozporządzeniach unijnych zdają się dawać załączki nadziei, że prawo wychodzi naprzeciw oczekiwaniom przedsiębiorców.

Ciekawym aspektem – z komparatystycznego punktu widzenia – jest praktyka stosowana w Stanach Zjednoczonych, która może być przedmiotem dyskusji na temat tego, czy należy przejąć wzorce wypracowane w tamtejszym systemie prawnym.

¹ Ustawa z dnia 30 czerwca 2000 r. – Prawo własności przemysłowej (tekst jednolity: Dz.U. z 2017 r., poz. 776), dalej: u.p.w.p.

Pojęcie znaku towarowego

Definicja znaku towarowego została zawarta w art. 120 u.p.w.p. Ustawodawca nie tyle co formułuje przykładowy katalog form znaku towarowego, ale również wprowadza obligatoryjne wymogi, które przesądzają o tym, czy dane oznaczenie może być uznane za znak.

Natura definicyjna znaku towarowego jest determinowana kategorią dóbr, do których należy. W doktrynie słusznie uznaje się, że znak towarowy należy do dóbr niematerialnych². Twierdzenie to jest wsparte poglądem, który wiąże znak towarowy z jego funkcją odróżniającą oraz komercyjnym i nieintelektualnym pochodzeniem³. W tym znaczeniu znak towarowy jest bowiem elementem towaru i usługi, który wywierając wrażenie na konsumentach pozwala odróżnić ten konkretny towar lub usługę od dóbr konkurencyjnych.

Powyższe opisuje znak towarowy jako oznaczenie oparte na zasadzie skojarzeń konsumenta⁴. Wskazać również należy, że przynależność znaku towarowego do dóbr niematerialnych należy wiązać tylko z tymi dobrami niematerialnymi, które mają immanentny związek z działalnością gospodarczą⁵.

Znaki towarowe w ujęciu doktrynalnym dzielą się na znaki towarowe konwencjonalne i niekonwencjonalne (ang. *non-traditional trademarks*). Należy zauważyć, że granicę tego podziału wyznaczają w zasadzie cechy znaków.

Normatywną cechą znaku towarowego jest jego przedstawialność. Przed nowelizacją z 2019 roku, będącą wynikiem implementacji dyrektywy Parlamentu Unii Europejskiej i Rady UE 2015/2436⁶, cecha przedstawialności wzbogacona była o wymóg jej graficzności. W orzecznictwie sądowym oraz w praktyce rejestracyjnej urzędów patentowych budziło to szereg wątpliwości. Postępujący rozwój gospodarczy w ramach gospodarki wolnorynkowej determinuje zachowania rynkowe przedsiębiorców, które zmierzają do maksymalnej ochrony swoich produktów i usług. W tym względzie znaczący jest wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej w sprawie *Sickmann*, który wprowadza tzw. siódmkę *Sickmanna*, czyli rozwinięcie wymogu graficznej przedstawialności (pod rządami obecnie obowiązującej ustawy jest to wymóg przedstawialności)⁷. Wyrok ten

² E. Wojcieszko-Głuszko, *Pojęcie znaku towarowego. Rodzaje oznaczeń. Kategorie znaków towarowych* [w:] R. Skubisz, *Prawo własności przemysłowej. System Prawa Prywatnego Tom 14B*, Warszawa 2017, Legalis, nb. 2.

³ *Ibidem*, nb. 2–3.

⁴ *Ibidem*, nb. 4.

⁵ *Ibidem*, nb. 14.

⁶ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2015/2436 z dnia 16 grudnia 2015 r. mająca na celu zbliżenie ustawodawstw państw członkowskich odnoszących się do znaków towarowych (Dz.Urz.UE L 336/1).

⁷ M. Ziółkowski, *Wymóg graficznej przedstawialności jako przesłanki zdolności ochronnej znaku towarowego w prawie unijnym – aktualne koncepcje oraz planowane zmiany*, „Białostockie Studia Prawnicze” 2015, z. 19, s. 263.

pozostaje aktualny do dziś w oparciu o tezę 13 dyrektywy 2015/2436 i należy go powiązać z obecnie obowiązującym wymogiem przedstawialności.

Pozostałe cechy to zmysłowa postrzegalność, czyli możliwość odbioru znaku za pomocą zmysłów (np. wzroku), która związana będzie również z jednolitością oznaczenia. Jak wskazuje E. Wojcieszko-Głuszko, jest to możliwość objęcia znaku jednym aktem poznawczym. Można zatem stwierdzić, że w cesze tej mieści się przede wszystkim zdolność konsumenta do zrozumienia treści znaku, która to treść powinna być niezaburzona, wewnętrznie spójna, jasna i czytelna⁸.

Ostatnią cechą pozostaje tzw. samodzielność oznaczenia, tj. jego autonomiczności od towaru lub usługi, którą oznacza. W doktrynie wskazuje się, że samodzielność oznaczenia jest pewnego rodzaju emanacją funkcji odróżniającej znaku i wykazuje swoje powiązania z przedstawialnością⁹.

Problematyka niekonwencjonalnych znaków towarowych

Problematyka niekonwencjonalnych znaków towarowych zasadzona jest głęboko w istniejącym przed uchwaleniem dyrektywy 2015/2436 wymogiem graficznej przedstawialności. Wydawać by się mogło, że implementowane do polskiego porządku prawnego, jak i prawodawstwa innych krajów europejskich, na skutek wydania dyrektywy zmiany zliberalizowały wymogi, a w konsekwencji stworzyły drogę do przyznania ochrony znakom niekonwencjonalnym¹⁰.

Powyższe twierdzenie trudno jednak obronić. Unijny prawodawca na kanwie uchwalonej dyrektywy 2015/2436 stara się zdefiniować klauzulę „przedstawialności”, odwołując się do tzw. *siódemki* z wyroku *Sickmanna*¹¹. Teza trzynasta dyrektywy 2015/2436 wymienia następujące wymogi: jasność, precyzyjność, łatwy dostęp, obiektywność, trwałość i samodzielność. Co ważniejsze, w doktrynie zauważa się, że wymogi interpretowane są arbitralnie¹².

Szczególne znaczenie przedstawionego wymogu w oparciu o niniejszej kryteria istnieje w przypadku smakowych i zapachowych znaków towarowych, które ze swej natury postrzegalne są zmysłami węchu i smaku, nie mają swojej wyrażonej formy graficznej, a zazwyczaj ich przedstawienie ma charakter opisowy lub odbywa się przy pomocy skomplikowanych wzorów chemicznych¹³. Na tym tle powstaje pytanie, czy w danym przypadku możemy powiedzieć, że wzór chemiczny będzie już na wstępie spełniał – jak się wydaje – kardynalne wymogi, tj. jasności i precyzyjności.

⁸ E. Wojcieszko-Głuszko..., *op. cit.*, nb. 6.

⁹ *Ibidem*, nb. 6.

¹⁰ Por. C. Eames, *Non-Traditional Trade Marks: Past Practice and a Look to the Future*, „Exeter Law Review” 2017, no. 44, s. 47.

¹¹ Wyrok Trybunału z dnia 12 grudnia 2002 r. sygn. akt C-273/00.

¹² Por. C. Eames..., *op. cit.*, s. 40.

¹³ Por. *Ibidem*, s. 40.

Z perspektywy przedsiębiorcy wydawać się może, że słowne opisy w wyczerpujący sposób charakteryzujące zapach czy smak bądź wzór chemiczny będą wystarczające dla zapewnienia wymogu przedstawialności. O ile pogląd taki wydaje się słuszny, o tyle w przypadku wzoru chemicznego trudno podzielić go jednak co do słownego opisu. O ile wzór chemiczny zachowuje swój obiektywny charakter, o tyle opis słowny zawierający choćby słowa nacechowane emocjonalnie, może być interpretowany różnie, podobnie jak jego odbiór. Co za tym idzie, nie będzie on precyzyjny.

W przypadku wzorów chemicznych – trudny zdaje się do zaakceptowania pogląd Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, który odrzuca jego łatwą dostępność, a z drugiej strony orzekając, że zapis muzyczny za pomocą pauz i nut, wymóg ten spełnia¹⁴. Warto tutaj wskazać, że w gruncie rzeczy, poziom łatwej dostępności jest tutaj tożsamy, zarówno odczytanie zapisu muzycznego, jaki i wzoru chemicznego wymaga jakiegokolwiek podstawowej wiedzy.

Takie ujęcie prowadzić może do zróżnicowanych decyzji organów rejestracyjnych, w szczególności w zakresie odmów rejestracji znaków towarowych¹⁵. I choć, niektórzy autorzy wskazują, że zmiany przepisów liberalizujących standardy są nieuniknione, to trudno tezę tę poprzeć¹⁶. W oparciu o posiadane doświadczenia i wiedzę, a w szczególności analizując kierunki postępujących reform, czy to prawa unijnego czy prawa krajowego, zauważa się, że stawiane kryteria są zbyt restryktywne. Dzieje się tak dlatego, że choć istnieją formy zobjektywizowanego przedstawienia, w praktyce zapach czy smak są dalece zsubiektywizowane.

Ponadto należy również wskazać, że poza wymogiem przedstawialności, niekonwencjonalne znaki towarowe borykają się z problemem wykazania dystynktywnego (odróżniającego) charakteru¹⁷. Nabycie odróżniającego charakteru może odbywać się co do zasady dwojako, tj. pierwotnie lub wtórnie.

Problem odróżniającego charakteru niekonwencjonalnego znaku towarowego, w szczególności w przypadku znaków smakowych i zapachowych, osadzony jest zasadniczo w dwóch płaszczyznach. Przede wszystkim, po pierwsze należy zauważyć, że co do zasady konsument nie jest w stanie dostrzec przy używaniu produktu jego istotnych różnic wynikających z opisu czy formuły chemicznej, po drugie – smak czy zapach są związane z produktem i mogą być poznane dopiero po skonsumowaniu konkretnego dobra¹⁸.

Ilustracją powyższego może być orzeczenie sądu I instancji w sprawie Eden SARL

¹⁴ Tak na kanwie orzecznictwa: *Ibidem*, s. 41.

¹⁵ M. Ziółkowski, *Zmiany w zakresie wymogu przedstawialności w dyrektywie 2015/2436*, „Przeгляд Prawa Handlowego” 2016, nr 12, s. 10.

¹⁶ M. Konopka, *Niekonwencjonalne znaki towarowe w zarządzaniu własnością intelektualną przedsiębiorstw*, „Zeszyty Naukowe Politechniki Śląskiej. Seria: Organizacja i Zarządzanie” 2016, z. 96, s. 97.

¹⁷ C. Eames..., *op. cit.*, s. 43.

¹⁸ *Ibidem*, s. 49.

przeciwko OHIM¹⁹. W przedmiotowym postępowaniu skarżąca domagała się zarejestrowania znaku towarowego, jakim był „zapach dojrzałej truskawki”. Poruszony został tam problem nie tylko przedstawialności, lecz również dystynktywności tego znaku. Wywód sądu został oparty na fakcie subiektywnego rozumienia opisowego ujęcia zapachu wraz z dołączonym do tego opisu zdjęciem truskawki. Podkreślić należy, że ów znak nie był nośnikiem skojarzeń dla konsumenta – ze względu na zbyt ogólne i subiektywne postrzeganie takiego zapachu. Po wtóre, sąd w oparciu o wyniki badań zauważył, że wbrew twierdzeniom skarżącej, istnieje możliwość odróżnienia zapachu truskawek pochodzących z różnych odmian (gatunków). Podkreśla to zatem, że opisowe przedstawienie znaku jest zbyt pojemne, obejmuje swoim zakresem szeroką gamę zapachów, a co za tym idzie, w obrocie znak ten nie będzie miał charakteru odróżniającego.

Niniejszy stan faktyczny rodzi jeszcze inne pytanie. Wydaje się ono być szczególnie istotne z uwagi na istnienie gospodarki konkurencyjnej i wolnorynkowej. Na podstawie tego przypadku należy uznać, że zarejestrowanie takiego znaku towarowego powoduje ograniczenie konkurencji między przedsiębiorcami. Truskawka jako dobro powszechne, konsumpcyjne, a co za tym idzie związany z nią zapach, choćby wytwarzany chemicznie, zostałby zmonopolizowany przez konkretnego przedsiębiorcę. Problem ten często ilustruje się jako ograniczenie tzw. prawa do wolnej wypowiedzi (ang. *right to freedom expression*), szczególnie charakterystycznego w literaturze amerykańskiej²⁰.

Podstawy do odrzucenia dopuszczalności rejestracji niekonwencjonalnego znaku towarowego smakowego lub zapachowego daje Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady UE 2017/1001²¹. Rozporządzenie w art. 7 ust. 1 lit. e w przesłankach (i) do (iii) wskazuje podstawy rejestracji określając, że poza kształtem, może być inna cecha charakterystyczna (ang. *another characteristic*). Jest niewątpliwe, że przecież smak lub zapach pełnią funkcję, zwiększając wartość lub służą uzyskaniu określonego efektu technicznego²². Elementem immanentnym perfum będzie określona kompozycja zapachowa, zaś produktu spożywczego jego smak.

Przedstawione refleksje skłaniają do jednoznacznego wniosku, że choć unijne prawo ewoluuje i jest wzbogacane o orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, to możliwość rejestracji szczególnie znaków niekonwencjonalnych zapachowych czy smakowych jest niezwykle utrudnione. Należy poszukiwać odpowiedzi, czy wskazany kierunek jest prawidłowy. Wydaje się jednak, że zakorzenione w samej istocie znaku towarowego cechy, stanowią przeszkodę w możliwości objęcia taką ochroną

¹⁹ Wyrok Sądu I instancji z dnia 27 października 2005 r. sygn. akt T-305/04.

²⁰ Zob. szerzej: L. Ramsey, *Non-Traditional Trademarks and Inherently Valuable Expression* [w:] I. Calboli, M. Seftleben, *The Protection Of Non-Traditional Trademarks: Critical Perspectives 337–61*, Cambridge University Press 2018.

²¹ Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady UE 2017/1001 z dnia 14 czerwca 2017 r. w sprawie znaku towarowego Unii Europejskiej (Dz.Urz. UE L 154/1).

²² T. Kulbaba, *EU Trademark Law Reform Series: Implications for Nontraditional Marks*, „IN-TABulletin” 2016, vol. 71, no. 3, *passim*.

smaku czy zapachu.

Kontekst Stanów Zjednoczonych

Odmienna praktyka ukształtowała się w Stanach Zjednoczonych. W przeciwieństwie do linii orzeczniczej Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej – w doktrynie amerykańskiej dopuszcza się zapewnienie ochrony przewidzianej dla znaków towarowych, zapachowi czy smakowi. Stawia się im jednak te same wymogi, które przewidziane są dla ochrony konwencjonalnych znaków towarowych, tzn. muszą mieć one odróżniający charakter lub uzyskać tzw. drugie znaczenie (ang. *secondary meaning*)²³. Ponadto muszą one być związane ze sferą funkcjonalności produktu lub usługi.

Pojawiają się jednak głosy wskazujące, że znak taki jest funkcjonalny względem towaru lub usługi, a zatem nie podlega rejestracji. Jednocześnie w orzecznictwie Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych wyraża się, że celem stawianego wymogu, jest przede wszystkim ochrona przed monopolizacją i możliwym zastępowaniem ochrony przewidzianej dla patentu²⁴. Komparatystycznie można to rozważyć odwołując się do polskiej instytucji nadużycia prawa.

Podstawy do ochrony niekonwencjonalnych znaków towarowych stwarza również samo amerykańskie prawo, które w sposób jednoznaczny – poprzez definicyjne ujęcie znaku towarowego – rozszerza zakres przedmiotowy²⁵. W tejże definicji szeroko wykładane pozostają słowa „symbol” oraz „jakakolwiek ich kombinacja”.

Tak przyjęta koncepcja ochrony znaków towarowych jest spojrzeniem *pro futuro*. Rozwijająca się technika tworzy szerokie spektrum możliwości, które umożliwią spełnienie wymagań stawianych smakowym i zapachowym znakom towarowym. Choć w praktyce wydaje się to trudne w przypadku znaków smakowych, to nie można uznać *a priori*, że będzie to niemożliwe²⁶.

Co ciekawe w USA dokonano pomyślnych rejestracji zapachowych znaków towarowych, niemniej jednak jak dotąd, nie dokonano tego w przypadku znaków smakowych. Powodów można poszukiwać w kwestiach głębokiego powiązania smaku produktu z jego właściwością czy funkcją, które trudno rozdzielić²⁷.

²³ Por. A.E. Compton, *Acquiring a Flavor for Trademarks: There's No Common Taste in the World*, "Northwestern Journal of Technology and Intellectual Property" 2010, no. 3, s. 343, 346.

²⁴ *Ibidem*, s. 347.

²⁵ R. Carapeto, *A Reflection About the Introduction of Non-Traditional Trademarks*, "Waseda Bulletin of Comparative Law" 2016, no. 34, s. 34.

²⁶ A.E. Compton..., *op. cit.*, s. 358–359.

²⁷ J. Belagorudsky, *USPTO: Registration of non-traditional trademarks*, <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=25dbbf32-f376-430e-a2bb-6175c34c3344> (dość: 17.07.2019).

Podsumowanie

Ochrona niekonwencjonalnych znaków towarowych pod rządami nowych uregulowań pozostaje pod znakiem zapytania. Szczególnymi powodami tego stanu rzeczy są ugruntowane orzecznictwo TSUE, który wyrokiem w sprawie *Sickmann* przedstawił warunki *sine qua non* przyznania ochrony dla tego typu znaków, a z drugiej strony oparte na tym wyroku rozumienie przesłanki przedstawialności w prawie unijnym.

Z całą pewnością można stwierdzić, że rozszerzenie tego uregulowania ma korzystny wpływ szczególnie, że unika się jednoznacznej konotacji wyłącznie ze zmysłem wzroku, ale również przede wszystkim dlatego, że w przyszłości może być ono impulsem do zmiany kierunku orzecznictwa²⁸.

Warto odnotować, że postępująca technologia może spowodować, że w przyszłości możliwe będzie przedstawienie zapachu lub smaku zgodnie z siedmioma wymogami (jasność, precyzyjność, łatwy dostęp, samodzielność, obiektywność, trwałość i zwartość), a w szczególności, że przedstawienie to spełni dwie najbardziej kardynalne przesłanki, czyli jasności i precyzyjności.

Należy jednak zastanowić się, czy uzasadnienia dla ograniczenia dopuszczalności rejestracji niekonwencjonalnego znaku towarowego nie można by poszukiwać w orzecznictwie Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych. Istotnie przecież zarówno zapach, jak i smak odwołujące się do kompozycji są bardzo subiektywne, a zwłaszcza powszechne. Objęcie tych kategorii znaków ochroną przewidzianą dla znaków towarowych, mogłoby też stanowić formę nieuzasadnionego nadużycia prawa, tzn. omińnięcia w ten sposób skomplikowanego procesu uzyskiwania ochrony patentowej dla wynalazku.

Co ciekawe w świetle ostatniego wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, w sprawie *Levola* przeciwko *Smilde* – Trybunał nie tylko przyjął konsekwentną linię orzecniczą w sprawach z zakresu prawa własności przemysłowej, ale również uznał, że smak serka homogenizowanego nie będzie korzystał z ochrony przewidzianej dla utworów w prawie autorskim²⁹. W tym istotnym orzeczeniu TSUE jednoznacznie podkreślił, że smak nie jest utworem, stosując podobne kryteria, jak te wyrażone w sprawie *Sickmann*.

Wobec powyższego należy stwierdzić, że pozostaje w tym aspekcie jedynie czekać na zmiany w prawie unijnym.

²⁸ Por. M. Ziółkowski, *Zmiany...*, *op. cit.*, s. 15.

²⁹ Wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 13 listopada 2018 r. sygn. akt C-310/17.

Bibliografia

- Carapeto R., *A Reflection About the Introduction of Non-Traditional Trademarks*, "Waseda Bulletin of Comparative Law" 2016, no. 34.
- Compton A.E., *Acquiring a Flavor for Trademarks: There's No Common Taste in the World*, "Northwestern Journal of Technology and Intellectual Property" 2010, no. 3.
- Eames C., *Non-Traditional Trade Marks: Past Practice and a Look to the Future*, "Exeter Law Review" 2017, no. 44.
- Konopka M., *Niekonwencjonalne znaki towarowe w zarządzaniu własnością intelektualną przedsiębiorstw*, „Zeszyty Naukowe Politechniki Śląskiej. Seria: Organizacja i Zarządzanie” 2016, z. 96.
- Kulbaba T., *EU Trademark Law Reform Series: Implications for Nontraditional Marks*, "INTABulletin" 2016, vol. 71, no. 3.
- Ramsey L., *Non-Traditional Trademarks and Inherently Valuable Expression* [w:] I. Calboli, M. Seftleben, *The Protection Of Non-Traditional Trademarks: Critical Perspectives 337–61*, Cambridge University Press 2018.
- Wojcieszko-Głuszko E., *Pojęcie znaku towarowego. Rodzaje oznaczeń. Kategorie znaków towarowych* [w:] R. Skubisz, *Prawo własności przemysłowej. System Prawa Prywatnego Tom 14B*, Warszawa 2017, Legalis.
- Ziółkowski M., *Wymóg graficznej przedstawialności jako przesłanki zdolności ochronnej znaku towarowego w prawie unijnym – aktualne koncepcje oraz planowane zmiany*, „Białostockie Studia Prawnicze” 2015, z. 19.
- Ziółkowski M., *Zmiany w zakresie wymogu przedstawialności w dyrektywie 2015/2436*, „Przeгляд Prawa Handlowego” 2016, nr 12.

Akty prawne

- Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2015/2436 z dnia 16 grudnia 2015 r. mająca na celu zbliżenie ustawodawstw państw członkowskich odnoszących się do znaków towarowych (Dz.Urz. UE L 336/1).
- Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady UE 2017/1001 z dnia 14 czerwca 2017 r. w sprawie znaku towarowego Unii Europejskiej (Dz.Urz. UE L 154/1).
- Ustawa z dnia 30 czerwca 2000 r. – Prawo własności przemysłowej (tekst jednolity: Dz.U. z 2017 r., poz. 776).

Orzecznictwo

- Wyrok Trybunału z dnia 12 grudnia 2002 r. sygn. akt C-273/00.
- Wyrok Sądu I instancji z dnia 27 października 2005 r. sygn. akt T-305/04.
- Wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 13 listopada 2018 r. sygn. akt C-310/17.

Źródła internetowe

Belagorudsky J., *USPTO: Registration of non-traditional trademarks*,
<https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=25dbbf32-f376-430e-a2bb-6175c34c3344> (dostęp: 17.07.2019).

Autor
Maciej Kujawa
Uniwersytet Jagielloński

5. KREDYT KONSUMENCKI W KONTEKŚCIE INSTRUMENTÓW PRAWNYCH OCHRONY KREDYTOBIORCY-KONSUMENTA

Edyta Szumilas

Streszczenie

Celem przedmiotowego opracowania uczyniono zbadanie, jakie problemy praktyczne występują w związku z nierealizowaniem przez przedsiębiorców ustawowych obowiązków informacyjnych, skorelowanych z udzielaniem kredytu konsumenckiego. Kredyt konsumencki stanowi instytucję o dużym, praktycznym znaczeniu dla obrotu gospodarczego, szczególnie z perspektywy przeciętnego konsumenta. Powszechność zaciągania tego typu zobowiązań sprawia, że konieczne jest tworzenie jak najbardziej kompletnego i możliwie efektywnego systemu ochrony konsumentom, którzy zdecydują się skorzystać z takiego rodzaju usługi finansowej. Szczególnie ważne znaczenie mają w kontekście kredytu konsumenckiego obowiązki informacyjne oraz zapewnienie transparentności i przejrzystości ofert. Postępowania prowadzone przez Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów wskazują jednakże na to, że regulacje kredytu konsumenckiego mające gwarantować bezpieczeństwo kredytobiorcom nie są w pełni respektowane przez kredytodawców oraz posiadają pewne braki legislacyjne. W związku z tym rysuje się wyraźna potrzeba poprawy jakości regulacji przy jednoczesnym niezwiększaniu i tak już zbyt dużej ilości przepisów, zwłaszcza nakładających obowiązki informacyjne.

Słowa kluczowe: kredyt konsumencki, ochrona konsumenta, konsument, usługi finansowe.

Wprowadzenie

Ustawa o kredycie konsumenckim¹ reguluje kwestie zasad zawierania i wykonywania z konsumentami umów dotyczących zaciągania przez nich zobowiązania finansowego w formie kredytu. Ustawodawca polski na wzór prawodawcy europejskiego uznał, iż konieczne jest objęcie konsumentów szczególną ochroną. Jest to niezbędne ze względu na przeważająco silniejszą pozycję instytucji kredytodawczych, dysponujących wiedzą, środkami i doświadczeniem, których przeciętni konsumenci nie posiadają². Za cel ustawy przyjęto wprowadzenie w polskim systemie prawnym regulacji zwiększających poziom ochrony uzasadnionych interesów konsumentów, dokonujących czynności prawnych z różnymi instytucjami finansowymi³. Ochrona konsumenta na rynku usług finansowych w dużej mierze opiera się na systemie obowiązków informacyjnych, zwłaszcza w postaci regulacji tzw. etapu przedkontraktowego, co jest charakterystyczne

¹ Ustawa z dnia 12 maja 2011 r. o kredycie konsumenckim (tekst jednolity: Dz.U. z 2019 r., poz. 1083), dalej: u.k.k. lub ustawa o kredycie konsumenckim.

² D. Sowińska-Kobelak, M. Gryber, *KNF. Przewodnik po kredycie konsumenckim*, KNF, Warszawa 2018, s. 6.

³ *Druk nr 3596 – uzasadnienie projektu ustawy z dnia 12 maja 2011 r. o kredycie konsumenckim* (tekst jednolity: Dz.U. z 2019 r., poz. 1083).

dla znamiennej części reżimów konsumenckich⁴.

Nieprawdziwe lub niepełne informacje na temat oferowanego kredytu narażają konsumentów na zawarcie niekorzystnej dla nich umowy. Przekazywanie przez przedsiębiorców rzetelnych danych często jest jednak lekceważone, co skutkuje wyciąganiem wobec nich sankcji przez uprawnione podmioty, takie jak Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów (UOKiK).

Cel niniejszego opracowania uczyniono zbadanie, jakie problemy praktyczne występują w związku z nierealizowaniem przez przedsiębiorców ustawowych obowiązków informacyjnych, skorelowanych z udzielaniem kredytu konsumenckiego. W pierwszej części rozdziału scharakteryzowano usługę finansową umowy kredytu konsumenckiego. Następnie przybliżono zarys najważniejszych przepisów, jakie mają na celu ochronę konsumenta przed nadużyciami w sferze tej usługi finansowej. W części empirycznej opracowania wskazano konkretne przykłady niewypełnienia przez przedsiębiorców owych zobligowań, w których doszło do interwencji UOKiK w latach 2016–2018. W końcowej części opracowania uwzględniono wnioski oraz postulaty ustawodawcze *de lege ferenda*. W trakcie badań wykorzystano metodę analizy i krytyki piśmiennictwa oraz metodę analizy danych zastanych (*desk research*), uzyskanych w wyniku eksploracji sprawozdań Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów.

Kredyt konsumencki jako szczególny rodzaj usługi finansowej

Definicja legalna kredytu konsumenckiego stanowi, iż jest to kredyt w wysokości nie większej niż 255 550 zł albo o równowartości tej kwoty w innej walucie, którego udzielenie regulują przepisy Ustawy z dnia 12 maja 2011 r. o kredycie konsumenckim. Kredyt konsumencki udzielany jest konsumentowi, a zatem osobie fizycznej, która nie prowadzi działalności gospodarczej lub zawodowej, a jeśli prowadzi to dokonuje czynności prawnej zawarcia umowy kredytu bez związku z tą działalnością⁵.

Ustawa o kredycie konsumenckim przewiduje szereg szczególnych uprawnień dla konsumenta⁶:

- 14-dniowe prawo do odstąpienia od umowy o kredyt bez podania przyczyny;
- prawo do otrzymania formularza informacyjnego, w którym znajduje się zestawienie istotnych elementów umowy kredytowej;
- prawo do jednoznacznej, zrozumiałej i widocznej informacji o istotnych kwestiach

⁴ B. Gnela, *Umowa konsumencka w polskim prawie cywilnym i prywatnym międzynarodowym*, Wolters Kluwer, Warszawa 2013, s. 229.

⁵ Art. 22¹ Ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (tekst jednolity: Dz.U. z 2019 r., poz. 1145). Pojęcie konsumenta w prawie europejskim i prawie polskim na gruncie regulacji dotyczących usług finansowych wymaga jednakże pogłębionej analizy. Zob. np. B. Gnela (red.), *Ochrona konsumenta usług finansowych. Wybrane zagadnienia prawne*, Wolters Kluwer, Warszawa 2007, s. 21 i n.

⁶ Uprawnienia te są wprost wyartykułowane w u.k.k. Zob. np. *Poradnik dla konsumentów. Kredyt Konsumencki*, UOKiK, Warszawa 2012, s. 4 i n.

odnoszących się do kredytu, zawartej w reklamie owego kredytu;

- prawo do otrzymania projektu umowy o kredyt;
- prawo do spłaty kredytu konsumenckiego przed terminem określonym w umowie.

