

INSTYTUT NAUK PRAWNYCH
POLSKA AKADEMIA NAUK



STUDIA PRAWNICZE

PÓŁROCZNIK

ISSN 0039-3312

eISSN 2719-4302

2 (228)
2023

Wydawnictwo INP PAN
Warszawa 2023



KOLEGIUM REDAKCYJNE:

Redaktor Naczelny – **prof. dr hab. Monika Szwarc** (Instytut Nauk Prawnych PAN, Polska)
Z-ca Redaktora Naczelnego – **dr hab. Monika Domańska, prof. INP PAN** (Instytut Nauk Prawnych PAN, Polska)
Sekretarz Redakcji – **Joanna Florecka** (Instytut Nauk Prawnych PAN, Polska)

KOMITET REDAKCYJNY:

Władysław Czapliński (Instytut Nauk Prawnych PAN, Polska), **Jean-Philippe Derosier** (University of Lille, Francja), **Marc Engelhart** (Max Planck Institute for the Study of Crime, Security and Law, Freiburg, Niemcy), **Beryl ter Haar** (Leiden University, Holandia), **Bettina Heiderhoff** (University of Münster, Niemcy), **Andre Janssen** (Radboud University Nijmegen, Holandia), **Daniele Negri** (University of Ferrara, Włochy), **Celina Nowak** (Instytut Nauk Prawnych PAN, Polska), **Angelika Nußberger** (University of Köln, Niemcy), **Paweł Podrecki** (Instytut Nauk Prawnych PAN, Polska), **Maciej Szpunar** (Uniwersytet Śląski, Polska), **Andreas Thier** (University of Zurich, Szwajcaria), **Luc Wintgens** (Catholic University of Leuven, Belgia), **Ariane Vidal-Naquet** (Aix-Marseille University, Francja)

„Studia Prawnicze” ukazują się nieprzerwanie **od 1963 r.**

Redakcja uprzejmie zawiadamia, że dążąc do upowszechniania za granicą artykułów ukazujących się w „Studiach Prawniczych”, zamieszcza angielskie streszczenia artykułów w Central European Journal of Social and Humanities (**CEJSH**), Bibliotece Nauki i e-Bibliotece Prawniczej oraz artykuły wraz z zestawem metadanych w bazach Central and Eastern European Online Library (**CEEOL**) oraz **Ebsco – Legal Source, Biblioteka Nauki**.

Czasopismo jest indeksowane w bazie referencyjnej **ERIH PLUS**.

Pełne wersje artykułów, publikowanych w modelu Open Access.

Zgodnie z Komunikatem Ministra Edukacji i Nauki z dnia 17 lipca 2023 r. w sprawie wykazu czasopism naukowych i recenzowanych materiałów z konferencji międzynarodowych półrocznik „Studia Prawnicze” uzyskał **40 punktów**.

Wersją podstawową (referencyjną) czasopisma jest wersja papierowa.

ISSN 0039-3312; eISSN 2719-4302

DOI 10.37232/sp.2023

Redaktor prowadzący: **Izabela Dobrowolska**

Redakcja i korekta językowa: **Justyna Ramiączek**

Proofreading: **Eric Hilton**

Skład: **Izabela Dobrowolska**

Adres Redakcji:

Instytut Nauk Prawnych PAN
ul. Nowy Świat 72, 00-330 Warszawa (Pałac Staszica)
tel. 22 826 52 31 w. 181
fax 22 826 78 53
e-mail: studiaprawnicze@inp.pan.pl

Druk na zlecenie INP PAN: Sowa Sp. z o.o.
nakład: 80 egz.



SPIS TREŚCI

Od redakcji.....	5
Uchwała Nr 04/2023 Komitetu Nauk Prawnych Polskiej Akademii Nauk.....	7

ARTYKUŁY

Valeriia Poiedynok

Taras Shevchenko National University of Kyiv, Ukraine

Corporate sustainability in Ukraine: Challenges of European integration	9
--	---

Ielyzaveta Lvova

Odesa State University of Internal Affairs, Odesa, Ukraine

Constitutional law matters of sustainable development under martial law: The case of Ukraine	31
---	----

Paweł Gacek

Komenda Główna Policji, Polska

Skazanie policjanta prawomocnym wyrokiem sądu za przestępstwo lub przestępstwo skarbowe, umyślne, ścigane z oskarżenia publicznego jako podstawa obligatoryjnego zwolnienia ze służby w Policji	45
---	----

Paweł T. Skoczyłoda

Uniwersytet Śląski w Katowicach, Polska

Zbywalność prawa do grobu	75
---------------------------------	----

Grażyna Osęka

Uczestniczka Prawniczych Seminariów Doktorskich INP PAN, Polska

Suplementy diety jako szczególna kategoria żywności w prawodawstwie polskim i UE	99
---	----

Emil Śliwiński

Szkoła Doktorska Nauk Społecznych Uniwersytetu Warszawskiego, Polska

Opinie doradcze ETPC na podstawie Protokołu nr 16. Ocena efektywności procedury po 5 latach od jego wejścia w życie	121
--	-----

TABLE OF CONTENT

Editorial.....	5
Resolution No. 04/2023 of the Committee of Legal Studies Polish Academy of Sciences	7

ARTICLES

Valeriia Poiedynok

Taras Shevchenko National University of Kyiv, Ukraine

Corporate sustainability in Ukraine: Challenges of European integration	9
--	---

Ielyzaveta Lvova

Odesa State University of Internal Affairs, Odesa, Ukraine

Constitutional law matters of sustainable development under martial law: The case of Ukraine	31
---	----

Paweł Gacek

The National Police Headquarters, Poland

Sentencing a police officer with a valid court verdict for intentional crime and intentional fiscal crime, prosecuted by a public prosecutor as a basis of dismissal from service in the Police	45
---	----

Paweł T. Skoczykłoda

University of Silesia in Katowice, Poland

Transferring grave ownership (law analysis).....	75
--	----

Grażyna Osęka

Participant of Legal Doctoral Programme, ILS PAS, Poland

Dietary supplements as a special food category in Polish and EU legislation	99
--	----

Emil Śliwiński

Doctoral School of Social Sciences, University of Warsaw, Poland

Advisory opinions of ECtHR under Protocol no. 16: The assessment of effectiveness of the procedure after 5 years from its entry into force.....	121
---	-----

Bieżący numer „Studiów Prawniczych” otwierają artykuły będące rezultatem wystąpień w trakcie konferencji on-line *Sustainability and Environment Protection: Current Trends in International, European and Ukrainian Law*, zorganizowanej przez Instytut Nauk Prawnych Polskiej Akademii Nauk i Educational Scientific Institute of Law, Taras Shevchenko National University of Kyiv w dniu 13 czerwca 2023 r. W artykułach tych przedstawiono wybrane zagadnienia zrównoważonego rozwoju korporacyjnego w kontekście integracji Ukrainy z Unią Europejską (V. Poiedynok) oraz konstytucyjnych uwarunkowań zrównoważonego rozwoju w Ukrainie (I. Lvova). Ponadto, w publikowanych w numerze artykułach podjęto zagadnienia na styku prawa karnego i regulacji stosunku służbowego policjantów (P. Gacek), prawa prywatnego i prawa publicznego (P. Skoczykłoda) oraz prawnej regulacji suplementów diety (G. Osęka). Numer zamyka opracowanie zawierające krytyczny przegląd opinii doradczych wydanych przez Europejski Trybunał Praw Człowieka (E. Śliwiński).

Tradycyjnie, dziękujemy Recenzentkom i Recenzentom za ich wkład w przygotowanie kolejnego numeru czasopisma.

Monika Domańska, Monika Szwarc

This issue of the “Studia Prawnicze / Legal Studies” opens with two articles being effects of presentations during the on-line conference *Sustainability and Environment Protection: Current Trends in International, European and Ukrainian Law*, organised by Institute of Law Studies Polish Academy of Sciences, and Educational Scientific Institute of Law, Taras Shevchenko National University of Kyiv (June 13, 2023). The Authors present selected issues of corporate sustainability in the context of Ukraine’s integration with the European Union (V. Poiedynok) and constitutional aspects of sustainable development in Ukraine (I. Lvova). In addition the articles published in the recent issue are devoted to legal problems intersecting criminal law and public service of policemen (P. Gacek), private law and public law (P. Skoczykłoda) as well as regulation of supplements (G. Osęka). The article concerning critical review of advisory opinions issued so far by the European Court of Human Rights (E. Śliwiński) closes this issue.

Traditionally, the Editorial Board would like to thank the Reviewers for their contribution.

Monika Domańska, Monika Szwarc



Uchwała Nr 04/2023 Komitetu Nauk Prawnych Polskiej Akademii Nauk

z dnia 19 listopada 2023 roku w sprawie rekomendowanych zmian
w procedurze ustalania urzędowego wykazu czasopism naukowych

Komitet Nauk Prawnych Polskiej Akademii Nauk w pracach obecnej kadencji (2020-2023) często zajmował się problematyką ustalania wykazu czasopism naukowych. W dotychczasowych pracach (zob. w szczególności uchwały KNP PAN nr 10/2020 z dnia 17 listopada 2020 r., nr 1/2021 z dnia 15 lutego 2021 roku i nr 3/2021 dnia 22 września 2021 r.)

Komitet zwracał uwagę, że od lutego 2021 r. ministerialny wykaz czasopism naukowych ustalany jest z oczywistym naruszeniem obowiązujących przepisów. Przyjęta w wykazie punktacja wielu czasopism wynika w dużej mierze ze względów pozamerytorycznych i w efekcie wykaz nie odzwierciedla faktycznej jakości ujętych w nim czasopism. Ze względu na skalę naruszeń prawa wykazy ogłoszone od lutego 2021 r. powinny być jak najszybciej uchylone. Jednocześnie KNP PAN zwracał uwagę, że procedury przewidziane w rozporządzeniu Ministra Nauki i Szkolnictwa Wyższego z dnia 7 listopada 2018 r. w sprawie sporządzania wykazów wydawnictw monografii naukowych oraz czasopism naukowych i recenzowanych materiałów z konferencji międzynarodowych (t.j. Dz.U. z 2020 r. poz. 349) są wadliwe i wymagają zmian.

Podtrzymując dotychczasowe oceny, Komitet Nauk Prawnych PAN rekomenduje wprowadzenie następujących zmian w procedurze ustalania urzędowego wykazu czasopism naukowych:

Rekomendacja nr 1

Wykaz czasopism naukowych powinien być opracowywany w sposób transparentny przez niezależną agencję naukową (taką, jak np. Narodowe Centrum Nauki) we współpracy z jednostką badawczą, specjalizującą się w zagadnieniach bibliometrii oraz z komitetami naukowymi Polskiej Akademii Nauk (zob. rekomendacja nr 6).

Rekomendacja nr 2

Procedura wpisu do wykazu czasopism i nadania punktów powinna być poddana kontroli sądów administracyjnych. Zainteresowanym redakcjom czasopism należy nadać status stron postępowania.

Rekomendacja nr 3

Należy przestrzegać zasady, że wykaz czasopism jest tworzony w modelu mieszanym, w którym w pierwszym etapie w sposób bibliometryczny ustala się iloraz cytowań i artykułów opublikowanych w danym czasopiśmie, a w drugim etapie uzyskane wyniki poddaje się opinii eksperckiej.

Rekomendacja nr 4

Wykaz nie może z założenia deprecjonować wybranych dyscyplin naukowych. Odnosi się to w szczególności do dyscyplin, które są słabiej reprezentowane w Web of Science oraz Scopus. W przypadku takich dyscyplin dane bibliometryczne dostępne w powołanych bazach muszą być uzupełniane o dane dostępne w innych, bardziej reprezentatywnych źródłach (bazach branżowych, w Google Scholar) a ocena ekspercka powinna mieć większe znaczenie.

Rekomendacja nr 5

Rolę zespołów eksperckich powinny pełnić stałe zespoły, które należy powołać w obrębie komitetów naukowych Polskiej Akademii Nauk, gdyż to one, zgodnie z art. 33 ustawy z dnia 30 kwietnia 2010 r. o Polskiej Akademii Nauk (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 1796 z późn. zm.) są samorządną reprezentacją danej dyscypliny naukowej.

Rekomendacja nr 6

Punktacja czasopism wynikająca z wykazu powinna wywoływać skutki wyłącznie na przyszłość, tzn. powinna być stosowana w odniesieniu do artykułów publikowanych po ogłoszeniu danej edycji wykazu, a nie może być stosowana do artykułów opublikowanych wcześniej.



Professor, dr hab. Valeriia Poiedynok

Taras Shevchenko National University of Kyiv, Ukraine

ORCID: 0000-0002-1583-1312

valeriia.poiedynok@knu.ua

Corporate sustainability in Ukraine: Challenges of European integration

Zrównoważony rozwój korporacyjny w Ukrainie. Wyzwania integracji europejskiej

Abstract: The article examines the draft EU Directive on corporate sustainability due diligence and its significance for Ukraine as an aspiring EU member. I explore the concept of corporate sustainability and its relationship with corporate social responsibility (CSR), the CSR obligations of Ukraine stemming from its Association Agreement with the EU, and its not-so-successful attempt to introduce non-financial reporting. The analysis then shifts to the proposed Directive, highlighting its departure from voluntary CSR to normative corporate standards. I delve into the problematic aspects of the proposal, categorising them into a) general challenges pertinent to any nation implementing the Directive and b) challenges specific to Ukraine.

Keywords: corporate sustainability, due diligence, corporate social responsibility, non-financial reporting, corporate liability, Association Agreement, Ukraine

Abstrakt: Artykuł analizuje projekt unijnej dyrektywy dotyczącej obowiązkowej staranności korporacyjnej w zakresie zrównoważonego rozwoju oraz jej znaczenie dla Ukrainy jako kraju aspirującego do członkostwa w UE. W artykule eksploruję koncepcję zrównoważonego rozwoju korporacyjnego i jego relacje z odpowiedzialnością społeczną przedsiębiorstw, zobowiązaniami Ukrainy wynikającymi z Umowy Stowarzyszeniowej z UE w dziedzinie CSR oraz niezbyt udaną próbę wprowadzenia raportowania niefinansowego. Analiza przechodzi następnie do omówienia proponowanej dyrektywy, podkreślając jej odejście od dobrowolnych praktyk CSR na rzecz normatywnych standardów korporacyjnych. Wnikam w problematyczne aspekty tej propozycji, kategoryzując je na: a) ogólne wyzwania dotyczące każdego państwa wdrażającego dyrektywę oraz b) wyzwania specyficzne dla Ukrainy.

Słowa kluczowe: zrównoważony rozwój korporacyjny, staranność, odpowiedzialność społeczna przedsiębiorstw, raportowanie niefinansowe, odpowiedzialność korporacyjna, Umowa Stowarzyszeniowa, Ukraina

1. Introduction

In June 2022, amidst the unprecedented backdrop of full-scale Russian military aggression, Ukraine was granted EU candidate status. With an eye to eventual membership, the nation is now confronted with the monumental task of adopting the established EU law and implementing numerous reforms. One problematic area in which Ukraine has to raise its policies and business practices to EU standards is corporate sustainability. While the EU has embraced corporate social responsibility (CSR) and non-financial reporting and has integrated it into regulatory frameworks, Ukraine faces the distinct challenge of cultivating these practices from a nascent stage.

Coincidentally, the EU stands poised at the turning point in its trajectory of corporate sustainability. A recent proposal for a Directive on corporate sustainability due diligence signals a pivotal shift from voluntary CSR practices towards binding regulations and a liability regime. When the Directive is adopted, Ukraine will eventually face the need to implement it, which is expected to bring about a significant upheaval for domestic businesses. The Ukrainian landscape presents specific difficulties in introducing the mandatory human rights and environmental due diligence, which have been shaped by a complex blend of historical legacies and contemporary dynamics and which must be navigated to ensure a sustainability agenda is fostered in Ukraine.

2. Corporate sustainability: General remarks

There is no universally accepted academic definition of corporate sustainability. Popular sources describe it as ‘a business approach that creates long-term shareholder value by embracing opportunities and managing risks deriving from economic, environmental and social developments’¹ or ‘an approach aiming to create long-term stakeholder value through the implementation of a business strategy that focuses on the ethical, social, environmental, cultural, and economic dimensions of doing business’.² When comparing the two definitions, one sees not a conceptual difference but simply word play – indeed, shareholder value and stakeholder value are not the same, and one may debate which is correct, but it won’t be a debate on the core essence of the corporate sustainability concept.

Obviously, corporate sustainability borrows the boundaries of its subject matter from general sustainable development/sustainability concepts, following the familiar three pillars of social, environmental and economic.³ Corporate sustainability is the application of sustainable development on the microeconomic (corporate) level. Mel Wilson rightfully observes that sustainable development by itself does not provide the necessary arguments for why companies should care about these issues. He suggests that those arguments come from corporate social responsibility (CSR) and stakeholder theory. In particular, CSR contributes to corporate sustainability by providing ethical arguments for corporate managers to support sustainable development: if society deems sustainable development valuable, corporations hold an ethical obligation to facilitate its advancement.⁴

Corporate social responsibility (CSR) indeed maintains a close relationship with corporate sustainability, which is most relevant to this paper. In 1953, Howard R. Bowen famously defined social responsibility as the ‘obligations of businessmen to pursue those policies, to make those decisions, or to follow those lines of action which are desirable in terms of the objectives and values of

¹ T. Dyllick, K. Muff, *Clarifying the meaning of sustainable business: Introducing a typology from business-as-usual to true business sustainability*, “Organization & Environment” 2015, 29(2), p. 1-19, https://www.bsl-lausanne.ch/wp-content/uploads/2015/04/Dyllick-Muff-Clarifying-Pub-Online.full_.pdf [access: 24.08.2023].

² Corporate sustainability – From Wikipedia, the free encyclopedia, https://en.wikipedia.org/wiki/Corporate_sustainability [access: 24.08.2023].

³ *Our Common Future*, World Commission on Environment and Development, Oxford University Press, Oxford 1987.

⁴ M. Wilson, *Corporate sustainability: what is it and where does it come from?*, “Ivey Business Journal”, March/April 2003, <https://iveybusinessjournal.com/publication/corporate-sustainability-what-is-it-and-where-does-it-come-from/> [access: 24.08.2023].

our society'.⁵ Since then, the concept of CSR continued to develop and expand. The contemporary understanding of CSR emphasises the responsibilities of corporations beyond what the law or legislation requires them to do.⁶

EU law used to define CSR as 'a concept whereby companies integrate social and environmental concerns in their business operations and in their interaction with their stakeholders on a voluntary basis'.⁷ In 2011, the European Commission proposed the 'new definition' of CSR as 'the responsibility of enterprises for their impacts on society'. To fully meet their corporate social responsibility, enterprises should have in place a process to integrate social, environmental, ethical, human rights and consumer concerns into their business operations and core strategy, in close collaboration with their stakeholders.⁸ The Commission further notes that governments can use regulation 'to create an environment more conducive to enterprises voluntarily meeting their social responsibility'.⁹ However, the new CSR definition does not change the nature of CSR, which has historically focussed on corporate voluntarism and the expectations of corporations to act as citizens with responsibilities arising from their role as social partners.¹⁰ The pivotal EU legal tool designed to foster CSR is the Non-Financial Reporting Directive (NFRD), which deals with accountability. A key aspect to remember about accountability is that it does not refer to one's duty to act in a certain way, but only to one's duty to report on one's actions¹¹ (or inaction).

Although corporate sustainability is a much newer concept than CSR, the two often serves as synonyms. One may view both as 'voluntary business activities' that aim to contribute to better performance of corporations in the

⁵ H.R. Bowen, *Social Responsibility of the Businessman*, Harper & Row, New York 1953, p. 6.

⁶ M. Ashrafi, M. Adams, T. R. Walker, G. Magnan, *How corporate social responsibility can be integrated into corporate sustainability: a theoretical review of their relationships*, "International Journal of Sustainable Development & World Ecology" 2018, 25(8), p. 3, <http://dx.doi.org/10.1080/13504509.2018.1471628>.

⁷ European Commission, Communication from the Commission to the European Parliament, the Council and the European Economic and Social Committee – Implementing the partnership for growth and jobs: making Europe a pole of excellence on corporate social responsibility, COM/2006/0136 final.

⁸ European Commission, Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions – A renewed EU Strategy 2011-14 for corporate social responsibility, COM/2011/0681 final, para. 3.1.

⁹ Communication from the Commission, COM/2011/0681 final, para. 3.4.

¹⁰ A. Ramasastry, *Corporate social responsibility versus business and human rights: Bridging the gap between responsibility and accountability*, "Journal of Human Rights" 2015, 14(2), p. 237, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2705675 [access: 25.08.2023].

¹¹ M. Wilson, *Corporate sustainability...*, op. cit.

social, environmental and economic spheres.¹² In their study, Ashrafi et al. discuss different perspectives on the relationships between CSR and corporate sustainability, acknowledging terminological ambiguity and disagreement. The authors suggest that CSR can be integrated into corporate sustainability as either a transitional stage or ultimate end-goal for contributing to sustainable development. CSR as a transitional stage is when a corporation moves through the spectrum towards sustainable development, so that it might go beyond what laws and regulations require them to do, yet does not necessarily encompass comprehensive sustainable activities. CSR as part of a corporation's ultimate goal is when not only the triple bottom line is included in every aspect of its activities, but the long-term goals are also salient and it therefore represents corporate sustainability principles.¹³

Such a view may be productive from the managerial perspective, but cannot suffice for a lawyer. In this paper, I argue that CSR is a chronological stage and essential component in the academic discourse and business practice of corporate sustainability. However, modern corporate sustainability envisions more than voluntary performance and reporting. Admittedly, the CSR doctrine is dominated by the company's interests, and ethical arguments heavily depend on business ones. A company adopts an ethical attitude because there is a business case for it. It enhances a company's competitiveness to behave in an ethical way, to build strong relationships with stakeholders and to report on how beneficial its activities are to the society. 'CSR should be considered as a form of strategic investment'.¹⁴

It is time for other interests, mandatory legislation and liability regimes to step in. A contemporary legal framework for corporate sustainability necessarily incorporates binding legal tools, and the interests of a company is no longer prevalent. While this challenge is significant for all nations, even most advanced ones, for Ukraine this challenge may be especially difficult, though absolutely necessary for its European integration.

¹² S.F. Lo, *Performance evaluation for sustainable business: a profitability and marketability framework*, "Corporate Social Responsibility and Environmental Management" 2010, 17(6), p. 311–319, <http://dx.doi.org/10.1002/csr.214>.

¹³ M. Ashrafi, M. Adams, T. R. Walker, G. Magnan, *How corporate...*, p. 8.

¹⁴ A. McWilliams, D.S. Siegel, P.M. Wright, *Corporate social responsibility: Strategic implications*, "Journal of Management Studies", 2006, 43(1), p. 4, <https://doi.org/10.1111/j.1467-6486.2006.00580.x>.

3. The EU–Ukraine Association Agreement: CSR and non-financial reporting obligations

In June 2022, Ukraine acquired its EU candidacy status.¹⁵ As of now, its relationship with the EU continues to be framed by the 2014 Association Agreement of 2014¹⁶ (AA). The AA places sustainable development, CSR and accountability on Ukraine's European integration agenda, albeit in rather general provisions. According to Art. 293 (3) AA, 'the Parties shall strive to facilitate trade in products that contribute to sustainable development, including products that are the subject of schemes such as fair and ethical trade schemes, as well as those respecting corporate social responsibility and accountability principles'. Article 422 AA stipulates that 'the Parties shall promote corporate social responsibility and accountability and encourage responsible business practices, such as those promoted by the UN Global Compact of 2000, the International Labour Organization (ILO) Tripartite Declaration of Principles concerning Multinational Enterprises and Social Policy of 1977 as amended in 2006, and the OECD Guidelines for Multinational Enterprises of 1976 as amended in 2000'.

Of more substantial interest are Ukraine's specific obligations concerning legislative approximation. Pursuant to Annex XXXV to Chapter 13 of the AA ('Company law, corporate governance, accounting and auditing'), Ukraine undertakes to gradually approximate its legislation to Directive 2006/43/EC of 17 May 2006 on statutory audits of annual accounts and consolidated accounts, among other documents.¹⁷ This Directive was amended by Directive 2013/34/EU of 26 June 2013 on the annual financial statements, consolidated financial statements and related reports of certain types of undertakings,¹⁸ and Directive 2013/34/EU was subsequently amended by Directive 2014/95/EU of 22 October 2014 on disclosure of non-financial and diversity information by certain large

¹⁵ EU enlargement policy – Ukraine, <https://www.consilium.europa.eu/en/policies/enlargement/ukraine/> [access: 26.08.2023].

¹⁶ Association Agreement between the European Union and its Member States, of the one part, and Ukraine, of the other part, OJ L 161, 29.5.2014, p. 3–2137.

¹⁷ Directive 2006/43/EC of the European Parliament and of the Council of 17 May 2006 on statutory audits of annual accounts and consolidated accounts, amending Council Directives 78/660/EEC and 83/349/EEC and repealing Council Directive 84/253/EEC, OJ L 157, 9.6.2006, p. 87–107.

¹⁸ Directive 2013/34/EU of the European Parliament and of the Council of 26 June 2013 on the annual financial statements, consolidated financial statements and related reports of certain types of undertakings, amending Directive 2006/43/EC of the European Parliament and of the Council and repealing Council Directives 78/660/EEC and 83/349/EEC, OJ L 182, 29.6.2013, p. 19–76.

undertakings and groups¹⁹ (Non-Financial Reporting Directive [NFRD]). Given this sequence, Iryna Kovalenko contends that although the AA does not explicitly mention the NFRD because the AA was drafted earlier, Ukraine is obliged to implement the NFRD.²⁰ Has Ukraine fulfilled this obligation? An attempt has been made, yet it cannot be lauded as a success.

4. Ukraine: Governance report

In 2017, the Ukrainian legislature supplemented the Law ‘On Accounting and Financial Reporting in Ukraine’,²¹ which defines a governance report as ‘a document that contains financial and non-financial information that characterises the state and prospects of development of the enterprise and discloses the main risks and uncertainties of its activities’ (Article 1). Pursuant to Article 11 (7) of the Law, microenterprises and small enterprises are exempt from submitting governance reports, while medium-sized enterprises have the right not to include non-financial information in governance reports. There are no other provisions in the Law regarding the content of a governance report, e.g. on the specific information to be disclosed.

More detailed guidance can be found in the Order of the Ministry of Finance of Ukraine of 7 December 2018 No. 982, which lays down ‘Methodological recommendations for the preparation of a governance report’.²² The Order recommends structuring a governance report according to the following categories: 1) organisational structure and description of the enterprise’s activities,

¹⁹ Directive 2014/95/EU of the European Parliament and of the Council of 22 October 2014 amending Directive 2013/34/EU as regards disclosure of non-financial and diversity information by certain large undertakings and groups, OJ L 330, 15.11.2014, p. 1–9.

²⁰ I. Kovalenko, *Voraussetzungen für die Einführung einer Berichterstattung über Informationen nichtfinanzieller Art in der Ukraine am Beispiel Österreichs* [Prerequisites for the introduction of non-financial reporting in Ukraine using the example of Austria], “Zeitschrift für Europarecht, Int. Privatrecht & Rechtsvergleichung” 2022, H. 4, p. 180–186.

²¹ Закон України від 16 липня 1999 No. 996-XIV “Про бухгалтерський облік і фінансову звітність в Україні”, [Zakon Ukraïni vid 16 lipnâ 1999 No. 996-XIV “Pro buhgalters’kij oblik i finansovu zvitnist’ v Ukraïni”] [Law of Ukraine of 16 July 1999 No. 996-XIV “On Accounting and Financial Reporting in Ukraine” „]“Офіційний вісник України” [“Oficijnij visnik Ukraïni”]] [“Official Herald of Ukraine” 1999, item 33, p. 71.

²² Методичні рекомендації зі складання звіту про управління: Наказ Міністерства фінансів України від 7 грудня 2018 No. 982 [Metodični rekomendacii zi skladannâ zvitv pro upravlinnâ: Nakaz Ministerstva finansiv Ukraïni vid 7 grudnâ 2018 No. 982] [Methodological recommendations for the preparation of the governance report: Order of the Ministry of Finance of Ukraine of 7 December 2018 No. 982,] <https://zakon.rada.gov.ua/rada/show/v0982201-18#Text> [access: 26.08.2023].

2) performance results, 3) liquidity and obligations, 4) environmental aspects, 5) social aspects and personnel policy, 6) risks, 7) research and innovation, 8) financial investments, 9) development prospects and 10) corporate governance (prepared by companies – issuers of securities listed on stock exchanges or for which a public offering has been made). For large undertakings, with an average number of employees exceeding 500, the Order further recommends including non-financial performance indicators in governance reports. These indicators should contain information related to the impact of the enterprise's activities, particularly on the environment, social matters (including social care of employees), respect for human rights and actions against corruption and bribery. Where the undertaking does not have policies regarding these issues, the Order recommends providing an appropriate explanation in the non-financial information section.

Kovalenko rightfully points out that requirements for non-financial reporting should be established by parliamentary legislation rather than in a ministerial order.²³ Moreover, the Order's status remains advisory, albeit with the potential to cause harm by neglecting the principle of 'comply or explain'. Unlike the NFRD, which mandates that 'where the undertaking does not pursue policies in relation to one or more of those matters, the non-financial statement shall provide a clear and reasoned explanation for not doing so' (Article 1), the Ukrainian Order merely suggests offering an appropriate explanation. It is hardly surprising that governance reports in Ukraine predominantly focus on the company's financial metrics. Occasionally, the governance report shows no difference from traditional financial reporting, not disclosing any non-financial information.²⁴

Ukrainian businesses have effectively bypassed the stage in their development related to CSR and non-financial reporting. The introduction of non-financial reporting in Ukraine had a false start, and consequently, the idea failed to take root.

5. Mandatory human rights and environmental due diligence

The regulatory framework of CSR and non-financial reporting has proven inadequate at ensuring corporate accountability for negative impacts on human

²³ I. Kovalenko, *Voraussetzungen...*, p. 182.

²⁴ К. Гнедіна, П. Нагорний, [Звіт про управління: сутність та особливості формування К. Gnedina, P. Nagornij, *Zvit pro upravlinnâ: sutnist' ta osoblivosti formuvannâ*] [Governance report: Specifics of preparation and use], "Finansovi resursy: problemy formuvannia ta vykorystannia" [Financial resources: Issues of formation and use] 2021, 1(25), p. 134–142.

rights and the environment. Lise Smit articulately underscores this concern: ‘It does not help them at all if we say to them: “you cannot get any form of remedy from the company, but great news – the company might be required to report on you as a statistic in their next annual report”’.²⁵

Over the last decade, the mandatory legislation that requires large companies to conduct due diligence for the social, environmental and ethical risks within their business activities and to manage those risks efficiently has been rapidly expanding around the world. Examples of existing laws and legislative initiatives in Europe include the French law on the duty of vigilance for parent and outsourcing companies (2017), the German law on the corporate duty of care in supply chains (2021), the Norwegian law on business transparency, human rights and decent working conditions (2021), the Dutch parliamentary proposal on responsible and sustainable international business conduct, the Austrian parliamentary motion for a resolution on a supply chain law and the Belgian parliamentary proposal on the corporate duty of vigilance and care in value chains.²⁶

On 23 February 2022 the European Commission unveiled a proposal for a Directive on corporate sustainability due diligence.²⁷ Following numerous amendments adopted by the European Parliament on 1 June 2023,²⁸ the proposal is now being negotiated between the EU Council and Member States for further refinement.

The Explanatory Memorandum accompanying the proposal acknowledges that

voluntary action does not appear to have resulted in large scale improvement across sectors and, as a consequence, negative externalities from EU production and consumption are being observed both inside and outside

²⁵ L. Smit, *The importance of civil liability for a corporate human rights duty*, BIICL Blog, 16 March 2021, <https://www.biicl.org/blog/21/the-importance-of-civil-liability-for-a-corporate-human-rights-duty?cookieset=1&ts=1693345462> [access: 26.08.2023].

²⁶ Business and Human Rights Resource Centre, ECCJ publishes updated map & comparative analysis of mHREDD laws & legislative proposals in Europe, [21.03.2022], <https://www.business-human-rights.org/en/latest-news/eccj-updates-map-comparative-analysis-of-mhredd-laws-legislative-proposals-in-europe/> [access: 27.08.2023].

²⁷ European Commission, Proposal for a Directive on corporate sustainability due diligence and annex, https://commission.europa.eu/publications/proposal-directive-corporate-sustainability-due-diligence-and-annex_en [access: 27.08.2023].

²⁸ European Parliament, Amendments adopted by the European Parliament on 1 June 2023 on the proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on Corporate Sustainability Due Diligence and amending Directive (EU) 2019/1937 (COM(2022)0071 – C9-0050/2022 – 2022/0051(COD)), https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2023-0209_EN.html [access: 27.08.2023].

the Union. Certain EU companies have been associated with adverse human rights and environmental impacts, including in their value chains. Adverse impacts include, in particular, human rights issues such as forced labour, child labour, inadequate workplace health and safety, exploitation of workers, and environmental impacts such as greenhouse gas emissions, pollution, or biodiversity loss and ecosystem degradation.²⁹

The proposal introduces mandatory human rights and environmental due diligence (mHREDD) and establishes provisions for civil liability when companies which meet the criteria specified in the proposal regarding turnover and the number of employees fail to adhere to due diligence obligations outlined in Articles 7 and 8, causing otherwise avoidable harm. These obligations cover the six steps defined by the OECD Due Diligence Guidance for Responsible Business Conduct:³⁰ 1) integrating due diligence into policies and management systems, 2) identifying and assessing adverse human rights and environmental impacts, 3) preventing, ceasing or minimising actual and potential adverse human rights and environmental impacts, 4) assessing the effectiveness of measures, 5) communicating and 6) providing remediation (Recital 16).

The adoption of mHREDD represents a significant departure from voluntary CSR practices toward normative standards of corporate behaviour and a task that is far from easy. When the Directive is adopted, Ukraine sooner or later will need to implement it, which will be a significant upheaval for domestic businesses. In the ensuing sections of this paper, I delve into the problematic aspects of the proposal, categorising them into two groups: a) general challenges pertinent to any nation implementing the Directive and b) challenges specific to Ukraine due to its legal framework and business practices.

6. Proposal for the Directive: General challenges

6.1. 'Established business relationship'

In the Commission's proposal for the Directive, the due diligence obligations were limited to established business relationships. Established business relationships should mean such direct and indirect business relationships which are or are

²⁹ European Commission, *Proposal for a Directive...*, op. cit.

³⁰ OECD, OECD Due Diligence Guidance for Responsible Business Conduct, <http://mneguidelines.oecd.org/OECD-Due-Diligence-Guidance-for-Responsible-Business-Conduct.pdf> [access: 27.08.2023].

expected to be lasting, in view of their intensity and duration and which do not represent a negligible or ancillary part of the value chain (Recital 14, Article 1).

The European Parliament (EP) chose to eliminate the concept of ‘established business relationship’, a commendable amendment in my opinion. Indeed, confining the due diligence obligations solely to established business relationships might not adequately address sustainability issues across the entire value chain. Defining and determining ‘established business relationships’ could have posed practical challenges in terms of enforcement and interpretation. Last but not least, narrowing the scope of the Directive might have provided companies a conspicuous means to bypass the Directive’s requirements.

6.2. Applicability thresholds

The Commission’s proposal specified that the Directive would apply to companies which are formed in accordance with the legislation of a Member State, has more than 500 employees on average and a net worldwide turnover exceeding EUR 150 million in the latest financial year for which annual financial statements were prepared (or more than 250 employees and a net worldwide turnover surpassing EUR 40 million for companies operating in certain sectors) (Recital 21, Art. 1). The EP lowered the threshold to 250 employees and EUR 40 million turnover as a general rule. This is a welcome amendment too, as in today’s technology-driven world, a company’s impactful operations do not necessarily depend on an extensive workforce.

While SMEs are not included in the scope of the Directive, the EP stipulated that SMEs should have the possibility to apply the Directive on a voluntary basis and should for that purpose be supported through adequate measures and tools and be incentivised (Amendment 65, Recital 47).

6.3. Directors’ duty of care

Preparing the proposal, the Commission considered insights from a study it commissioned on directors’ duties and sustainable corporate governance (July 2020). The study recognised that enforcement of directors’ duty to act in the long-term interest of a company is limited:

If the EU were not to act, current enforcement levels of directors’ duty of care in Member States can be expected to remain low, in line with the existing trend. Directors would remain substantially accountable to the board and the shareholders, while stakeholders

would continue lacking legal standing to enforce directors' duty of care, even when they have a legitimate interest in the long-term sustainability of the company. At the social level, the persistence of this problem means that interested stakeholders (such as NGOs or trade unions) will continue being unable to act against companies and directors that fail to address their social or environmental risks or impacts.³¹

However, the proposal refrains from including the more far-reaching specific duties for directors proposed in the study. Under the proposal, directors maintain a general duty of care for the company, present in the company law of all Member States. Article 25 clarifies that such duty encompasses sustainability matters, including, where applicable, human rights, climate change and environmental consequences in the short-, medium- and long-term horizons. No amendments were made by the EP in this regard.

6.4. Obligations of means and safe harbour

The main obligations in this Directive should be 'obligations of means' (Recital 15), not of success. In terms of civil liability, this raises the issue of a 'safe harbour' against corporate liability. In certain areas of law, the phrase 'safe harbour' describes specific conditions which, if met, protect an entity against liability. In the context of the proposed Directive, 'safe harbour' means that a company shall be released from all legal actions once it proves that it carried out a legally valid due diligence assessment. The safe harbour exemption is contrasted with the use of due diligence as a procedural defence, which the defendant company can plead and seek to prove in court.³²

Is there indeed a 'safe harbour' in the proposal for a Directive? There is at least some language pointing in that direction: 'Member States should be required to lay down rules governing the civil liability of companies for damages arising due to its failure to comply with the due diligence process' (Recital 56). In other words, when the company has seemingly complied with the due diligence process (which might be a mere 'tick-box exercise'³³), but nevertheless harm has occurred, the company won't be held liable.

³¹ *Study on directors' duties and sustainable corporate governance – Final report*, European Commission, Directorate-General for Justice and Consumers, Publications Office 2020, p. 147, <https://data.europa.eu/doi/10.2838/472901> [access: 28.08.2023].

³² L. Smit, C. Bright, *The concept of a "safe harbour" and mandatory human rights due diligence*, CEDIS 2020, p. 11–13, https://cedis.novalaw.unl.pt/wp-content/uploads/2021/12/CEDIS_working-paper_the-concept-of-safe-harbour-1.pdf [access: 28.08.2023].

³³ *Ibidem*, pp. 13–20.

The EP made efforts to strengthen the case for corporate liability. It expanded the scope of the due diligence process to include the obligation to mitigate actual adverse impacts or provide remediation (Amendment 75, Recital 56).³⁴ In particular, Article 8 (2) underwent significant revision. While initially it read, ‘where the adverse impact cannot be brought to an end, Member States shall ensure that companies *minimise* the extent of such an impact’, the EP’s version reads, ‘where the adverse impact cannot *immediately* be brought to an end, Member States shall ensure that companies *adequately mitigate* the extent of such an impact, *while pursuing all efforts to bring the adverse impact to an end*’. Moreover, a new paragraph (2a) was added to Article 8, stipulating that ‘in cases where a company has caused an actual impact, appropriate measures shall be understood as measures which aim to mitigate the extent of an actual adverse impact, and remediate damage’. Essentially, this means a company that has caused harm cannot escape liability unless it undertakes remedial actions.

Article 22 of the proposal for the Directive, which governs the civil liability regime, has also undergone change, moving from the ‘safe harbour’ to ‘due diligence as a defence’ approach. One cannot but agree with Peter Muchlinsky in that ‘it remains to be seen how the proposal will fare in subsequent discussions’.³⁵

7. Ukraine-specific challenges

7.1. No ‘CSR/non-financial reporting’ period

EU businesses took their time to adapt to the legal framework of CSR and non-financial reporting, the legal basis of which is currently the NFRD. As noted above, there is no well-established tradition of CSR and NFR in Ukraine to build upon.

³⁴ Recital 56, 2nd sentence of the Commission’s proposal reads: ‘The company should be liable for damages if they failed to comply with the obligations to prevent and mitigate potential adverse impacts or to bring actual impacts to an end and *minimise their extent*, and as a result of this failure an adverse impact that should have been identified, prevented, mitigated, brought to an end or its extent minimised through the appropriate measures *occurred* and led to damage.’ The same sentence, as amended by the EP, reads: ‘The company should be liable for damages if they failed to comply with the obligations to prevent and mitigate potential adverse impacts or to bring actual impacts to an end and *mitigate them, or provide remediation*, and as a result of this failure *the company caused or contributed to* an adverse impact that should have been identified, *prioritised*, prevented, mitigated, brought to an end, *remediated* or its extent minimised through the appropriate measures, and led to damage.’

³⁵ P. Muchlinsky, *Advanced Introduction to Business and Human Rights*, Edward Elgar Publishing, Northampton 2022, p. 153.

7.2. Circumvention options

Instead, there is a hard legacy of heavy-handed post-Soviet regulation of Ukrainian economy (one may argue that the year 2014, when the Revolution of Dignity took place in Ukraine and the Association Agreement with the EU was signed, marks the beginning of true pro-European regulatory reform). This legacy has fostered a culture of adeptly circumventing laws and regulations that are perceived as obstructing business growth. Should the final text of the Directive permit circumvention avenues, Ukrainian companies are likely to exploit them. Let's say that the Directive retains the concept of 'established business relationships' or there is a 'safe harbour' for indirect business relationships. Ukrainian businesses are very skilled in obscuring real corporate and other business links: they will go a long way to use all sorts of intermediaries, contract cascading and the like.

A criterion regarding the number of employees also will require a well-thought-out approach, as there is a widespread practice in Ukraine to hire workers not under labour law, but civil-law contracts, which excludes these workers from the conventional 'employee' classification.

7.3. No tradition of the directors' duty of care

The directors' duty of care is not fundamental to Ukrainian company law. The Civil Code of Ukraine lacks provisions on the directors' duty to act in the best interest of the company. As to the specific company laws, only the novel Law of 2022 on joint-stock companies explicitly lays down the directors' duty of care (Article 89).³⁶ However, the vast majority of Ukrainian companies are not joint-stock companies, but limited liability companies (6,401 joint-stock companies compared to 761,776 limited liability companies as of 1 January 2023³⁷). The Law of Ukraine on limited

³⁶ Закон України від 27 липня 2022 No. 2465-IX "Про акціонерні товариства", [Zakon Ukraïni vid 27 lipnâ 2022 No. 2465-IX "Pro akcionerni tovaristva"] [Law of Ukraine of 27 July 2022 No. 2465-IX „On joint-stock companies”], Офіційний вісник України [Oficijnij visnik Ukraïni "Oficijnij visnik Ukraïni] [Official Herald of Ukraine] 2022, item 68, p. 37.

³⁷ Державна служба статистики України. Кількість зареєстрованих юридичних осіб за організаційно-правовими формами господарювання з розподілом за ознакою статі керівника на 1 січня 2023 року [Deržavna služba statistiki Ukraïni. Kil'kist' zareěstrovanih ũridičnih osib za organizacijno-pravovimi formami gospodarŭvannâ z rozpodilom za oznakoŭ stati kerivnika na 1 sičnâ 2023 roku] [State Statistics Office of Ukraine, The number of registered legal entities by organisational forms of economic activity with a distribution based on the gender of the CEO as of 1 January 2023], https://csrv2.ukrstat.gov.ua/edrpoj/ukr/EDRPU_2023/ks_opfg/arh_ks_opfg_23.htm [access: 28.08.2023].

liability companies,³⁸ as well as other laws addressing specific types of companies in Ukraine, do not mention the directors' duty of care.

It would be wrong to say that the duty of care doctrine is virtually unknown in Ukraine. In the past few years, the Ukrainian Supreme Court applied the doctrine in disputes involving different forms of companies, including LLCs, referencing the OECD Principles of Corporate Governance instead of Ukrainian law.³⁹ Still, when Ukraine is faced with the task of implementing the Directive, it is advisable to address the directors' duty of care specifically and thoroughly.

7.4. Supervisory authority challenge

The proposal for the Directive recognises the need to designate one or more national authorities to supervise compliance with the obligations laid down in national provisions in Articles 6–11 and Article 15(1) and (2), which would be able to impose administrative sanctions. The rhetoric of Ukrainian reforms has always been one of deregulation and alleviating the burden on business (even though now and then governmental actions resulted in just the opposite). Vesting some state body with new opportunities to exert pressure on business and punitive powers, let alone creating a new authority, will definitely generate a hostile reaction in the business community.

7.5. Underdevelopment of non-judicial grievance mechanisms

The proposed Directive places much emphasis on corporate grievance mechanisms. In particular, pursuant to Article 9 (1) of the proposal, Member States shall ensure that companies provide the possibility for affected persons and organisations to submit complaints to them where they have legitimate concerns regarding actual or potential adverse human rights impacts and adverse environmental impacts with respect to their own operations, the operations of their subsidiaries or their value chains.

³⁸ Закон України від 6 лютого 2022 No. 2275-VIII “Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю”, [Zakon Ukraïni vid 6 lûtogo 2022 No. 2275-VIII “Pro tovaristva z obmeženoïu ta dodatkovouïu vidpovidal’nistû”] [Law of Ukraine of 6 February 2022 No. 2275-VIII “On limited liability and additional liability companies”] “Офіційний вісник України” [“Oficijnij visnik Ukraïni”] “Official Herald of Ukraine”] 2018, item 24, p. 5.

³⁹ See e.g. Рішення Верховного Суду від 19 січня 2023 у справі No. 911/841/20, п. 56 [Rišennâ Verhovnogo Sudu vid 19 sičnâ 2023 u spravî No. 911/841/20, p. 56] [Judgement of the Supreme Court of 19 January 2023 in case No. 911/841/20, para. 56], <https://reyestr.court.gov.ua/Review/102891978> [access: 28.08.2023].

The problem is that non-judicial grievance mechanisms are poorly developed in Ukraine. Ukrainian state courts are overburdened and among the most mistrusted institutions in Ukraine. A sociological survey from late 2023 indicates that only 25% of respondents trusted the courts, while 34% lacked trust (with the rest expressing no opinion), resulting in a negative trust/mistrust balance of -9%.⁴⁰ Curiously, this situation has not prompted a proliferation of alternative mechanisms for dispute resolution. One may expect difficulties both for companies when setting up their grievance mechanisms and with affected individuals' willingness to resort to those mechanisms.

8. Conclusion

Both corporate social responsibility and corporate sustainability are concepts dealing with businesses' social and environmental impact, but they should not be regarded as the same thing. While CSR traditionally has focussed on voluntary corporate decision-making, the modern regulatory framework of corporate sustainability needs to incorporate binding legal tools, including effective corporate liability for human rights and environmental harm.

The EU's ambitious proposal for a Directive on corporate sustainability due diligence marks a paradigm shift from voluntary CSR practices to normative standards of corporate behaviour. According to the proposal, Member States shall ensure that companies exercise due diligence regarding human rights and environmental impacts. Administrative sanctions and a regime of civil liability are envisaged when companies fail to comply with due diligence requirements, resulting in otherwise avoidable harm.

The proposal's implications for businesses are important for Ukraine, considering its status as a candidate country for EU membership. Ukrainian companies, unlike those in the EU countries, lack experience operating within the framework of corporate social responsibility and non-financial reporting to build upon. Besides, the legacy of inapt post-Soviet regulation, the absence of a tradition for the directors' duty of care, the supervisory authority challenge and underdeveloped non-judicial grievance mechanisms are among the obstacles to the prospective implementation of the mandatory human rights and environmental due diligence.

⁴⁰ Kyiv International Institute of Sociology, Dynamics of trust in social institutions in 2021–2022, <https://kiis.com.ua/?lang=ukr&cat=reports&id=1174&page=1> [access: 28.08.2023].

Harmonising its corporate sustainability practices with the EU is clearly a significant challenge for Ukraine's European integration. Meanwhile, embracing the new legislation will not be an easy task for the EU countries as well. Ultimately, the convergence of ongoing transformational processes within both the EU and Ukraine represents an opportunity to shape a more sustainable future for our businesses, economies and societies alike.

Bibliography

Legal acts

Directive 2006/43/EC of the European Parliament and of the Council of 17 May 2006 on statutory audits of annual accounts and consolidated accounts, amending Council Directives 78/660/EEC and 83/349/EEC and repealing Council Directive 84/253/EEC, OJ L 157, 9.6.2006, p. 87–107.

Directive 2013/34/EU of the European Parliament and of the Council of 26 June 2013 on the annual financial statements, consolidated financial statements and related reports of certain types of undertakings, amending Directive 2006/43/EC of the European Parliament and of the Council and repealing Council Directives 78/660/EEC and 83/349/EEC, OJ L 182, 29.6.2013, p. 19–76

Association Agreement between the European Union and its Member States, of the one part, and Ukraine, of the other part, OJ L 161, 29.05.2014, p. 3–2137.

Directive 2014/95/EU of the European Parliament and of the Council of 22 October 2014 amending Directive 2013/34/EU as regards disclosure of non-financial and diversity information by certain large undertakings and groups, OJ L 330, 15.11.2014, p. 1–9.

European Commission, Proposal for a Directive on corporate sustainability due diligence and annex, https://commission.europa.eu/publications/proposal-directive-corporate-sustainability-due-diligence-and-annex_en [access: 27.08.2023].

European Parliament, Amendments adopted by the European Parliament on 1 June 2023 on the proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on Corporate Sustainability Due Diligence and amending Directive (EU) 2019/1937 (COM(2022)0071 – C9-0050/2022 – 2022/0051(COD)), https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2023-0209_EN.html [access: 27.08.2023].

Закон України від 16 липня 1999 No. 996-XIV “Про бухгалтерський облік і фінансову звітність в Україні”, [Zakon Ukraïni від 16 lipnâ 1999 No. 996-XIV “Pro buhgalters’kij oblik i finansovu zvitnìst’ v Ukraïni”] [Law of Ukraine of 16 July 1999 No. 996-XIV “On Accounting and Financial Reporting in Ukraine”] “Офіційний вісник України” [“Oficijnij visnik Ukraïni”] [“Official Herald of Ukraine”] 1999, item 33, p. 71.

Закон України від 6 лютого 2022 No. 2275-VIII “Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю”, [Zakon Ukraïni від 6 lûtogo 2022 No. 2275-VIII “Pro tovaristva z obmeženoû ta dodatkovouî vîdpovidal’nìstû”] [Law of Ukraine of 6 February 2022 No. 2275-VIII “On limited liability and additional liability companies”] “Офіційний вісник України” [“Oficijnij visnik Ukraïni”] [“Official Herald of Ukraine”] 2018, item 24, p. 5.

Закон України від 27 липня 2022 No. 2465-IX “Про акціонерні товариства”, [Zakon Ukraïni від 27 lipnâ 2022 No. 2465-IX “Pro akcionerni tovaristva”] [Law of Ukraine of 27 July 2022 No. 2465-IX „On joint-stock companies”], Офіційний вісник України [Oficijnij visnik Ukraïni] [Official Herald of Ukraine] 2022, item 68, p. 37.

Методичні рекомендації зі складання звіту про управління: Наказ Міністерства фінансів України від 7 грудня 2018 No. 982 [Metodičnì rekomendacii zi skladannâ zvitû pro upravlinnâ: Nakaz Mìnisterstva finansiv Ukraïni від 7 grudnâ 2018 No. 982] [Methodological recommendations for the preparation of the governance report: Order of the Ministry of Finance of Ukraine of 7 December 2018 No. 982,] <https://zakon.rada.gov.ua/rada/show/v0982201-18#Text> [access: 26.08.2023].

Case law

Judgement of the Supreme Court of 19 January 2023 in case No. 911/841/20, para. 56, <https://reyestr.court.gov.ua/Review/102891978> [access: 28.08.2023].

Publications

Ashrafi M., Adams M., Walker T. R., Magnan G., *How corporate social responsibility can be integrated into corporate sustainability: a theoretical review of their relationships*, “International Journal of Sustainable Development & World Ecology” 2018, 25,(8), p. 1-11, https://www.researchgate.net/publication/324888911_%27How_corporate_social_responsibility_can_

- be_integrated_into_corporate_sustainability_a_theoretical_review_of_their_relationships%27 [access: 25.08.2023].
- Bowen H. R., *Social Responsibility of the Businessman*, Harper & Row, New York 1953.
- Dyllick T., Muff K., *Clarifying the meaning of sustainable business: Introducing a typology from business-as-usual to true business sustainability*, "Organization & Environment", 2015, 29(2), p. 1–19, https://www.bsl-lausanne.ch/wp-content/uploads/2015/04/Dyllick-Muff-Clarifying-Publ-Online.full_.pdf [access: 24.08.2023].
- Hnedina K., Nahorny P., *Zvit pro upravlinnia: sutnist ta osoblyvosti formuvannia* [Governance report: Specifics of preparation and use], "Finansovi resursy: problemy formuvannia ta vykorystannia" [Financial resources: Issues of formation and use] 2021, 1(25), p. 134–142.
- Kovalenko I., *Voraussetzungen für die Einführung einer Berichterstattung über Informationen nichtfinanzieller Art in der Ukraine am Beispiel Österreichs* [Prerequisites for the introduction of non-financial reporting in Ukraine using the example of Austria], "Zeitschrift für Europarecht, Int. Privatrecht & Rechtsvergleichung" 2022 04. p. 180–186.
- Lo S.F., *Performance evaluation for sustainable business: a profitability and marketability framework*, "Corporate Social Responsibility and Environmental Management" 2010, 17(6), p. 311–319, https://www.researchgate.net/publication/229444654_Performance_Evaluation_for_Sustainable_Business_A_Profitability_and_Marketability_Framework, [access: 26.08.2023].
- McWilliams A., Siegel D.S., Wright P.M., *Corporate social responsibility: strategic implications*, "Journal of Management Studies" 2006, 43(1), p.1–18, <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/epdf/10.1111/j.1467-6486.2006.00580.x> [access: 26.08.2023].
- Muchlinsky P., *Advanced Introduction to Business and Human Rights*, Edward Elgar Publishing, Northampton, 2022.
- Ramasasthy A., *Corporate social responsibility versus business and human rights: Bridging the gap between responsibility and accountability*, "Journal of Human Rights" 2015, 14, p. 237–259, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2705675 [access: 25.08.2023].
- Smit L., Bright C., *The concept of a "safe harbour" and mandatory human rights due diligence*, CEDIS 2020, p. 1–38 https://cedis.novalaw.unl.pt/wp-content/uploads/2021/12/CEDIS_working-paper_the-concept-of-safe-harbour-1.pdf, [access: 28.08.2023].