Za *kredyt konsumencki* uznaje się co do zasady odsunięcie w czasie terminu zapłaty, umowę pożyczki oraz inne tożsamej natury świadczenia⁷. Pojęcie *to* odnosi się również do czynności, takich jak: najem, leasing, sprzedaż na raty, karty płatnicze i kredytowe. Kredyt konsumencki może przybrać formę pieniężną lub materialną. Kwalifikacja dokonywana jest przez pryzmat funkcji ekonomicznej i poprzez stwierdzenie odsunięcia w czasie terminu świadczenia. Rozstrzygające jest to, czy do udzielenia wsparcia finansowego kredytobiorcy będącemu konsumentem doszło przez profesjonalnego kredytodawcę⁸.

Mechanizmy ochrony konsumenta zawierającego umowę kredytu konsumenckiego

Naturalna przewaga profesjonalnego kredytodawcy nad konsumentem w transakcjach finansowych powoduje, że niezbędne staje się wzmocnienie pozycji prawnej kredytobiorcy wobec kontrahenta. Dlatego też wdraża się zróżnicowane instrumenty prawne, które mają na celu ochronę indywidualnego interesu konsumenta. Do takich narzędzi należy np. prawo odstąpienia od umowy i możliwość uzyskania określonych informacji. Osobną grupę stanowią instrumenty, które chronią konsumentów w sposób zbiorowy – tu należy wymienić np. obowiązek oceny zdolności kredytowej. Konsumenta chronią również instrumenty ogólne, takie jak odsetki maksymalne czy regulacja niedozwolonych postanowień umownych⁹.

Podstawowym i najważniejszym mechanizmem ochrony interesów konsumentów, jaki wykorzystuje się w regulacjach usług finansowych – w tym w *ustawie o kredycie konsumenckim* – jest dostarczenie konsumentom odpowiednich, rzetelnych i pełnych informacji, które pozwolą na porównanie ofert poszczególnych kredytodawców oraz podjęcie najlepszej dla siebie decyzji. Dane powinny pozwolić na dokonanie krytycznej oceny oferowanych warunków, w tym ryzyka i realnych kosztów przedsięwzięcia, nie zdejmując jednakże z konsumenta ciężaru odpowiedzialności i konieczności wykazania należytej staranności¹⁰. Obowiązki o charakterze informacyjnym tworzą system tzw.

⁷ Art. 3 lit. c Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2008/48/WE z dnia 23 kwietnia 2008 r. w sprawie umów o kredyt konsumencki oraz uchylająca dyrektywę Rady 87/102/EWG (Dz.Urz. UE L 133, s. 66–92).

⁸ P. Tereszkiwicz, *Obowiązki informacyjne w umowach o usługi finansowe. Studium instrumentów ochronnych w prawie prywatnym i prawie unijnym*, LEX Wolters Kluwer, Warszawa 2015, s. 57–58.

⁹ T. Czech, *Efektywność instrumentów prawnych ochrony kredytobiorcy konsumenta w świetle orzecznictwa sądowego*, „Prawo w Działaniu. Sprawy Cywilne” 2014, nr 2, s. 281.

¹⁰ T. Czech, *Kredyt konsumencki. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2018, s. 19–21.

asysty przedkontraktowej. Ma ona umożliwić konsumentowi podjęcie świadomej decyzji w kwestii zaciągnięcia kredytu oraz pomóc dokonać wyboru oferty skorelowanej z jego potrzebami. W art. 7 ust. 1 u.k.k. zawarto wymogi co do zrozumiałości i transparentności informacji uwzględnianych w reklamie kredytu konsumenckiego. Celem owego przepisu jest ochrona poprzez zapewnienie odpowiedniej ekspozycji tych danych, które powinny być widoczne w reklamie. Należy je przedstawić w sposób zrozumiały dla przeciętnego konsumenta – zwłaszcza informacje dotyczące kosztów zbiorczych. Przepis art. 7 a stanowi uzupełnienie tej regulacji i wyraża nakaz, aby reklamy kredytów konsumenckich konstruować w sposób umożliwiający przeciętnemu konsumentowi percepcję na podobnych zasadach zarówno danych o kosztach kredytu, jak i innych wymaganych informacji¹¹.

Kredyt konsumencki a naruszanie praw konsumenta – problemy praktyczne

W każdym segmencie wolnego rynku występuje pewien poziom konkurencji. W związku z tym przedsiębiorcy podejmują działania o charakterze marketingowym oraz działania reklamowe, aby wpływać i nakłaniać potencjalnych klientów do zachowań korelujących z ich celami¹², zazwyczaj sprowadzającymi się do sprzedaży swojego produktu jak najszerszemu gronu osób. Nie ulega wątpliwości, że produkty finansowe – w tym kredyt konsumencki – jak wszystkie inne produkty wymagają reklamy. Konieczne jest również zaprezentowanie ich cech i właściwości konsumentowi po to, aby mógł dokonać wyboru na podstawie kompletnej i wiarygodnej informacji. Niestety, niekiedy zdarza się, że owe obowiązki informacyjne i rzetelność reklamy nie są przez przedsiębiorców realizowane. W tej części opracowania przedstawiono wybrane przykłady sytuacji, którymi zajmował się w ostatnich latach Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów (UOKiK).

W 2017 roku Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów nałożył na Europejską Grupę Finansową Council S.A. karę w wysokości ponad 6 mln zł Sankcja ta dotyczyła praktyk spółki noszących znamiona tzw. *missellingu*¹³. Ten pośrednik kredytowy nakłaniał konsumentów do zawierania umów dotyczących kredytu konsumenckiego, których warunki nie odpowiadały podnoszonym przez nich potrzebom finansowym i możliwościom spłaty zobowiązań. W trakcie postępowania UOKiK wydał również ostrzeżenie przed szkodliwymi praktykami wspomnianej firmy¹⁴.

¹¹ *Ibidem*, s. 175–195.

¹² E. Jaska, *Wpływ reklamy na postawy konsumentów jako element budowania przewagi konkurencyjnej przedsiębiorstwa*, „Handel Wewnętrzny” 2014, nr 1, s. 120–121.

¹³ Praktyka polegająca na sprzedaży produktów, np. finansowych, niedopasowanych do potrzeb i możliwości klientów.

¹⁴ *Sprawozdanie z działalności UOKiK za rok 2017*, UOKiK, Warszawa 2018, s. 35.

W 2016 roku UOKiK prowadził monitoring dotyczący rzetelności przekazu marketingowego zawartego w reklamach produktów finansowych. Konieczność interwencji zaistniała w przypadku kilku z badanych produktów. Jedno z postępowań, prowadzone przeciwko Alior Bankowi, wiązało się z kwestią kredytu konsumenckiego. UOKiK zakwestionował akcję marketingową pt. „Gwarancja najniższej raty”, albowiem mogła ona wprowadzać konsumentów w błąd co do rzeczywistych warunków promocji. Bank w reklamach obiecywał klientom najniższą ratę kredytu, jednakże nie informował przy tym o istnieniu dodatkowych warunków, których wypełnienie było obligatoryjne, aby skorzystać z oferty. Zgodnie z treścią regulaminu promocji Alior Bank nie gwarantował bowiem najniższej raty na rynku, ale ratę niższą od oferowanej konsumentowi przez inny podmiot. Potencjalny kredytobiorca musiał wykazać istnienie konkurencyjnej oferty. Zmuszony był więc samodzielnie dokonać analizy ofert pozostałych banków i przedstawić formularz stwierdzający takie warunki lub okazać umowę podpisaną z innym bankiem. Zgodnie z prawomocną decyzją UOKiK, praktyka ta została uznana za naruszająca prawa konsumentów. Bank został zobligowany do zrekompensowania strat konsumentom, którzy skorzystali z oferty wprowadzającej w błąd poprzez niepobieranie odsetek od umów obowiązujących i zwrot już pobranych – nawet jeżeli kredyt został uprzednio spłacony. Bank zobowiązał się nadto do pisemnego poinformowania klientów o zasadach zwrotu oraz do kilkukrotnego wyemitowania oświadczenia w telewizji dotyczącego przedmiotowej kampanii reklamowej¹⁵.

Z kolei w listopadzie i grudniu 2014 r. UOKiK przeprowadził na szeroką skalę monitoring reklam kredytów przedświątecznych. Analizie poddano oferty 28 instytucji finansowych. W ich wyniku w 2015 roku prowadzono 9 postępowań związanych z nierzetelnością przekazu marketingowego. W decyzjach końcowych najczęściej podnoszono naruszenie obowiązku informacyjnego wynikającego z ustawy o kredycie konsumenckim (art. 7 ust. 1 u.k.k.). W reklamach brakowało przykładowo informacji o stopie oprocentowania kredytu i wyszczególnienia opłat, danych o kwocie odsetek, całkowitej kwocie do zapłaty, czy rzeczywistej rocznej stopie oprocentowania. Niekiedy informacje te pojawiały się, jednakże były przekazywane w sposób nieczytelny, co również uznano za zaniechanie w kwestii obowiązków informacyjnych. Do innych naruszeń zaliczono reklamowanie kredytów jako udzielanych bez prowizji, podczas gdy była ona jednak pobierana, oraz reklamowanie produktu finansowego jako objętego oprocentowaniem 0%, pomimo iż w okresie, gdy prowadzono kampanię taki produkt był dla konsumentów niedostępny. Wobec instytucji dopuszczających się naruszeń, wdrożono szereg sankcji, dostosowanych do wagi naruszenia i jego skutków dla konsumentów. Nałożono kary pieniężne, sięgające nawet 400 tys. zł, zobowiązano podmioty do usunięcia trwałych skutków praktyki i do listownego poinformowania konsumentów o decyzji UOKiK oraz o możliwości rezygnacji z zawartej umowy. Zastosowano też zobligowanie

¹⁵ *Sprawozdanie z działalności UOKiK za rok 2016*, UOKiK, Warszawa 2017, s. 15.

do publikacji informacji o treści przedmiotowej decyzji UOKiK w mediach ogólnokrajowych¹⁶.

Jaki widać na przykładzie przytoczonych, autentycznych przypadków, częstym naruszeniem w zakresie kredytu konsumenckiego są reklamy wprowadzające w błąd, m.in. co do rzeczywistych kosztów kredytu czy zasad promocji. Instytucje udzielające kredytów narażone są zwłaszcza na pokusę *misselingu*. Do sprzedaży usług finansowych dochodzi wówczas w sposób niezgodny z obowiązującymi regulacjami prawnymi, albowiem niespełniony jest wymóg przekazania rzetelnej informacji o sprzedawanych produktach finansowych. Brak transparentności uniemożliwia przeciętnemu nabywcy, nieposiadającemu wiedzy specjalistycznej z zakresu instrumentów finansowych, ocenę faktycznego ryzyka i ewentualnych korzyści wynikających z zakupu¹⁷.

Na poziomie europejskim w 2017 roku Komisja Europejska zrealizowała badania mające na celu przestudiowanie rynku konsumenckiego. Zgodnie z ich wynikami brak rzetelnej i adekwatnej informacji – już na poziomie przedkontraktowym – podnoszony jest przez konsumentów jako najpoważniejszy problem związany z zawieraniem umów kredytowych. Konsumenty uważają też, że istnieją trudności w kwestii uzyskania od instytucji finansowej porady odnośnie odpowiedniego doboru usługi. Ustawodawca unijny, odpowiadając na te oczekiwania konsumentów, wprowadził wspomnianą powyżej konstrukcję asysty przedkontraktowej, mającej zastosowanie na etapie przed zawarciem umowy o kredyt konsumencki¹⁸. Asystę przedkontraktową stanowią przepisy prawa regulujące obowiązki kredytodawcy, a statuujące zobowiązanie do udzielania informacji konsumentowi¹⁹. Obowiązek ten wynika bezpośrednio z przepisów ustawy i winien być realizowany z własnej inicjatywy przez podmiot oferujący kredyt lub pośrednika kredytowego²⁰. Przepis art. 11 u.k.k. wdraża fundamentalny element tego systemu, w myśl którego kredytodawca lub pośrednik kredytowy zobowiązany jest przed zawarciem umowy o kredyt konsumencki udzielić konsumentowi wyjaśnień dotyczących treści informacji przekazywanych przed zawarciem umowy oraz postanowień zamieszczonych w umowie, która ma zostać zawarta²¹.

¹⁶ *Sprawozdanie z działalności UOKiK za rok 2015*, UOKiK, Warszawa 2016, s. 19–20.

¹⁷ J. Cichorska, *Misselling, czyli sprzedaż niepotrzebnych instrumentów finansowych i jej skutki. Stan prawny w Polsce i Wielkiej Brytanii*, „Rozprawy Ubezpieczeniowe. Konsument na rynku usług finansowych” 2017, nr 24, s. 21–22.

¹⁸ M. Dziezic [w:] J. Monkiewicz, E. Rutkowska-Tomaszewska (red.), *Ochrona konsumenta na polskim i międzynarodowym rynku finansowym*, Wolters Kluwer, Warszawa 2019, s. 95. za: *Consumer Conditions Scoreboard: Consumers At Home in the Single Market-2017 Edition* https://ec.europa.eu/info/publications/consumer-conditions-scoreboard-consumers-home-single-market-2017-edition_en (dostęp: 3.07.2019).

¹⁹ K. Nowak, *Obsługa klienta detalicznego w procesie kredytowym*, „Finanse i Prawo Finansowe” 2018, nr 4(20), s. 26–27.

²⁰ Z. Ofiarski, *Komentarz do art. 11 ustawy o kredycie konsumenckim* [w:] Z. Ofiarski, *Ustawa o kredycie konsumenckim. Komentarz*, LEX Wolters Kluwer, Warszawa 2014, s. 170–172.

²¹ Art. 11 Ustawy z dnia 12 maja 2011 r. o kredycie konsumenckim (tekst jednolity: Dz.U. z 2019 r., poz. 1083).

Reklamy kredytów konsumenckich powinny być zrozumiałe dla przeciętnego odbiorcy, jednoznaczne i czytelne – w tym również pod względem czysto technicznym. Konkludując należy stwierdzić, że gdyby zasady systemu ochrony zapewniane przez przepisy prawa były respektowane i należycie realizowane przez instytucje finansowe, to sytuacje takie jak opisane powyżej nie powinny zaistnieć w obrocie produktami finansowymi

Ocena regulacji i postulowane zmiany w ustawie o kredycie konsumenckim

Konsument wyrasta obecnie na najważniejszy podmiot działań podejmowanych przez przedsiębiorców na polu ukierunkowywania rynku i marketingu. W kreowaniu postaw konsumentów fundamentalną rolę pełni informacja. Przedsiębiorcy zdają sobie sprawę, że trudno jest wpłynąć na zmianę postaw konsumentów posiadających dużą wiedzę o produkcie lub usłudze. W przypadku, gdy kredytobiorca zna dokładnie mocne i słabe strony danego produktu finansowego, trudno go przekonać, aby zmienił podjętą decyzję i dokonał zakupu innego rodzaju usługi²². Rodzi to pokusę nadużyć poprzez ukrywanie niekorzystnych informacji a eksponowanie tych przemawiających na korzyść danego produktu. Stąd za naturalne należy uznać dążenie prawodawcy do wymuszenia na kredytodawcach konieczności udzielania pełnej, prawdziwej i rzetelnej informacji oraz ponoszenia odpowiedzialności za ich niedopełnienie. W doktrynie podnosi się jednak, iż wiele przyjętych rozwiązań legislacyjnych ma wątpliwej jakości podstawy merytoryczne, np. przesadnie rozbudowane obowiązki informacyjne kredytodawcy na etapie przedkontraktowym, czy odpowiedzialność kredytodawcy za niewykonanie lub nie należyte wykonanie umowy²³. Obowiązki informacyjne przedsiębiorców wobec konsumentów w obecnym kształcie są zresztą często uznawane przez przedstawicieli piśmiennictwa za zbyt rozbudowane, sformalizowane i charakteryzujące się znacznym zróżnicowaniem, a ich wypełnianie stanowi dla przedsiębiorców uciążliwość, związaną z koniecznością zaangażowania czasu i nakładów finansowych, co wpływa na późniejszą cenę lub wynagrodzenie za świadczenie²⁴. Tak więc nakładanie kolejnych obowiązków informacyjnych wywoła negatywne skutki nie tylko po stronie przedsiębiorców, ale pośrednio odczuwają je również konsumenci, którzy przecież winni być dzięki nim chronieni. Legislatorzy powinni więc postawić sobie pytanie o to, gdzie przebiega granica pomię-

²² E. Jaska..., *op. cit.*, s. 120–121.

²³ K. Urbańska [w:] E. Rutkowska-Tomaszewska (red.), *Ochrona klienta na rynku usług finansowych w świetle aktualnych problemów i regulacji prawnych*, C.H. Beck, Warszawa 2017, s. 438–439.

²⁴ B. Gnela *Wpływ europeizacji prawa na umowy jednostronnie handlowe konsumenckie* [w:] J. Kruczałak-Jankowska (red.), *Wpływ europeizacji prawa na instytucje prawa handlowego*, Lexis Nexis, Warszawa 2013, s. 317.

dzy tworzeniem zobligowań faktycznie potrzebnych i efektywnych, a tych które stanowią jedynie zbędny, biurokratyczny i kosztowny balast. Być może w przyszłości ustawodawca powinien skupić się zatem nie tyle na przysparzaniu kolejnych obowiązków informacyjnych, co położyć nacisk na egzekwowanie realizacji już istniejących, albowiem są już na tyle rozbudowane i szczegółowo opisane, że ich wypełnienie winno skutkować powstaniem u konsumenta pełnego obrazu oferowanego mu produktu finansowego.

Z uwagi na potrzebę zapewnienia konsumentom przejrzystej i zrozumiałej informacji dotyczącej realnych kosztów kredytu, ważne jest uświadamianie kredytodawców o konieczności zamieszczania w reklamach informacji na temat rzeczywistej rocznej stopy oprocentowania – jako najpełniejszej i najbardziej porównywalnej danej liczbowej.

Należy podnieść jeszcze jeden aspekt związany z usługami finansowymi, jakim jest stan wiedzy finansowej. W 2015 i 2016 roku Narodowy Bank Polski i Stowarzyszenie Program Wsparcia Zadłużonych we współpracy z Biurem Informacji Gospodarczej przeprowadziły przy wykorzystaniu kwestionariusza ankiety badania dotyczące stanu wiedzy i świadomości ekonomicznej Polaków. Z owych badań wypływa wniosek, iż wiedza w tych dziedzinach u przeciętnego konsumenta jest średnia lub bardzo mała i w przeważającej części ma on braki w znajomości podstawowych pojęć, koniecznych do zrozumienia istoty danej oferty kredytowej²⁵. Zatem, oby ochrona praw konsumenta była w pełni efektywna, potrzebne jest też działanie u podstaw, poprzez wdrażanie edukacji finansowej konsumentów i poszerzanie ich wiedzy o usługach związanych z finansami. Nie można mieć wątpliwości, że najlepsza ochrona instytucjonalna nie będzie efektywna, jeżeli konsument sam nie podejmie działań zmierzających do zapewnienia sobie bezpieczeństwa.

Podsumowanie

Powszechność zawierania kredytów na cele konsumpcyjne przez osoby niebędące przedsiębiorcami sprawia, że regulacje kredytu konsumenckiego dotyczące ochrony praw konsumenta stanowią zagadnienie istotne nie tylko dla przedstawicieli świata nauki, ale – przede wszystkim – przeciętnych konsumentów. Z uwagi na to konieczne jest nieustanne dbanie o to, by nie doszło do sytuacji, w której w systemie prawnym funkcjonować będzie nadmierna ilość zbędnych regulacji odnoszących się do wspomnianego produktu finansowego. Potrzebne są przepisy klarowne, czytelne i zespolone z mechanizmem sprawnego ich egzekwowania. Dotychczasowe działania legislatora wskazują jednak na to, że kładł on nacisk na ilość, nie jakość tworzonych regulacji. W najbliższych latach powinna pojawić się tendencja do poprawy jakości tworzonych przepisów i uczynienia ich możliwie transparentnymi dla przeciętnego konsumenta, natomiast

²⁵ K. Urbańska [w:] E. Rutkowska-Tomaszewska (red.)..., *op. cit.*, s. 348–349.

niecelowe wydaje się dalsze mnożenie, już i tak rozbudowanych, obowiązków informacyjnych.

Bibliografia

- Cichorska J., *Misselling, czyli sprzedaż niepotrzebnych instrumentów finansowych i jej skutki. Stan prawny w Polsce i Wielkiej Brytanii*, „Rozprawy Ubezpieczeniowe. Konsument na rynku usług finansowych” 2017, nr 24.
- Czech T., *Efektywność instrumentów prawnych ochrony kredytobiorcy konsumenta w świetle orzecznictwa sądowego*, „Prawo w działaniu. Sprawy Cywilne” 2014, nr 2.
- Czech, T. *Kredyt konsumencki. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2018.
- Gnela B. (red.), *Ochrona konsumenta usług finansowych. Wybrane zagadnienia prawne*, Wolters Kluwer, Warszawa 2007.
- Gnela B., *Umowa konsumencka w polskim prawie cywilnym i prywatnym międzynarodowym*, LEX Wolters Kluwer, Warszawa 2013.
- Gnela B., *Wpływ europeizacji prawa na umowy jednostronnie handlowe konsumenckie* [w:] J. Kruczałak-Jankowska (red.), *Wpływ europeizacji prawa na instytucje prawa handlowego*, Lexis Nexis, Warszawa 2013.
- Jaska E., *Wpływ reklamy na postawy konsumentów jako element budowania przewagi konkurencyjnej przedsiębiorstwa*, „Handel Wewnętrzny” 2014, nr 1.
- Kruczałak-Jankowska J. (red.), *Wpływ europeizacji prawa na instytucje prawa handlowego*, Lexis Nexis, Warszawa 2013.
- Monkiewicz J., Rutkowska-Tomaszewska E. (red.), *Ochrona konsumenta na polskim i międzynarodowym rynku finansowym*, Wolters Kluwer, Warszawa 2019.
- Nowak K., *Obsługa klienta detalicznego w procesie kredytowym*, „Finanse i Prawo Finansowe” 2018, nr 4(20).
- Ofiarski Z., *Komentarz do art. 11 ustawy o kredycie konsumenckim* [w:] Z. Ofiarski, *Ustawa o kredycie konsumenckim. Komentarz*, LEX Wolters Kluwer, Warszawa 2014.
- Poradnik dla konsumentów. Kredyt Konsumencki*, UOKiK, Warszawa 2012.
- Rutkowska-Tomaszewska E. (red.), *Ochrona klienta na rynku usług finansowych w świetle aktualnych problemów i regulacji prawnych*, C.H. Beck, Warszawa 2017.
- Sowińska-Kobelak D., Gryber M., *KNF. Przewodnik po kredycie konsumenckim*, KNF, Warszawa 2018.
- Sprawozdanie z działalności UOKiK za rok 2015*, UOKiK, Warszawa 2016.
- Sprawozdanie z działalności UOKiK za rok 2016*, UOKiK, Warszawa 2017.
- Sprawozdanie z działalności UOKiK za rok 2017*, UOKiK, Warszawa 2018.
- Tereszkiewicz P., *Obowiązki informacyjne w umowach o usługi finansowe. Studium instrumentów ochronnych w prawie prywatnym i prawie unijnym*, LEX Wolters Kluwer, Warszawa 2015.
- Urbańska K. [w:] E. Rutkowska-Tomaszewska (red.), *Ochrona klienta na rynku usług finansowych w świetle aktualnych problemów i regulacji prawnych*, C.H. Beck, Warszawa 2017.

Akty prawne

Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2008/48/WE z dnia 23 kwietnia 2008 r. w sprawie umów o kredyt konsumencki oraz uchylająca dyrektywę Rady 87/102/EWG (Dz.Urz. UE L 133, s. 66–92).

Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (tekst jednolity: Dz.U. z 2019 r., poz. 1145).

Ustawa z dnia 12 maja 2011 r. o kredycie konsumenckim (tekst jednolity: Dz.U. z 2019 r., poz. 1083).

Druk nr 3596 – uzasadnienie projektu ustawy z dnia 12 maja 2011 r. o kredycie konsumenckim (tekst jednolity: Dz.U. z 2019 r., poz. 1083).

Źródła internetowe

Consumer Conditions Scoreboard: Consumers At Home in the Single Market – 2017 Edition, https://ec.europa.eu/info/publications/consumer-conditions-scoreboard-consumers-home-single-market-2017-edition_en (dostęp: 3.07.2019).

Autor
mgr Edyta Szumilas
Uniwersytet Ekonomiczny w Krakowie
Wydział Finansów i Prawa
Katedra Prawa Cywilnego i Gospodarczego

6. TRADYCYJNE ZAWIERANIE KONTRAKTÓW. ZARYS KOSZTÓW TRANSAKCYJNYCH W ASPEKTCIE ZARZĄDZANIA ORGANIZACJĄ

Radosław Mieszala

Streszczenie

W opracowaniu podjęto próbę analizy „tradycyjnego” zawierania kontraktów – klasycznego prawa umów oraz porównania tego podejścia z neoklasycznym prawem kontraktowym. W pierwszej części pracy omówiono kwestię tradycyjnego zawierania kontraktów, w tym klasyczne i neoklasyczne prawo kontraktowe. W drugiej części pracy zarysowano podział kosztów transakcyjnych. Z przeprowadzonych rozważań wynika, że klasyczne prawo kontraktowe ma zastosowanie do wszystkich standaryzowanych transakcji bez względu na ich powtarzalność.

Słowa kluczowe: tradycyjne zawieranie kontraktów, koszty transakcyjne, neoklasyczne zawieranie kontraktów.

Wprowadzenie

Celem opracowania jest próba analizy oraz oceny „tradycyjnego” zawierania kontraktów, a więc klasycznego prawa umów i jego wartości oraz idącą za tym tematyką kosztów transakcyjnych. W pierwszej części opracowania zarysowano tradycyjne zawieranie kontraktów – przedstawione tutaj zostało klasyczne oraz neoklasyczne podejście zawierania kontraktów. W tej części podkreślono przede wszystkim kluczowe zasady klasycznego zawierania umów, takie jak chociażby absolutna zasada wolności do zawierania umów. W porównaniu do dzisiejszych zasad, było to dość abstrakcyjne podejście. W kontekście polityki zwalczania nieuczciwych warunków w umowach konsumenckich – współczesne prawo kontraktowe różni się w sposób znaczący od klasycznego. Polityka ta byłaby najprawdopodobniej uznana przez autorów klasycznego podejścia za rewizję prawną łamiącą wolność do zawierania umów.

W opracowaniu zwrócono również uwagę na koszty transakcyjne przy zawieraniu umów, które tak naprawdę występują w praktyce każdej transakcji. Jej podwaliny zostały stworzone przez R. Coase’a. W jego opinii transakcjom zawierającym w gospodarce towarzyszą różne rodzaje kosztów, które odpowiadają „siłom tarcia” w układzie fizycznym¹. Teoria kosztów transakcji jest jedną z neoklasycznych koncepcji przedsiębiorstwa,

¹ R.H. Coase, *Firma, rynek i prawo*, Oficyna a Wolters Kluwer business, Warszawa 2013, s. 6.

stanowiącą sprzeciw wobec klasycznych teorii postrzegających firmę jako swego rodzaju „ciało zamknięte”². Neoinstytucjonalne teorie koncentrują się na postrzeganiu przedsiębiorstwa szerzej i przez pryzmat funkcji produkcji. Podejście neoklasyczne głosi, że mechanizmy rynkowe regulują funkcjonowanie rynku, ponieważ firmy działają na rynku postrzeganym jako sfera konfrontacji podaży z popytem (równowaga cenowa). Podejście neoklasyczne nie uwzględniało natomiast presji różnych instytucji regulujących otoczenie działalności gospodarczej.

Tradycyjne zawieranie kontraktów

Tak zwana doraźna transakcja, czyli taka, w której wszystko jest skonkretyzowane oraz oczywiste w dobry sposób służy zarówno prawu, jak i ekonomii. Jak pisze w swojej pracy Macneil, doraźna transakcja to taka, w której występuje „wkroczenie z jasną umową, wyjście z jasnym działaniem”³. Zrozumienie natury kontraktu nastąpiło w momencie, gdy uświadomiono sobie, że należy wyraźniej akcentować troskę o osiągnięcie celów kontraktowych aniżeli sztywnych norm prawnych. Można tutaj słusznie też odnieść się do polskiego prawa kontraktowego. Prawo cywilne ukształtowało przez lata podejście, w którym stosuje się dość liberalne rozwiązania w stosunku do umów (*contractus*). Podstawową kwestią zwracającą uwagę na faktyczne zatroszczenie się o osiągnięcie celów kontraktowych, którą można by dostrzec chociażby w polskim prawie cywilnym jest fakt, że to nie sama nazwa umowy definiuje jej charakter, a treść tejże umowy⁴. Oceniając więc charakter umowy, należy brać pod uwagę nie nazwę tej umowy, ale faktyczną treść, cel oraz zgodny zamiar stron (zgodne oświadczenie woli stron – konsens). Macneil rozróżnił normy prawne wynikające z klasycznego, neoklasycznego oraz relacyjnego prawa kontraktowego⁵.

Klasyczne prawo kontraktowe

Klasyczne prawo kontaktowe zakłada, że tożsamość stron transakcji traktowana powinna być jako nieistotna. Tożsamość stron nie oddziałuje więc na warunki wymiany, „każda jednostka kontraktu jest doskonałym substytutem każdej innej jednostki”⁶. Strony umowy świadomie tworzą wspólne dobro, które jest przedmiotem handlu przez uczestników. Dzieje się to anonimowo lub też przez ich agentów. Taka nieistotność co do tożsamości stron transakcji odpowiada doskonałej transakcji rynkowej w ekonomii.

² A. Robson, *The Costs of Transaction*, The Centre for Independent Studies, CIS Policy Monograph 6, Sydney 2015, s. 7.

³ I.R. Macneil, *The Many Futures of Contracts*, „South California Law Review” 1974, no. 47, s. 738.

⁴ Wyrok SN z dnia 25 listopada 2010 r., I CSK 703/09, LEX nr 724984.

⁵ I.R. Macneil..., *op. cit.*, s. 738.

⁶ L. Telser, H.N. Higinbotham, *Organized Future Markets: Costs and Benefit*, „Journal of Political Economy” 1977, no. 6, s. 997.

Natura klasycznego prawa kontraktowego zakłada dokładne oznaczenie oraz dominację cech formalnych – kwestionuje natomiast warunki formalne i nieformalne. Klasyczne prawo kontraktowe wskazuje więc na priorytetowe traktowanie zasad prawnych oraz formalność dokumentów, raczej nie uznaje uczestnictwa strony trzeciej w kwestii rozstrzygnięcia Zasady klasycznej umowy opierały się w głównej mierze na pojedynczym momencie, tj. chwili, w której umowa została uzgodniona. Umowa w tym podejściu była całkowicie numeryczna i często składana dwa razy. Czasy XIX wieku cechowały się podejściem leseferyzmu, który dał początek teorii kontraktów w świecie prawnym. Teoria kontraktu została rozwinięta w aspekcie teorii kontraktu woli, która z kolei wskazywała, że umowa między dwiema stronami istnieje na podstawie ich własnej, wolnej woli. Obie strony zawierając umowę robią to, ponieważ mają „swobodę zawierania umów”⁷. Oprócz takich autorów, jak Fridman, który stwierdził powyższe, również Charles Fried przedstawił koncepcję teorii woli, którą uważa się za „tradycyjną”. Wyszedł on z założenia, że kontrakty są budowane na obietnicach – te ostatnie nie powinny w żaden sposób zostać złamane, ponieważ błędem relacji jest niezadowolenie drugiej strony. Fried dodaje do swojej teorii, że umowa jest w pewien sposób ograniczona – niekompletna, gdyż opiera się głównie na samowystarczalności wolności. W związku z tym co proponuje Fried, sądy nie powinny utrudniać swobody zawierania umów, ponieważ umowy te są zobowiązujące w takim zakresie, jaki ustaliły strony umowy.

Klasyczna teoria umowy próbuje przekonać, że umowy są kompleksowe i wystarczające. Nowoczesne podejście znacznie różni się od tego poglądu. Przykładowo, nowoczesne kontrakty wprowadziły nowy sposób zawierania prawnie wiążących relacji, które odbywają się po prostu w Internecie. Strony mogą zawrzeć umowę, zgadzając się na coś w Internecie za pomocą jednego kliknięcia. Podobnie jak w przypadku klasycznej teorii, w trakcie zawierania umowy przez Internet podejmowana jest również świadoma zgoda, ale poprzez opcję kontynuowania procedury na stronie internetowej i akceptacji warunków. Niemniej jednak nie jest możliwe, aby obie strony osobiście przedyskutowały umowę – i tutaj występuje podstawowa różnica – co może prowadzić do tego, że niektóre pytania pozostaną bez odpowiedzi, a niektóre terminy zostaną źle zrozumiane, co zostało wyjaśnione w badaniach prawnych Briana Bixa⁸. Umowa zawarta przez Internet nigdy nie będzie zatem w pełni „kompleksowa”, a właśnie do tego dąży klasyczne podejście zawierania umów.

Neoklasyczne prawo kontraktowe

Jeśliby wziąć pod uwagę chociażby kontrakty długoterminowe, to należy przyznać, że nie do końca pasują one do klasycznego schematu kontraktowania. Trzeba stwierdzić,

⁷ G.H.L. Fridman, *Freedom of Contract*, Coase-Sandor Working Paper Series in Law and Economics, Chicago 1995, s. 1, 2.

⁸ B. Bix, *Contract Law Theory*, Legal Studies Research, Minnesota 2006, s. 6–12.

że nie wszystkie zdarzenia, które wymagają reakcji, mogą być z góry przewidziane. Kolejna sprawa to fakt, że w momencie, kiedy wydarzy się nieoczekiwana zmiana stanu rzeczy, twarde kontraktowanie między autonomicznymi stronami może stać się przyczyną otwartych sporów. Neoklasyczne prawo kontraktowe przychyła się do rozstrzygnięcia sporów za pomocą strony trzeciej. Nierzadko pomoc takiego arbitra jest bardziej efektywna dla stron aniżeli pomoc w formie rozstrzygnięcia, które zostało wydane w finalnym stadium procesu sądowego. W tym punkcie warto zacytować L. Fullera: „[p]rzed arbitrem otwarte są drogi szybkiego uczenia się, niedostępne dla sądów. Arbitr może często przerywać badanie świadków prośbą skierowaną do stron, by pouczyły go, tak by mógł zrozumieć uzyskiwane zeznanie. To uczenie może się dokonywać w sposób nieformalny, z częstym przerywaniem przez arbitra i przez kompetentne osoby z obu stron, gdy jakaś sprawa wymaga wyjaśnienia. Czasami będzie wymiana argumentów przez stół, czasem nawet wewnątrz każdego z obozów. Ostateczny rezultatem będzie zazwyczaj objaśnienie, które umożliwi każdemu mądrzejsze postępowanie w danej sprawie”⁹.

Wobec powyższego, neoklasyczne podejście do prawa kontraktowego zakłada, że umowy nie są kompletne, a kluczowym w kwestii zrealizowania kontraktów jest zaufanie stron do procesu rozstrzygnięcia. Sam proces sądowy może kojarzyć się z monotonną i kosztowną procedurą, która zwykle przysparza wiele stresu, strony mogą w takim procesie uznać się za wrogów, co z kolei może powodować całkowite zerwanie relacji (choćby biznesowej), a przynajmniej zerwanie obecnego stosunku prawnego, a więc niewykonanie kontaktu. L. Friedman uważa, że w momencie kiedy spór trafi sądu, wzajemne stosunki zostaną zerwane¹⁰. Nic dziwi więc fakt, że arbitraż wpływa pozytywnie na stosunki między stronami. Kolejną zaletą arbitrażu jest fakt, że odgrywa on niezwykle istotną rolę, gdy zawierany jest kontrakt międzynarodowy. W takich sytuacjach, gdy stronami kontraktu są przedsiębiorcy, którzy posiadają siedzibę w różnych krajach, trzeba zadbać o wybór prawa właściwego dla danej umowy. W przypadku, gdy strony nie dokonają wyboru prawa danego kraju, w odniesieniu do którego będą mogły poddać swe stosunki w zakresie zobowiązania kontraktowego – zobowiązanie będzie podlegać prawu państwa, w jakim strony te w momencie zawarcia umowy posiadały siedzibę albo miejsce zamieszkania¹¹. W związku z tym, ważnym jest, aby przy zawieraniu umów międzynarodowych zawrzeć w kontrakcie klauzulę arbitrażową. Zawarcie tej klauzuli pozwoli na rozwiązanie ewentualnego sporu w sądzie arbitrażowym – polubownym. Taka klauzula określa zarówno siedzibę sądu, jak i sposób powołania składu sędziowskiego. W praktyce zastosowanie ww. rozwiązania likwiduje zagrożenie dla danego przedsiębiorcy w postaci dochodzenia roszczeń przed sądem powszechnym zazwyczaj

⁹ L. Fuller, *Collective Bargaining and the Arbitrator*, “Wisconsin Law Review”, Wisconsin 1963, s. 11, 12.

¹⁰ L. Friedman, *Contract Law in America*, University of Wisconsin Press, Madison 1953, s. 205.

¹¹ Ustawa z 12 listopada 1965 r. – Prawo prywatne międzynarodowe (Dz.U. z 1999 r. Nr 52, poz. 532).

innego państwa (wiąże się to z prowadzeniem postępowania sądowego za granicą).

Podjęcie charakterystyczne dla neoklasyków to takie, w którym definiuje się przedsiębiorstwo jako system kontraktów. Wśród tych przedstawicieli pojawiają się jednak różnice w poglądach. Jedni z nich podkreślają decydujące znaczenie umów i wytwarzanych przez nie kosztów transakcyjnych (R. Coase, O. Williamson), inni natomiast (A. Alcian, H. Demsetz) wskazują na fakt, że to efekt pracy zespołowej jest główną przyczyną powstawania przedsiębiorstwa (nawiązuje się tutaj do klasycznego dla zarządzania znaczenia efektu organizacyjnego)¹².

Koszty transakcyjne byłyby zatem dość wysokie w aspekcie tworzenia sieci w ujęciu neoklasycznej teorii instytucji. Te z kolei mogłyby powodować sytuacje, w których wielkie organizacje gospodarcze albo walczą, aby podporządkować sobie dostawców, albo też starają się zapewnić sobie samowystarczalność w określonych priorytetowych sferach¹³.

W związku z wcześniej określoną chęcią podtrzymywania aktualnych stosunków między stronami nastąpił stan, w którym połączone zostały niektóre obszary z prawa klasycznego, jak i neoklasycznego. Ciągłe rosnąca kompleksowość oraz stabilność, trwałość umów doprowadziły do zastąpienia neoklasycznych procesów administracyjnych przez procesy bardziej kompletne i specyficzne dla danych transakcji. Tak powstało kontraktowanie relacyjne, które polega na odniesieniu się do całej relacji między stronami (również rozwoju tej relacji w czasie). W przeciwieństwie więc do neoklasycznego podejścia – punktem odniesienia nie jest oryginalna, pierwotna umowa, ale cała relacja w jej rozwoju w czasie. Może ona obejmować pierwotną umowę, ale nie jest to obligatoryjne¹⁴.

Zarys kosztów transakcyjnych

Koszty transakcyjne zostały zdefiniowane przez K. Arrow'a jako „koszty funkcjonowania systemu gospodarczego”¹⁵. Koniecznym jest jednak odróżnienie kosztów transakcyjnych od kosztów produkcji (tymi zajmuje się analiza neoklasyczna)¹⁶. O. Williamson porównał koszty transakcyjne do „tarcia w systemach fizycznych”. Założenie braku tarcia w fizyce (kosztów transakcyjnych w ekonomii) ilustruje sukces w odkrywaniu

¹² J. Niemczyk, *Sieci międzyorganizacyjne z perspektywy podstawowych nurtów ekonomii* [w:] Niemczyk, E. Stańczyk-Hugiet, B. Jasiński (red.), *Sieci międzyorganizacyjne. Współczesne wyzwanie dla teorii i praktyki zarządzania*, Uniwersytet Wrocławski, Wrocław 2012, s. 282, 283.

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ O.E. Williamson, *The Economic Institutions of Capitalism*, Simon & Schuster, Wisconsin 2006, s. 83.

¹⁵ K.J. Arrow, *The Organization of Economic Activity: Issues Pertinent to the Choice of Market versus Nonmarket Allocation* [w:] *The Analysis and Evaluation of Public Expenditure: The PPB System*, Vol. 1, US Joint Economic Committee, 91st Congress, 1st Session, US Government Printing Office, Washington 1969, s. 47–64.

¹⁶ J.E. Stiglitz, *Ekonomia sektora publicznego*, PWN, Warszawa 2004, s. 550.

atrybutów złożonych systemów (osiągania sukcesów ekonomicznych). Zarówno jednak fizycy, jak i ekonomiści zdają sobie sprawę, że nie branie pod uwagę w przypadku pierwszych – tarcia, a drugich – kosztów transakcyjnych, jest założeniem nierealistycznym. Dla organizacji (sieci organizacyjnych) zwracanie uwagi na koszty transakcyjne jest bardzo istotną kwestią¹⁷.

Koszty transakcyjne należy rozróżnić na *ex ante* oraz *ex post*. Pierwsza kategoria kosztów – czyli tych, które są związane z działaniami przeprowadzanymi przed wdrożeniem transakcji, to przede wszystkim¹⁸:

- koszty zabezpieczenia umowy,
- koszty negocjowania,
- koszty projektowania.

Koszty projektowania (ang. *drafting*) to nic innego jak koszty przygotowania projektu całego dokumentu (zazwyczaj są to koszty związane ze skonstruowaniem pierwszej propozycji umowy, którą strona przedstawia innej stronie jako proponent). Zgodnie więc z neoklasycznym podejściem do kontraktu, można przygotować kompletny, kompleksowy dokument, w jakim zostałyby uwzględnione po pierwsze różnorakie nieoczekiwane zdarzenia oraz uwarunkowane byłyby poprawne zachowania stron w kontekście danej relacji kontraktowej. Jest to bardzo ambitne podejście – nierzadko trudno jest od razu z góry określić wszelkie okoliczności związane z daną transakcją. Naprzeciw – dla ułatwienia, wychodzi więc drugie podejście, w związku z którym konstruuje się umowę niekompletną, a luki wypełnia się w razie zaistnienia przeszkód. Jest to więc proces, w którym początkowo tworzona jest umowa generalnie ujmująca warunki współpracy, później natomiast często dodawane są do niej różnego rodzaju załączniki za obopólną zgodą stron. Zgodnie z tym założeniem, ustala się więc jedynie te okoliczności, w związku z którymi istnieje największa szansa na ich wystąpienie proporcjonalnie do czasu występowania tych przeszkód¹⁹.

Koszty kontraktowania *ex post* to z kolei koszty ewentualne, spośród których należy wyróżnić:

- koszty niedostosowania związane z nadmiarem wydatków na koszty pośrednictwa (koszty agencji);
- koszty re-negocjacyjne;
- koszty założenia oraz koszty związane ze strukturami zarządzania (bieżące);
- koszty związane ze składowaniem środków zabezpieczających wykonanie zobowiązań.

Gdy mowa o niedostosowaniu związanym z nadmiarem wydatków na koszty pośrednictwa, to przede wszystkim chodzi tutaj o wydatki danej organizacji na monitorowanie takiego pośrednictwa, a więc koszty związane z kontrolowaniem oraz motywowaniem

¹⁷ O.E. Williamson..., *op. cit.*, s. 33–35.

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ *Ibidem*.

agenta do działań zgodnych z interesami zlecającego. Kolejno, należy uwzględnić tutaj wydatki ponoszone przez agenta (np. w celu wzbudzenia zaufania zlecającego) oraz stratę rezydualną (*residual lost*). Strata rezydualna to strata związana z niepoprawnym nadzorem, będącą rezultatem zmniejszenia dochodów właścicieli (zlecających) z powodu niestosowania się do głównej zasady działań kierownictwa, tzn. zasady maksymalizacji majątku akcjonariuszy²⁰. Koszty renegocjacji to z kolei koszty powstające na skutek obustronnych działań podejmowanych w celu skorygowania niedostosowań. Z kolei jeśli chodzi o koszty składowania mającego na celu zabezpieczenia, to są to koszty związane z rynkiem instrumentów pochodnych, który został utworzony w związku z potrzebami uczestników rynków finansowych (zabezpieczenie przed ryzykiem).

Należy stwierdzić że koszty *ex post* są bezpośrednio związane z kosztami *ex ante*. Koszty te są więc współzależne – istnieje potrzeba, aby odnosić się do nich jednocześnie. Należałoby zadać pytanie, czy stosunki organizacyjne (przede wszystkim struktury zarządzania oraz praktyki kontraktowania) są realizowane w zgodzie z atrybutami transakcji, jakie zostały przewidziane w idei kosztów transakcyjnych, a więc czy koncentrują się na oszczędzaniu kosztów transakcyjnych²¹.

Podsumowanie

W opracowaniu skupiono się przede wszystkim na klasycznym podejściu kontraktowym, jednocześnie zwracając uwagę na fakt, jak różni się ono od współczesnego zawierania umów oraz podejścia do prawa kontraktów – umów między stronami. Należy jednak podkreślić, że niektóre elementy współczesnego prawa kontraktowego są zbieżne z podejściem klasycznym. Można więc stwierdzić, że dokonała się swoistego rodzaju ewolucja tego podejścia. Elementy, takie jak chociażby pogląd, że umowa nie jest uznawana za umowę, dopóki oferta nie zostanie zaakceptowana czy założenie, że strony mogą swobodnie, wolnościowo (z pewnymi wyjątkami) zawierać umowy, są zbieżne z założeniami klasycznymi. Ewolucja musiała się dokonać, było to *sui generis*, wpisane w postęp cywilizacyjny, nowe formy transakcji, takie jak chociażby zawieranie umów przez Internet stymulowały rozwój poglądów w kontekście prawa kontraktowego. W rezultacie należy wysunąć wniosek, że nowoczesne kontrakty i klasyczna teoria kontraktów mają w pewnym stopniu podobne wartości.

²⁰ M. Jensen, W. Meckling, *Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs, and Capital Structure*, "Journal of Financial Economics", Rochester 1976, no. 3, s. 308.

²¹ O.E. Williamson..., *op. cit.*, s. 35.

Bibliografia

- Robson A., *The Costs of Transaction*, The Centre for Independent Studies, CIS Policy Monograph, Sydney 2015.
- Bix B., *Contract Law Theory*, Minnesota Legal Studies Research Paper No. 06-12, Legal Studies Research, Minnesota 2006.
- Fridman E.G., *Freedom of Contract*, Coase-Sandor Working Paper Series in Law and Economics, Chicago 1995.
- Macneil I.R., *The Many Futures of Contracts*, South California Law Review, California 1974.
- Niemczyk J., *Sieci międzyorganizacyjne z perspektywy podstawowych nurtów ekonomii* [w:] J. Niemczyk, E. Stańczyk-Hugiet, B. Jasiński (red.), *Sieci międzyorganizacyjne. Współczesne wyzwanie dla teorii i praktyki zarządzania*. Uniwersytet Wrocławski, Wrocław 2012.
- Stiglitz J.E., *Ekonomia sektora publicznego*, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 2004.
- Arrow K.J., *The Organization of Economic Activity: Issues Pertinent to the Choice of Market versus Nonmarket Allocation* [w:] *The Analysis and Evaluation of Public Expenditure: The PPB System*, Vol. 1, US Joint Economic Committee, 91st Congress, 1st Session, US Government Printing Office, Washington 1969.
- Friedman L., *Contract Law in America*, University of Wisconsin Press, Wisconsin 1965.
- Telser L., Higinbotham H.N., *Organized Future Markets: Costs and Benefit*, "Journal of Political Economy", Chicago 1977.
- Fuller L., *Collective Bargaining and the Arbitrator*, "Wisconsin Law Review", Wisconsin 1962.
- Jensen M., Meckling W., *Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs, and Capital Structure*, "Journal of Financial Economics", University of Rochester, Rochester 1976.
- Williamson O.E., *The Economic Institutions of Capitalism*, Simon & Schuster, Wisconsin 2006.
- Coase R., *Firma, rynek i prawo*, Oficyna a Wolters Kluwer business, Warszawa 2013.

Akty prawne

Ustawa z 12 listopada 1965 r. – Prawo prywatne międzynarodowe (Dz.U. z 1999 r. Nr 52, poz. 532).

Orzecznictwo

Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 25 listopada 2010 r., I CSK 703/09, LEX nr 724984.

Autor
mgr Radosław Mieszala
Uniwersytet Ekonomiczny
we Wrocławiu

7. TRANSKRYPCJA AKTU URODZENIA DZIECKA PARY JEDNOPŁCIOWEJ – WYZWANIE DLA POLSKIEJ ADMINISTRACJI

Barbara Zyzda

Streszczenie

Transkrypcja aktu urodzenia dziecka pary jedнопłciowej z całym przekonaniem jest wyzwaniem dla organów administracji publicznej. Wynika to nie tylko z braku jednolitego orzecznictwa sądów administracyjnych, ale także z braku rozwiązań legislacyjnych, które pozwoliłyby na wykonanie orzeczeń sądów. W opracowaniu zostały przeanalizowane regulacje dotyczące transkrypcji zagranicznego dokumentu aktu stanu cywilnego, jak również najnowsze orzeczenia sądów administracyjnych dotyczące tej problematyki.

Słowa kluczowe: akty stanu cywilnego, transkrypcja, akt urodzenia, związki jedнопłciowe.

Wprowadzenie

W demokratycznym państwie prawa administracja publiczna traktowana jest nie tylko jako aparat wykonawczy władzy ustawodawczej, ale przede wszystkim jako służba społeczeństwu. Jej rola nie może być ograniczana jedynie do stosowania prawa i konkretyzacji ustawy, ale powinna polegać także na samodzielnym i twórczym działaniu w granicach i na podstawie prawa¹. Wskazuje się na konieczność reagowania administracji publicznej na zmieniające się potrzeby i wyzwania nowoczesnego społeczeństwa². Przedstawiciele doktryny zaliczają takie cechy, jak: aktywność, zwrócenie ku przyszłości czy możliwość podejmowania działania z własnej inicjatywy do cech charakteryzujących administrację publiczną³.

Istoty administracji należy upatrywać w działaniach nakierowanych na realizację interesu publicznego i ochronę dobra wspólnego, zaś administracja publiczna w swoich działaniach powinna traktować priorytetowo dobro człowieka⁴. Administracja umiejscow-

¹ H. Izdebski, M. Kulesza, *Administracja publiczna. Zagadnienia ogólne*, Liber, Warszawa 2004, s. 24.

² Raport OECD z 1986 r. *The Administration as a Service*, <http://www.oecd.org/governance/digital-government/1910557.pdf> (dostęp: 10.07.2019).

³ Z. Duniewska, B. Jaworska-Dębska, R. Michalska-Badziak, E. Olejniczak-Szałowska, M. Stahl, *Prawo administracyjne – pojęcia, instytucje, zasady w teorii i praktyce*, Difin, Warszawa 2000, s. 15.

⁴ J. Boć, *Uwarunkowania rozwoju administracji publicznej* [w:] J. Boć (red.), *Nauka administracji*, Kolonia Limited, Wrocław 2013, s. 111.

wiona jest w tej sferze działalności państwa, która ściśle styka się ze zmianami zachodzącymi w życiu społeczeństwa i sama podlega ciągłym zmianom. Aparat administracyjny jest również zobowiązany do stwarzania atmosfery i warunków pozwalających na realizację konstytucyjnej zasady demokratycznego państwa prawa i urzeczywistniania zasady sprawiedliwości społecznej⁵.

W ostatnich latach administracja w Polsce mierzy się nie tylko z gwałtownym wzrostem ilości regulacji prawnych, ale także z wyzwaniem wynikającym ze zmian zachodzących w społeczeństwie. Jednym z takich wyzwań, przed którymi w ostatnich latach stanęły organy administracji publicznej powołane do wykonywania zadań z zakresu rejestracji aktów stanu cywilnego, jest transkrypcja aktów urodzenia dzieci urodzonych poza Polską, pochodzących ze sformalizowanych związków partnerskich lub małżeństw jednopłciowych zawartych w krajach dopuszczających taką możliwość.

Transkrypcja dokumentów stanu cywilnego w prawie polskim

Regulacja zagadnień związanych z transkrypcją zagranicznego dokumentu aktu stanu cywilnego znajduje się w Ustawie z dnia 28 listopada 2014 r. Prawo o aktach stanu cywilnego⁶. Zgodnie z art. 104 p.a.s.c. transkrypcja polega na wiernym i literalnym przeniesieniu treści zagranicznego dokumentu stanu cywilnego zarówno językowo, jak i formalnie, bez żadnej ingerencji w pisownię imion i nazwisk osób wskazanych w zagranicznym dokumencie stanu cywilnego. Przepis ten wyklucza ingerencję w treść aktu stanu cywilnego, jednak pod pewnymi warunkami dopuszczalne jest dostosowanie pisowni do reguł języka polskiego⁷.

Transkrybowany może zostać dokument, który w państwie wystawienia jest uznawany za dokument stanu cywilnego i ma moc dokumentu urzędowego, jest wydany przez właściwy organ oraz nie budzi wątpliwości co do autentyczności. Aby dokonać transkrypcji aktu, należy złożyć wniosek do kierownika urzędu stanu cywilnego, przy czym wniosek taki może być złożony przez osobę, której dotyczy zdarzenie podlegające transkrypcji lub inną osobą, która wykaże interes prawny w transkrypcji (w przypadku aktu potwierdzającego zgon dopuszczalne jest wykazanie interesu faktycznego). Prawodawca dopuszcza także transkrybowanie aktu z urzędu. Transkrypcja jest czynnością materialno-techniczną kierownika urzędu stanu cywilnego, która ma na celu jedynie potwierdzenie danej sytuacji prawnej, nie zaś wykreowanie nowej⁸. Obowiązująca zasada zaufania do zagranicznego dokumentu stanu cywilnego sprawia, że akt transkrypcji nie

⁵ J. Szreniawski, *Wstęp do nauki administracji*, Morpol, Lublin 2000, s. 65.

⁶ Ustawa z dnia 28 listopada 2014 r. Prawo o aktach stanu cywilnego (tekst jednolity: Dz.U. z 2018 r., poz. 2224), dalej: p.a.s.c.

⁷ A. Grabarczyk, *Prawo strony do przeniesienia do rejestru stanu cywilnego małżeństwa jednopłciowego – uwagi na tle orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu*, „Studenckie Zeszyty Naukowe” 2019, vol. XXII, nr 40, s. 29.

⁸ M. Wojewoda, *Małżeństwa jednopłciowe i związki partnerskie w polskim rejestrze stanu cywilnego?*, „Studia Prawno-Ekonomiczne” 2017, t. CIII.

jest oceniany pod względem merytorycznym⁹.

Zgodnie ze stanowiskiem Sądu Najwyższego, „w wyniku transkrypcji powstaje polski akt stanu cywilnego, który nie różni się treścią od aktu transkrybowanego, a pod względem formy, mocy dowodowej oraz zasad korekty, nie różni się od aktów stanu cywilnego rejestrujących zdarzenia krajowe”¹⁰.

Przesłanki odmowy transkrypcji dokumentu stanu cywilnego

Ustawodawca w art. 107 p.a.s.c. zastrzegł jednak dla kierownika urzędu stanu cywilnego możliwość odmowy transkrypcji zagranicznego dokumentu stanu cywilnego. Odmowa ma formę decyzji administracyjnej, od której przysługuje odwołanie do właściwego wojewody¹¹. Warto podkreślić, że wystąpienie którejkolwiek ze wskazanych niżej przesłanek spowoduje odmowę transkrypcji, gdyż jest to tzw. decyzja związana¹². Odmowa transkrypcji ma miejsce po pierwsze wtedy, gdy dokument w państwie wystawienia nie jest uznawany za dokument stanu cywilnego lub nie ma mocy dokumentu urzędowego, lub nie został wydany przez właściwy organ, lub budzi wątpliwości co do jego autentyczności, lub potwierdza zdarzenie inne niż urodzenie, małżeństwo lub zgon; po drugie, gdy zagraniczny dokument powstał w wyniku transkrypcji w państwie innym niż państwo zdarzenia; i wreszcie po trzecie, gdyby transkrypcja była sprzeczna z podstawowymi zasadami porządku prawnego Rzeczypospolitej Polskiej. Ostatnia przesłanka, jako klauzula porządku publicznego jest szczególnym instrumentem, który powinien mieć zastosowanie jedynie w wyjątkowych przypadkach¹³.

Transkrypcja aktu urodzenia dziecka pary jedнопłciowej

Kanwą rozważań niniejszego opracowania jest sytuacja, w której kierownik urzędu stanu cywilnego odmówił transkrypcji zagranicznego aktu urodzenia dziecka urodzonego w Wielkiej Brytanii, ze względu na wskazanie w tym dokumencie dwóch kobiet jako rodziców – jednej w rubryce „matka”, drugiej w rubryce „rodzic”. Organ przyjął, że przeniesienie do polskiego rejestru stanu cywilnego takiego aktu urodzenia byłoby sprzeczne z podstawowymi zasadami porządku prawnego Rzeczypospolitej Polskiej a zatem odniósł się do przesłanki wskazanej w art. 107 pkt 3) p.a.s.c. Organ powołał się

⁹ E. Przyśliwska-Urbaneck, *Aktualne orzecznictwo sądów administracyjnych dotyczące rejestracji pochodzenia dziecka od osób tej samej płci* [w:] J. Gołaczyński, W. Popiołek (red.), *Kolizyjne i procesowe aspekty prawa rodzinnego*, C.H. Beck, Warszawa 2019, s. 153.

¹⁰ Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 3 czerwca 2011 r., sygn. akt III CSK 259/10.

¹¹ A. Grabarczyk..., *op. cit.*, s. 30.

¹² A. Czajkowska, E. Pachniewska, *Prawo o aktach stanu cywilnego. Komentarz. Orzecznictwo. Wzory dokumentów i pism*, LexisNexis, Warszawa 2011, s. 38.