Wilson M., *Corporate sustainability: what is it and where does it come from?* “Ivey Business Journal”, March/April 2003, <https://iveybusinessjournal.com/publication/corporate-sustainability-what-is-it-and-where-does-it-come-from/> [access: 24.08.2023].

Reports and guidelines

European Commission, Communication from the Commission to the European Parliament, the Council and the European Economic and Social Committee – Implementing the partnership for growth and jobs: making Europe a pole of excellence on corporate social responsibility, COM/2006/0136 final.

European Commission, Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions – A renewed EU Strategy 2011-14 for corporate social responsibility, COM/2011/0681 final.

European Commission, Directorate-General for Justice and Consumers, *Study on directors’ duties and sustainable corporate governance – Final report*, Publications Office 2020, p. 147, <https://data.europa.eu/doi/10.2838/472901> [access: 28.08.2023].

OECD, OECD Due Diligence Guidance for Responsible Business Conduct, <http://mneguidelines.oecd.org/OECD-Due-Diligence-Guidance-for-Responsible-Business-Conduct.pdf>, [access: 27.08.2023].

State Statistics Office of Ukraine, The number of registered legal entities by organizational forms of economic activity with a distribution based on the gender of the CEO as of 1 January 2023, https://csv2.ukrstat.gov.ua/edrpoy/ukr/EDRPU_2023/ks_opfg/arh_ks_opfg_23.htm [access: 28.08.2023].

World Commission on Environment and Development, *Our Common Future*, Oxford University Press, Oxford 1987.

Internet sources

Business and Human Rights Resource Centre, ECCJ publishes updated map & comparative analysis of mHREDD laws & legislative proposals in Europe, <https://www.business-humanrights.org/en/latest-news/eccj-updates-map-comparative-analysis-of-mhredd-laws-legislative-proposals-in-europe/> [access: 27.08.2023].

- Corporate sustainability – From Wikipedia, the free encyclopedia, https://en.wikipedia.org/wiki/Corporate_sustainability [access: 24.08.2023].
- EU enlargement policy – Ukraine, <https://www.consilium.europa.eu/en/policies/enlargement/ukraine/> [access: 26.08.2023].
- Kyiv International Institute of Sociology, Dynamics of trust in social institutions in 2021-2022, <https://kiis.com.ua/?lang=ukr&cat=reports&id=1174&page=1> [access: 28.08.2023].
- Smit L., *The importance of civil liability for a corporate human rights duty*, BIICL Blog, 16 March 2021, <https://www.biicl.org/blog/21/the-importance-of-civil-liability-for-a-corporate-human-rights-duty?cookies-set=1&ts=1693345462> [access: 26.08.2023].



Ielyzaveta Lvova, Dr. jur.sc., Professor

Odesa State University of Internal Affairs, Odesa, Ukraine

ORCID: 0000-0002-3381-3185

lvovaliza@outlook.com

Constitutional law matters of sustainable development under martial law: The case of Ukraine

Konstytucyjne i prawne zagadnienia zrównoważonego rozwoju
w warunkach wojny. Przypadek Ukrainy

Abstract: The article discusses a general vision of constitutional law matters related to sustainable development during wartime in Ukraine. The research contributes to the study of legislation by using legal norms, acts and cases. Enshrined in the Preamble of the Constitution of Ukraine, the state strategic course for Ukraine's full membership in the European Union and NATO provides for positive developments in approximating Ukrainian legislation to EU regulations. The article shows that the benefits of cooperation for sustainable development may occur only if the central and municipal authorities undertake environmental protection measures in Ukraine in three dimensions: environmental security and preventing the pollution of the environment during the war; private–public cooperation under martial law; and community leadership and mass media contacts.

Keywords: environmental security, invasion, human rights, accession, martial law, sustainable development, Ukraine

Abstrakt: W artykule omówiono ogólną wizję dotyczącą poszanowania kwestii konstytucyjno-prawnych zrównoważonego rozwoju w czasie wojny na Ukrainie. Badania przyczyniają się do rozwoju studiów nad problematyką legislacyjną poprzez stosowanie norm prawnych, ustaw i orzecznictwa sądów. Zapisany w Preambule Konstytucji Ukrainy państwowy kurs strategiczny na rzecz pełnego członkostwa Ukrainy w Unii Europejskiej i NATO przewiduje pozytywny rozwój sytuacji w zakresie zbliżania ukraińskiego ustawodawstwa do przepisów UE. W artykule wykazano, że korzyści ze współpracy na rzecz zrównoważonego rozwoju mogą nastąpić jedynie w przypadku podjęcia przez władze centralne i regionalne działań na rzecz ochrony środowiska na Ukrainie, przy czym działania przedstawiono w trzech wymiarach: bezpieczeństwo ekologiczne oraz działania zapobiegające zanieczyszczeniu środowiska w czasie wojny; współpraca prywatno-publiczna w stanie wojennym; przywództwo społeczne i kontakty z mediami.

Słowa kluczowe: bezpieczeństwo ekologiczne, inwazja, prawa człowieka, przystąpienie Ukraina, stan wojenny, zrównoważony rozwój

1. Introduction

Ukraine, as a European Union candidate country, accepted the obligation to use the legal environmental norms implemented by EU Member States. According to the European Union standards of sustainable development, as one of the priorities of regulatory EU policies, strategic actions should include environmental security. Under martial law, current developments of Ukraine statehood have involved the subjects of genocide and ecocide. Meanwhile, legal regulation of socioeconomic development and reinforcement of national security in Ukraine are among the most discussed aims of the modern European normative system. Thus, the completion of the Sustainable Development Goals of Ukraine for the period up to 2030¹ is depicted not only by domestic features, but also by arrangement of the EU-candidate status.

Ukraine accession to the EU and NATO is extraordinary and significant in the context of strategic and economic development. To this end, since 2018 Ukrainian foreign and internal policies have been focussed on preparations

¹ Указ Президента України «Про Цілі сталого розвитку України на період до 2030 року». [Ukaz Prezidenta Ukraïni «Pro Cili stalogo rozvitku Ukraïni na period do 2030 roku»] [Decree of the President of Ukraine “Goals of Sustainable development of Ukraine for the period of 2030”] [30.09.2019], <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/722/2019#Text> [access: 30.08.2023].

for accession to the European Union after the end of the martial law regime.² At the outset, the Ukrainian parliament voted to impose martial law in ten regions for 30 days starting from 28 November 2018, after Russian forces fired on Ukrainian ships and seized 23 sailors in the Black Sea off the coast of the Russian-controlled Crimean Peninsula.³ On 24 February 2022, after a full-scale invasion, the President of Ukraine, Volodymyr Zelenskyy, signed a decree on the imposition of martial law in Ukraine; the Verkhovna Rada approved it.⁴

Due to a rise of deviance in Ukrainian society, structural challenges to European assistance to Ukraine's transition policy occurred. The EU Member States' openness to Ukraine's successful accession is an essential, integral part of European security system. Today, the geopolitical and geoeconomic development of Ukraine–EU–NATO relations seems the most transparent in its 30-year history and traditions, thanks to the goals set out in the Preamble of the Constitution of Ukraine.

The goal of this paper is to show how Ukraine's laws are being adjusted to EU regulations and the new directions in legislative approximation under martial law.

2. Guidelines for development under specific circumstances of the regime of martial law in Ukraine

According to the Declaration of the right to development (4 December 1986, #41/128), 'development' is understood

² Ukraine backs martial law after gunfire at sea, <https://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain?page=search&docid=5c34a7796&skip=0&query=Ukraine> [access: 31.08.2023].

³ Закон України «Про затвердження Указу Президента України „Про введення воєнного стану в Україні» / Відомості Верховної Ради (ВВР), 2018, No. 48, ст. 381 [Zakon Ukraini «Pro zatverdzhennâ Ukazu Prezidenta Ukraini „Pro vvedennâ voënnogo stanu v Ukraini” Vidomosti Verhovnoi Radi (VVR), 2018, No. 48, st. 381] [Law of Ukraine „On Approval of the Decree of the President of Ukraine „On the Introduction of Martial Law in Ukraine” / Bulletin of the Verkhovna Rada (VVR), 2018, No. 48, Article 381] <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2630-19#n5> [access: 30.08.2023]. *Follow-up to decisions and resolutions adopted by the Executive Board and the General Conference at their previous sessions, Part I: Programme issues, C. Follow-up of the situation in the Autonomous Republic of Crimea (Ukraine)* 207 EX/5.I.C Executive Board Job: 201911543, Two hundred and seventh session, PARIS, 13 September 2019 Original: English Item 5 of the provisional agenda, <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000370522>, [access: 30.08.2023].

⁴ Указ Президента України «Про введення воєнного стану в Україні „Про введення воєнного стану в Україні», Відомості Верховної Ради (ВВР), 2022, No. 64 [Ukaz Prezidenta Ukraini «Pro vvedennâ voënnogo stanu v Ukraini»] [Decree of the President of Ukraine „On the imposition of martial law in Ukraine”, No. 64/2022, <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/64/2022#Text> [access: 30.08.2023].

as a comprehensive economic, social, cultural and political process, which aims at the constant improvement of the well-being of the entire population and of all individuals on the basis of their active, free and meaningful participation in development and in the fair distribution of benefits resulting therefrom. ... Recalling the right of peoples to self-determination, by virtue of which they have the right freely to determine their political status and to pursue their economic, social and cultural development. Recognizing that the human person is the central subject of the development process and that development policy should therefore make the human being the main participant and beneficiary of development, Recognizing that the creation of conditions favourable to the development of peoples and individuals is the primary responsibility of their States, Aware that efforts at the international level to promote and protect human rights should be accompanied by efforts to establish a new international economic order,... Confirming that the right to development is an inalienable human right and that equality of opportunity for development is a prerogative both of nations and of individuals who make up nations⁵

In addition, under Art. 28 of the Copenhagen Declaration on Social Development, it is the matter of every country and that one should take into account the economic, social and environmental conditions of each country with respect of all rights and freedoms of people:

Our global drive for social development and the recommendations for action contained in the Programme of Action are made in a spirit of consensus and international cooperation, in full conformity with the purposes and principles of the Charter of the United Nations, recognizing that the formulation and implementation of strategies, policies, programmes and actions for social development are the responsibility of each country and should take into account the economic, social and environmental diversity of conditions in each country, with full respect for the various religious and ethical values, cultural backgrounds and philosophical convictions of its people, and in conformity with all human rights and fundamental freedoms. In this context, international cooperation is essential for the full implementation of social development programmes and actions.⁶

⁵ Declaration on the Right to Development: resolution/adopted by the UN General Assembly [04.12.1986], A/RES/41/128, <https://www.refworld.org/docid/3b00f22544.html> [access: 30.08.2023].

⁶ *Copenhagen Declaration on Social Development*, [in:] A. Gallagher, S. Leckie (ed.): *Economic, Social, and Cultural Rights: A Legal Resource Guide Philadelphia*: University of Pennsylvania Press, 2006, p. 421–443, <https://doi.org/10.9783/9780812205381.421>.

Article 4(3) of the Treaty of European Union states that there is a national identity of Member States. Moreover, the Association Agreement between the European Union and its Member States, of the one hand, and Ukraine, of the other hand, includes regulations concerning cooperation in the field of sustainable development.⁷

Ukraine has ratified the following international agreements:

- Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict, 14 May 1954⁸.
- European Convention on protecting archaeological heritage (as amended), made in La Valetta on 16 January 1992, supplementing the principles established in the European Convention on protecting archaeological heritage, signed in London in May 1969.⁹

On 26 January 2023, the Parliamentary Assembly of the Council of Europe (PACE) adopted Resolution #2482 (2023), ‘Legal and human rights aspects of the Russian Federation’s aggression against Ukraine’.¹⁰ The Assembly reiterated that the Russian Federation’s armed attack and large-scale invasion of Ukraine launched on 24 February 2022 constitutes ‘aggression’. The Assembly recommended creating a special tribunal regarding the crime of aggression committed against Ukraine and that Member States adopt different measures aimed at supporting Ukrainian authorities. The Assembly urged Ukrainian authorities to emphasise its focus on gathering information on and ensuring the safe return of forcibly transferred Ukrainian children. The Assembly recommended all Member States of the Council of Europe to establish an international compensation mechanism in cooperation with the Ukrainian authorities. The Assembly recommends the ECtHR prioritise the examination of applications against the Russian Federation stemming from the ongoing war of aggression.

For Ukraine, its integration into the European Union and NATO has become the only chance to protect its political and economic sovereignty in these times of informational globalisation and aggression of the Russian Federation. The EU agreed to provide assistance in support of four priorities:

⁷ Association Agreement between the European Union and its Member States, of the one part, and Ukraine, of the other part (fully in force as of September 1, 2017), <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A22014A0529%2801%29> [access: 30.08.2023].

⁸ Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict, UN Educational, Scientific and Cultural Organization (UNESCO), [14.05.1954], <https://www.refworld.org/docid/40422c914.html>, [access: 29.08.2023].

⁹ European Convention on the protection of the archaeological heritage (revised). Valletta, 16.01.1992, <https://rm.coe.int/168007bd25> [access: 30.08.2023].

¹⁰ Resolution #2482 (2023) “Legal and human rights aspects of the Russian Federation’s aggression against Ukraine”, <https://pace.coe.int/en/files/31620/html> [access: 29.08.2023].

- implementing decentralisation (designed to strengthen democracy and accountability at the local level, and to invest in local infrastructure),
- fighting against corruption (to ensure that previous reforms, such as the introduction of transparent e-procurement for government contracts, are sustained),
- strengthening civil society organisations and
- supporting the reforms needed for Ukraine to fully implement the EU–Ukraine association agreement.

The EU–Ukraine summit, held in Kyiv on 3 February 2023, following the outbreak of Russia’s aggressive war, issued a joint statement of close co-operation to meet the expectations that the Ukrainian people have expressed for strengthening the economic integration, advancing political reforms and fostering economic growth, the rule of law and EU membership for Ukraine.

Moreover, EU–Ukraine dialogue has faced challenges connected with the development of constitutional legality in Ukraine, such as

- norm collisions based on heritage of Soviet mentality and cultural dissimilarities,
- limitations of sectoral integration of Ukraine to the EU,
- state sovereignty of Ukraine no longer ruling directly,
- EU–Ukraine relations now coexisting and competing for influence with many other non-state actors (companies, nongovernmental organisations, intellectuals, etc.),
- the EU influencing policy by finding a common definition of autonomy, sovereignty and human rights protection development and
- the EU and NATO becoming a guarantee of geopolitical status for Ukraine.

Thus, the European Union has been gaining a direct, positive influence on the life of ordinary Ukrainians by means of humanitarian aid, professional and financial support of locals in Ukraine and refugees¹¹ abroad, support of democratic reforms, e-governance and digitisation, anti-corruption measures, public administration reforms, decentralisation and monitoring of legal reforms and public institutions’ functioning.

There is therefore an opportunity to reveal the fundamental challenges of sustainable development of Ukraine as a ‘must to release’ in mass media worldwide:

¹¹ Refugees from Ukraine recorded across Europe: 8 255 288. Government, Refugees from Ukraine registered for temporary protection or similar national protection schemes in Europe: 5 140 259. Source: UNHCR. <https://reporting.unhcr.org/operational/situations/ukraine-situation> [access: 23.05.2023].

- potential threats of bankruptcy of environmentally dangerous enterprises and military and critical infrastructure (Kharkiv and Mykolayv regions);
- latent threats from damaging nuclear power plants and uranium mines (higher local radiation and Chernobyl and Zaporizhzhya nuclear power stations);
- problems of water supply (Nova Kakhovka region [Kakhovka dam destruction] and Kherson region);
- facilitation of relative public securitisation from environmental dangers caused by natural processes or due to ignorance, accident, mismanagement or poor design and originating within or across national borders;
- activities followed by production of chemical and other dangerous substances (since 2022 the situation at Zaporizhzhya nuclear station has been out of control^{12, 13});
- soil pollution, disturbance of landscapes, nature conservation objects and territories and animal migration and deaths (south-eastern and eastern parts of Ukraine);
- complication of the epidemiological situation (global risks to life and health of people); and
- threats of dangerous changes in the environmental state of the zone of influence of the geological environment of the territory (mass closure of mines in the Eastern parts of Ukraine), etc.

On 13 June 2023, the Government of Ukraine adopted Regulation #527-p,¹⁴ which ensures the proper assessment and recording of the damage caused by flooding. Assessments will be carried out only after the completion of rescue operations, emergency works and demining processes. The assessment must be conducted according to the procedure envisaged in Resolution #473 and Resolution #257. Its results will be recorded in the State Register of Damaged and Destroyed Property. 8 On 16 June 2023, the Government of Ukraine adopted Resolution #609, allocating 980 million UAH for compensation for housing

¹² Director General's Statement on Serious Situation at Ukraine's Zaporizhzhya Nuclear Power Plant, <https://www.iaea.org/newscenter/statements/director-generals-statement-on-serious-situation-at-ukraines-zaporizhzhya-nuclear-power-plant> [access: 31.08.2023].

¹³ Супутник зафіксував пожежі та дим навколо Запорізької АЕС (фото) [Suputnik zafiksuvav pozezhi ta dim navkolo Zaporiz'koï AES (foto)] [The satellite recorded fires and smoke around the Zaporizhzhya NPP], <https://www.unian.ua/society/viyna-v-ukrajini-2022-suputnik-zafiksuvav-pozhezhi-i-dim-navkolo-zaporizkoji-aes-11954955.html> [access: 31.08.2023].

¹⁴ UN High Commissioner for Refugees (UNCHR), UNHCR Ukraine Legislative Updates June 2023, <https://www.refworld.org/docid/64db4ff4.html> [access: 31.08.2023].

destroyed or damaged as a result of the explosion of the Kakhovka Dam.¹⁵ The procedure is regulated by Resolution #381 ‘eVidnovlennia’ on damaged housing and by Resolution #600 on destroyed housing. On 19 June 2023, the Government of Ukraine adopted Resolution #626, providing one-time cash assistance to people affected by the explosion of the Kakhovka Dam. Eligible recipients (i) are registered in the hromadas which are affected by flooding and were not registered as recipients of the housing assistance for IDPs as of 5 May 2023 in these hromadas and (ii) moved or were relocated from the hromadas affected by the flooding in the Mykolaiv and Kherson oblasts, which are currently under the military control of the Russian Federation.

3. Competences of Ukraine in the context of European integration and sustainable development

From the legal point of view, current international, European and Ukrainian law reveal common trends and tendencies regarding the 3 ‘R’s: recovery, restoration and recycling:

- 1) Municipal administrative procedures of investment in biodiversity recovery projects are complicated and stretched. Also, they do not meet the provisions of the EU’s biodiversity strategy for 2030.¹⁶ Reasonable protection of EU investment in Ukraine is the most important question, as investment climate in Ukraine lacks adequate legal grounds of implementing the European Parliament Resolution on bilateral investment agreements between EU and Ukraine.
- 2) There is a need for standardisation of municipal planning documents and environment restoration plans. Haase et al. (2023), in a compiled time series, present different stream types and stream orders from a large geographical area of Europe. The authors conclude that comparison with unimpacted ‘reference’ communities, a standard practice in freshwater ecology, is becoming increasingly challenging due to the emergence of new communities resulting from climate change, non-native species invasions and other pressures. Progress towards biodiversity goals needs to recognise these changing pressures through flexible strategies to

¹⁵ Statement of the Ministry of Foreign Affairs of Ukraine regarding the Russian terrorist act at the Kakhovka HPP, <https://mfa.gov.ua/en/news/zayava-mzs-ukrayini-shchodo-teroristichnogo-aktu-ro-siyi-na-kahovskij-ges> [access: 17.06.2023].

¹⁶ Biodiversity Strategy for 2030, https://environment.ec.europa.eu/strategy/biodiversity-strategy-2030_en [access: 31.08.2023].

protect and foster Earth's remaining biodiversity. We call for adaptive environmental management that recognises conservation and restoration objectives as shifting targets that can be modified to adapt to global change and maximise the protection of biodiversity.¹⁷

- 3) Legal acts and regulations in 'household waste collection and recycling' are not implemented or are outdated.

According to the Strategy on the Government Policy on Internal Displacement till 2025, approved by the Cabinet of Ministers of Ukraine on 7 April 2023, No. 312,

the state should facilitate the voluntary and safe return of internally displaced persons to their places of origin or their resettlement to another region. At the same time, it is necessary to take measures to rebuild destroyed housing, as well as to reconstruct and repair damaged housing and other real estate or to introduce procedures for compensation for housing destroyed or damaged as a result of hostilities as a secondary way of compensating for violated property rights. The mechanism of intersectoral cooperation in responding to security-related risks (the need for demining, construction of shelters, etc.) and the restoration of critical and social infrastructure needs to be improved. It is necessary to take measures to respond to possible tensions and conflicts in territorial communities caused by the current situation. The main tasks required to solve these problems are:

- ensuring intersectoral cooperation between state authorities and local self-government bodies to formulate a state policy on returning to the place of residence and reintegration of internally displaced persons;
- introducing a procedure for accounting and compensating for the value of destroyed and/or damaged property;
- ensuring proper information and creating other conditions for internally displaced persons to make an informed decision to return to their abandoned place of residence;
- ensuring proper planning for the restoration of regions and territories affected by the armed aggression against Ukraine;
- assistance in implementing measures to increase cohesion and overcome conflicts;
- implementing information activities aimed at integrating internally displaced persons in host communities; and

¹⁷ P. Haase, D.E. Bowler, N.J. Baker, et al. *The recovery of European freshwater biodiversity has come to a halt*, p. 582–588, <https://doi.org/10.1038/s41586-023-06400-1>.

- creating the basis for restoring the damaged infrastructure of de-occupied settlements.¹⁸

It is understandable that municipal powers have to be strong and powerful in their communications with civil society, while state authorities need to foster democratic consolidation.

As civil society is a tool for checks and balances and for representing social interests, the situation gives rise to fundamental presuppositions of the future of Ukraine in research and development projects of the European Union and as a suitable object of scientific research. The modern situation regarding integrating the democratic legal state of Ukraine into the EU seems to be complicated.

In Ukraine the competences of the municipal authorities encompass analysis of urban plans, performance of strategic environmental assessments and issuance of administrative permissions for construction.

Local self-government is competent for setting fees for the usage of sanitation and water facilities. For example, in Odesa, the mayor has the right to establish limits on access to areas and site of cultural heritage that are under international protection¹⁹ and hardly damaged historical landmarks,²⁰ while managing sunbathing and swimming places along the Odesa shores of the Black Sea.²¹

The main problems of current development include the low price of labour for Ukrainians, the high prices of gas, water and other utilities, migration flows within the country and abroad and the lack of legal provisions regulating the rational use of the water supply.

4. Conclusions

It is obvious that the EU's strategic line of cooperation with Ukraine has to be transformed under the conditions of martial law. This means that EU countries'

¹⁸ Ukraine: Strategy on the Government Policy on Internal Displacement till 2025, <https://www.refworld.org/docid/64afcfee4.html> [access: 31.08.2023].

¹⁹ E. Yufereva, *UNESCO mission arrives in Odesa to assess damage to UOC cathedral*, <https://spzh.news/en/news/75164-unesco-mission-arrives-in-odesa-to-assess-damage-to-uoc-cathedral> [access: 31.08.2023].

²⁰ H. Chen, J. Pennington, M. Kostenko, R. Gigova, *Historic Ukrainian cathedral badly damaged in Russian strikes*, <https://edition.cnn.com/2023/07/23/world/odesa-attacks-saturday-russia-ukraine-intl-hnk/index.html> [accessed: 24.07.2023]

²¹ M. Kostenko, A. Goodwin, *No bathing during air raids - but beaches in southern Ukraine port reopen*, <https://edition.cnn.com/2023/08/12/europe/odesa-beaches-reopen-ukraine-intl/index.html>, [access: 31.08.2023].

openness to the successful accession of Ukraine is an essential, integral part of the European security system.

Firstly, being under geopolitical pressure from Russia and in a 'dilemma of security', Ukraine has changed its 'geopolitical conjecture of choice' from bipolar (EU–post-Soviet countries) into a strategic course of integration into the EU and NATO.²² Today, the geopolitical and geoeconomic development of Ukraine–EU–NATO relations seems the most transparent in its 30-year history and traditions, thanks to the goals set out in the Preamble of the Constitution of Ukraine. Secondly, EU regulations and Ukraine laws on sustainable development have common goals. Finally, there are positive developments in approximating Ukrainian legislation to the EU regulations. Additionally, Ukrainian legislation is influenced by the European Union, which is a positive effect of legal reception.²³

Modernising Ukraine–EU projects has several benefits:

- minimising threats of information attacks and propaganda of the Russian Federation;
- standardising documents by means of digitisation;
- eliminating Soviet laws and legal acts, which is the role of legislative power, making reforms more socially orientated, which in turn is the role of executive power and specifying the functions of state and local authorities for achieving decentralisation goals; and
- integrating regulations of strategic environmental assessment, etc.

Therefore, such benefits may occur only if the central and municipal authorities undertake environmental protection measures in Ukraine in three dimensions:

- environmental protection and preventing the pollution of the environment during the war,
- private–public cooperation under martial law and
- community leadership and mass media contacts.

²² С.В. Глебов, *Зовнішньополітична двозначність України в контексті геополітичної кон'юнктури вибору*, „Правова держава” 2007, № 9, с. 235 [Glebov S.V., *Zovnišn'opolitična dvoznačnist' Ukraïni v kontekstī geopolitičnoï kon'unkturi vīboru*] [Duality of the Ukraine's Foreign Policy in the Context of the Geopolitical Conjecture], *Правова держава* [Pravova deržava] [Constitutional State] 2007, No. 9, p. 235.

²³ Review of European Union Law and EU legal approximation developments and analyses, https://eu-ua.kmu.gov.ua/sites/default/files/inline/files/eu_law_and_legal_approximation_review_for_ukraine_-_a4u_ii_newsletter_no_61.pdf [access: 31.08.2023].

Bibliography

Legal Act

- Association Agreement between the European Union and its Member States, of the one part, and Ukraine, of the other part, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A22014A0529%2801%29> [access: 30.08.2023].
- Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict, UN Educational, Scientific and Cultural Organization (UNESCO), <https://www.refworld.org/docid/40422c914.html> [access: 29.08.2023].
- Declaration on the Right to Development: resolution/adopted by the UN General Assembly, A/RES/41/128, <https://www.refworld.org/docid/3b00f22544> [access 30.08.2023].
- Decree of the President of Ukraine “Goals of Sustainable development of Ukraine for the period of 2030”, <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/722/2019#Text> [access: 30.08.2023].
- Decree of the President of Ukraine “On the imposition of martial law in Ukraine”, No 64/2022, <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/64/2022#Text> [access: 30.08.2023].
- European Convention on the protection of the archaeological heritage (revised), Valletta, <https://rm.coe.int/168007bd25> [access: 30.08.2023].
- Resolution #2482 (2023) “Legal and human rights aspects of the Russian Federation’s aggression against Ukraine”, <https://pace.coe.int/en/files/31620/html> [access: 29.08.2023].

Reports and studies of a similar nature

- Copenhagen Declaration on Social Development, [in:] A. Gallagher. S. Leckie (ed.), *Economic, Social, and Cultural Rights: A Legal Resource Guide*, Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 2006, p. 421–443, <https://doi.org/10.9783/9780812205381.421>.
- Director General’s Statement on Serious Situation at Ukraine’s Zaporizhzhya Nuclear Power Plant, <https://www.iaea.org/newscenter/statements/director-generals-statement-on-serious-situation-at-ukraines-zaporizhzhya-nuclear-power-plant> [access: 31.08.2023].
- Review of European Union Law and EU legal approximation developments and analyses, https://eu-ua.kmu.gov.ua/sites/default/files/inline/files/eu_law_and_legal_approximation_review_for_ukraine_-_a4u_ii_newsletter_no_61.pdf [access: 31.08.2023].

- Statement of the Ministry of Foreign Affairs of Ukraine regarding the Russian terrorist act at the Kakhovka HPP, <https://mfa.gov.ua/en/news/zayava-mzs-ukrayini-shchodo-terroristichnogo-aktu-rosiyi-na-kahovskij-ges> [access: 17.06.2023].
- Супутник зафіксував пожежі та дим навколо Запорізької АЕС [Suputnik zafiksuvav požeži ta dim navkolo Zaporiz'koï AES] [The satellite recorded fires and smoke around the Zaporizhzhya NPP], [25.08.2022], <https://www.unian.ua/society/viy-na-v-ukrajini-2022-suputnik-zafiksuvav-po-zhezhi-i-dim-navkolo-zaporizkoji-aes-11954955.html> [access: 31.08.2023].
- Ukraine: Strategy on the Government Policy on Internal Displacement till 2025, <https://www.refworld.org/docid/64afcfee4.html> [access: 31.08.2023].
- Ukraine backs martial law after gunfire at sea, <https://www.refworld.org/cgi-bin/txis/vtx/rwmain?page=search&docid=5c34a7796&skip=0&query=Ukraine> [access: 31.08.2023].
- Follow-up to decisions and resolutions adopted by the Executive Board and the General Conference at their previous sessions, Part I: Programme issues, C. Follow-up of the situation in the Autonomous Republic of Crimea (Ukraine), UNESCO, Executive Board. Two hundred and seventh session, 207 EX/5.I.C, Job: 201911543, Paris 2019, <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000370522> [access: 30.08.2023].
- Legislative update on on displacement-related legislation, June 2023, UN-HCR Ukraine Legislative Updates June 2023, <https://www.refworld.org/docid/64db4ff44.html> [access: 31.08.2023].

Publications

- Chen H., Pennington J., Kostenko M., Gigova R., *Historic Ukrainian cathedral badly damaged in Russian strikes*, <https://edition.cnn.com/2023/07/23/world/odesa-attacks-saturday-russia-ukraine-intl-hnk/index.html> [access: 24.07.2023].
- Глебов С.В., *Зовнішньополітична двозначність України в контексті геополітичної кон'юнктури вибору*, „Правова держава” 2007, № 9, с. 235 [Glebov S.V., *Zovnišn'opolitichna dvoznačnist' Ukraïni v kontekstì geopolitichnoï kon'ũkturi viboru*] [Duality of the Ukraine's Foreign Policy in the Context of the Geopolitical Conjecture], *Правова держава* [Pravova deržava] [Constitutional State] 2007, No. 9, p. 235.
- Haase P., Bowler D.E., Baker N.J. et al., *The recovery of European freshwater biodiversity has come to a halt*, p. 582–588, <https://doi.org/10.1038/s41586-023-06400-1>.

Kostenko M., Goodwin A., *No bathing during air raids – but beaches in southern Ukraine port reopen*, <https://edition.cnn.com/2023/08/12/europe/odesa-beaches-reopen-ukraine-intl/index.html> [access: 31.08.2023].

Yufereva E., *UNESCO mission arrives in Odesa to assess damage to UOC cathedral*, <https://spzh.news/en/news/75164-unesco-mission-arrives-in-odesa-to-assess-damage-to-uoc-cathedral> [access: 31.08.2023].

Internet sources

Biodiversity Strategy for 2030, https://environment.ec.europa.eu/strategy/biodiversity-strategy-2030_en [access: 31.08.2023].



Dr Paweł Gacek*

Komenda Główna Policji, Polska

ORCID: 0000-0001-6365-3146

p.gacek@wp.pl

Skazanie policjanta prawomocnym wyrokiem sądu za przestępstwo lub przestępstwo skarbowe, umyślne, ścigane z oskarżenia publicznego jako podstawa obligatoryjnego zwolnienia ze służby w Policji

Sentencing a police officer with a valid court verdict for intentional crime and intentional fiscal crime, prosecuted by a public prosecutor as a basis of dismissal from service in the Police

Abstract: This paper is entirely devoted to issues concerning the dismissal from service in the Police based on the Art. 41 (1) (4) Act on the Police. In accordance with this provision a police officer shall be dismissed from service in the Police in case of sentencing her or him with a valid court verdict for intentional crime and intentional fiscal crime, prosecuted by a public prosecutor. That is the only premise which has to be confirmed in the course of carrying procedures in this case. The public authority examines exclusively formal aspect of issued judgment, i.e. it is the court verdict sentencing a person for intentional crime and intentional fiscal crime, prosecuted by a public prosecutor and whether it is final. The administrative decision in this case is legally binding in the situation of confirmation of the materialization of the premise comprised in this provision. The article also indicated that the premise aforementioned in the Art. 41 (1) (4) Act on the Police materializes not only in cases of sentence issued by Polish court but also in cases of some sentencing judgments issued by courts of other countries.

* Radca Prawny w Komendzie Głównej Policji.

Keywords: police, police officer, dismissal from service in the police, administrative decision (personal command), valid court sentence

Abstrakt: Niniejszy artykuł został w całości poświęcony zagadnieniom odnoszącym się do zwolnienia policjanta na podstawie art. 41 ust. 1 pkt 4 ustawy o Policji. Zgodnie z tym przepisem policjanta zwalnia się ze służby w przypadku skazania go prawomocnym wyrokiem sądu za przestępstwo lub przestępstwo skarbowe, umyślne, ścigane z oskarżenia publicznego. Jest to jedyna przesłanka, która musi zostać potwierdzona w ramach prowadzonego postępowania w tej sprawie. Organ bada wyłącznie formalny aspekt wydanego orzeczenia, tj. czy wydane orzeczenie jest wyrokiem skazującym osobę za przestępstwo lub przestępstwo skarbowe, umyślne, ścigane z oskarżenia publicznego, a także, czy przysługuje mu przymiot prawomocności. Decyzja w tej sprawie ma charakter związany w sytuacji potwierdzenia zmaterializowania się przesłanki objętej tym przepisem. Wskazano również, że przesłankę, o której mowa w art. 41 ust. 1 pkt 4 ustawy o Policji materializuje nie tylko wyrok skazujący wydany przez sąd polski, ale również niektóre orzeczenia skazujące wydane przez sądy państw obcych.

Słowa kluczowe: policja, policjant, zwolnienie ze służby w Policji, decyzja administracyjna (rozkaz personalny), prawomocny wyrok skazujący

1. Zagadnienia wstępne

Zatrudnienie w formacjach zmilitaryzowanych (paramilitarnych), w tym w Policji, powoduje nawiązanie szczególnego rodzaju więzi prawnej pomiędzy podmiotem zatrudniającym a osobą fizyczną. Jest nim stosunek służbowy¹,

¹ Szerzej na temat charakteru stosunku służbowego – zob. M. Grześków, *Nawiązanie stosunków zatrudnienia w służbach zmilitaryzowanych*, Monografie Prawnicze, C.H. Beck, Warszawa 2020; T. Kuczyński, E. Mazurczak-Jasińska, J. Stelina, *Stosunek służbowy*, [w:] R. Hauser, Z. Niewiadomski, A. Wróbel (red.), *System prawa administracyjnego*, t. 11, C.H. Beck, Warszawa 2011; P. Szustakiewicz, *Stosunki służbowe funkcjonariuszy służb mundurowych i żołnierzy zawodowych jako sprawa administracyjna*, Difin, Warszawa 2012; M. Wieczorek, *Charakter prawny stosunków służbowych funkcjonariuszy służb mundurowych*, Wydawnictwo Adam Marszałek, Toruń 2017; a także P. Gacek, *Nawiązanie stosunku służbowego z funkcjonariuszem Policji*, „Administracja Teoria Dydaktyka Praktyka” 2011, 2(23), s. 76 i n.

będący konstrukcją *stricte* administracyjnoprawną². Z uwagi na odrębności, jakie związane są z tego rodzaju formą niepracowniczego zatrudnienia wszelkie zagadnienia związane z zatrudnieniem funkcjonariuszy służb zmilitaryzowanych zostały zamieszczone w odrębnych regulacjach tworzących tzw. pragmatyki służbowe. Stanowią one pewien zbiór przepisów regulujących kwestie związane z zatrudnieniem określonej kategorii podmiotów – funkcjonariuszy. Są to przepisy rangi ustawowej, jak również aktów wykonawczych do ustaw. Co również istotne mają one charakter autonomiczny i kompleksowy. Wynika z tego, że możliwość zastosowania przepisów usytuowanych w innych aktach prawnych możliwe jest o tyle, o ile przepis szczególny pragmatyki służbowej zezwala na subsydiarne ich zastosowanie. Dotyczy to w szczególności możliwości stosowania przepisów prawa pracy³. Stosunek służbowy nie jest bowiem stosunkiem pracy, który może zostać zawarty na jednej z podstaw wskazanych w art. 2 k.p. Co prawda w większości przypadków funkcjonariuszy służb zmilitaryzowanych ich podstawą zatrudnienia jest mianowanie, ale co należy podkreślić, pojęcie to nie jest tożsame z mianowaniem, o którym mowa w art. 76 k.p. Stosunek służbowy z mianowania należy odróżnić od służbowego stosunku pracy z mianowania. W przypadku tego pierwszego, jego nawiązanie w żaden sposób nie powoduje, tak jak w przypadku służbowego stosunku pracy, zainicjowania stosunku pracy.

Kompleksowość uregulowania w pragmatyce służbowej wszelkich zagadnień związanych ze stosunkiem służbowym ma również swoje odzwierciedlenie w ustawie z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji⁴. Dotyczy to w szczególności kwestii związanych ze zwolnieniem funkcjonariusza ze służby w Policji. Pragmatyka służbowa zawiera bowiem enumeratywne wyliczenie podstaw zwolnienia ze służby. Katalog ten ma charakter zamknięty (*numerus clausus*). Zostały one usystematyzowane jako obligatoryjne podstawy zwolnienia (art. 41 ust. 1 pkt 1–7 ustawy o Policji oraz art. 41 ust. 3 ustawy o Policji), a także jako fakultatywne podstawy zwolnienia (art. 41 ust. 2 pkt 1–10 ustawy o Policji oraz art. 38 ust. 4

² A. Michalek, *Komentarz do art. 28*, [w:] Ł. Czebotar, Z. Gądzik, A. Łyżwa, A. Michalek, A. Świerczewska-Gąsiorowska, M. Tokarski, *Ustawa o Policji. Komentarz*, Komentarze Praktyczne, Wolters Kluwer, Warszawa 2015, s. 366; P. Gacek, *Nawiązanie...*, s. 76 i n., tenże, *Odwołanie od rozkazu personalnego*, „Przegląd Policyjny” 2016, 3(123), s. 80; M. Taniewska, *Policja*, [w:] S. Sagan (red.), *Prawo Policyjne*, t. 1, (Komentarz), Biuro Wydawnictw Prawniczych „Polbod”, Katowice 1992, s. 69; W. Kotowski, *Ustawa o Policji. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2008, s. 380 i n.

³ Wyłączone jest *in genere* stosowanie w sprawach nieuregulowanych w pragmatyce służbowej przepisów prawa pracy, na zasadzie art. 5 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. – Kodeks pracy, t.j. Dz.U. z 2023, poz. 1465, dalej: k.p.

⁴ T.j. Dz.U. z 2023, poz. 171 ze zm.

ustawy o Policji). Konieczne jest podkreślenie, że każda z nich jest autonomiczna i niekonkurencyjna w stosunku do pozostałych⁵. Każda z nich wytycza również odrębne granice sprawy administracyjnej w rozumieniu art. 1 k.p.a.⁶. Zwolnienie zatem na innej podstawie niewymienionej w ustawie o Policji skutkowałoby wadliwością podjętego rozstrzygnięcia.

Zainicjowanie postępowania administracyjnego na jakiegokolwiek podstawie obligującej albo uprawniającej do zwolnienia funkcjonariusza ze służby w Policji zależna jest jednak od różnych czynników, bowiem różne okoliczności warunkują byt każdego z tych postępowań. Każde postępowanie administracyjne w sprawie zwolnienia ze służby w Policji ma na celu ustalenie (wymaga ustalenia), czy zmaterializowała się konkretna przesłanka objęta daną podstawą zwolnienia policjanta ze służby. To z kolei zobowiązuje organ do przeprowadzenia wyłącznie takich czynności, które umożliwią osiągnięcie celu konkretnego postępowania. Organ nie jest bowiem uprawniony do podejmowania takich działań, które nie będą relewantne z punktu widzenia jego przedmiotu, a zatem pozostających poza granicami danej sprawy administracyjnej, ponieważ skoncentrowanie uwagi organu na tego rodzaju czynnościach nie tylko nie przyczyniłoby się do osiągnięcia celu danego postępowania, ale również świadczyłoby o arbitralnym i nieuzasadnionym wykroczeniu poza granice sprawy administracyjnej wytyczonej przez konkretną podstawę zwolnienia ze służby.

Nie sposób w ramach tylko jednego opracowania omówić wszystkich zagadnień, jakie związane są z wymienionymi w pragmatyce służbowej podstawami zwolnienia policjanta ze służby. Wobec tego dalsze rozważania zostaną skoncentrowane wyłącznie na jednej z nich, zamieszczonej w art. 41 ust. 1 pkt 4 ustawy o Policji. Warunkuje ona zwolnienie policjanta ze służby od uprzedniego ustalenia (potwierdzenia), że wobec funkcjonariusza został wydany prawomocny wyrok sądu skazujący go za przestępstwo lub przestępstwo skarbowe, umyślne, ścigane z oskarżenia publicznego. Nie budzi wątpliwości, że ustalenie, iż wobec policjanta zmaterializowała się przesłanka objęta tą podstawą zwolnienia ze służby zobowiązuje do podjęcia przez przełożonego właściwego w sprawach osobowych decyzji personalnej o zwolnieniu go ze służby w Policji⁷.

⁵ W. Kotowski, *Ustawa...*, s. 440.

⁶ Ustawa z dnia 14 czerwca 1960 r. – Kodeks postępowania administracyjnego, t.j. Dz.U. z 2023, poz. 775 ze zm., dalej: k.p.a.

⁷ „(...) po prawomocnym skazaniu art. 41 ust. 1 pkt 4 ustawy o Policji wymaga obligatoryjnego zwolnienia ze służby” zob. M. Lew, *Policja*, [w:] W. Maciejko, P. Szustakiewicz (red.), *Stosunek służbowy w formacjach mundurowych*, Sektor Publiczny w Praktyce, C.H. Beck, Warszawa 2015, s. 42; W. Maciejko, A. Korcz-Maciejko, *Postępowanie w sprawach osobowych w Policji*, Gaskor, Wrocław 2010, s. 295.

Jest to jedyna okoliczność wymagająca wykazania (udowodnienia) w ramach tego postępowania, aby został osiągnięty jego cel, a tym samym, by możliwe było wydanie rozstrzygnięcia o charakterze merytorycznym, którym policjant zostałby zwolniony ze służby w Policji⁸.

Zagadnienie to nie zostało w sposób kompleksowy omówione w doktrynie, a ma, jak się wydaje, kluczowe znaczenie nie tylko dla organów Policji, ale również dla samych funkcjonariuszy, bowiem zaistnienie przesłanki objętej omawianym przepisem pragmatyki służbowej determinuje niezwłoczne określenie statusu służbowego funkcjonariusza, a tym samym wykluczenie go z grona czynnych funkcjonariuszy Policji, poprzez rozwiązanie z nim węzła prawnego, na podstawie którego był on zatrudniony w formacji policyjnej. Kwestie samej przesłanki muszą jednak zostać poprzedzone omówieniem zagadnienia związanego z charakterem decyzji w tym zakresie, a także organu uprawnionego do wydania rozstrzygnięcia merytorycznego w tej sprawie.

2. Charakter prawny rozstrzygnięcia w sprawie zwolnienia ze służby

W myśl § 19 rozporządzenia w sprawie szczegółowych praw i obowiązków oraz przebiegu służby policjantów⁹ nawiązanie, zmiana i rozwiązanie stosunku służbowego następuje przez wydanie rozkazu personalnego odpowiednio o mianowaniu, wyznaczeniu lub powołaniu na stanowisko służbowe, przeniesieniu, zwolnieniu lub odwołaniu z tego stanowiska albo o zwolnieniu ze służby (ust. 1), natomiast do postępowania w sprawach osobowych dotyczących nawiązania, zmiany i rozwiązania stosunku służbowego w zakresie nieuregulowanym rozporządzeniem stosuje się przepisy k.p.a. (ust. 2). Ponieważ kwestie proceduralne związane z wydawaniem rozstrzygnięć w sprawach dotyczących stosunku służbowego policjantów nie zostały uregulowane w pragmatyce służbowej, wobec tego zgodnie z § 19 ust. 2 ww. rozporządzenia dopuszczalne jest w tym zakresie stosowanie przepisów k.p.a. Tym samym decyzja w sprawie zwolnienia ze służby w Policji następuje po przeprowadzeniu postępowania administracyjnego, w wyniku którego zostaje wydana decyzja administracyjna (rozkaz personalny) o zwolnieniu funkcjonariusza ze służby w Policji.

⁸ „Ziszczenie się przesłanki art. 41 ust. 1 pkt 4 ustawy o Policji jest obligatoryjną, samoistną podstawą zwolnienia, uniemożliwiającą pozostawanie policjanta w dotychczasowej służbie”. Wyrok WSA w Bydgoszczy z 18 października 2005 r., II SA/Bd 601/05, Legalis 582976.

⁹ T.j. Dz.U. z 2020, poz. 1113 ze zm.

Oznacza to, że wszelkie rozstrzygnięcia dotyczące rozwiązania stosunku służbowego funkcjonariuszy Policji następują w formie kwalifikowanego aktu administracyjnego, tj. decyzji administracyjnej. Te z kolei mogą być weryfikowane w administracyjnym toku instancji, a po jej wyczerpaniu na drodze sądowoadministracyjnej.

Na marginesie należy tylko wskazać, że pragmatyka służbowa posługuje się sformułowaniem „rozkaz personalny”, a nie „decyzja administracyjna”. Sama jednak nazwa aktu o niczym nie świadczy. Niewątpliwie wydanie rozkazu personalnego o zwolnieniu policjanta ze służby w Policji powoduje konkretyzację praw i obowiązków indywidualnie oznaczonego adresata, który będąc stroną stosunku administracyjnoprawnego właśnie wskutek wydania wobec niego tego aktu, jest nie tylko pozbawiany swojego dotychczasowego statusu funkcjonariusza, ale przede wszystkim akt ten rozwiązuje więź prawną łączącą go z przełożonym właściwym w sprawach osobowych – rozwiązuje stosunek służbowy. Konkretyzacja praw i obowiązków adresata rozkazu personalnego (policjanta) zawsze musi mieć oparcie w stosownym przepisie prawa materialnego, który zobowiązuje albo uprawnia organ administracyjny (przełożonego właściwego w sprawach osobowych) do takiego działania. Nie może zatem budzić wątpliwości, że rozkaz personalny jest szczególnego rodzaju decyzją administracyjną, bo odnoszącą się do konkretnej kategorii osób (jakimi są funkcjonariusze służb zmilitaryzowanych, w tym policjanci), która konkretyzuje ich prawa i obowiązki, i w ten sposób kształtuje treść ich stosunków służbowych (tj. powoduje ich nawiązanie, zmianę albo rozwiązanie).

Zgodnie z art. 45 ust. 3 ustawy o Policji organem uprawnionym do wydania decyzji o zwolnieniu policjanta ze służby w Policji na podstawie jej art. 41 ust. 1 pkt 4 jest przełożony właściwy w sprawach osobowych w rozumieniu art. 32 ust. 1 tej ustawy. Są nimi: Komendant Główny Policji, Komendant Centralnego Biura Śledczego Policji, Komendant Biura Spraw Wewnętrznych Policji, Komendant Centralnego Biura Zwalczania Cyberprzestępczości, Dyrektor Centralnego Laboratorium Kryminalistycznego Policji, komendanci wojewódzcy albo Komendant Stołeczny Policji i komendanci powiatowi (miejscy, rejonowi) Policji oraz Komendant-Rektor Akademii Policji w Szczytnie i komendanci szkół policyjnych. Wymieniony przepis ma charakter normy kompetencyjnej, ponieważ określa wprost organy uprawnione do podjęcia takiej decyzji¹⁰. Oczywiście każdy z wymienionych przełożonych podejmuje decyzje personalne w stosunku do podległego mu funkcjonariusza, tj. wobec

¹⁰ Wyrok WSA w Warszawie z 16 września 2008 r., II SA/Wa 895/08, Legalis 307168.

tego, którego jest on przełożonym właściwym w sprawach osobowych¹¹. Od rozstrzygnięcia wydanego przez przełożonego właściwego w sprawach osobowych jako organu I instancji przysługuje odwołanie do wyższego przełożonego (art. 32 ust. 2 ustawy o Policji), chyba że decyzję tę wydał Komendant Główny Policji. Wówczas od takiej decyzji służy odwołanie do ministra właściwego do spraw wewnętrznych (art. 32 ust. 3 ustawy o Policji). Z kolei po wyczerpaniu środków zaskarżenia w administracyjnym toku instancji decyzja ostateczna może być weryfikowana na drodze sądowoadministracyjnej.

Decyzja w przedmiocie zwolnienia na podstawie art. 41 ust. 1 pkt 4 ustawy o Policji ma charakter związany. Powołana podstawa zwolnienia została bowiem zamieszczona w katalogu obligatoryjnych podstaw zwolnienia ze służby w Policji¹². Świadczy o tym użyte w tekście przepisu art. 41 ust. 1 tej ustawy, przed wyliczeniem przyczyn obligujących organ do podjęcia takiego działania, sformułowanie „zwalnia się”¹³. Tym samym organ (przełożony właściwy w sprawach osobowych) nie może odstąpić od zwolnienia policjanta w sytuacji zmaterializowania się przesłanki objętej tym przepisem. Nie może także dokonać wyboru podstawy zwolnienia ze służby, jeśli w jednym czasie wystąpi zarówno obligatoryjna, jak i fakultatywna podstawa zwolnienia ze służby. Obligatoryjna podstawa ma zawsze pierwszeństwo przed fakultatywną¹⁴. Wyjątek

¹¹ Od tak ustanowionej zasady wprowadzono wyjątek, ale dotyczy on innej podstawy zwolnienia ze służby w Policji. Zgodnie z art. 45 ust. 1 ustawy o Policji – zwolnienia ze służby na podstawie art. 41 ust. 2 pkt 5 ustawy o Policji policjanta, którego przełożonym wymienionym w art. 32 ust. 1 ustawy o Policji jest komendant powiatowy (miejski, rejonowy) Policji, dokonuje właściwy komendant wojewódzki Policji albo Komendant Stołeczny Policji. Oznacza to, że zwolnienia na tej podstawie może dokonać: Komendant Główny Policji (w odniesieniu do podległych mu funkcjonariuszy), Komendant CBŚP (w odniesieniu do podległych mu funkcjonariuszy), Komendant BSWP (w odniesieniu do podległych mu funkcjonariuszy), Komendant CBZC (w odniesieniu do podległych mu funkcjonariuszy), Dyrektor CLKP (w odniesieniu do podległych mu funkcjonariuszy), komendant wojewódzki Policji (w odniesieniu do podległych mu funkcjonariuszy oraz funkcjonariuszy podległych komendantowi powiatowemu Policji albo komendantowi miejskiemu Policji), Komendant Stołeczny Policji (w odniesieniu do podległych mu funkcjonariuszy oraz funkcjonariuszy podległych komendantowi rejonowemu Policji) oraz Komendant-Rektor Akademii Policji w Szczytnie (w odniesieniu do podległych mu funkcjonariuszy) i komendanci szkół policyjnych (w odniesieniu do podległych im funkcjonariuszy).

¹² Wyrok WSA w Krakowie z 9 maja 2017 r., III SA/Kr 362/17, Legalis 1634279.

¹³ Wyrok WSA w Kielcach z 12 marca 2009 r., II SA/Ke 76/09, Legalis 181367.

¹⁴ „Wykładnia systemowa i celowościowa art. 41 ust. 1 i 2 ustawy o Policji wskazuje na pierwszeństwo stosowania przesłanek obligatoryjnych zwolnienia ze służby. W tej sytuacji, w razie zaistnienia którejś z przesłanek określonych w art. 41 ust. 1 ustawy, organ miał bezwzględny obowiązek zwolnienia skarżącego ze służby, zaś zastosowanie przesłanek z ust. 2 cytowanego przepisu wchodziło w grę tylko w razie braku przesłanki z ust. 1”. Wyrok WSA w Lublinie z 26 listopada 2009 r., III SA/Lu 388/09, Legalis 184164, a także M. Nowikowska, *Art. 41 [Zwolnienie]*, [w:] K. Chałubińska-Jentkiewicz, J. Kurek (red.), *Ustawa o Policji. Komentarz*, Krótkie Komentarze Becka, C.H. Beck, Warszawa 2021, s. 431.

stanowią przypadki jednoczesnego wystąpienia co najmniej dwóch podstaw obligatoryjnego zwolnienia¹⁵.

Zaznaczenia również wymaga, że zwolnienie na podstawie art. 41 ust. 1 pkt 4 ustawy o Policji wymaga uprzedniego ustalenia, że zmaterializowała się wobec policjanta przesłanka objęta tym przepisem, a zatem potwierdzenia, że w obrocie prawnym funkcjonuje prawomocne orzeczenie sądu, którym policjant został skazany za przestępstwo lub przestępstwo skarbowe, umyślne, ścigane z oskarżenia publicznego.