¹³ E. Przyśliwska-Urbaneck..., *op. cit.*, s. 154.

także na przepisy kodeksu rodzinnego i opiekuńczego¹⁴, tj. na art. 61⁹ k.r.o., w którym matka definiowana jest jako kobieta, która dziecko urodziła, zaś ojciec w regulacjach k.r.o. zawsze jest mężczyzną.

Od tej decyzji wniesiono odwołanie, wskazując w nim na naruszenie m.in. zakazu dyskryminacji, poszanowania prawa do prywatności i wiążącego Polskę prawa europejskiego, w tym art. 6 Traktatu o Unii Europejskiej, Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej¹⁵ oraz regulacji zawartych w Karcie Praw Podstawowych UE¹⁶. Wojewoda, pełniący funkcję organu II instancji, utrzymał w mocy decyzję kierownika urzędu stanu cywilnego, odnosząc się przy tym do braku możliwości umieszczenia w akcie urodzenia dziecka, obok danych matki, danych drugiej kobiety jako rodzica. Niedopuszczalne byłoby wpisanie dwóch kobiet jako rodziców, gdyż dane jednej z nich musiałyby być wpisane w rubryce dotyczącej ojca dziecka, a to, zdaniem organu II instancji, byłoby w sposób oczywisty niezgodne z polskim porządkiem prawnym. Decyzja ta została zaskarżona jako wydana z naruszeniem prawa materialnego, a skarżąca podkreślała, że „brak uznania prawnego znaczenia brytyjskiego aktu urodzenia jej syna i nie wzięcie tego aktu pod uwagę przez organ narusza jej prawo do ochrony życia prywatnego i rodzinnego wyznaczonego przez relacje z synem i jej partnerką”¹⁷. Odpowiadając na skargę, wojewoda wniósł o jej oddalenie, zaś Rzecznik Praw Obywatelskich (dalej także RPO) wniósł o uchylenie zaskarżonej decyzji wojewody oraz poprzedzającej ją decyzji organu I instancji. Argumenty RPO wskazywały na wywodzony z art. 104 ust. 5 p.a.s.c. obowiązek transkrypcji aktu urodzenia osoby ubiegającej się o polski dokument tożsamości – paszport lub dowód osobisty, Rzecznik podzielał stanowisko skarżącej, która twierdziła, że odmowa transkrypcji spowodowana wyłącznie statusem prawnym rodziców (pozostających w zarejestrowanym jednopłciowym związku partnerskim), stanowi dyskryminację zakazaną w Konwencji o Prawach Dziecka¹⁸.

Wojewódzki Sąd Administracyjny w Krakowie¹⁹ oddalił skargę i przychylił się do stanowiska kierownika urzędu stanu cywilnego i wojewody, podkreślając, że co prawda organ nie bada zagranicznego dokumentu pod względem merytorycznym, jednak zawsze jest zobowiązany do dokonania oceny, czy treść polskiego aktu stanu cywilnego, powstałego w wyniku transkrypcji, nie naruszy podstawowych zasad porządku prawnego Rzeczypospolitej Polskiej. I tak, zdaniem sądu, wpisanie obok matki dziecka, drugiej kobiety, pogwałciłoby podstawowe zasady polskiego porządku prawnego. WSA nie

¹⁴ Ustawa z dnia 25 lutego 1964 r. Kodeks rodzinny i opiekuńczy (tekst jednolity: Dz.U. z 2019 r., poz. 303), dalej jako k.r.o.

¹⁵ Traktat o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej (Dz.Urz. C 326, 26/10/2012 P. 0001–0390).

¹⁶ Karta Praw Podstawowych Unii Europejskiej (Dz.Urz. UE 2016 C 202).

¹⁷ Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 10 października 2018 r., sygn. akt II OSK 2552/16, <http://orzeczenia.nsa.gov.pl/doc/013EB55F39> (dostęp: 10.07.2019).

¹⁸ Konwencja o prawach dziecka (Dz.U. z 2013 r., poz. 677).

¹⁹ Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Krakowie z dnia 10 maja 2016 r. sygn. akt III SA/Kr 1400/15.

zgodził się także z argumentem Rzecznika Praw Obywatelskich, jakoby odmowa dokonania transkrypcji uniemożliwiała małoletniemu skuteczne wykazanie i ustalenie przed polskimi organami elementu tożsamości w postaci relacji z jednym ze swoich rodziców. WSA zwrócił uwagę, że brytyjski akt urodzenia stanowi, tak jak jego polski odpowiednik, wyłączny dowód zdarzeń w nim stwierdzonych i zarówno małoletni, jak i jego opiekun prawny mogą się na niego skutecznie powoływać²⁰.

Od powyższego wyroku wniesiono skargę kasacyjną, zarzucając naruszenie prawa materialnego, przez błędną wykładnię, odwołującą się jedynie do regulacji zawartych w p.a.s.c., nie uwzględniając przy tym całego systemu prawodawstwa, w szczególności konstytucyjnych zasad ochrony rodziny, ochrony życia prywatnego, ochrony władzy rodzicielskiej czy zasady ochrony dobra dziecka²¹ oraz niespektowanie zobowiązań międzynarodowych. Konsekwencją tego, według skarżącej, było naruszenie praw małoletniego syna do równego traktowania i narażenie go na nieuzasadnioną dyskryminację wynikającą jedynie z jego pochodzenia ze związku jedнопłciowego. Podkreślono także wagę art. 3 Konwencji o prawach dziecka²², zgodnie z którym we wszystkich działaniach dotyczących dzieci, podejmowanych m.in. przez władze administracyjne, sprawą nadrzędną jest najlepsze zabezpieczenie interesów dziecka.

Wreszcie sprawa znalazła swój finał w Naczelnym Sądzie Administracyjnym, który uznał, że skarga kasacyjna zasługuje w całości na uwzględnienie. NSA zważył, że nie można kwestionować zasadności stosowania klauzuli porządku publicznego w ogólności, jednak klauzula ta uzasadnia odstępstwo od podstawowego działania polegającego na dokonaniu transkrypcji tylko w wyjątkowych przypadkach, gdy istnieje realne i poważne zagrożenie dla jednego z podstawowych interesów społeczeństwa. NSA uznał za kluczowy wątek odrzucony przez WSA, a mianowicie uzależnienie wydania polskiego dokumentu tożsamości (paszportu lub dowodu osobistego) od przedłożenia właściwemu organowi administracji publicznej polskiego aktu urodzenia. NSA odniósł się do art. 104 ust. 5 p.a.s.c. dotyczącego obligatoryjnej transkrypcji, z którego wynika odstępstwo od przesłanek odmowy dokonania transkrypcji wymienionych w art. 107 p.a.s.c. Jedną z sytuacji uzasadniających obligatoryjność transkrypcji jest ubieganie się o wydanie polskiego dokumentu tożsamości. Jest to, zdaniem NSA, przemyślana konstrukcja ustawodawcy, który celowo i świadomie zapobiegł sytuacji, w której obywatelowi Rzeczypospolitej Polskiej nie zostaną wydane dokumenty poświadczające tożsamość, a w konsekwencji nie będzie on mógł korzystać z praw związanych z posiadaniem polskiego obywatelstwa, np. dostępu do systemu ochrony zdrowia czy oświaty. NSA uznał więc, że stanowisko organów I i II instancji jest niezgodne z przepisami p.a.s.c., ale także naruszające prawa dziecka gwarantowane w Konstytucji RP i Konwencji o Prawach Dziecka.

²⁰ Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Gliwicach z dnia 6 maja 2010 r., sygn. akt II SA/Gl 669/09.

²¹ Zob. art. 18, art. 34 ust. 1, art. 47, art. 48 i art. 72 ust. 1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz.U. Nr 78, poz. 483), dalej: Konstytucja RP.

²² Konwencja o prawach dziecka (Dz.U. z 2013 r., poz. 677).

NSA stanął na stanowisku, że ustawowy obowiązek transkrypcji zagranicznego aktu stanu cywilnego, prowadzący do poświadczenia tożsamości, wpisuje się w cały system ochrony praw dziecka i nie stoi w sprzeczności z podstawowymi zasadami porządku prawnego Rzeczypospolitej Polskiej²³.

Orzeczenie Naczelnego Sądu Administracyjnego jest przełomowe w kwestii ochrony praw dziecka pochodzącego ze związku jedнопłciowego, jednak nie wyczerpuje problemu. Administracja publiczna, a konkretnie urzędy stanu cywilnego, stanęły przez wyzwaniem wykonania wyroku NSA. W formularzu aktu urodzenia widnieją dwie rubryki „matka” i „ojciec”, nie rozwiązano więc kwestii, w jaki sposób ma być dokonany wpis pary jedнопłciowej jako rodziców. Rzecznik Praw Obywatelskich wyraził zaniepokojenie trudnościami organizacyjno-technicznymi związanymi z używaniem wzoru formularza aktu urodzenia, jako stojącymi na przeszkodzie realizacji najlepszego interesu dziecka i dokonania transkrypcji aktu urodzenia, a tym samym umożliwienia wydania dokumentu tożsamości i nadania numeru PESEL. Jednocześnie Ombudsman wystąpił do Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z pytaniem, „czy planowana jest zmiana rozporządzenia MSWA z 29 stycznia 2015 r. w sprawie wzorów dokumentów wydawanych z zakresu rejestracji stanu cywilnego, tak aby wzór formularza aktu urodzenia umożliwiał transkrypcję zagranicznego aktu urodzenia dziecka pary jedнопłciowej. Jeśli nie jest to planowane, RPO chciałby wiedzieć, jakie inne działania prawne, techniczne i organizacyjne zostały lub zostaną podjęte w celu umożliwienia tych transkrypcji”²⁴. W odpowiedzi Minister wyjaśnił, że dostosowanie formularzy aktu urodzenia sprowadzałoby się do zastąpienia nazw obecnych rubryk oznaczonych jako „matka” i „ojciec”, sformułowaniami typu „rodzic 1” i „rodzic 2”, a to byłoby sprzeczne z zasadami ustalającymi pochodzenie dziecka, zawartymi w k.r.o. Minister enigmatycznie odniósł się także do art. 18 Konstytucji RP zawierającego zasadę opieki państwa nad małżeństwem i rodziną, a ostatecznie zastrzegł, że nie będzie podejmował ani inicjował działań legislacyjnych zmierzających do zmiany przepisów rozporządzenia w sprawie wzorów dokumentów wydawanych z zakresu rejestracji stanu cywilnego²⁵.

Podsumowanie

Opisane w niniejszym artykule orzeczenie Naczelnego Sądu Administracyjnego jest krokiem milowym w określeniu kierunku zmian zachodzących w polskiej administracji w odniesieniu do transkrypcji zagranicznego aktu urodzenia dziecka pochodzącego ze związku jedнопłciowego. Nie jest to jednak koniec batalii, w której uczestniczą osoby

²³ Wyrok NSA z dnia 10 października 2018 r. sygn. akt II OSK 2552/16, <http://orzeczenia.nsa.gov.pl/doc/013EB55F39> (dostęp: 10.07.2019).

²⁴ <https://www.rpo.gov.pl/pl/content/problemy-z-wykonaniem-wyroku-nsa-o-wpisie-do-aktu-stanu-cywilnego-rodzicow-tej-samej-p%C5%82ci> (dostęp: 7.07.2019).

²⁵ <https://www.rpo.gov.pl/sites/default/files/Odpowied%C5%BA%20MSWiA%203%20czerwca%202019.pdf> (dostęp: 14.07.2019).

domagające się respektowania ich podstawowych praw.

W dniu 17 kwietnia 2019 r. Naczelny Sąd Administracyjny rozpoznawał kolejną sprawę dotyczącą transkrypcji aktu urodzenia dziecka będącego obywatelem polskim, w którym to akcie widnieją dwie kobiety jako rodzice. W tym przypadku NSA zdecydował się na odroczenie merytorycznego rozpoznania sprawy do czasu rozstrzygnięcia zagadnienia prawnego, jako budzącego poważne wątpliwości, przez skład siedmiu sędziów NSA. Pytanie zostało sformułowane w następujący sposób: „[c]zy przepis art. 104 ust. 5 ustawy – Prawo o aktach stanu cywilnego z związku z art. 7 ustawy – Prawo prywatne międzynarodowe dopuszcza transkrypcję zagranicznego aktu urodzenia, w którym jako rodziców wskazano osoby tej samej płci?”.

W ustnym uzasadnieniu postanowienia o skierowaniu zagadnienia prawnego do rozstrzygnięcia przez skład siedmiu sędziów podkreślono rozbieżności w orzecznictwie sądów administracyjnych w sprawach dopuszczalności transkrypcji zagranicznego aktu urodzenia, w którym jako rodzice widnieją osoby tej samej płci. W opinii składu orzekającego, tylko uchwała siedmiu sędziów NSA będzie bezwzględnie wiążąca i zgodnie z przeważającym poglądem doktryny, będzie musiała być respektowana w podobnych sprawach rozpatrywanych w przyszłości²⁶. Na dzień oddania do druku niniejszego opracowania, nie została jeszcze podjęta uchwała siedmiu sędziów Naczelnego Sądu Administracyjnego. Biorąc jednak pod uwagę argumenty przytoczone w uzasadnieniu wyroku NSA z dnia 10 października 2018 r. sygn. akt II OSK 2552/16, wyżej opisanego, należy mieć nadzieję, że skład siedmiu sędziów podzieli to stanowisko, a administracja publiczna zyska jednoznaczne wytyczne w zakresie transkrybowania zagranicznego aktu urodzenia dziecka pary jedнопłciowej.

Bibliografia

- Boć J., *Uwarunkowania rozwoju administracji publicznej* [w:] J. Boć (red.), *Nauka administracji*, Kolonia Limited, Wrocław 2013.
- Czajkowska A., Pachniewska E., *Prawo o aktach stanu cywilnego. Komentarz. Orzecznictwo. Wzory dokumentów i pism*, LexisNexis, Warszawa 2011.
- Duniewska Z., Jaworska-Dębska B., Michalska-Badziak R., Olejniczak-Szałowska E., Stahl M., *Prawo administracyjne – pojęcia, instytucje, zasady w teorii i praktyce*, Difin, Warszawa 2000.
- Grabarczyk A., *Prawo strony do przeniesienia do rejestru stanu cywilnego małżeństwa jedнопłciowego – uwagi na tle orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu*, „Studenckie Zeszyty Naukowe” 2019, vol. XXII, nr 40.
- Izdebski H., Kulesza M., *Administracja publiczna. Zagadnienia ogólne*, Liber, Warszawa 2004.
- Przyśliwska-Urbanek E., *Aktualne orzecznictwo sądów administracyjnych dotyczące rejestracji pochodzenia dziecka od osób tej samej płci* [w:] J. Gołaczyński, W. Popiołek (red.), *Kolizyjne i procesowe aspekty prawa rodzinnego*, C.H. Beck, Warszawa 2019.

²⁶ <https://www.rpo.gov.pl/pl/content/nsa-wyda-uchwale-7-sedziow-transkrypcja-zagranicznego-aktu-urodzenia-dziecka-rodzicow-tej-samej-plci> (dostęp: 11.07.2019).

Szreniawski J., *Wstęp do nauki administracji*, Morpol, Lublin 2000.

Wojewoda M., *Małżeństwa jednopłciowe i związki partnerskie w polskim rejestrze stanu cywilnego?*, „Studia Prawno-Ekonomiczne” 2017, t. CIII.

Akty prawne

Traktat o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej (Dz.Urz. C 326, 26/10/2012 P. 0001–0390).

Karta Praw Podstawowych Unii Europejskiej (Dz.Urz. UE 2016 C 202).

Konwencja o prawach dziecka (Dz.U. z 2013 r., poz. 677).

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

Ustawa z dnia 25 lutego 1964 r. Kodeks rodzinny i opiekuńczy (tekst jednolity: Dz.U. z 2019 r., poz. 303).

Ustawa z dnia 28 listopada 2014 r. Prawo o aktach stanu cywilnego (tekst jednolity: Dz.U. z 2018 r., poz. 2224).

Orzecznictwo

Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 3 czerwca 2011 r., sygn. akt III CSK 259/10.

Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Gliwicach z dnia 6 maja 2010 r., sygn. akt II SA/GI 669/09.

Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Krakowie z dnia 10 maja 2016 r. sygn. akt III SA/Kr 1400/15.

Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 10 października 2018 r., sygn. akt II OSK 2552/16.

Źródła internetowe

Raport OECD z 1986 r. *The Administration as a Service*, <http://www.oecd.org/governance/digital-government/1910557.pdf> (dostęp: 10.07.2019).

<http://orzeczenia.nsa.gov.pl/doc/013EB55F39> (dostęp: 10.07.2019).

<https://www.rpo.gov.pl/pl/content/problemy-z-wykonaniem-wyroku-nsa-o-wpisie-do-akt-stanucywilnego-rodzicow-tej-samej-p%C5%82ci> (dostęp: 7.07.2019).

<https://www.rpo.gov.pl/sites/default/files/Odpowied%C5%BA%20MSWiA%203%20czerwca%202019.pdf> (dostęp: 14.07.2019).

<https://www.rpo.gov.pl/pl/content/nsa-wyda-uchwale-7-sedziow-transkrypcja-zagranicznego-aktu-urodzenia-dziecka-rodzicow-tej-samej-plci> (dostęp: 11.07.2019).

Autor

mgr Barbara Zyzda

Uniwersytet Wrocławski

Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii

8. PROBLEM TRANSKRYPCJI ZAGRANICZNYCH AKTÓW STANU CYWILNEGO W KONTEKŚCIE EWOLUCJI POLSKIEGO ORZECZNICTWA DOTYCZĄCEGO STOSOWANIA KLAUZULI PORZĄDKU PUBLICZNEGO

Klaudia Raczek

Streszczenie

Klauzula porządku publicznego jako element ochrony podstawowego porządku państw występuje w wielu aktach prawnych, w tym w ustawie prawo o aktach stanu cywilnego. W ostatnich latach zauważalne jest nadużywanie tego instrumentu, celem ochrony partykularnych interesów państw, w sposób sprzeczny z istotą integracji europejskiej. Często działania organów państwa naruszają podstawowe prawa jednostek. Opracowanie przedstawia problematykę transkrypcji zagranicznych aktów stanu cywilnego i nadużywania klauzuli porządku publicznego, co doprowadza do wypaczenia jej istoty.

Słowa kluczowe: klauzula porządku publicznego, akta stanu cywilnego, transkrypcja, swobody unijne, integracja europejska.

Wprowadzenie

Intensyfikacja procesów wymiany międzynarodowej pomiędzy państwami jest dostrzegalna w każdym aspekcie życia. Sprzyja jej również możliwość korzystania ze swobód w ramach unijnego rynku wewnętrznego. Obecnie prawo do przemieszczania się i pobytu (art. 21 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej¹) jest ściśle związane z korzyściami, jakie płyną z obywatelstwa Unii Europejskiej (UE). Współcześnie jest ono niezależne od kryteriów ekonomicznych². Za taką interpretacją przepisu art. 21 TFUE przemawia również argument wykładni systemowej – umiejscowienia go w części drugiej Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, w brzmieniu nadanym po wejściu w życie Traktatu Lizbońskiego³, zatytułowanej „niedyskryminacja i obywatelstwo”. Znajduje to również swoje odzwierciedlenie w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości

¹ Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (wersja skonsolidowana) (Dz.Urz. UE C 326, 26/10/2012 P. 0001–0390), dalej: TFUE.

² K. Kowalik-Bańczyk [w:] A. Wróbel (red.), *Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej. Tom I*, Lex a Wolters Kluwer business, Warszawa 2012, s. 462

³ Traktat z Lizbony zmieniający Traktat o Unii Europejskiej i Traktat ustanawiający Wspólnotę Europejską podpisany w Lizbonie dnia 13 grudnia 2007 r. (Dz.U. C 306 z 17.2.2017).

ści Unii Europejskiej. W orzeczeniu Uwe Rüffler przeciwko Dyrektorowi Izby Skarbowej we Wrocławiu⁴, Trybunał wskazał, że status obywatela UE nie powinien być badany przez pryzmat jego sytuacji ekonomicznej. Istotę swobody przemieszczania się i korzystania z obywatelstwa UE kształtują postanowienia dyrektywy 2004/38⁵ w sprawie prawa obywateli Unii Europejskiej i członków ich rodzin do swobodnego przemieszczania się i pobytu na terytorium państw członkowskich. Określa ona warunki, na jakich obywatele państw członkowskich mogą przebywać na terytorium innych państw. O doniosłości tej swobody w ramach procesów integracji stanowi również fakt, że jest ona ujęta w art. 45 Karty Praw Podstawowych⁶ jako gwarancja swobodnego przemieszczania się i pobytu na terytorium państw członkowskich. Jak wskazuje TSUE w wyroku Coman⁷ z jej istoty wynika to, aby życie rodzinne, które obywatel prowadził w danym państwie członkowskim, mogło toczyć się dalej po jego powrocie do państwa członkowskiego jego przynależności państwowej. W braku takiego zapewnienia obywatel Unii zostałby bowiem odwiedziony od opuszczenia państwa członkowskiego, którego przynależność państwową posiada, w celu skorzystania z przysługującego mu na podstawie art. 21 ust. 1 TFUE prawa pobytu w innym państwie członkowskim z tego względu, że nie miałby pewności, czy w państwie członkowskim swego pochodzenia będzie mógł kontynuować życie rodzinne, rozwinięte lub umocnione w przyjmującym państwie członkowskim⁸. Wszystko to sprawia, że poszczególne porządki krajowe stają przed koniecznością uznawania sytuacji, które miały miejsce pod rządami innego prawa niż siedziba *fori*. Wszak obywatel europejski może korzystać ze swobody przemieszczania się z samego tytułu posiadania obywatelstwa⁹. O ile wzajemne uznawanie orzeczeń z zakresu prawa cywilnego i handlowego w postępujących procesach integracji w ramach

⁴ Wyrok Trybunału (trzecia izba) z dnia 23 kwietnia 2009 r. w sprawie C-544/07 *Uwe Rüffler v. Dyrektorowi Izby Skarbowej we Wrocławiu Ośrodek Zamiejskowy w Wałbrzychu*, ECLI:EU:C:2009:258 pkt 55–56.

⁵ Dyrektywa 2004/38/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 29 kwietnia 2004 r. w sprawie prawa obywateli Unii i członków ich rodzin do swobodnego przemieszczania się i pobytu na terytorium Państw Członkowskich, zmieniająca rozporządzenie (EWG) nr 1612/68 i uchylająca dyrektywy 64/221/EWG, 68/360/EWG, 72/194/EWG, 73/148/EWG, 75/34/EWG, 75/35/EWG, 90/364/EWG, 90/365/EWG i 93/96/EWG (Dz.Urz. UE 30.4.2004 L 158.77).

⁶ Karta Praw Podstawowych z 7 grudnia 2000 r. (Dz.U. C 326/02).

⁷ Wyrok Trybunału (wielka izba) z dnia 5 czerwca 2018 w sprawie C-673/16 *Coman v. Romania*, ECLI:EU:C:2018:385.

⁸ Podobnie w wyroku Trybunału (wielka izba) z dnia 12 marca 2014 r. w sprawie C 456/12, ECLI:EU:C:2014:135, pkt 54 i przytoczone tam orzecznictwo.

⁹ Wyrok Trybunału (wielka izba) z dnia 7 lipca 2019 r. w sprawie C-147/03, *Komisja v. Austria*, ECLI:EU:C:2005:427.

prawa wspólnotowego, w celu uzyskania wewnętrznej harmonizacji, nie budzi już większych wątpliwości (dokonuje się to na mocy rozporządzenia Bruksela I bis¹⁰, które zastąpiło rozporządzenie Bruksela I¹¹), to w zakresie uznawania zdarzeń kształtujących stan cywilny¹² często napotyka się powściągliwość ze strony władz państwa obywatelstwa, kończąca się odmową dokonania transkrypcji. Sytuacje te znalazły odzwierciedlenie w licznych orzeczeniach TSUE. Odmowę dokonania transkrypcji umożliwia powołanie się na klauzulę porządku publicznego. Nie negując samej istoty klauzuli porządku publicznego i jej przydatności jako mechanizmu ochrony najistotniejszych wartości porządku *fori*, nie ulega jednak wątpliwości, że przez wzgląd na blankietowe ujęcie porządku publicznego, posługiwanie się tym groźnym orężem wymaga daleko idącej ostrożności, gdyż sytuacje w których dochodzi do konieczności powołania się na porządek publiczny występują stosunkowo rzadko¹³. Niemniej jednak powołanie się na klauzulę wymaga oparcia w porządku prawnym, którego ochronie ma służyć. Cel zaś ochrony może wynikać z konkretnej jednostkowej normy – o ile jest ona tak istotna, że bez niej dochodzi do naruszenia integralności systemu prawa¹⁴ – bądź może być wyinterpretowany z wielu norm. Jednakże porządek ten musi opierać się o zasady naczelne, bez których istnienia nie można mówić o jego spójności¹⁵. Nie jest wystarczające dla zastosowania klauzuli porządku publicznego stwierdzenie niezgodności z treścią własnego prawa¹⁶. Istotę tę oddaje amerykański sędzia w jednym wyroków, stwierdzając, że nie jesteśmy tak prowincjonalni, żeby sądzić, że każde rozwiązanie odmienne od własnego, jest wadliwe¹⁷.

¹⁰ Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) NR 1215/2012 z dnia 12 grudnia 2012 r. w sprawie jurysdykcji i uznawania orzeczeń sądowych oraz ich wykonywania w sprawach cywilnych i handlowych (Dz.Urz. UE z 20.12.2012 L 351).

¹¹ Rozporządzenie Rady (WE) nr 44/2001 z dnia 22 grudnia 2000 r. w sprawie jurysdykcji i uznawania orzeczeń sądowych oraz ich wykonywania w sprawach cywilnych i handlowych (Dz.Urz. UE z 16.1.2001 L 12).

¹² Tradycyjnie doktryna wyróżnia trzy rodzaje zdarzeń kształtujących stan cywilny – zdarzenia sensu *stricto*, czyli fakty, orzeczenia sądowe i rozstrzygnięcia innych organów, oświadczenia woli i czynności prawne, J. Ignatowicz, *Komentarz do art. 90*, [w:] K. Pietrzkowski (red.), *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2010, s. 388.

¹³ M. Sośniak, *Klauzula porządku publicznego w prawie międzynarodowym prywatnym*, Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Warszawa 1961, s. 233.

¹⁴ M. Renner, [w:] G-P. Calliess (red.), *Rome Regulations: Commentary*, Kluwer Law International, 2011, s. 322.

¹⁵ M. Pazdan (red.), *Prawo prywatne międzynarodowe. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2018, s. 250.

¹⁶ *Ibidem*, s. 250, pkt 17.

¹⁷ *Loucks v. Standard Oil Co of New York*, 224 N.Y. 99, 120 N.E. 198(1918).

Normatywne i jurydyczne ujęcie klauzuli porządku publicznego

W polskim porządku prawnym przepisy odwołujące się do klauzuli porządku publicznego uwzględniono w licznych aktach prawnych. W kontekście ochrony praw podstawowych kontrowersje w orzecznictwie i doktrynie wywołały regulacje Ustawy z dnia 24 listopada 2014 r. Prawo o aktach stanu cywilnego¹⁸, która w art. 107 pkt 3 u.a.s.c. zawiera własną podstawę odmowy transkrypcji zagranicznych aktów stanu cywilnego. Urzędnicy stanu cywilnego konsekwentnie odmawiają, w oparciu o klauzulę porządku publicznego, transkrybowania do polskiego aktu stanu cywilnego dokumentów, takich jak zagraniczne akty małżeństwa par jedнопłciowych bądź aktów urodzenia dzieci zrodzonych z takich związków lub w ramach procedur macierzyństwa zastępczego¹⁹. Decyzje administracyjne urzędników odmawiające dokonywania transkrypcji zyskiwały aprobatę sądów administracyjnych, o czym świadczą liczne judykaty²⁰, w których sądy odpierają argumentację skarżących przedmiotowe decyzje administracyjne wskazując, że w przypadku odmowy dokonania transkrypcji nie dochodzi do naruszenia art. 7 i 21 ust. 1 Karty Praw Podstawowych, tj. prawa skarżących do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego oraz zakazu dyskryminacji. Pierwszym z argumentów uzasadniających użycie klauzuli porządku publicznego była konstatacja dotycząca sprzeczności z art. 18 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej²¹, który stanowi, że małżeństwo jako związek kobiety i mężczyzny, rodzina, macierzyństwo i rodzicielstwo znajdują się pod ochroną i opieką Rzeczypospolitej Polskiej w związku z art. 61⁹ kodeksu rodzinnego i opiekuńczego²², który stanowi że matką dziecka jest kobieta, która je urodziła, zaś jako ojca w każdym przypadku powołuje się mężczyznę. W ocenie sądu przedstawionej w uzasadnieniu orzeczenia z dnia 17 grudnia 2014 sygn. akt II OSK 1298/13 „nie tylko w odwołaniu do semantycznego znaczenia słów »rodzice« i »ojciec«, ale również na gruncie prawnym dziecko może pochodzić ze związku kobiety i mężczyzny, jak również przysposobić dziecko mogą wyłącznie małżonkowie”. I dalej, w ocenie Naczelnego

¹⁸ Ustawa z dnia 24 listopada 2014 r. Prawo o aktach stanu cywilnego (tekst jednolity: Dz.U. z 2018 r., poz. 2224), dalej: u.a.s.c.

¹⁹ M. Zachariasiewicz, *Klauzula porządku publicznego jako instrument ochrony materialnoprawnych interesów i wartości fori*, C.H. Beck, Warszawa 2018, s. 391.

²⁰ Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z 17 grudnia 2014 r. (II OSK 1298/13) LEX nr 1772336, Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Gliwicach z 6 kwietnia 2016 r. (II SA/Gl 1157/15) LEX nr 2035383, Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Krakowie 10 maja 2016 r. (III SA/Kr 1400/15) LEX nr 2056842, Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie (IV SA/Wa 1748/16) LEX nr 2161692, Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z 6 maja 2015 r. (II OSK 2419/13) LEX nr 1780447, Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z 6 maja 2015 r. (II OSK 2372/13) LEX nr 1780419.

²¹ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz.U. 2009 r. Nr 114, poz. 946), dalej: Konstytucja RP.

²² Ustawa z dnia 25 lutego 1964 r. – Kodeks rodzinny i opiekuńczy (tekst jednolity: Dz.U. z 2017 r., poz. 682 ze zm.), dalej: KRO.

Sądu Administracyjnego wyrażonej w przedmiotowym judykacie z dnia 17 grudnia 2014 r., „należy nie tylko stanowczo zaprzeczyć takiej możliwości uznania [K.R.– przyp. aut.], gdyż polskie prawo nie zna instytucji »rodziców jednopłciowych«, zaś możliwości usankcjonowania na gruncie prawnym »takiej rodziny« w ogóle nie przewiduje, ale również wyraźnie podkreślić, że użyty przez autora skargi kasacyjnej termin »rodzice jednopłciowi« stanowi *contradictio in se*, jako że – nie tylko prawnie – ze związku jednopłciowego nie może być poczęte dziecko”²³. I dalej, „polski system prawny nie przyznaje tzw. związkom partnerskim praw rodzicielskich i nie umożliwia nadanie takim stanom faktycznym atrybutu stanu regulowanego prawem. Konsekwencją takiego stanu prawnego jest niemożność uznania osoby płci żeńskiej niebędącej z natury rzeczą ojcem biologicznym dziecka, za »ojca« lub nawet »rodzicą«”. Na zakończenie sąd dodaje, że prawa obywatela nie zostają ograniczone, gdyż zagraniczny akt urodzenia ma moc urzędową i korzysta z domniemania na równi z polskimi dokumentami urzędowymi na podstawie art. 1138 kodeksu postępowania cywilnego²⁴.

Uwadze sądu w tym oraz licznych innych orzeczeniach umknęła jednak istota problemu związanego z odmową transkrybowania zagranicznego aktu do polskich akt stanu cywilnego. Po pierwsze należy stwierdzić, że sam charakter prawny transkrypcji (art. 104–107 u.a.s.c.), pomimo licznych sporów w doktrynie²⁵ został przesądzony uchwałą siedmiu sędziów SN z 20 listopada 2012 r. III CZP 58/12 potwierdzającej jej reprodukcyjny charakter. Potwierdza to również obecne brzmienie przepisu art. 105 ust. 2 u.a.s.c.²⁶. Celem dokonywanej transkrypcji jest więc wyłącznie uznanie mocy dowodowej zagranicznych dokumentów, nie stanowi zaś sama w sobie aktu legalizacji i uznania *per se* wynikających z nich skutków cywilnoprawnych. Ponadto, jak wskazuje się w literaturze przedmiotu, w ramach uznania nie ocenia się aktu prawnego – obowiązuje bowiem zasada zaufania do zagranicznego dokumentu stanu cywilnego²⁷. Wyjątkowo jednak, przez wzgląd na możliwość posłużenia się klauzulą porządku publicznego celem odmowy, pewna ocena jest nieunikniona. W wielu przypadkach ignorowane są skutki zastosowania klauzuli. Po pierwsze poprzez odmowę transkrypcji aktów urodzenia

²³ Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 17 grudnia 2014 r., sygn. akt. II OSK 1298/13, LEX nr 1772336.

²⁴ Ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (Dz.U. z 2019 r., poz. 1460 ze zm.), dalej: KPC.

²⁵ Ewolucję poglądów doktryny na temat charakteru prawnego transkrypcji prezentuje m.in. M.A. Zachariasiewicz, *Nowa ustawa o prawie prywatnym międzynarodowym a małżeństwa i związki osób tej samej płci* [w:] M. Pazdan (red.), *Problemy Prawa Prywatnego międzynarodowego. Tom 11*, Wydawnictwo UŚ, Katowice 2012, s. 71–113 – transkrypcja jako akt o charakterze legalizującym, albo jako czynność reprodukująca poprzez dokładne odwzorowanie.

²⁶ 104. ust.2.u.a.s.c.: Transkrypcja polega na wiernym i literalnym przeniesieniu treści zagranicznego dokumentu stanu cywilnego zarówno językowo, jak i formalnie, bez żadnej ingerencji w pisownię imion i nazwisk osób wskazanych w zagranicznym dokumencie stanu cywilnego (Dz.U. z 2018 r., poz. 2224).

²⁷ M. Wojewoda, *Transkrypcja aktu urodzenia dziecka, które zostało uznane za granicą*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2017, z. 2, s. 338.

dzieci par, które są obywatelami Rzeczypospolitej Polskiej odmawia się im możliwości uzyskania dokumentów potwierdzających ich tożsamość, zaś w świetle art. 14 Ustawy z dnia 2 kwietnia 2009 r. o obywatelstwie polskim, nabycie obywatelstwa polskiego przez małoletniego następuje przez urodzenie, gdy co najmniej jeden z rodziców jest obywatelem polskim²⁸. Ponadto w przypadku, jeżeli obywatel polski, którego dotyczy zagraniczny dokument stanu cywilnego, ubiega się o polski dokument tożsamości lub nadanie numeru PESEL²⁹, transkrypcja ma charakter obligatoryjny. Jak wskazuje Rzecznik Praw Obywatelski (RPO) w piśmie procesowym do NSA z 18 czerwca 2018 r.³⁰, odmawiając transkrypcji organy uniemożliwiają uzyskanie dokumentów tożsamości, które to dokumenty poświadczają obywatelstwo osób starających się o dokonanie transkrypcji zagranicznych aktów stanu cywilnego i umożliwiają im korzystanie ze swobód unijnych. Tym samym w braku możliwości ich uzyskania i nieposiadania obywatelstwa, osoby te traktowane są *de facto* jako bezpaństwowcy³¹. Przypomnieć należy, że w przypadku, gdy obywatel polski ubiega się o polski dokument tożsamości lub nadanie mu numeru PESEL transkrypcja jest obligatoryjna (art. 104 ust.5 u.a.s.c.).

Nie ulega wątpliwości, że w istocie odmowa taka stanowi naruszenie praw dziecka, któremu to zgodnie z art. 72 ust. 1 Konstytucji Rzeczypospolita Polska zapewnia ochronę. Ponadto z wiążących Rzeczypospolitą Polską aktów prawa międzynarodowego³² wynika konieczność kierowania się zasadą priorytetu dziecka. Dobro małoletniego w prezentowanych stanach faktycznych zostało narażone w sposób istotny, poprzez *de facto* odmowę ustalenia jego stanu cywilnego w państwie obywatelstwa. Skoro TSUE przyjął odmowę uznania nazwiska przez władze niemieckie w sprawie Stefana Grunkina i Dorothee Regina Paul³³, a także władze duńskie w sprawie Gracia Avello³⁴ za naruszenie swobody przemieszczania się, to *a minori ad maius*, tym bardziej za taką należy uznać odmowę transkrypcji zagranicznego aktu urodzenia sprzeczną z dobrem małoletniego. Ponadto, w ocenie TSUE stanowi to również niczym nieuzasadnioną ingerencję w życie rodzinne jednostek, które podlega ochronie w ramach porządku unijnego, a także międzynarodowego. Ograny administracji oraz sądy uzasadniają odmowę dokonywania transkrypcji zagranicznych aktów stanu cywilnego przez wzgląd na ich sprzeczność z art. 18 Konstytucji RP. Argument ten wydaje się niczym nieuzasadniony. Bowiem z normy tej wynika ochrona małżeństwa jako związku kobiety i mężczyzny. Tym samym daleko idącym wnioskiem byłaby konstatacja, że wynika z niej zakaz innych związków

²⁸ Ustawa z dnia 2 kwietnia 2009 r. o obywatelstwie polskim (tekst jednolity: Dz.U. z 2018 r., poz. 1829 ze zm.).

²⁹ Powszechny Elektroniczny System Ewidencji Ludności.

³⁰ A. Bodnar, *Pismo procesowe do NSA*, XI.534.2.2018.AM.

³¹ *Ibidem*, pkt 15.

³² art. 3 ust. 1 Konwencji o prawach dziecka (Dz.U. z 1991 r. Nr 120, poz. 526 ze zm.).

³³ Wyrok Trybunału (wielka izba) z dnia 14 października 2008 r. w sprawie C 353/06, *Grunkin i Paul*, ECLI:EU:C:2008:559.

³⁴ Wyrok Trybunału z dnia 2 października 2003 r. w sprawie C 148/02, *Gracia Avello*, ECLI:EU:C:2003:539.

niż związki heteroseksualne³⁵. Stanowisko to zyskuje również aprobatę licznych konstytucjonalistów m.in. Lecha Garlickiego, który zaznacza, że norma art. 18 Konstytucji RP w swej istocie stanowi element aksjologii konstytucyjnej³⁶ oraz jest normą programową, wyznaczając kierunki działań organów państwa – a więc podejmowania działań w celu ochrony rodziny³⁷. Uregulowania krajowe, które stawiają w mniej korzystnej sytuacji obywateli, tylko z tego powodu, że skorzystali ze swobody przemieszczania się i pobytu, stoją w sprzeczności z art. 21 TFUE³⁸. Kolidują również z art. 7 Karty Praw Podstawowych oraz 8 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka³⁹, gdyż ochrona życia rodzinnego ma charakter autonomiczny i jego rozumienie nie musi się pokrywać z rozumieniem przyjętym w poszczególnych państwach⁴⁰.

Przełamanie linii orzeczniczej przez NSA

Mając na uwadze powyższe, w pełni na aprobatę zasługuje stanowisko zaprezentowane przez NSA w wyroku z dnia 10 października 2018 r. sygn. II OSK 2552/16. Ten precedensowy judykant stanowi przełamanie dotychczasowej linii orzeczniczej sądów administracyjnych oraz postępowania organów względem dotychczasowej praktyki w zakresie odmowy dokonywania transkrypcji zagranicznych aktów stanu cywilnego. Naczelny Sąd Administracyjny wskazuje, że pojęcie porządku publicznego jako uzasadnienie odstępstwa od podstawowego działania polegającego na dokonaniu transkrypcji, powinno być interpretowane w sposób wąski, *in concreto*, mając na uwadze realia sprawy

³⁵ Tak m.in. A. Jezusek, *Możliwość instytucjonalizacji związków osób tej samej płci w świetle art.18 Konstytucji RP*, „Przegląd Sejmowy” 2015, nr 4(129), s. 70–71, też J. Pawliczak, *Zarejestrowany związek partnerski a małżeństwo*, Wolters Kluwer Polska, Warszawa 2014, s. 35–35 (ale tylko w odniesieniu do instytucjonalizacji związków monoseksualnych) oraz E. Łętowska, J. Woleński, *Instytucjonalizacja związków partnerskich a Konstytucja RP z 1998 r.*, „Państwo i Prawo” 2013, nr 6, s. 25; M. Pilich, R. Piotrowski, *Wykładnia Konstytucji a zagadnienia ustawowej regulacji związków partnerskich*, [w:] R. Wieruszewski (red.), M. Wyrzykowski (red.), *Orientacja seksualna i tożsamość płciowa. Aspekty prawne i społeczne*, Instytut Wydawniczy Europrawo, Warszawa 2009, s. 246–250; P. Winczorek, *Komentarz do Konstytucji RP z 2 kwietnia 1997 r.*, wyd. 2, Liber, Warszawa 2008, s. 86; M. Wyrzykowski, *Publiczne a prywatne w wykładni konstytucyjnej na przykładzie art. 18 Konstytucji RP*, [w:] T. Giaro (red.), *Interes publiczny a interes prywatny w prawie*, Stowarzyszenie Absolwentów Wydziału Prawa i Administracji UW, Warszawa 2012, s. 217.

³⁶ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 2 października 2012 r., SK 27/11, 3 grudnia 2013 r., P 40/12.

³⁷ L. Garlicki, *Komentarz do art. 18*, [w:] L. Garlicki, M. Zubik (red.), *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz. Tom I*, Wydawnictwo Sejmowe, wyd. II, Warszawa 2016, s. 496.

³⁸ Wyrok Trybunału (wielkiej izby) z dnia 18 lipca 2006 r. w sprawie C-406/04 *De Cuyper* pkt 39.

³⁹ Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności z dnia 4 listopada 1950 r. (Dz.U. z 1993 Nr 61, poz. 284).

⁴⁰ L. Garlicki (red.), *Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i podstawowych Wolności, Tom I*, C.H. Beck, Warszawa 2010, s. 518.

oraz wnikliwie oceniając realne i poważne zagrożenia dla jednego z podstawowych interesów społeczeństwa w konkretnym przypadku⁴¹. Obecnie porządek publiczny to zasady podstawowe dla porządku krajowego, wzbogaconego o wartości płynące z porządku unijnego i strasburskiego. W tym kontekście, w ocenie autorki opracowania, NSA błędnie stwierdził, że w przedmiotowej sprawie nie dochodzi do stosowania prawa unijnego. Jak wskazuje TSUE w licznych orzeczeniach, art. 21 TFUE stanowi normę, która konstruuje prawo podmiotowe o bezpośrednim zastosowaniu. Tym samym prawo skarżących w kontekście naruszenia prawa do swobodnego przemieszczania się zostało naruszone poprzez odmowę transkrypcji zagranicznego aktu stanu cywilnego. Ignorowanie przez polskie organy władzy publicznej zagranicznych aktów stanu cywilnego rejestrujących zdarzenia wpływające na kształtowanie stanu cywilnego obywateli polskich, niesie za sobą ryzyko naruszenia zasad, które mają walor naczelnych w polskim porządku prawnym. Te zasady to m.in. zasada monogamii oraz zasada dobra rodziny. Organy odmawiając transkrypcji bardzo często tracą z pola widzenia istotę transkrypcji. Czynność ta nie stanowi aktu legalizacji stosunku prawnego, lecz jej skutkiem jest wyłącznie powstanie polskiego dokumentu stanu cywilnego. Klauzula w tym przypadku działa wyłącznie przeciwko umiejscowieniu zagranicznego dokumentu w polskich aktach stanu cywilnego⁴², a nie zaś przeciwko materialnoprawnym skutkom płynącym z jego treści, które to skutki są nie do zaakceptowania w ocenie organów, jako istotnie godzące w istotę porządku publicznego Rzeczypospolitej. Praktyka ta rodzi szereg następstw prawnych, takich jak brak możliwości uzyskania dokumentów potwierdzających tożsamość przez dzieci zrodzone ze związków jedнопłciowych, bądź w ramach procedury macierzyństwa zastępczego. Jest ona nie do pogodzenia z koniecznością zapewnienia należytej ochrony obywatelom przez organy władzy publicznej w demokratycznym państwie prawa. Pozostaje również w sprzeczności z zasadą budzenia zaufania obywateli do władz publicznych. Odmowa transkrypcji nie znajduje uzasadnienia przez wzgląd na obligatoryjny charakter transkrypcji⁴³, w przypadku, gdy obywatel polski ubiega się o dokumenty bądź nadanie numeru PESEL, co wynika *expressis verbis* z u.a.s.c. Przywoływanie zasad prawa rodzinnego jako argumentu uzasadniającego odmowę dokonania transkrypcji należy uznać za nietrafione. Naczelną bowiem zasadą jest zasada dobra dziecka, która w obliczu braku możliwości ukształtowania jego stanu cywilnego zostaje naruszona. Z żadnych aktów obowiązujących w Rzeczypospolitej Polskiej nie wynika również zakaz uznawania rodzicielstwa par jedнопłciowych. Wniosku takiego nie można wywieść ani z regulacji KRO, ani z Konstytucji RP. Należy tutaj odróżnić aspekt kolizyjny prawa właściwego dla czynności nią rządzącego od możliwości dokonania

⁴¹ Podobny pogląd zaproponował Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej w wyrokach: z dnia 2 czerwca 2016 r. w sprawie C-438/14 Bogendorff von Wolffersdorff, pkt 67 oraz z dnia 13 lipca 2017 r. w sprawie C-193/16 E przeciwko Subdelegación del Gobierno en Álava, pkt 18.

⁴² M. Zachariasiewicz..., *op. cit.*, s. 391.

⁴³ Transkrypcja obligatoryjna wynika z art. 104 ust. 5 u.a.s.c. (Dz.U. z 2018 r., poz. 2224, z 2019 r., poz. 730).

uznania dziecka, jako czynności prawnej w oparciu o regulację polskiego prawa. Prawem właściwym dla takiej czynności nadal pozostaje prawo państwa członkowskiego, w oparciu o które nastąpiło uznanie dziecka. Orzeczenie NSA z dnia 18 grudnia 2018 r. sygn. II OSK 2552/16 wnosi również wartość dodatnią w obliczu zauważalnego postępującego kryzysu integracji europejskiej. Budzenie wzajemnego zaufania pomiędzy organami państw członkowskich wzmacnia ideę integracji. Harmonizacja zaś rozstrzygnięć sprzyja w istocie budowaniu zaufania obywateli i ułatwia korzystanie jednostkom z przysługujących im swobód. Tym samym, powoływanie się na klauzulę porządku publicznego w ramach stosunków wewnątrz Wspólnoty Europejskiej, tym bardziej powinno mieć charakter wyjątkowy. Na szczególną dezaprobatę zasługują doniesienia medialne podnoszone przez Rzecznika Praw Obywatelskich w swoim wystąpieniu przed NSA⁴⁴, jakoby urzędnicy stanu cywilnego zachęceni byli korzyściami wynikającymi ze stosunku pracy, w postaci premii uznaniowych przez przełożonych celem konsekwentnego mechanicznego odmawiania przez nich, w oparciu o klauzulę porządku publicznego, uznawania stosunków filiacyjnych par jednopłciowych oraz dzieci zrodzonych w ramach procedury macierzyństwa zastępczego. Klauzula bowiem wymaga oceny *ad casum*. Ponadto głosy krytyki⁴⁵ wywołane na kanwie wyroku z dnia 10 października 2018 roku, jakoby Naczelny Sąd Administracyjny swoim bulwersującym wyrokiem szerzył ideologiczną propagandę pozostającą w sprzeczności z polskim porządkiem prawnym, zasługują na dezaprobatę. Należy bowiem przypomnieć, że zgodnie z art. 1 § 1 i § 2 Ustawy z dnia 25 lipca 2002 r. Prawo o ustroju sądów administracyjnych⁴⁶, sądy administracyjne sprawują wymiar sprawiedliwości przez kontrolę działalności administracji publicznej. Kontrola ta sprawowana jest pod względem zgodności z prawem. W przywołanym przypadku NSA słusznie powołał się na obligatoryjny obowiązek dokonania transkrypcji, popierając swoje stanowisko koniecznością ochrony dobra małoletniego. Należy jeszcze raz podkreślić, że transkrypcja nie stanowi legalizacji skutków płynących z aktów cywilnych. Sam fakt, że w przywołanym przypadku nie mamy do czynienia z klasycznym modelem rodziny, niczym nie uzasadnia dyskryminacji małoletniego. Pogląd ten nie jest nowy ani kontrowersyjny – w doktrynie prawa prywatnego międzynarodowego prezentowany był już w XX wieku. W 1956 roku A.J. Perganet zaprzeczała, aby w oparciu o porządek publiczny była dopuszczalna odmowa uznania za

⁴⁴ <https://www.rpo.gov.pl/pl/postepowania-strategiczne-rpo/transkrypcja-aktu-urodzenia-dla-dziecka-urodzonego-w-londynie-z-malzenstwa-jednoplociowego> (dostęp: 18.07.2019).

⁴⁵ <https://prawy.pl/100236-adopcja-dzieci-przez-pary-homoseksualne-w-polsce-skandaliczna-decyzja-naczelnego-sadu-administracyjnego/> (dostęp: 18.07.2019); <https://wpolityce.pl/spoleczenstwo/449058-newsadopcja-dzieci-przez-pary-homoseksualne-bedzie-legalna> (dostęp: 18.07.2019); <https://dziennikarodowy.pl/teczowa-ofensywa-ustaje-zapytanie-nsa-proba-legalizacji-adopcji-dzieci-homoseksualistow/> (dostęp: 18.07.2019).

⁴⁶ Ustawa z dnia 25 lipca 2002 r. Prawo o ustroju sądów administracyjnych (tekst jednolity: Dz.U. z 2018 r., poz. 2107).

małżeństwo wszystkich związków, które wg prawa radzieckiego nie posiadają cech małżeństwa, względnie odznaczają się cechami rażąco radzieckie poczucie prawne⁴⁷. Za dokonywaniem transkrypcji w przedmiotowych sprawach wypowiadali się również przedstawiciele polskiej nauki, m.in. Mieczysław Sośniak⁴⁸, a współcześnie Maksymilian Pazdan⁴⁹, Wojciech Popiołek⁵⁰ czy Maciej Zachariasiewicz⁵¹.

Praktyka czy jednorazowy precedens?

W wyniku wykonania wyroku NSA z dnia 10 października 2018 r. sygn. akt II OSK 2252/16, Kierownik Urzędu Stanu Cywilnego w dniu 12 grudnia 2018 r. dokonał czynności materialno-technicznej i przeniósł w drodze transkrypcji do polskiego rejestru stanu cywilnego brytyjski akt urodzenia dziecka dwóch kobiet. Powyższa czynność została zaskarżona do Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Krakowie przez Prokuratora Prokuratury Okręgowej, jednakże WSA w Krakowie w wyroku z dnia 4 czerwca 2019 r. sygn. III SA/Kr 233/19 skargę oddalił. W postępowaniu wziął udział również RPO. W uzasadnieniu do przywołanego orzeczenia sąd podzielił argumentację, którą w swoim precedensowym wyroku przedstawił NSA, wskazując również, że w myśl art. 153 Ustawy z dnia 30 sierpnia 2002 r. Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi⁵², ocena prawna i wskazania co do dalszego postępowania wyrażone w orzeczeniu sądu wiążą w sprawie organy, których działanie było przedmiotem zaskarżenia, a także zgodnie z art. 170 u.p.p.s.a. nie tylko strony i sąd orzekający w sprawie, ale również inne sądy i inne organy państwowe. Tym samym, sąd wyraził nadzieję, iż ugruntowana prawomocnym orzeczeniem NSA z dnia 10 października 2018 r. praktyka dokonywania transkrypcji będzie jednolitą. Ponadto, jak trafnie wskazuje sąd: „niedokonywanie transkrypcji w sprawach, kiedy obywatel polski ubiega się o nadanie dokumentów potwierdzających tożsamość prowadzi do bezprawnego różnicowania obywateli ze względu na okoliczności, na które nie mają wpływu. A tego rodzaju ograniczenia faktycznie cofają kulturowo do wstydliwych czasów, kiedy w społeczeństwie funkcjonowały pojęcia dzieci gorszych ze względu na pochodzenie rodziców, pochodzenie

⁴⁷ A.J. Pergament, *Niektóre kolizyjne wprosy siemiejnogo czastnego prawa*, Moskwa 1956.

⁴⁸ M. Sośniak..., *op. cit.*, s. 235

⁴⁹ M. Pazdan, *Prawo Prywatne międzynarodowe*, wyd. 16, Wolters Kluwer Polska, Warszawa 2017.

⁵⁰ W. Popiołek, *Aktualne orzecznictwo sądów administracyjnych dotyczące rejestracji pochodzenia dziecka od osób tej samej płci*, [w:] J. Gołaczyński, W. Popiołek (red.), *Kolizyjne i procesowe aspekty prawa rodzinnego*, C.H. Beck, Warszawa 2019.

⁵¹ M. Zachariasiewicz..., *op. cit.*, s. 391.

⁵² Ustawa z dnia 30 sierpnia 2002 r. Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi (tekst jednolity: Dz.U. z 2018 r., poz. 1302), dalej: u.p.p.s.a.

dzieci ze związków pozamałżeńskich, dzieci porzuconych czy dzieci niemających żadnego ojca”⁵³. Uzyskanie harmonii rozstrzygnięć wymaga współdziałania nie tylko ze strony sądów administracyjnych, lecz także organów administracji publicznej, które dokonują czynności materialno-technicznych w postaci transkrypcji. Jednakże, tu widoczna jest nadal znaczna powściągliwość i nieakceptowanie skutków orzeczenia NSA. Świadczy o tym m.in. odpowiedź Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 3 czerwca 2019 r.⁵⁴ – a więc na kilka miesięcy po prawomocności orzeczenia w sprawie II OSK 2552/16 – na wystąpienie Rzecznika Praw Obywatelskich z 11 marca 2019 r.⁵⁵ dotyczące zmiany rozporządzenia regulującego wzory aktu urodzenia. W przedmiotowym piśmie Minister Spraw Wewnętrznych i Administracji stwierdza, że nie jest konieczna, pomimo przełamania linii orzeczniczej przez sądy administracyjne w przedmiocie dokonywania transkrypcji zagranicznych aktów stanu cywilnego, zmiana rozporządzenia Ministra Spraw Wewnętrznych z dnia 29 stycznia 2015 r. w sprawie wzorów dokumentów wydawanych z zakresu rejestracji stanu cywilnego (Dz.U. z 2015 r., poz. 194), tak aby wzór formularza aktu urodzenia umożliwiał transkrypcję zagranicznego aktu urodzenia pary jedнопłciowej. W odpowiedzi Ministra podnoszona jest kwestia sprzeczności takiej zmiany z polskimi zasadami ustalającymi pochodzenie dziecka, a także z ustrojową zasadą opieki państwa nad małżeństwem i rodziną w oparciu o art. 18 Konstytucji RP. Odpowiedź ta daje wyraz niezrozumienia dla kolizyjnych aspektów transkrypcji.

Podsumowanie

Konieczność budowania wzajemnego zaufania wobec państw członkowskich w ramach Unii Europejskiej jest istotna przez wzgląd na procesy postępującej dezintegracji. Przedstawiona przez autorkę argumentacja wskazuje, iż posługiwanie się klauzulą porządku publicznego w multicentrycznym systemie prawnym wymaga jeszcze większej powściągliwości, bowiem powołanie się na *ordre public* stanowi *ultima ratio*. Jak wskazuje M. Sośniak: „różnice ideologiczne, społeczne między państwami są faktem. Faktem jest również dążenie, pomimo tych różnic, do coraz większego pogłębiania współpracy międzynarodowej bez natychmiastowego niwelowania tych różnic. Wolno przewidywać powstanie takiego układu stosunków międzynarodowych, który nie będzie potrzebował klauzuli. W miarę umacniania się spoistości zanika nie tylko potrzeba posługiwania się klauzulą w praktyce, ale również potrzeba jej ustawowego formułowania w odniesieniu

⁵³ Tak: Wojewódzki Sąd Administracyjny w Krakowie w uzasadnieniu orzeczenia z dnia 4 czerwca 2019, III SA/Kr 233/19, LEX nr 2691369.

⁵⁴ Odpowiedź Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji Pana Joachima Brudzińskiego z dnia 3 czerwca 2019 r., BMP-0790-1-5/2019/PS.

⁵⁵ Wystąpienie Rzecznika Praw Obywatelskich Pana Adama Bodnara z dnia 11 marca 2019 r., XI.534.4.2016.MA.

do wzajemnych stosunków”⁵⁶. Niewątpliwie taką płaszczyzną porozumienia o randze ponadpaństwowej jest Unia Europejska. Wszak oparcie Wspólnoty na fundamencie zbiorowych zasad i wartości pozwala na osiągnięcie harmonii rozstrzygnięć w ramach państw członkowskich. Jednakże wymaga to woli ze strony poszczególnych państw członkowskich w oparciu o zaufanie i chęć integrowania, bez względu na partykularne interesy państwa *fori*. Koniecznym więc, mając na uwadze bezpieczeństwo prawne obywateli w demokratycznym państwie prawnym oraz naczelną wartość, jaką jest pewność systemu prawa, jest uregulowanie kwestii dotyczącej posługiwania się klauzulą porządku publicznego w stosunku do transkrypcji aktów stanu cywilnego pochodzących z obszaru Unii Europejskiej. Ustawodawca powinien więc tak przeredagować obecne brzmienie przepisów u.a.s.c., aby z zakresu zastosowania art. 107 ust. 3. u.a.s.c. wyłączyć bezsprzecznie akty stanu cywilnego pochodzące z obszaru Unii Europejskiej. Dokonanie zmian legislacyjnych jest o tyle ważne, że odmowa wykonania transkrypcji przez urzędników doprowadza do naruszenia zasad podstawowych dla polskiego porządku prawnego, który obecnie wskutek akcesji do Unii Europejskiej wzbogacony jest o wartości płynące z całego *acquis communautaire*. Niewątpliwie przełamanie linii orzeczniczej przez sądy administracyjne oraz działalność Rzecznika Praw Obywatelskich stanowią asumpt do zwrócenia uwagi ustawodawcy zwykłego na prezentowaną w artykule problematykę.