3. Treść przesłanki zwolnienia ze służby w Policji na podstawie art. 41 ust. 1 pkt 4 ustawy o Policji

Jak już wcześniej zaznaczono, zwolnienie policjanta ze służby na podstawie art. 41 ust. 1 pkt 4 ustawy o Policji wymaga potwierdzenia wydania wobec niego prawomocnego wyroku (orzeczenia sądu karnego) skazującego go za przestępstwo lub przestępstwo skarbowe, umyślne, ścigane z oskarżenia publicznego¹⁶. Przedmiotem orzeczenia musi być zatem przestępstwo, w rozumieniu art. 1 k.k.¹⁷ lub przestępstwo skarbowe w rozumieniu art. 1 k.k.s.¹⁸. Nie ma natomiast znaczenia, czy przepis zawierający opis czynu wypełniającego znamiona przestępstwa lub przestępstwa skarbowego został zamieszczony w k.k. lub w k.k.s. lub w innej ustawie zawierającej przepisy karne. Istotne jest wyłącznie to, czy stanowi on przestępstwo lub przestępstwo skarbowe. Przestępstwo lub przestępstwo skarbowe muszą mieć natomiast charakter umyślny (art. 9 § 1 k.k. oraz art. 4 § 2 k.k.s.), a więc muszą zostać popełnione w zamiarze bezpo-

¹⁵ Wówczas organ dokonuje wyboru jednej z obligatoryjnych podstaw zwolnienia ze służby. Zastrzec jednak należy, że podstawa zamieszczona w art. 41 ust. 3 ustawy o Policji (będąca również podstawą obligatoryjnego zwolnienia policjanta ze służby w Policji w sytuacji złożenia przez niego pisemnego zgłoszenia wystąpienia ze służby) nie ma pierwszeństwa przed pozostałymi obligatoryjnymi podstawami zwolnienia ze służby zamieszczonymi w art. 41 ust. 1 pkt 1–7 ustawy o Policji, w tym przed podstawą, o której mowa w art. 41 ust. 1 pkt 4 ustawy o Policji. Por. wyrok NSA z 15 grudnia 2009 r., I OSK 653/09, Legalis 224977, a także M. Nowikowska, *Art. 41 [Zwolnienie]*, [w:] K. Chałubińska-Jentkiewicz, J. Kurek (red.), *Ustawa...*, s. 431.

¹⁶ M. Lew, *Policja*, [w:] W. Maciejko, P. Szustakiewicz (red.), *Stosunek...*, s. 42

¹⁷ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny, t.j. Dz.U. z 2022, poz. 1138 ze zm., dalej: k.k.

¹⁸ Ustawa z dnia 10 września 1999 r. – Kodeks karny skarbowy t.j. Dz.U. z 2023, poz. 654 ze zm., dalej: k.k.s.

średnim (*dolus directus*) bądź ewentualnym (*dolus eventualis*)¹⁹. Z oczywistych względów nie wypełnia przesłanki, o której mowa w art. 41 ust. 1 pkt 4 ustawy o Policji, prawomocne skazanie za przestępstwo lub przestępstwo skarbowe nieumyślne, o których mowa w art. 9 § 2 k.k. oraz art. 4 § 3 k.k.s.²⁰. Na marginesie zaznaczenia wymaga, że regułą jest, iż przestępstwo lub przestępstwo skarbowe można popełnić umyślnie. Nieumyślnie natomiast wyłącznie, gdy przepis tak stanowi (art. 8 k.k. oraz art. 4 § 1 k.k.s.). Tak więc, co do zasady, przestępstwa lub przestępstwa skarbowe można popełnić umyślnie. Z kolei przestępstwo lub przestępstwo skarbowe są nieumyślne, wyłącznie jeśli przepis szczególny nadaje im taki charakter. Bezsprzecznie nie będzie również materializowało tej przesłanki skazanie policjanta prawomocnym wyrokiem za popełnienie przez niego wykroczenia.

Co również istotne przestępstwo lub przestępstwo skarbowe nie tylko musi być umyślne, ale również ścigane z oskarżenia publicznego. Większość przestępstw, jak podkreśla L. Gardocki, ma charakter publicznoskargowy. Ich ściganiem zajmuje się działający w imieniu państwa oskarżyciel publiczny (z reguły jest nim prokurator)²¹. Przepisy karne²² przewidują jednak również przypadki, gdy przestępstwo ścigane jest z oskarżenia prywatnego. Wówczas jednak przepis szczególny ustawy musi wskazywać wprost, że ściganie konkretnego przestępstwa odbywa się z oskarżenia prywatnego. Nie są to jednak liczne przypadki²³. Regułą w polskim prawie karnym jest zatem, że sprawy dotyczące przestępstw (przestępstw skarbowych) prowadzi się w trybie publicznoskargowym. Dodania także wymaga, iż niektóre przestępstwa do ich zainicjowania, w przeciwieństwie do większości, które inicjowane są w sposób bezwarunkowy (tj. z urzędu), a więc niezależnie od woli podmiotów, których przestępstwo dotyczy, wymagają uprzedniego złożenia wniosku przez uprawniony podmiot. Tym samym ich zainicjowanie jest uzależnione od złożenia takiego wniosku (tryb warunkowy). Jest on jednak jedynie przesłanką warunkującą wszczęcie postępowania karnego w danej sprawie, które po jego złożeniu toczy się już w taki sam sposób, jak inne postępowania w sprawie o przestępstwo publicznoskargowe²⁴. W kontekście omawianej problematyki nie ma wobec tego znaczenia,

¹⁹ W. Maciejko, A. Korcz-Maciejko, *Postępowanie...*, s. 295.

²⁰ Skazanie policjanta prawomocnym wyrokiem sądu za przestępstwo lub przestępstwo skarbowe inne niż określone w art. 41 ust. 1 pkt 4 ustawy o Policji stanowi bowiem odrębną podstawę fakultatywnego zwolnienia ze służby w Policji na podstawie art. 41 ust. 2 pkt 2 ustawy o Policji.

²¹ L. Gardocki, *Prawo karne*, C.H. Beck, Podręczniki Prawnicze, Warszawa 1999, s. 58.

²² Zawarte nie tylko w k.k., ale i w innych ustawach zawierających przepisy karne.

²³ Np. w k.k.: art. 157 § 4 k.k., art. 212 § 4 k.k., art. 216 § 5 k.k. oraz art. 217 § 3 k.k.

²⁴ L. Gardocki, *Prawo karne...*, s. 58 i n.

czy przestępstwo ścigane jest z urzędu, czy też na wniosek. Przesłanka zawarta w art. 41 ust. 1 pkt 4 ustawy o Policji materializuje się w przypadku skazania policjanta za umyślne przestępstwo lub przestępstwo skarbowe ścigane z oskarżenia publicznego, a więc zarówno takiego przestępstwa publicznoskargowego, które ścigane jest z urzędu, jak również tego, które wymaga złożenia wniosku.

Kolejnym wymagającym omówienia zagadnieniem jest kwestia wyroku. Wyrok jest rodzajem decyzji procesowej. Decyzje te są oświadczeniami woli organu procesowego dotyczącymi przedmiotowo sprawy, w ramach której są one wydawane i które są wiążące dla uczestników danego postępowania tak długo, jak obowiązują²⁵. Przepis art. 93 k.p.k. określa natomiast rodzaje decyzji procesowych wydawanych w procesie karnym. Dzielą się one na orzeczenia i zarządzenia. Z kolei orzeczenia dzielą się na wyroki i postanowienia. Zgodnie z art. 93 § 1 k.p.k., jeżeli ustawa nie wymaga wydania wyroku, sąd wydaje postanowienie. Tym samym *a contrario* forma wyroku zastrzeżona jest w przypadkach, gdy ustawa tak stanowi²⁶. Wyrokiem, jak zaznacza K. Marszał, jest natomiast orzeczenie rozstrzygające w zakresie przedmiotu procesu, ustalające winę lub niewinność oskarżonego²⁷. Z punktu widzenia omawianej problematyki istotne są wyłącznie wyroki skazujące. Wiążą się one nie tylko z przypisaniem sprawcy zarzucanego mu czynu, o który jest on oskarżony, ustaleniem jego winy popełnienia przestępstwa, ale również są rozstrzygnięciem co do kary, środków karnych, środków kompensacyjnych i przypadku wobec tego oskarżonego (art. 413 § 2 pkt 2 k.p.k.). Zastrzec ponadto należy, że wyrokiem skazującym jest również wyrok, którym odstępuje się od wymierzenia kary. Odstąpienie od wymierzenia kary jest bowiem formą skazania²⁸.

²⁵ „Decyzje procesowe to imperatywne oświadczenia woli organów procesowych stanowiących rozstrzygnięcie określonej kwestii prawnej w postępowaniu. Są one przejawem władzy organu procesowego, który wiąże zarówno uczestników postępowania, jak i inne organy i instytucje, jeżeli wynika to z ich treści”. Zob. A. Sakowicz, *Komentarz do art. 93*, [w:] A. Sakowicz (red.), *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Warszawa 2023, Legalis/el., teza 1.

²⁶ A. Sakowicz, *Komentarz do art. 93*, [w:] A. Sakowicz (red.), *Kodeks...*, teza 2.

²⁷ K. Marszał, *Proces karny*, Wolumen, Katowice 1998, s. 252.

²⁸ V. Konarska-Wrzošek, *Komentarz do art. 61*, [w:] R.A. Stefański (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2023, Legalis/el., teza 7 – tam powołane postanowienie SN – Izba Dyscyplinarna z 22 lipca 2020 r., II DSI 4/20, Legalis 2557757 – w którym sąd stwierdził, że „Rozstrzygnięcie, w którym sąd odstępuje od wymierzenia kary, jest orzeczeniem o karze. Odstąpienie od wymierzenia kary stanowi swego rodzaju dolegliwość dla obwinionego, gdyż jest on w świetle prawa uznany za winnego popełnienia mu zarzucanego czynu, a tylko z uwagi na określone okoliczności odstępuje się od zastosowania sankcji karnej”.

Uprawnionym do wydawania wyroków jest sąd (art. 174 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej²⁹). W omawianym przypadku z uwagi na przedmiot postępowania sądem tym jest sąd karny³⁰. Skoro wydawanie orzeczeń w formie wyroków zastrzeżone jest dla sądu, to oczywistym jest również, iż wyrok może zapaść na etapie postępowania jurysdykcyjnego. Tego rodzaju orzeczenie nie może natomiast zapaść na etapie postępowania przygotowawczego. Do jego wydania nie jest także uprawniony oskarżyciel publiczny ani żaden inny organ prowadzący postępowanie karne.

Nie jest istotny natomiast tryb, w jakim został wydany wyrok skazujący za przestępstwo lub przestępstwo skarbowe ścigane z oskarżenia publicznego. W większości przypadków nastąpi to po uprzednim wniesieniu aktu oskarżenia przez oskarżyciela publicznego, a zatem wówczas, gdy sprawa objęta jest skargą publiczną. Może to jednak nastąpić także w sytuacji, gdy oskarżyciel publiczny nie znajdzie podstaw do zainicjowania postępowania karnego lub wniesienia aktu oskarżenia i dwukrotnie wyda postanowienie o odmowie wszczęcia lub o umorzeniu postępowania. Jeżeli w wyniku wniesionego zażalenia do prokuratora nadrzędnego nad tym, który wydał kwestionowane postanowienia, ten utrzyma je w mocy, wówczas pokrzywdzony może w terminie miesiąca od doręczenia mu zawiadomienia o postanowieniu prokuratora nadrzędnego o utrzymaniu w mocy zaskarżonego postanowienia wnieść akt oskarżenia do sądu – subsydiarny akt oskarżenia (art. 55 § 1 k.p.k.)³¹. Prawomocny wyrok wydany w wyniku rozpoznania przez sąd subsydiarnego aktu oskarżenia, także będzie spełniał przesłankę, o której mowa w art. 41 ust. 1 pkt 4 ustawy o Policji. Jak słusznie bowiem podniósł WSA w Krakowie w wyroku z 9 czerwca 2009 r., III SA/Kr 1293/08³², „Z treści art. 53 k.p.k. jednoznacznie wynika, że sprawy o przestępstwa ścigane z oskarżenia publicznego to zarówno te sprawy, w których akt oskarżenia wniósł oskarżyciel publiczny, jak i sprawy, w których akt oskarżenia wniósł pokrzywdzony działający zamiast oskarżyciela publicznego, jako tzw. oskarżyciel subsydiarny, jeżeli akt ten został wniesiony zgodnie

²⁹ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz.U. z 1997 Nr 78, poz. 483 ze zm.).

³⁰ „(...) art. 175 Konstytucji RP stanowi, że ustrój i właściwość sądów oraz postępowanie przed sądami określają ustawy. W przypadku spraw karnych jurysdykcja realizowana jest przez sądy w oparciu o przepisy k.p.k., co wyraźnie statuuje art. 1 k.p.k., stanowiąc, że postępowanie karne w sprawach należących do właściwości sądów toczy się według przepisów niniejszego kodeksu” (wyrok SA w Warszawie z 12 października 2011 r., I ACa 326/11, Legalis 414194).

³¹ Oczywiście warunkiem skorzystania z tego uprawnienia jest to, aby pokrzywdzony w związku z wydaniem pierwszego postanowienia o odmowie wszczęcia lub o umorzeniu postępowania złożył zażalenie na takie postanowienie do sądu właściwego do rozpoznania sprawy, a sąd ten uchylił takie postanowienie, polecając kontynuowanie postępowania przygotowawczego.

³² Wyrok WSA w Krakowie z 9 czerwca 2009 r., III SA/Kr 1293/08, Legalis 169504.

z trybem określonym w art. 55 k.p.k. Zatem wniesienie aktu oskarżenia przez oskarżyciela subsydiarnego w sprawie o przestępstwo ścigane z oskarżenia publicznego wypełnia przesłankę «ścigane z oskarżenia publicznego» z art. 41 ust. 1 pkt 4 ustawy o Policji³³.

Warunkiem koniecznym do uznania, że w danych okolicznościach zmateriałizowała się przesłanka, o której mowa w art. 41 ust. 1 pkt 4 ustawy o Policji, jest także to, by wydanemu wyrokowi przysługiwał przymiot prawomocności. Jak zaznacza K. Marszał, pojęcie prawomocności utożsamiane jest z ostatecznością orzeczenia, a tym samym z brakiem możliwości jego zaskarżenia za pomocą zwyczajnego środka odwoławczego umożliwiającego kontynuację procesu karnego³⁴. W tym aspekcie chodzi o prawomocność formalną, która nie tylko kończy proces karny, tworząc stan powagi rzeczy osądzonej (*res iudicata*), ale rodzi również domniemanie prawdziwości ustaleń dokonanych w orzeczeniu oraz jego zgodności z przepisami prawa³⁵. Tym samym nie może budzić wątpliwości, że w kontekście przesłanki warunkującej zwolnienie policjanta ze służby, w sytuacji skazania go prawomocnym wyrokiem za przestępstwo lub przestępstwo skarbowe, umyślne, ścigane z oskarżenia publicznego, prawomocność wyroku powinna być utożsamiona właśnie z prawomocnością w znaczeniu formalnym³⁶, czyli z takiego rodzaju orzeczeniem (wyrokiem skazującym), który nie może zostać wzruszony za pomocą zwyczajnego środka zaskarżenia, jaki przysługuje w toku instancji określonej w procedurze karnej. Chodzi bowiem o prawomocność dającą gwarancję stabilności i względnej niezmienności wydanego orzeczenia, a nie o niemożliwość jego wzruszenia w ogóle.

Orzeczenie staje się prawomocne w przypadkach określonych w przepisach prawa: upływu terminu do wniesienia zwyczajnego środka odwoławczego, gdy uprawniony podmiot (strony, przedstawiciele stron) nie skorzystali z tego uprawnienia, odmowy przyjęcia środka odwoławczego przez prezesa sądu pierwszej

³³ „Określenie «ścigane z oskarżenia publicznego» odnosi się do kategorii przestępstw, a nie do ustalenia, kto realizuje prawa oskarżyciela”. Zob. A. Michałek, *Komentarz do art. 41*, [w:] Ł. Czebotar, Z. Gądzik, A. Łyżwa, A. Michałek, A. Świerczewska-Gąsiorowska, M. Tokarski, *Ustawa...*, s. 422 i tam powołany wyrok WSA w Warszawie z 22 listopada 2010 r., II SA/Wa 1338/10, Legalis 1963234. Por. także z wyrokiem NSA z 20 września 2011 r., I OSK 419/11, Legalis 379358.

³⁴ K. Marszał, *Proces karny...*, s. 263 i n. – autor wskazuje także na istniejące w nauce prawa karnego koncepcje prawomocności.

³⁵ T. Grzegorzcyk, J. Tylman, *Polskie postępowanie karne*, LexisNexis, Warszawa 2007, s. 200.

³⁶ Prawomocności w znaczeniu materialnym polega bowiem na zakazie podwójnego sądzenia tej samej osoby o ten sam czyn. Prawomocność w znaczeniu materialnym wyrażona jest w treści art. 17 § 1 pkt 7 k.p.k. – jako zakaz *ne bis in idem*. Prawomocność materialna powstaje jednocześnie z prawomocnością formalną i jest ona jak gdyby jej skutkiem (K. Marszał, *Proces karny...*, s. 265), a także T. Grzegorzcyk, J. Tylman, *Polskie...*, s. 201.

instancji, w przypadku wniesienia środka odwoławczego po terminie lub przez osobę nieuprawnioną albo gdy środek ten jest niedopuszczalny z mocy ustawy (art. 429 § 1 k.p.k.), pozostawienia przez sąd odwoławczy przyjętego środka odwoławczego bez rozpoznania, gdy zachodzą okoliczności określone w art. 429 § 1 k.p.k., albo przyjęcie tego środka nastąpiło na skutek nieuzasadnionego przywrócenia terminu (art. 430 § 1 k.p.k.), pozostawienia przez sąd odwoławczy bez rozpoznania środka odwoławczego, który został cofnięty przez podmiot uprawniony do jego wniesienia (art. 432 k.p.k. oraz art. 431 § 1 k.p.k.), braku wniosku pochodzącego od podmiotu uprawnionego, złożonego w terminie zawitym 7-dniowym od ogłoszenia wyroku do sądu, który wydał wyrok o sporządzenie i doręczenie uzasadnienia wyroku na piśmie (art. 422 § 1 k.p.k.), wydania wyroku przez sąd odwoławczy (drugiej instancji) (art. 426 § 1 k.p.k.)³⁷.

Konkludując zatem to, co zostało wcześniej powiedziane, należy stwierdzić, że przesłanka zawarta w art. 41 ust. 1 pkt 4 ustawy o Policji materializuje się w sytuacji ustalenia funkcjonowania w obrocie prawnym prawomocnego wyroku sądu skazującego policjanta za przestępstwo lub przestępstwo skarbowe, umyślne, ścigane z oskarżenia publicznego. Wyrok ten winien uzyskać przymiot prawomocności jeszcze przed wydaniem rozstrzygnięcia w postępowaniu administracyjnym, tj. rozkazu personalnego o zwolnieniu policjanta ze służby na podstawie art. 41 ust. 1 pkt 4 ustawy o Policji³⁸. Samo natomiast skorzystanie z instrumentów przewidzianych w procedurze karnej zmierzających do wyeliminowania z obrotu prawnego tego prawomocnego wyroku nie stanowi okoliczności uzasadniającej wstrzymanie się przez organ z wydaniem rozstrzygnięcia o charakterze merytorycznym, które zwalnia policjanta ze służby na tej właśnie podstawie. Wniesienie środka nadzwyczajnego w postaci kasacji, w trybie określonym w rozdziale 55 k.p.k. („Kasacja”), nie skutkuje bowiem automatycznym uchyleniem kwestionowanego orzeczenia sądu karnego³⁹. Prawomocny wyrok karny obowiązuje do czasu jego uchylenia. SN może natomiast po rozpoznaniu sprawy oddalić kasację albo też uchylić orzeczenie w całości lub w części (art. 537 § 1 k.p.k.). W tym drugim przypadku SN może przekazać sprawę do ponownego rozpatrzenia albo umorzyć postępowanie, a jeżeli skazanie jest oczywiście niesłuszne – uniewinnić oskarżonego (art. 537 § 2 k.p.k.). Orzeczenie oddalające kasację nie zmienia *status quo*, ponieważ

³⁷ K. Marszał, *Proces karny...*, s. 264. Por. także z T. Grzegorzcyk, J. Tylman, *Polskie...*, s. 909 i n.

³⁸ W. Maciejko, A. Korcz-Maciejko, *Postępowanie...*, s. 296.

³⁹ „(...) samo zaskarżenie w trybie kasacji prawomocnego orzeczenia nie wzrusza jego prawomocności (...)” zob. wyrok SN z 5 lutego 1997 r., V KKN 113/96, Legalis 30624.

nadal w obrocie prawnym funkcjonuje prawomocne orzeczenie skazujące osobę za przestępstwo lub przestępstwo skarbowe, umyślne, ścigane z oskarżenia publicznego. Orzeczenie uchylające prawomocny wyrok z powodu oczywistej niesłuszności skazania jest natomiast tego rodzaju orzeczeniem⁴⁰, które nie tylko pozbawia ten zaskarżony wyrok przymiotu prawomocności, ale pozbawia go również skutku, jaki on wywołał. Osoba uniewinniona nie jest już bowiem wówczas skazana prawomocnym wyrokiem sądu karnego za przestępstwo lub przestępstwo skarbowe, umyślne, ścigane z oskarżenia publicznego. Taki sam skutek, w kontekście przesłanki, o której mowa w art. 41 ust. 1 pkt 4 ustawy o Policji, nastąpi w sytuacji wydania przez SN orzeczenia uchylającego prawomocny wyrok i umorzenia postępowania⁴¹, a także uchylającego ten wyrok i przekazującego sprawę właściwemu sądowi do ponownego rozpoznania. Należy mieć również na uwadze fakt, że zgodnie z art. 539 k.p.k. niedopuszczalna jest kasacja od orzeczenia SN zapadłego w następstwie rozpoznania kasacji.

Jeżeli wyżej wymienione orzeczenia SN zapadłyby przed wydaniem ostatecznej decyzji o zwolnieniu ze służby w Policji (na podstawie art. 41 ust. 1 pkt 4 ustawy o Policji), wówczas konieczne byłoby zakończenie postępowania administracyjnego w sposób formalny, poprzez jego umorzenie na podstawie art. 105 § 1 k.p.a. Organ administracyjny wydaje bowiem rozstrzygnięcie według stanu faktycznego i prawnego istniejącego w dniu wydania przez niego rozstrzygnięcia. Jeżeli stan faktyczny uległby zmianie jeszcze przed zakończeniem postępowania, wówczas taka okoliczność niewątpliwie miałaby kluczowe znaczenie dla dokonanej przez organ administracyjny oceny w kontekście zmaterializowania

⁴⁰ „(...) uniewinnienie w postępowaniu kasacyjnym jest możliwe tylko wtedy, gdy w ramach prawidłowych ustaleń faktycznych poczynionych przez sądy orzekające w pierwszej lub drugiej instancji doszło do naruszenia prawa w ten sposób, że bezpodstawnie skazano oskarżonego, błędnie przyjmując, iż czyn mu przypisany wypełnia znamiona przestępstwa lub że popełnił on przestępstwo, pomimo zaistnienia okoliczności wyłączających odpowiedzialność karną. Natomiast z oczywistą niesłusznością skazania mamy do czynienia, gdy SN w toku kontroli wywołanej wniesieniem kasacji stwierdza brak potrzeby uzupełnienia postępowania dowodowego i przyjmuje w miejsce ocen poczynionych przez sądy orzekające z rażącym naruszeniem prawa własne oceny”. Zob. D. Świecki, *Komentarz do art. 537*, [w:] J. Skorupka (red.), *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Warszawa 2021, Legalis/el., teza 7.

⁴¹ „Na podstawie art. 537 § 2 k.p.k. uchylenie orzeczenia i umorzenie postępowania następuje w wypadku stwierdzenia, że zaskarżone orzeczenie albo orzeczenie sądu pierwszej instancji, które było poddane kontroli odwoławczej, wydane zostało pomimo zaistnienia ujemnej przesłanki procesowej z art. 17 § 1 k.p.k. w zw. z art. 439 § 1 pkt 8 i 9 k.p.k. Uchylenie zaskarżonego orzeczenia i umorzenie postępowania może nastąpić również wówczas, gdy SN uwzględni kasację i uchyli zaskarżone orzeczenie, ale ponowne rozpoznanie sprawy nie jest już dopuszczalne z uwagi na ujemną przesłankę procesową, np. przedawnienie karalności”. Zob. D. Świecki, *Komentarz do art. 537*, [w:] J. Skorupka (red.), *Kodeks...*, teza 6.

się przesłanki zawartej w podstawie zwolnienia, która wytyczyła granicę tej sprawy administracyjnej. Zmiana taka świadczyłaby niewątpliwie o bezprzedmiotowości postępowania administracyjnego, dla którego jedyną relevantną okolicznością z punktu widzenia przedmiotu sprawy było funkcjonowanie w obrocie prawnym prawomocnego wyroku sądu karnego skazującego policjanta za przestępstwo lub przestępstwo skarbowe, umyślne, ścigane z oskarżenia publicznego⁴². W takiej sytuacji zmiana okoliczności faktycznej trwale uniemożliwiłaby, w odniesieniu do tego przypadku, prawidłową subsumpcję normy prawnej zawartej w art. 41 ust. 1 pkt 4 ustawy o Policji. Wskutek rozpoznania przez SN skargi kasacyjnej od prawomocnego wyroku skazującego i wydania orzeczenia, policjant nie byłby już skazany prawomocnym wyrokiem sądu karnego za przestępstwo lub przestępstwo skarbowe, umyślne, ścigane z oskarżenia publicznego. W konsekwencji zastosowanie w takich okolicznościach tej podstawy zwolnienia ze służby w Policji do rozwiązania z policjantem stosunku służbowego jawiłoby się jako rażące naruszenie prawa w rozumieniu art. 156 § 1 pkt 2 k.p.a. To z kolei prowadziłoby do wyeliminowania takiej decyzji z obrotu prawnego jako obarczonej wadą kwalifikowaną w oparciu o wymieniony przepis procedury administracyjnej. Ustalenie, iż określona okoliczność faktyczna uniemożliwia – na podstawie konkretnej normy materialnoprawnej – konkretyzację praw i obowiązków indywidualnie oznaczonego adresata, skutkuje jego zakończeniem w sposób formalny. Należy bowiem przyjąć, że powstała zmiana stanu faktycznego w toku trwającego postępowania administracyjnego, która ma charakter przedmiotowy, tj. brak wyroku skazującego policjanta za przestępstwo lub przestępstwo skarbowe, umyślne, ścigane z oskarżenia publicznego, z uwagi na jego uchylenie, po rozpatrzeniu przez SN skargi kasacyjnej, czyni niemożliwym osiągnięcie celu, dla którego postępowanie to zostało zainicjowane. W konsekwencji jest to równoznaczne z brakiem możliwości podjęcia w jego ramach decyzji rozstrzygającej o istocie tej konkretnej sprawy administracyjnej

⁴² „Bezprzedmiotowość postępowania wiąże się z przedmiotem postępowania administracyjnego, którym jest sprawa administracyjna w rozumieniu art. 1 pkt 1 k.p.a., czyli wynikająca z przepisów prawa materialnego kompetencja organu administracji publicznej do wydania w indywidualnej sprawie decyzji administracyjnej. Przepisy prawa materialnego upoważniają organ administracji publicznej do wydania decyzji w określonych hipotezą normy prawnej okolicznościach faktycznych, na które składają się elementy przedmiotowe i podmiotowe. Postępowanie może być więc bezprzedmiotowe z przyczyn prawnych – gdy okaże się, że nie ma normy prawnej udzielającej organowi administracji publicznej kompetencji do wydania decyzji administracyjnej lub z przyczyn faktycznych – gdy okaże się, że nie ma okoliczności faktycznych, uzasadniających według hipotezy normy prawnej kompetencję organu administracji publicznej do wydania decyzji administracyjnej”. Zob. wyrok NSA z 12 lutego 2008 r., II OSK 2042/06, Legalis 271165.

(rozstrzygnięcia o charakterze merytorycznym), tj. o zwolnieniu policjanta na podstawie art. 41 ust. 1 pkt 4 ustawy o Policji.

Warto także zaakcentować, że przedmiot sprawy administracyjnej nie może ulec zmianie w toku trwającego postępowania administracyjnego. Wobec powyższego niedopuszczalne byłoby dokonywanie, w ramach tego konkretnego postępowania (prowadzonego na podstawie art. 41 ust. 1 pkt 4 ustawy o Policji), oceny wykraczającej poza przedmiot tego postępowania, w kontekście zmaterializowania się innej przesłanki objętej inną podstawą zwolnienia ze służby i w konsekwencji możliwości wydania w tym postępowaniu (z uwagi na niemożność wykazania zaistnienia przesłanki objętej art. 41 ust. 1 pkt 4 ustawy o Policji) rozstrzygnięcia merytorycznego na innej podstawie zwolnienia ze służby. Na marginesie należy tylko zaznaczyć, że ustalenie wystąpienia innej podstawy zwolnienia ze służby, w sytuacji ustalenia bezprzedmiotowości postępowania prowadzonego na podstawie art. 41 ust. 1 pkt 4 ustawy o Policji, nie uniemożliwia wszczęcia i przeprowadzenia postępowania administracyjnego w oparciu właśnie o taką podstawę zwolnienia. Nie budzi jednak wątpliwości, że nie może to odbyć się w ramach postępowania administracyjnego prowadzonego na podstawie art. 41 ust. 1 pkt 4 ustawy o Policji⁴³.

Jeżeli jednak orzeczenie, o którym mowa w art. 537 § 2 k.p.k., zapadłoby już po wydaniu ostatecznej (prawomocnej) decyzji o zwolnieniu ze służby, wówczas taka okoliczność stanowiłaby niewątpliwie podstawę do wznowienia postępowania administracyjnego na podstawie art. 145 § 1 pkt 8 k.p.a.⁴⁴. Jak już wcześniej podkreślono, ustalenie funkcjonowania w obrocie prawnym prawomocnego wyroku sądu karnego skazującego policjanta za przestępstwo lub przestępstwo skarbowe, umyślne, ścigane z oskarżenia publicznego, jest jedyną relewantną okolicznością dla przedmiotu postępowania administracyjnego, którego przedmiotem jest zwolnienie ze służby na podstawie art. 41 ust. 1 pkt 4 ustawy

⁴³ Warto wobec tego zaznaczyć, że jeśli uchylenie prawomocnego wyroku skazującego policjanta za przestępstwo lub przestępstwo skarbowe, umyślne, ścigane z oskarżenia publicznego, nie wiązało się z uniewinnieniem oskarżonego albo umorzeniem postępowania, a z przekazaniem sprawy do ponownego rozpoznania właściwemu sądowi, to skutkuje to kontynuacją procesu na etapie postępowania jurysdykcyjnego. Wiąże się to z tym, iż stronie takiego postępowania karnego nadal przysługuje status strony tego postępowania – tj. oskarżonego. Samo z kolei znalezienie się w kręgu podejrzeń o zachowania sprzeczne z prawem może w określonych okolicznościach stanowić podstawę do oceny, że pozostawanie w służbie osoby, na której ciążyą zarzuty karne narusza dobro prawne, jakim jest ważny interes służby w rozumieniu art. 41 ust. 2 pkt 5 ustawy o Policji. Kwestia ta jednak przekracza ramy niniejszego opracowania. Szerzej na ten temat – zob. P. Gacek, *Zmiana stadium postępowania karnego jako podstawa do zwolnienia policjanta ze służby w Policji ze względu na „ważny interes służby*, „Przegląd Policyjny” 2017, 4(128), s. 70–99.

⁴⁴ W. Maciejko, A. Korcz-Maciejko, *Postępowanie...*, s. 296.

o Policji. Uchylenie orzeczenia sądu (karnego), na którym w całości została oparta ta ostateczna decyzja administracyjna, stanowi podstawę do wznowienia postępowania administracyjnego, którego skutkiem winno być również jej uchylenie (oczywiście po spełnieniu pozostałych warunków tego uchylenia przewidzianych w k.p.a.). W tym przypadku mamy do czynienia z całkowitą zależnością decyzji o zwolnieniu ze służby w Policji od wydanego (skazującego) wyroku sądu karnego. Organ administracyjny jest bowiem związany jego treścią. W postępowaniu administracyjnym bada wyłącznie jego aspekt formalny, tj. czy jest wyrokiem karnym skazującym policjanta za przestępstwo lub przestępstwo skarbowe, umyślne, ścigane z oskarżenia publicznego, a także czy przysługuje mu przymiot prawomocności. Uchylenie takiego orzeczenia, niezależnie od tego, czy wiązałoby się z uniewinnieniem, umorzeniem postępowania, czy też z przekazaniem sprawy właściwemu sądowi do ponownego rozpoznania, pozbawia go cech prawomocności, a co za tym idzie, skutkuje odpadnięciem podstawy do zastosowania przepisu art. 41 ust. 1 pkt 4 ustawy o Policji. Przepis ten bowiem wyraźnie wymaga dla zaistnienia przesłanki w nim zawartej funkcjonowania w obrocie prawnym prawomocnego wyroku skazującego za przestępstwo lub przestępstwo skarbowe, umyślne, ścigane z oskarżenia publicznego. Z kolei uchylenie ostatecznej decyzji o zwolnieniu ze służby w Policji z powodu jej wadliwości stanowi podstawę przywrócenia do służby na stanowisko równorzędne na podstawie art. 42 ust. 1 ustawy o Policji⁴⁵.

Analogicznie w sytuacji wznowienia postępowania karnego na zasadach i w trybie określonym w rozdziale 56 k.p.k. („Wznowienie postępowania” – art. 540 i n. k.p.k.). Samo złożenie wniosku przez uprawnionego jeszcze nie powoduje uchylenia prawomocnego wyroku karnego, ponieważ wniosek ten może zostać oddalony albo pozostawiony bez rozpoznania (art. 547 § 1 k.p.k.). Jeśli z kolei sąd orzeknie o wznowieniu postępowania, uchyla jednocześnie zaskarżone orzeczenie i przekazuje sprawę właściwemu sądowi do ponownego rozpoznania (art. 547 § 2 k.p.k.)⁴⁶. Może on także uchylić zaskarżony wyrok i wyrokiem uniewinnić oskarżonego, jeżeli nowe fakty lub dowody wskazują na to, że orzeczenie to jest oczywiście niesłuszne albo też postępowanie umorzyć (art. 547 § 3 k.p.k.)⁴⁷.

⁴⁵ P. Gacek, *Przywrócenie do służby na podstawie art. 42 ustawy z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji – wybrane zagadnienia*, „Przegląd Policyjny” 2020, 4(140), s. 5–31.

⁴⁶ Od tego orzeczenia środek odwoławczy nie przysługuje.

⁴⁷ Od wyroku uniewinniającego lub umarzającego postępowanie przysługuje środek odwoławczy, chyba że wyrok ten został wydany przez SN. Wówczas środek odwoławczy nie przysługuje (art. 547 § 4 k.p.k.).

Kluczowe zatem dla oceny wymienionych wyżej instrumentów prawnych zawartych w dziale XI k.p.k. zatytułowanym „Nadzwyczajne środki zaskarżenia”, jest to, czy w efekcie ich wykorzystania nastąpiło uchylenie prawomocnego wyroku sądu karnego skazującego policjanta za przestępstwo lub przestępstwo skarbowe, umyślne, ścigane z oskarżenia publicznego, ponieważ to skutkuje pozbawieniem zaskarżonego wyroku przymiotu prawomocności. Należy zatem badać, jaka jest treść orzeczenia wydanego na skutek wniesionego nadzwyczajnego środka zaskarżenia w odniesieniu do kwestionowanego prawomocnego wyroku. Istotne są bowiem tylko te orzeczenia, wskutek których zaskarżony wyrok sądu karnego traci przymiot prawomocności, a osoba nim objęta nie jest już skazana prawomocnym wyrokiem sądu za przestępstwo lub przestępstwo skarbowe, umyślne, ścigane z oskarżenia publicznego, niezależnie od tego, czy orzeczenie to definitywnie kończy proces karny wobec danej osoby, czy też cofa go do odpowiedniego stadium.

Reasumując, nie może budzić wątpliwości, że prawomocny wyrok skazujący policjanta za przestępstwo lub przestępstwo skarbowe, umyślne, ścigane z oskarżenia publicznego, wydany przez sąd polski, materializuje przesłankę, o której mowa w art. 41 ust. 1 pkt 4 ustawy o Policji.

Zasadne jest jednak udzielenie odpowiedzi na pytanie, czy spełnia kryterium określone tym przepisem prawomocne orzeczenie wydane przez sąd państwa obcego, jeśli orzeczeniem tym policjant zostaje skazany za przestępstwo lub przestępstwo skarbowe, umyślne, ścigane z oskarżenia publicznego, a zatem czy może stanowić podstawę do zwolnienia takiego policjanta na podstawie art. 41 ust. 1 pkt 4 ustawy o Policji. W tym zakresie, jak się wydaje, w pierwszej kolejności niezbędne jest ustalenie, sąd jakiego państwa obcego wydał przedmiotowe orzeczenie. Przepis art. 114a § 1 k.k. stanowi bowiem, że wyrokiem skazującym jest również prawomocne orzeczenie skazujące za popełnienie przestępstwa wydane przez sąd właściwy w sprawach karnych w państwie członkowskim Unii Europejskiej, chyba że według ustawy karnej polskiej czyn nie stanowi przestępstwa, sprawca nie podlega karze albo orzeczono karę nieznaną ustawie⁴⁸. Jak wskazuje M. Kotowska, powołująca uzasadnienie do projektu ustawy nowelizującej m.in. wymieniony przepis art. 114a k.k., celem tej regulacji jest „umożliwienie sądom polskim uwzględnienia w postępowaniu karnym orzeczeń skazujących wydanych w państwach członkowskich Unii Europejskiej w związku z popełnieniem przez sprawcę przestępstwa. Przepis

⁴⁸ Brzmienie art. 114a k.k. zostało nadane art. 1 pkt 65 ustawy z dnia 20 lutego 2015 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw, Dz.U. z 2015, poz. 396, która weszła w życie w dniu 1 lipca 2015 r.

art. 114a k.k. stanowi wdrożenie do krajowego porządku prawnego decyzji ramowej 2008/675/WSiSW⁴⁹. Zalicza się ją do tej grupy przepisów unijnych, które dążąc do stworzenia europejskiej przestrzeni wolności, bezpieczeństwa i sprawiedliwości, wywodzą się z zasady wzajemnego uznawania orzeczeń sądowych⁵⁰. Przepis ten wyraża zatem zasadę równoważenia w skutkach wyroków zapadłych w Unii Europejskiej. Zastrzec jednak należy, że zasada ta co prawda nie ma charakteru bezwzględnego, lecz jeżeli wyrok skazujący wydany przez sąd państwa Unii Europejskiej spełnia warunki do jego uznania, które określono w art. 114a § 1 k.k., to jego uznanie jest obowiązkowe. Aby tak się stało, orzeczenie musi być: wydane w państwie członkowskim Unii Europejskiej (co oznacza, że w dacie wydania orzeczenia państwo to było członkiem Unii Europejskiej), prawomocne (prawomocność ocenia się według przepisów państwa wydania orzeczenia), skazujące (uznające winę oskarżonego, określające kwalifikację prawną przypisanego czynu i wymierzające karę lub odstępujące od jej wymierzenia)⁵¹, skazanie musi nastąpić za czyn będący przestępstwem według prawa polskiego (wymaganie podwójnej przestępności), nie orzeczono rodzaju kary nieznaney ustawie polskiej, a także sprawca musi podlegać karze według prawa polskiego⁵².

Nie budzi wątpliwości, że zasada równoważenia orzeczeń zapadłych w państwach Unii Europejskiej z orzeczeniami sądów polskich (jeśli spełniają warunki do ich uznania) ma na celu realizację celów postępowań karnych prowadzonych w Rzeczypospolitej Polskiej. Zastrzec jednak należy, że w judykaturze sformułowano również pogląd, zgodnie z którym przy ocenie w ramach prowadzonego postępowania administracyjnego, czy dana osoba została skazana prawomocnym orzeczeniem sądu, winny mieć zastosowanie przepisy karne. Jeśli przewidują one obowiązek uwzględnienia określonej kategorii orzeczeń skazujących wydanych przez sądy państw obcych, to takie orzeczenia powinny stanowić podstawę do ustalenia, w ramach postępowania administracyjnego, czy dana osoba została skazana prawomocnym orzeczeniem sądu. W wyroku

⁴⁹ Decyzja ramowa Rady nr 2008/675/WSiSW z dnia 24 lipca 2008 r. w sprawie uwzględniania w nowym postępowaniu karnym wyroków skazujących zapadłych w państwach członkowskich Unii Europejskiej, Dz.Urz. UE. L 220 z 15.8.2008 r., s. 32-34.

⁵⁰ M. Kotowska, *Komentarz do art. 114a*, [w:] B. Gadecki (red.), *Kodeks karny. Art. 1–316. Komentarz*, Warszawa 2023, Legalis/el., teza 1.

⁵¹ Zgodnie z art. 2 decyzji ramowej Rady nr 2008/675/WSiSW z dnia 24 lipca 2008 r. – wyrokiem skazującym jest każde prawomocne orzeczenie sądu właściwego w sprawach karnych uznające daną osobę za winną popełnienia przestępstwa.

⁵² Por. T. Gardocka, *Komentarz do art. 114a*, [w:] R.A. Stefański (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2023, Legalis/el., teza 5.

z 26 października 2017 r. II OSK 304/16⁵³ NSA wskazał, że „Zagraniczny wyrok skazujący za umyślne przestępstwo zapadły w Wielkiej Brytanii (państwo członkowskie Unii Europejskiej) stanowi negatywną przesłankę wynikającą z art. 15 ust. 1 pkt 6 lit. a)⁵⁴ ustawy z dnia 21 maja 1999 r. o broni i amunicji⁵⁵”. Z kolei zdaniem WSA w Warszawie⁵⁷, jeśli „skazanie obywatela polskiego za popełnienie przestępstwa w państwie Unii Europejskiej winno być uwzględniane w postępowaniu karnym krajowym, to także w postępowaniu administracyjnym dotyczącym posiadania pozwolenia na broń palną”. Oczywiście przedmiotowe orzeczenia nie dotyczą postępowania w sprawie zwolnienia ze służby w Policji, ale postępowania w sprawie wydania (odmowy wydania) pozwolenia na broń palną. Nie budzi jednak wątpliwości, że postępowanie w sprawie dotyczącej posiadania pozwolenia na broń palną jest postępowaniem administracyjnym. Trudno byłoby założyć, że możliwe jest uwzględnienie określonej kategorii orzeczeń skazujących zapadłych poza granicami Rzeczypospolitej Polskiej, o których mowa w art. 114a k.k., wyłącznie w jednym rodzajowo postępowaniu administracyjnym. Skoro orzeczenie skazujące obywatela polskiego za popełnienie przestępstwa w państwie obcym (w jednym z państw Unii Europejskiej) winno być uwzględniane w postępowaniu administracyjnym dotyczącym posiadania pozwolenia na broń palną, to winno ono być uwzględnione także w innych postępowaniach administracyjnych, w tym dotyczącym zwolnienia ze służby w Policji, zwłaszcza wobec podobnie brzmiącej przesłanki materializującej podstawę zwolnienia ze służby w Policji (art. 41 ust. 1 pkt 4 ustawy o Policji) oraz przesłanki stanowiącej podstawę do odmowy wydania pozwolenia na broń palną (art. 15 ust. 1 pkt 6 lit a) ustawy o broni i amunicji)⁵⁸. Trudno bowiem byłoby zaakceptować stanowisko, z którego wynikałoby, że ustawodawca, posługując się analogicznymi sformułowaniami w obu wymienionych przepisach, ustalił dla nich odmienne desygnaty, które wytyczają odmienne granice znaczeniowe tych sformułowań. W konsekwencji, że umożliwił równoważenie orzeczeń państw

⁵³ Wyrok NSA z 26 października 2017 r., II OSK 304/16, Legalis 1699148.

⁵⁴ Zgodnie z wymienionym przepisem pozwolenia na broń nie wydaje się osobom stanowiącym zagrożenie dla siebie, porządku lub bezpieczeństwa publicznego skazanym prawomocnym orzeczeniem sądu za umyślne przestępstwo lub umyślne przestępstwo skarbowe.

⁵⁵ Ustawa o broni i amunicji, t.j. Dz.U. z 2022, poz. 2516 ze zm.

⁵⁶ „Przepis ten [art. 15 ust. 1 pkt 6 lit a) ustawy o broni i amunicji] nie wskazuje, iż prawomocne orzeczenie, skazując za popełnienie umyślnego przestępstwa, musi zapaść przed polskim sądem karnym i że umyślne przestępstwo musi zostać dokonane na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej” (wyrok WSA w Warszawie z 14 kwietnia 2016 r., II SA/Wa 1693/15, Legalis 1584455).

⁵⁷ Zob. wyrok WSA w Warszawie z 8 października 2015 r., II SA/Wa 832/15, Legalis 1364265.

⁵⁸ W szczególności w kontekście użytego w tych przepisach sformułowania „skazanie prawomocnym orzeczeniem «wyrokiem» sądu”.

obcych z orzeczeniami wydawanymi przez sądy polskie w kontekście zmaterializowania się przesłanki skutkującej odmową wydania pozwolenia na broń palną wyłącznie w postępowaniu administracyjnym dotyczącym posiadania pozwolenia na broń palną, a jednocześnie odmówił takiego zrównoważenia orzeczeń sądów państw obcych i orzeczeń sądów polskich w kontekście zmaterializowania się przesłanki stanowiącej podstawę zwolnienia ze służby w Policji (określonej w art. 41 ust. 1 pkt 4 ustawy o Policji). Trudno byłoby także przyjąć jako niesprzeczny z zasadą logicznego rozumowania pogląd, że przedmiot danego postępowania administracyjnego jest zasadnym kryterium różnicującym postępowania administracyjne w kontekście możliwości uznania orzeczeń sądów wydanych poza granicami Rzeczypospolitej Polskiej z orzeczeniami sądów krajowych, a tym samym, że w jednym postępowaniu administracyjnym orzeczenie wydane przez sąd państwa obcego jest okolicznością relewantną dla jego przedmiotu, a w drugim już nie, mimo analogicznie brzmiących przepisów stanowiących przesłankę do odmowy przyznania określonego prawa, tj. wydania pozwolenia na broń, a także do pozbawienia osoby określonego statusu, tj. zwolnienia ze służby w Policji. Powołane wcześniej stanowisko judykatury należy zatem podzielić w całej rozciągłości i jednocześnie uzupełnić, że skoro skazanie obywatela polskiego za popełnienie przestępstwa w państwie obcym, będącym członkiem Unii Europejskiej, winno być uwzględniane w postępowaniu karnym krajowym, o ile spełnia kryteria, o których mowa w art. 114a k.k., to także powinno być ono uwzględniane w postępowaniu administracyjnym, w którym przyznanie albo odmowa przyznania określonego prawa uzależniona jest od ustalenia, czy strona postępowania nie została skazana prawomocnym wyrokiem sądu za przestępstwo lub przestępstwo skarbowe, umyślne, ścigane z oskarżenia publicznego.

In genere zatem uznanie za równoważne orzeczeń sądów państw obcych z orzeczeniami wydawanymi przez sądy polskie należy traktować jako wywołujące takie same konsekwencje. W odniesieniu do omawianej problematyki konsekwencją wyroku zapadłego przed sądem państwa obcego jest jego wpływ na możliwość korzystania przez osobę skazaną z niektórych praw obywatelskich określonych przez powszechnie obowiązujące w Rzeczypospolitej Polskiej przepisy prawa, w tym z prawa do ubiegania się o przyjęcie do służby publicznej (służby w Policji) oraz możliwości dalszego pełnienia służby (kontynuowania stosunku służbowego).

Wsparciem prezentowanej argumentacji jest również art. 1a ust. 2 ustawy z dnia 24 maja 2000 r. o Krajowym Rejestrze Karnym⁵⁹, a także art. 1 ust. 2 pkt 4 tej ustawy. Przepis wymieniony jako pierwszy definiuje, na potrzeby tej regulacji, wyrok skazujący jako każde prawomocne orzeczenie wydane przez sąd karny wobec osoby fizycznej w związku z popełnieniem przestępstwa, której dane podlegają gromadzeniu w Krajowym Rejestrze Karnym. Z kolei w art. 1 ust. 2 pkt 4 ustawy o Krajowym Rejestrze Karnym wskazano wprost, że w rejestrze tym gromadzi się dane o osobach, będących obywatelami polskimi, prawomocnie skazanymi przez sądy państw obcych. Tak więc w Krajowym Rejestrze Karnym znajdują się prawomocne orzeczenia skazujące niezależnie od tego, jaki sąd, tj. którego państwa, go wydał. Jeśli bowiem przypisano by osobie czyn, który nie byłby kwalifikowany jako przestępstwo, np. wykroczenie, nie zostałby zamieszczony w rejestrze karnym⁶⁰.

Warto również zwrócić uwagę na treść art. 11 ustawy z dnia 30 sierpnia 2002 r. Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi⁶¹. W myśl tego przepisu ustalenia wydanego w postępowaniu karnym prawomocnego wyroku skazującego, co do popełnienia przestępstwa, wiąza sąd administracyjny. W kontekście wyrażonej w nim zasady postępowania sądownoadministracyjnego istotne jest stanowisko SN – Izba Cywilna, zawarte w wyroku z 27 marca 2013 r. V CSK 185/12⁶². SN podkreślił w nim, że „Konsekwencją skazania w postępowaniu karnym przez sąd państwa Unii Europejskiej prawomocnym wyrokiem jest, jak wskazano, niemożność wszczęcia postępowania w rozumieniu art. 17 § 1 pkt 7 k.p.k. z uwagi na negatywną przesłankę powagi rzeczy osądzonej. To «związanie» stanowi podstawę do rozszerzenia obowiązywania art. 11 k.p.c. na wyroki zagraniczne w drodze prowsólnotowej wykładni tego przepisu”. Zdaniem J. Drachala, J. Jagielskiego, P. Gołaszewskiego⁶³, właśnie tę, zaakcentowaną przez SN, „prowsólnotową wykładnię” należy odnieść również do art. 11 p.p.s.a. W ocenie wymienionych autorów nie budzi wątpliwości, że „sąd administracyjny jest związany ustaleniami prawomocnego wyroku skazujące-

⁵⁹ Ustawa o Krajowym Rejestrze Karnym, t.j. Dz.U. z 2023, poz. 1068 ze zm.

⁶⁰ Wyrok NSA z 14 czerwca 2017 r., II OSK 1849/16, Legalis 1649905, wyrok WSA w Warszawie z 14 kwietnia 2016 r., II SA/Wa 1693/15.

⁶¹ Obwieszczenie Marszałka Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 7 lipca 2023 r. w sprawie ogłoszenia jednolitego tekstu ustawy – Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi, t.j. Dz.U. z 2023, poz. 1634 ze zm.

⁶² Wyrok Sądu Najwyższego – Izba Cywilna z 27 marca 2013 r., V CSK 185/12, Legalis 736740.

⁶³ J. Drachal, J. Jagielski, P. Gołaszewski, *Komentarz do art. 11*, [w:] R. Hauser, M. Wierzbowski (red.), *Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi. Komentarz*, Warszawa 2021, Legalis/el., teza 9.

go wydanego (po dniu 1 maja 2004 r.) w postępowaniu karnym przed sądem państwa Unii Europejskiej”.

Mimo że przepis ten ma zastosowanie do sądów administracyjnych, wyrażona w nim zasada postępowania sądowoadministracyjnego sprawia, że jej adresatami stają się także pośrednio organy administracji publicznej (w tym przełożony właściwy w sprawach osobowych), które dokonując ustaleń faktycznych w ramach konkretnego postępowania, muszą jednocześnie antycypować, iż rozstrzygnięcia przez nie wydane będą podlegać następnie kontroli przez sąd administracyjny. Ustalenia w postępowaniu sądowoadministracyjnym muszą z kolei uwzględniać zasadę wyrażoną w art. 11 p.p.s.a. Tym samym, jeśli sąd administracyjny ustaliłby, że okoliczności faktyczne stanowiące podstawę wydanego przez organ w postępowaniu administracyjnym rozstrzygnięcia merytorycznego stoją w opozycji do art. 11 p.p.s.a., to powinien uznać te ustalenia za błędne, bo niezgodne z zasadą związania sądu administracyjnego ustaleniami wynikającymi z wydanego wobec określonej osoby prawomocnego wyroku skazującego. Choć w przepisach procedury administracyjnej nie zawarto regulacji, która miałaby analogiczne brzmienie jak art. 11 p.p.s.a., to nie może budzić wątpliwości, że organy administracyjne zobowiązane są do przestrzegania zasady prejudycjalności wyroku sądu karnego, bowiem ten sąd, działając na podstawie tego przepisu, będzie oceniał sposób odniesienia się przez organ administracyjny w wydanym przez niego rozstrzygnięciu do wyroku sądu karnego⁶⁴.

Na marginesie należy również zaznaczyć, że zgodnie z art. 114 § 1 k.k. orzeczenie zapadłe za granicą nie stanowi przeszkody do wszczęcia lub prowadzenia postępowania karnego o ten sam czyn zabroniony przed sądem polskim. Przepisu tego nie stosuje się jednak do prawomocnych orzeczeń sądów lub innych organów państw obcych kończących postępowanie karne, jeżeli wynika to z wiążącej Rzeczpospolitą Polską umowy międzynarodowej (art. 114 § 3 pkt 3 k.k.). Jeżeli zatem policjant popełniłby przestępstwo, za które został skazany przez sąd państwa obcego, będącego członkiem UE, to brak byłoby podstaw do zastosowania przepisu art. 114 § 1 k.k. Nieuznanie wyroku sądu państwa obcego, będącego członkiem UE uniemożliwiłoby automatyczne zastosowanie podstawy prawnej obligującej do zwolnienia tego policjanta na podstawie art. 41 ust. 1 pkt 4 ustawy o Policji. Wskazana podstawa zwolnienia miałaby jednak zastosowanie, gdyby policjant popełnił przestępstwo, za które został skazany

⁶⁴ P. Szustakiewicz, *Komentarz do art. 11*, [w:] P. Szustakiewicz, A. Skoczylas, (red.) *Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi. Komentarz*, Warszawa 2016 r., Legalis/el., teza 3 – i tam powołane orzecznictwo.

przez sąd państwa obcego, niebędącego członkiem UE, bowiem co do zasady zgodnie z art. 114 § 1 k.k., fakt ten nie stanowi przeszkody do wszczęcia lub prowadzenia postępowania karnego o ten sam czyn zabroniony przed sądem polskim. Zatem skazanie takiej osoby prawomocnym wyrokiem przez polski sąd karny w następstwie zastosowania reguły, o której mowa w art. 114 § 1 k.k., skutkowałoby koniecznością zwolnienia go na podstawie art. 41 ust. 1 pkt 4 ustawy o Policji.

Konkludując, nie tylko prawomocne orzeczenia wydane przez sądy krajowe materializują przesłankę, o której mowa w art. 41 ust. 1 pkt 4 ustawy o Policji, ale również orzeczenia państw obcych spełniające kryteria uznania ich za równoważne w skutkach z orzeczeniami sądów polskich⁶⁵.

⁶⁵ Odmienne stanowisko w tym zakresie zaprezentował NSA w wyroku z 4 listopada 2009 r., I OSK 334/09, Legalis 211959, który wskazał, że „Skazanie wyrokiem sądu państwa obcego za popełnienie czynu o znamionach przestępstwa albo przestępstwa skarbowego może stanowić podstawę zwolnienia ze służby, a norma art. 41 ust. 2 pkt 8 ustawy z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji pozwala na ocenę zachowania policjanta skazanego takim wyrokiem z uwzględnieniem polskich norm i instytucji prawno-karnych, o których mowa w art. 41 ust. 1 pkt 4 tej ustawy”. Jednocześnie sąd ten powołał się na stanowisko zaprezentowane w tej sprawie przez NSA w wyroku z 14 listopada 2007 r., I OSK 55/07, Legalis 139371, w którym stwierdzono, że „Skazanie prawomocnym wyrokiem sądu za przestępstwo lub przestępstwo skarbowe, umyślne, ścigane z oskarżenia publicznego, o którym mowa w art. 41 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji nie oznacza skazania wyrokiem sądu państwa obcego (...) punktem wyjścia dla ustalenia treści pojęcia «skazania prawomocnym wyrokiem sądu» powinny być normy konstytucyjne. Zgodnie z art. 175 § 1 Konstytucji RP, wymiar sprawiedliwości w Rzeczypospolitej Polskiej sprawują Sąd Najwyższy, sądy powszechne, sądy administracyjne oraz sądy wojskowe. Według zaś art. 176 § 2 Konstytucji RP, ustrój i właściwość sądów oraz postępowanie przed sądami określają ustawy. (...) Jeśli zatem w przepisach prawnych powszechnie obowiązujących w Rzeczypospolitej Polskiej występuje określenie «skazanie prawomocnym wyrokiem sądu», to należy je odczytać jako skazanie wyrokiem sądu powołanego na podstawie ww. norm konstytucyjnych i ustawowych. Sądem takim nie jest sąd państwa obcego”. W rozpatrywanej przez wymienione sądy sprawie orzeczenie skazujące za przestępstwo umyślne, tj. zbiorowe łapownictwo, zostało wydane przez sąd w Niemczech. Pogląd wymienionego sądu podzielił również P. Szustakiewicz – zob. P. Szustakiewicz, Stosunki..., s. 282. Warto jednak w tym miejscu zaznaczyć, że przedmiotowe stanowiska sądu zostały wyrażone przed nowelizacją art. 114a k.k., która nadała temu przepisowi obecne brzmienie. Na marginesie należy jednocześnie zaznaczyć, że WSA w Szczecinie, który rozpatrywał jako pierwszy tę sprawę, w wyroku z 14 listopada 2007 r., II SA/Sz 873/06, Legalis 369535 wyraził następujący pogląd: „Nie można różnicować sytuacji prawnej policjanta, który został skazany wyrokiem sądu krajowego od tego, który został skazany wyrokiem sądu państwa obcego. Na gruncie prawa administracyjnego powinny zapaść takie same rozstrzygnięcia orzekające o zwolnieniu ze służby policjanta na podstawie art. 41 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 45 ust. 3 ustawy z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji (t.j. Dz.U. z 2002 r. Nr 7, poz. 58 ze zm.), bez względu na to, czy wyrok zapadł w Polsce, czy poza granicami kraju. Żadne względy w tej sytuacji nie przemawiają za różnym ich traktowaniem”.

4. Zakończenie

Służba publiczna, w tym w szczególności służba w Policji, ma charakter selekcyjny. Oznacza to, że nie każda osoba, która ubiega się o przyjęcie do niej, musi być do niej przyjęta. Ustawodawca zobowiązany jest jedynie do stworzenia równych dla wszystkich szans w ubieganiu się o przyjęcie do niej. Przyjęcie do służby warunkowane jest natomiast spełnieniem przez kandydata do służby wymogów określonych w art. 25 ust. 1 ustawy o Policji. Jednym z nich jest wymóg braku skazania prawomocnym wyrokiem sądu za przestępstwo lub przestępstwo skarbowe. Wskazane przymioty, którymi winien wykazać się kandydat do służby, obowiązują również wszystkich czynnych funkcjonariuszy Policji w ciągu całego okresu pełnienia przez nich służby. Utrata któregokolwiek z nich prowadzi do rozwiązania stosunku służbowego z takimi funkcjonariuszami. Niewątpliwie przepis art. 41 ust. 1 pkt 4 ustawy o Policji stanowiący podstawę do obligatoryjnego zwolnienia ze służby w Policji w sytuacji skazania policjanta prawomocnym wyrokiem sądu za przestępstwo lub przestępstwo skarbowe, umyślne, ścigane z oskarżenia publicznego, dobitnie świadczy o tym, że czynni funkcjonariusze muszą permanentnie legitymować się przymiotami, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy o Policji⁶⁶. Ich posiadanie warunkuje trwałość zawiązanego z nimi stosunku służbowego. Z kolei utrata przymiotu „niekaralności”⁶⁷ obliguje do rozwiązania tego węzła prawnego⁶⁸. Skoro jednak stosunek służbowy jest konstrukcją *stricte* administracyjnoprawną, to jego rozwiązanie wymaga przeprowadzenia postępowania administracyjnego, którego zakończeniem jest wydanie decyzji administracyjnej (rozkazu personalnego) o zwolnieniu policjanta ze służby. Wydanie tego rodzaju rozstrzygnięcia wymaga natomiast potwierdzenia zaistnienia przesłanki objętej tą podstawą zwolnienia ze służby.

Przesłankę zawartą w art. 41 ust. 1 pkt 4 ustawy o Policji materializuje ustalenie wyłącznie jednej okoliczności, tj. czy w obrocie prawnym funkcjonuje prawomocny wyrok sądu skazujący policjanta za przestępstwo lub przestępstwo

⁶⁶ „(...) w służbie w Policji nie może pozostawać osoba, względem której ustał warunek przyjęcia do tej służby określony w art. 25 ust. 1 ustawy o Policji”. Zob. W. Maciejko, A. Korcz-Maciejko, *Postępowanie...*, s. 295.

⁶⁷ Szerzej na temat „niekaralności” jako przesłanki zawartej w art. 25 ust. 1 ustawy o Policji, w kontekście braku skazania prawomocnym wyrokiem za przestępstwo lub przestępstwo skarbowe – zob. P. Bogdalski, *Bezpieczeństwo kadrowe Policji na przykładzie przesłanek doboru do służby*, Wydawnictwo Wyższej Szkoły Policji w Szczytnie, Szczytno 2015, s. 309 i n.

⁶⁸ M. Liwo, *Status służb mundurowych i funkcjonariuszy w nich zatrudnionych*, LexisNexis, Warszawa 2013, s. 318, M. Wieczorek, *Charakter...*, s. 246.

skarbowe, umyślne, ścigane z oskarżenia publicznego. Nie ma przy tym znaczenia, w jakim trybie został on wydany, a także jaki sąd go wydał, o ile spełnia wymogi do uznania go za równoważny z orzeczeniem sądu polskiego. Istotne jest jedynie w kontekście badania w ramach postępowania administracyjnego, czy zaistniała przesłanka, o której mowa w art. 41 ust. 1 pkt 4 ustawy o Policji, zbadanie aspektu formalnego danego orzeczenia, a zatem ustalenie, czy danym orzeczeniem policjant został skazany za przestępstwo lub przestępstwo skarbowe, umyślne, ścigane z oskarżenia publicznego, a także, czy temu orzeczeniu przysługuje przymiot prawomocności. Dowiedzenie w postępowaniu administracyjnym tych okoliczności powoduje, że jego cel zostaje osiągnięty, a tym samym, że istnieją podstawy do wydania rozstrzygnięcia o charakterze merytorycznym, zwalniającym policjanta ze służby na wymienionej podstawie zwolnienia. Decyzja w tym zakresie ma charakter związany. Zatem organ zobligowany jest do rozwiązania stosunku służbowego z policjantem, który jest skazany wyrokiem sądu za przestępstwo lub przestępstwo skarbowe, umyślne, ścigane z oskarżenia publicznego. Co również istotne organ administracyjny w ramach prowadzonego przez siebie postępowania w sprawie zwolnienia ze służby na podstawie art. 41 ust. 1 pkt 4 ustawy o Policji, nie jest uprawniony do badania materiału dowodowego stanowiącego podstawę do wydania orzeczenia przez sąd karny, jak również rozstrzygania o winie lub niewinności osoby, wobec której zapadło takie orzeczenie. Dysponując prawomocnym orzeczeniem, musi przyjąć za udowodnione, iż policjant jest osobą skazaną za przestępstwo lub przestępstwo skarbowe, umyślne, ścigane z oskarżenia publicznego. Tego rodzaju działania organu administracyjnego byłyby nie tylko niecelowe, ale przede wszystkim nieuprawnione, bowiem wkraczałyby w sferę uprawnień odrębnego organu, tj. w kompetencje zastrzeżone dla sądów karnych. Podkreślenia także wymaga, że poza wspomnianym prawomocnym orzeczeniem inne okoliczności i zdarzenia nie są istotne dla sprawy administracyjnej w sprawie zwolnienia ze służby na podstawie art. 41 ust. 1 pkt 4 ustawy o Policji. Jak bowiem wskazuje judykatura, określenie faktów mających znaczenie dla konkretnej sprawy winno być oparte na przepisie prawa materialnego, który jest podstawą rozstrzygnięcia tej sprawy. Celem postępowania wyjaśniającego w konkretnej sprawie nie jest zatem ustalenie wszystkich okoliczności faktycznych zaistniałych w rzeczywistości i związanych w jakiś sposób z daną sprawą, lecz okoliczności relewantnych z punktu widzenia norm prawa materialnego odnoszących się do przedmiotu sprawy, a zatem istotnych z punktu widzenia przedmiotu konkretnej sprawy

administracyjnej w rozumieniu art. 1 k.p.a.⁶⁹. W tym przypadku granice sprawy administracyjnej wytycza norma zawarta w art. 41 ust. 1 pkt 4 ustawy o Policji. Wobec tego niezbędne, a zarazem wystarczające dla osiągnięcia celu tego postępowania, jest potwierdzenie, że zmaterializowała się przesłanka objęta tą podstawą zwolnienia ze służby, a tym samym, że w obrocie prawnym funkcjonuje prawomocne orzeczenie sądu skazujące policjanta za przestępstwo lub przestępstwo skarbowe, umyślne, ścigane z oskarżenia publicznego. Okoliczność tę może potwierdzić nie tylko uzyskany przez organ prawomocny wyrok. Wystarczająca jest także informacja uzyskana z Krajowego Rejestru Karnego⁷⁰. Informacja taka jest dostatecznym dowodem istotnym dla postępowania administracyjnego w sprawie zwolnienia ze służby na podstawie art. 41 ust. 1 pkt 4 ustawy o Policji, wystarczającym do obowiązkowego zastosowania konsekwencji administracyjnoprawnej wobec policjanta, którego dotyczy⁷¹.

Bibliografia

Akty prawne

Ustawa z dnia 14 czerwca 1960 r. – Kodeks postępowania administracyjnego, t.j. Dz.U. z 2023, poz. 775 ze zm.

Ustawa z dnia 26 czerwca 1974 r. – Kodeks pracy, t.j. Dz.U. z 2023, poz. 1465.

Ustawa z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji, t.j. Dz.U. z 2023, poz. 171 ze zm.

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

Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny, t.j. Dz.U. z 2022, poz. 1138 ze zm.

⁶⁹ Wyrok NSA z 18 maja 2022 r., III OSK 4250/21, Legalis 2692654.

⁷⁰ Informacja o osobie, o której mowa w art. 20 ust. 1–1e ustawy o Krajowym Rejestrze Karnym, stanowi bowiem zaświadczenie w rozumieniu przepisów działu VII Kodeksu postępowania administracyjnego (art. 23 ustawy o Krajowym Rejestrze Karnym).

⁷¹ Wyrok WSA w Warszawie z 12 kwietnia 2017 r., II SA/Wa 985/16, Legalis 1630671. Por. z wyrokiem WSA w Warszawie z 14 kwietnia 2016 r., II SA/Wa 1693/15..., a także M. Nowikowska, *Art. 41 [Zwolnienie]*, [w:] K. Chałubińska-Jentkiewicz, J. Kurek (red.), *Ustawa o Policji. Komentarz...*, s. 431. W uzupełnieniu należy tylko zaznaczyć, że zaświadczenie, zgodnie z art. 76 § 1 k.p.a., jest dokumentem urzędowym, który stanowi dowód tego, co zostało w nim urzędowo stwierdzone. Organ administracji publicznej jest więc zobowiązany uznać za udowodnione to, co wynika z treści dokumentu urzędowego, bowiem z dokumentem urzędowym związane jest domniemanie prawdziwości jego treści. Nie wyłącza to jednak możliwości przeprowadzenia przeciwdowodu – dowodu przeciwko treści tego dokumentu (art. 76 § 3 k.p.a.).

- Ustawa z dnia 21 maja 1999 r. o broni i amunicji, t.j. Dz.U. z 2022, poz. 2516 ze zm.
- Ustawa z dnia 10 września 1999 r. – Kodeks karny skarbowy, t.j. Dz.U. z 2023, poz. 654 ze zm.
- Ustawa z dnia 24 maja 2000 r. o Krajowym Rejestrze Karnym, t.j. Dz.U. z 2023, poz. 1068 ze zm.
- Ustawa z dnia 30 sierpnia 2002 r. – Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi, t.j. Dz.U. z 2023, poz. 1634 ze zm.
- Decyzja ramowa Rady nr 2008/675/WSiSW z dnia 24 lipca 2008 r. w sprawie uwzględniania w nowym postępowaniu karnym wyroków skazujących zapadłych w państwach członkowskich Unii Europejskiej, Dz.Urz. UE L 220 z 15.8.2008 r., s. 32–34.
- Rozporządzenie Ministra Spraw Wewnętrznych z dnia 14 maja 2013 r. w sprawie szczegółowych praw i obowiązków oraz przebiegu służby policjantów, t.j. Dz.U. z 2020, poz. 1113 ze zm.
- Ustawa z dnia 20 lutego 2015 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw, Dz.U. z 2015, poz. 396.

Orzecznictwo

- Wyrok SN z 5 lutego 1997 r., V KKN 113/96, Legalis 30624.
- Wyrok WSA w Bydgoszczy z 18 października 2005 r., II SA/Bd 601/05, Legalis 582976.
- Wyrok NSA z 14 listopada 2007 r., I OSK 55/07, Legalis 139371.
- Wyrok WSA w Szczecinie z 14 listopada 2007 r., II SA/Sz 873/06, Legalis 369535.
- Wyrok NSA z 12 lutego 2008 r., II OSK 2042/06, Legalis 271165.
- Wyrok WSA w Warszawie z 16 września 2008 r., II SA/Wa 895/08, Legalis 307168.
- Wyrok WSA w Kielcach z 12 marca 2009 r., II SA/Ke 76/09, Legalis 181367.
- Wyrok WSA w Krakowie z 9 czerwca 2009 r., III SA/Kr 1293/08, Legalis 169504.
- Wyrok NSA z 4 listopada 2009 r., I OSK 334/09, Legalis 211959.
- Wyrok WSA w Lublinie z 26 listopada 2009 r., III SA/Lu 388/09, Legalis 184164.
- Wyrok NSA z 15 grudnia 2009 r., I OSK 653/09, Legalis 224977.
- Wyrok WSA w Warszawie z 22 listopada 2010 r., II SA/Wa 1338/10, Legalis 1963234.
- Wyrok NSA z 20 września 2011 r., I OSK 419/11, Legalis 379358.
- Wyrok SA w Warszawie z 12 października 2011 r., I ACa 326/11, Legalis 414194.
- Wyrok SN – Izba Cywilna z 27 marca 2013 r., V CSK 185/12, Legalis 736740.

- Wyrok WSA w Warszawie z 8 października 2015 r., II SA/Wa 832/15, Legalis 1364265.
- Wyrok WSA w Warszawie z 14 kwietnia 2016 r., II SA/Wa 1693/15, Legalis 1584455.
- Wyrok WSA w Warszawie z 12 kwietnia 2017 r., II SA/Wa 985/16, Legalis 1630671.
- Wyrok WSA w Krakowie z 9 maja 2017 r., III SA/Kr 362/17, Legalis 1634279.
- Wyrok NSA z 14 czerwca 2017 r., II OSK 1849/16, Legalis 1649905.
- Wyrok NSA z 26 października 2017 r., II OSK 304/16, Legalis 1699148.
- Postanowienie SN – Izba Dyscyplinarna z 22 lipca 2020 r., II DSI 4/20, Legalis 2557757.
- Wyrok NSA z 18 maja 2022 r., III OSK 4250/21, Legalis 2692654.

Publikacje

- Bogdalski P., *Bezpieczeństwo kadrowe Policji na przykładzie przesłanek doboru do służby*, Wydawnictwo Wyższej Szkoły Policji w Szczytnie, Szczytno 2015.
- Drachal J., Jagielski J., Gołaszewski P., *Komentarz do art. 11*, [w:] R. Hauser, M. Wierzbowski (red.), *Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi. Komentarz*, Warszawa 2021, Legalis/el.
- Gacek P., *Nawiązanie stosunku służbowego z funkcjonariuszem Policji*, „Administracja Teoria Dydaktyka Praktyka” 2011, 2(23), s. 68–93.
- Gacek P., *Odwołanie od rozkazu personalnego*, „Przegląd Policyjny” 2016, 3(123), s. 80–98.
- Gacek P., *Przywrócenie do służby na podstawie art. 42 ustawy z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji – wybrane zagadnienia*, „Przegląd Policyjny” 2020, 4(140), s. 5–31.
- Gacek P., *Zmiana stadium postępowania karnego jako podstawa do zwolnienia policjanta ze służby w Policji ze względu na „ważny interes służby”*, „Przegląd Policyjny” 2017, 4(128), s. 70–99.
- Gardocki L., *Prawo karne*, C.H. Beck, Warszawa 1999.
- Gardocka T., *Komentarz do art. 114a*, [w:] R.A. Stefański (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2023, Legalis/el.
- Grzegorzczak T., Tylman J., *Polskie postępowanie karne*, LexisNexis, Warszawa 2007.
- Grześków M., *Nawiązanie stosunków zatrudnienia w służbach zmilitaryzowanych*, C.H. Beck, Warszawa 2020.
- Konarska-Wrzošek V., *Komentarz do art. 61*, [w:] R.A. Stefański (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2023, Legalis/el.

- Kotowska M., *Komentarz do art. 114a*, [w:] B. Gadecki (red.), *Kodeks karny. Art. 1–316. Komentarz*, Warszawa 2023, Legalis/el.
- Kotowski W., *Ustawa o Policji. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2008.
- Kuczyński T., Mazurczak-Jasińska E., Stelina J., *Stosunek służbowy*, [w:] R. Hauser, Z. Niewiadomski, A. Wróbel (red.), *System prawa administracyjnego*, T. 11, C.H. Beck, Warszawa 2011.
- Lew M., *Policja*, [w:] W. Maciejko, P. Szustakiewicz (red.), *Stosunek służbowy w formacjach mundurowych*, Sektor Publiczny w Praktyce, C.H. Beck, Warszawa 2015, s. 11–48.
- Liwo M., *Status służb mundurowych i funkcjonariuszy w nich zatrudnionych*, LexisNexis, Warszawa 2013.
- Maciejko W., Korcz-Maciejko A., *Postępowanie w sprawach osobowych w Policji*, Gaskor, Wrocław 2010.
- Marszał K., *Proces karny*, Wolumen, Katowice 1998.
- Michalek A., *Komentarz do art. 28*, [w:] Ł. Czebotar, Z. Gądzik, A. Łyżwa, A. Michalek, A. Świerczewska-Gąsiorowska, M. Tokarski, *Ustawa o Policji. Komentarz*, Komentarze Praktyczne, Wolters Kluwer, Warszawa 2015.
- Nowikowska M., *Art. 41 [Zwolnienie]*, [w:] K. Chałubińska-Jentkiewicz, J. Kurek (red.), *Ustawa o Policji. Komentarz*, Krótkie Komentarze Becka, C.H. Beck, Warszawa 2021.
- Sakowicz A., *Komentarz do art. 93*, [w:] A. Sakowicz (red.), *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Warszawa 2023, Legalis/el.
- Szustakiewicz P., *Komentarz do art. 11*, [w:] P. Szustakiewicz, A. Skoczylas, (red.), *Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi. Komentarz*, Warszawa 2016 r., Legalis/el.
- Szustakiewicz P., *Stosunki służbowe funkcjonariuszy służb mundurowych i żołnierzy zawodowych jako sprawa administracyjna*, Difin, Warszawa 2012.
- Świecki D., *Komentarz do art. 537*, [w:] J. Skorupka (red.), *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Warszawa 2021, Legalis/el.
- Taniewska M., *Policja*, [w:] S. Sagan (red.), *Prawo Policyjne. Komentarz*, t. 1, Biuro Wydawnictw Prawniczych „Polbod”, Katowice 1992.
- Wieczorek M., *Charakter prawny stosunków służbowych funkcjonariuszy służb mundurowych*, Wydawnictwo Adam Marszałek, Toruń 2017.



Paweł T. Skoczyłoda

Uniwersytet Śląski w Katowicach, Polska

ORCID: 0000-0001-5611-2042

pawel.skoczykloda@wp.pl

Zbywalność prawa do grobu

Transferring grave ownership (law analysis)

Abstract: The article focuses on the analysis of the right of sepulchre in order to determine the possibility of its alienation. Today's jurisprudence and judicature have developed the concept of the right of sepulchre as rights of a variable and heterogeneous nature, constituting a bundle of tangible and intangible entitlements. Although it seems to protect the personal rights of the relatives of the deceased, it does not protect the rights of the original holder of the grave at all. Moreover, according to the aforementioned concept, at the moment of entombment, the "right to the grave spills over", and from then on it appertains to a wide circle of holders. As a result, the alienability of the right of sepulchre is subject to far-reaching restrictions. The author proposes a distinction between the right to an empty grave and the right to a grave with which someone has already been buried, as this would allow us to determine the transferability of the right.

Keywords: right of sepulchre, contract for a grave site, alienability of the right to a grave, extension of the right to a grave, cemetery, cemetery administrator, grave holder, burial, grave

Abstrakt: Niniejszy artykuł koncentruje się na analizie prawa do grobu celem ustalenia możliwości jego zbycia. Dzisiejsza nauka prawa jak i orzecznictwo wypracowały koncepcję prawa do grobu jako prawa o charakterze zmiennym i niejednorodnym, stanowiącym wiązkę uprawnień materialnych i niematerialnych. Choć zdaje się ona chronić prawa osobiste bliskich zmarłego, jednak zupełnie nie zabezpiecza uprawnień pierwotnego dysponenta grobu. Co więcej, zgodnie z nią w momencie złożenia do grobu zwłok dochodzi do „rozłania się prawa do grobu”, które odtąd przysługuje szerokiemu kręgowi dysponentów. Skutkuje to tym, że zbywalność prawa do grobu podlega daleko idącym ograniczeniom. Autor proponuje, aby odróżnić prawo do pustego grobu od prawa do grobu, w którym został już ktoś pochowany, gdyż owa dystynkcja wpływa na określenie możliwości zbywalności prawa.

Słowa kluczowe: prawo do grobu, umowa o miejsce grobowe, zbywalność prawa do grobu, przedłużenie prawa do grobu, cmentarz, administrator cmentarza, dysponent grobu, pochówek, grób

1. Wprowadzenie

Powszechnie wskazuje się, że uchwalona przed ponad sześćdziesięcioma laty ustawa o cmentarzach i chowaniu zmarłych¹, regulująca kwestię tak zwanego „prawa do grobu”², nie wypełnia swojego zadania w sposób doskonały. Jej lakoniczność wyrażająca się w uregulowaniu jedynie części zagadnień, wielokrotnie była przedmiotem analiz i prób zmiany aktualnego stanu prawnego³. Nastręcza ona bowiem rozlicznych wątpliwości, których niejednokrotnie nie da się rozstrzygnąć jedynie w drodze wykładni *sensu stricto*, gdyż „Wiele kwestii związanych z prawem do grobu jest [po prostu – od aut.] nieustalonych”⁴. Uważa

¹ Ustawa z dnia 31 stycznia 1959 r. o cmentarzach i chowaniu zmarłych, Dz.U. 1959 nr 11, poz. 62.

² Jest to termin powszechnie używany w literaturze, zob. np. M. Masternak-Kubiak, *Prawo do grobu jako publiczne prawo podmiotowe*, „Wrocławsko-Lwowskie Zeszyty Prawnicze” 2017, t. 8, s. 231–241, https://repozytorium.uni.wroc.pl/Content/121632/PDF/16_Masternak_Kubiak_M_Prawo_do_grobu_jako_publiczne_prawo_podmiotowe.pdf [dostęp: 10.12.2023].

³ Chociażby projekty ustawy o zmianie ustawy o cmentarzach i chowaniu zmarłych: Sejm VII kadencji, druk 1112, 1661, 2144 czy 3027, <https://www.sejm.gov.pl/sejm7.nsf/druki.xsp>, [dostęp: 10.12.2023], a także Sejm VIII kadencji, druk 2041, <https://www.sejm.gov.pl/sejm8.nsf/druk.xsp?nr=2041> [dostęp: 10.12.2023].

⁴ E. Dołęgowska, K. Klibisz, A. Tworkowska, *Cywilnoprawna regulacja prawa do grobu*, „Białostockie Studia Prawnicze” 2013, z. 13, s. 120, <https://doi.org/10.15290/bsp.2013.13.10>.

się, iż „Brak szczegółowych regulacji pociąga za sobą przede wszystkim powszechny brak świadomości, zarówno użytkowników, jak i administratorów cmentarzy, czym jest i do kogo należy tak powszechne prawo”⁵.

Doktryna wskazuje, że sama umowa o nabycie miejsca grobowego, będąca głównym źródłem prawa do grobu, „[...] jest swoistym konglomeratem powiązań rodzinnych, osobistych, majątkowych, dotyczy zarówno sfery psychiki, jak i sfery moralnej, obyczajowej i majątkowej. Dlatego tak trudno poddać ją ocenie z punktu widzenia typowych instrumentów jurydycznych”⁶. Jakkolwiek na temat różnorodnych zagadnień wiążących się z prawem do grobu napisano wiele, analizując złożoność tej materii, wciąż nietrudno natrafić na wątki pozostające przedmiotem kontrowersji. Stan ten może dziwić, zwłaszcza z uwagi na fakt, iż praktyka pochówków szczątków ludzkich jest znana i realizowana od pradziejów, rozwijała się poprzez wieki, pociągając za sobą również ewolucję regulacji prawnych o niej traktujących⁷. Co więcej, problematyka prawa do grobu wydaje się niezmiernie obszerna i niedająca się wyjaśnić jedynie w drodze analizy samych przepisów prawnych.

Jednym z zagadnień, które dalej rodzi niepewność, jest kwestia zbywalności prawa do grobu. Przedmiotem kontrowersji zostaje, czy prawo do grobu można jeszcze za życia dysponenta przenieść na inne osoby, a także to, na kogo przedmiotowe prawo przechodzi po jego śmierci. Niekorzystnym rezultatem obecnego ukształtowania prawa do grobu jest brak jasności wynikający ze stanu zawieszenia, co do osoby lub kręgu osób rzeczywiście uprawnionych do jego wykonywania; skutkuje to wątpliwościami w zakresie dopuszczalności obrotu tym uprawnieniem. Dylemat ten pozostaje przedmiotem dociekań nie tylko w naszym rodzimym systemie prawnym⁸. Zdaje się, że doktryna dotychczas

⁵ Tamże.

⁶ K. Dadańska, A. Tomczyk, *Kontrowersje wokół prawa do grobu*, [w:] J. Gołaczyński, J. Mazurkiewicz, J. Turlukowski, D. Karkut, (red.), *Non omnis moriar. Osobiste i majątkowe aspekty prawne śmierci człowieka: zagadnienia wybrane*, Oficyna Prawnicza, Wrocław 2015, s. 151, https://www.repozytorium.uni.wroc.pl/Content/77828/11_K_A_Dadanska_A_Tomczyk_Kontrowersje_wokol_prawa_do_grobu.pdf [dostęp: 30.01.2024].

⁷ A. Chodorowska, Ł. Szumkowski, *Problematyka prawa do grobu w kontekście dóbr osobistych*, „Studia Prawnoustrojowe” 2019, t. 46, s. 21, <https://czasopisma.uwm.edu.pl/index.php/sp/article/download/5317/4084/9209> [dostęp: 30.01.2024].

⁸ Żywe są dyskusje na ten temat na przykład w Stanach Zjednoczonych. Zob. A.L. Schwartz, *Annotation: To whom does title to burial pass on testator's death, in absence of specific provision in his will*, „American Law Reports” 1969, 26(3d), s. 1425; A.K. Hansen, *Who is in my grave? A comparison of state and local laws in Illinois and Utah that guide resolution of grave plot ownership claims*, „Southern Illinois University Law Journal” 2020, t. 45, s. 146–152, https://law.siu.edu/_common/documents/law-journal/articles-2020/fall-2020/6-hansen-final.pdf [dostęp: 30.01.2024]. Wątek ten zostanie rozwinęty w toku dalszych rozważań.

niewystarczajŁco wnikliwie odpowiedziaŁa na pytania dotyczŁce tej materii. ReagujŁc na zarysowany deficyt, zasadne jest pochylenie siŁ nad powy¿szymi problemami, co te¿ stanowi przedmiot niniejszego opracowania. Zostanie w nim wskazane, w jakich przypadkach zbycie prawa do grobu jest dopuszczalne zarÓwno jeszcze za ¿ycia fundatora grobu, jak i po jego œmierci. Dokonanie takich ustaleŃ jest niezbĘdne dla zwiĘkszenia pewnoœci prawa i przewidywalnoœci dokonywanych na jego podstawie rozstrzygniĘc.

2. Charakter prawa do grobu

Z momentem zawarcia przez osobę fizycznŁ umowy z administratorem cmentarza o nabycie miejsca grobowego powstaje uprawnienie znane w nauce jako „prawo do grobu”. Stosunek powstaŁy w wyniku zawarcia takiej umowy „zawiera elementy wielu [...] stosunków prawnych, jednoczeœnie nie stanowiŁc odrĘbnej, samodzielnej i wyraŹnie nazwanej instytucji prawa”⁹. Prawo do grobu nie daje siŁ podciŁgnŁc pod ¿aden typ uprawnienia znanego ustawie. Nale¿y uznać, ¿e jest to prawo *sui generis* zrekonstruowane na podstawie przepisów Ustawy o cmentarzach i chowaniu zmarŁych (zwanŁ dalej: „Ustawa”). PrzysŁuguje ono pierwotnie zaŁo¿ycielowi grobu, który staje siŁ jego dysponentem. Osoba taka posiada prawo do dysponowania grobem w postaci dokonywania wszelkich czynnoœci prawnych, niekiedy łącznie z przeniesieniem tego uprawnienia na inne osoby. OdrĘbnia to prawo do grobu od chocia¿by sŁu¿ebnoœci osobistej, która jest uprawnieniem niezbywalnym i wygasa najpÓŹniej z chwilŁ œmierci uprawnionego.

Samo zawarcie umowy pozostaje podstawowym i pierwotnym ŹródŁem prawa do grobu¹⁰. Jest to umowa nienazwana (*contractus innominatus*), która zawierana jest zwykle z jednoczesnym zleceniem pochÓwku osoby zmarŁej, jednak nie jest to przesŁanka konieczna do jej zawarcia; jej treœciŁ mo¿e być tak¿e sama rezerwacja parceli grobowej. O prawie do grobu mo¿na zatem mÓwić równie¿ w przypadku, kiedy zawarto umowę o miejsce grobowe z administracjŁ cmentarza, jednak nie dokonano jeszcze pochÓwku w miejscu objĘtym danŁ umowŁ. Dlatego za niesŁuszny nale¿y uznać pogŁd, ¿e prawo to powstaje z chwilŁ dokonania pierwszego pochÓwku¹¹. Koncepcja taka bowiem rodzi pytania co do stanu prawnego sprzed dokonania tej czynnoœci.

⁹ E. DoŁęgowska, K. Klibisz, A. Tworkowska, *Cywilnoprawna regulacja...*, s. 123.

¹⁰ K. DadaŃska, A. Tomczyk, *Kontrowersje wokół...*, s. 151.

¹¹ Wyrok SN z 7 listopada 2002 r., II CKN 980/00, LEX 78609. Por. S. Rudnicki, *Prawo do grobu. Zagadnienia cywilistyczne*, Kantor Wydawniczy Zakamyczce, Kraków 1999, s. 99.

Ustawa o cmentarzach nie narzuca formy prawnej wymaganej do zawarcia umowy o miejsce grobowe, a więc może być ona zawarta w formie dowolnej, nawet *per facta concludentia*, w postaci wniesienia stosownej opłaty i ewentualnego pochowania zwłok¹². Jest to umowa konsensualna, a więc dla jej zawarcia wystarczy złożenie zgodnego oświadczenia woli przez obie strony. Nie jest to jednak typowa umowa cywilna. Na jej treść w sposób istotny wpływają przepisy o charakterze administracyjnym. Dlatego, jak wskazuje doktryna oraz liczne judykaty, zawarcie umowy o miejsce grobowe rodzi „swoisty stosunek cywilnoprawny”¹³. Nie można zapominać również o tym, że zgodnie z art. 56 k.c. czynność prawna (w tym przypadku umowa o udostępnienie miejsca grobowego) wywołuje skutki nie tylko wprost w niej wyrażone, ale także te, które wynikają z ustaw. Oznacza to, że umowa o miejsce grobowe bez względu na swoją treść zawiera elementy narzucone przez prawo¹⁴. Wprowadzony przez ustawodawcę standard regulacji może wprawdzie podlegać modyfikacjom stron, ale nigdy w wypadku przepisów bezwzględnie obowiązujących¹⁵. Konsekwencją określenia charakteru takiej umowy jako w przeważającej mierze cywilnoprawnej jest zaistnienie stosunku charakteryzującego się równorzędnością stron. Cywilnoprawnego charakteru tego stosunku nie przełamuje publicznoprawny obowiązek przyjęcia zwłok do pochowania ciążyący na administratorze cmentarza. Zarząd cmentarza nie występuje tu w roli organu administracji publicznej działającego w ramach przysługującego mu *imperium*, a więc w charakterze władczym¹⁶.

Umowa o miejsce grobowe ma charakter terminowy. Jej zawarcie wiąże strony na czas oznaczony w umowie, jednak musi to być przynajmniej okres dwudziestoletni (art. 7 ust. 1 Ustawy). Z uwagi na to, że umowa o miejsce grobowe zawarta z jednoczesnym zleceniem pochowania zmarłego realizuje ad-

¹² Por. S. Rudnicki, *Prawo do grobu...*, s. 99. Przytoczony autor zdaje się twierdzić, iż oba elementy należy uznać za obligatoryjne dla zawarcia rzeczowej umowy.

¹³ S. Rudnicki, *Prawo do grobu...*, s. 76–77. Por. M. Masternak-Kubiak, *Prawo do grobu...*, s. 239; uchwała SN z 29 września 1978 r., III CZP 56/78, LEX 2309. Natomiast doktryna niemiecka, która również przed laty podzielała ten pogląd, zmieniła swe zapatrywania i ukształtowała zgodne stanowisko, zgodnie z którym uprawnienie do wykorzystywania grobu powstaje w wyniku działań władczych, mając charakter publicznoprawny, zob. J. Gaedke, *Handbuch des Friedhofs und Bestattungsrechts*, C.H. Beck, Köln – Berlin – München 1997, s. 162 i n.

¹⁴ Por. A. Wolter, J. Ignatowicz, K. Stefaniuk, *Prawo Cywilne. Zarys części ogólnej*, Wolters Kluwer, Warszawa 1998, s. 253 i 316; S. Grzybowski, *System prawa cywilnego*, [T. 1.] *Część ogólna*, Zakład Narodowy im. Ossolińskich, Wydawnictwo PAN, Wrocław 1985, s. 513.

¹⁵ Wyrok SA w Warszawie z 11 marca 2005 r., I ACa 853/04, LEX 179867.

¹⁶ Por. wyrok SN z 25 sierpnia 2011 r., II CSK 649/10, LEX 1119402; wyrok WSA w Szczecinie z 14 sierpnia 2013 r., II SA/Sz 212/13, LEX 1317031; uchwała TK z 27 września 1994 r., W 10/93, LEX 25335, pkt 15 uzasadnienia; K. Dadańska, A. Tomczyk, *Kontrowersje wokół...*, s. 152.

ministracyjnoprawny obowiązek dokonania pochówku, nie istnieje możliwość wcześniejszego wypowiedzenia ani rozwiązania umowy przez którąkolwiek ze stron. Istotnie odróżnia to prawo do grobu od najmu czy dzierżawy. Wypowiedzenie jest dopuszczalne jedynie w przypadku umowy rezerwującej miejsce grobowe, a więc gdy pochówek jeszcze nie dokonano.

Wszelkie kwestie dotyczące takich spraw, jak chociażby rezerwowanie miejsc pochówku, sprawy rezygnacji z rezerwowanych miejsc przed upływem okresu umownego, przedłużania okresu rezerwacji na kolejny okres, czy też przedłużania terminu, przed upływem którego nie wolno użyć grobu do ponownego pochowania powinny wynikać z umowy na korzystanie z cmentarza, jaka zostanie zawarta pomiędzy zarządcą a osobą zainteresowaną usługami cmentarza.

Stosunek prawny powstały wskutek zawarcia umowy o miejsce grobowe oznacza dla zawierającego taką umowę nabycie szeregu uprawnień o charakterze trwałym. Zalicza się do nich nie tylko: „[...] prawo do pochowania zwłok uprawnionego w wybranym przez niego miejscu, jeżeli dokonał takiego wyboru i obok zwłok jego bliskich, prawo opieki nad grobem, [...], podjęcia decyzji o pochowaniu innych osób bliskich itp.”¹⁷, ale także „uprawnienie wzniesienia nagrobka i jego przekształcenia, prawo do stałego odwiedzania grobu, stałego jego utrzymywania w należytych stanie, prawo wykonywania zmian o charakterze dekoracyjnym itp.”¹⁸. Dopiero „Suma tych uprawnień stanowi prawo do grobu”¹⁹. Tak zarysowane uprawnienie zawiera w sobie „moc wykonywania władztwa nad grobem o treści odpowiadającej — w granicach zakreślonych treścią prawa do grobu — posiadaniu zależnemu (art. 336 k.c.)”²⁰. Należy zatem uznać, że prawo do grobu oznacza prawne dozwoleństwo na dokonanie pochówku w określonej umową parceli grobowej, a od tego momentu obejmuje ono także sumę uprawnień umożliwiających dysponentowi sprawowanie należytego kultu osoby zmarłej. Prawo to zatem może mieć różną formę, w zależności od wystąpienia czynności pochowania zmarłego.

Wystąpienie czynności pochowania istotnie wpływa na zakres prawa do grobu, zwłaszcza w kontekście prawa do pochowania, które stanowi główną część składową prawa do grobu²¹. Decyzja w sprawie pochowania w grobie zmar-

¹⁷ Wyrok SN z 17 lutego 2016 r., III CSK 84/15, LEX 1992040.

¹⁸ Wyrok WSA w Szczecinie z 14 sierpnia 2013 r., II SA/Sz 212/13, LEX 1317031.

¹⁹ Wyrok SN z 17 lutego 2016 r., III CSK 84/15. Por. między innymi uchwałę SN z 7 grudnia 1970 r., III CZP 75/70, LEX 1212.

²⁰ S. Rudnicki, *Zagadnienia cywilistyczne ustawy o cmentarzach i chowaniu zmarłych*, „Palestra” 1987, nr 10–11(31), s. 109; uchwała SN z 29 września 1978 r., III CZP 56/78, LEX 2309.

²¹ Por. J. Sobczak, M. GoŁda-Sobczak, *Prawo do grobu jako problem kulturowy i prawny*, „Zeszyty Naukowe KUL” 2018, nr 1(60), s. 204. Por. postanowienie SN – Izba Cywilna z 10 stycznia 2020 r., IV CSK 371/19, Legalis 2591625.

łego podlega bowiem dywersyfikacji w zależności od tego, czy w danym grobie określony jego dysponent już kogoś pochował. Jeżeli nie, to jemu przysługuje wyłączne prawo do decydowania o tym, kto w grobie zostanie pochowany. Jeśli z kolei dokonano już pochówku, wówczas osoby najbliższe zmarłemu zyskują prawo współdecydowania o pochówku kolejnych zmarłych w określonym grobie i to niezależnie od tego, czy uiściły stosowną opłatę grobową²². Sytuację taką można nazwać „rozłaniem się prawa do grobu”, które od momentu dokonania pierwszego pochówku w danej parceli grobowej rozlewa się na bliskich pochowanego. Nie oznacza to jednak, że osoby te same nabywają prawo do pochowania w danym grobie²³.

Miejsce grobowe każdorazowo stanowi część składową nieruchomości cmentarza, na której znajduje się grób, stąd, zgodnie z art. 47 k.c., poszczególne parcele grobowe nie mogą być przedmiotem odrębnej własności i innych praw rzeczowych²⁴. Wynika stąd, że prawo do grobu nie może mieć charakteru odrębnego prawa własności czy użytkowania wieczystego²⁵. Dlatego tak zwane „nabycie” miejsca grobowego nie oznacza uzyskania tytułu własności do niego. Pomimo zawarcia umowy „Miejsce pod grób [...] nadal stanowi własność właściciela cmentarza, ale niewątpliwie przyznanie danej osobie (dysponentowi) prawa do miejsca pod grób [...] oznacza nakaz skierowany do administratora cmentarza co do ochrony tego miejsca przed jego rozdysponowaniem dla innej osoby”²⁶. Miejsce grobowe stanowi więc wciąż część składową nieruchomości cmentarnej. Umowa o miejsce grobowe, mająca jedynie charakter obligacyjny, nie może tego nigdy zmienić.

Należy jednak pamiętać, że uprawnienia własnościowe administratora cmentarza ulegają redukcji w momencie zawarcia omawianej umowy, celem zapewnienia możliwości realizowania swych uprawnień przez podmioty, któ-

²² Wyrok SA w Łodzi – I Wydział Cywilny z 25 sierpnia 2016 r., I ACa 125/16, Legalis 1509068; wyrok SN z 9 grudnia 2011 r., III CSK 106/11, LEX 1165006.

²³ S. Rudnicki, *Zagadnienia cywilistyczne...*, s. 113.

²⁴ Por. uchwały SN z 7 grudnia 1970 r., III CZP 75/70, LEX 1212 i z 29 września 1978 r., III CZP 56/78, LEX 2309.

²⁵ Wyrok SN z 7 czerwca 2001 r., III CKN 406/00, LEX 49475; uchwała SN z 29 września 1978 r., III CZP 56/78, LEX 2309. Obecnie podobne zapatrywania w tym zakresie przedstawia amerykańska nauka prawa. Nie zawsze jednak tak było. Początkowo amerykańskie prawo do grobu (*The Right of Sepulcher*) funkcjonowało jako sprzedaż nieruchomości parceli ziemnych przeznaczonych do pochówku, a dopiero z czasem zmieniło swój charakter do postaci udostępniania miejsca na cmentarzu do pochowania zmarłego. Zob. A.K. Hansen, *Who is in my Grave...*, s. 146–152. Jak się wskazuje: „This shift made the right more of a servitude on the land than an actual property interest, as it specifically narrowed the use to one purpose”, tamże, s. 146.

²⁶ Wyrok WSA w Krakowie z 11 marca 2016 r., III SA/Kr 1360/15, LEX 2014846.

rym przysługuje prawo do grobu²⁷. Administrator odtąd nie może w sposób nieograniczony korzystać ze swojej nieruchomości, albowiem, zgodnie z art. 140 k.c.: „W granicach określonych przez ustawy i zasady współżycia społecznego właściciel może, z wyłączeniem innym osób, korzystać z rzeczy zgodnie ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem swego prawa w szczególności może pobierać pożytki i inne dochody z rzeczy. W tych samych granicach może rozporządzać rzeczą”. Występuje w tej mierze podobieństwo prawa do grobu do służebności gruntowej, która nie przełamując uprawnień właścicielskich, istotnie je jednak ogranicza. Prawo do grobu znajduje także pewne podobieństwa do użytkowania (obciążenie rzeczy prawem używania, kwestia ponoszenia ciężarów za korzystanie i naprawy), a także służebności gruntowej (obciążenie nieruchomości celem zaspokojenia określonych potrzeb, ograniczenie właściciela w możliwości korzystania z przedmiotu umowy). Z powodu jednak swojego wyjątkowego charakteru, nie można go utożsamiać z żadną z tych konstrukcji.

Co istotne, prawu do grobu, z racji jego szczególnego charakteru i roli, przypisuje się charakter bezwzględny, a więc skuteczny *erga omnes*, także dla osób pozostających poza stosunkiem prawnym łączącym uprawnionego z administratorem cmentarza²⁸. Wynika stąd ciężący na wszystkich zakaz ingerencji w sferę tego prawa. Umowa o miejsce grobowe zawarta z administratorem nie jest więc zwykłą umową zobowiązującą, ponieważ wywołuje skutek wobec osób trzecich – kreuje wierzytelność o rozszerzonej, bezwzględnej skuteczności.

Uprawnienia zwane prawem do grobu – a więc także zarząd nad grobem – może przysługiwać więcej niż jednej osobie, co może mieć miejsce zwłaszcza w przypadku zawarcia umowy o miejsce grobowe przez kilka osób. Zgodnie z ugruntowanym w orzecznictwie poglądem stosuje się wówczas przepisy 199 – 205 k.c. i 209 k.c., dotyczące zarządu rzeczą wspólną będącą przedmiotem współwłasności, które „w drodze analogii mogą mieć zastosowania do wspólności innych praw, w tym również do wspólnego prawa

²⁷ Por. J. Gudowski, G. Rudnicki, J. Rudnicka, S. Rudnicki (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, T. 2. *Własność i inne prawa rzeczowe*, Wolters Kluwer, Warszawa 2016, s. 36 i 47–68. Por. postanowienie SN z 21 stycznia 2015 r., IV 203/14, LEX 1656510.

²⁸ S. Rudnicki, *Prawo do grobu...*, s. 106–107; Z. Radwański, *Prawo cywilne – część ogólna*, Podręczniki Prawnicze, C.H. Beck, Warszawa 2007, s. 84; A. Chodorowska, Ł. Szumkowski, *Problematyka prawa do grobu...*, s. 21; K. Dadańska, A. Tomczyk, *Kontrowersje wokół...*, s. 157, 166–167. Wskazuje się, że: „Swoistość stosunku cywilnoprawnego, jakim jest prawo do grobu, polega przede wszystkim na przenikaniu praw majątkowych i osobistych, z których te ostatnie mają zazwyczaj charakter dominujący, co decyduje o bezwzględnym i nietypowym charakterze wynikającego zeń prawa podmiotowego”, E. Dołęgowska, K. Klubisz, A. Tworowska, *Cywilnoprawna regulacja...*, s. 123.

do grobu. Znajdują one zastosowanie zwłaszcza do rozwiązywania spornych kwestii pomiędzy współuprawnionymi związanych z korzystaniem ze wspólnego grobu²⁹. Zaznacza się jednak, że analogia taka musi być „ostrożna”³⁰.

Uważa się, że samo prawo do grobu ma charakter mieszany – niejednorodny i stanowi wiązkę sprzężonych ze sobą uprawnień majątkowych i niemajątkowych³¹. Wynika to z faktu, iż uprawnienia składające się na prawo do grobu mają na celu zarówno ochronę majątkowego, jak i niemajątkowego interesu dysponenta. Twierdzi się, że ma ono pierwotnie charakter wyłącznie majątkowy, a dopiero z chwilą dokonania pierwszego pochówku ciała zmarłego staje się także uprawnieniem o charakterze dobra osobistego³². Na tej podstawie skonstruowano koncepcję prawa do grobu jako dobra o charakterze niejednorodnym i zmiennym – pierwotnie materialnym, lecz z chwilą dokonania pochówku, w przeważającej mierze osobistym. Zgodnie z tym, po dokonaniu pierwszego pochówku w danej parceli grobowej ma dochodzić do zmiany charakteru prawa do grobu, ponieważ z uprawnieniami majątkowymi łączą się wówczas elementy niemajątkowe. Im też przypisywana jest rola wiodąca³³. Koncepcja taka rodzi jednak uzasadnione wątpliwości³⁴.

Wydaje się, że lepiej byłoby postrzegać prawo do grobu jako dwupostaciowe. Zgodnie z tym, należy rozróżnić dwie postaci prawa do grobu: prawo do grobu pustego oraz – nazwijmy je – właściwe prawo do grobu. Przedmiotem pierwszego z nich jest grób, w którym nie została złożona żadna osoba zmarła, ewentualnie „mające charakter niemajątkowy uprawnienie osoby, która nabyła prawo do grobu, do decydowania o przeznaczeniu grobu wygasło i nie ma innej,

²⁹ Wyrok SN z 3 grudnia 2010 r., I CSK 66/10, LEX 738085. Por. wyroki SN: z 28 maja 1978 r., I CR 57/78, OSNCP 1979, nr 9, poz. 163 i z 29 września 1978 r., III CZP 56/78, LEX 2309; z 8 maja 2015 r., III CSK 305/14, LEX 1723776.

³⁰ Wyrok SN z 24 czerwca 2019 r., III CSK 267/17, LEX 2684205.

³¹ Zob. m.in. wyroki SN: 13 lutego 1979 r., I CR 25/79, LEX 2374; z 7 maja 2009 r., IV CSK 513/08, LEX 610221; wyrok NSA z 22 stycznia 2015 r., II FSK 3093/12, LEX 1769592.

³² Zob. wyroki SN: z 4 czerwca 1982 r., I CR 141/82, LEX 2819; z 7 czerwca 2001 r., III CKN 406/00, LEX 49475; z 14 października 2011 r., III CSK 340/10, LEX 785271.

³³ M. Masternak-Kubiak, *Prawo do grobu...*, s. 235.

³⁴ Zauważa się, że owa zmiana charakteru prawa do grobu, która zachodzi w wyniku zmieszania praw niemajątkowych z majątkowymi, „[...] nie wydaje się [...] znajdować jakiegokolwiek podstawy prawnej”, P. Walczak, *O nowe prawo do grobu? Glosa krytyczna do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 24 czerwca 2019 roku, III CSK 267/17*, „Forum Prawnicze” 2020, t. 57, nr 1, s. 95. Co więcej, próżno szukać podobnej konstrukcji w polskim prawie. Dlatego przywołany autor uważa, że „Należy raczej uznać, że pierwotny majątkowy charakter prawa do grobu pustego nie może ulec zmianie wskutek zewnętrznych zdarzeń faktycznych w postaci złożenia tam pierwszego ciała. Takie okoliczności nie mogą naruszać jego istoty, czyniąc prawo do grobu niemajątkowym wskutek dominacji elementów osobistych nad prawem majątkowym”, tamże.

której uprawnienie to przysługuje”³⁵. Drugą postacią prawa do grobu jest właściwe prawo do grobu, a więc mające za przedmiot grób, w którym został już ktoś pochowany zgodnie z poleceniem osoby zawierającej umowę z administracją cmentarza. Wyraźne oddzielenie od siebie dwóch postaci omawianego prawa jest wskazane, ponieważ obie postaci prawa do grobu cechują się odmiennym charakterem i reżimem prawnym.

Należy przy tym pamiętać, że prawo do pustego grobu jest stosunkowo rzadkie. Może ono zupełnie nie zaistnieć, ponieważ administrator cmentarza może nie dopuścić możliwości rezerwowania miejsc grobowych, uniemożliwiając tym samym nabycie prawa do grobu w jego wyłącznie majątkowej postaci. Ponadto w przeważającej większości przypadków zawierający z administratorem umowę o miejsce grobowe dokonują tego z jednoczesnym zleceniem pochówku osoby zmarłej. Wciąż jednak prawo do grobu w takiej postaci jest możliwe i w praktyce występuje. Treść prawa do pustego grobu odpowiada istniejącemu w danej sytuacji posiadaniu zależnemu, natomiast zakres uprawnień do takiego grobu wynika z umowy z zarządem cmentarza³⁶.