Bibliografia

- Bodnar A., *Pismo procesowe do NSA*, XI.534.2.2018.AM.
- Garlicki L. (red.), *Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i podstawowych Wolności, Tom I*, C.H. Beck, Warszawa 2010.
- Garlicki L., *Komentarz do art. 18*, [w:] L. Garlicki, M. Zubik (red.), *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz. Tom I*, Wydawnictwo Sejmowe, wyd. II, Warszawa 2016.
- Ignatowicz J., *Komentarz do art. 90*, [w:] K. Pietrkowski (red.), *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2010.
- Jezusek A., *Możliwość instytucjonalizacji związków osób tej samej płci w świetle art.18 Konstytucji RP*, „Przegląd Sejmowy” 2015, nr 4(129).
- Kowalik-Bańczyk K. [w:] A. Wróbel (red.), *Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, Tom I*, Lex a Wolters Kluwer business, Warszawa 2012.
- Łętowska E., Woleński J., *Instytucjonalizacja związków partnerskich a Konstytucja RP z 1998 r.*, „Państwo i Prawo” 2013, nr 6.
- Odpowiedź Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji Pana Joachima Brudzińskiego z dnia 3 czerwca 2019 r., BMP-0790-1-5/2019/PS.
- Pawliczak J., *Zarejestrowany związek partnerski a małżeństwo*, Wolters Kluwer Polska, Warszawa 2014.
- Pazdan M. (red.), *Prawo prywatne międzynarodowe. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2018.
- Pazdan M., *Prawo Prywatne międzynarodowe*, wyd. 16, Wolters Kluwer Polska, Warszawa

⁵⁶ M. Sośniak..., *op. cit.*, s. 235.

2017.

- Pergament A.J., *Niektoryje kolizjonnyje woprosy siemiejnogo czastnogo prawa*, Moskwa 1956.
- Pilich M., Piotrowski R., *Wykładnia Konstytucji a zagadnienia ustawowej regulacji związków partnerskich*, [w:] R. Wieruszewski (red.), M. Wyrzykowski (red.), *Orientacja seksualna i tożsamość płciowa. Aspekty prawne i społeczne*, Instytut Wydawniczy Europrawo, Warszawa 2009.
- Popiołek W., *Aktualne orzecznictwo sądów administracyjnych dotyczące rejestracji pochodzenia dziecka od osób tej samej płci*, [w:] J. Gołaczyński, W. Popiołek (red.), *Kolizyjne i procesowe aspekty prawa rodzinnego*, C.H. Beck, Warszawa 2019.
- Renner M., [w:] G-P. Calliess (red.), *Rome Regulations: Commentary*, Kluwer Law International, 2011.
- Sośniak M., *Klauzula porządku publicznego w prawie międzynarodowym prywatnym*, Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Warszawa 1961.
- Winczorek P., *Komentarz do Konstytucji RP z 2 kwietnia 1997 r.*, wyd. 2, Liber, Warszawa 2008.
- Wojewoda M., *Transkrypcja aktu urodzenia dziecka, które zostało uznane za granicą*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2017, z. 2.
- Wyrzykowski M., *Publiczne a prywatne w wykładni konstytucyjnej na przykładzie art. 18 Konstytucji RP*, [w:] T. Giaro (red.), *Interes publiczny a interes prywatny w prawie*, Stowarzyszenie Absolwentów Wydziału Prawa i Administracji UW, Warszawa 2012.
- Wystąpienie Rzecznika Praw Obywatelskich Pana Adama Bodnara z dnia 11 marca 2019 r., XI.534.4.2016.MA.
- Zachariasiewicz M., *Klauzula porządku publicznego jako instrument ochrony materialnoprawnych interesów i wartości fori*, C.H. Beck, Warszawa 2018.
- Zachariasiewicz M.A., *Nowa ustawa o prawie prywatnym międzynarodowym a małżeństwa i związki osób tej samej płci* [w:] M. Pazdan (red.), *Problemy Prawa Prywatnego międzynarodowego. Tom 11*, Wydawnictwo UŚ, Katowice 2012.

Akty prawne

- Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (wersja skonsolidowana) (Dz.Urz. UE C 326, 26/10/2012 P. 0001–0390).
- Traktat z Lizbony zmieniający Traktat o Unii Europejskiej i Traktat ustanawiający Wspólnotę Europejską podpisany w Lizbonie dnia 13 grudnia 2007 r. (Dz.U. C 306 z 17.2.2017).
- Dyrektywa 2004/38/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 29 kwietnia 2004 r. w sprawie prawa obywateli Unii i członków ich rodzin do swobodnego przemieszczania się i pobytu na terytorium Państw Członkowskich, zmieniająca rozporządzenie (EWG) nr 1612/68 i uchylająca dyrektywy 64/221/EWG, 68/360/EWG, 72/194/EWG, 73/148/EWG, 75/34/EWG, 75/35/EWG, 90/364/EWG, 90/365/EWG i 93/96/EWG (Dz.Urz. UE 30.4.2004 L 158.77).
- Karta Praw Podstawowych z 7 grudnia 2000 r. (Dz.U. C 326/02).
- Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności z dnia 4 listopada 1950 r. (Dz.U. z 1993 Nr 61, poz. 284).
- Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) NR 1215/2012 z dnia 12 grudnia 2012 r. w sprawie jurysdykcji i uznawania orzeczeń sądowych oraz ich wykonywania w sprawach cywilnych i handlowych (Dz.Urz. UE z 20.12.2012 L 351).

- Rozporządzenie Rady (WE) nr 44/2001 z dnia 22 grudnia 2000 r. w sprawie jurysdykcji i uznawania orzeczeń sądowych oraz ich wykonywania w sprawach cywilnych i handlowych (Dz.Urz. UE z 16.1.2001 L 12).
- Ustawa z dnia 24 listopada 2014 r. Prawo o aktach stanu cywilnego (tekst jednolity: Dz.U. z 2018 r., poz. 2224).
- Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz.U. 2009 r. Nr 114, poz. 946).
- Ustawa z dnia 25 lutego 1964 r. – Kodeks rodzinny i opiekuńczy (tekst jednolity: Dz.U. z 2017 r. poz. 682 ze zm.).
- Ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (Dz.U. z 2019 r., poz. 1460 ze zm.).
- Ustawa z dnia 2 kwietnia 2009 r. o obywatelstwie polskim (tekst jednolity: Dz.U. z 2018 r., poz. 1829 ze zm.).
- Konwencja o prawach dziecka (Dz.U. z 1991 r. Nr 120, poz. 526 ze zm.).
- Ustawa z dnia 25 lipca 2002 r. Prawo o ustroju sądów administracyjnych (tekst jednolity: Dz.U. z 2018 r., poz. 2107).
- Ustawa z dnia 30 sierpnia 2002 r. Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi (tekst jednolity: Dz.U. z 2018 r., poz. 1302).

Orzecznictwo

- Wyrok Trybunału (trzecia izba) z dnia 23 kwietnia 2009 r. w sprawie C-544/07 *Uwe Rüffler v. Dyrektorowi Izby Skarbowej we Wrocławiu Ośrodek Zamiejscowy w Walbrzychu*, ECLI:EU:C:2009:258 pkt 55–56.
- Wyrok Trybunału (wielka izba) z dnia 5 czerwca 2018 w sprawie C-673/16 *Coman v. Romania*, ECLI:EU:C:2018:385.
- Wyrok Trybunału (wielka izba) z dnia 12 marca 2014 r. w sprawie C 456/12, ECLI:EU:C:2014:135, pkt 54.
- Wyrok Trybunału (wielka izba) z dnia 7 lipca 2019 r. w sprawie C-147/03, *Komisja v. Austria*, ECLI:EU:C:2005:427.
- Loucks v. Standard Oil Co of New York, 224 N.Y. 99, 120 N.E. 198(1918).
- Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z 17 grudnia 2014 r. (II OSK 1298/13) LEX nr 1772336.
- Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Gliwicach z 6 kwietnia 2016 r. (II SA/Gl 1157/15) LEX nr 2035383.
- Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Krakowie 10 maja 2016 r. (III SA/Kr 1400/15) LEX nr 2056842.
- Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie (IV SA/Wa 1748/16) LEX nr 2161692.
- Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z 6 maja 2015 r. (II OSK 2419/13) LEX nr 1780447.
- Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z 6 maja 2015 r. (II OSK 2372/13) LEX nr 1780419.
- Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 17 grudnia 2014 r., sygn. akt. II OSK 1298/13, LEX nr 1772336.
- Wyrok Trybunału (wielka izba) z dnia 14 października 2008 r. w sprawie C 353/06, *Grunkin i Paul*, ECLI:EU:C:2008:559.
- Wyrok Trybunału z dnia 2 października 2003 r. w sprawie C 148/02, *Gracia Avello*,

ECLI:EU:C:2003:539.

Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 2 października 2012 r., SK 27/11, 3 grudnia 2013 r, P 40/12.

Wyrok Trybunału (wielkiej izby) z dnia 18 lipca 2006 r. w sprawie C-406/04 *De Cuyper* pkt 39.

Wyrok TSUE z dnia 2 czerwca 2016 r. w sprawie C-438/14 *Bogendorff von Wolffersdorff*, pkt 67.

Wyrok TSUE z dnia 13 lipca 2017 r. w sprawie C-193/16 E przeciwko *Subdelegación del Gobierno en Álava*, pkt 18.

Wojewódzki Sąd Administracyjny w Krakowie – uzasadnienie orzeczenia z dnia 4 czerwca 2019, III SA/Kr 233/19, LEX nr 2691369.

Źródła internetowe

<https://www.rpo.gov.pl/pl/postepowania-strategiczne-rpo/transkrypcja-aktu-urodzenia-dla-dziecka-urodzonego-w-londynie-z-malzenstwa-jednopciowego> (dostęp: 18.07.2019).

<https://prawy.pl/100236-adopcja-dzieci-przez-pary-homoseksualne-w-polsce-skandaliczna-decyzja-naczelnego-sadu-administracyjnego/> (dostęp: 18.07.2019).

<https://wpolityce.pl/spoleczenstwo/449058-newsadopcja-dzieci-przez-pary-homoseksualne-be-dzie-legalna> (dostęp: 18.07.2019).

<https://dzienniknarodowy.pl/teczowa-ofensywa-ustaje-zapytanie-nsa-proba-legalizacji-adopcji-dzieci-homoseksualistow/> (dostęp: 18.07.2019).

Autor

Klaudia Raczek

Uniwersytet Śląski w Katowicach

Wydział Prawa i Administracji

9. OSKARŻENIE WZAJEMNE A INGERENCJA PROKURATORA W ŚCIGANIE PRZESTĘPSTW Z OSKARŻENIA PRYWATNEGO NA ETAPIE POSTĘPOWANIA SĄDOWEGO

Katarzyna Kochel

Streszczenie

Celem opracowania jest omówienie problemów wynikających z ingerencji prokuratora, jako rzecznika interesu publicznego, na etapie postępowania jurysdykcyjnego w postępowaniu prywatnoskargowym przy zastosowaniu szczególnego rozwiązania prawnego, jakie w tym trybie stanowi konstrukcja oskarżenia wzajemnego. Ponadto celem pracy jest także podjęcie próby udzielenia odpowiedzi na pytanie, czy takie rozwiązanie prawne jest zasadne. Opracowanie oparto na analizie piśmiennictwa, orzecznictwa i obserwacjach własnych autorki poczynionych w toku pracy zawodowej.

Słowa kluczowe: oskarżenie wzajemne, prokurator, postępowanie prywatnoskargowe.

Wprowadzenie

Zagadnienie funkcjonowania na gruncie polskiej ustawy karnoprocesowej¹ postępowania prywatnoskargowego budzi kontrowersje w doktrynie, w której prezentowane są zarówno stanowiska aprobujące i argumentujące za istnieniem tego trybu, jak również przeciwnie, do których przychyła się autorka niniejszego artykułu. Szczegółowe rozważania dotyczące największych wad postępowania prowadzonego w sprawach ściganych z oskarżenia prywatnego w polskim systemie prawa karnego procesowego zawarto w innym opracowaniu². W niniejszej pracy poruszono natomiast tematykę jednej z konstrukcji prawnych przewidzianych w postępowaniu prywatnoskargowym, która może rodzić liczne problemy, a mianowicie wstąpienie prokuratura do postępowania prywatnoskargowego w sytuacji oskarżenia wzajemnego na etapie postępowania przed sądem i która wydaje się mieć również niewielkie znaczenie praktyczne³.

¹ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 Kodeks postępowania karnego (tekst jednolity: Dz.U. z 2018 r., poz. 1987, z późn.zm.), dalej k.p.k. lub ustawa karnoprocesowa.

² K. Kochel, *Kontrowersje wokół postępowania prywatnoskargowego w polskiej procedurze karnej* [w:] D. Gil, A. Piasecki (red.), *W obliczu reformy sądownictwa w Polsce. Główne problemy przebiegu postępowań sądowych*, Wydawnictwo Naukowe Uniwersytetu Pedagogicznego, Kraków 2019, s. 29–39.

³ Obserwacje i doświadczenia własne autorki poczynione w trakcie pracy zawodowej.

Nabycie statusu i uprawnienia oskarżyciela prywatnego w polskim postępowaniu karnym

Nabycie statusu oskarżyciela prywatnego w polskim procesie karnym może nastąpić na różne sposoby, np. poprzez: skuteczne wniesienie do sądu prywatnego aktu oskarżenia (art. 59 § 1 k.p.k., art. 487 i 488 k.p.k.), złożenie oświadczenia o przyłączeniu się do toczącego się postępowania do czasu rozpoczęcia przewodu sądowego, tj. odczytania prywatnego aktu oskarżenia (art. 59 § 2 k.p.k.), złożenie oświadczenia o podtrzymaniu oskarżenia pierwotnie wniesionego przez oskarżyciela publicznego (art. 60 § 4 k.p.k.), przez złożenie oświadczenia o wstąpieniu w prawa zmarłego oskarżyciela prywatnego (art. 61 k.p.k.).

Wraz z uzyskaniem statusu oskarżyciela prywatnego następuje nabycie szerokiego wachlarza uprawnień przez tę stronę procesu, m.in. do: uzyskania informacji o przyjęciu prywatnego aktu oskarżenia przez sąd na wypadek wystąpienia braków formalnych w tymże akcie, a co za tym idzie do poinformowania o rodzaju braków i terminie do ich uzupełnienia (art. 16 i 120 § 1 i 2 k.p.k.), składania zeznań (art. 177 k.p.k.), składania wniosków dowodowych, na każdym etapie postępowania (art. 167 k.p.k.), przedstawiania stanowisk procesowych w toku postępowania (art. 367 k.p.k.), wniesienia zażalenia na postanowienie sądu (art. 459 k.p.k.), wniesienia apelacji od wyroku (art. 444 k.p.k.), zadawania pytań oskarżonemu, świadkom oraz biegłemu (art. 370 § 1 k.p.k.) uzyskania wglądu w akta sprawy, w tym do wykonania fotokopii i kserokopii akt (art. 156 § 1 i 2 k.p.k.), odstąpienia od oskarżenia (art. 496 k.p.k.). Wydaje się, że im intensywniej oskarżyciel publiczny korzysta z wymienionych uprawnień, tym większe są szanse na pociągnięcie sprawcy przestępstwa do odpowiedzialności karnej, ponieważ oskarżyciel prywatny w tym szczególnym postępowaniu zastępuje prokuratora, dlatego to właśnie ta strona odgrywa kluczową rolę w procesie i to od aktywności oskarżyciela prywatnego zależy końcowy wynik postępowania sądowego w tym trybie. Biorąc pod uwagę ów dość szeroki i przykładowo tylko wymieniony zakres uprawnień, z których może korzystać oskarżyciel prywatny należy w tym miejscu skonstatować, że sytuacja pokrzywdzonego, który przyjmuje jednocześnie rolę oskarżyciela prywatnego w postępowaniu prywatnoskargowym nie wydaje się być w żaden sposób osłabiona.

Oskarżenie wzajemne

W kwestii możliwości kumulowania ról procesowych oskarżyciela prywatnego z rolami innych uczestników postępowania, co jest istotnym zagadnieniem z punktu widzenia prowadzonych rozważań, należy w pierwszej kolejności zauważyć, że zgodnie

z utrwalonymi poglądami prezentowanymi w orzecznictwie jest niedopuszczalne łączenie w jednym postępowaniu roli oskarżonego i pokrzywdzonego⁴. Ustawodawca dopuścił odstępstwo od tego zakazu, właśnie w sprawach z oskarżenia prywatnego, które to odstępstwa zostało ujęte w art. 497 k.p.k. tworząc instytucję oskarżenia wzajemnego. W tym rozwiązaniu zaproponowanym przez ustawodawcę, następuje kumulacja ról procesowych⁵. Przy spełnieniu przesłanek szczególnych, możliwe jest bowiem występowanie w jednej sprawie oskarżonego, który jednocześnie odgrywa rolę oskarżyciela prywatnego (pokrzywdzonego) i oskarżonego. I tak w ramach postępowania prywatnoskargowego od niedawna⁶ w polskiej ustawie karnoprocesowej funkcjonuje instytucja oskarżenia wzajemnego, w ramach której ustawodawca umożliwił połączenie dwóch spraw prywatnoskargowych przy kumulatywnym zaistnieniu następujących przesłanek. Po pierwsze zarówno jeden, jak i drugi czyn muszą być ścigane skargą prywatną. Po drugie czyn oskarżyciela musi pozostawać w związku z czynem zarzucanym oskarżonemu, oskarżycielem musi być pokrzywdzony w rozumieniu przepisów art. 49 k.p.k. Ponadto wniesienie wzajemnego aktu oskarżenia zostało obwarowane momentem rozpoczęcia przewodu sądowego na rozprawie głównej.

Warto już w tym miejscu zwrócić uwagę, że sama instytucja oskarżenia wzajemnego podzieliła przedstawicieli doktryny, albowiem jej przeciwnicy znajdują, w ocenie autorki, wiele słusznych argumentów za usunięciem rozwiązania w postaci skargi prywatnej z polskiego postępowania karnego⁷.

Ingerencja prokuratora w postępowanie prywatnoskargowe

Chociaż status oskarżyciela w postępowaniu w sprawach z oskarżenia prywatnego został przewidziany przede wszystkim dla skarżącego, to prawodawca zagwarantował również prokuratorowi uprawnienie do działania w tym szczególnym trybie (art. 60 § 1 k.p.k.). Jak wskazuje A. Marek, takie działanie prokuratura w postępowaniu publicznoskargowym niweluje pewne uciążliwości, które niesie występowanie w trybie prywatnoskargowym dla pokrzywdzonego. Warto także zaakcentować, że przewidziana przez ustawodawcę ingerencja prokuratura w tryb prywatnoskargowy ma na celu realizację funkcji ochronnej prawa karnego⁸. Stosownie bowiem do brzmienia art. 60 § 1 k.p.k.:

⁴ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Łodzi z dnia 6 października 2010 r., sygn. II AKz 442/10, „Prokuratura i Prawo” 2012, nr 6, s. 19.

⁵ Szerzej na ten temat zob. R. Olszewski, *Kumulacja procesowych ról uczestników polskiego postępowania karnego*, Wydawnictwo Uniwersytetu Łódzkiego, Łódź 2013, s. 111–119.

⁶ Oskarżenie wzajemne skutkujące kumulacją ról procesowych w jednym postępowaniu zostało wprowadzone do polskiego porządku prawnego dopiero wraz z wejściem w życie obecnie obowiązującego kodeksu, czyli w wyniku kodyfikacji z 1997 roku.

⁷ Por. np. E. Skrętowicz, D. Gil, *Postępowanie prywatnoskargowe* [w:] P. Hofmański (red.), F. Prusak (red.), *System Prawa Karnego Procesowego. Tom XIV. Tryby szczególne*, Wolters Kluwer Polska, Warszawa 2015, pkt 7.6 oskarżenie wzajemne.

⁸ A. Marek, *Prawo karne*, C.H. Beck, Warszawa 2001, s. 14–15.

w sprawach o przestępstwa ścigane z oskarżenia prywatnego prokurator wszczyna postępowanie albo wstępuje do postępowania już wszczętego, jeżeli wymaga tego interes społeczny. Chociaż pojęcie owego interesu społecznego nie zostało ujęte w ramy definicji legalnej, to należy zgodzić się z zaprezentowanymi w doktrynie tezami stanowiącymi, że przestępstwo godzi w zarówno chroniony prawem interes prywatny pokrzywdzonego, ale również w dobra ogólne. Wskazana przesłanka powinna być zawsze oceniana *in concreto*⁹.

Co szczególnie interesujące w kontekście prowadzonych w niniejszym artykule rozważań, podobnie sytuacja wygląda w przypadku postępowania karnego w sprawach podlegających orzecznictwu sądów wojskowych, w których stosownie do art. 661 § 2 k.p.k. prokurator wojskowy może także wszcząć z urzędu postępowanie o przestępstwo ścigane z oskarżenia prywatnego, jeżeli wymaga tego interes społeczny. W postępowaniu podlegającym orzecznictwu sądów wojskowych nieco odmiennie zostało ujęte przez ustawodawcę postępowanie prywatnoskargowe, albowiem z chwilą, w której pokrzywdzony przestępstwem ściganym z oskarżenia prywatnego składa skargę, przestępstwo to staje się przestępstwem ściganym z urzędu (art. 661 § 2 k.p.k.).

Ingerencja prokuratora w postępowanie prywatnoskargowe przy oskarżeniu wzajemnym

Jak już wcześniej wspomniano ingerencja prokuratora w ściganie przestępstw prywatnoskargowych może nastąpić na etapie postępowania jurysdykcyjnego poprzez wszczęcie postępowania, jak również wstąpienie do postępowania już wszczętego (art. 60 § 1 k.p.k.). Niezależnie jednak od tego, czy będzie to jedna czy druga z wymienionych form ingerencji, to powoduje ona znaczne modyfikacje w przebiegu całego procesu, w szczególności, w sytuacji, gdy prokurator ingeruje w postępowanie prywatnoskargowe w zakresie oskarżenia wzajemnego. Jak słusznie zwraca uwagę D. Gil, w procesie karnym bowiem co do zasady regułą winno być występowanie w sprawie jednego procesu w rozumieniu rozstrzygnięcia jednej odpowiedzialności danej osoby za jeden czyn¹⁰. Zagadnienie to nie wydaje się sprawiać problemów, gdy ingerencja prokuratora polega na wszczęciu postępowania. Wówczas prokurator działa jako organ prowadzący postępowanie przygotowawcze, a w razie wniesienia aktu oskarżenia jako oskarżyciel publiczny. Przyjmując tę rolę wypełnia w pierwszej kolejności funkcję ścigania¹¹. Przypo-

⁹ M. Czekaj, *Ingerencja prokuratora w sprawach o przestępstwa prywatnoskargowe*, „Prokuratura i Prawo” 1999, nr 7–8, s. 48; K. Marszał, *Ingerencja prokuratora w ściganie przestępstw prywatnoskargowych w polskim procesie karnym*, Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 1980, s. 32.

¹⁰ D. Gil, *Wszczęcie postępowania przygotowawczego jako forma ingerencji prokuratora na podstawie art. 60 § 1 k.p.k.*, „Przegląd Prawno-Ekonomiczny” 2009, nr 4, s. 25–38.

¹¹ K. Marszał, *Ingerencja....*, *op. cit.*, s. 72.

mnieć jednak należy w tym miejscu, że prokurator winien także realizować regułę bezstronności, a zatem działać na korzyść oskarżonego (np. wnosząc środki odwoławcze)¹². W tym szczególnym przypadku, gdy prokurator wstępuje do trwającego już postępowania na etapie procesu sądowego, w szczególności zatem w sytuacji oskarżenia wzajemnego z brzmienia przepisu art. 60 k.p.k., w żaden sposób nie można odczytać, jaki jest kierunek jego działania. Dokonując ingerencji ma bowiem działać jako rzecznik interesu publicznego, który jest uprawniony do podejmowania czynności zarówno na korzyść oskarżonego, jeśli taki jest stan sprawy, jak i na niekorzyść. Ma zatem prawo wniesienia apelacji, kasacji na korzyść oskarżonego. Jest to bardzo istotne, szczególnie w przypadku postępowań z oskarżenia prywatnego, w których występują podmioty nieprofesjonalne¹³.

Jak już sygnalizowano, w przypadku instytucji oskarżenia wzajemnego sytuacja jego wstąpienia do procesu w toku oskarżenia wzajemnego może powodować komplikacje. Owa ingerencja w postępowanie prywatnoskargowe może bowiem polegać również na przyłączeniu się zarówno do jednej ze stron, jak i do obu tych stron. Mając na uwadze treść przepisu art. 45 § 1 k.p.k., zgodnie z którą prokurator jest oskarżycielem publicznym przed wszystkimi sądami, należy stwierdzić, że sposób jego funkcjonowania w toku postępowania przed sądem będą wyznaczały bezsprzecznie przepisy regulujące tryb publicznoskargowy¹⁴.

W sytuacji, gdy prokurator obejmie oba oskarżenia, wzajemne postępowanie z charakteru prywatnoskargowego nabiera charakteru publicznoskargowego. Strony natomiast mogą korzystać w odpowiednim zakresie z uprawnień oskarżycieli posiłkowych. Zastosowanie mają wówczas przy oskarżeniu wzajemnym regulacje art. 498 § 1 k.p.k. w zw. z art. 60 k.p.k. Nietrudno zauważyć, że w przypadku takiej sytuacji procesowej strony nieprofesjonalne, które występowały jeszcze niedawno (przed ingerencją prokuratora) jako oskarżyciele prywatni i jednocześnie pokrzywdzeni przestępstwami prywatnoskargowymi, mogą czuć się nieco zdezorientowane. W następstwie nowej sytuacji procesowej mogą nie być należycie przygotowane do wypełniania roli oskarżycieli posiłkowych, zwłaszcza jeżeli występują w sprawie bez adwokata bądź radcy prawnego, co z kolei może spowodować, że nie będą korzystały w odpowiedni sposób ze wszystkich przysługujących im uprawnień. Pomimo że w rzeczywistości nadal będą występowały w roli oskarżycieli, to mogą odczuwać swego rodzaju „zamieszanie” procesowe wynikające z pojawienia się w procesie nowego uczestnika.

¹² W. Daszkiewicz, *Proces karny. Część ogólna*, Przedsiębiorstwo Wydawnicze „Ars boni et aequi”, Poznań 1996, s. 76.

¹³ Tak wywodzi I. Nowikowski, *Interes społeczny jako powód zmiany trybu ścigania przestępstw z oskarżenia prywatnego (zagadnienia wybrane)*, „Teki Komisji Prawniczej” 2010, nr III, s. 160–161.

¹⁴ D. Gil, *Postępowanie w sprawach z oskarżenia prywatnego w polskim procesie karnym*, Wolters Kluwer, Warszawa 2011, s. 195.

W tym miejscu należy także zwrócić raz jeszcze uwagę na niekonsekwencję ustawodawcy w zakresie brzmienia przepisu art. 498 § 1 k.p.k., które nie jest spójne z przepisami części ogólnej dotyczącymi ingerencji tego oskarżyciela. Jak zostało już wcześniej wskazane przy omawianiu unormowania art. 60 § 1 k.p.k., w tym przepisie ustawodawca użył zwrotu prokurator „wstępuje”, natomiast w art. 498 § 1 k.p.k., traktującym o niedopuszczalności oskarżenia wzajemnego, użyto terminu „przyłącza się do postępowania”. Czy słusznie D. Gil. Wskazuje zatem, że wyrażenie „przyłącza się” lepiej oddaje status zarówno jednego, jak i drugiego oskarżyciela biorąc pod rozwagę, że oskarżyciel prywatny, który zainicjował postępowanie o dany czyn, a zmienia jedynie z mocy prawa status na oskarżyciela posiłkowego ustępując miejsca prokuratorowi?¹⁵

W przypadku, gdy po wniesieniu w sprawie wzajemnego aktu oskarżenia prokurator przyłączy się do jednej ze stron i poprze jej oskarżenie – wówczas skarga przeciwna (strony, do której oskarżenia prokurator się nie przyłączył) podlega obligatoryjnemu wyłączeniu przez sąd do odrębnego postępowania. Toczą się wówczas dwa niezależne procesy – publicznoskargowy i prywatnoskargowy. Taka sytuacja wydaje się być trafnie krytykowana z uwagi na swego rodzaju rozdzielenie interesu publicznego, który wymagał ingerencji prokuratora. Impulsem zarówno jednego, jak i drugiego postępowania jest bowiem to samo zdarzenie przestępne, które winno zostać wyjaśnione holistycznie¹⁶.

Pomimo dynamicznych w okresie ostatnich kilku lat zmian przepisów ustawy karno-procesowej, uznania twórców reform nie znalazł kolejny wysuwany na tle obecnej redakcji przepisu art. 498 § 2 k.p.k. postulat, aby dookreślić obecne brzmienie „sąd wyłącza oskarżenie przeciwne do osobnego postępowania”, które mylnie może sugerować, że ingerencja prokuratora jest dopuszczalna jedynie po stronie skargi wzajemnej na doprecyzowanie przepisu poprzez użycie zwrotów „sąd wyłącza oskarżenie, do którego przyłączył się prokurator do odrębnego postępowania”¹⁷.