Prawo do miejsca grobowego w przypadku grobu ziemnego wygasa *ipso iure* z chwilą ponownego użycia grobu przez zarząd cmentarza, który po upływie 20 lat od dnia pochowania poprzedniej osoby, „oddał dane miejsce komu innemu, nieposiadającemu wcześniej prawa do grobu w tym miejscu, celem pochowania tam zwłok innego «obcego» zmarłego”³⁷. Termin ten może zostać jednak odwleczony poprzez kumulatywne spełnienie dwóch warunków wskazanych w art. 7 ust. 2 Ustawy: zgłoszenie zastrzeżenia przez jakąkolwiek osobę oraz uiszczenie opłaty przewidzianej za pochowanie zwłok. Opisywana czynność ma charakter realny (podobnie jak zadatek), ponieważ nie wystarczy złożenie samego zastrzeżenia – do skutecznego wywarcia skutku w postaci przedłużenia zakazu grzebania w danym miejscu zmarłego wymagane jest także dokonanie opłaty i to w pełnej jej wysokości³⁸. Przedłużenie prawa do grobu może nastąpić bez względu na to, czy w danej kwaterze dokonano pochówku. Owo przedłużenie prawa w przypadku grobu pustego stanowi sposobność wydłużenia okresu czasu, w jakim możliwy jest potencjalny transfer omawianego

³⁵ M. Pazdan [w:] K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks cywilny*, T. 2. *Komentarz do art. 450–1088. Przepisy wprowadzające*, Duże Komentarze Becka, C.H. Beck, Warszawa 2021, s. 1046; M. Zelek [w:] M. Gutowski (red.), *Kodeks cywilny*, T. 3. *Komentarz. Art. 627–1088*, Duże Komentarze Becka, C.H. Beck, Warszawa 2019, s. 1079.

³⁶ W. Borysiak [w:] W. Borysiak, P. Księżak (aut.), K. Osajda (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, T. 3, *Spadki (art. 922–1088)*, C.H. Beck, Warszawa 2013, s. 31.

³⁷ Wyrok SN z 3 grudnia 2010 r., I CSK 66/10, LEX 738085.

³⁸ Por. wyrok SO w Zielonej Górze Wydział I Cywilny z 20 listopada 2014 r., I C 250/14, Legalis 2116273.

uprawnienia na podmioty, które początkowo nim nie dysponowały. Zgodnie z art. 7 ust. 3 Ustawy powyższe rozważania nie mają jednak zastosowania do grobów murowanych przeznaczonych do pomieszczenia zwłok więcej niż jednej osoby oraz katakumb³⁹. W tych przypadkach „członkowie rodziny uprawnieni do tego grobu nie tylko nie muszą po upływie 20 lat przedłużać tego prawa, ale także uiszczać ponownej opłaty”⁴⁰. „[...] Zarząd cmentarza nie ma prawa dysponować tym samym wolnymi miejscami w grobie murowanym przez cały czas jego istnienia. Nie może pobierać też kolejnej opłaty”⁴¹. Mamy tu do czynienia z trwałym, a więc nieograniczonym w czasie korzystaniem z grobu⁴². Jest ono niezależnione od konieczności wnoszenia następnych opłat, z wyjątkiem tych, które pobiera się w związku z pochówkiem kolejnych osób w grobie takiego rodzaju⁴³.

3. Dwupostaciowość prawa do grobu a kwestia jego zbywalności za życia fundatora

Dokonawszy dotychczasowych ustaleń, można przystąpić do rozważań w zakresie materii zasadniczej na gruncie niniejszego artykułu. Uprawnienia wynikające z prawa do grobu mogą przechodzić na inne osoby, a do samego przejścia tego prawa może dojść zarówno w trakcie życia osoby, która zawarła umowę o miejsce grobowe, jak i po jej śmierci. Jednakże sposób, w jaki może dochodzić do transferu uprawnienia, zależy od postaci, w jakiej występuje prawo do grobu.

Przed dokonaniem pierwszego pochówku w danej parceli grobowej prawo do grobu pustego ma charakter wyłącznie majątkowy⁴⁴. Jest ono zbywalne i dziedziczne⁴⁵. Właściwości prawa do pustego grobu nie sprzeciwia się rozdy-

³⁹ Por. S. Rudnicki, *Prawo do grobu...*, s. 100 i K. Dadańska, A. Tomczyk, *Kontrowersje wokół...*, s. 153.

⁴⁰ Wyrok SN z 3 grudnia 2010 r., I CSK 66/10, LEX 738085.

⁴¹ B. Pieron, *Problem legalności opłaty za przedłużenie prawa do grobu*, [w:] E. Kruk (red.), *Pogrzeb w prawie kanonicznym i prawie świeckim*, Uniwersytet Papieski Jana Pawła II w Krakowie. Wydawnictwo Naukowe, Kraków 2019, s. 37.

⁴² W świetle obecnego stanu prawnego za błędne należy uznać przyrównywanie prawa do grobu murowanego do używania wieczystego w aspekcie przedłużania prawa do takiego grobu o kolejne 99 lat przy każdym kolejnym pochówku, zob. E. Dołęgowska, K. Klibisz, A. Tworkowska, *Cywilnoprawna regulacja...*, s. 122.

⁴³ Por. wyrok SA w Krakowie z 3 grudnia 2014 r., I ACa 1227/14, LEX 1665090.

⁴⁴ Por. uchwała SN z 2 grudnia 1994 r., III CZP 155/94, LEX 4149; uchwała SN z 28 października 2004 r., III CZP 59/04, LEX 125511. Tak też: J. Sobczak, M. Gołda-Sobczak, *Prawo do grobu...*, s. 204; S. Rudnicki, *Prawo do grobu...*, s. 110–111, oraz J. Kremis [w:] E. Gniewek, P. Machnikowski (red.), *Kodeks Cywilny. Komentarz*, Komentarze Kodeksowe, C.H. Beck, Warszawa 2016, s. 1685.

⁴⁵ Wyrok NSA z 11 stycznia 2017 r., II OSK 929/15, LEX 2248124; S. Rudnicki, *Prawo do grobu...*, s. 111; W. Borysiak [w:] W. Borysiak, P. Księżak (aut.), K. Osajda (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, T. 3, *Spadki...*, s. 31.

ponowanie wolnym miejscem grobowym na rzecz osoby nie będącej dotychczas uprawnioną. Charakter prawa majątkowego rozstrzyga o jego zbywalności, gdyż nieprzenaszalność prawa majątkowego może wynikać tylko z wyraźnego przepisu prawa. Wszak „Zasadą jest [...] swoboda rozporządzalności nabytymi zgodnie z ustawą prawami majątkowymi i ich przenaszalność, które to cechy posiada prawo do grobu do chwili pochowania w nim osoby zmarłego”⁴⁶.

Przejęcie prawa do pustego grobu, zarówno w stosunku do całego grobu, jak i nawet do jednego miejsca grobowego, może się więc dokonać na podstawie czynności prawnej. Prawo do dysponowania grobem – oprócz podstawowego w tej mierze zawarcia umowy z zarządcą cmentarza – może zatem zostać nabyte także w wyniku zawarcia umowy sprzedaży (art. 555 k.c.), umowy na rzecz osoby trzeciej (art. 393 k.c.) czy też darowizny (art. 888 k.c.). Tego typu transakcje, zwane nieprawidłowo „porozumieniami” z racji, iż są umowami, mają charakter wiążący (art. 56 i 354 k.c.)⁴⁷.

Z momentem powstania prawa do grobu w jego standardowej formie, a więc po dokonaniu w grobie pierwszego pochówku, możliwość obrotu prawem podlega drastycznemu ograniczeniu. O ile prawo do pustego grobu może stanowić przedmiot zbycia, o tyle po dokonaniu pierwszego pochówku zbyte już być nie może. Momentem decydującym o transformacji charakteru prawa do grobu jest zdarzenie pochowania. W jego momencie powstaje prawo do grobu w nowej formie – prawo do grobu pustego ustaje, w jego miejsce powstaje właściwe prawo do grobu. W konsekwencji dokonania pochówku możliwość „[...] wykonywania praw majątkowych ulega ograniczeniu, a samo prawo do grobu zmienia swoją istotę na niematerialną z uwagi na prymat dóbr o charakterze osobistym względem dóbr majątkowych w kodeksie cywilnym”⁴⁸. Prawa majątkowe tracą wówczas swą odrębność i nie jest możliwe rozdzielenie ich od uprawnień osobistych, które wysuwają się na pierwszy plan⁴⁹. Aspekt majątkowy prawa do grobu zostaje zatem zdominowany przez elementy osobiste (zwłaszcza prawo do kultu zmarłego), które są ściśle związane z określonymi osobami. Jako prawa osobiste są ze swej istoty niezbywalne i niedziedziczne⁵⁰. Ich właściwość

⁴⁶ Wyrok NSA z 11 stycznia 2017 r., II OSK 929/15. Por. S. Grzybowski, *System Prawa Cywilnego...*, s. 227.

⁴⁷ S. Rudnicki, *Prawo do grobu...*, s. 100.

⁴⁸ Por. P. Walczak, *O nowe prawo...*, s. 93.

⁴⁹ Jest to tak zwany: „mieszany model prawa do grobu”. Zob. wyrok NSA z 11 stycznia 2017 r., II OSK 929/15; wyrok SN z 13 lutego 1979 r., I CR 25/79, LEX 2374; wyrok SA w Poznaniu z 1 stycznia 2007 r., I ACa 1033/06, LEX 331041; wyrok SA w Krakowie z 20 lutego 2015 r., I ACa 1688/14, Legalis 1229747; E. Dołęgowska, K. Klibisz, A. Tworowska, *Cywilnoprawna regulacja...*, s. 122. Krytycznie na ten temat: P. Walczak, *O nowe prawo...*, s. 95.

⁵⁰ Por. T. Grzeszak, *Dobro osobiste jako dobro zindywidualizowane*, „Przegląd Sądowy” 2018, nr 4, s. 33–34. M. Masternak-Kubiak, *Prawo do grobu...*, s. 235. Por. J. Kremis, [w:] *Kodeks Cywilny. Komentarz...*, s. 1685.

w postaci nieprzenaszalności rozciąga się na całe prawo do grobu. Zdarzenie pochowania ciała w grobie zatem „skutkuje wyłączeniem z obrotu i pozbawieniem przymiotu zbywalności oraz dziedziczności”⁵¹. Mowa jednakże o grobie, w którym pozostają jeszcze wolne miejsca grzebalne; w przypadku grobu z jednym tylko miejscem grobowym, problem wyłączenia z obrotu w ogóle nie powstaje.

Drugim czynnikiem uniemożliwiającym wyłączne rozporządzanie uprawnieniami wchodzącymi w skład rzeczowego prawa jest „rozlanie się prawa do grobu”, a więc uzyskanie prawa do grobu przez najbliższych osoby pochowanej wymienione w art. 10 Ustawy. Prawo do grobu od momentu dokonania pochówku, „przysługuje łącznie wszystkim osobom najbliższym zmarłego – każda z tych osób jest współuprawniona i wszystkie mają równe prawa”⁵². Odtąd każda może zdecydować o rozporządzaniu pozostałymi miejscami wolnymi danego grobu. Rozporządzenie wolnym miejscem grobowym w postaci zmiany przeznaczenia lub sposobu korzystania z grobu, będąc czynnością przekraczającą zwykły zarząd rzeczą, wymaga zgody wszystkich bliskich zmarłego, stających się współuprawnionymi⁵³. Taka „[...] czynność może naruszać prawo do kultu zmarłych przysługujące każdemu z nich oraz prawo majątkowe do współposiadania i współdecydowania o prawie do grobu”⁵⁴. Dyspozycja grobem (podobnie jak prawo urządzenia nagrobka) stanowi odtąd dobro osobiste, polegające na prawie do kultu osoby najbliższej⁵⁵. W ten sposób rozporządzanie prawem do grobu „wobec przewagi elementów niemajątkowych i konieczności respektowania praw innych osób uprawnionych, nie będzie już dopuszczalne”⁵⁶. Owa regulacja zdaje się mieć na celu ochronę praw najbliższych krewnych do przechowywania szczątków osoby im bliskiej w grobie.

Należy jednak krytycznie odnieść się do zarysowanej wyżej regulacji, gdyż zgodnie z nią, z racji samych powiązań rodzinnych wpływają określone uprawnienia co do dalszego wykorzystywania grobu. Ponadto nie zostają w żadnym

⁵¹ P. Walczak, *O nowe prawo...*, s. 92. Por. wyrok SN z 13 lutego 1979 r., I CR 25/79, LEX 2374; uchwała SN z 2 lutego 1994 r., III CZP 155/94; wyrok SN z 3 grudnia 2010 r., I CSK 66/10, LEX 738085; wyrok SO w Warszawie-Pradze, z 11 marca 2020 r., I C 181/17, Legalis 2638473.

⁵² P. Walczak, *O nowe prawo...*, s. 93.

⁵³ Por. wyrok SA w Krakowie z 3 listopada 2016 r., I ACa 691/16, LEX 2208463.

⁵⁴ Wyrok SO w Warszawie-Pradze, z 11 marca 2020, I C 181/17, Legalis 2638473.

⁵⁵ Wyrok SA w Poznaniu z 31 października 2017 r., I ACa 1582/16, Legalis 1805014. Por. wyrok SA w Krakowie z 3 listopada 2016 r., I ACa 691/16, LEX 2208463, gdzie stwierdzono, iż: „Po pochowaniu pierwszych zwłok w grobie, o tym komu przysługuje i jak długo trwa prawo do tego grobu, decydują okoliczności mające źródło w stosunkach osobistych wynikających z bliskości i kultu pamięci osoby zmarłej, jaki żywią osoby jej bliskie, opiekujące się grobem”.

⁵⁶ K. Dadańska, A. Tomczyk, *Kontrowersje wokół...*, s. 170–171. Por. wyrok SA w Białymstoku z 11 lutego 2015 r., I ACa 749/14, LEX 1661129.

stopniu chronione interesy pierwotnego dysponenta, który grób z własnych środków sfinansował, ufundował i o niego dba. Jego uprawnienia zostają zrównane z resztą bliskich zmarłego. Dzieje się tak pomimo tego, iż mogli oni zupełnie nie partycypować w kosztach założenia i utrzymania grobu, a więc łącząca ich ze zmarłym może być jedynie częściowa. Zgodnie ze stanowiskiem przeważającym w judykaturze bez względu na to, czy mamy do czynienia ze wspólnym pokryciem przez członków rodziny kosztów wzniesienia grobu, czy też grób ten został ufundowany wyłącznie przez jednego z nich, sytuacja prawna nie ulega zmianie – w obu przypadkach osoba fundatora nie może być uważana za jedyne uprawnione do dysponowania grobem, w którym dokonano pochówku⁵⁷. Sprzeciw fundatora nie ma tutaj żadnego znaczenia⁵⁸. W praktyce więc założyciel grobu pomimo swoich nakładów i zaangażowania z momentem pierwszego pochówku traci swobodę dysponowania grobem. Z tak sformułowanym poglądem trudno się zgodzić. Interesy założyciela powinny zachować pierwszeństwo realizacji. Istnienie uprawnień niemajątkowych wobec określonego grobu pozostaje kategorią bezsporną, jednak nie należy uznawać ich za ważniejsze niż uprawnienia majątkowe, gdyż są one zewnętrzne i wtórne⁵⁹.

Sądy podkreślają jednak, iż przyjęta optyka, która prowadzi do zakazu obrotem prawa do grobu, nie stoi w sprzeczności z postanowieniami Konstytucji – zwłaszcza jej art. 64 ust. 2, poddającym ochronie zarówno prawo własności, jak i inne prawa majątkowe – i to nawet wtedy, gdy przedmiotem zakazu objęty jest grób pusty, co też może wynikać z regulaminu cmentarza. Wskazuje się, że działanie takie, stanowiąc oczywiste ograniczenia prawa własności, spełnia jednak wymogi zasady proporcjonalności⁶⁰.

Również w przypadku przedłużenia prawa do grobu nie może być mowy o jego zbyciu, gdyż opłaty pobierane w tym celu „można zakwalifikować jako opłaty za usługi administratora cmentarza, polegające na udostępnieniu miejsca pod grób i te opłaty bezspornie związane są z pochowaniem zmarłych osób fizycznych”⁶¹, a takie opłaty „nie mają charakteru prawa zbywalnego”⁶².

⁵⁷ Jak stwierdził SN w wyroku z 8 listopada 2007 r., III CSK 151/07, LEX 361287: „[...] ufundowanie grobu rodzinnego ogranicza podmiotowy zakres prawa do pochówku i do pochowania, ponieważ służy ono tylko najbliższym członkom rodziny fundatora, którzy tworzą szczególnego rodzaju wspólnotę i ze względu na pokrewieństwo z fundatorem nabywają własne uprawnienia do pochowania w grobie zwłok innych osób niż zwłoki osób, dla których grób został przeznaczony”.

⁵⁸ Por. wyrok SN z 8 listopada 2007 r., III CSK 151/07, LEX 361287.

⁵⁹ Por. P. Walczak, *O nowe prawo...*, s. 95.

⁶⁰ Tamże.

⁶¹ Wyrok NSA z 11 stycznia 2017 r., II OSK 929/15.

⁶² Tamże.

Pomimo opisanego rozszerzenia się kręgu uprawnionych, do którego dochodzi wskutek pochowania w grobie osoby zmarłej, nabycie prawa do wolnego miejsca grobowego przez osobę niebędącą dotychczas uprawnioną jest dalej możliwe. Poprzez rozporządzenie taką parcelą nie dochodzi jednak do zbycia prawa, lecz powstaje ono dla nowej osoby na podstawie umowy zawartej z wszystkimi dotychczas uprawnionymi⁶³. W razie braku uzyskania takiej zgody większość uprawnionych może żądać rozstrzygnięcia sprawy przez sąd, który orzeka, mając na uwadze cel takiej czynności oraz interesy wszystkich współuprawnionych⁶⁴. Większość oblicza się spośród ogólnej liczby uprawnionych⁶⁵.

4. Zbywalność prawa do grobu po śmierci dysponenta

Inaczej aniżeli służebność osobista prawo do grobu w żadnej ze swoich form nie wygasa z chwilą śmierci dysponenta. Rodzi to pytanie o kwestię jego dziedziczności. Z brzmienia art. 922 § 1 k.c. wynika, że do spadku należą wyłącznie prawa i obowiązki mające charakter majątkowy. Należy z tego wywieść wniosek, że przedmiotem spadku nie mogą być prawa i obowiązki niemajątkowe, ponieważ ich charakter ściśle związany z osobą zmarłego wyklucza przeniesienie lub przejście uprawnienia na inne osoby⁶⁶. Stąd ponownie odpowiedź na rodzące się wątpliwości w zakresie tego, czy prawo do grobu będzie dziedziczne, zależy od formy, w której prawo to występuje.

Jak zostało już wskazane, prawo do grobu pustego zawiera w sobie jedynie aspekt majątkowy. Dlatego jest nie tylko zbywalne, ale i dziedziczne. Stanowi ono prawo majątkowe chroniące interes majątkowy nabywcy. Nawet gdybyśmy przyjęli, że prawo do grobu pustego ma charakter mieszany (a więc majątkowy i niemajątkowy zarazem, jak uważa część doktryny⁶⁷), to wciąż należy jednak

⁶³ S. Rudnicki, *Zagadnienia cywilistyczne...*, s. 114–115.

⁶⁴ Por. wyrok SN z 4 czerwca 1982 r., I CR 141/82, LEX 2819.

⁶⁵ S. Rudnicki, *Prawo do grobu...*, s. 131.

⁶⁶ Zob. M. Pazdan [w:] K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks cywilny*, T. 2. *Komentarz...*, s. 1063–1064; S. Grzybowski, *System Prawa Cywilnego...*, s. 305; A. Szpunar, *Ochrona prawna kultu osoby zmarłej*, „Palestra” 1978, nr 8, s. 31; J. Panowicz-Lipska, *Majątkowa ochrona dóbr osobistych*, Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 1975, s. 101; W. Borysiak, [w:] W. Borysiak, P. Księżak (aut.), K. Osajda (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, T. 3, *Spadki...*, s. 31. uchwała SN z 2 grudnia 1994 r., III CZP 155/94.

⁶⁷ Zob. J. Mazurkiewicz, *O naturze praw, niegdyśszych przypisach, liście z Rabki oraz skarbie opowiedzianym przez staruszkę*, „Forum Prawnicze” 2021, nr 1(63), s. 89–90. Przytoczony autor uważa, że nawet na prawo do grobu pustego składają się elementy osobiste. Twierdzi, że „Prawo do chyba wszelkich dóbr nie ma charakteru monolitycznego. Jest majątkowe i niemajątkowe, w zróżnicowanych *ex natura rerum* proporcjach”, tamże, s. 93.

przyjąć, że dopiero w wypadku, gdy w konstrukcji danego prawa komponent niemajątkowy jest dominujący lub niepomijalny, prawa takie uznać należy za niedziedziczne. W przypadku prawa do grobu pustego sytuacja taka nie zachodzi. Można nim więc rozporządzać w testamencie poprzez zapis zwykły oraz windykacyjny. Podlega ono dziedziczeniu na zasadach ogólnych.

Z odmienną sytuacją mamy do czynienia w przypadku grobu, w którym został już ktoś pochowany. Z momentem dokonania pochówku powstaje właściwe prawo do grobu o charakterze w przeważającej mierze osobistym. Bliskim zaś pochowanego, na których zgodnie z art. 10 Ustawy „rozlało się” prawo do grobu, przysługuje uprawnienie do sprawowania czynności kultu pamięci, a także możliwość decydowania o pochowaniu zwłok w wybranym przez siebie miejscu⁶⁸. Z uwagi na powyższe uważa się, że prawo do grobu, w którym został już ktoś pochowany, nie może być uznane za przedmiot majątkowy i nie podlega regułom dziedziczenia⁶⁹. Niemniej „Stwierdzenie, że prawo do grobu nie podlega regułom dziedziczenia, nie oznacza, że wygasa ono przez śmierć tego, kto je nabył. Przysługuje ono nadal, ale już własnym prawem, innym osobom uprawnionym do pochowania dalszych osób, o czym była wyżej mowa, dla których grób był przeznaczony, a w razie braku takich osób – członkom najbliższej rodziny osób pochowanych w tym grobie”⁷⁰.

Wobec braku jasnych regulacji w zakresie przejścia uprawnień do miejsca grobowego po śmierci dotychczasowego dysponenta powstaje konieczność dochodzenia roszczeń przez kolejnych uprawnionych w trybie art. 189 k.p.c. „Sądy natomiast, prowadząc takie postępowanie, najczęściej posilkują się ustawowym kręgiem dziedziczenia czy testamentowymi rozrządzeniami ustanawiającymi dziedzica”⁷¹. Owe regulacje traktowane są jako wskazówka posiłkowa co do kolejności poszczególnych uprawnień. Stąd wspomniana procedura „[...] jest rozstrzygnięciem w istocie równoległym do postępowania spadkowego o sukcesji syngularnej *mortis causa* dóbr niematerialnych”⁷². Stanowi więc ona

⁶⁸ Por. A. Kawałko, Art. 922, [w:] M. Habdas, M. Fras (red.), *Kodeks Cywilny. Komentarz*, T. 6, *Spadki (art. 922–1087)*, Komentarze Praktyczne, Wolters Kluwer, Warszawa 2019, s. 34.

⁶⁹ W. Borysiak [w:] W. Borysiak, P. Księżak (aut.), K. Osajda (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, T. 3, *Spadki...*, s. 30; J. Kremis, [w:] *Kodeks Cywilny. Komentarz...*, s. 1685; S. Rudnicki, *Prawo do grobu...*, s. 110–117; uchwała SN z 2 grudnia 1994 r., III CZP 155/94; wyrok SN z 17 września 1986 r., IV CR 236/86, LEX 3314. Piśmiennictwo niemieckie uznaje natomiast, że prawo do grobu stanowi przykład prawa majątkowego, toteż należy do niego stosować zasady prawa spadkowego *per analogiam*. Szeroko na ten temat: J. Gaedke, *Handbuch des Friedhofs...*, s. 162 i n.

⁷⁰ S. Rudnicki, *Zagadnienia cywilistyczne...*, s. 114.

⁷¹ P. Walczak, *O nowe prawo...*, s. 92.

⁷² S. Rudnicki, *Zagadnienia cywilistyczne...*, s. 114.

w praktyce zdublowanie postępowania spadkowego, mając za cel wyłącznie rozstrzygnięcie w przedmiocie przypisania prawa do grobu bliskim zmarłego dysponenta. Praktyka taka występuje pomimo tego, że prawo do grobu nie może być przedmiotem działu spadku i działu majątku wspólnego po ustaniu wspólności majątkowej między małżonkami⁷³.

Niestety, następstwem obowiązującej obecnie regulacji jest „niepewność obrotu wynikająca ze stanu zawieszenia co do rzeczywiście uprawnionego oraz konieczność każdorazowego ustalania, komu przysługuje prawo do grobu w przypadku śmierci wyłącznego dysponenta. Niejednokrotnie ustalenie pełnego kręgu uprawnionych jest po prostu niemożliwe. Stąd nierzadka jest praktyka w postaci próby dysponowania swoim prawem przez dysponentów jeszcze za ich życia, chociażby poprzez wskazanie pożądaných sukcesorów w księgach cmentarnych. Stanowi to próbę obejścia skomplikowanego mechanizmu transferu prawa do grobu celem uregulowania kwestii jeszcze za życia dysponenta. Niestety, zgodnie z tym co podnosi się w literaturze, nie można obecnie dokonać dyspozycji prawem do grobu poprzez wyrażenie woli w zakresie przeznaczenia grobu przez osobę, która nabyła takie miejsce na cmentarzu. Takie „przeznaczenie”, będąc jednostronną czynnością prawną, nie tworzy stosunku zobowiązaniowego ani samo z siebie nie przyznaje prawa⁷⁴. Niemniej działanie takie stanowi formę uzewnętrznienia woli dysponenta co do przeznaczenia swojego grobu, toteż może i powinno być uwzględniane przez sądy w przypadku ewentualnych postępowań⁷⁵.

Obecnie istnieją dwa sposoby na to, aby fundator grobu zapewnił sobie użycie grobu zgodnie ze swą wolą. Pierwszym z nich jest zawarcie porozumienia pomiędzy członkami rodziny co do przeznaczenia danego grobu. Tego typu umowy, jak już zaznaczono powyżej, mają moc wiążącą. Drugim sposobem jest wytoczenie powództwa o ustalenie prawa do wyboru miejsca pochowania, czego podstawę stanowić będzie art. 189 k.p.c.⁷⁶

Wobec uregulowań Ustawy o cmentarzach, a ponadto stosunkowo jednolitej linii orzeczniczej na marginesie pozostają głosy, według których prawo do grobu powinno być pojmowane przede wszystkim w sensie majątkowym,

⁷³ Uchwała SN z 2 grudnia 1994 r., III CZP 155/94; A. Kawałko, *Art. 922*, [w:] M. Habdas, M. Frasz (red.), *Kodeks Cywilny. Komentarz*, T. 6. *Spadki...*, s. 33.

⁷⁴ S. Rudnicki, *Prawo do grobu...*, s. 49–51, 100.

⁷⁵ P. Księżak, W. Robaczyński, *Skuteczność woli zmarłego co do jego pochówku i sprawowania kultu jego pamięci*, „Palestra” 2012, t. 57, nr 9–10, s. 27–38; wyrok SN z 19 listopada 2020 r., II CSK 30/19, LEX 3082395; wyrok SN z 10 grudnia 2015 r., V CSK 201/15, LEX 3107876.

⁷⁶ Wyrok SA w Krakowie – I Wydział Cywilny z 22 lipca 2020 r., I ACa 743/19, Legalis 2502469; wyrok SA w Krakowie – I Wydział Cywilny z 13 marca 2014 r., I ACa 55/14, Legalis 1242445.

jednolicie, dzięki czemu powinno być zawsze dziedziczne zgodnie z ogólnymi regułami dziedziczenia⁷⁷. Tymczasem znane są systemy prawne, w których możliwe jest rozrządanie prawem do grobu w każdej z jego form w testamencie lub alternatywnie wobec administratora cmentarza⁷⁸.

5. Wnioski

Śmierć człowieka niesie za sobą rozliczne konsekwencje, które niejednokrotnie wymagają zmagania naukowców i sądów z ich właściwą oceną. Należałoby jednak oczekiwać, aby prawo szczególnie bliskie zwykłym ludziom – dotyczące zagadnienia pochówku osoby zmarłej, było uregulowane w sposób przystępny dla odbiorcy przeciętnego i nieobeznanego z nauką prawa. Tymczasem prawo do grobu, rekonstruowane na podstawie lakonicznego tekstu ustawy o cmentarzach i chowaniu zmarłych, pozostaje konstrukcją dalece nieoczywistą. Wynika to z faktu, iż dzisiejsza nauka prawa jak i orzecznictwo wypracowały koncepcję prawa do grobu jako prawa o charakterze zmiennym i niejednorodnym, stanowiącym wiązkę uprawnień materialnych i niematerialnych.

Dla uproszczenia materii należałoby przyjąć, że prawo do grobu jest dwupostaciowe. Pierwszą jego postacią jest prawo do grobu pustego. Drugą właściwe prawo do grobu, a więc prawo do grobu, w którym został już ktoś po-

⁷⁷ P. Walczak, *O nowe prawo...*, s. 96.

⁷⁸ Chociażby obowiązująca terenie na Stanu Illinois ustawa – *Cemetery Protection Act* – przewiduje w przypadku śmierci dysponenta, przeniesienie prawa do niewykorzystanych miejsc grobowych, które dokonuje się zgodnie z jego wolą wyrażoną w testamencie. Jeżeli z kolei nie istnieje testament, prawo do grobu można ustalić na podstawie informacji zawartych w formularzu specjalnego oświadczenia. Pierwotny uprawniony do miejsca grobowego wypełnia je, a następnie przekazuje administracji cmentarza poprzez wykonawcę swego testamentu, właściciela lub inną osobę do tego wyznaczoną. W oświadczeniu owym uprawniony wskazuje listę osób, które otrzymają prawo własności lub udział w prawach do pochówku. Prawa te w przypadku śmierci kolejnych wskazanych przechodzą w kolejności według listy z jednej osoby na drugą, chyba że do tego czasu osoby te same zbędą uprawnienia (nawet odpłatnie). Korzystanie z formularza zwalnia administrację cmentarza z ewentualnej odpowiedzialności w razie zaistnienia sporu w rodzinie. Zob. 765 *Illinois Compiled Statutes* § 835/16 (2020). Jednocześnie, jak się wskazuje: „The Right of Interment has been found in some cases to pass only by inheritance and is not devisable or alienable”, A.K. Hansen, *Who is in my Grave?...*, s. 147. T.D. Marsh, *When dirt and death collide: Legal and property interests in burial places*, „Real Property, Probate and Trust Law Journal” 2016, nr 2(30), s. 7. Niemniej jednak, chociaż niektóre sądy dopuszczały możliwość nabycia prawa do grobu w następstwie dziedziczenia testamentowego, amerykańska doktryna podkreśla, iż do takiego przejścia wskazanych uprawnień nie powinno dochodzić z uwagi na to, iż dzierżenie miejsca grobowego powinno pozostawać w kręgu krewnych. Takie podejście miało na celu ochronę „dziedzictwa rodzinnego lub interesu prawnego dotyczącego miejsca grobowego”, zwłaszcza w przypadku możliwości dziedziczenia takiego miejsca przez osobę niezwiązaną więzami krwi, A.L. Schwartz, *Annotation: To Whom...*, s. 1425.

chowany, gdy jednocześnie prawo do grobu nie wygasło wskutek niewniesienia stosownej opłaty. Wyróżnienie obu typów prawa jest wskazane. Obie postaci prawa do grobu podlegają bowiem odmiennemu reżimowi prawnemu, co wpływa na określenie możliwości zbywalności prawa. Prawo do grobu pustego ma charakter wyłącznie majątkowy; jest zbywalne i dziedziczne. Pochowanie pierwszej osoby w grobie wieloosobowym powoduje powstanie właściwego prawa do grobu, w którym to prawa majątkowe łączą się z niemajątkowymi. Dlatego prawo do grobu w tej postaci jest niedziedziczne i niezbywalne.

Obecnie obowiązująca ustawa o cmentarzach i chowaniu zmarłych musi zostać poddana krytyce. Jej uregulowania rodzą rozliczne wątpliwości wśród prawników oraz niezrozumienie dla osób spoza profesji. Zdaje się ona chronić prawa osobiste bliskich zmarłego, jednak zupełnie nie zabezpiecza uprawnień pierwotnego dysponenta grobu. Co więcej, zgodnie z jej unormowaniami w momencie złożenia do grobu osoby zmarłej dochodzi do „rozlania się prawa do grobu” na osoby wskazane w art. 10 Ustawy, a więc ma miejsce daleko idące rozszerzenie katalogu osób, którym odtąd przysługuje to prawo. Trudno szukać uzasadnienia dla opisywanego rozszerzenia kręgu uprawnionych do rozporządzania pozostałymi wolnymi miejscami grobowymi. Nie tylko stanowi to przyczynę ewentualnych konfliktów w rodzinie, ale także niemal uniemożliwia określenie katalogu osób, którym przysługuje prawo do grobu.

Wobec tego, iż obecnie dominująca formuła prawa do grobu bez wątpienia sprzyja interesom członków rodziny osoby pochowanej, należałoby rozważyć możliwość prawnego uregulowania prawa do grobu w zakresie możliwości rozporządzania wolnymi miejscami grobowymi jako przysługującego tylko i wyłącznie jego założycielowi i ewentualnie osobom przez niego wskazanym. Takie uprawnienia mogłyby zaś przechodzić na inne osoby po śmierci zmarłego dysponenta wedle kolejności określonej przez ustawę lub zgodnie z jego wolą. Bez wątpienia zapewniłoby to większą klarowność i rodziłoby mniej kontrowersji. Pozostali bliscy zmarłego dalej korzystaliby z uprawnień osobistych stanowiących prawo do grobu, ale traciliby prawo do rozporządzania wolnymi miejscami w danym grobie⁷⁹.

⁷⁹ Takie regulacje zostały zaproponowane chociażby w projektowanej ustawie o cmentarzach i chowaniu zmarłych, wniesionej w dniu 23 września 2021 r., <https://legislacja.rcl.gov.pl/projekt/12351755/katalog/12819378> [dostęp: 10.12.2023]. Zgodnie z brzmieniem art. 35 proponowanej ustawy, prawo do organizacji pochówku zwłok, szczątków ludzkich lub popiołów ludzkich, obejmujące w szczególności organizację pogrzebu, zapewnienie lub wybór miejsca pochówku oraz decyzję co do kremacji, przysługuje kolejno, najpierw podmiotowi wskazanemu w testamentie osoby zmarłej, a dopiero w razie braku rozrządzenia testamentowego najbliższej rodzinie osoby zmarłej w wymienionej kolejności. Wprowadzenie tego typu regulacji byłoby bez wątpienia krokiem w dobrą stronę.

Niewątpliwie śmierć musi rodzić ból po stronie bliskich zmarłemu. Nierzadko cierpienie to łączy się z dezorientacją w sprawie przysługujących im uprawnień. Przeprowadzona analiza doskonale ilustruje, że treść prawa do grobu nie jest łatwa do ustalenia. Stąd wynikają trudności w określeniu swojej sytuacji prawnej przez podmioty zainteresowane wykonaniem prawa do grobu. Tymczasem „[...] powszechnie żywionym pragnieniem jest, by uczynić tekst ustawy jak najbardziej przewidywalnym dla jego adresatów”⁸⁰. Jasna więc staje się konkluzja, że tekst ustawy o cmentarzach powinien zostać znowelizowany celem zapewniania większej klarowności i efektywności obowiązującego prawa.

Bibliografia

Akty prawne

- Ustawa z dnia 31 stycznia 1959 r. o cmentarzach i chowaniu zmarłych, Dz.U. 1959 nr 11, poz. 62.
Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny, Dz.U. 1964 nr 16, poz. 93.
Ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. Kodeks postępowania cywilnego, Dz.U. 1964 nr 43, poz. 296.
Cemetery Protection Act – 765 Illinois Compiled Statutes (2020).

Dokumenty oficjalne

- Projekt Ustawy o cmentarzach i chowaniu zmarłych, wniesiony w dniu 23 września 2021 r., <https://legislacja.rcl.gov.pl/projekt/12351755/katalog/12819378> [dostęp: 10.12.2023].
Projekt ustawy o zmianie ustawy o cmentarzach i chowaniu zmarłych, Sejm VII kadencji, druk 1112, <https://www.sejm.gov.pl/sejm7.nsf/druk.xsp?nr=1112>, [dostęp: 10.12.2023].
Projekt ustawy o zmianie ustawy o cmentarzach i chowaniu zmarłych, Sejm VII kadencji, druk 1661, <https://www.sejm.gov.pl/Sejm7.nsf/druk.xsp?nr=1661>, [dostęp: 10.12.2023].

⁸⁰ A. Bielska-Brodziak, *Argumenty interpretacyjne w kontekście wartości państwa prawa*, [w:] M. Andruszkiewicz, A. Breczko, S. Oliwniak (red.), *Filozoficzne i teoretyczne zagadnienia demokratycznego państwa prawa*, Temida2, Białystok 2015, s. 183.

Projekt ustawy o zmianie ustawy o cmentarzach i chowaniu zmarłych, Sejm VII kadencji, druk 2144, <https://www.sejm.gov.pl/sejm7.nsf/druk.xsp?nr=2144>, [dostęp: 10.12.2023].

Projekt ustawy o zmianie ustawy o cmentarzach i chowaniu zmarłych, Sejm VII kadencji, druk 3027, <https://www.sejm.gov.pl/sejm7.nsf/druk.xsp?nr=3027>, [dostęp: 10.12.2023].

Projekt ustawy o zmianie ustawy o cmentarzach i chowaniu zmarłych, Sejm VIII kadencji, druk 2041, <https://www.sejm.gov.pl/sejm8.nsf/druk.xsp?nr=2041>, [dostęp: 10.12.2023].

Orzecznictwo

Uchwała SN z 7 grudnia 1970 r., III CZP 75/70, LEX 1212.

Wyrok SN z 28 maja 1978 r., I CR 57/78, LEX 5105.

Uchwała SN z 29 września 1978 r., III CZP 56/78, LEX 2309.

Wyrok SN z 13 lutego 1979 r., I CR 25/79, LEX 2374.

Wyrok SN z 4 czerwca 1982 r., I CR 141/82, LEX 2819.

Wyrok SN z 17 września 1986 r., IV CR 236/86, LEX 3314.

Uchwała TK z 27 września 1994 r., W.10/93, LEX 25335.

Uchwała SN z 2 grudnia 1994 r., III CZP 155/94, LEX 4149.

Wyrok SN z 7 czerwca 2001 r., III CKN 406/00, LEX 49475.

Wyrok SN z 7 listopada 2002 r., II CKN 980/00, LEX 78609.

Uchwała SN z 28 października 2004 r., III CZP 59/04, LEX 125511.

Wyrok SA w Warszawie z 11 marca 2005 r., I ACa 853/04, LEX 179867.

Wyrok SA w Poznaniu z 11 stycznia 2007 r., I ACa 1033/06, LEX 331041.

Wyrok SN z 8 listopada 2007 r., III CSK 151/07, LEX 361287.

Wyrok SN z 7 maja 2009 r., IV CSK 513/08, LEX 610221.

Wyrok SN z 3 grudnia 2010 r., I CSK 66/10, LEX 738085.

Wyrok SN z 25 sierpnia 2011 r., II CSK 649/10, LEX 1119402.

Wyrok SN z 14 października 2011 r., III CSK 340/10, LEX 785271.

Wyrok SN z 9 grudnia 2011 r., III CSK 106/11, LEX 1165006.

Wyrok WSA w Szczecinie z 14 sierpnia 2013 r., II SA/Sz 212/13, LEX 1317031.

Wyrok SA w Krakowie – I Wydział Cywilny z 13 marca 2014 r., I ACa 55/14, Legalis 1242445.

Wyrok SO w Zielonej Górze Wydział I Cywilny z 20 listopada 2014 r., I C 250/14, Legalis 2116273.

Wyrok SA w Krakowie z 3 grudnia 2014 r., I ACa 1227/14, LEX 1665090.

Postanowienie SN z 21 stycznia 2015 r., IV 203/14, LEX 1656510.

- Wyrok NSA z 22 stycznia 2015 r., II FSK 3093/12, LEX 1769592.
- Wyrok SA w Białymstoku z 11 lutego 2015 r., I ACa 749/14, LEX 1661129.
- Wyrok SA w Krakowie z 20 lutego 2015 r., I ACa 1688/14, Legalis 1229747.
- Wyrok SN z 8 maja 2015 r., III CSK 305/14, LEX 1723776.
- Wyrok SN z 10 grudnia 2015 r., V CSK 201/15, LEX 3107876.
- Wyrok SN z 17 lutego 2016 r., III CSK 84/15, OSNC-ZD 2017, nr C, poz. 51.
- Wyrok WSA w Krakowie z 11 marca 2016 r., III SA/Kr 1360/15, LEX 2014846.
- Wyrok SA w Łodzi z 25 sierpnia 2016 r., I ACa 125/16, Legalis 1509068.
- Wyrok SA w Krakowie z 3 listopada 2016 r., I ACa 691/16, LEX 2208463.
- Wyrok NSA z 11 stycznia 2017 r., II OSK 929/15, LEX 2248124.
- Wyrok SA w Poznaniu z 31 października 2017 r., I ACa 1582/16, Legalis 1805014.
- Wyrok SN z 24 czerwca 2019 r., III CSK 267/17, LEX 2684205.
- Postanowienie SN – Izba Cywilna z 10 stycznia 2020 r., IV CSK 371/19, Legalis 2591625.
- Wyrok SO w Warszawie-Pradze z 11 marca 2020 r., I C 181/17, Legalis 2638473.
- Wyrok SA w Krakowie – I Wydział Cywilny z 22 lipca 2020 r., I ACa 743/19, Legalis 2502469.
- Wyrok SN z 19 listopada 2020 r., II CSK 30/19, LEX 3082395.

Publikacje

- Bielska-Brodziak A., *Argumenty interpretacyjne w kontekście wartości państwa prawa*, [w:] M. Andruszkiewicz, A. Breczko, S. Oliwniak (red.), *Filozoficzne i teoretyczne zagadnienia demokratycznego państwa prawa*, Temida 2, Białystok 2015, s. 183–192.
- Borysiak W. [w:] W. Borysiak, P. Księżak (aut.), K. Osajda (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, T. 3, *Spadki (art. 922–1088)*, C.H. Beck, Warszawa 2013.
- Chodorowska A., Szumkowski Ł., *Problematyka prawa do grobu w kontekście dóbr osobistych*, „*Studia Prawnoustrojowe*” 2019, t. 46, s. 19–33.
- Dadańska K., Tomczyk A., *Kontrowersje wokół prawa do grobu*, [w:] J. Gołaczyński, J. Mazurkiewicz, J. Turlukowski, D. Karkut (red.), *Non omnis moriar: osobiste i majątkowe aspekty prawne śmierci człowieka: zagadnienia wybrane*, Oficyna Prawnicza, Wrocław 2015, s. 150–173.
- Dołęgowska E., Klibisz K., Tworowska A., *Cywilnoprawna regulacja prawa do grobu*, „*Białostockie Studia Prawnicze*” 2013, z. 13, s. 115–125, <https://doi.org/10.15290/bsp.2013.13.10>.
- Gaedke J., *Handbuch des Friedhofs- und Bestattungsrechts*, Wolters Kluwer, Köln – Berlin – München 1997.

- Grzeszak T., *Dobro osobiste jako dobro zindywidualizowane*, „Przegląd Sądowy” 2018, nr 4, s. 7–41.
- Grzybowski S., *System prawa cywilnego*, [T. 1.] Część ogólna, Zakład Narodowy im. Ossolińskich, Wydawnictwo PAN, Wrocław 1985.
- Gudowski J., Rudnicki G., Rudnicka J., Rudnicki S. (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, T. 2, *Własność i inne prawa rzeczowe*, C.H.Beck, Warszawa 2016.
- Hansen A.K., *Who is in my Grave? A Comparison of State and Local Laws in Illinois and Utah that Guide Resolution of Grave Plot Ownership Claims*, „Southern Illinois University Law Journal” 2020, vol. 45, s. 139–163.
- Kawałko A. [w:] M. Habdas, M. Frasz (red.), *Kodeks Cywilny. Komentarz*. T. 6. *Spadki (art. 922–1087)*, Komentarze Praktyczne, Wolters Kluwer, Warszawa 2019.
- Kremis J., [w:] E. Gniewek, P. Machnikowski (red.), *Kodeks Cywilny. Komentarz*, Komentarze Kodeksowe, C.H. Beck, Warszawa 2016.
- Księżak P., Robaczyński W., *Skuteczność woli zmarłego co do jego pochówku i sprawowania kultu jego pamięci*, „Palestra” 2012, t. 57, nr 9-10, s. 27–38.
- Marsh T.D., *When dirt and death collide: Legal and property interests in burial places*, „Real Property, Probate and Trust Law Journal” 2016, nr 2(30), s. 1–7.
- Masternak-Kubiak M., *Prawo do grobu jako publiczne prawo podmiotowe*, „Wrocławsko-Lwowskie Zeszyty Prawnicze” 2017, t. 8, s. 231–241.
- Mazurkiewicz J., *O naturze praw, niegdysiejszych przypisach, liście z Rabki oraz skarbie opowiedzianym przez staruszkę*, „Forum Prawnicze” 2021, nr 1(63), s. 88–98.
- Panowicz-Lipska J., *Majątkowa ochrona dóbr osobistych*, Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 1975.
- Pazdan M. [w:] K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks Cywilny*, T. 2, *Komentarz*. Art. 450–1088. *Przepisy wprowadzające*, C.H. Beck, Warszawa 2021.
- Radwański Z., *Prawo cywilne – część ogólna*, Podręczniki Prawnicze, C.H. Beck, Warszawa 2007.
- Rudnicki S., *Prawo do grobu. Zagadnienia cywilistyczne*, Kantor Wydawniczy Zakamycze, Kraków 1999.
- Rudnicki S., *Zagadnienia cywilistyczne ustawy o cmentarzach i chowaniu zmarłych*, „Palestra” 1987, nr 10-11(31), s. 104–117.
- Schwartz A.L., *Annotation: To whom does title to burial pass on testator's death, in absence of specific provision in his will*, „American Law Reports” 1969, 26 (3d).
- Sobczak J., Gołda-Sobczak M., *Prawo do grobu jako problem kulturowy i prawny*, „Zeszyty Naukowe KUL” 2018, nr 1(60), s. 197–219.

- Szpunar A., *Ochrona prawna kultu osoby zmarłej*, „Palestra” 1978, nr 8, s. 28–36.
- Walczak P., *O nowe prawo do grobu? Glosa krytyczna do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 24 czerwca 2019 roku, III CSK 267/17*, „Forum Prawnicze” 2020, t. 1, s. 91–99.
- Wolter A., Ignatowicz J., Stefaniuk K., *Prawo Cywilne – Zarys części ogólnej*, Wolters Kluwer, Warszawa 1998.
- Zelek M. [w:] M. Gutowski (red.), *Kodeks Cywilny, T. 3. Komentarz Art. 627–1088*, C.H. Beck, Warszawa 2019.



Grażyna Oseka

Uczestniczka Prawniczych Seminariów Doktorskich INP PAN, Polska

ORCID: 0009-0005-5376-800X

grazyna.oseka@foodie.pl

Suplementy diety jako szczególna kategoria żywności w prawodawstwie polskim i UE

Dietary supplements as a special food category in polish and EU
legislation

Abstrakt: W artykule przeprowadzono prawno-porównawczą analizę definicji legalnych różnych kategorii produktów w celu wyodrębnienia istotnych cech suplementu diety, odróżniających go od innych kategorii środków spożywczych oraz produktów leczniczych lub wyrobów medycznych, które są przedmiotem odrębnych i wyłączających się definicji oraz systemów prawnych. Przeanalizowano pojęcia użyte w definicji suplementu diety, jak również braki i niejasności budzące problemy interpretacyjne. W celu odróżnienia suplementów diety od pozostałych, występujących w podobnych postaciach kategorii produktów, przeprowadzono pogłębioną analizę przepisów prawa oraz przedstawiono szczegółową charakterystykę produktu, w tym sposób jego prezentacji.

Słowa kluczowe: Suplementy diety, produkty z pogranicza, żywność specjalnego przeznaczenia medycznego, produkty lecznicze, wyroby medyczne

Abstract: The article presents a legal and comparative analysis of legal definitions in order to recognise the essential features of a dietary supplement, which distinguish it from other categories of foodstuffs and medicinal products or medical devices, which are subject to separate and exclusive definitions and legal systems. The terms used in the definition of a dietary supplement were analysed, as well as the gaps and ambiguities that raise numerous interpretation problems. In order to distinguish dietary supplements and other product categories in similar forms, an in-depth analysis of the law has been conducted as well as presentation of the detailed characteristics of the product, including the way it is presented.

Keywords: Dietary supplements, borderline products, food for special medical purposes, medicinal products, medical devices

1. Wprowadzenie

Przedmiotem rozważań zawartych w artykule jest pojęcie suplementu diety w prawie polskim i unijnym. Zidentyfikowanie ram prawnych dla tej specyficznej kategorii środków spożywczych wymaga analizy różnych przestrzeni normatywnych, w szczególności: prawa żywnościowego, ale także farmaceutycznego, wyrobów medycznych, kosmetycznego. Analiza prawno-porównawcza definicji legalnych wskazuje bardzo zbliżone cechy suplementu diety do innych kategorii produktów. Obok licznych podobieństw występują też zasadnicze różnice, dlatego konieczne jest wyodrębnienie cech charakterystycznych tej kategorii środków spożywczych.

Zjawisko przenikania się, a niekiedy nawet komplementarnego stosowania różnych reżimów prawa materialnego, jest znamienne szczególnie w przypadku tej grupy środków spożywczych.

2. Problemy definicyjne pojęcia „suplement diety”

Suplement diety jest środkiem spożywczym budzącym wiele kontrowersji. Problemy interpretacyjne i klasyfikacyjne rodzą sformułowane w niejasny sposób definicje, ale także różnice w podejściu do tej kategorii produktów poszczególnych państw. Niejednolity stan prawny utrudnia demarkację suplementów od innych rodzajów żywności, produktów leczniczych, wyrobów

medycznych i kosmetyków. Taka sytuacja nie sprzyja konsumentom, przedsiębiorcom ani organom kontrolnym¹.

Zgodnie z definicją transponowaną z dyrektywy 2002/46/WE w sprawie suplementów żywnościowych² do polskiego porządku prawnego w art. 3 ust. 3 pkt. 39 ustawy z dnia 25 sierpnia 2006 r. o bezpieczeństwie żywności i żywienia (dalej ubżż)³ suplement diety to:

„(...) środek spożywczy, którego celem jest uzupełnienie⁴ normalnej diety⁵, będący skoncentrowanym źródłem witamin lub składników mineralnych lub innych

¹ M. Łata, *W kwestii prawnego pojęcia suplementów diety*, „Przegląd Prawa Rolnego” 2022, nr 2(31), s. 119, <https://doi.org/10.14746/ppr.2022.31.2.7>.

² Dyrektywa 2002/46/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 10 czerwca 2002 r. w sprawie zbliżenia ustawodawstw Państw Członkowskich odnoszących się do suplementów żywnościowych, Dz.Urz. UE L 183 z 12.07.2002, s. 51–57. Warto zauważyć, że w polskich przepisach termin z języka angielskiego *food supplement* został przetłumaczony jako suplement diety, podczas gdy tłumaczenia aktów UE na język polski najczęściej zawierają określenie suplement żywnościowy. Jednakże w tym względzie brakuje konsekwencji w tłumaczeniach przepisów prawa UE na język polski, ponieważ określenie „suplement żywnościowy” jest używane wymiennie z „suplement diety”. Jak słusznie uważa M. Taczanowski, definicja ustawy o bezpieczeństwie żywności i żywienia lepiej oddaje funkcję suplementu, M. Taczanowski, *Prawo żywnościowe*, Wolters Kluwer, Warszawa 2017, s. 281.

³ Ustawa z dnia 25 sierpnia 2006 r. o bezpieczeństwie żywności i żywienia, Dz.U. 2006 Nr 171, poz. 1225 ze zm.

⁴ Nie zastępują odżywiania – zgodnie z § 5 ust. 2 pkt 6 rozporządzenia Ministra Zdrowia z dnia 9 października 2007 r. w sprawie składu oraz oznakowania suplementów diety, Dz.U. 2018, poz. 1951 ze zm., znakuje się je, umieszczając na opakowaniu stwierdzenie, że suplementy diety nie mogą być stosowane jako substytut (zamiennik) różnicowanej diety.

⁵ Z motywu 3 preambuły do dyrektywy 2002/46/WE wynika, że „odpowiednia i różnicowana dieta mogłaby w normalnych warunkach dostarczać wszystkich substancji odżywczych niezbędnych dla prawidłowego rozwoju i zachowania zdrowego stylu życia w ilościach spełniających normy ustalone i zalecane przez ogólnie przyjęte dane naukowe [...] takie idealne warunki nie są spełniane w odniesieniu do wszystkich substancji odżywczych i w stosunku do wszystkich grup ludności na całym obszarze Wspólnoty”. W prawie UE za zwykłe środki spożywcze do normalnego spożycia – w tym suplementy – uznaje się takie, które są przeznaczone dla ogółu ludności lub dla niektórych podgrup, takich jak: kobiety w ciąży, kobiety po okresie menopauzy, osoby w podeszłym wieku, dzieci w okresie wzrostu, nastolatki, osoby o różnicowanym stopniu aktywności, nie spełniające definicji żywności dla określonych grup konsumentów ujętych w rozporządzeniu nr 609/2013 w sprawie żywności przeznaczonej dla niemowląt i małych dzieci oraz żywności specjalnego przeznaczenia medycznego i środków spożywczych zastępujących całodzienną dietę, do kontroli masy ciała oraz uchylające dyrektywę Rady 92/52/EWG, dyrektywy Komisji 96/8/WE, 1999/21/WE, 2006/125/WE i 2006/141/WE, dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/39/WE oraz rozporządzenia Komisji (WE) nr 41/2009 i (WE) nr 953/2009, Dz.Urz. UE L 181 z 29.06.2013, s. 35–56.

substancji⁶ wykazujących efekt odżywczy lub inny⁷ fizjologiczny⁸, pojedynczych lub złożonych, wprowadzany do obrotu w formie umożliwiającej dawkowanie w postaci: kapsulek, tabletek, drażetek i w innych podobnych postaciach⁹, saszetek z proszkiem, ampulek z płynem, butelek z kroplomierzem i w innych podobnych postaciach płynów i proszków przeznaczonych do spożywania w małych, odmierzonych ilościach jednostkowych, z wyłączeniem produktów posiadających właściwości produktu leczniczego¹⁰ w rozumieniu przepisów prawa farmaceutycznego”.

Wiele pojęć składających się na definicję suplementu diety ma charakter nieostry¹¹, co rodzi problemy interpretacyjne. Przykładowo pojęcie „małe ilości”

⁶ „Inna substancja” oznacza substancję inną niż składnik odżywczy mającą działanie odżywcze lub fizjologiczne – zgodnie z definicją art. 2 ust. 2 pkt 3 rozporządzenia (WE) nr 1924/2006 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 20 grudnia 2006 r. w sprawie oświadczeń żywieniowych i zdrowotnych dotyczących żywności, Dz.Urz. UE L 404 z 30.12.2006, s. 9–25. W motywie 6 preambuły dyrektywy 2002/46/WE ustawodawca unijny wskazał, że „istnieje cały szereg substancji odżywczych i innych składników, które mogą występować w suplementach żywnościowych, w tym, ale nie wyłącznie, witaminy, minerały, aminokwasy, niezbędne kwasy tłuszczowe, błonnik oraz różne ekstrakty roślinne i ziołowe”. I jak wskazuje dokument Komisji Europejskiej z dnia 5 grudnia 2008 r. *Charakterystyka i perspektywy rynku suplementów diety zawierających substancje inne niż witaminy i minerały* prawie połowa rynku suplementów diety to produkty zawierające inne składniki niż witaminy i minerały, KOM (2008) 824.

⁷ W polskich przepisach ustawowych w porównaniu do dyrektywy 2002/46/WE definicja suplementu diety zawiera dodatkowe słowo „inny”. Takie sformułowanie miało na celu podkreślenie, że efekt odżywczy należy postrzegać również jako działanie fizjologiczne. Suplementy diety z definicji mają uzupełniać deficyty pokarmowe, utrzymywać odpowiednie spożycie niektórych składników odżywczych lub wspierać określone funkcje fizjologiczne.

⁸ Zgodnie ze stanowiskiem WSA wyrażonym w wyroku z 26 marca 2010 r., VI SA/Wa 2127/09, LEX 606176, „przez efekt fizjologiczny należy rozumieć oddziaływanie na naturalne czynności organizmu znajdującego się w równowadze, takie np. jak sen, trawienie, oddychanie, które wspomaga naturalne procesy, ułatwia funkcjonowanie organizmu”.

⁹ Jest to katalog otwarty.

¹⁰ Eliminacja produktów leczniczych z definicji suplementów diety stanowi powtórzenie generalnej zasady wyłączającej produkty lecznicze z kategorii środków spożywczych zawartej w art. 2 rozporządzenia (WE) nr 178/2002 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 28 stycznia 2002 r. ustanawiającego ogólne zasady i wymagania prawa żywnościowego, powołującego Europejski Urząd ds. Bezpieczeństwa Żywności oraz ustanawiającego procedury w zakresie bezpieczeństwa żywności Dz.Urz. UE L 31 z 1.02.2002, s. 1–24: „środek spożywczy” nie obejmuje m.in. produktów leczniczych w rozumieniu dyrektyw Rady 65/65/EWG i 92/73/EWG (aktualnie jest to dyrektywa 2001/83/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 6 listopada 2001 r. w sprawie wspólnotowego kodeksu odnoszącego się do produktów leczniczych stosowanych u ludzi, Dz.Urz. UE L 311 z 28.11.2001, s. 67–128). Zgodnie z definicją zawartą w art. 2 ust. 1 pkt 32 ustawy z dnia 6 września 2001 r. Prawo farmaceutyczne (Dz.U. 2001 Nr 126, poz. 1381 ze zm.), „produktem leczniczym jest substancja lub mieszanina substancji, przedstawiana jako posiadająca właściwości zapobiegania lub leczenia chorób występujących u ludzi lub zwierząt lub podawana w celu postawienia diagnozy lub w celu przywrócenia, poprawienia lub modyfikacji fizjologicznych funkcji organizmu poprzez działanie farmakologiczne, immunologiczne lub metaboliczne”.

¹¹ M. Łata, *W kwestii prawnego pojęcia suplementów diety...*, op. cit. s. 125.

nie zostało dookreślone w przepisach¹², podobnie jak przesłanka „spożywania w odmierzonych ilościach jednostkowych”¹³.

Cechą niewzględnioną w definicji, lecz charakterystyczną dla większości suplementów diety, jest znikoma lub nawet bliska zeru wartość odżywcza¹⁴. Z tego powodu, jak wskazuje art. 8 ust. 3 dyrektywy 2002/46/WE, przepisy dotyczące informacji o wartości odżywczej¹⁵ nie mają zastosowania do suplementów diety¹⁶.

Warto zauważyć, że wszystkie wymienione w definicji przesłanki muszą być spełnione kumulatywnie. Tak skonstruowana definicja *per se* ukazuje suplement diety jako produkt z pogranicza różnych reżimów prawnych (ang. *borderline products*). Jest to szczególna grupa produktów (niezdefiniowanych w przepisach), które jednocześnie mogą spełniać kryteria kilku rodzajów towarów¹⁷. W szczególności mogą to być produkty lecznicze, suplementy diety lub inne kategorie żywności, ale również wyroby medyczne czy preparaty kosmetyczne. Koncepcja *borderline products* została sformułowana już w latach 80. w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości UE (dalej TSUE). Pierwszy wyrok rozstrzygający, czy dany produkt spełnia warunki prawne dla produktów leczniczych w rozumieniu dyrektywy 2001/83 czy środków spożywczych, który można uznać za podwaliny tej koncepcji, został wydany w 1983 r. w sprawie *van Bennekom*¹⁸. W tym orzeczeniu Trybunał ustanowił zasadę, zgodnie z którą

¹² M. Kondrat (red.), *Prawo suplementów diety*, Wolters Kluwer, Warszawa 2012, s. 22.

¹³ Warunek zostanie spełniony, np., gdy produkt występuje w formie kapsułek lub tabletek lub podobnych małych porcji, a do form płynnych i proszków dołączana jest specjalna miarka lub kroplomierz.

¹⁴ W myśl art. 3 ust. 3 pkt 50 ubż wartość odżywcza to szczególne wartości środka spożywczego ze względu na: a) energię (wartość kaloryczną), niezależnie od tego, czy środek spożywczy jej dostarcza i w jakiej ilości lub b) składniki odżywcze, niezależnie od tego, czy środek spożywczy je zawiera, czy nie.

¹⁵ Art. 8 ust. 3 dyrektywy 2002/46/WE przewiduje, że informacja o witaminach i minerałach musi również być wyrażona jako wartość procentowa wartości referencyjnych wymienionych w załączniku do dyrektywy Rady 90/496/EWG (zastąpionej rozporządzeniem Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1169/2011 z 25 października 2011 r. w sprawie przekazywania konsumentom informacji na temat żywności, zmiany rozporządzeń Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 1924/2006 i (WE) nr 1925/2006 oraz uchylenia dyrektywy Komisji 87/250/EWG, dyrektywy Rady 90/496/EWG, dyrektywy Komisji 1999/10/WE, dyrektywy 2000/13/WE Parlamentu Europejskiego i Rady, dyrektyw Komisji 2002/67/WE i 2008/5/WE oraz rozporządzenia Komisji WE 608/2004).

¹⁶ Analogicznie przepisy nakładające wymóg podawania informacji o wartości odżywczej w przypadku stosowania oświadczeń żywieniowych i zdrowotnych, nie mają zastosowania do suplementów diety. Na podstawie art. 7 rozporządzenia (WE) nr 1924/2006 Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie oświadczeń żywieniowych i zdrowotnych dotyczących żywności, Dz.Urz. L 404 z 30.12.2006, s. 9–25 w przypadku suplementów diety informacje o wartości odżywczej podaje się zgodnie z art. 8 dyrektywy 2002/46/WE w sprawie suplementów żywnościowych.

¹⁷ W.L. Olszewski, *Suplementy – produkty z pogranicza*, <https://www.kierunekspozywczy.pl/artykul,3053,suplementy-8211-produkty-z-pogranicza.html> [dostęp: 17.02.2023].

¹⁸ Wyrok TS z 30 listopada 1983 r., C-227/82, *postępowanie karne p. Leendert van Bennekom*, EU:C:1983:354.

unijna definicja prawna produktu leczniczego opiera się na dwóch przesłankach: prezentacji i funkcji. Dodatkowo została wprowadzona ogólna zasada, zgodnie z którą rozstrzygnięcia odnośnie do produktów mają być dokonywane przez organy krajowe przypadek po przypadku (ang. *case by case*). W kolejnej sprawie *Delattre*¹⁹ dotyczącej odróżnienia produktów kosmetycznych od leków TSUE uzupełnił kryteria demarkacyjne o kolejne, takie jak: skład produktu, ryzyko związane z jego używaniem, także skutki długoterminowe oraz prezentacja upodabniająca produkt do leku. W następnych sprawach *HLH Warenvertrieb i Orthica*²⁰, czy *Komisja przeciwko Hiszpanii*²¹ wskazano, że dla celów ustalenia, czy produkt mieści się w definicji produktu leczniczego według funkcji, władze krajowe, działając pod nadzorem sądów, muszą podejmować decyzje w każdym przypadku z osobna, biorąc pod uwagę „wszystkie cechy produktu, w szczególności jego skład, właściwości farmakologiczne do stopnia, w jakim można je ustalić przy obecnym stanie wiedzy naukowej, sposobu, w jaki są one wykorzystywane, zakresu ich dystrybucji, znajomości wśród konsumentów oraz zagrożeń, jakie mogą wiązać się z ich stosowaniem”.

3. Suplement diety versus produkt leczniczy lub wyrób medyczny

A natura rei pogranicze produktów leczniczych lub wyrobów medycznych oraz suplementów diety zawęża się do produktów tych kategorii, które są stosowane wyłącznie doustnie. Jak wskazuje definicja suplementu diety, jest on środkiem spożywczym (żywnością), który zgodnie z art. 2 rozporządzenia (WE) nr 178/2002 oznacza jakiekolwiek substancje lub produkty: przetworzone, częściowo przetworzone lub nieprzetworzone, przeznaczone do spożycia przez ludzi lub, których spożycia przez ludzi można się spodziewać. „Środek spożywczy” obejmuje napoje, gumę do żucia i wszelkie substancje, łącznie z wodą, świadomie dodane do żywności podczas jej wytwarzania, przygotowania lub obróbki [...].

W związku z tym należy przyjąć, że doustna droga podania będzie kluczową cechą odróżniającą suplementy od preparatów nieprzeznaczonych do spożycia, np. kosmetycznych²². Z kolei przeznaczenie, cel stosowania oraz prezentowane

¹⁹ Wyrok TS z 21 marca 1991 r., C-369/88, *postępowanie karne p. Jean-Marie Delattre*, EU:C:1991:137.

²⁰ Wyrok TS z 29 kwietnia 2004 r., C-387/99, *Komisja p. Republice Federalnej Niemiec*, EU:C:2004:235.

²¹ Wyrok TS z 5 marca 2009 r., C-88/07, *Komisja p. Królestwu Hiszpanii*, EU:C:2009:123.

²² Przez produkt kosmetyczny rozumie się wg art. 2 ust. 1 lit. a rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 1223/2009 z dnia 30 listopada 2009 r. dotyczącego produktów kosmetycznych,

działanie będą cechami pozwalającymi na stwierdzenie czy produkt jest lekiem, suplementem diety²³ czy wyrobem medycznym.

Według obowiązującej wykładni TSUE – w razie jakichkolwiek wątpliwości – produkty z pogranicza powinny zostać w pierwszej kolejności ocenione pod kątem spełnienia wymogów prawa farmaceutycznego – pod względem sposobu prezentacji (jako leku)²⁴ lub składu²⁵. Zatem punktem wyjścia przy dokonywaniu rozstrzygnięć w zakresie kwalifikacji, będzie zawsze definicja produktu leczniczego zaimplementowana do polskiego prawa farmaceutycznego²⁶ (dalej pr. farm.) z dyrektywy 2001/83 w art. 2 ust. 1 pkt 32. Zgodnie z tą definicją produktem leczniczym jest:

„(...) substancja lub mieszanina substancji przedstawiana jako posiadająca właściwości zapobiegania lub leczenia chorób występujących u ludzi lub zwierząt lub podawana w celu postawienia diagnozy lub w celu przywrócenia, poprawienia, lub modyfikacji fizjologicznych funkcji organizmu poprzez działanie farmakologiczne, immunologiczne lub metaboliczne”.

Działania farmakologiczne, immunologiczne ani metaboliczne nie zostały wprawdzie zdefiniowane w przepisach prawnych, jednakże w kontekście przepisów dyrektywy 2001/83/WE oraz wytycznych Komisji Europejskiej w sprawie produktów z pogranicza leku i wyrobu medycznego²⁷, należy je rozumieć następująco:

Dz.Urz. UE L 342 z 22.12.2009, s. 59–209: każdą substancję lub mieszaninę przeznaczoną do kontaktu z zewnętrznymi częściami ciała ludzkiego (naskórkiem, owłosieniem, paznokciami, wargami oraz zewnętrznymi narządami płciowymi) lub z zębami oraz błonami śluzowymi jamy ustnej, którego wyłącznym lub głównym celem jest utrzymywanie ich w czystości, perfumowanie, zmiana ich wyglądu, ochrona, utrzymywanie w dobrej kondycji lub korygowanie zapachu ciała.

²³ S. Thakkar, E. Anklam, A. Xu, F. Ulberth, J. Li, B. Li, M. Hugas, N. Sarma, S. Crerar, S. Swift, T. Hakamatsuka, V. Curtui, W. Yan, X. Geng, W. Slikker, W. Tong, *Regulatory landscape of dietary supplements and herbal medicines from a global perspective*, „Regulatory Toxicology Pharmacology” 2020, nr 114 <https://doi.org/10.1016/j.yrtph.2020.104647>, s. 2.

²⁴ Do zakwalifikowania produktu jako leczniczego wystarczy, aby został jako taki zaprezentowany.

²⁵ Metodologia rozróżnienia dawki suplementacyjnej od leczniczej powinna wynikać przede wszystkim z: zamierzonego stosowania produktu (utrzymanie prawidłowych funkcji czy ich naprawa, czy też działanie prewencyjne), charakterystyki wywoływanego efektu (czy oscyluje w granicach uznawanych za normalne?) – *Homeostasis, a model to distinguish between foods (including food supplements and medicinal products)*, <https://www.dgav.pt/wp-content/uploads/2021/04/LINK-10-Homeostasis.pdf> [dostęp: 12.02.2023].

²⁶ Ustawa z dnia 6 września 2001 r. Prawo farmaceutyczne, Dz.U. 2001 Nr 126, poz. 1381 ze zm.

²⁷ MDCG 2022 – 5 Guidance on borderline between medical devices and medicinal products under Regulation (EU) 2017/745 on medical devices, s. 7, https://health.ec.europa.eu/system/files/2022-04/mdcg_2022-5_en_0.pdf [dostęp: 5.12.2022].

- działanie farmakologiczne – jako interakcje między molekułami substancji z odpowiednimi elementami komórek, zwykle zwanych receptorami, które związane są z bezpośrednią odpowiedzią organizmu lub blokujących odpowiedź w stosunku do innego czynnika i powinna zostać zachowana korelacja wielkości dawki w stosunku do odpowiedniej odpowiedzi efektu farmakologicznego,
- działanie immunologiczne – jako działanie w ciele lub na ciało przez stymulację, pobudzenie i/lub mobilizację komórek i/lub wpływ substancji w specyficznych reakcjach immunologicznych,
- działanie metaboliczne – jako działanie mające wpływ na przyspieszenie lub opóźnienie normalnych chemicznych procesów biorących udział i występujących w trakcie normalnego funkcjonowania ciała.

Wspominany w omawianych wyżej wytycznych wyrób medyczny został zdefiniowany w art. 2 pkt 1 rozporządzenia 2017/745 w sprawie wyrobów medycznych²⁸ i oznacza:

„(...) narzędzie, aparat, urządzenie, oprogramowanie, implant, odczynnik, materiał lub inny artykuł przewidziany przez producenta do stosowania – pojedynczo lub łącznie – u ludzi do co najmniej jednego z następujących szczególnych zastosowań medycznych:

- diagnozowanie, profilaktyka, monitorowanie, przewidywanie, prognozowanie, leczenie lub łagodzenie choroby [...],
- badanie, zastępowanie lub modyfikowanie budowy anatomicznej lub procesu lub stanu fizjologicznego lub chorobowego [...],

i który nie osiąga swojego zasadniczego przewidzianego działania środkami farmakologicznymi, immunologicznymi lub metabolicznymi w ludzkim ciele lub na nim, ale którego działanie może być wspomagane takimi środkami [...].”

Omawiane wytyczne jako główne działanie wyrobu medycznego wskazują działanie fizyczne (ang. *physical mode of action*), które odróżnia go od leku wykazującego działanie farmakologiczne, jak również suplementu diety wykazującego efekt odżywczy lub inny fizjologiczny.

Zauważyć należy, że wskazany w definicji suplementu diety efekt fizjologiczny powinien być rozumiany jako wspomaganie prawidłowych funkcji

²⁸ Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2017/745 z dnia 5 kwietnia 2017 r. w sprawie wyrobów medycznych i zmiany dyrektywy 2001/83/WE, rozporządzenia WE 178/2002 i rozporządzenia WE 1223/2009 oraz uchylenia dyrektyw Rady 90/385/EWG i 93/42/EWG, Dz.Urz. UE L 117 z 5.05.2017, s. 1–175.

fizjologicznych, a nie ich odbudowa, korygowanie lub modyfikacja – jak wskazują wytyczne opracowane przez Radę Europy: *Homeostasis, a model to distinguish between foods (including food supplements and medicinal products in Partial Agreement in the Social and Public Health Field, Geneva: Council of Europe 7.02.2008*²⁹. Suplementy diety nie są bowiem produktami leczniczymi i jako takie nie mogą wywierać działania farmakologicznego, immunologicznego ani metabolicznego. Ich stosowanie nie ma na celu leczenia lub zapobiegania chorobom u ludzi lub zmiany funkcji fizjologicznych, lecz utrzymywanie ich w stanie równowagi (homeostazy)³⁰. Należy więc przyjąć, że jeśli zaistniałe zmiany w środowisku wewnętrznym (organizmie) nie przekraczają dopuszczalnych granic, przyjętych jako fizjologiczne, tzn. mieszczące się w przedziale wartości uznanych za prawidłowe, mamy do czynienia z homeostazą, natomiast w przypadku przekroczenia zakresu zmian fizjologicznych, możemy mówić o stanach nieprawidłowych, tzw. patologicznych, które mogą prowadzić do chorób lub zaburzeń stanu zdrowia³¹.

Używanie deklaracji dot. właściwości żywieniowych i zdrowotnych (innymi słowy fizjologicznych) reguluje w Unii Europejskiej rozporządzenie (WE) nr 1924/2006 w sprawie oświadczeń żywieniowych i zdrowotnych dotyczących żywności. Deklaracje te zdefiniowano w art. 2 ust. 2 pkt 4 i 5 tego rozporządzenia, jako każde oświadczenie, które stwierdza, sugeruje lub daje do zrozumienia: że dana żywność ma szczególne właściwości odżywcze (oświadczenie żywieniowe) lub istnieje związek pomiędzy kategorią żywności, daną żywnością lub jednym z jej składników, a zdrowiem (oświadczenie zdrowotne), choćby nawet był to efekt ogólny, niespecyficzny³². Jak wskazuje następnie art. 13 ust. 1 lit a-c są to m.in. oświadczenia zdrowotne opisujące lub powołujące się na: rolę składnika odżywczego lub innej substancji we wzroście, rozwoju i funkcjach organizmu, lub funkcje psychologiczne, lub behawioralne, lub [...] odchudzanie lub kontrolę wagi ciała, lub zmniejszanie poczucia głodu lub zwiększanie poczucia sytości, lub zmniejszanie ilości energii dostępnej z danego sposobu odżywiania się [...].

Analiza omówionych powyżej definicji i regulacji sektorowych prowadzi do wniosku, że zarówno w prawie UE, jak i polskim, istnieją normy pozwalające na dokonanie odpowiednich rozstrzygnięć odnośnie do właściwej kwalifikacji

²⁹ *Homeostasis, a model to distinguish between foods (including food supplements) and medicinal products*, <https://www.dgav.pt/wp-content/uploads/2021/04/LINK-10-Homeostasis.pdf> [dostęp: 12.02.2023].

³⁰ Zob.: *Food supplements*, <https://www.efsa.europa.eu/en/topics/topic/food-supplements> [dostęp: 12.02.2023].

³¹ E. Ziółko, *Podstawy fizjologii człowieka*, Oficyna Wydawnicza Państwowej Wyższej Szkoły Zawodowej w Nysie, Nysa 2006, s. 11.

³² Wyrok TS z 30 stycznia 2020 r., C-524/18, *Dr William Schwabe*, EU:C:2020:60.

produktów. Według art. 2 ust. 2 dyrektywy 2001/83/WE i implementującego ten przepis art. 3a pr. farm. oraz art. 1 dyrektywy 2002/46/WE i odpowiednio art. 3 ust. 3 pkt 39 ubżż suplement diety od produktu leczniczego odróżnia się, biorąc pod uwagę w pierwszej kolejności kryteria ujęte w definicji leku, tj. prezentacji (czy stosowana prezentacja sugeruje jego działanie terapeutyczne)³³ lub dawki (czy zastosowana w danym produkcie ilość substancji wykazuje działanie lecznicze³⁴). Nie są to jednak granice sztywne³⁵. Również obowiązujące ustawodawstwo w zakresie wyrobów medycznych wyłącza wprost żywność z zakresu stosowania tych przepisów – jak wskazuje art. 1 ust. 6 lit. i rozporządzenia 2017/745 nie ma ono zastosowania do żywności objętej rozporządzeniem nr 178/2002.

Ex lege w przypadku wątpliwości przy rozstrzyganiu statusu danego produktu, priorytetowe znaczenie ma prawo farmaceutyczne, w myśl art. 3a pr. farm.: „Do produktu spełniającego jednocześnie kryteria produktu leczniczego oraz kryteria innego rodzaju produktu, w szczególności suplementu diety, produktu kosmetycznego lub wyrobu medycznego, określone odrębnymi przepisami, stosuje się przepisy niniejszej ustawy”³⁶.

4. Suplement diety versus inne kategorie środków spożywczych

Sporne zarówno pod względem prawnym, jak i praktycznym, może być również rozstrzygnięcie, czy dany produkt powinien zostać uznany za suplement, czy należy go zaliczyć do żywności innej kategorii. W prawie żywnościowym istnieje szereg regulacji określających szczególne rodzaje środków spożywczych, takich jak: suplementy diety, żywność wzbogacana, ale też przeznaczona dla specyficznych grup konsumentów, które przed wprowadzeniem do obrotu wy-

³³ Por. M. Zboralska, *Swobodny przepływ żywności w postaci suplementów diety w świetle orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej*, „Przegląd Prawa Rolnego” 2011, nr 2(9), s. 85, cyt.: „(...) według prawa jako lek są traktowane nie tylko te produkty, które mają faktyczne możliwości leczenia choroby bądź jej zapobiegania”.

³⁴ Por. G. Krasnowska, T. Sikora, *Żywność. Suplementy diety a bezpieczeństwo konsumenta*, „Nauka. Technologia. Jakość” 2011, nr 4(77), s. 6, cyt.: „W składzie suplementów diety występują w większości surowce roślinne tradycyjnie stosowane w Europie, w tym również surowce farmakopealne, jednak powinny być w suplementach w dawkach znacznie niższych od dawek leczniczych”.

³⁵ K. Książczak, B. Nieścior, *Reklama suplementów diety – analiza prawna*, „Zeszyty Naukowe Szkoły Głównej Gospodarstwa Wiejskiego w Warszawie. Problemy Rolnictwa Światowego” 2018, t. 18(33)1, s. 140, <https://doi.org/10.22630/PRS.2018.18.1.12>.

³⁶ Art. 3a. Ustawy Prawo farmaceutyczne, Dz.U. 2001 Nr 126, poz. 1381 ze zm.

magają powiadomienia Głównego Inspektora Sanitarnego (GIS)³⁷. Te kategorie żywności posiadają odrębne, szczegółowe regulacje prawne, natomiast żywność ogólnego spożycia, w tradycyjnej formie, która nie została wzbogacona o witaminy czy składniki mineralne, bądź inne składniki, podlega ogólnym regulacjom prawa żywnościowego.

W przypadku problemów z kwalifikacją produktu w granicach prawa żywnościowego, najistotniejszymi cechami suplementu diety będą przytoczone w definicji legalnej: postać umożliwiająca dawkowanie oraz, co się z tym w znacznym stopniu wiąże, wymóg dotyczący zawartości skoncentrowanych ilości substancji tzw. czynnych. Kluczowe znaczenie powinny mieć także: cel stosowania produktu i grupa adresatów – czy jest to konsument odżywiający się w standardowy sposób albo określona grupa populacji posiadająca określone potrzeby żywieniowe, np. ze względu na wiek (tj. niemowlęta i małe dzieci), czy odbiorcą powinien być pacjent wymagający specjalnego sposobu odżywiania.

Rozważając pierwszą przesłankę, warto zauważyć, że wolą ustawodawcy było, aby stosując suplementy, konsument mógł, spożywając niewielkie, porcjowane jednostki produktu, zapewnić swojemu organizmowi przyjęcie takich ilości substancji, które będą istotne pod względem odżywczym lub będą wpływać na procesy fizjologiczne³⁸.

Postać fizyczna produktu oraz wysoka koncentracja substancji stanowią więc podstawowe wskaźniki odróżniające suplement od zwykłej żywności, jak również produktów spożywczych wzbogacanych (z ang. *fortified food products*). Warto w tym miejscu wskazać na zagrożenia związane z wysoką koncentracją witamin i minerałów w suplementach diety, które państwa członkowskie limitują, przyjmując przepisy ograniczające zastosowanie określonych witamin i minerałów w suplementach diety³⁹.

Przepisy prawne nie definiują wprost, co należy rozumieć jako „skoncentrowane ilości”. Niemniej jednak sens tego określenia można wywieść z polskich przepisów wykonawczych do ubżż – rozporządzenia Ministra

³⁷ A. Szymecka-Wesołowska, *Procedura notyfikacji suplementów diety, czyli o potrzebie nowelizacji ustawy z 25 sierpnia 2006 r. o bezpieczeństwie żywności i żywienia*, „Przegląd Prawa Rolnego” 2014, nr 1(14), s. 151; czy tu nie brakuje spacji? M. Korzycka-Iwanow, M. Zboralska, *Never-ending debate on food supplements: Harmonisation or disharmonisation of the law?*, „European Food and Feed Law Review” 2010, nr 2, s. 132.

³⁸ K. Leśkiewicz, *Wokół prawnego pojęcia żywności*, „Przegląd Prawa Rolnego” 2015, nr 1(16), s. 187, <https://doi.org/10.14746/ppr.2015.16.1.9> – wskazuje, że: „Dopiero przy okazji definiowania suplementu diety ustawodawca wprowadził wymóg posiadania przez ten produkt wartości, jaką przynoszą człowiekowi witaminy czy minerały, wręcz wpływają na właściwe odżywianie ludzi”.

³⁹ np. wyrok TS z 27 kwietnia 2017 r., C-672/15, *postępowanie karne p. Noria Distribution SARL*, EU:C:2017:310 i wyrok TS z 19 stycznia 2017 r., C-282/15, *Queisser Pharma*, EU:C:2017:26.

Zdrowia z dnia 9 października 2007 r. w sprawie składu oraz oznakowania suplementów diety⁴⁰, gdzie doprecyzowano, jaka jest minimalna ilość witamin i składników mineralnych, które mogą być obecne w zalecanej porcji do spożycia w ciągu dnia. Ilość ta wynosi nie mniej niż 15% referencyjnych wartości spożycia określonych w pkt 1 części A załącznika XIII do rozporządzenia nr 1169/2011⁴¹, jak również wspomnianego już prawodawstwa UE w sprawie oświadczeń żywieniowych i zdrowotnych. Warto na marginesie zauważyć, że w odróżnieniu od przepisów polskich unijna dyrektywa 2002/46/WE nie formułuje wprost ograniczenia co do wartości minimalnych witamin i składników mineralnych⁴².

O żywności wzbogacanej mowa w art. 28 ubżż, który wskazuje, że do środków spożywczych mogą być dodawane witaminy, składniki mineralne lub inne substancje wykazujące efekt odżywczy lub inny fizjologiczny z uwzględnieniem wymagań określonych w rozporządzeniu (WE) nr 1925/2006 w sprawie dodawania do żywności witamin i składników mineralnych oraz niektórych innych substancji^{43, 44}. Jak wynika z pkt 1 preambuły tego rozporządzenia, może to być szereg składników odżywczych i innych składników, które mogą być stosowane w produkcji żywności, między innymi: witaminy, składniki mineralne – w tym pierwiastki śladowe, aminokwasy, niezbędne nienasycone kwasy tłuszczowe, błonnik pokarmowy, rozmaite rośliny i ekstrakty roślinne. Przepisy tego rozporządzenia definiują w art. 2 pkt 2 substancję inną, która ma wartość odżywczą lub oddziałuje

⁴⁰ Rozporządzenia Ministra Zdrowia z dnia 9 października 2007 r. w sprawie składu oraz oznakowania suplementów diety, Dz.U. 2018, poz. 1951 ze zm.

⁴¹ Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) z dnia 25 października 2011 r. w sprawie przekazywania konsumentom informacji na temat żywności zmiany rozporządzeń Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 1924/2006 i (WE) nr 1925/2006 oraz uchylenia dyrektywy Komisji 87/250/EWG, dyrektywy Rady 90/496/EWG, dyrektywy Komisji 1999/10/WE, dyrektywy 2000/13/WE Parlamentu Europejskiego i Rady, dyrektyw Komisji 2002/67/WE i 2008/5/WE oraz rozporządzenia Komisji (WE) nr 608/2004 Dz.Urz. UE L 304 z 22.11.2011, s. 18.

⁴² W wyroku w sprawie C-446/09 Trybunał orzekł, że skoro Komisja nie ustaliła zgodnie z art. 5 ust. 4 dyrektywy 2002/46 maksymalnych ilości witamin i minerałów, które mogą być stosowane przy produkcji suplementów żywnościowych, państwo członkowskie może, jeśli wystąpi stwierdzone zagrożenie, że to spożycie osiągnie górną granicę bezpieczeństwa określoną dla danego minerału i pod warunkiem poszanowania art. 34 i art. 36 TFUE, określić ilość maksymalną bez zastosowania procedury notyfikacyjnej przewidzianej w art. 12 tej dyrektywy, wyrok TS z dnia 29 kwietnia 2010 r., *Solgar Vitamin's France i inni p. Ministre de l'Économie, des Finances et de l'Emploi i in.*, EU:C:2010:233.

⁴³ Dz.Urz. UE L 404 z 30.12.2006, s. 26.

⁴⁴ W Polsce obowiązuje także rozporządzenie Ministra Zdrowia z dnia 16 września 2010 r. w sprawie substancji wzbogacających dodawanych do żywności, Dz.U. 2010 Nr 174, poz. 1184. Określa ono w szczególności środki spożywcze, do których obligatoryjnie są dodawane witaminy lub składniki mineralne oraz ustala minimalne oraz maksymalne poziomy witamin i składników mineralnych w naszym kraju.

na fizjologię („wzbogacającą” wg polskich przepisów)⁴⁵, która posiada wartość odżywczą lub oddziałuje na fizjologię.

Żywność podlegająca regulacji prawnej jako wzbogacana to zatem taka, do której dodano substancje określone w katalogu otwartym sformułowanym w rozporządzeniu nr 1925/2006, takie jak: witaminy, składniki mineralne lub inne substancje, w ilościach znaczących⁴⁶, czyli większych od tych, jakie byłyby dostarczone dzięki odpowiedniej i zróżnicowanej diecie⁴⁷. Ponadto charakteryzuje się standardową dla zwykłej żywności formą, co odróżnia ją od suplementów wymagających dawkowania – zgodnie z definicją legalną i przeznaczeniem do okresowego stosowania jako dodatek do diety, a nie jej zamiennik⁴⁸.

Kolejną przesłanką charakterystyczną dla suplementów jest ich przeznaczenie do stosowania w normalnej diecie⁴⁹. *A contrario* odrębną kategorię stanowi żywność przeznaczona do spełnienia szczególnych potrzeb żywieniowych, uregulowana w rozporządzeniu nr 609/2013 w sprawie żywności przeznaczonej dla niemowląt i małych dzieci oraz żywności specjalnego przeznaczenia medycznego i środków spożywczych zastępujących całodzienną

⁴⁵ Rozporządzenie Ministra Zdrowia z dnia 16 września 2010 r. w sprawie substancji wzbogacających dodawanych do żywności, Dz.U. 2010 Nr 174, poz. 1184.

⁴⁶ Co do zasady do celów określania, czy dana substancja stanowi ilość znaczącą, należy uwzględnić następujące wartości: 15% referencyjnych wartości spożycia określonych w pkt 1, zawarte w 100 g lub 100 ml, w przypadku produktów innych niż napoje, 7,5% referencyjnych wartości spożycia określonych w pkt 1, zawarte w 100 ml, w przypadku napojów lub 15% referencyjnych wartości spożycia określonych w pkt 1, w przeliczeniu na porcję, jeżeli dane opakowanie zawiera wyłącznie jedną porcję – jak dookreśla załącznik XIII część A pkt 2. rozporządzenia nr 1169/2011.

⁴⁷ Jak można przeczytać w motywie 20 preambuły rozporządzenia nr 1925/2006: „normalna i zróżnicowana dieta zawiera wiele składników, które z kolei zawierają wiele substancji. Spożycie tych substancji lub składników wynikające z ich normalnego i tradycyjnego stosowania we współczesnej diecie nie budzi zaniepokojenia i nie musi być poddane regulacji. Niektóre substancje inne niż witaminy i składniki mineralne lub składniki je zawierające są dodawane do żywności jako ekstrakty lub koncentraty, co może prowadzić do ich spożycia w ilościach znacznie większych od ilości, które byłyby dostarczone dzięki odpowiedniej i zróżnicowanej diecie. Bezpieczeństwo takich praktyk jest w niektórych przypadkach poważnie kwestionowane, a korzyści z nich płynące są niejasne; powinny więc one zostać poddane regulacji. W takich przypadkach jest rzeczą właściwą, aby podmioty gospodarcze działające na rynku spożywczym, odpowiedzialne za bezpieczeństwo produktów wprowadzanych na rynek, brały na siebie ciężar udowodnienia, że są one bezpieczne”.

⁴⁸ Por. A. Wawrzyniak, K. Przybyłowicz, L. Wądołowska, J. Charzewska, D. Górecka, E. Lange i inni członkowie Komitetu Nauki o Żywieniu Człowieka Polskiej Akademii Nauk, *Stanowisko Komitetu Nauki o Żywieniu Człowieka Polskiej Akademii Nauk w sprawie stosowania przez osoby dorosłe suplementów diety zawierających witaminy i składniki mineralne*, „Standardy Medyczne/Pediatría” 2021, t. 18, s. 299–304, https://knoz.c.pan.pl/images/stories/MLonnie/smp_03_2021_stanowisko_suplementy.pdf [dostęp: 10.02.2023].

⁴⁹ Standard „normalnej diety” to pochodna norm żywienia, czyli wypracowanych w naukach medycznych norm określających zapotrzebowanie i jego zmienne; M. Ożóg, *System handlu produktami leczniczym i produktami pokrewnymi. Problematyka prawna*, LexisNexis, Warszawa 2010, s. 75.

dietę, do kontroli masy ciała. Pojęcie żywności przeznaczonej do żywienia specjalistycznego bywa interpretowane w odniesieniu do pewnych produktów w sposób zbyt szeroki, obejmujący także inne kategorie produktów, które są przedmiotem szczególnych uregulowań w prawie Unii⁵⁰.

Suplementy bywają również niesłusznie kwalifikowane do kategorii żywności dla pacjentów z uzasadnionymi medycznie wymaganiami żywieniowymi, przeznaczonej do dietetycznego odżywiania pod nadzorem lekarza, tj. „żywności specjalnego przeznaczenia medycznego” (ang. *food for special medical purposes*, dalej FSMP), specjalnie przetworzonej lub o specjalnym składzie. Pojęcie to zgodnie z definicją zawartą w art. 2 ust. 2 lit. g) rozporządzenia nr 609/2013 przewiduje dwa rodzaje specjalnych celów medycznych, do jakich taka żywność może być przeznaczona: dietetyczne odżywianie pacjentów, w tym niemowląt, pod nadzorem lekarza oraz wyłączone lub częściowe żywienie pacjentów z ograniczoną, upośledzoną lub zaburzoną zdolnością przyjmowania, trawienia, wchłaniania, metabolizowania lub wydalania zwykłej żywności lub niektórych składników odżywczych zawartych w tej żywności lub jej metabolitach, lub pacjentów z innymi uzasadnionymi medycznie wymaganiami żywieniowymi, w przypadku których dietetyczne odżywianie nie może zostać osiągnięte jedynie przez zmianę normalnej diety.

Jak więc wynika z przepisów powyższego rozporządzenia, uzupełnienie normalnej diety może być uzasadnione zarówno u osoby zdrowej, jak i chorej, przy czym suplementy diety lub żywność wzbogacona są uważane za element zwykłego sposobu odżywiania. Modyfikacją normalnej diety będzie więc każde jej dostosowanie poprzez spożywanie żywności innej niż specjalnego przeznaczenia medycznego i może obejmować stosowanie suplementów lub produktów wzbogaconych. Komisja Europejska przekazała krajowym organom kontroli wytyczne dotyczące reguł klasyfikacji tego typu produktów pt.: *Zawiadomienie Komisji w sprawie klasyfikacji żywności specjalnego przeznaczenia medycznego*⁵¹, mające wzmocnić prawidłowe rozumienie definicji i doprowadzić do jednolitego podejścia w UE. Zgodnie z tymi wytycznymi produkty cechujące się niewielką wartością kaloryczną nie powinny być, co do zasady, kwalifikowane jako FSMP, lecz jako suplementy lub ewentualnie leki. Produkty specjalnego przeznaczenia medycznego powinny być postrzegane jako żywność, która jest niezbędna dla pacjentów i odpowiednia do prowadzonego procesu leczenia. Oznacza to w prak-

⁵⁰ L. Gosálbez, *FSMP rules changing in Europe? Looking back to move forward*, <https://www.nutrain-ingredients.com/Article/2022/11/07/FSMP-rules-changing-in-Europe-Looking-back-to-move-forward#> [dostęp: 12.02.2023].

⁵¹ Dz.Urz. UE, C-401 z 25.11.2017, s. 1–15.

tyce, że jeśli dany środek może zostać łatwo zastąpiony suplementem diety, czy innymi środkami, to nie może zostać zakwalifikowany jako FSMP. Używanie danego środka spożywczego ze względu na wygodę pacjenta, tj. podaż wszystkich witamin i składników mineralnych przydatnych w diecie osoby chorej, zamiast przyjmowania dwóch-trzech suplementów diety, także nie pozwala zakwalifikować produktu jako FSMP⁵².

Takie samo podejście zaprezentował TSUE w wyroku w sprawie C-418/21, potwierdzając, że do zakwalifikowania produktu jako żywności specjalnego przeznaczenia medycznego nie będzie wystarczające, jeśli pacjent w wyniku spożycia odniesie ogólną korzyść, ponieważ określone substancje przeciwdziałają danemu zaburzeniu lub łagodzą jego objawy. Warunkiem *sine qua non* do celów takiej kwalifikacji jest istnienie zwiększonych lub szczególnych wymagań żywieniowych, które będą zaspokajane przez rozpatrywany produkt⁵³.

5. Podsumowanie

Trudności z odpowiednim zakwalifikowaniem produktów wynikające z podobnych, nakładających się i rozmytych definicji legalnych, przede wszystkim narażają na niebezpieczeństwo konsumentów, ale także zwiększają niepewność prawną podmiotów odpowiedzialnych i ryzyko prowadzenia działalności gospodarczej.

Zakwalifikowanie danego produktu jako suplementu diety lub produktu leczniczego rodzi istotne konsekwencje regulacyjne. Niekiedy producenci celowo określają swoje produkty jako suplementy, aby uniknąć dodatkowych obowiązków rejestracyjnych. Problematiczne bywa też manipulowanie dawką substancji czynnej, aby wprowadzić do obrotu produkty jako suplementy. Niektóre linie produktowe pod tą samą marką zawierają leki lub wyroby medyczne i suplementy diety – takie zabiegi, jak używanie tzw. marek pa-

⁵² Pierwszy przypadek przewidziany w art. 2 ust. 2 lit. g) rozporządzenia nr 609/2013 dotyczy kategorii pacjentów, u których proces przyjmowania lub wchłaniania, bądź też metabolizm jest zaburzony. Drugi przypadek, o którym mowa w tym przepisie, dotyczy pacjentów znajdujących się w szczególnym stanie fizjologicznym, mającym w konsekwencji specyficzne potrzeby w zakresie składu, konsystencji lub postaci żywności. Ma to podkreślać charakter tego typu produktów, których podstawowym celem jest żywienie, tj. dostarczanie energii oraz dodatkowo odpowiedniej ilości i proporcji składników odżywczych – zob. wyrok TS z 27 października 2022 r., C-418/21, *Orthomol pharmazeutische Vertriebs GmbH p. Verband Sozialer Wettbewerb eV*, EU:C:2022:831.

⁵³ Tamże.

rasolowych (ang. *umbrella branding*), są popularną praktyką marketingową wprowadzającą pacjentów w błąd.

Priorytetowym zadaniem z pewnością jest kwestia ochrony życia i zdrowia konsumentów poprzez odróżnienie suplementu od produktu leczniczego. Niewłaściwe zastosowanie produktu wynikające np. z nieprawidłowej prezentacji i braku niezbędnych ostrzeżeń może mieć negatywne dla zdrowia skutki. Na rynku znajduje się wiele różnych rodzajów produktów i składników stwarzających bardzo różne zagrożenia, postrzeganych odmiennie przez ustawodawstwa krajowe⁵⁴. W szczególności wyzwaniem stanowią surowce botaniczne, z uwagi na złożone spektrum biologicznie czynnych związków i działań niepożądanych. Udokumentowano interakcje niektórych składników suplementów z innymi środkami spożywczymi lub lekami. Zioła, witaminy i inne suplementy mogą nasilać lub antagonizować działanie leków. Szczególne obawy budzą działania niepożądane z lekami przeciwzakrzepowymi, sercowo-naczyniowymi, hipoglikemizującymi⁵⁵. Mniejsze ryzyko dla zdrowia publicznego i ewentualne konsekwencje może mieć nieprawidłowa kwalifikacja w obrębie kategorii środków spożywczych, gdy podobne produkty będą wprowadzane w różnych państwach UE jako żywność do normalnego spożycia – w tym suplementy – przeznaczona dla ogółu ludności lub jako specjalne środki dla niektórych podgrup populacji⁵⁶. Niejednolite podejście do klasyfikacji ma również negatywny wpływ na funkcjonowanie rynku wewnętrznego.

Najbardziej dostrzegalną cechą odróżniającą suplement diety od towarów innych kategorii jest skoncentrowana forma umożliwiająca dawkowanie ściśle odmierzonych małych porcji jednostkowych. Jeśli jednak demarkacja na podstawie wizualnej oceny postaci fizycznej jest niemożliwa, należy dokonać pogłębionej analizy prezentacji produktu – w szczególności opisu: przeznaczenia – czy środek ma znaleźć zastosowanie w normalnej diecie konsumenta czy w ramach żywienia specjalnego pacjenta oraz działania – w przypadku suplementu

⁵⁴ P. Coppens, *Food supplements in the European Union: The difficult route to harmonization*, <https://www.raps.org/news-and-articles/news-articles/2018/7/food-supplements-in-the-european-union-the-diffic> [dostęp: 12.02.2023].

⁵⁵ P. Gardiner, R. Phillips, A.F. Shaughnessy, *Herbal and dietary supplement-drug interactions in patients with chronic illnesses*, „American Family Physician” 2008, nr 1(77), p. 73–78, <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/18236826/> [dostęp: 12.02.2023].

⁵⁶ W motywie 10 preambuły rozporządzenia 609/2013 w sprawie żywności przeznaczonej dla niemowląt i małych dzieci oraz żywności specjalnego przeznaczenia medycznego i środków spożywczych zastępujących całodzienną dietę, do kontroli masy ciała oraz uchylającego dyrektywę Rady 92/52/EWG, dyrektywy Komisji 96/8/WE, 1999/21/WE, 2006/125/WE i 2006/141/WE, dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/39/WE oraz rozporządzenia Komisji (WE) nr 41/2009 i (WE) nr 953/2009.

diety będzie to efekt odżywczy lub inny fizjologiczny, leku modyfikacja funkcji fizjologicznych, a wyroby medyczne będą wykazywać głównie działanie fizyczne.

6. Wnioski

Konstrukcja definicji suplementu diety transponowana z dyrektywy 2002/46/WE do ustawy z dnia 25 sierpnia 2006 r. o bezpieczeństwie żywności i żywienia – w art. 3 ust. 3 pkt. 39 ukazuje suplement diety jako produkt z pogranicza różnych reżimów prawnych (ang. *borderline products*). Jest to szczególna grupa produktów (niezdefiniowanych w przepisach), które jednocześnie mogą spełniać kryteria kilku rodzajów towarów. W szczególności mogą to być produkty lecznicze i suplementy diety lub inne kategorie żywności, ale również wyroby medyczne.

Analiza omówionych w artykule definicji i regulacji sektorowych prowadzi do wniosku, że w prawie UE oraz polskim istnieją odpowiednie normy pozwalające na dokonanie rozstrzygnięć odnośnie właściwej kwalifikacji. W przypadku wątpliwości przy rozstrzyganiu statusu danego produktu, prymat przysługuje ustawie prawo farmaceutyczne, która w art. 3a wyjaśnia, że: „Do produktu spełniającego jednocześnie kryteria produktu leczniczego oraz kryteria innego rodzaju produktu, w szczególności suplementu diety, produktu kosmetycznego lub wyrobu medycznego, określone odrębnymi przepisami, stosuje się przepisy niniejszej ustawy”.

Suplement diety od produktu leczniczego odróżnia się zatem, biorąc pod uwagę w pierwszej kolejności kryteria ujęte w definicji leku, tj. prezentacji (czy sugeruje jego działanie terapeutyczne lub profilaktyczne) lub dawki (czy ilość substancji w produkcie wykazuje działanie lecznicze).

Sporne bywa także rozstrzygnięcie, czy dany produkt powinien zostać uznany za suplement, czy należy go zaliczyć do żywności innej kategorii. W prawie żywnościowym istnieje szereg regulacji określających szczególne rodzaje środków spożywczych, takich jak: suplementy diety, żywność wzbogacona, ale też taka, która jest przeznaczona dla specjalnych grup konsumentów.

Wówczas najistotniejszymi cechami suplementu diety będą przytoczone w definicji legalnej: postać umożliwiająca dawkowanie, zawartość skoncentrowanych ilości substancji czynnych oraz przeznaczenie do stosowania w normalnej diecie.

Bibliografia

Akty prawne

- Ustawa z dnia 6 września 2001 r. Prawo farmaceutyczne Dz.U. 2001 Nr 126, poz. 1381 ze zm.
- Dyrektywa 2001/83/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 6 listopada 2001 r. w sprawie wspólnotowego kodeksu odnoszącego się do produktów leczniczych stosowanych u ludzi, Dz.Urz. UE L 311 z 28.11.2001, s. 67–128.
- Rozporządzenie (WE) nr 178/2002 Parlamentu Europejskiego i Rady z 28 stycznia 2002 r. ustanawiające ogólne zasady i wymagania prawa żywnościowego, powołujące Europejski Urząd ds. Bezpieczeństwa Żywności oraz ustanawiające procedury w zakresie bezpieczeństwa żywności, Dz.Urz. UE L 31 z 1.02.2002, s. 1–24.
- Dyrektywa 2002/46/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 10 czerwca 2002 r. w sprawie zbliżenia ustawodawstw Państw Członkowskich odnoszących się do suplementów żywnościowych, Dz.Urz. L UE 183 z 12.07.2002, s. 51–57.
- Ustawa z dnia 25 sierpnia 2006 r. o bezpieczeństwie żywności i żywienia, Dz.U. 2006 Nr 171, poz. 1225 ze zm.
- Rozporządzenie (WE) nr 1924/2006 Parlamentu Europejskiego i Rady z 20 grudnia 2006 r. w sprawie oświadczeń żywieniowych i zdrowotnych dotyczących żywności, Dz.Urz. UE L 404 z 30.12.2006, s. 9–25.
- Rozporządzenie (WE) nr 1925/2006 Parlamentu Europejskiego i Rady z 20 grudnia 2006 r. w sprawie dodawania do żywności witamin i składników mineralnych oraz niektórych innych substancji, Dz.Urz. UE L 404 z 30.12.2006, s. 26–38.
- Rozporządzenie Ministra Zdrowia z dnia 9 października 2007 r. w sprawie składu i oznakowania suplementów diety, Dz.U. 2007 Nr 196, poz. 1425 ze zm.
- Rozporządzenie Ministra Zdrowia z dnia 16 września 2010 r. w sprawie substancji wzbogacających dodawanych do żywności, Dz.U. 2010 Nr 174, poz. 1184.
- Rozporządzenie Komisji (WE) nr 1170/2009 z 30 listopada 2009 r. zmieniające dyrektywę 2002/46/WE Parlamentu Europejskiego i Rady oraz rozporządzenie (WE) nr 1925/2006 Parlamentu Europejskiego i Rady w odniesieniu do wykazów witamin i składników mineralnych oraz ich form chemicznych, które można dodawać do żywności, w tym do suplementów żywnościowych, Dz.Urz. UE L 314 z 1.12.2009.

Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 1223/2009 z 30 listopada 2009 r. dotyczące produktów kosmetycznych, Dz.Urz. UE L 342 z 22.12.2009, s. 59–209.

Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1169/2011 z 25 października 2011 r. w sprawie przekazywania konsumentom informacji na temat żywności, zmiany rozporządzeń Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 1924/2006 i (WE) nr 1925/2006 oraz uchylenia dyrektywy Komisji 87/250/EWG, dyrektywy Rady 90/496/EWG, dyrektywy Komisji 1999/10/WE, dyrektywy 2000/13/WE Parlamentu Europejskiego i Rady, dyrektyw Komisji 2002/67/WE i 2008/5/WE oraz rozporządzenia Komisji (WE) nr 608/2004, Dz.Urz. UE L 304 z 22.11.2011, s. 18–63.

Rozporządzenie nr 609/2013 w sprawie żywności przeznaczonej dla niemowląt i małych dzieci oraz żywności specjalnego przeznaczenia medycznego i środków spożywczych zastępujących całodzienną dietę, do kontroli masy ciała oraz uchylające dyrektywę Rady 92/52/EWG, dyrektywy Komisji 96/8/WE, 1999/21/WE, 2006/125/WE i 2006/141/WE, dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/39/WE oraz rozporządzenia Komisji (WE) nr 41/2009 i (WE) nr 953/2009 Dz. Urz. UE L 181 z 29.06.2013, s. 35–56.

Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, wersja skonsolidowana z 2016 r., Dz.U. C-202 z 7.6.2016.

Zawiadomienie Komisji w sprawie klasyfikacji żywności specjalnego przeznaczenia medycznego. Dz.Urz. UE z 25.11.2017, C-404 z 25.11.2017, s. 1-15.

Orzecznictwo

Sądy międzynarodowe

Wyrok TS z 30 listopada 1983 r., C-227/82, *Postępowanie karne p. Leendert van Bennekom*, EU:C:1983:354.

Wyrok TS z 21 marca 1991 r., C-369/88, *Postępowanie karne p. Jean-Marie Delattre*, EU:C:1991:137.

Wyrok TS z 29 kwietnia 2004 r., C-387/99, *Komisja Wspólnot Europejskich p. Republice Federalnej Niemiec*, EU:C:2004:235.

Wyrok TS z dnia 5 marca 2009 r., C-88/07, *Komisja Wspólnot Europejskich p. Królestwu Hiszpanii*, EU:C:2009:123.

Wyrok TS z dnia 29 kwietnia 2010 r., C-446/09, *Solgar Vitamin's France i in. p. Ministre de l'Économie, des Finances et de l'Emploi i in.*, EU:C:2010:233.

Wyrok TS z 19 stycznia 2017 r., C-282/15, *Queisser Pharma GmbH & Co. KG p. Bundesrepublik Deutschland*, EU:C:2017:26.

Wyrok TS z 27 kwietnia 2017 r. C-672/15, *postępowanie karne p. Noria Distribution SARL*, EU:C:2017:310.

Wyrok TS z 30 stycznia 2020 r., C-524/18, *Dr. Willmar Schwabe GmbH & Co. KG p. Queisser Pharma GmbH & Co. KG*, EU:C:2020:60.

Wyrok TS z 27 października 2022 r., C-418/21, *Orthomol pharmazeutische Vertriebs GmbH p. Verband Sozialer Wettbewerb eV*, EU:C:2022:831.

Sądy krajowe

Wyrok WSA w Warszawie z 26 marca 2010 r., VI SA/Wa 2127/09, LEX 606176.