Jak zostało już podniesione w doktrynie, kolejnym równie nieprzemyślanym rozwiązaniem prawnym jest możliwość przyłączenia się prokuratora do postępowania po stronie obu oskarżeń, albowiem w tym przypadku najtrudniej jest chyba poradzić sobie stronie nieprofesjonalnej ze zmianą statusu oskarżyciela. Oskarżyciele prywatni tracą wówczas status oskarżycieli prywatnych i z mocy prawa każdy z nich w związku z wniesioną przez siebie skargą uzyskuje status oskarżyciela posiłkowego ubocznego, wypełniając w dalszym ciągu rolę oskarżonego. I chociaż w postępowaniu publicznoskargowym brak instytucji oskarżenia wzajemnego, gdy dochodzi do opisanej wcześniej sytuacji, występuje swego rodzaju „publicznoskargowe postępowanie wzajemne”¹⁸.

Co więcej, w przypadku ingerencji prokuratora na etapie postępowania jurysdykcyjnego, dodatkowa komplikacja może wystąpić w sytuacji zmiany decyzji prokuratora,

¹⁵ D. Gil, *Postępowanie...*, *op. cit.*, s. 197.

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ *Ibidem*, s. 196.

który początkowo podjął działania w sprawie wszczynając postępowanie, a następnie – z uwagi na nowe okoliczności – postanowił odstąpić od ścigania. Gdy na skutek jego ingerencji oskarżenie wzajemnie wyłączono do odrębnego postępowania, postępowanie powraca do trybu prywatnoskargowego. Oskarżenie wzajemne natomiast już nie występuje, ponieważ wcześniej zostało wyłączone do odrębnego postępowania. Przy czym najistotniejsze jest jednak w przedstawionej sytuacji to, że pokrzywdzony musi zachować szczególną czujność, ponieważ może w terminie zawitym czternastu dni od daty powiadomienia o odstąpieniu złożyć skargę prywatną lub oświadczenie, że podtrzymuje oskarżenie jako prywatne.

W przypadku, w którym prokurator objął zarówno jedno, jak i drugie oskarżenie wzajemne i następnie odstąpił od nich, proces znów zyskuje prywatnoskargowy charakter. Oskarżyciele posiłkowi uzyskują natomiast ponownie status oskarżycieli prywatnych i jednocześnie oskarżonych.

W sytuacji objęcia obu oskarżeń wzajemnych przez prokuratora, gdy odstąpi on następnie tylko od jednego z nich, oskarżenie przeciwne powinno zostać wyłączone do odrębnego postępowania, tak jakby prokurator objął tylko jedno z oskarżeń wzajemnych¹⁹.

Podsumowanie

Reasumując uwagi dotyczące konsekwencji ingerencji prokuratora w oskarżenie wzajemne w trybie prywatnoskargowym należy wskazać, że niesie ona za sobą sporo komplikacji, w szczególności dla najważniejszych „aktorów sceny” postępowania prywatnoskargowego – oskarżyciela prywatnego-pokrzydzonego i oskarżonego. Trudno też na tle zarysowanych problemów upatrywać w niej instrumentu sprzyjającego uproszczeniu i przyspieszeniu postępowania sądowego. Warto zatem zaaprobować postulat wyeliminowania takiego rozwiązania z ustawy karnoprocesowej²⁰. Tworzy bowiem skomplikowany układ, który już z samego założenia może zniechęcać do korzystania z niego przez organy procesowe. Mając zatem na uwadze dynamikę ostatnich zmian dokonywanych tak w systemie prawa karnego materialnego, jak i procesowego należy postulować modyfikację również w tym obszarze, polegającą jednakże na wyeliminowaniu tego rozwiązania prawnego z kodeksu postępowania karnego. Wydaje się bowiem, że wobec przedstawionych w niniejszej pracy problemów, które mogą wynikać z jego funkcjonowania na gruncie ustawy karnoprocesowej nie będzie ona miała, a nawet pokusić się o pewność, że nie ma dużego znaczenia praktycznego.

W rzeczywistości omówione w opracowaniu rozwiązanie może ograniczać także wymienione we wprowadzeniu prezentowanej pracy liczne uprawnienia, które nabywa

¹⁹ Sytuacje wskazane w T. Grzegorzczak, J. Tylman, *Polskie postępowanie karne*, LexisNexis, Warszawa 2011, s. 842.

²⁰ D. Gil, *Postępowanie w sprawach ...op. cit.*, s. 197 postuluje wyeliminowanie jako takiej skargi wzajemnej, co słusznie wydawałoby się najwłaściwsze.

oskarżycie prywatny wraz z uzyskaniem tego statusu, a to właśnie z powodu zaakcentowanego już wielokrotnie swego rodzaju chaosu, który rodzi ingerencja prokuratora w tryb prywatnoskargowy. Warto zatem skierować uwagę ustawodawcy na konieczność dokonania zmian właśnie w tym obszarze kodeksu postępowania karnego, by nie utrzymywać instytucji o charakterze fasadowym, które jedynie zbędnie rozbudowują tę ustawę nie mając znaczenia w praktyce, zastępując ją rozwiązaniami, które będą miały istotne znaczenie praktyczne.

Bibliografia

- Czekaj M., *Ingerencja prokuratora w sprawach z oskarżenia prywatnego*, „Prokuratura i Prawo” 1999, nr 7–8.
- Daszkiewicz W., *Proces karny. Część ogólna*, Przedsiębiorstwo Wydawnicze „Ars boni et aequi”, Poznań 1996,
- Gil D., *Postępowanie w sprawach z oskarżenia prywatnego w polskim procesie karnym*, Wolters Kluwer Polska Sp. z o.o., Warszawa 2011.
- Gil D., *Wszczęcie postępowania przygotowawczego jako forma ingerencji prokuratora na podstawie art. 60 § 1 k.p.k.*, „Przegląd Prawno-Ekonomiczny” 2009, nr 4.
- Grzegorzczak T., Tylman J., *Polskie postępowanie karne*, LexisNexis, Warszawa 2011.
- Kochel K., *Kontrowersje wokół postępowania prywatnoskargowego w polskiej procedurze karnej* [w:] D. Gil, A. Piasecki (red.), *W obliczu reformy sądownictwa w Polsce. Główne problemy przebiegu postępowań sądowych*, Wydawnictwo Naukowe Uniwersytetu Pedagogicznego, Kraków 2019.
- Marszał K., *Ingerencja prokuratora w ściganie przestępstw prywatnoskargowych w polskim procesie karnym*, Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 1980.
- Nowikowski I., *Interes społeczny jako powód zmiany trybu ścigania przestępstw z oskarżenia prywatnego (zagadnienia wybrane)*, „Teki Komisji Prawniczej” 2010, nr III.
- Olszewski R., *Kumulacja procesowych ról uczestników polskiego postępowania karnego*, Wydawnictwo Uniwersytetu Łódzkiego, Łódź 2013.
- Skętoń E., Gil D., *Postępowanie prywatnoskargowe* [w:] Hofmański P. (red.), Prusak F. (red.), *System Prawa Karnego Procesowego. Tom XIV. Tryby szczególne*, Wolters Kluwer Polska, Warszawa 2015, pkt 7.6 oskarżenie wzajemne.

Akty prawne

Ustawa z dnia 19 kwietnia 1997 r. Kodeks postępowania karnego (tekst jednolity: Dz.U. poz. 1987, z późn.zm.).

Orzecznictwo

Wyrok Sądu Apelacyjnego w Łodzi z dnia 6 października 2010 r. II AKz 442/10, „Prokuratura i Prawo” 2012, nr 6.

Autor
Katarzyna Kochel
Uniwersytet Łódzki
Wydział Prawa i Administracji
Katedra Postępowania Karnego
i Kryminalistyki

10. KLEPTOMANIA A ODPOWIEDZIALNOŚĆ KARNA SPRAWCY CZYNU ZABRONIONEGO ZA KRADZIEŻ

Anna Lisowska

Streszczenie

W niniejszej publikacji podjęto próbę ukazania wpływu kleptomanii na tendencję osoby do popełnienia kradzieży. W opracowaniu wymieniono wyróżniane w literaturze rodzaje złodziei sklepowych oraz przedstawiono krótką charakterystykę kradzieży będącej konsekwencją kleptomanii. Ponadto w pracy omówiono wpływ wymienionej przypadłości na odpowiedzialność karną sprawcy kradzieży.

Słowa kluczowe: kradzież, kleptomania, niepoczytalność, poczytalność ograniczona.

Wprowadzenie

Przepis art. 119 § 1 Ustawy z dnia 20 maja 1971 r. – Kodeks wykroczeń¹ stanowi, że kto kradnie lub przywłaszcza sobie cudzą rzecz ruchomą, jeżeli jej wartość nie przekracza 1/4 minimalnego wynagrodzenia, podlega karze aresztu, ograniczenia wolności albo grzywny. Jeszcze surowszą sankcją zagrożony jest bezprawny zabór cudzego mienia, o wartości wyższej niż przedstawiona powyżej. Jednakże zależnie od okoliczności wejścia w posiadanie cudzej rzeczy ruchomej nie zawsze będzie ono wiązało się z popełnieniem wykroczenia albo przestępstwa. Zarówno w kodeksie wykroczeń, jak i na łamach Ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny² wyróżniono sytuacje, których zaistnienie wyłącza przestępczość czynu zabronionego. Jedną z nich jest niepoczytalność. Przepis art. 17 § 1 k.w. normuje, że nie popełnia wykroczenia, kto, z powodu choroby psychicznej, upośledzenia umysłowego lub innego zakłócenia czynności psychicznych, nie mógł w czasie czynu rozpoznać jego znaczenia lub pokierować swoim postępowaniem. Analogiczną regulację zawarto również w przepisach kodeksu karnego (art. 31 § 1 k.k.).

W psychopatologii znane są różne przypadłości, które mogą powodować u osoby wyłączenie jej zdolności do rozpoznania znaczenia podejmowanych działań lub pokierowania nimi. Jedną z nieprawidłowości, szczególnie powiązaną ze skłonnością jednostki do popełniania kradzieży jest kleptomania. To właśnie wpływ wymienionego zaburzenia na odpowiedzialność karną sprawcy kradzieży będzie głównym przedmiotem niniejszego opracowania.

¹ Ustawa z dnia 20 maja 1971 r. – Kodeks wykroczeń (tekst jednolity: Dz.U. z 2018 r., poz. 911), dalej: k.w.

² Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (tekst jednolity: Dz.U. z 2018 r., poz. 1600), dalej: k.k.

Kleptomania w ujęciu ogólnym

Na łamach doktryny prawa karnego kradzież utożsamia się z sytuacją, „(...) w której sprawca wyjmuje rzecz z władztwa osoby uprawnionej w celu objęcia nad nią władania”³. O ile sama definicja kradzieży nie powinna wzbudzać najmniejszych wątpliwości, o tyle w literaturze wyróżnia się kilka rodzajów złodziei sklepowych. Niektórzy z nich dokonują kradzieży celem osiągnięcia czystego zysku i doświadczenia uczucia podekscytowania, co niekiedy można powiązać z towarzyszącym jednostce antyspołecznym zaburzeniem osobowości⁴. Czasem bezprawne wejście w posiadanie rzeczy ruchomej może stanowić konsekwencję zaburzeń psychicznych, a niekiedy po prostu wynikać z roztargnienia⁵. Ostatni z wyróżnianych w piśmiennictwie rodzajów kradzieży, wyodrębniono ze względu na wiek sprawców. Mowa tu o kradzieży mienia sklepowego dokonywanego przez dzieci, który najczęściej popełniany jest przez nastolatków w wieku 14 i 15 lat⁶. Co ważne ze względu na problematykę niniejszej publikacji, w literaturze podaje się, że około 5% sprawców kradzieży sklepowych w przeszłości doświadczyło zaburzeń psychicznych⁷. Ponadto sama kradzież rzeczy ze sklepu może być początkowym symptomem świadczącym o rozwoju zaburzeń depresyjnych lub otępienia⁸. Jedną z przypadłości psychicznych, która ściśle wiąże się z popełnianiem kradzieży jest kleptomania. Jako jednostka diagnostyczna występuje ona zarówno na gruncie Kryteriów Diagnostycznych DSM-5, jak i w Międzynarodowej Statystycznej Klasyfikacji Chorób i Problemów Zdrowotnych ICD-10. Według pierwszej typologii wyróżnia się ją pośród zaburzeń niszczycielskich, kontroli impulsów i zachowania⁹. Zgodnie z drugą kategoryzacją omawiana nieprawidłowość stanowi jedną z postaci zaburzenia nawyków i popędów¹⁰. Termin „kleptomania” wywodzi się od greckiego czasownika *kleptein*, oznaczającego nic innego jak „kraść”¹¹. Kleptomania określana również mianem kradzieży patologicznych, definiowana jest jako „[p]owtarzająca się niemożność powstrzymania impulsów do kradzieży przedmiotów, zabieranych nie dla własnego użytku ani zysku. (...) Zaburzenie łączy się zazwyczaj ze wzrastającym poczuciem napięcia przed podjęciem

³ B. Kurzępa, *Art. 119 [w:] Kurzępa B., Kodeks wykroczeń: Komentarz*, LexisNexis, Warszawa 2008, pkt 3 zd. 1.

⁴ B.K. Puri, I.H. Treasaden, *Psychiatria. Podręcznik dla studentów*, (Rybakowski J., Rybakowski F., red. wyd. I pol.), Elsevier Urban & Partner, Wrocław 2014, s. 420.

⁵ *Ibidem*, s. 420–421.

⁶ *Ibidem*, s. 421.

⁷ *Ibidem*, s. 396.

⁸ *Ibidem*, s. 396.

⁹ *Kryteria Diagnostyczne DSM-5, Desk Reference to the Diagnostic Criteria From DSM-5, American Psychiatric Association*, Edra Urban & Partner, Wrocław 2015, s. 217.

¹⁰ *Międzynarodowa Statystyczna Klasyfikacja Chorób i Problemów Zdrowotnych ICD-10. Rewizja dziesiąta, Tom I*, wydanie 2008, Centrum Systemów Informacyjnych Ochrony Zdrowia 2012, s. 241.

¹¹ A. Augustynek, *Psychopatologia człowieka dorosłego*, Difin, Warszawa 2015, s. 33.

takiego działania oraz z poczuciem ulgi w trakcie działania i bezpośrednio potem¹². Nadmienić należy, że kleptomani ukradzione rzeczy wyrzucają, rozdają albo zbierają¹³. Zwykle zrabowane przedmioty nie przedstawiają dużej wartości i często nawet nie są kleptomanowi do niczego przydatne¹⁴. W Kryteriach Diagnostycznych DSM-5 podaje się, że kradzież dokonywana w ramach kleptomanii nie ma związku z zamiarem osoby ukazania swojego gniewu czy zemścić się na kimś¹⁵. Ponadto nie stanowi ona konsekwencji doświadczanych przez nią urojeń ani omamów¹⁶. Co więcej, na podstawie wymienionej typologii popełnienie przez jednostkę kradzieży w ramach kleptomanii nie może być wytłumaczone występowaniem u niej zaburzenia zachowania, epizodu manialnego albo antyspołecznego zaburzenia osobowości¹⁷. Choć na łamach literatury zaznacza się, że tylko nieliczna grupa kradzieży sklepowych dokonywana jest w związku z doświadczaniem przez ich sprawców kleptomanii, to nie należy zapominać, że niekiedy stanowi ona jej bezpośrednią konsekwencję¹⁸. Ponadto zgodnie z tym co już zauważono, naruszenie obowiązujących przepisów prawa, także na skutek popełnienia kradzieży, może wynikać z doznawania przez osobę innych rodzajów zaburzeń psychicznych. Potępienie zachowania jednostki uchybiającego wiążącym regulacjom prawnym wymaga uprzedniego ustalenia i zbadania wszystkich okoliczności z nim związanych. Niekiedy bowiem, tak jak np. w przypadku kleptomanii, może się okazać, że sprawca czynu zabronionego przejawiał niemożność powstrzymania impulsów do kradzieży rzeczy i z tego względu w czasie jej dokonania pozostawał niezdolny do pokierowania swoim postępowaniem, co czyniło go niepoczytalnym.

Kleptomania a niepoczytalność

Unormowania zawarte w kodeksie wykroczeń, jak i kodeksie karnym uzależniają odpowiedzialność karną sprawcy czynu zabronionego od dopuszczalności przypisania mu winy w czasie jego popełnienia. Przepis art. 1 § 2. k.w. stanowi bowiem, że nie popełnia wykroczenia sprawca czynu zabronionego, jeżeli nie można mu przypisać winy w czasie czynu. Analogiczną regulację dotyczącą przestępstw zawarto w art. 1 § 3 k.k. Zdolność sprawcy do zawinienia, rozpoznawalność bezprawności czynu zabronionego oraz nor-

¹² J. Wciórka (tł.), *Leksykon terminów. Psychiatria i zdrowie psychiczne*, Światowa Organizacja Zdrowia 1994, Instytut Psychiatrii i Neurologii, Warszawa 2001, s. 134–135.

¹³ *Międzynarodowa Statystyczna Klasyfikacja Chorób i Problemów Zdrowotnych ICD-10...*, *op. cit.*, s. 241.

¹⁴ A. Augustynek, *Psychopatologia człowieka dorosłego...*, *op. cit.*, s. 33.

¹⁵ *Kryteria Diagnostyczne DSM-5...*, *op. cit.*, s. 217.

¹⁶ *Ibidem*, s. 217.

¹⁷ *Ibidem*, s. 217.

¹⁸ B.K. Puri, I.H. Treasaden, *Psychiatria. Podręcznik dla studentów...*, *op. cit.*, s. 396.

malna sytuacja motywacyjna to przesłanki, których spełnienie jest niezbędne do podjęcia oceny wymagalności zgodnego z prawem zachowania¹⁹. W prawie karnym dopuszczalność przypisania winy sprawcy pozostaje zależna m.in. od jego dojrzałości, warunkowanej osiągnięciem określonego wieku, oraz posiadania przynajmniej ograniczonej zdolności do rozpoznania znaczenia czynu lub pokierowania swoim postępowaniem w czasie jego popełniania²⁰. Przyjęcie niepoczytalności sprawcy czynu zabronionego na podstawie opinii sporządzonej przez biegłych sądowych uniemożliwia przypisanie mu winy i prowadzi do umorzenia postępowania sądowego. Jak słusznie zauważa się w literaturze, pojęcia „niepoczytalność” i „poczytalność ograniczona” są terminami typowo prawniczymi, istotnymi ze względu na odpowiedzialność karną sprawcy czynu zabronionego²¹. Pomimo że wymienione nazwy wiążą się z prawem karnym, to ściśle są one związane z dziedziną psychiatrii²². Nie sposób bowiem oceniać zdolności jednostki do rozpoznania znaczenia przedsięwziętych działań lub swobody pokierowania nimi, bez odwołania się do stanu psychicznego osoby, który determinuje wymienione sprawności. Zgodnie z tym co już zauważono „(...) niepoczytalność jest okolicznością wyłączającą winę, a tym samym wyłączającą odpowiedzialność karną”²³. Nie oznacza to jednak, że czyn popełniony przez niepoczytalnego sprawcę nie jest bezprawny czy też szkodliwy społecznie²⁴. Jednakże, ze względu na ustanowione w polskim prawie unormowania nie może być on poczytany za wykroczenie, ani przestępstwo²⁵. Przyjęcia niepoczytalności sprawcy czynu zabronionego i tym samym umorzenia postępowania sądowego nie należy jednak utożsamiać z brakiem możliwości zastosowania wobec wymienionego podmiotu jakichkolwiek środków prawnych. Przepisy kodeksu karnego dopuszczają możliwość orzeczenia wobec sprawców niepoczytalnych albo tych mających w czasie popełnienia czynu zabronionego poczytalność ograniczoną, środków zabezpieczających, których celem jest ochrona przed ponownym naruszeniem obowiązujących regulacji ze strony wymienionych podmiotów²⁶. Na podstawie art. 93 § 1 i § 2 k.k. zalicza się do nich: elektroniczną kontrolę miejsca pobytu, terapię, terapię uzależnień oraz pobyt

¹⁹ P. Daniluk (red.), *Leksykon prawa karnego – część ogólna, 100 podstawowych pojęć*, C.H. Beck, Warszawa 2011, s. 506.

²⁰ M. Królikowski, R. Zawłocki, *Prawo karne*, wydanie 2, C.H. Beck, Warszawa 2016, s. 77.

²¹ J. Heitzman, I. Markiewicz, *Niepoczytalność – doktryna, praktyka, skuteczność, alternatywa*, „Psychiatria po Dyplomie”, 2012 t. 9, nr 3, s. 46.

²² *Ibidem*, s. 46.

²³ W. Koziulewicz, *Pojęcie niepoczytalności w doktrynie prawa karnego i orzecznictwie Sądu Najwyższego*, „Palestra” 2007, nr 1–2, s. 83.

²⁴ B. Kurzępa, *Art. 119 [w:] Kurzępa B., Kodeks wykroczeń: Komentarz..., op. cit.*, pkt 1, zd. 2.

²⁵ *Ibidem*, pkt 1, zd. 3.

²⁶ Zob. Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (tekst jednolity: Dz.U. z 2018 r., poz. 1600), „Art.93b. § 1. Sąd może orzec środek zabezpieczający, gdy jest to konieczne, aby zapobiec ponownemu popełnieniu przez sprawcę czynu zabronionego, a inne środki prawne określone w tym kodeksie lub orzeczone na podstawie innych ustaw nie są wystarczające. Środek zabezpieczający, o którym mowa w art. 93a § 1 pkt 4, można orzec jedynie, aby zapobiec ponownemu popełnieniu przez sprawcę czynu zabronionego o znacznej społecznej szkodliwości”.

w zakładzie psychiatrycznym, a także jeżeli ustawa tak stanowi, tytułem środka zabezpieczającego można orzec również nakaz i zakazy określone w art. 39 pkt 2–3 k.k.

Warto zauważyć, że pomimo pewnych odmienności występujących pomiędzy przepisami prawa zawartymi w kodeksie wykroczeń i kodeksie karnym, instytucja niepoczytalności na łamach obydwu aktów normatywnych została uregulowana w taki sam sposób²⁷. Niewielka różnica zachodząca między wymienionymi aktami prawa dotyczy regulacji normujących w nich kwestię poczytalności ograniczonej w stopniu znacznym. Odnosi się ona do zasad wymierzania sankcji sprawcom czynów zabronionych, którzy w czasie ich popełnienia mieli ograniczoną w stopniu znacznym zdolność do rozpoznania znaczenia czynu lub pokierowania swoim postępowaniem. W takich przypadkach, zależnie od okoliczności, sąd na podstawie art. 17 § 2 k.w. może odstąpić od wymierzenia kary lub środka karnego, bądź stosując przepis art. 31 § 2 k.k. zastosować nadzwyczajne złagodzenie kary. Jako że zarówno w kodeksie wykroczeń, jak i kodeksie karnym unormowania regulujące kwestię niepoczytalności są względem siebie analogiczne, także jej konstrukcja pozostaje bez zmian. W obydwu aktach prawa niepoczytalność określono przy pomocy kryterium mieszanego, uwzględniającego zarówno element psychiatryczny, jak i psychologiczny²⁸. Pierwszy z nich obejmuje przyczyny niepoczytalności, tj. chorobę psychiczną, upośledzenie umysłowe i inne zakłócenie czynności psychicznych, a drugi wskazuje na ich konsekwencje w postaci wyłączenia zdolności do rozpoznania znaczenia czynu lub pokierowania swoim postępowaniem²⁹. Wydaje się, że kleptomania jako przypadłość natury psychicznej może być zaliczona do ostatniego z wymienianych na gruncie przepisu art. 17 § 1 k.w. oraz art. 31 § 1 k.k. źródeł niepoczytalności, tj. innego zakłócenia czynności psychicznych. W literaturze podaje się, że inne zakłócenia czynności psychicznych stanowią zbiór desygnatów, którego próba zdefiniowania wiąże się z licznymi wątpliwościami³⁰. Ogólnie pojmuje się je „(...) jako stany psychiczne sprawcy, które zakłócają jego sprawność intelektualną”³¹. Poszczególne przypadłości zaliczane do grupy innych zakłóceń czynności psychicznych „(...) mogą mieć charakter trwały, czasowy lub nawet ulotny”³². Współcześnie przyjmuje się, że stany wyróżniane w ich obrębie mogą mieć zarówno podłoże chorobowe, jak

²⁷ B. Kurzępa, *Art. 119* [w:] Kurzępa B., *Kodeks wykroczeń. Komentarz...*, *op. cit.* pkt 1, zd. 4.

²⁸ M. Budyn-Kulik, *Art. 17* [w:] M. Mozgawa (red.), *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, wyd. II, Lex a Wolters Kluwer business, Warszawa 2009, pkt 4, zd. 1.

²⁹ T. Bojarski, *Art. 17. Wyłączenie odpowiedzialności sprawcy niepoczytalnego* [w:] T. Bojarski (red.), *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, wydanie V, Wolters Kluwer, Warszawa 2015, pkt 2 zd. 3 i pkt 3, zd. 4.

³⁰ M. Budyn-Kulik, *Art. 17* [w:] M. Mozgawa (red.), *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, wyd. II..., *op. cit.*, pkt 8, zd. 1.

³¹ W. Kotowski, *Art. 17. Wyłączenie odpowiedzialności* [w:] W. Kotowski (red.), *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, wyd. III, Oficyna a Wolters Kluwer business, Warszawa 2009, pkt 1 zd. 5.

³² B. Kurzępa, *Art. 119* [w:] Kurzępa B., *Kodeks wykroczeń. Komentarz...*, *op. cit.* pkt 4, zd. 1.

i niepatologiczne³³. Pośród innych zakłóceń czynności psychicznych wymienia się m.in. upojenie patologiczne, skrajne przemęczenie, zaburzenia spowodowane nadużywaniem alkoholu lub innych środków działających na ośrodkowy układ nerwowy, jak również psychopatię³⁴. Wypada się zgodzić, że ze względu na przyjętą w przepisach prawa karnego mieszaną konstrukcję niepoczytalności, do zbioru innego zakłócenia czynności psychicznych należy zaliczyć wszelkie stany, które zakłócają sprawność psychiczną jednostki, jednocześnie nie spełniając kryterium choroby psychicznej, ani upośledzenia umysłowego. Mowa tu w szczególności o zaburzeniach lękowych, uzależnieniach, zaburzeniach osobowości, czy w końcu będącej przedmiotem niniejszej publikacji, kleptomani.

Nie sposób bowiem wyobrazić sobie słuszności pomijania kleptomanii, podobnie jak innych rodzajów zaburzeń nawyków i popędów przy ocenie poczytalności sprawcy czynu zabronionego. Rozwój i występowanie wymienionych przypadłości pozostają niezależne od woli chorego, jednocześnie znacznie utrudniając mu codzienną egzystencję. Skoro kleptomania, jak już zauważono, definiowana jest jako „[p]owtarzająca się niemożność powstrzymania impulsów do kradzieży przedmiotów (...)”³⁵, to tym samym nie sposób przeoczyć jej związku z istniejącym w owym zakresie brakiem zdolności do pokierowania swoim postępowaniem. Na podstawie obowiązujących przepisów prawa niezdolność do zawiadywania własnym działaniem w czasie popełniania czynu zabronionego jest jednym z elementów przesądzających o przyjęciu niepoczytalności sprawcy. Mając na względzie przedstawione informacje wypada się zgodzić, że kradzież dokonana przez kleptomana, może niekiedy stanowić konsekwencję towarzyszącego mu zaburzenia. W takim przypadku choć kradzież mienia będzie czynem bezprawnym i szkodliwym społecznie, to jego sprawcy można nie móc przypisać winy, jeśli okaże się, że w czasie jego popełnienia był niepoczytalny. Z tego względu tak ważne jest, aby przed oceną postępowania jednostki upewnić się, czy nie wynikało ono z doświadczanych nieprawidłowości psychicznych, skutkujących u niej wyłączeniem poczytalności.

Podsumowanie

Na podstawie zaprezentowanych w niniejszym opracowaniu informacji można przyjąć, że kleptomania stanowi kolejną dolegliwość natury psychicznej, która wpływa na postępowanie osoby. W przypadku omawianego zaburzenia wiąże się to z brakiem możliwości zapanowania nad impulsami do kradzieży przedmiotów. Niezdolność do pokierowania swoim postępowaniem, nawet w tak niewielkim zakresie jak ten dotyczący powstrzymania się przed kradzieżą mienia, może okazać się istotna ze względu na odpowiedzialność karną sprawcy czynu zabronionego. Choć wydaje się, że kleptomania nie

³³ L.K. Paprzycki (red.), *Nauka o przestępstwie. Wyłączenie i ograniczenie odpowiedzialności karnej*, C.H. Beck: Instytut Nauk Prawnych PAN, Warszawa 2013, s. 528.

³⁴ *Ibidem*, s. 528.