Publikacje

Coppens P., *Food Supplements in the European Union: the Difficult Route to Harmonization*, RAPS, <https://www.raps.org/news-and-articles/news-articles/2018/7/food-supplements-in-the-european-union-the-diffic> [dostęp: 12.02.2023].

Gardiner P., Phillips R., Shaughnessy A.F., *Herbal and dietary supplement-drug interactions in patients with chronic illnesses*, „American Family Physician” 2008, nr 1(77), 73–78. <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/18236826/> [dostęp: 12.02.2023].

Gosálbez L., *FSMP rules changing in Europe? Looking back to move forward*, <https://www.nutraingredients.com/Article/2022/11/07/FSMP-rules-changing-in-Europe-Looking-back-to-move-forward> [dostęp: 12.02.2023].

Homeostasis, a model to distinguish between foods (including food supplements) and medicinal products, <https://www.dgav.pt/wp-content/uploads/2021/04/LINK-10-Homeostasis.pdf> [dostęp: 12.02.2023]

Korzycka-Iwanow M., Zboralska M., *Never-ending Debate on Food Supplements: Harmonisation or Disharmonisation of the Law?*, „European Food and Feed Law Review” 2010, nr 3, s. 124–135.

Krasnowska G., Sikora T., *Żywność. Suplementy Diety a Bezpieczeństwo Konsumenta*, „Nauka. Technologia. Jakość” 2011, nr 4(77), s. 5–23.

Książczak K., Nieścior B., *Reklama suplementów diety – analiza prawna*, „Zeszyty Naukowe Szkoły Głównej Gospodarstwa Wiejskiego w Warszawie. Problemy Rolnictwa Światowego”, t. 18(33)1, 2018, <https://doi.org/10.22630/PRS.2018.18.1.12>.

Leśkiewicz K., *Wokół prawnego pojęcia żywności*, „Przegląd Prawa Rolnego” 2015, nr 1(16), s. 179–192, <https://doi.org/10.14746/ppr.2015.16.1.9>.

- Łata M., *W kwestii prawnego pojęcia suplementów diety*, „Przegląd Prawa Rolnego” 2022, nr 2(31), s. 119–135, <https://doi.org/10.14746/ppr.2022.31.2.7>.
- Olszewski W. L., *Suplementy – produkty z pogranicza*, <https://www.kierunekspozywczy.pl/artypkyl,3053,suplementy-8211-produkty-z-pogranicza.html> [dostęp: 17.02.2023].
- Ożóg M., *System handlu produktem leczniczym i produktami pokrewnymi. Problematyka prawna*, LexisNexis, Warszawa 2010.
- Stefańczyk-Kaczmarczyk J., Gęślak K., Kondrat M. (red.), *Prawo suplementów diety*, Wolters Kluwer, Warszawa 2012.
- Szymecka-Wesołowska A., *Procedura notyfikacji suplementów diety, czyli o potrzebie nowelizacji ustawy z 25 sierpnia 2006 r. o bezpieczeństwie żywności i żywienia*, „Przegląd Prawa Rolnego” 2014, nr 1(14), s. 149–175.
- Taczanowski M., *Prawo żywnościowe*, Wolters Kluwer, Warszawa 2017.
- Thakkar S., Anklam E., Xu A., Ulberth F., Li J., Li B., Hugas M., Sarma N., Crerar S., Swift S., Hakamatsuka T., Curtui V., Yan W., Geng X., Slikker W., Tong W., *Regulatory landscape of dietary supplements and herbal medicines from a global perspective*, „Regulatory Toxicology Pharmacology” 2020, nr 114, <https://doi.org/10.1016/j.yrtph.2020.104647>.
- Wawrzyniak A., Przybyłowicz K., Wądołowska L., Charzewska J., Górecka D., Lange E. i inni członkowie Komitetu Nauki o Żywieniu Człowieka Polskiej Akademii Nauk, *Stanowisko Komitetu Nauki o Żywieniu Człowieka Polskiej Akademii Nauk w sprawie stosowania przez osoby dorosłe suplementów diety zawierających witaminy i składniki mineralne*, „Standardy Medyczne/Pediatrics” 2021, t. 18, s. 299–304, https://knozc.pan.pl/images/stories/MLonnie/smp_03_2021_stanowisko_suplementy.pdf [dostęp: 10.02.2023].
- Zboralska M., *Swobodny przepływ żywności w postaci suplementów diety w świetle orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej*, „Przegląd Prawa Rolnego” 2011 nr 2(9), s. 83–108.
- Ziółko E., *Podstawy fizjologii człowieka*, Oficyna Wydawnicza Państwowej Wyższej Szkoły Zawodowej w Nysie, Nysa 2006.

Netografia

<https://eur-lex.europa.eu>

MDCG 2022 – 5 Guidance on borderline between medical devices and medicinal products under Regulation (EU) 2017/745 on medical devices, https://health.ec.europa.eu/system/files/2023-06/mdcg_2022-5_en.pdf [dostęp: 5.12.2022].

Internetowy System Aktów Prawnych, <http://isap.sejm.gov.pl/>.



Emil Śliwiński

Szkoła Doktorska Nauk Społecznych Uniwersytetu Warszawskiego, Polska
ORCID: 0000-0002-5910-9030
e.sliwinski@uw.edu.pl

Opinie doradcze ETPC na podstawie Protokołu nr 16. Ocena efektywności procedury po 5 latach od jego wejścia w życie¹

Advisory opinions of ECtHR under Protocol no. 16: The assessment of effectiveness of the procedure after 5 years from its entry into force

Abstract: The article presents the assessment of effectiveness of the procedure established by the Protocol no. 16 to the European Convention on Human Rights, which enables the highest domestic courts to refer to the European Court of Human Rights to issue advisory opinion. Until the end of 2023, ECtHR issued seven advisory opinions. The article discusses all seven advisory opinions, as well as previous and subsequent case-law of ECtHR and domestic courts. It enables to assess that application of Protocol no. 16 up to now has fulfilled the aims of advisory procedure to a moderate extent. Moreover, some risks have materialised, namely the risk of objectification of advisory procedure by the domestic courts and its use in the process of execution of judgments of ECtHR.

Keywords: advisory opinions, advisory procedure, Protocol No. 16, European Court of Human Rights

¹ Artykuł powstał w ramach projektu badawczego nr 2020/37/B/HS5/00792 finansowanego przez Narodowe Centrum Nauki.

Abstrakt: W artykule przedstawiono ocenę efektywności procedury przewidzianej w Protokole nr 16 do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka, na podstawie której umożliwiono najwyższym sądom krajowym składanie do Europejskiego Trybunału Praw Człowieka wniosków o wydanie opinii doradczych. W artykule przedstawiono siedem opinii doradczych, tzn. wszystkie wydane od wejścia w życie Protokołu nr 16 do końca 2023 r., wraz z wcześniejszym i późniejszym orzecznictwem zarówno ETPC, jak i sądów krajowych. Pozwala to na ocenę, że dotychczasowe stosowanie Protokołu nr 16 realizuje cele procedury doradczej w umiarkowanym stopniu. Ponadto uwidoczniły się ryzyka w postaci instrumentalizacji procedury doradczej przez sądy krajowe oraz jej stosowania w toku wykonania wyroków ETPC.

Słowa kluczowe: opinie doradcze, procedura doradcza, Protokół nr 16, Europejski Trybunał Praw Człowieka

1. Wprowadzenie

System ochrony praw człowieka Rady Europy przewiduje kilka podstaw prawnych wydawania przez Europejski Trybunał Praw Człowieka (dalej: ETPC) opinii doradczych: art. 47 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka² (dalej: EKPC), art. 29 Konwencji z Oviedo³ oraz Protokół nr 16 do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka (dalej: Protokół nr 16). O ile tryby wydawania opinii na podstawie dwóch pierwszych wymienionych przepisów odnoszą

² Tylko dwukrotnie ETPC wydał opinie doradcze na tej podstawie i obydwie dotyczyły zagadnień związanych z wyborem sędziów do Trybunału (opinia doradcza ETPC z 12 lutego 2008 r., A47-2008-001, HUDOC oraz opinia doradcza ETPC z 22 stycznia 2010 r., A47-2010-001, HUDOC). Opinie te nie mogą bowiem dotyczyć treści i zakresu praw i wolności określonych w EKPC i jej protokołach oraz jakichkolwiek innych zagadnień, które ETPC lub Komitet Ministrów mógłby rozpatrywać w wyniku postępowania podjętego na podstawie postanowień EKPC (art. 47 ust. 2 EKPC). Z tego względu w postanowieniu z 2 czerwca 2004 r., A47-2004-001, HUDOC Trybunał odmówił rozpoznania pytania Komitetu Ministrów, czy procedura ochrony praw człowieka przewidziana w systemie Wspólnoty Niepodległych Państw jest „inną międzynarodową procedurą dochodzenia lub rozstrzygnięcia” (art. 35 ust. 2 lit. b EKPC). Zob. także omówienie: M. Kowalski, *Pierwsza opinia doradcza Europejskiego Trybunału Praw Człowieka*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2008, nr 7, s. 49–55.

³ Postanowieniem z 15 września 2021 r., A47-2021-001, HUDOC ETPC odmówił rozpoznania pytania postawionego na podstawie Konwencji z Oviedo, gdyż uznał, że byłoby to ominięcie art. 47 EKPC. Zakończyło to jedyną do tej pory procedurę doradczą prowadzoną na podstawie Konwencji z Oviedo.

się do relacji między odpowiednio Komitetem Ministrów, Komitetem utworzonym na podstawie Konwencji z Oviedo oraz rządami państw a ETPC, o tyle procedura wprowadzona na podstawie Protokołu nr 16 pozwala na bezpośredni dialog między najwyższymi sądami krajowymi a ETPC w toku rozpoznawania spraw na poziomie krajowym, jeszcze przed ewentualnym poddaniem ich procedurze spornej na poziomie międzynarodowym. Sama procedura przewidziana w Protokole nr 16 przypomina postępowanie prejudycjalne przed TSUE⁴.

Protokół nr 16 wszedł w życie 1 sierpnia 2018 r., trzy miesiące po ratyfikacji przez 10 państw Rady Europy. Obecnie (według stanu na 1 stycznia 2024 r.) jest wiążący dla 22 krajów, choć należy zauważyć, że większość największych ludnościowo państw europejskich (Niemcy, Wielka Brytania, Hiszpania, Włochy, Polska, Turcja) – poza Francją i Ukrainą – nie jest stroną Protokołu nr 16, co poniekąd może tłumaczyć niewielką na razie popularność przewidzianej w nim procedury. Dotychczas złożono bowiem 8 wniosków o wydanie opinii doradczej: 2 z Francji (z Rady Stanu i Sądu Kasacyjnego), 2 z Armenii (z Sądu Konstytucyjnego i Sądu Kasacyjnego), 1 z Litwy (z Naczelnego Sądu Administracyjnego), 1 ze Słowacji (z Sądu Najwyższego), 1 z Finlandii (z Sądu Najwyższego), 1 z Belgii (z Rady Stanu). W stosunku do jednego wniosku (ze Słowacji) Panel Wielkiej Izby odmówił przyjęcia sprawy do rozpoznania⁵; wszystkie pozostałe sprawy zakończyły się wydaniem opinii doradczej.

Celem tego artykułu jest analiza postępowań o wydanie opinii doradczej na podstawie Protokołu 16 pod kątem ich efektywności⁶, tj. realizacji celów procedury doradczej określonej w Protokole nr 16, a więc – jak to zostanie szerzej przeanalizowane niżej – z perspektywy zarówno ETPC, sądów krajowych,

⁴ Zresztą należy zaznaczyć, że m.in. brak rozstrzygnięcia kolizji między procedurą prejudycjalną (art. 267 TFUE) oraz procedurą doradczą z Protokołu nr 16 legł u podstaw negatywnej opinii TSUE o przystąpieniu UE do EKPC (zob. opinia doradcza TS z 18 grudnia 2014 r., 2/13, pkt 196–199, EU:C:2014:2454 oraz omówienie w A. Płoszka, *Kompetencja doradcza Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w świetle opinii Trybunału Sprawiedliwości* 2/13, „Europejski Przegląd Sądowy” 2015, nr 12, s. 50–55).

⁵ Postanowienie ETPC z 14 grudnia 2020 r., P16-2020-001, HUDOC. Trybunał uznał, że rozpoznanie sprawy przez sąd krajowy nie wymaga udzielenia wskazówek przez ETPC.

⁶ Podobne zadanie, z nieco inaczej określonymi celami (tj. czy instytucja opinii doradczych była potrzebna i sprawdziła się w praktyce), postawił przed sobą A. Wiśniewski, *Nowa instytucja opinii doradczych Europejskiego Trybunału Praw Człowieka – uwagi po czterech latach od wejścia w życie Protokołu nr 16 do EKPC*, „Prawo i Więź” 2022, nr 4, s. 47–71, <https://doi.org/10.36128/pr.wi.42.535>. W swoim artykule opieram się na pogłębionej metodologii, uwzględniając w szerszym stopniu cele procedury doradczej oraz dokonuję analizy niektórych skutków wydanych opinii (np. orzeczenia sądów krajowych).

jak i jednostek. Aby ocenić zatem tak określoną⁷ efektywność, konieczne jest w pierwszej kolejności zrekonstruowanie celów i funkcji procedury doradczej ukształtowanej na podstawie Protokołu nr 16. Następnie w artykule zostaną krótko przedstawione opinie doradcze wraz z kontekstem krajowym oraz powiązaniem z nimi orzecznictwem ETPC. Ponieważ cele procedury doradczej, szerzej opisane w następnym punkcie, zakładają wpływ na rozstrzygnięcie sprawy na poziomie krajowym, jak i na kształtowanie się standardu orzeczniczego ETPC, przedstawienie takiego kontekstu pozwoli na ocenę jej efektywności. Jednak należy zaznaczyć, że nie przy wszystkich opiniach doradczych przedstawienie takiego kontekstu jest możliwe, zwłaszcza jeżeli zostały one wydane niedawno i dotyczą szczegółowych problemów; nie jest możliwa wówczas ocena wpływu na dalsze orzecznictwo ETPC, a czasami nawet na sprawę na poziomie krajowym (bowiem nie została ona jeszcze zakończona lub też dotarcie do zagranicznego orzeczenia jest utrudnione lub w ogóle - niemożliwe).

W ostatniej części – o charakterze analitycznym – zostanie zwrócona uwaga na pewne problemy i wyzwania wyłaniające się z dotychczasowej praktyki.

2. Procedura doradcza z Protokołu nr 16 i jej cele

Cele procedury doradczej przewidzianej w Protokole nr 16⁸ mogą być dekodowane ze wszystkich części tego Protokołu, a zwłaszcza z jego preambuły, która odsyła m.in. do opinii nr 285 (2013) Zgromadzenia Parlamentarnego Rady Europy⁹. Ponadto Raport Wyjaśniający do Protokołu¹⁰ oraz Wytyczne

⁷ Można także oceniać efektywność, np. z perspektywy czasu trwania procedury. W tym kontekście należy wskazać, że czas rozpatrywania wniosków o wydanie opinii doradczej wyniósł (odpowiednio w stosunku do wszystkich procedur zakończonych wydaniem opinii, w porządku chronologicznym): 180, 301, 568, 448, 454, 192 i 254 dni, tj. średnio 342 dni. Biorąc pod uwagę powszechnie znany czas procedowania spraw przez ETPC, należy uznać, że procedura doradcza jest dość efektywna pod kątem czasowym.

⁸ Zob. także szersze omówienie w A. Paprocka, M. Ziółkowski, *Opinie doradcze w świetle Protokołu nr 16 do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2014, nr 10, s. 15–23; A. Płoszka, *Nowa opinia doradcza Europejskiego Trybunału Praw Człowieka*, „Państwo i Prawo” 2013, nr 10, s. 89–100.

⁹ <https://pace.coe.int/pdf/c300b44c90a80190353b154641ebd164042ffe7dfcc346b5f255ca16e6662ef6/opinion%20285.pdf> [dostęp: 1.01.2024], dalej: opinia nr 285.

¹⁰ *Explanatory Report to Protocol No. 16 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, <https://rm.coe.int/16800d383e> [dostęp: 1.01.2024], dalej: Raport wyjaśniający. ETPC używa w swojej praktyce orzeczniczej raportów wyjaśniających do innych protokołów, np. Protokołu nr 7 (zob. np. wyrok ETPC z 30 czerwca 2020 r., 50514/13, *Saqueti Iglesias p. Hiszpanii*, pkt 36, 38, 53, 54, HUDOC).

ETPC w zakresie implementacji procedury wprowadzonej na podstawie Protokołu nr 16¹¹ mogą przyczynić się do ustalenia celów procedury doradczej. Należy także założyć, że cele tej procedury wpisują się w ogólne cele EKPC oraz samej Rady Europy jako organizacji międzynarodowej, którymi są osiągnięcie większej jedności między członkami RE, także poprzez przestrzeganie i rozwój praw człowieka oraz podstawowych wolności¹².

W Preambule do Protokołu nr 16 wskazano, że „rozszerzenie właściwości Trybunału w zakresie wydawania opinii doradczych wzmocni współdziałanie między Trybunałem i władzami państwowymi oraz ugruntuje wdrażanie Konwencji zgodnie z zasadą subsydiarności”. W opinii nr 285 podniesiono również, że Protokół nr 16 prawdopodobnie poprawi „interakcję między Trybunałem i władzami krajowymi przez stworzenie platformy sędziowskiego dialogu, w ten sposób ułatwiając stosowanie orzecznictwa Trybunału przez sądy krajowe”. W Raporcie Wyjaśniającym zauważono z kolei, że wymogi proceduralne „odzwierciedlają cel procedury, którym nie jest przekazanie sporu do Trybunału, lecz raczej udzielenie pytającemu sądowi lub trybunałowi wskazówek co do zagadnień związanych z Konwencją w kontekście rozpoznania sprawy przed tym sądem lub trybunałem”¹³.

Ponadto w opinii nr 285 wyjaśniono także, że Protokół nr 16 prawdopodobnie ułatwi „przesunięcie – z etapu *ex post* do *ex ante* – rozwiązania wielu kwestii interpretacyjnych związanych z Konwencją na planie krajowym, oszczędzając – w dłuższym okresie – cenne zasoby Trybunału; szybsze rozpoznawanie podobnych spraw na poziomie krajowym także wzmocni zasadę subsydiarności”. Myśl ta została rozwinięta w Raporcie Wyjaśniającym: „Art. 5 przewiduje, że opinie doradcze nie są wiążące. Są one wydawane w toku dialogu sądowego między Trybunałem a sądami i trybunałami krajowymi. W konsekwencji sąd wnioskujący o wydanie opinii doradczej decyduje o skutkach jej wydania w postępowaniu krajowym. To, że Trybunał wydał opinię doradczą w kontekście postępowania krajowego, nie stanowi przeszkody dla strony tego postępowania do skorzystania z prawa do skargi indywidualnej

¹¹ https://www.echr.coe.int/Documents/Guidelines_P16_ENG.pdf [dostęp: 1.01.2024], dalej: Wytyczne.

¹² Zob. art. 1 lit. a i b Statutu Rady Europy oraz Preambuła do EKPC. W tym kontekście wypada wspomnieć także o konieczności interpretowania EKPC w sposób, który czyni prawa praktycznymi i efektywnymi (zob. wyrok ETPC z 8 listopada 2016 r., 18030/11, *Magyar Helsinki Bizottság p. Węgrom*, pkt 121, HUDOC) oraz o doktrynie „żyjącego instrumentu”, która ma doprowadzać do ewolucyjnego zwiększania standardu ochrony praw człowieka (zob. wyrok ETPC z 26 lipca 2005 r., 73316/01, *Siliadin p. Francji*, pkt 121, HUDOC).

¹³ Raport wyjaśniający, pkt 11. Takie wskazówki muszą być konieczne do rozpoznania sprawy (zob. postanowienie ETPC z 14 grudnia 2020 r., P16-2020-001, pkt 17 z odesłaniem do Wytycznych, pkt 6.2).

na podstawie art. 34 Konwencji [...]. Jednakże, jeżeli skarga została wniesiona po postępowaniu krajowym, w którym uwzględniono opinię doradczą, oczekuje się, że elementy skargi odnoszące się do kwestii rozpatrzonej w opinii doradczej będą uznane za niedopuszczalne. Opinie doradcze wydane na podstawie tego Protokołu nie będą miały bezpośredniego wpływu na dalsze skargi. Będą jednak stanowiły część orzecznictwa Trybunału łącznie z wyrokami i postanowieniami. Interpretacja Konwencji oraz jej Protokołów zawarta w opinii doradczej będzie analogiczna co do skutków z elementami interpretacyjnymi w wyrokach i postanowieniach ETPC¹⁴. W konsekwencji więc opinie doradcze wydane na podstawie Protokołu nr 16 będą miały – podobnie jak wyroki i postanowienia ETPC – moc *res interpretata*¹⁵.

W Wytycznych wskazano z kolei, że warunkiem skierowania wniosku o wydanie opinii doradczej jest stwierdzenie, że ze sprawy zawisłej przed sądem krajowym wynika nowe zagadnienie dla stosowania Konwencji lub też fakty tej sprawy nie pozwalają na zastosowanie wprost dotychczasowego orzecznictwa ETPC, albo że orzecznictwo to nie jest jednolite¹⁶. W konsekwencji więc pośrednio za cel procedury doradczej może być uważane rozstrzygnięcie przypadków nowych lub niejednoznacznych albo też ujednolicanie orzecznictwa ETPC¹⁷.

Podsumowując, za cele procedury doradczej na podstawie Protokołu nr 16 można uznać w szczególności: (1) przestrzeganie i rozwój praw człowieka (jako cel najogólniejszy, charakterystyczny dla całej Rady Europy) – w nowatorskiej formie, tj. stworzenie platformy sędziowskiego dialogu¹⁸, (2) skuteczniejsza

¹⁴ Raport wyjaśniający, pkt 25–27. Co do mocy wiążącej opinii doradczej zob. także A. Paprocka, M. Ziółkowski, *Opinie...*, s. 21.

¹⁵ M. Wąsek-Wiaderek, *Advisory opinions of the European Court of Human Rights: Do national judges really need this new forum of dialogue?*, [w:] P.P. de Albuquerque, K. Wojtyczek (red.), *Judicial Power in Globalized World. Liber Amicorum Vincent de Gaetano*, Springer, Berlin 2019, s. 650, https://doi.org/10.1007/978-3-030-20744-1_38; L. Glas, J. Krommendijk, A. Strasbourg *Story of swords and shields: National courts' motives to request an advisory opinion from the ECtHR Under Protocol 16*, „European Convention on Human Rights Law Review” 2022, nr 3, s. 331, <https://doi.org/10.1163/26663236-bja10042>; K. Lemmens, *Protocol No 16 to the ECHR: Managing backlog through complex judicial dialogue?*, „European Constitutional Law Review” 2019, nr 4, s. 702, <https://doi.org/10.1017/S1574019619000373>; implicite zdanie odrębne sędziego Krenca do wyroku ETPC z 22 listopada 2022 r., 58817/15 i in., D.B. i inni p. Szwajcarii, pkt 13–17, HUDOC.

¹⁶ Wytyczne, pkt 5. Zob. także postanowienie ETPC z 14 grudnia 2020 r., P16-2020-001, pkt 23, w którym odrzucono wniosek o opinię doradczą głównie z powodu jasności i dostateczności standardu w dotychczasowym orzecznictwie.

¹⁷ Można w tym upatrywać funkcji konstytucyjnej ETPC (w odróżnieniu od funkcji rozstrzygania indywidualnych sporów), tj. wpływu na kształtowanie się standardów (zob. szerzej J. Jahn, *Normative guidance from Strasbourg through advisory opinions*, „Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht” 2014, t. 74, s. 831–843).

¹⁸ Można w tym kontekście wskazać zasadnicze zastrzeżenie, a mianowicie, że procedura sporna przed ETPC w sposób wystarczający gwarantuje dialog sądowy i to zgodnie z jasnym podziałem

implementacja standardu konwencyjnego na poziomie krajowym – poprzez udzielenie sądom krajowym wskazówek co do interpretacji i stosowania EKPC – a przez to (3) redukcja liczby spraw wpływających do ETPC¹⁹, względnie (4) możliwość załatwienia tych spraw odmownie, zgodnie z wydaną wcześniej opinią doradczą, a także (5) rozstrzyganie przypadków nowych lub niejednoznacznych²⁰, względnie (6) ujednolicanie orzecznictwa.

3. Przegląd wydanych opinii doradczych

Do końca 2023 r. ETPC wydał siedem opinii doradczych, które dotyczyły: rozpoznania przez państwo więzi między „planowaną” matką a dzieckiem urodzonym w wyniku surogacji²¹, standardu przewidywalności i nieretroaktywności prawa karnego w kontekście zarzutu obalenia porządku konstytucyjnego²², utraty biernego prawa wyborczego po procedurze *impeachmentu*²³, potencjalnego umorzenia postępowania z powodu przedawnienia przestępstw stanowiących tortury²⁴, różnicy w traktowaniu pewnych stowarzyszeń opartej na dacie powstania²⁵, praw proceduralnych biologicznej matki dorosłego

ról (w tym kierunku K. Dzehtsiarou, N. O'Meara, *Advisory jurisdiction and the European Court of Human Rights: a magic bullet for dialogue and docket-control?*, „Legal Studies” 2014, nr 3, s. 444–468, <https://doi.org/10.1111/lest.12025>). Z drugiej strony warto odnotować, że trudno to uznać za prawdziwy dialog (tak M. Wąsek-Wiaderek, *Advisory...*, s. 639–642). Na pewno jednak celem Protokołu nr 16 było przyznanie bardziej podmiotowej roli sądom krajowym (zgodnie z zasadą subsydiarności) i rozwój dialogu w ten sposób (w tym kierunku T. Voland, B. Schiebel, *Advisory opinions of the European Court of Human Rights: Unbalancing the system of human rights protection in Europe?*, „Human Rights Law Review” 2017, nr 1(17) s. 80, <https://doi.org/10.1093/hrlr/ngw034>, ze wskazaniem, że pośrednio przyczyni się to także do zwiększenia legitymizacji ETPC).

¹⁹ Oczywiście samo wskazanie w art. 5 Protokołu nr 16, że opinie doradcze nie są wiążące, ma przełożenie na realizację celu w postaci redukcji spraw przed ETPC (T. Voland, B. Schiebel, *Advisory...*, s. 83).

²⁰ A. Paprocka, M. Ziółkowski, *Opinie...*, s. 20 podnoszą, że „ważną kwestią” w rozumieniu Protokołu nr 16 może być także zagadnienie „aktualności poglądu wyrażonego w orzecznictwie strasburskim, od którego ETPCz dotąd wyraźnie nie odstąpił, wywołującego zarazem uzasadnione wątpliwości w świetle koncepcji EKPCz jako żywego instrumentu”.

²¹ Opinia doradcza ETPC z 10 kwietnia 2019 r., P16-2018-001, HUDOC; dalej: pierwsza opinia doradcza.

²² Opinia doradcza ETPC z 29 maja 2020 r., P16-2019-001, HUDOC; dalej: druga opinia doradcza.

²³ Opinia doradcza ETPC z 8 kwietnia 2022 r., P16-2020-002, HUDOC; dalej: trzecia opinia doradcza.

²⁴ Opinia doradcza ETPC z 26 kwietnia 2022 r., P16-2021-001, HUDOC; dalej: czwarta opinia doradcza.

²⁵ Opinia doradcza ETPC z 13 lipca 2022 r., P16-2021-002, HUDOC; dalej: piąta opinia doradcza.

dziecka w postępowaniu o adopcję²⁶ oraz odmowy udzielenia licencji na pracę jako ochroniarz ze względu na związek z salafickim ruchem religijnym²⁷.

3.1. Pierwsza opinia doradcza

Pierwsza opinia doradcza została wydana w 2019 r. na tle następującego stanu faktycznego. Państwo Mennesson, małżeństwo Francuzów żyjących we Francji, w 2000 r. zawarło umowę o surogację w stanie Kalifornia, gdzie było to zgodne z prawem. Gamety męskie zostały pobrane od pana Mennessona, natomiast komórka jajowa pochodziła od dawczyni z Kalifornii. Po urodzeniu bliźniąt stan Kalifornia wydał akt urodzenia, w którym wskazano pana Mennessona jako ojca i panią Mennesson jako matkę. Początkowo akt ten został transkrybowany we francuskim rejestrze stanu cywilnego, ale później transkrypcję cofnięto ze względu na sprzeczność umowy surogacji z francuskim porządkiem prawnym.

W postępowaniu spornym *Mennesson przeciwko Francji* ETPC wskazał m.in., że – biorąc pod uwagę brak jakiegokolwiek uznania więzi między córkami państwa Mennesson oraz nimi samymi (a zwłaszcza z biologicznym ojcem²⁸) przez władze francuskie, co mogło mieć wpływ na ustalenie obywatelstwa, możliwość dziedziczenia etc. – doszło do naruszenia praw dzieci do poszanowania ich życia prywatnego (art. 8 EKPC)²⁹.

Po wznowieniu postępowania przed sądem krajowym po wyroku w sprawie *Mennesson* organ ten uznał za stosowne zwrócenie się do ETPC z wnioskiem o wydanie opinii doradczej. W toku postępowania przed sądem krajowym podstawowym problemem był właściwy sposób uznania przez państwo więzi między państwem Mennesson a ich dziećmi. Sąd m.in. zadał pytanie, czy mieści się w marginesie oceny państwa odzwierciedlenie w transkrybowanym akcie urodzenia jedynie ojca biologicznego oraz umożliwienie jego żonie adopcji dzieci.

²⁶ Opinia doradcza ETPC z 13 kwietnia 2023 r., P16-2022-001, HUDOC; dalej: szósta opinia doradcza.

²⁷ Opinia doradcza ETPC z 14 grudnia 2023 r., P16-2023-001, HUDOC; dalej: siódma opinia doradcza.

²⁸ W tym kontekście należy wskazać, że po zmianach ustawowych we Francji pozwalających na częściową transkrypcję aktu urodzenia Komitet Ministrów uznał, że wyrok *Mennesson p. Francji* został wykonany (Uchwała Komitetu Ministrów Rady Europy z dnia 21 września 2017 r. (1294. spotkanie), nr CM/ResDH(2017)286 w przedmiocie wykonania czterech wyroków przeciwko Francji, <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-177626%22%5D%7D>) [dostęp: 1.01.2024]) i w 2017 r. zamknął procedurę nadzoru.

²⁹ Wyrok ETPC z 26 czerwca 2014 r., 65192/11 i in., *Mennesson p. Francji*, pkt 96–100, HUDOC.

Trybunał w odpowiedzi wskazał, że sztywny i absolutny zakaz uznania więzi między dziećmi a żoną biologicznego ojca narusza najlepszy interes dziecka³⁰. Niepewność co do statusu dziecka powinna trwać jak najkrócej³¹. Nie jest jednak wymagana forma transkrypcji aktu urodzenia, a – w zależności od okoliczności sprawy – dopuszczalna jest forma adopcji, o ile procedura jest odpowiednio ukształtowana i pozwala na uznanie takiej więzi, z uwzględnieniem interesu dziecka³².

Po sporządzeniu opinii doradczej przez ETPC sąd krajowy wydał wyrok³³, w którym stwierdził, że więź między biologicznym ojcem a dziećmi musi zostać uznana w formie transkrypcji aktu urodzenia. Jeżeli zaś chodzi o relację żony ojca z dziećmi, stwierdzono, że byłoby nieproporcjonalne – w świetle czasu, który upłynął od początku sporu – wymagać od niej wykorzystania ścieżki adopcji. W konsekwencji sąd nakazał transkrypcję aktu urodzenia, w którym państwo Mennesson będą wskazani jako rodzice.

Warto zaznaczyć, że opinia doradcza nie doprowadziła do sformułowania wyraźnego standardu w zakresie dopuszczalności odmowy uznania skutków umowy o surogację³⁴. Trybunał uznał w dalszym orzecznictwie, że w przypadku żony ojca nie jest konieczna pełna adopcja, a jedynie przyznanie prawa do opieki nad dzieckiem³⁵. Możliwe jest także odmówienie adopcji³⁶. Standard rozszerzono następnie na pary jednopłciowe³⁷.

³⁰ Pierwsza opinia doradcza, pkt 42.

³¹ Tamże, pkt 49.

³² Tamże, pkt 49–54.

³³ Wyrok Sądu Kasacyjnego Francji z 4 października 2019 r., 10-19.053, <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000039213459/> [dostęp 01.01.2024].

³⁴ Tak też L. Bracken, *The ECtHR's first advisory opinion: Implications for Cross-Border Surrogacy Involving Male Intended Parents*, „Medical Law International” 2021, nr 1(21), s. 4, <https://doi.org/10.1177/09685332211002592>. Zwrócono także uwagę na lakoniczność opinii, a przez to jej nieprzydatność dla kształtowania dalszego dialogu sądowego (A. Wiśniewski, *Nowa instytucja...*, s. 55; A. Margaria, *Parenthood and Surrogacy: What is 'New'? The ECtHR's First Advisory Opinion*, „Medical Law Review” 2020, nr 2(28), s. 421, <https://doi.org/10.1093/medlaw/fwz042>).

³⁵ Wyrok ETPC z 6 grudnia 2022 r., 25212/21, *K.K. i inni p. Danii*, HUDOC. Podobnie w wyroku ETPC z 18 maja 2021 r., 71552/17, *Valdís Fjólfnisdóttir i inni p. Islandii*, HUDOC, gdzie odmowa adopcji (z przyznaniem statusu rodziny zastępczej dwójce rodziców, z których żadne nie było biologicznie spokrewnione z dziećmi) nie naruszała art. 8 EKPC.

³⁶ Wyrok ETPC z 24 marca 2022 r., 30254/18, *A.M. p. Norwegii*, HUDOC. W tej sprawie ojciec biologiczny zaoponował przeciwko adopcji, a ETPC uznał, że sądy krajowe właściwie wyważyły sprzeczne interesy.

³⁷ Wyrok ETPC z 24 marca 2022 r., 29775/18 i in., *C.E. i inni p. Francji*, HUDOC; wyrok ETPC z 22 listopada 2022 r., 58817/15 i in., *D.B. i inni p. Szwajcarii*, HUDOC. Jest to stanowisko odmienne od wcześniejszego orzecznictwa (zob. wyrok ETPC z 15 marca 2012 r., 25951/07, *Gas i Dubois p. Francji*, HUDOC).

3.2. Druga opinia doradcza

Druga opinia doradcza³⁸ została wydana w kontekście skomplikowanej rzeczywistości politycznej w Armenii. W 1998 i 2003 r. Robert Koczarian został wybrany na Prezydenta Armenii. W 2008 r. doszło do wyborów prezydenckich, w których startował Serż Sarkisjan, reprezentant tej samej opcji politycznej co Koczarian. Ogłoszenie wygranej Sarkisjana wywołało protesty na dużą skalę, które zostały brutalnie stłumione przez siły bezpieczeństwa. W późniejszej ocenie ETPC przy tłumieniu protestów doszło do naruszeń art. 3, 5, 6 i 11 EKPC³⁹. Po zmianie władzy w wyniku bezkrwawej rewolucji z 2018 r., Robert Koczarian został oskarżony o usiłowanie obalenia konstytucyjnego ustroju Armenii (art. 300[1] armeńskiego kodeksu karnego⁴⁰). Przed rozpoznaniem zarzutów sąd pierwszej instancji zwrócił się z pytaniem prawnym do Sądu Konstytucyjnego, czy wspomniany wyżej przepis spełnia wymogi zasady określoności.

Sąd Konstytucyjny⁴¹ z kolei zdecydował się złożyć wniosek do ETPC o wydanie opinii doradczej w przedmiocie dopuszczalności stosowania znamienia blankietowego w prawie karnym oraz kryteriów służących do porównania różnych stanów prawnych (w chwili orzekania oraz w chwili popełnienia czynu)⁴². Kwestia porównania dwóch stanów prawnych była – jak się wydaje – uboczną⁴³

³⁸ Zob. także omówienie: N. Vogiatzis, *The Second Advisory Opinion by the Strasbourg Court under Protocol 16*, „European Convention on Human Rights Law Review” 2021, nr 1(3), s. 135–152, <https://doi.org/10.1163/26663236-bja10021>.

³⁹ Zob. m.in. wyrok ETPC z 20 września 2018 r., 23086/08, *Mushegh Saghatelyan p. Armenii*, HUDOC; wyrok ETPC z 25 kwietnia 2019 r., 36469/08, *Ter-Petrosyan p. Armenii*, HUDOC; wyrok ETPC z 8 października 2020 r., 44841/08 i in., *Jhangiryan p. Armenii*, HUDOC; wyrok ETPC z 8 października 2020 r., 49021/08, *Smbat Ayvazan p. Armenii*, HUDOC; wyrok ETPC z 15 października 2020 r., 49020/08 *Myasnik Malhasyan p. Armenii*, HUDOC.

⁴⁰ Zob. tekst tego przepisu w drugiej opinii doradczej, pkt 26.

⁴¹ Zob. także szerokie rozważania dotyczące relacji kontroli konstytucyjności i zgodności z EKPC oraz roli pełnionej przez sądy powszechne oraz sądy konstytucyjne w M. Dicosola i in., *The Prospective Role of Constitutional Courts in the Advisory Opinion Mechanism Before the European Court of Human Rights: A First Comparative Assessment with the European Union and the Inter-American System*, „German Law Journal” 2015, nr 6(16), s. 1387–1428, <https://doi.org/10.1017/S2071832200021192>.

⁴² Sąd Konstytucyjny Armenii chciał także wiedzieć, czy pojęcie „prawa” w rozumieniu art. 7 EKPC i art. 8–11 EKPC obejmuje takie same, czy jednak inne wymogi jakościowe. Jest to problem bardzo interesujący (z perspektywy tego, czy prawo karne musi spełniać wyższe wymogi precyzji niż inne gałęzie prawa ingerujące w wolności człowieka) i wydaje się, że nigdy nie był rozstrzygnięty wprost przez ETPC. Trybunał uznał, że nie ma to znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy przed Sądem Konstytucyjnym (druga opinia doradcza, pkt 52–56).

⁴³ Można się zastanawiać, czy w ogóle miała znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy zawisłej przed Sądem Konstytucyjnym, skoro to do sądu karnego należy *in concreto* zbadanie, czy oskarżony wypełnił znamiona czynu zabronionego zarówno według ustawy obowiązującej w chwili popełnienia czynu zabronionego, jak i znamiona czynu zabronionego według ustawy obowiązującej

wobec problemu jakościowych wymogów właściwych dla prawa karnego, ale Trybunał stwierdził, że porównania dwóch stanów prawnych należy dokonywać *in concreto*, w odniesieniu do danego stanu faktycznego⁴⁴.

Co do standardu przewidywalności ETPC wskazał, że może on zależeć od charakteru przepisu, dobra, jakie ma chronić oraz statusu i liczby osób, do których jest adresowany⁴⁵. Trybunał odwołał się także do swojego wcześniejszego orzecznictwa, w którym uznawał przepisy blankietowe odsyłające do ogólnych norm konstytucyjnych za nienaruszające art. 7 EKPC⁴⁶. W sentencji wskazano, że blankietowy przepis karny nie jest niezgodny z art. 7 EKPC, o ile przepis odsyłający i przepis, do którego się odsyła, są jasne i pozwalają na przewidzenie, jakie czyny podlegają odpowiedzialności karnej. To do sądu krajowego należy zastosowanie obydwu tych przepisów oraz ocena, czy odpowiedzialność karna była przewidywalna.

Wydaje się, że ETPC wyraźnie zasugerował, że możliwe jest sądenie Roberta Koczariana na podstawie dość ogólnego przepisu karnego odsyłającego do bardzo szeroko sformułowanych norm konstytucyjnych. Sąd Konstytucyjny Republiki Armenii uznał jednak, że przepis art. 300[1] armeńskiego kodeksu karnego jest niezgodny z zasadą proporcjonalności i pewności prawa (art. 78 i 79 Konstytucji Republiki Armenii)⁴⁷. W konsekwencji sąd karny uniewinnił Roberta Koczariana⁴⁸, zapewniając mu tym samym bezkarność za udział w tłumieniu protestów w 2008 r.

później. Zwłaszcza że art. 169 Konstytucji Armenii przewiduje – podobnie jak jest to w Polsce – abstrakcyjną kontrolę konstytucyjności norm. Sąd Konstytucyjny Armenii – w wyroku po wydaniu opinii doradczej przez ETPC – zasadniczo to stwierdza (zob. wyrok Sądu Konstytucyjnego Armenii z 26 marca 2021 r., ՄԳՈ-1586 [SDV-1586], pkt 6.2, <https://www.concourt.am/decision/decisions/sdv-1586.pdf> [dostęp: 1.01.2024]). O kwestii podziału kompetencji sądów powszechnych i sądów konstytucyjnych w kontekście procedury doradczej oraz stosowania konstytucji i EKPC zob. M. Dicosola i in., *The Prospective Role...*, s. 1399–1401.

⁴⁴ Mimo odwołania się do obszernego orzecznictwa (zob. druga opinia doradcza, pkt 75–92), nie wydaje się, aby teza o konieczności przeprowadzenia „podwójnego wyrokowania” była przełomem w zakresie interpretacji art. 7 EKPC, choć należy docenić wypowiedzenie jej wprost.

⁴⁵ Druga opinia doradcza, pkt 61. Od polityków, w szczególności sprawujących wysoki urząd, oczekuje się bardziej ostrożnego zachowania, a zatem przepisy regulujące ich czyny mogą być mniej precyzyjne (druga opinia doradcza, pkt 68).

⁴⁶ Druga opinia doradcza, pkt 63–68 z odesłaniem do wyroku ETPC z 19 lutego 2008 r., 74357/01, *Kuolelis, Bartoševičius i Burokevičius p. Litwie*, HUDOC oraz wyroku ETPC z 23 listopada 2017 r., 66847/12, *Haarde p. Islandii*, HUDOC. Wyrok w sprawie *Kuolelis i inni* dotyczył właśnie kwestii obalenia ustroju siłą.

⁴⁷ Wyrok Sądu Konstytucyjnego Armenii z 26 marca 2021 r., ՄԳՈ-1586 [SDV-1586].

⁴⁸ Armenia: Appeals Court Upholds Acquittal of Kocharyan, <https://hetq.am/en/article/138344> [dostęp: 1.01.2024].

Jeżeli zaś chodzi o późniejsze orzecznictwo ETPC, to wypada wskazać, że w niektórych wyrokach odsyłano do drugiej opinii doradczej jako podsumowującej dorobek orzeczniczy⁴⁹, ale także przy ogólnych *passusach* dotyczących nieretroaktywności prawa karnego⁵⁰. Warto także wspomnieć o sprawie *Mørck Jensen przeciwko Danii*⁵¹, w której – jak się wydaje – doszło do (na razie jednorazowego) odstąpienia przez ETPC od standardu sformułowanego w drugiej opinii doradczej. W realiach tej sprawy na podstawie przepisu kodeksu karnego przewidziano karę kryminalną za wjazd na terytorium określone w rozporządzeniu ministra sprawiedliwości. Oskarżony wjechał do prowincji Al-Raqqa w Syrii w momencie, kiedy to terytorium zostało wskazane w rozporządzeniu, jednakże w chwili orzekania było już odmiennie. W świetle drugiej opinii doradczej zasada konkretyzacji porównania dwóch stanów prawnych wymaga stwierdzenia, czy dany czyn wypełniał znamiona przestępstwa zarówno w momencie popełnienia tego czynu, jak i na podstawie późniejszego stanu prawnego⁵², biorąc pod uwagę nie tylko przepisy kodeksu karnego, ale także przepisy, do których kodeks karny odsyła⁵³. W tym kontekście zachowanie skarżącego Jensena było kryminalizowane w chwili czynu, ale już nie w chwili orzekania. Pan Jensen został jednak skazany, a ETPC uznał, iż doszło jedynie do zmiany stosunków faktycznych uzasadniających wykreślenie ww. prowincji z listy, a przepisy ustawy pozostały niezmienione, co zaważyło na braku naruszenia art. 7 EKPC⁵⁴. Rzecz jasna, można dyskutować, do jakiego stopnia zachodzi podobieństwo między stanem faktycznym z drugiej opinii doradczej i sprawą *Mørck Jensen*, jednakże w obydwu tych sprawach chodziło o kumulację dwóch problemów: istnienia znamienia blankietowego oraz standardu *lex mitior agit*. Kwestia kolizji między tymi dwoma sprawami nie została jeszcze podjęta w późniejszym orzecznictwie ETPC.

⁴⁹ Zob. wyrok ETPC z 19 listopada 2020 r., 2953/14, *Pantolon p. Chorwacji*, pkt 45, HUDOC; postanowienie ETPC z 30 listopada 2021 r., 41126/13, *Artsruni p. Armenii*, pkt 47, HUDOC; wyrok ETPC z 20 stycznia 2022 r., 33351/20, *Milanković p. Chorwacji*, pkt 50, HUDOC.

⁵⁰ Zob. wyrok ETPC z 6 października 2020 r., 75882/13, *Pfenning Distributie S.R.L. p. Rumunii*, pkt 43, HUDOC; wyrok ETPC z 24 maja 2022 r., 74536/10, *Sinan Çetinkaya i Ağyar Çetinkaya p. Turcji*, pkt 36, HUDOC; wyrok ETPC z 12 lipca 2022 r., 38825/16, *Kotlyar p. Rosji*, pkt 28, HUDOC; wyrok ETPC z 4 lipca 2023 r., 13451/15, *Tristan p. Mołdawii*, pkt 48, HUDOC.

⁵¹ Wyrok ETPC z 18 października 2022 r., 60785/19, *Mørck Jensen p. Danii*, HUDOC.

⁵² Wyrok ETPC z 18 października 2022 r., 60785/19, *Mørck Jensen p. Danii*, pkt 44 z odesłaniem do drugiej opinii doradczej, pkt 81: „Jeżeli istnieją różnice między prawem karnym obowiązującym w momencie popełnienia czynu i późniejszym prawem karnym uchwalonym aż do wydania prawomocnego wyroku, sądy muszą stosować przepisy prawa najkorzystniejsze dla oskarżonego”. Nie ma wątpliwości, że ta zasada odnosi się nie tylko do karalności, ale także do przestępczości (druga opinia doradcza, pkt 90).

⁵³ Zob. *implicite* druga opinia doradcza, pkt 91.

⁵⁴ Wyrok ETPC z 18 października 2022 r., 60785/19, *Mørck Jensen p. Danii*, pkt 52.

3.3. Trzecia opinia doradcza

Trzecia opinia doradcza może być z kolei postrzegana jako kontynuacja sprawy *Paksas przeciwko Litwie*⁵⁵. Wówczas w wyroku kończącym tę sprawę ETPC stwierdził, że permanentne i nieodwracalne pozbawienie biernego prawa wyborczego prezydenta po jego impeachmentie było nieproporcjonalne⁵⁶. Warto wskazać, że litewski Sąd Konstytucyjny dwukrotnie (w 2004 r. i w 2012 r.) stwierdził, że takie (dożywotnie) pozbawienie prawa wyborczego wynika z litewskiej Konstytucji i opatrywanie go jakimkolwiek limitem czasowym jest sprzeczne z normami konstytucyjnymi⁵⁷. W drugim z wyroków Sąd Konstytucyjny wskazał, że właściwym sposobem na wykonanie orzeczenia ETPC w sprawie *Paksas* jest zmiana Konstytucji, co próbowano zresztą robić kilkukrotnie (od 2013 r.), ale do czasu wydania opinii doradczej wysiłki te nie zostały zakończone sukcesem⁵⁸. Ostatecznie jednak krótko po wydaniu trzeciej opinii doradczej litewski Sejm uchwalił poprawkę do Konstytucji, w której przewidziano, że pozbawienie biernego prawa wyborczego obejmuje okres 10-letni od *impeachmentu*⁵⁹, co zresztą pozwoliło zamknąć procedurę wykonania wyroku przed Komitetem Ministrów we wrześniu 2022 r.⁶⁰.

Na takim tle prawnym, w trzeciej opinii doradczej ETPC zajmował się sprawą N.V., która została wybrana do Sejmu w 2012 r., a następnie pozbawiona mandatu (na podstawie tych samych przepisów Konstytucji co użyte w sprawie *Paksas*) w 2013 r., po ucieczce do Stanów Zjednoczonych z powodu toczącego się przeciwko niej postępowania karnego. Po skazaniu i odbyciu kary N.V. chciała kandydować w wyborach parlamentarnych w 2020 r., ale litewska komisja wyborcza odmówiła jej rejestracji. Po jej odwołaniu do litewskiego Naczelnego Sądu Administracyjnego sąd ten wniósł do ETPC prośbę o wydanie opinii doradczej w przedmiocie kryteriów, które sąd powinien wziąć pod uwagę przy

⁵⁵ Wyrok ETPC z 6 stycznia 2011 r., 34932/04, *Paksas p. Litwie*, HUDOC.

⁵⁶ Wyrok ETPC z 6 stycznia 2011 r., 34932/04, *Paksas p. Litwie*, pkt 109, 112.

⁵⁷ Wyrok ETPC z 6 stycznia 2011 r., 34932/04, *Paksas p. Litwie*, pkt 34; trzecia opinia doradcza, pkt 31. Warto w tym miejscu zaznaczyć, że relewantne przepisy Konstytucji Litwy (art. 59 i 74) są dość wieloznaczne i niekoniecznie narzucają interpretację, że pozbawienie biernego prawa wyborczego obejmuje także kolejne kadencje (a nie tylko tę, w której dana osoba została usunięta ze stanowiska).

⁵⁸ Trzecia opinia doradcza, pkt 32–40.

⁵⁹ Art. 74 ust. 2 Konstytucji Litwy.

⁶⁰ Uchwała Komitetu Ministrów Rady Europy z dnia 22 września 2022 r. (1443. spotkanie), nr CM/ResDH(2022)253 w przedmiocie wykonania wyroku ETPC *Paksas p. Litwie*, <https://hudoc.exec.coe.int/eng?i=001-220578> [dostęp: 1.01.2024]. N.V. będzie zatem mogła kandydować w wyborach parlamentarnych w 2024 r.

ocenie proporcjonalności takiego środka, a także sposobu rozstrzygnięcia kolizji między EKPC a prawem konstytucyjnym⁶¹.

Trybunał w pierwszej kolejności wskazał zasady rządzące interpretacją art. 3 Protokołu nr 1, a mianowicie: w zakresie praw wyborczych państwom-stro-
nom EKPC przysługuje szeroki margines oceny, a na zakres tego marginesu mogą wpływać czynniki związane z historią i systemem politycznym danego państwa, natomiast katalog legitymowanych podstaw ograniczeń tych praw jest otwarty, choć z drugiej strony muszą istnieć także zabezpieczenia proceduralne przeciwko arbitralnej ingerencji w prawa wyborcze⁶². ETPC stwierdził również, że uzasadnienie obowiązywania środków o charakterze generalnym wpływających na prawa wyborcze maleje z upływem czasu⁶³. Trybunał wskazał, że dopuszczalne jest zarówno sztywne, niepodlegające kontroli sądowej pozbawienie praw wyborczych na mocy decyzji legislatury albo też dożywotni zakaz pełnienia funkcji z możliwością kontroli sądowej⁶⁴. Skoro celem pozbawienia biernego prawa wyborczego jest ochrona instytucji, do której dana osoba kandyduje, systemu konstytucyjnego i demokratycznego ustroju państwa, to przy ocenie proporcjonalności należy brać pod uwagę nie tylko naturę przewinienia danej osoby, ale także stabilność danego organu, jego zadania, a także prawdopodobieństwo, że dana osoba zakłóci działania tej instytucji oraz demokracji w danym kraju oraz lojalność danej osoby wobec systemu państwa (wyrażająca się poszanowaniem Konstytucji, praw, instytucji lub niepodległości)⁶⁵.

Po wydaniu opinii doradczej przez ETPC litewski NSA wydał wyrok, w którym utrzymał w mocy decyzję komisji wyborczej⁶⁶, stosując kryteria wskazane przez ETPC, biorąc pod uwagę stan prawny z 2020 r. (a nie z 2022 r.) i wskazując, że N.V. nie podniosła żadnych okoliczności, które umożliwiłyby uchylenie zakazu kandydowania. Trzecia opinia doradcza w zasadzie nie jest cytowana w orzecznictwie ETPC⁶⁷, być może ze względu na specyfikę rozstrzyganego w niej problemu.

⁶¹ Na to ostatnie pytanie ETPC nie uznał za zasadne odpowiedzieć (trzecia opinia doradcza, pkt 97–100).

⁶² Trzecia opinia doradcza, pkt 78–89.

⁶³ Tamże, pkt 90–91.

⁶⁴ Tamże, pkt 92.

⁶⁵ Tamże, pkt 94–95.

⁶⁶ Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego Litwy z 29 czerwca 2022 r., R-1-602/2022, <https://www.lvat.lt/veikla/teismu-praktika/kreipimaisi-i-europos-zmogaus-teisiu-teisma/882> [dostęp: 1.01.2024].

⁶⁷ Zob. jedynie bardzo ogólne odniesienie w wyroku ETPC z 6 grudnia 2022 r., 14581/20, *Kalda p. Estonii* (nr 2), pkt 50, HUDOC.

3.4. Czwarta opinia doradcza

W czwartej opinii doradczej ETPC zajmował się kolejną kwestią związaną z wykonaniem wyroku ETPC na tle następującego stanu faktycznego. W kwietniu 2004 r. pan Virabyan został zatrzymany i pobity przez policjantów na komisariacie. W 2012 r. ETPC stwierdził, że doszło do naruszenia art. 3 EKPC zarówno w wymiarze materialnym, jak i proceduralnym⁶⁸. Po wydaniu tego orzeczenia wszczęto postępowanie przygotowawcze i skierowano do sądu akt oskarżenia przeciwko policjantom. Oskarżono ich o nadużycie funkcji (armieński kodeks karny nie przewidywał przestępstwa tortur), mimo że termin przedawnienia już upłynął. W toku postępowania sądy pierwszej i drugiej instancji umarzały postępowanie z powodu przedawnienia. Sąd Kasacyjny natomiast zwrócił się do ETPC z wnioskiem o wydanie opinii doradczej, czy z art. 3 EKPC wynika obowiązek niestosowania terminu przedawnienia do przestępstw stanowiących tortury.