³⁵ J. Wciórka (tł.), *Leksykon terminów, Psychiatria i zdrowie psychiczne...*, op. cit., s. 134–135.

stanowi poważnej przypadłości, która zagrażałaby życiu lub zdrowiu człowieka, to warto zauważyć, że niekiedy konsekwencje jej doświadczania mogą być poważne. Nie sposób bowiem bagatelizować sytuacji, wynikającej z dopuszczania się kradzieży mienia, nawet tego o nieznacznej wartości. Warto jednak pamiętać, że ocena jakiegokolwiek zachowania, nawet tego wiążącego się z naruszeniem przepisów prawa, winna być poprzedzona zbadaniem wszelkich okoliczności, również tych dotyczących zdolności do rozpoznania znaczenia popełnianego czynu i pokierowania swoim postępowaniem w czasie jego dokonania.

Bibliografia

- Augustynek A., *Psychopatologia człowieka dorosłego*, Difin, Warszawa 2015.
- Bojarski T., *Art. 17, Wylączenie odpowiedzialności sprawcy niepoczytalnego* [w:] Bojarski T. (red.), *Kodeks wykroczeń, Komentarz*, wydanie V, Wolters Kluwer, Warszawa 2015.
- Budyn-Kulik M., *Art. 17* [w:] Mozgawa M. (red.), *Kodeks wykroczeń. Komentarz, wyd. II*, Lex a Wolters Kluwer business, Warszawa 2009.
- Daniluk P. (red.), *Leksykon prawa karnego – część ogólna, 100 podstawowych pojęć*, C.H. Beck, Warszawa 2011.
- Heitzman J., Markiewicz I., *Niepoczytalność – doktryna, praktyka, skuteczność, alternatywa „Psychiatria po Dyplomie”*, 2012 t. 9, nr 3.
- W. Kotowski, *Art. 17, Wylączenie odpowiedzialności* [w:] Kotowski W. (red.), *Kodeks wykroczeń, Komentarz, wyd. III*, Oficyna a Wolters Kluwer business, Warszawa 2009.
- Kozielewicz W., *Pojęcie niepoczytalności w doktrynie prawa karnego i orzecznictwie Sądu Najwyższego*, „Palestra” 2007, nr 1–2.
- Królikowski M., Zawłocki R., *Prawo karne, wydanie 2*, C.H. Beck, Warszawa 2016.
- Kryteria Diagnostyczne DSM-5, Desk Reference to the Diagnostic Criteria From DSM-5*, American Psychiatric Association, Edra Urban & Partner, Wrocław 2015.
- Kurzępa B., *Art. 119* [w:] Kurzępa B., *Kodeks wykroczeń: Komentarz*, LexisNexis, Warszawa 2008.
- Międzynarodowa Statystyczna Klasyfikacja Chorób i Problemów Zdrowotnych ICD-10, Rewizja dziesiąta, Tom I*, wydanie 2008, Centrum Systemów Informacyjnych Ochrony Zdrowia 2012.
- Paprzycki L.K. (red.), *Nauka o przestępstwie. Wylączenie i ograniczenie odpowiedzialności karnej*, C.H. Beck: Instytut Nauk Prawnych PAN, Warszawa 2013.
- Puri B.K. Treasaden I.H., *Psychiatria, Podręcznik dla studentów* (Rybakowski J., Rybakowski F., red. wyd. I pol.), Elsevier Urban & Partner, Wrocław 2014.
- Wciórka J. (tł.), *Leksykon terminów, Psychiatria i zdrowie psychiczne*, Światowa Organizacja Zdrowia 1994, Instytut Psychiatrii i Neurologii, Warszawa 2001.

Akty prawne

- Ustawa z dnia 20 maja 1971 r. – Kodeks wykroczeń (tekst jednolity: Dz.U. z 2018 r., poz. 911).
- Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (tekst jednolity: Dz.U. z 2018 r., poz. 1600).

Autor
mgr Anna Lisowska
Uniwersytet Łódzki
Wydział Prawa i Administracji
Katedra Prawa Karnego Materialnego
Zakład Nauki o Przestępstwie

11. ZAKAZ WSTĘPU DO OŚRODKÓW GIER I UCZESTNICTWA W GRACH HAZARDOWYCH JAKO ŚRODEK STOSOWANY WOBEC SPRAWCÓW CZYNÓW ZABRONIONYCH UZALEŻNIONYCH OD HAZARDU

Anna Lisowska

Streszczenie

W pracy dokonano analizy instrumentu prawa w postaci zakazu wstępu do ośrodków gier i uczestnictwa w grach hazardowych orzeczanego jako środek karny lub tytułem środka zabezpieczającego, który znajduje zastosowanie m.in. wobec uzależnionych od czynności sprawców czynów zabronionych. Scharakteryzowano uzależnienie od gier, tzw. patologiczny hazard i ukazano jego wpływ na zdolność sprawcy do rozpoznania znaczenia czynu lub pokierowania swoim postępowaniem w czasie jego popełnienia. Ponadto omówiono zakaz wstępu do ośrodków gier i uczestnictwa w grach hazardowych jako środek mający na celu ochronę przed ponownym popełnieniem przez osobę czynu zabronionego.

Słowa kluczowe: patologiczny hazard, uzależnienie od gier, niepoczytalność, poczytalność ograniczona, środek karny, środek zabezpieczający, zakaz wstępu do ośrodków gier i uczestnictwa w grach hazardowych.

Wprowadzenie

Uzależnienie od leków, alkoholu lub innych substancji psychoaktywnych, a także zależność od czynności to przypadłości, które dotyczą coraz większą liczbę ludzi. Szybkie tempo życia, ciągła rywalizacja i permanentny stres to niektóre z czynników wpływających na rozwój uzależnienia. Napoje wysokokowe, leki nasenne i uspakajające oraz inne specyfiki oddziałujące na ośrodkowy układ nerwowy pozwalają na szybką relaksację oraz przynajmniej chwilowe zapomnienie o problemach. Wraz z rozwojem technologii i wprowadzeniem na rynek nowoczesnych urządzeń pozwalających skutecznie oderwać się od codzienności, na sile przybrała kategoria uzależnień od czynności. Pośród tych ostatnich wymienia się m.in. uzależnienie od pracy, zakupów czy hazardu. Ponadto coraz bardziej niebezpieczne stają się uzależnienia od komputera i telefonu komórkowego, które sprawiają, że jednostka zatracą się w wirtualnym świecie, coraz bardziej gubiąc kontakt z rzeczywistością. Warto zauważyć, że zagrażające dla zdrowia, a niekiedy i życia jednostki są obie postaci zależności. Uzależnienia od substancji mogą powodować u osoby wyłączenie zdolności do rozpoznania znaczenia podejmowanych działań lub pokierowania nimi. Z kolei bacząc na charakter uzależnień od czynności winno się zgodzić, że w szczególności mogą one prowadzić do utraty kontroli nad zachowaniami związanymi z nałogiem lub pozwalającymi na jego trwanie.

Uzależnienia jako anomalie o podłożu psychicznym wpływają na egzystencję człowieka, który ich doświadcza, utrudniając mu i jego najbliższemu codzienne funkcjonowanie, ale mają również znaczenie w kwestii ponoszenia odpowiedzialności karnej przez sprawcę czynu zabronionego. Ponadto determinują rodzaj środków prawnych stosowanych wobec uzależnionych sprawców czynów zabronionych. Jednym ze środków, który ma na celu dążenie do poprawy stanu zdrowia psychicznego wymienionych podmiotów oraz ich ochronę, jak również społeczeństwa przed ponownym naruszeniem przez nich obowiązujących przepisów prawa jest zakaz wstępu do ośrodków gier i uczestnictwa w grach hazardowych. To właśnie ten, przewidziany przepisami prawa instrument będzie głównym przedmiotem zainteresowania niniejszego opracowania. Wymieniony środek w postaci zakazu wstępu do ośrodków gier i uczestnictwa w grach hazardowych zostanie omówiony pod kątem zasadności i dopuszczalności orzekania go wobec uzależnionych od hazardu sprawców czynów zabronionych. Z tego względu w niniejszym opracowaniu nie może również zabraknąć krótkiej charakterystyki wymienionej przypadłości.

Uzależnienie od hazardu jako przesłanka orzekania zakazu wstępu do ośrodków gier i uczestnictwa w grach hazardowych

W Międzynarodowej Statystycznej Klasyfikacji Chorób i Problemów Zdrowotnych ICD-10 patologiczny hazard wyodrębniono pośród zaburzeń nawyków i popędów¹. Według Kryteriów Diagnostycznych DSM-5 hazard patologiczny uznawany jest za zaburzenie niezwiązane z substancją, które wyróżnia się wśród zaburzeń związanych z substancjami i uzależnień². Stanowi ono jedyne uzależnienie od czynności, które oznaczono na gruncie Kryteriów Diagnostycznych DSM-5³. Wedle pierwszej z wymienionych typologii omawiana przypadłość „(...) polega na często powtarzającym się uprawianiu hazardu, który przeważa w życiu człowieka ze szkodą dla wartości i zobowiązań społecznych, zawodowych, materialnych i rodzinnych”⁴. W literaturze tematu patologiczny hazard nazywany jest również hazardem kompulsywnym bądź zaburzeniem hazardowym⁵. Pojęcia te w niniejszej publikacji używane są zamiennie. Zdaniem R. Custera patolo-

¹ *Międzynarodowa Statystyczna Klasyfikacja Chorób i Problemów Zdrowotnych ICD-10. Rewizja dziesiąta, Tom I*, wydanie 2008, Centrum Systemów Informacyjnych Ochrony Zdrowia 2012, s. 241.

² *Kryteria Diagnostyczne DSM-5, Desk Reference to the Diagnostic Criteria From DSM-5*, American Psychiatric Association, Edra Urban & Partner, Wrocław 2015, s. 273.

³ A. Augustynek, *Psychopatologia człowieka dorosłego*, Difin, Warszawa 2015, s. 165.

⁴ *Międzynarodowa Statystyczna Klasyfikacja Chorób i Problemów Zdrowotnych ICD-10...*, *op. cit.*, s. 241.

⁵ J.N. Butcher, J.M. Hooley, S. Mineka, *Psychologia zaburzeń DSM-5*, GWP, Sopot 2018, s. 496.

giczny, kompulsywny hazard jest wyniszczającym, zagrażającym i potencjalnie zabójczym zaburzeniem⁶. Osoby borykające się z nim tracą panowanie nad swoim postępowaniem, a nałóg staje się najistotniejszą kwestią w ich życiu, która okalecza każdy jego wymiar⁷. Warto zauważyć, że „[o] uzależnieniu od hazardu mówimy wówczas, gdy jego uprawianie powoduje różne życiowe problemy, a osoba nim dotknięta, mimo tych problemów nie przestaje grać”⁸. Osoby z zaburzeniem hazardowym podejmują się i uczestniczą w grze, pomimo świadomości braku perspektyw na większe zwycięstwo⁹. Nie baczą nawet na fakt, że tylko sporadycznie udaje się im odnieść sukces, którego doświadczyli za pierwszym razem bądź, iż nigdy powtórnie go nie doznają¹⁰. Co więcej, nierzadko kompulsywnych hazardzistów bardziej cieszy porażka niż odniesione zwycięstwo, ponieważ wymusza ona na nich konieczność rewanżu i tym samym stanowi dobry argument do dalszego uczestnictwa w grze, co wiąże się z odczuwaniem silnego napięcia psychicznego, będącego motywem do uprawiania nałogu¹¹. Osoby uzależnione od hazardu są w stanie dopuszczać się nawet kradzieży czy defraudacji¹². Czynią to celem zdobycia środków finansowych pozwalających na dalsze uczestnictwo w grze¹³. Ponadto trwoniąc zaoszczędzone pieniądze, zaniedbują najbliższe im osoby, nie uiszczają należności za rachunki oraz zadłużają się u znajomych lub w instytucjach finansowych¹⁴. Tylko pozornie może się wydawać, że omawiany nałóg dotyczy jedynie osoby nim dotkniętej. Z czasem negatywne konsekwencje patologicznego hazardu zaczynają obejmować rodzinę, przyjaciół i współpracowników jednostki, której on bezpośrednio dotyczy¹⁵. W literaturze przedmiotu szacuje się, że wśród ogólnej populacji dorosłych osób 1–2% ludzi jest patologicznymi hazardzistami, a samo zaburzenie występuje tak samo często u płci żeńskiej, jak i męskiej¹⁶. Mówiąc o poziomie rozpowszechnienia kompulsywnego hazardu winno się mieć na uwadze, że w różnych grupach społecznych jego wskaźnik przyjmuje inne wartości¹⁷. Przykładowo zaburzenie hazardowe wśród osób uzależnionych od alkoholu jest zjawiskiem częstszym niż w ogólnej populacji ludzi dorosłych¹⁸.

⁶ A. Augustynek, *Psychopatologia człowieka dorosłego...*, *op. cit.*, s. 169.

⁷ *Ibidem*, s. 169–170.

⁸ *Ibidem*, s. 170.

⁹ J.N. Butcher, J.M. Hooley, S. Mineka, *Psychologia zaburzeń DSM-5...*, *op. cit.*, s. 497.

¹⁰ *Ibidem*, s. 497.

¹¹ A. Augustynek, *Psychopatologia człowieka dorosłego...*, *op. cit.*, s. 170–171.

¹² *Ibidem*, s. 170.

¹³ J.N. Butcher, J.M. Hooley, S. Mineka, *Psychologia zaburzeń DSM-5...*, *op. cit.*, s. 497.

¹⁴ *Ibidem*, s. 497.

¹⁵ A. Augustynek, *Psychopatologia człowieka dorosłego...*, *op. cit.*, s. 170.

¹⁶ J.N. Butcher, J.M. Hooley, S. Mineka, *Psychologia zaburzeń DSM-5...*, *op. cit.*, s. 496.

¹⁷ *Ibidem*, s. 496.

¹⁸ *Ibidem*, s. 496.

Omawiając uzależnienie od czynności warto zauważyć, że według Kryteriów Diagnostycznych DSM-5 wyróżniono trzy stopnie ciężkości hazardu patologicznego¹⁹. Łagodny, umiarkowany i ciężki poziom nałogu pozostaje zależny od ilości spełnionych w ciągu 12 miesięcy wyznaczników, które uwzględniono w Kryteriach Diagnostycznych DSM-5²⁰. Przykładowo zalicza się do nich odczuwanie niepokoju lub zdenerwowania występujące przy próbie ograniczenia albo zupełnego zrezygnowania z partycypacji w hazardzie bądź oszukiwanie mające na celu zatuszowanie poziomu zaangażowania nałogiem²¹. Spełnienie 4–5 spośród wymienionych w Kryteriach Diagnostycznych DSM-5 wyznaczników świadczy o łagodnym stopniu ciężkości hazardu patologicznego²². Obecność w zachowaniu osoby 6–7 mierników wskazuje na umiarkowany stopień ciężkości nałogu, a występowanie 8–9 z nich sygnalizuje o ciężkim poziomie zaburzenia hazardowego²³.

Niewątpliwie uzależnienie od hazardu może stanowić przyczynę podejmowania zachowań niezgodnych z prawem, o czym świadczą kradzieże lub defraudacje, których dopuszczają się nałogowcy, celem zdobycia środków finansowych umożliwiających dalszy udział w grze. Z tego względu w obowiązujących regulacjach przewidziano środki pozwalające ochronić społeczeństwo, jak i samego uzależnionego przed ponownym naruszeniem przez niego przepisów prawa. To właśnie jeden z nich, występujący pod postacią zakazu wstępu do ośrodków gier i uczestnictwa w grach hazardowych, będzie podlegać omówieniu w dalszej części publikacji.

Zakaz wstępu do ośrodków gier i uczestnictwa w grach hazardowych jako instrument prawa orzekany tytułem środka karnego lub zabezpieczającego

Omawiając instrument prawa występujący pod postacią zakazu wstępu do ośrodków gier i uczestnictwa w grach hazardowych warto zauważyć, że może on być orzeczony tytułem środka karnego albo środka zabezpieczającego. Choć niewątpliwie celem jego stosowania jest ochrona sprawcy, jak i jego otoczenia przed ponownym naruszeniem przez niego przepisów prawa, to jednak ze względu na obowiązujące unormowania, podstawy orzekania wymienionego środka bywają różne. Wynika to z przyjętych regulacji, które stanowią, że nie popełnia przestępstwa, kto, z powodu choroby psychicznej, upośledzenia umysłowego lub innego zakłócenia czynności psychicznych, nie mógł w czasie czynu rozpoznać jego znaczenia lub pokierować swoim postępowaniem (art. 31 § 1

¹⁹ *Kryteria Diagnostyczne DSM-5, Desk Reference to the Diagnostic Criteria From DSM-5...*, *op. cit.*, s. 274.

²⁰ *Ibidem*, s. 273–274.

²¹ *Ibidem*, s. 273.

²² *Ibidem*, s. 274.

²³ *Ibidem*, s. 274.

kodeksu karnego)²⁴. W takim przypadku sąd na podstawie przepisu art. 414 § 1 w zw. z art. 17 § 1 pkt 2 kodeksu postępowania karnego²⁵ zostaje zobligowany do umorzenia postępowania karnego, co bezpośrednio przekłada się m.in. na dopuszczalność stosowania niektórych instrumentów prawa. Ustalenie przez sąd, że sprawca czynu zabronionego w czasie jego popełnienia miał wyłączoną poczytalność, uniemożliwiająca mu rozpoznanie znaczenia podejmowanych działań lub pokierowania nimi skutkuje brakiem dopuszczalności ukarania takiego sprawcy, a tym samym i orzeczenia wobec niego kar lub środków karnych. Przepisy kodeksu karnego przyzwalają na stosowanie wobec niepoczytalnych sprawców czynów zabronionych środków zabezpieczających (art. 93c pkt 1 k.k.). Co więcej, przepis art. 99 § 1 k.k. stanowi, że jeżeli sprawca dopuścił się czynu zabronionego w stanie niepoczytalności określonej w art. 31 § 1, sąd może orzec tytułem środka zabezpieczającego nakaz lub zakazy wymienione w art. 39 pkt 2–3 k.k. Oznacza to, że w odniesieniu do sprawcy czynu zabronionego, mającego wyłączoną poczytalność w czasie jego popełnienia, sąd może tytułem środka zabezpieczającego orzec m.in. zakaz wstępu do ośrodków gier i uczestnictwa w grach hazardowych (art. 93a § 2 w zw. z w art. 39 pkt 2–3 k.k.). Inaczej sytuacja wygląda w przypadku sprawców czynów zabronionych wykazujących w czasie ich popełnienia znaczne ograniczenie poczytalności. Jako że na podstawie obowiązujących unormowań wymienione osoby ponoszą odpowiedzialność karną za popełnione czyny zabronione, a sąd w oparciu o przepis art. 31 § 2 k.k. może zastosować wobec nich nadzwyczajne złagodzenie kary, to należy uznać, iż podlegają one również orzekaniu środków karnych.

Standardowo na podstawie przepisów kodeksu karnego zakaz wstępu do ośrodków gier i uczestnictwa w grach hazardowych stanowi jeden ze środków karnych (art. 39 pkt 2d k.k.). Jak podaje się w literaturze, środki karne pełnią funkcję komplementarną w stosunku do kary kryminalnej, która jest podstawową odpowiedzią na popełnione przez sprawcę przestępstwo²⁶. Zgodnie z przepisem art. 41c § 2 k.k. sąd może orzec zakaz wstępu do ośrodków gier i uczestnictwa w grach hazardowych, w razie skazania za przestępstwo popełnione w związku z urządzaniem gier hazardowych lub udziałem w nich (art. 41c § 2 k.k.). W piśmiennictwie wskazuje się, że wymieniony instrument prawa został wprowadzony do kodeksu karnego na mocy Ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych (Dz.U. z 2009 r. Nr 201, poz. 1540)²⁷. W jednym z komentarzy do kodeksu karnego podkreślono, odwołując się do uzasadnienia projektu przywołanej ustawy (Sejm VI kadencji, druk sejmowy nr 2481), że omawiany środek karny „(...) ma na celu uniemożliwienie udziału w grach osobom, które popełniły przestępstwo

²⁴ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (tekst jednolity: Dz.U. z 2018 r., poz. 1600), dalej: k.k.

²⁵ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego (tekst jednolity: Dz.U. z 2018 r., poz. 679), dalej: k.p.k.

²⁶ M. Królikowski, R. Zawłocki, *Prawo karne*, wydanie 2, C.H. Beck, Warszawa 2016, s. 19.

²⁷ T. Bojarski, *Art. 41c. Zakaz wstępu do ośrodków gier i uczestnictwa w grach hazardowych* [w:] T. Bojarski (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, wyd. VII, Wolters Kluwer, Warszawa 2016, zd. 1.

związane z urządzaniem, bądź z udziałem w grach i zakładach (w tym osobom uzależnionym) zarówno jako gracz, jak też jako osoba prowadząca lub nadzorująca prowadzenie gier²⁸. Jak wynika z przepisu art. 39 pkt 2d k.k. omawiany instrument prawa tworzą dwa zespolone ze sobą zakazy obejmujące wstęp do ośrodków gier oraz uczestnictwo w grach hazardowych²⁹. Choć literalne brzmienie przepisu art. 41c § 2 k.k. nakazuje ich łączne orzekanie, to w doktrynie podnoszony jest szereg wątpliwości, co do słuszności takiego rozwiązania³⁰. Omawiając środek karny w postaci zakazu wstępu do ośrodków gier i uczestnictwa w grach hazardowych warto chwilę uwagi poświęcić użytej w nim terminologii. Definicje legalne pojęć „ośrodek gier” oraz „gra hazardowa” zawarto we wspomnianej już Ustawie z dnia 19 listopada 2009 r. – o grach hazardowych³¹. Przez gry hazardowe należy rozumieć gry losowe, na automatach, w karty oraz zakłady wzajemne (art. 1 ust. 2 u.o.g.h.). Z kolei salon gry bingo pieniężne, salon gier na automatach oraz kasyno gry uznawane są za ośrodek gier (art. 4 ust. 1 pkt 1a–c u.o.g.h.). Szczegółowe objaśnienia każdego z wymienionych terminów zawarto w przywołanym akcie prawa. Winno się podkreślić, że analizowany środek karny cechuje fakultatywność, co oznacza, że sąd może, ale nie musi go zastosować³². Podłożem jego orzeczenia wobec sprawcy czynu zabronionego jest skazanie go za przestępstwo popełnione w związku z urządzaniem gier hazardowych lub udziałem w nich (art. 41c § 2 k.k.). Zauważyć należy, że przepisy kodeksu karnego nie wskazują wprost, czy analizowany środek karny dotyczy dostępu do wszystkich ośrodków gier i udziału w jakichkolwiek grach hazardowych czy istnieje możliwość orzeczenia zakazu odnośnie tylko niektórych z nich³³. Z tego względu przyjmuje się, że to organ orzekający winien w orzeczeniu jednoznacznie wskazać zasięg przedmiotowy zastosowanych wobec sprawcy przestępstwa zakazów³⁴. Zakazy orzeczone w środku karnym powinny obejmować te ośrodki i gry, które wykazują powiązanie z popełnionym przez sprawcę przestępstwem³⁵. Zakaz wstępu do ośrodków gier i uczestnictwa w grach hazardowych jako środek karny wyrokuje się w wymiarze od roku do dziesięciu lat (art. 43 § 1 k.k.). Z kolei, gdy omawiany instrument prawa orzekany jest tytułem środka zabezpieczającego, to zgodnie z przepisem art. 99

²⁸ W. Górowski, M. Szewczyk, *Art. 41c* [w:] W. Wróbel, A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część ogólna. Tom I. Część I. Komentarz do art. 1–52*, wyd. V, Wolters Kluwer, Warszawa 2016, pkt 1 zd. 2.

²⁹ *Ibidem*, pkt 2 zd. 1 i 2.

³⁰ Zob. A. Ziółkowska, *Art. 41c, Zakaz hazardowy* [w:] V. Konarska-Wrzošek (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, wyd. II, Wolters Kluwer, Warszawa 2018, pkt 1.

³¹ Ustawa z dnia 19 listopada 2009 r. – o grach hazardowych (tekst jednolity: Dz.U. z 2019 r., poz. 847), dalej: u.o.g.h.

³² M. Królikowski, R. Zawłocki, *Prawo karne...*, *op. cit.*, s. 352.

³³ W. Górowski, M. Szewczyk, *Art. 41c* [w:] W. Wróbel, A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część ogólna. Tom I. Część I. Komentarz do art. 1–52...*, *op. cit.*, pkt 3 zd. 1.

³⁴ A. Ziółkowska, *Art. 41c, Zakaz hazardowy* [w:] V. Konarska-Wrzošek (red.), *Kodeks karny, Komentarz*, wyd. II, Wolters Kluwer, Warszawa 2018, pkt 1, zd. 24.

³⁵ W. Górowski, M. Szewczyk, *Art. 41c* [w:] W. Wróbel, A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część ogólna. Tom I. Część I. Komentarz do art. 1–52*, wyd. V..., *op. cit.*, pkt 3 zd. 6.

§ 2 k.k. nie określa się czasu jego obowiązywania³⁶.

Podsumowanie

W kontekście zaprezentowanych w opracowaniu informacji słuszność orzekania wobec uzależnionych od hazardu sprawców czynów zabronionych zakazu wstępu do ośrodków gier i uczestnictwa w grach hazardowych nie powinna wzbudzać najmniejszych wątpliwości. Już bowiem w uzasadnieniu projektu Ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. – o grach hazardowych, (Sejm VI kadencji, druk sejmowy nr 2481), wskazano, że intencją stosowania omawianego środka karnego jest udaremnienie uczestnictwa w grach osobom, które dopuściły się przestępstwa związanego z ich urządzaniem lub udziałem w nich. W owym uzasadnieniu osoby uzależnione wyszczególniono jako jedna z kategorii podmiotów, do których analizowany środek karny powinien znaleźć zastosowanie. W piśmiennictwie podkreślono, że zdaje się, iż związek, o którym mowa w art. 41c § 2 k.k. ma charakter funkcjonalny³⁷, a „(...) udział w grach hazardowych w ośrodkach gier ma być podłożem popełnienia przestępstwa”³⁸. Nie ulega wątpliwości, o czym była mowa, że osoby uzależnione od hazardu niejednokrotnie dopuszczają się czynów zabronionych właśnie o takim zabarwieniu. Kradzieże czy defraudacje to jedne z podejmowanych przez nich zachowań, mających na celu zdobycie środków finansowych pozwalających na dalszy udział w grze. Z tego względu zakaz wstępu do ośrodków gier i uczestnictwa w grach hazardowych orzeczony tytułem środka karnego albo środka zabezpieczającego wobec osób uzależnionych od hazardu wydaje się być rozwiązaniem, które pozwala uchronić społeczeństwo, jak i samego sprawcę przed ponownym naruszeniem przez niego przepisów prawa. Ponadto fizycznie zapobiega pogłębianiu się nałogu i szkód z niego wynikających.

Bibliografia

- Augustynek A., *Psychopatologia człowieka dorosłego*, Difin, Warszawa 2015.
- Bojarski T., *Art. 41c. Zakaz wstępu do ośrodków gier i uczestnictwa w grach hazardowych* [w:] Bojarski T. (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, wyd. VII, Wolters Kluwer, Warszawa 2016.
- Butcher J.N., Hooley J.M., Mineka S., *Psychologia zaburzeń DSM-5*, Gdańskie Wydawnictwo Psychologiczne, Sopot 2018.
- Górowski W., Szewczyk M., *Art. 41c* [w:] Wróbel W., Zoll A. (red.), *Kodeks karny. Część ogólna. Tom I. Część I. Komentarz do art. 1–52*, wyd. V, Wolters Kluwer, Warszawa 2016.
- Królikowski M., Zawłocki R., *Prawo karne*, wydanie 2, C.H. Beck, Warszawa 2016.
- Kryteria Diagnostyczne DSM-5, Desk Reference to the Diagnostic Criteria From DSM-5*, American Psychiatric Association, Edra Urban & Partner, Wrocław 2015.

³⁶ *Ibidem*, art. 99 § 2.

³⁷ W. Górowski, M. Szewczyk, *Art. 41c* [w:] W. Wróbel, A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część ogólna. Tom I. Część I. Komentarz do art. 1–52*, wyd. V..., *op. cit.*, pkt 7 zd. 2.

³⁸ *Ibidem*, pkt 7 zd. 3.

Międzynarodowa Statystyczna Klasyfikacja Chorób i Problemów Zdrowotnych ICD-10, Rewizja dziesiąta, Tom I, wydanie 2008, Centrum Systemów Informacyjnych Ochrony Zdrowia 2012.
Ziółkowska A., *Art. 41c, Zakaz hazardowy* [w:] Konarska-Wrzosek V. (red.), *Kodeks karny, Komentarz, wyd. II*, Wolters Kluwer, Warszawa 2018.

Akty prawa

Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (tekst jednolity: Dz.U. z 2018 r., poz. 1600).

Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego (tekst jednolity: Dz.U. z 2018 r., poz. 679).

Ustawa z dnia 19 listopada 2009 r. – o grach hazardowych (tekst jednolity: Dz.U. z 2019 r., poz. 847).

Autor
mgr Anna Lisowska
Uniwersytet Łódzki
Wydział Prawa i Administracji
Katedra Prawa Karnego Materialnego
Zakład Nauki o Przestępstwie

Exante Wydawnictwo Naukowe
dr Klaudia Pujer
ul. Buforowa 24 lok. 10, 52-131 Wrocław
WWW: exante.com.pl, wydawnictwoexante.pl

ISBN 978-83-66187-60-3 (PDF)

ISBN 978-83-66187-59-7 (oprawa miękka)