Trybunał w tym kontekście potwierdził – na podstawie obszernego orzecznictwa – że umorzenie postępowania karnego z powodu przedawnienia w sprawach dotyczących art. 2 i 3 EKPC (prawo do życia i wolność od tortur oraz niehumanitarnego lub poniżającego traktowania, lub karania) może prowadzić do naruszenia tych przepisów⁶⁹. Z drugiej jednak strony ukaranie osoby za przestępstwo, co do którego termin przedawnienia już upłynął, stanowi naruszenie art. 7 EKPC⁷⁰. A zatem dochodzi do kolizji wymogów z art. 3 EKPC (po stronie ofiary) oraz art. 7 EKPC (po stronie sprawcy)⁷¹. W tym kontekście

⁶⁸ Wyrok ETPC z 2 października 2012 r., 40094/05, *Virabyan p. Armenii*, HUDOC.

⁶⁹ Czwarta opinia doradcza, pkt 61–63.

⁷⁰ Tamże, pkt 76 z odesłaniem do wyroku ETPC z 18 czerwca 2020 r., 7523/10, *Antia i Khupenia p. Gruzji*, pkt 38–43, HUDOC. Zob. jednak późniejszy wyrok ETPC z 3 listopada 2022 r., 49812/09, *Vegotex International S.A. p. Belgii*, pkt 116, HUDOC, dotyczący „uchylenia” przez legislaturę terminu przedawnienia sankcji administracyjnej, który już upłynął. Skargę wniesiono na podstawie art. 6 EKPC, skupiając się na problemie interwencji legislacyjnej, a nie na podstawie art. 7 EKPC. W wyroku Wielkiej Izby stwierdzono brak naruszenia art. 6 EKPC, ale siedmiu sędziów złożyło zdanie odrębne – z obszernym powołaniem na czwartą opinię doradczą (pkt 27–28 zdania odrębnego) – w której stwierdzili, że standardy nie mogą być różne na gruncie art. 6 i 7 EKPC.

⁷¹ W przypadku kolizji art. 2 i 3 EKPC z art. 4 Protokołu nr 7 (który jest podobny do art. 7 EKPC, w tym sensie, że jest niederogowalny i nie podlega limitacji, a jedynie ściśle określonym wyjątkom) Trybunał rozstrzygał odmiennie. W wyroku ETPC z 27 maja 2014 r., 4455/10, *Marguš p. Chorwacji*, pkt 139–141, HUDOC, Wielka Izba rozpoznawała sprawę chorwackiego zbrodniarza wojennego, który został objęty amnestią, w wyniku czego postępowanie karne przeciwko niemu umorzono, jednakże był on sądzony ponownie. Trybunał stwierdził, że gwarancja z art. 4 Protokołu nr 7 musi ustąpić wobec obowiązku proceduralnego z art. 2 i 3 EKPC. W wyroku ETPC z 6 kwietnia 2021 r., 35623/11, *Tsonyo Tsonev p. Bułgarii (nr 4)*, pkt 65, HUDOC, Trybunał z kolei przesądził,

Trybunał wskazał, że „nieakceptowalne byłoby naprawienie przez władze krajowe uchybienia pozytywnym obowiązkom wynikającym z art. 3 EKPC jednocześnie naruszeniem gwarancji z art. 7 EKPC [...] Nie wynika z dotychczasowego stanu orzecznictwa Trybunału, aby państwo-strona było zobowiązane do niezastosowania terminów przedawnienia⁷²”. Trybunał uznał jednak, że prawo międzynarodowe i konstytucyjne może przewidywać uchylenie terminu przedawnienia, o ile jest to przewidywalne⁷³.

Baza armeńskiego Sądu Kasacyjnego nie zawiera orzeczenia kończącego postępowanie w sprawie, w której żądano wydania opinii doradczej, a zatem trudno jest ocenić wpływ opinii doradczej na konkretne postępowanie krajowe. Tę opinię doradczą cytuje się jednak w dalszym orzecznictwie ETPC⁷⁴, wskazując m.in. na niezgodność karania po upływie przedawnienia z art. 7 EKPC⁷⁵, a z drugiej strony naruszenie art. 2 i 3 EKPC poprzez doprowadzenie przez władze krajowe do przedawnienia przestępstw stanowiących poniżające lub niehumanitarne traktowanie lub karanie albo tortury⁷⁶, a także na niemożność naprawienia naruszenia art. 14 w zw. z art. 2 EKPC naruszeniem art. 7 EKPC⁷⁷.

że wprowadzić skazanie wyrokiem sądu karnego po nałożeniu sankcji administracyjnej za ten sam czyn narusza zasadę *ne bis in idem*, ale państwo – biorąc pod uwagę obowiązki pozytywne z art. 3 EKPC (sprawa dotyczyła pobicia) – ma interes w utrzymaniu w mocy późniejszej sankcji karnej.

⁷² Czwarta opinia doradcza, pkt 65–66.

⁷³ Tamże, pkt 78.

⁷⁴ Zob. np. wyrok ETPC z 7 września 2023 r., 17053/20, *Bavcar p. Słowenii*, pkt 143, HUDOC, w którym wskazuje się, że standardy dotyczące wymogu pewności i przewidywalności prawa karnego zostały ostatnio zebrane w czwartej opinii doradczej. Zob. także bardzo ogólne odwołania w postanowieniu ETPC z 22 listopada 2022 r., 74017/17, *Martins Pereira Penados p. Portugalii*, pkt 90, HUDOC; postanowieniu ETPC z 6 grudnia 2022 r., 83460/17, *Răducan p. Rumunii*, pkt 51, HUDOC; wyroku ETPC z 15 grudnia 2022 r., 35511/20, *Gherardi Martini p. San Marino*, pkt 114, HUDOC; postanowieniu ETPC z 19 września 2023 r., 64144/14, *Costa Santos p. Portugalii*, pkt 76, HUDOC; wyroku ETPC z 26 września 2023 r., 15669/20, *Yüksel Yalçinkaya p. Turcji*, pkt 241, HUDOC.

⁷⁵ Zob. wyrok ETPC z 9 maja 2023 r., 6959/17, *Cetinja p. Chorwacji*, pkt 13, HUDOC.

⁷⁶ Zob. wyrok ETPC z 7 lipca 2022 r., 32715/19, *M.S. p. Włochom*, pkt 137, HUDOC; wyrok ETPC z 13 czerwca 2023 r., 28215/11, *Badalyan p. Armenii*, pkt 67, HUDOC.

⁷⁷ Zob. wyrok ETPC z 14 czerwca 2022 r., 56070/18, *Stoyanova p. Bułgarii*, pkt 71, HUDOC. W tej sprawie syn skarżącej został zamordowany z motywów homofobicznych, jednakże nie znalazło to stosownego odzwierciedlenia w kwalifikacji prawnej czynu sprawców i w wymiarze kary (z powodu wadliwego ustawodawstwa, względnie wadliwej praktyki sądów), co stanowiło naruszenie art. 14 EKPC w zw. z art. 2 EKPC. Trybunał *implicite* jednak wskazał, że nie byłoby właściwe wznowienie postępowania i zaostrzenie wymiaru kary na podstawie przepisów, które nie istniały w chwili popełnienia czynu.

3.5. Piąta opinia doradcza

Piąta opinia doradcza zapadła na tle problemu okręgów łowieckich we Francji, który był wcześniej przedmiotem kilku orzeczeń ETPC⁷⁸. Dotyczyła zróżnicowania traktowania stowarzyszeń właścicieli ziemskich w zależności od momentu założenia stowarzyszenia – przed utworzeniem zrzeszenia myśliwskiego i po utworzeniu takiego zrzeszenia. Jeżeli stowarzyszenie właścicieli ziemskich powstało po utworzeniu okręgu łowieckiego, musiało tolerować polowanie na własnym terenie. Deklarowanym celem takiego zróżnicowania było zachowanie integralności zrzeszeń myśliwskich już istniejących. Spór przed francuską Radą Stanu dotyczył jedynie praw łowieckich, a prawo własności nieruchomości w żaden inny sposób nie było ograniczane.

W opinii Trybunał stwierdził, że zróżnicowanie opierające się na momencie założenia organizacji może stanowić inną przyczynę, o której mowa w art. 14 EKPC⁷⁹. Sąd krajowy musi mieć kompetencję do oceny, czy sytuacja jest wystarczająco podobna, aby mówić o zróżnicowanym traktowaniu w świetle art. 14 EKPC⁸⁰. Odwołując się do wcześniejszego orzecznictwa, Trybunał wskazał, że nie da się wyprowadzić prawa do polowania z Konwencji, ale ochrona środowiska (której realizacji mogą służyć polowania organizowane przez zrzeszenia łowieckie) jest częścią interesu publicznego uzasadniającego ingerencję w prawo chronione na podstawie art. 1 Protokołu nr 1. Władze krajowe dysponują w tym zakresie szerokim marginesem oceny⁸¹. W szczególności mogą one uregulować daną kwestię w określony sposób, nawet jeśli rozwiązania alternatywne wydają się bardziej optymalne⁸². Przy ocenie proporcjonalności ingerencji w prawo chronione na podstawie art. 1 Protokołu nr 1 należy brać pod uwagę kryterium „oczywistej bezpodstawności”⁸³, zwłaszcza w kontekście możliwości uzyskania odszkodowania⁸⁴, a retroaktywność ingerencji jest zasadniczo dopuszczalna⁸⁵.

⁷⁸ Wyrok ETPC z 29 kwietnia 1999 r., 25088/94, *Chassagnou i inni p. Francji*, HUDOC; postanowienie ETPC z 6 grudnia 2007 r., 25708/03 i in., *Baudinière i Vauzelle p. Francji*, HUDOC; wyrok ETPC z 22 września 2011 r., 29953/08, *A.S.P.A.S. i Lasgerazas p. Francji*, HUDOC; wyrok ETPC z 4 października 2012 r., 57412/08, *Chabauty p. Francji*, HUDOC. Pierwszy i ostatni wyrok zostały wydane w składzie Wielkiej Izby.

⁷⁹ Piąta opinia doradcza, pkt 62.

⁸⁰ Tamże, pkt 66–69.

⁸¹ Tamże, pkt 80–83.

⁸² Tamże, pkt 101–105.

⁸³ Tamże, pkt 93–97.

⁸⁴ Tamże, pkt 106–110.

⁸⁵ Tamże, pkt 86–92.

Po wydaniu przez ETPC opinii doradczej Rada Stanu wydała wyrok, w którym oddaliła skargę stowarzyszenia właścicieli ziemskich. Opierając się (w dość skrótowy sposób) na standardach wskazanych przez ETPC, uznała, że nie doszło do dyskryminacji⁸⁶.

Jeżeli zaś chodzi o wpływ na dalsze orzecznictwo ETPC, to należy stwierdzić, że Trybunał kilkakrotnie już cytował tę opinię doradczą, zazwyczaj w kontekście wskazywania ogólnego standardu stosowanego do oceny potencjalnego naruszenia art. 14 EKPC⁸⁷. Pojawiały się także bardziej incydentalne nawiązania⁸⁸, w szczególności w zakresie zasady subsydiarności, a zwłaszcza tego, że sądy krajowe są bardziej przygotowane do przeprowadzenia takiej oceny⁸⁹. Do tej pory jednak nie zostały wydane wyroki, w których ten sam problem (zrzeszeń właścicieli ziemskich i myśliwych) byłby przedmiotem analizy (być może z uwagi na jego specyfikę). Można zatem stwierdzić, że w uzasadnieniu piątej opinii doradczej zebrano dotychczasowy standard orzeczniczy, a sama opinia doradcza jest cytowana zamiast wielu wyroków i postanowień ETPC.

3.6. Szósta opinia doradcza

W szóstej opinii doradczej ETPC rozpatrywał kwestię praw proceduralnych biologicznego rodzica dorosłego dziecka w procedurze adopcji. W stanie faktycznym sprawy B chciała zaadoptować swojego 25-letniego siostrzeńca C, nad którym wcześniej sprawowała pieczę. Fińskie prawo dopuszcza możliwość adopcji osoby dorosłej. Od wyroku sądu pierwszej instancji zezwalającego na adopcję apelację wywiodła A, biologiczna matka C, ale jej apelacja została odrzucona jako wniesiona przez osobę niebędącą stroną w postępowaniu.

⁸⁶ Wyrok Rady Stanu Francji z 23 marca 2023 r., 439036, <https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000043385968> [dostęp: 1.01.2024].

⁸⁷ Najpełniej w wyroku ETPC z 14 września 2023 r., 56928/19 i in., *Valiullina i inni p. Łotwie*, pkt 182, HUDOC, gdzie zacytowano aż 6 punktów z uzasadnienia opinii doradczej, dotyczących ogólnych standardów niedyskryminacji. Należy podkreślić, że sprawa *Valiullina* dotyczyła zarzucanego zróżnicowania w dostępie do edukacji, a zatem dziedziny odległej od analizowanej w piątej opinii doradczej. Zob. także wyrok ETPC z 16 listopada 2023 r., 225/20 i in., *Džibuti i inni p. Łotwie*, pkt 130, HUDOC, dotyczący podobnego problemu (dostępu do edukacji prywatnej na Łotwie), gdzie także odwoływano się do piątej opinii doradczej.

⁸⁸ Zob. np. wyrok ETPC z 4 października 2022 r., 8701/21, *Pinkas i inni p. Bośni i Hercegowinie*, pkt 58, HUDOC; wyrok ETPC z 13 października 2022 r., 12456/19, *Zeggai p. Francji*, pkt 55, HUDOC; wyrok ETPC z 22 czerwca 2023 r., 61721/19 i in., *Kubát i inni p. Czechom*, pkt 116, HUDOC.

⁸⁹ Zob. wyrok ETPC z 10 listopada 2022 r., 2317/20, *The Karibu Foundation p. Norwegii*, pkt 93, HUDOC; wyrok ETPC z 22 czerwca 2023 r., 23851/20 i in., *X i inni p. Irlandii*, pkt 94, HUDOC; wyrok ETPC z 27 czerwca 2023 r., 11643/20, *Ispirayan p. Armenii*, pkt 95, HUDOC; *implicite* wyrok ETPC z 11 lipca 2023 r., 10934/21, *Semenya p. Szwajcarii*, pkt 161, HUDOC.

Fiński Sąd Najwyższy – w toku rozpoznawania zażalenia – zwrócił się z wnioskiem do ETPC, czy tego typu osobie należy udzielić statusu strony – w świetle art. 6 i 8 EKPC.

W odpowiedzi Trybunał podkreślił, że relacja między rodzicami a dorosłymi dziećmi, o ile nie ma dodatkowego czynnika zależności, nie wchodzi w zakres życia rodzinnego w rozumieniu art. 8 EKPC⁹⁰, choć postępowanie w sprawie o adopcję może ingerować w życie prywatne rodzica biologicznego⁹¹. Musi być to jednak skonfrontowane z życiem prywatnym oraz autonomią dorosłego dziecka⁹². A zatem istnieje szeroki margines oceny w zakresie zarówno uregulowania relacji między dorosłym dzieckiem a biologicznym rodzicem⁹³, jak i w zakresie praw proceduralnych biologicznego rodzica. W konsekwencji więc uprawnione jest tylko przesłuchanie biologicznego rodzica, bez przydawania mu statusu strony⁹⁴.

Biorąc pod uwagę niedawne wydanie tej opinii doradczej (kwiecień 2023 r.), a także specyfikę problemu, nie jest na razie możliwa ocena jej wpływu na dalsze orzecznictwo ETPC. Do tej pory opinia była cytowana tylko raz, zresztą jako element utrwalonej już wcześniej linii orzeczniczej dotyczącej adopcji niepełnoletnich dzieci⁹⁵. Ponadto baza danych fińskiego Sądu Najwyższego nie zawiera informacji o orzeczeniu w postępowaniu krajowym, w ramach którego wnioskowano o wydanie opinii doradczej.

3.7. Siódma opinia doradcza

Siódma opinia doradcza zapadła na tle sporu prawnego związanego z uzyskaniem licencji ochroniarza. W prawie belgijskim przyznanie licencji jest uwarunkowane uprzednią decyzją ministra spraw wewnętrznych, wydawaną z kolei po stwierdzeniu między innymi, że dana osoba szanuje wartości demokratyczne i nie stanowi zagrożenia dla bezpieczeństwa wewnętrznego i zewnętrznego państwa. S.B. chciał uzyskać taką licencję, jednakże organ odmówił jej przyznania ze względu na związki zainteresowanego z „naukowym” nurtem salafizmu. W ocenie belgijskich organów bezpieczeństwa państwa ten

⁹⁰ Szósta opinia doradcza, pkt 50.

⁹¹ Tamże, pkt 55.

⁹² Tamże, pkt 56.

⁹³ Tamże, pkt 59.

⁹⁴ Tamże, pkt 61–62. W pkt 66 ETPC także zasugerował, że art. 6 EKPC nie ma zastosowania, bowiem prawo krajowe nie przewiduje jakiegokolwiek „prawa” dla biologicznego rodzica. Tę kwestię pozostawiono jednak do rozstrzygnięcia sądowi krajowemu.

⁹⁵ Zob. wyrok ETPC z 10 października 2023 r., 37031/21, *I.V. p. Estonii*, pkt 74, HUDOC.

odłam salafizmu, chociaż teoretycznie ograniczający się do pokojowego nawracania, stanowił zagrożenie dla Belgii w dłuższym terminie, a to ze względu na dążenie do stworzenia równoległego społeczeństwa, brak poszanowania praw człowieka (w szczególności równości płci) oraz zachodnich wartości, a także pochwalanie nienawiści. W toku postępowania udowodniono jedynie przynależność S.B. do tych środowisk, a także dzielenie się w Internecie treściami salafistycznymi, ale żadnych konkretnych nagannych czynów. Belgijska Rada Stanu, do której odwołał się S.B., wystąpiła do ETPC z wnioskiem o wydanie opinii doradczej, czy sam fakt przynależności skarżącego do tego typu nurtu stanowi wystarczającą przesłankę ingerencji w prawo określone w art. 9 EKPC.

W opinii doradczej ETPC w pierwszej kolejności wskazał, że w odróżnieniu od prawa do posiadania poglądów religijnych (mających charakter absolutny), prawo do manifestowania religii – będące ważnym elementem prawa z art. 9 EKPC – może podlegać ograniczeniom⁹⁶, które muszą jednak mieścić się w zakresie wąsko określonych przesłanek w art. 9 ust. 2 EKPC⁹⁷. Ingerencja w wolność wyznania musi mieć podstawę prawną o odpowiedniej jakości i dostępności pozwalającej jednostkom na dostosowanie do niej własnego zachowania⁹⁸. W dalszej kolejności Trybunał wskazał, że odmowa przyznania licencji jest środkiem prewencyjnym; powstaje zatem pytanie, czy jest on uzasadniony w świetle wymogu konieczności ingerencji. W tym kontekście wskazano na wcześniejsze orzecznictwo, w którym dopuszczano taką możliwość, jeżeli chroni to demokratyczne społeczeństwo⁹⁹. Trybunał uznał jednak, że przy ocenie dopuszczalności i proporcjonalności środka prewencyjnego muszą być wzięte pod uwagę następujące kryteria: charakter wyznawanej ideologii lub religii i stopień stwarzanego przez nią zagrożenia dla dóbr prawnych¹⁰⁰; stopień przywiązania

⁹⁶ Siódma opinia doradcza, pkt 69–71.

⁹⁷ Tamże, pkt 78.

⁹⁸ Tamże, pkt 77 oraz pkt I sentencji.

⁹⁹ Tamże, pkt 86–92 oraz pkt III sentencji. Warto zwrócić uwagę, że w całej opinii doradczej powoływano się szczególnie często na dwa orzeczenia: postanowienie ETPC z 14 października 1999 r., 40130/98 *C.R. p. Szwajcarii*, HUDOC (dotyczące środków prewencyjnych nałożonych na agencję ochroniarską ze względu na przynależność jej założycieli do sekty) oraz wyrok ETPC z 2 lutego 2016 r., 18650/05, *Sodan p. Turcji*, HUDOC (w którym uznano, że oskarżenia o fundamentalizm religijny wobec urzędnika oparte wyłącznie na jego zachowaniu w życiu prywatnym, które potem posłużyły do przeniesienia na inne stanowisko służbowe, doprowadziły do naruszenia art. 8 EKPC).

¹⁰⁰ Tamże, pkt 95–96, 103–104. Chociaż państwo może interweniować zanim ruch stanie się realnie groźny dla społeczeństwa, to jednak sąd krajowy musi ocenić, czy taki ruch podjął już pierwsze kroki w tym kierunku (pkt 107–109). Z drugiej strony, brak rozwiązania takiego ruchu (względnie nałożenia zakazu działalności) nie ma charakteru decydującego (pkt 102).

skarżącego do takiego ruchu i pełniona w nim funkcja¹⁰¹; przeszłe zachowania skarżącego¹⁰²; charakter powierzonych zadań w ramach pracy w ochronie¹⁰³; potencjalne istnienie dostosowania do sytuacji po stronie pracodawcy w celu minimalizacji ryzyka¹⁰⁴. Ocena taka powinna być przeprowadzona w ramach kontroli sądowej¹⁰⁵ i wymagane są odpowiednie zabezpieczenia proceduralne¹⁰⁶.

Tak jak w przypadku szóstej opinii doradczej, biorąc pod uwagę czas wydania tej opinii doradczej (grudzień 2023 r.), nie jest możliwa ocena wpływu na dalsze orzecznictwo, zarówno krajowe, jak i zagraniczne.

4. Opinie doradcze ETPC a wykonywanie wyroków ETPC

W kontekście wyżej przedstawionego wyводу da się stwierdzić, że aż trzy z siedmiu (pierwsza, trzecia i czwarta) analizowanych opinii doradczych zostało wydanych w dość ścisłym związku z innym, wcześniejszym orzeczeniem ETPC. Należy w tym miejscu poczynić pewną uwagę o charakterze terminologicznym. Przez wykonywanie wyroków ETPC rozumiem działania władz krajowych (w tym władzy sądowniczej) nakierowane na naprawienie naruszenia Konwencji stwierdzonego wyrokiem Trybunału lub zapobieżenie takiemu naruszeniu w sprawie konkretnego skarżącego albo też w sprawie innych osób w analogicznej sytuacji¹⁰⁷. Odróżnić należy tak rozumiane wykonanie wyroku ETPC od procedury nadzoru Komitetu Ministrów nad wykonaniem tego wyroku; państwo-strona Konwencji może bowiem przyjmując środki będące wykonaniem wyroku, których jednak Komitet Ministrów nie uważał za konieczne do zamknięcia procedury nadzoru. Tak stało się w sprawie *Mennesson*, w której procedurę nadzoru zamknięto po przyjęciu stosownych zmian legislacyjnych, umożliwiających m.in. wznowienie postępowania w sprawie transkrypcji aktu stanu cywilnego; Komitet Ministrów nie czekał jednak na rozstrzygnięcie tego postępowania (w ramach którego, *nota bene*, złożono wniosek o wydanie pierwszej opinii doradczej). Nie można

¹⁰¹ Siódma opinia doradcza, pkt 95, 110.

¹⁰² Tamże, pkt 98 oraz pkt II sentencji.

¹⁰³ Tamże, pkt 93, 99.

¹⁰⁴ Tamże, pkt 115.

¹⁰⁵ Tamże, pkt 111–112.

¹⁰⁶ Tamże, pkt 116–117 oraz pkt V sentencji.

¹⁰⁷ W tym kierunku A. Bodnar, *Wykonywanie orzeczeń Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w Polsce. Wymiar instytucjonalny*, Wolters Kluwer Polska, Warszawa 2018, s. 72–74.

jednak stwierdzić, że wznowione postępowanie krajowe nie było elementem wykonania wyroku *Mennesson* w aspekcie indywidualnym¹⁰⁸. W kontekście trzeciej opinii doradczej należy zwrócić uwagę na kontekst sprawy przed sądem krajowym: w istocie chodziło o zapobieżenie tożsamemu naruszeniu jak w sprawie *Paksas*, co można uznać za próbę wykonania wyroku *Paksas* w wymiarze generalnym przez sąd krajowy¹⁰⁹.

Sam Trybunał zauważył, że „Protokół nr 16 nie był przewidziany jako instrument używany w kontekście wykonywania wyroków”¹¹⁰. Art. 46 EKPC przewiduje bowiem dla Komitetu Ministrów kompetencję w zakresie nadzoru nad wykonywaniem wyroków, z ewentualną możliwością złożenia wniosku przez ten Komitet do ETPC, że dane państwo uchybiło zobowiązaniom wynikającym z tego wyroku (art. 46 ust. 4 EKPC). Warto zaznaczyć, że z takiej możliwości Komitet Ministrów skorzystał tylko dwukrotnie¹¹¹. W tym kontekście należy także wskazać, że w przypadku sprawy, w ramach której złożono wnioski o wydanie czwartej opinii doradczej, Komitet Ministrów uprzednio wezwał do wznowienia postępowań karnych przeciwko sprawcom tortur na skarżącym w sprawie *Virabyan*¹¹². A zatem, w odróżnieniu od dwóch pozostałych spraw (do których odnosiły się pierwsza i trzecia opinia doradcza), postępowanie krajowe, w ramach którego zwrócono się o opinię doradczą, było koniecznym elementem wykonania wyroku ETPC.

Warto wskazać, że wnioskowanie o wydawanie opinii doradczych w ramach postępowań krajowych mających na celu wykonanie wcześniejszego wyroku ETPC na pewnym poziomie nie przyczynia się do realizacji celów stawianych przed Protokołem nr 16, skoro w zasadzie ETPC nie rozstrzyga

¹⁰⁸ O wznowieniu postępowania jako indywidualnym środku wykonania wyroku ETPC A. Bodnar, *Wykonywanie...*, s. 156–160.

¹⁰⁹ Warto zaznaczyć, że podstawowym kryterium przy uznaniu wyroku *Paksas* za wykonany przez Komitet Ministrów była przede wszystkim zmiana Konstytucji Litwy, jednakże ponownie trudno uznać, aby postępowanie w sprawie N.V. i kroki podjęte przez Naczelny Sąd Administracyjny Litwy nie były elementem wykonania wyroku ETPC. O zmianie praktyki stosowania i interpretacji prawa jako generalnym środku wykonania wyroków ETPC A. Bodnar, *Wykonywanie...*, s. 172–175.

¹¹⁰ Trzecia opinia doradcza, pkt 63.

¹¹¹ Pierwsza sprawa zakończyła się wyrokiem ETPC z 29 maja 2019 r., 15172/13, *Ilgar Mammadov p. Azerbejdżanowi*, HUDOC, w którym stwierdzono naruszenie art. 46 ust. 1 EKPC przez Azerbejdżan. W zdaniach odrębnych wskazano na różne mankamenty takiego ukształtowania procedury. Druga sprawa zakończyła się wyrokiem ETPC z 11 lipca 2022 r., 28749/18, *Kavala p. Turcji*, HUDOC.

¹¹² Zob. uchwała Komitetu Ministrów Rady Europy z dnia 5 marca 2020 r. (1369. spotkanie), nr CM/Del/Dec(2020)1369/H46-2, nadzór nad wykonywaniem orzeczeń ETPC, grupa *Virabyan p. Armenii*, [https://hudoc.exec.coe.int/eng?i=CM/Del/Dec\(2020\)1369/H46-2E](https://hudoc.exec.coe.int/eng?i=CM/Del/Dec(2020)1369/H46-2E), pkt 2 [dostęp: 1.01.2024]. Warto zaznaczyć, że w tej uchwale Komitet Ministrów przestrzegał przed upływem terminu przedawnienia karalności, co – jak się potem okazało – ostatecznie nastąpiło.

przypadków „nowych”, a ponadto – ze względu na znaczną złożoność i niekiedy szczególną specyfikę problemów prawnych – ma nikły potencjał w zakresie ograniczania wpływu nowych spraw spornych do ETPC. Z drugiej jednak strony warto wskazać, że pierwsza, trzecia i czwarta opinia doradcza miały jednak pewien wkład w orzecznictwo. Na przykład w trzeciej opinii przesądzono, że tylko dożywotni i niepodlegający żadnej następczej kontroli proporcjonalności zakaz pełnienia funkcji jest nieproporcjonalny, a w czwartej – wprost wskazano sposób rozstrzygnięcia kolizji między art. 3 i 7 EKPC.

Trzeba jednak zaznaczyć, że konieczności wydawania opinii doradczych można było uniknąć, gdyby w pierwotnych wyrokach (zwłaszcza *Mennesson* i *Paksas*) ETPC – poza stwierdzeniem naruszenia – wyraźnie także oznaczył sytuacje, które należy uważać za proporcjonalne i dopuszczalne ograniczenie praw jednostek. Z kolei w stosunku do czwartej opinii doradczej być może wskazane byłoby, aby ETPC wcześniej – w swoim obszernym zresztą orzecznictwie na temat obowiązków pozytywnych z art. 3 EKPC – określił na podstawie art. 46 ust. 1 EKPC sposób wykonania wyroku¹¹³ i przesądził, że nie jest konieczne ściganie sprawcy z powodu upływu terminu przedawnienia.

Być może zatem jest tak, że wnioski o wydanie opinii doradczej w toku wykonania wyroków ETPC świadczą o istnieniu potrzeby władczego rozstrzygnięcia przez instancję sądową pewnych kwestii, co poniekąd może być świadectwem niechęci do zasady subsydiarności ze strony sądów krajowych, a także nieadekwatności politycznej procedury nadzoru nad wykonaniem wyroków przed Komitetem Ministrów w kontekście współczesnych realiów ochrony praw człowieka¹¹⁴. W tym świetle opinie doradcze mogą być postrzegane jako sposób na wzmocnienie sądowego dialogu między ETPC a sądami państw-stron (co jest jednym z celów Protokołu nr 16).

¹¹³ Mimo że w doktrynie niekiedy uznaje się oznaczanie sposobu wykonania wyroku przez ETPC za wkroczenie przez Trybunał w kompetencje Komitetu Ministrów. Zob. A. Bodnar, *Wykonywanie...*, s. 207–208, jednak stało się to stałą praktyką ETPC zob. np. wyrok ETPC z 26 września 2023 r., 15669/20, *Yüksel Yalçinkaya p. Turcji*, pkt 404–408, HUDOC, w zasadzie niekwestionowaną przez państwa-strony, zob. A. Bodnar, *Wykonywanie...*, s. 83.

¹¹⁴ Warto na marginesie zaznaczyć, że kolejnym problemem jest potencjalna niedopuszczalność skargi wniesionej po wznowieniu postępowania krajowego wywołanego wyrokiem ETPC. Na przykład w wyroku ETPC z 11 lipca 2017 r., 19687/12, *Morreira Ferreira p. Portugalii* (nr 2), HUDOC oraz wyroku ETPC z 6 kwietnia 2021 r., 35623/11, *Tsonyo Tsonev p. Bułgarii* (nr 4) uznawano takie skargi za dopuszczalne, ale tylko niewielką większością, a mniejszość w zdaniach odrębnych powoływała się na rozdział kompetencji między ETPC a Komitet Ministrów, uznając, że takie skargi byłyby w istocie skargą na niewykonanie uprzedniego wyroku ETPC.

5. Potencjał instrumentalizacji procedury przez sądy krajowe

Kolejnym zagadnieniem, które może negatywnie oddziaływać na realizację celów Protokołu nr 16 (w szczególności przestrzegania i rozwoju praw człowieka), jest potencjał instrumentalizacji procedury przez sądy krajowe¹¹⁵. Taki potencjał widać szczególnie w przypadku trzech pierwszych opinii (o surogacji, przewidywalności odpowiedzialności karnej oraz skutkach *impeachmentu*). Oczywiście trudno jest jednoznacznie wskazać motywy, którymi kierowały się sądy krajowe, natomiast na podstawie przebiegu tych postępowań można wyrazić co do tego pewne przypuszczenia.

O ile postępowanie po pierwszej opinii doradczej skończyło się pomyślnie dla stron, warto zaznaczyć, że francuska Rada Stanu wyszła poza to, co ETPC wprost uznał za konieczne. Trybunał wskazał bowiem, że w przypadku żony biologicznego ojca dzieci poczętych w wyniku surogacji dopuszczalne jest pozostawienie tylko ścieżki adopcji, bez konieczności pełnej transkrypcji aktu urodzenia (zgodnie zresztą z konkluzjami Komitetu Ministrów co do wykonania wyroku *Mennesson*). Rada Stanu natomiast uznała, że – ze względu na upływ czasu – należy dokonać pełnej transkrypcji aktu urodzenia. Należy zadać zatem pytanie, jaki był cel skierowania wniosku o opinię doradczą przez Radę Stanu, skoro najwyraźniej istniała po stronie sądu krajowego preferencja dla pewnego rozwiązania, tj. pełnej transkrypcji aktu urodzenia.

Pojawia się także wątpliwość co do celu składania wniosku o wydanie trzeciej opinii doradczej, skoro litewski NSA czuł się związany przepisami konstytucyjnymi z 2020 r. Wydaje się, że sąd krajowy chciał znać kryteria konwencyjne, aby móc je zastosować i nie narazić się na zarzut naruszenia EKPC¹¹⁶. Oczywiście trudno to krytykować¹¹⁷, ale istnieje wątpliwość, czy NSA w ogóle rozważał możliwość uchylenia decyzji komisji wyborczej, czy raczej potrzebował uzasadnienia dla wcześniej podjętej decyzji, która miała pogodzić wymogi zarówno Konstytucji, jak i Konwencji (co w zasadzie wydawało się sprzeczne). W 2020 r. problem dożywotniego i niepoddającego się modyfikacji zakazu pełnienia funkcji nie był jeszcze rozwiązany i nadal obowiązywał stan prawny sprzeczny z Konwencją. Gdyby N.V. złożyła skargę do ETPC, Trybunał

¹¹⁵ T. Voland, B. Schiebel, *Advisory...*, s. 86 wskazywali, że sądy krajowe – ze względu na brak mocy wiążącej opinii – mogą je ignorować.

¹¹⁶ Zob. wyrok ETPC z 7 lutego 2012 r., 40660/08, *Von Hannover p. Niemcom* (nr 2), pkt 107, HUDOC: „Jeżeli ważenie zasad zostało podjęte przez władze krajowe zgodnie z kryteriami sformułowanymi w orzecznictwie Trybunału, ETPC będzie potrzebował bardzo istotnych argumentów, aby zastąpić taką ocenę swoim własnym poglądem”.

¹¹⁷ Zob. J. Jahn, *Normative...*, s. 825.

byłby postawiony przed trudnym zadaniem oceny, czy stwierdzić naruszenie art. 3 Protokołu nr 1, skoro obowiązuje dożywotni i niemodyfikowalny zakaz pełnienia funkcji, ale sąd ocenił proporcjonalność ingerencji przy użyciu kryteriów wskazanych przez ETPC¹¹⁸.

Największe jednak wątpliwości pojawiają się co do drugiej opinii doradczej. Wydaje się bowiem, że ETPC dopuścił możliwość uznania dość ogólnych przepisów konstytucyjnych jako podstawy odpowiedzialności karnej prezydenta. Orzeczenie Sądu Konstytucyjnego Republiki Armenii obrało jednak odmienny kierunek. O ile można także postrzegać to rozstrzygnięcie jako korzystne dla oskarżonego (a zatem prowadzące do zmniejszenia wpływu do ETPC o przynajmniej tę jedną sprawę), to jednak należy zauważyć, że w procesie karnym miała zostać wyjaśniona rola, jaką Robert Koczarian odegrał w brutalnym tłumieniu protestów w 2008 r. (które to działanie – jak to stwierdził sam ETPC – charakteryzowało się licznymi naruszeniami praw człowieka). Oczywiście ofiary nie mają żadnego prawa podmiotowego do tego typu sprawiedliwości o charakterze quasi-naprawczym, jednakże wydaje się, że lepiej – z perspektywy przestrzegania i rozwoju praw człowieka – byłoby, gdyby Robert Koczarian odpowiedział przed sądem i wyjaśnił swoją rolę w tamtych wydarzeniach.

6. Czy procedura doradcza realizuje stawiane przed nią cele?

Poza dwoma wyżej przedstawionymi obserwacjami można także zadać ogólniejsze pytanie o to, czy i jak procedura doradcza przed ETPC – na przykładzie siedmiu ww. opinii doradczych – realizuje stawiane przez nią cele. Warto w tym miejscu przypomnieć wymienione już wcześniej cele, tj. (1) przestrzeganie i rozwój praw człowieka; (2) skuteczniejszą implementację standardu konwencyjnego na poziomie krajowym; (3) rozwój sędziowskiego dialogu; (4) potencjalną redukcję spraw wpływających do ETPC lub możliwość za-

¹¹⁸ Choć należy stwierdzić, że w późniejszym orzecznictwie zaakceptowano podobne rozwiązanie w stosunku do Estonii. Pewien więzień został pozbawiony prawa do głosowania na podstawie przepisów, które przewidywały taki zakaz dla wszystkich więźniów, niezależnie od długości wyroku (podobne przepisy w Wielkiej Brytanii zostały uznane wyrokiem ETPC z 6 października 2005 r., 74025/01, *Hirst p. Zjednoczonemu Królestwu*, HUDOC za naruszające art. 3 Protokołu nr 1). Estoński Sąd Najwyższy przeprowadził indywidualną kontrolę konstytucyjności (stwierdzając, że nie może oceniać takiego zakazu głosowania z perspektywy abstrakcyjnej) i stwierdził proporcjonalność tego środka, biorąc pod uwagę, że skarżący był skazany za bardzo poważne przestępstwa. W wyroku ETPC z 6 grudnia 2022 r., 14581/20, *Kalda p. Estonii (nr 2)* stwierdzono brak naruszenia art. 3 Protokołu nr 1. Zob. jednak zdania odrębne do tego wyroku, słusznie krytykujące takie podejście.

łatwienia ich w uproszczony sposób; (5) rozstrzyganie przypadków nowych i niejednoznacznych; (6) ujednolicanie orzecznictwa.

Warto rozpocząć od ostatniego celu, tj. ujednolicania orzecznictwa. Wydaje się, że ten cel przez powyższe siedem opinii nie został osiągnięty, z różnych zresztą względów. W niektórych opiniach doradczych (drugiej i piątej) w zasadzie syntetycznie powtórzono wskazówki wynikające z z wcześniejszego orzecznictwa. Inne opinie (trzecia, czwarta, szósta i siódma) dotyczyły albo bardzo szczególnych okoliczności (zwłaszcza trzecia), albo bardzo rzadko stosowanych instytucji (adopcja dorosłego, *impeachment*). Trudno się tutaj zatem dopatrywać ujednolicenia w ścisłym znaczeniu (jako rozstrzygnięcie rozbieżności), chociaż konsolidacja orzecznictwa, względnie jego zastosowanie do nowego przypadku można jednak uznać za formę potwierdzenia obowiązywania pewnego standardu, co należy ocenić pozytywnie. Rozbieżne orzecznictwo wydawane na gruncie problemu surogacji po wydaniu opinii doradczej dowodzi, że pierwsza opinia doradcza nie doprowadziła do ujednolicenia orzecznictwa. Być może ten cel jest trudny do osiągnięcia ze względu na fakt, że w wielu tych sprawach (zwłaszcza w pierwszej, trzeciej, piątej i szóstej opinii doradczej) margines oceny państwa jest raczej szeroki¹¹⁹. Z drugiej jednak strony sformułowanie w trzeciej opinii doradczej standardu przy zakazie pełnienia funkcji publicznych wydaje się być kryterium na przyszłość, które będzie zdadne do jednolitego stosowania.

Jeżeli chodzi o cel rozstrzygania przypadków nowych i niejednoznacznych, warto zaznaczyć, że skoro trzy opinie zostały wydane w ramach postępowań, które można postrzegać jako element wykonywania uprzedniego wyroku ETPC, to są to niewątpliwie sprawy, którymi Trybunał już się zajmował, a zatem trudno uznać, aby były to przypadki nowe. Piąta opinia doradcza została z kolei wydana w kontekście kilku wcześniejszych orzeczeń ETPC, w którym problem okręgów łowieckich był rozstrzygany; nie jest to więc także sytuacja nowa (można na tym tle dojść do wniosku, że opinia doradcza jest wynikiem braku definitywnego rozstrzygnięcia ETPC tego problemu we wcześniejszym orzecznictwie). Tam, gdzie zagadnienie prawne było bardzo szczegółowe (w czwartej, szóstej i siódmej opinii doradczej), można uznać, że ETPC wniósł pewien wkład w rozstrzygnięcie przypadku nowego i niejednoznacznego (tj. odstąpienia od stosowania przepisów o przedawnieniu, statusu proceduralnego matki biologicznej w przypadku adopcji dorosłego dziecka oraz odmowy przyznania licencji ze względu

¹¹⁹ O relacji między marginesem oceny, subsydiarnością i opiniami doradczymi zob. T. Moonen, L. Lavrysen, *Abstract but Concrete, or Concrete but Abstract? A Guide to the Nature of Advisory Opinions under Protocol no 16 to the ECHR*, „Human Rights Law Review” 2021, nr 3(21), s. 780–781, <https://doi.org/10.1093/hrlr/ngaa065>.

na związku z salafizmem)¹²⁰. Jeżeli – jak wskazano wyżej w odniesieniu do niektórych spraw – państwo ma szeroki margines oceny (a zatem więcej niż jedno rozwiązanie jest prawidłowe w świetle poszanowania praw człowieka), to trudno także uznać, że są to przypadki niejednoznaczne z punktu widzenia Konwencji.

Przechodząc do kwestii wpływu na skargi przedstawiane do rozpoznania przez ETPC oraz sposobu ich załatwienia, nie wydaje się, żeby obecna procedura była efektywna¹²¹. Z pewnością to, że trzy z siedmiu opinii doradczych były powiązane z kwestią wykonania wcześniejszego wyroku, nie jest przesunięciem „z etapu *ex post* do *ex ante* – rozwiązania wielu kwestii interpretacyjnych związanych z Konwencją na planie krajowym”. W przypadku kwestii surogacji – jak wskazano wyżej – wiele spraw zostało rozpoznanych przez ETPC, niekiedy wniesionych już po wydaniu pierwszej opinii doradczej, a więc trudno uznać, aby ETPC przesądził zagadnienia związane z surogacją w sposób, który reduktowałby wpływ nowych spraw do ETPC. Trudno dopatrywać się tam także uproszczonej analizy, opartej na pierwszej opinii doradczej. Ponadto stopień szczegółowości niektórych problemów (druga, trzecia, czwarta i szósta opinia doradcza) sprawia, że być może w tych konkretnych sprawach nie dojdzie do wniesienia sprawy, ale raczej nie będzie to miało zasadniczego wpływu na redukcję rozpoznawanych przed ETPC spraw.

Tutaj uwidacznia się zresztą pewien paradoks: im większa jest szczegółowość i złożoność problemu prawnego, tym większe prawdopodobieństwo, że będzie to problem „nowy”, który ETPC swoją opinią rozwiąże, ale jednocześnie mniejszy będzie potencjalny wpływ na redukcję spraw rozpoznawanych przez ETPC. Na tym tle należy wskazać, że chyba największy potencjał w zakresie efektywności na tym polu ma siódma opinia doradcza, która z jednej strony dotyczyła problemu „nowego” (tj. odmowy przyznania licencji jako środka prewencyjnego), a jednocześnie niekoniecznie bardzo szczegółowego (zagrożenie nurtami skrajnymi, także o charakterze islamistycznym, jest w Europie Zachodniej poważne i różnego rodzaju środki prewencyjne, o ile już nie są stosowane, to z pewnością wkrótce będą).

Jeżeli zaś chodzi o rozwój sędziowskiego dialogu, to pominąwszy przypadki potencjalnej instrumentalizacji procedury, wydaje się, że ten cel jest realizowany, zwłaszcza jeśli sprawa zawisła przed sądem krajowym dotyczy zagadnienia

¹²⁰ O napięciu między nadmierną abstrakcyjnością opinii, która nie będzie pomocna dla sądu krajowego, a jej nadmierną konkretnością (*notabene* będzie w zasadzie przenosiła spór na poziom ETPC). Zob. L. Glas, J. Krommendijk, *A Strasbourg Story...*, s. 327.

¹²¹ W doktrynie niespecjalnie wierzone w realizację tego celu zob.: T. Voland, B. Schiebel, *Advisory...*, s. 85–86).

na tyle szczegółowego, że możliwe jest precyzyjne zadanie pytania i – w związku z tym – względnie precyzyjne udzielenie odpowiedzi. Wydaje się, że czwarta, szоста, a zwłaszcza siódma (wymieniająca krok po kroku rozliczne kryteria, które muszą zostać zbadane przez sąd krajowy) opinia doradcza były pod tym względem przypadkiem udanego dialogu. Można się jednak zastanawiać, czy poza jakościową oceną, dialog ten rozwinął się także pod kątem ilościowym: ostatecznie tylko siedem opinii doradczych wydanych w ciągu pięciu lat nie jest wynikiem imponującym, zwłaszcza wobec liczby innych orzeczeń ETPC w tym okresie¹²². Rzecz jasna wpływ na to może mieć niska liczba ratyfikacji, a także potencjalna nieznajomość tej procedury przez sędziów krajowych.

Co do celu skuteczniejszej implementacji na poziomie krajowym, wydaje się, że sentencje opinii doradczych w większości przypadków były formułowane jako ogólne kryterium na gruncie konkretnego przepisu Konwencji¹²³, co może nie było zbyt przydatne do rozstrzygnięcia konkretnej sprawy, ale taki *passus* może być w późniejszym orzecznictwie krajowym (jak i strasburskim) używany do rozstrzygania innych spraw, jako jeden z argumentów¹²⁴. Być może w tym należy upatrywać przestrzeni dla redukcji wpływu skarg do ETPC¹²⁵. Paradoksalnie zatem, im bardziej szczegółowa jest odpowiedź

¹²² Z drugiej jednak strony obawiano się przeciążenia ETPC koniecznością wydawania opinii doradczych (zob. K. Dzehtsiarou, N. O'Meara, *Advisory...*, s. 444–468 w kontekście procedury prejudycjalnej przed TSUE). A. Płoszka, *Nowa...*, s. 98 podaje jednak przykład interamerykańskiego systemu ochrony praw człowieka, gdzie takich opinii wydano 21 (do 2013 r.). Obecnie (koniec 2023 r.) jest to 30 opinii od 1979 r. (roku założenia interamerykańskiego trybunału). Z drugiej jednak strony to, że procedura doradcza przed ETPC trwa około roku (co w zasadzie i tak jest dobrym rezultatem na tle postępowań spornych przed ETPC), może zniechęcać sądy krajowe do jej inicjowania (tak L. Glas, J. Krommendijk, *A Strasbourg Story...*, s. 322–325).

¹²³ Na przykład w drugiej opinii doradczej sformułowano dość wyraźnie standard oceny przewidywalności i nieretroaktywności odpowiedzialności karnej (o bardziej ogólnym charakterze drugiej opinii doradczej względem pierwszej zob. T. Moonen, L. Lavrysen, *Abstract but Concrete...* s. 781–782). W piątej opinii doradczej z kolei przewidziano kryteria oceny legalności i proporcjonalności zróżnicowanego traktowania ochrony własności w kontekście upływu czasu. W przypadku sentencji siódmej opinii doradczej można postawić jej jednak zarzut, że w zasadzie powieliła jedynie ogólny schemat legalności ingerencji (podstawa prawna o odpowiedniej dostępności i przewidywalności, istnienie zabezpieczeń proceduralnych, legitymowany cel, proporcjonalność), jednakże uzasadnienie niewątpliwie wymienia kryteria, które relatywizują taką ocenę do konkretnego przypadku (tj. odmowy przyznania licencji ochroniarskiej z powodu przynależności do ruchu salafistycznego).

¹²⁴ W tym kierunku chyba także C. Giannopoulos, *Considerations on Protocol no. 16: Can the New Advisory Competence of the European Court of Human Rights Breathe New Life into the European Convention on Human Rights?*, „German Law Journal” 2015, nr 2(16), s. 350, <https://doi.org/10.1017/S2071832200020873>, a także J. Jahn, *Normative...*, s. 827–829.

¹²⁵ A. Margaria, *Parenthood...*, s. 421 zauważa, że chociaż sąd krajowy musi zadać pytanie na tle konkretnej sprawy, to ETPC nie musi się ograniczyć w swojej odpowiedzi do tej konkretnej sprawy, ale może udzielić odpowiedzi szerszej, także kształtującej bardziej ogólny standard.

ETPC, tym większą ma użyteczność w kontekście konkretnego postępowania przed sądem krajowym, ale tym mniejszą w zakresie kształtowania standardu na przyszłość¹²⁶. Poza tym należy jednak zauważyć – choć pozostaje poza zakresem tego artykułu – że na ocenę realizacji celu skutecznej implementacji na poziomie krajowym bardziej wpływa to, w jakich sprawach nie wnoszono o wydanie opinii doradczej i dlaczego¹²⁷.

Jeżeli chodzi o przestrzeganie i rozwój praw człowieka, to z pewnością to kryterium efektywności najtrudniej jest ocenić. Jeżeli za rozwój praw człowieka uznać stopniowe poszerzanie zakresu autonomii jednostki (rozumiane jako „korzystne” dla jednostki rozstrzygnięcie sporu na poziomie krajowym), to trudno uznać, iż taki cel został spełniony. W przypadku pierwszej opinii doradczej ETPC nie wymagał bowiem otwarcia możliwości adopcji dla żony ojca dzieci z surogacji (co jednak uczynił sąd krajowy, idąc dalej niż ETPC wymagał). Szósta opinia doradcza z kolei pozwalała na odmówienie statusu strony rodzicowi biologicznemu dorosłego dziecka w postępowaniu o adopcję. W pozostałych pięciu opiniach trudno uznać, aby w jakiś sposób poszerzyła się przestrzeń gwarancyjności dla zainteresowanych.

7. Podsumowanie

Podsumowując, wydaje się, że procedura doradcza nie spełnia deklarowanych celów w wysokim stopniu. Ponadto ujawniły się niekorzystne zjawiska (składanie wniosków o opinię w ramach próby wykonania wyroku na poziomie krajowym, potencjalna instrumentalizacja procedury), które zasadniczo nie mieszczą się w deklarowanych funkcjach opinii doradczych. Co do zasady jednak sądy krajowe dostosowują się do litery opinii doradczej, nawet jeżeli rozstrzygnięcie sporu niekoniecznie musi być postrzegane jako właściwe. Wydaje się, że niekiedy wkład w rozwiązanie konkretnych, szczegółowych problemów lub lepsze sformułowanie kryteriów mających zastosowanie do danej sytuacji mają charakter istotny¹²⁸. Mimo pewnych trudności z implementacją standardów w późniejszych sprawach, relatywnie częste odwoływanie się przez

¹²⁶ Podobnie T. Moonen, L. Lavrysen, *Abstract but Concrete...*, s. 785.

¹²⁷ L. Glas, J. Krommendijk, *A Strasbourg Story...*, s. 335–347 analizują w takim kontekście przykład Holandii i postępowania, w których rozważano tę kwestię.

¹²⁸ W tym kontekście można też uznać, że celem procedury doradczej jest rozstrzyganie spraw „ważnych”, które niekoniecznie muszą być (całkowicie) nowe lub (całkowicie) niejednoznaczne (w tym kierunku A. Paprocka, M. Ziółkowski, *Opinie...*, s. 19).

ETPC do opinii doradczych sprawia, że stały się one częścią orzeczniczego krajobrazu systemu strasburskiego. Wypada mieć nadzieję, że w toku dalszego stosowania Protokołu nr 16 wyżej wymienione wady zostaną wyeliminowane, natomiast zalety procedury uwypuklone, jednakże obecnie trudno uznać Protokół nr 16 za szczególnie przełom w funkcjonowaniu systemu konwencyjnego.

Bibliografia

Akty prawne

- Statut Rady Europy, przyjęty w Londynie dnia 5 maja 1949 r., Dz.U. 1994 nr 118, poz. 565.
- 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 [Europejska Konwencja Praw Człowieka], Dz.U. 1993 nr 61, poz. 284.
- Protokół nr 1 do Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności, sporządzony w Paryżu dnia 20 marca 1952 r. [Protokół nr 1], Dz.U. 1995 nr 36, poz. 175.
- Protokół nr 7 do Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności sporządzony dnia 22 listopada 1984 r. w Strasburgu [Protokół nr 7], Dz.U. 2003 nr 42, poz. 364.
- Konstytucja Republiki Litewskiej z dnia 6 listopada 1992 r. [Konstytucja Litwy], <https://lrkt.lt/en/about-the-court/legal-information/the-constitution/192> [dostęp: 1.01.2024].
- Konstytucja Republiki Armenii z dnia 5 lipca 1995 r. [Konstytucja Armenii], <https://www.president.am/en/constitution-2015/> [dostęp: 1.01.2024].
- Konwencja o Prawach Człowieka i Biomedycynie, otwarta do podpisu w Oviedo dnia 4 kwietnia 1997 r. [Konwencja z Oviedo], Council of Europe Treaty Series Nr 164.
- Kodeks karny Republiki Armenii z 18 kwietnia 2003 r. [armieński kodeks karny], [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-REF\(2021\)022-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-REF(2021)022-e) [dostęp: 1.01.2024].
- Protokół nr 16 do Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności, sporządzony dnia 2 października 2013 r. w Strasburgu [Protokół nr 16], Council of Europe Treaty Series Nr 214.

Orzecznictwo sądów międzynarodowych

Wyrok ETPC z 29 kwietnia 1999 r., 25088/94, *Chassagnou i inni p. Francji*, HUDOC.

Postanowienie ETPC z 14 października 1999 r., 40130/98, *C.R. p. Szwajcarii*, HUDOC.

Postanowienie ETPC z 2 czerwca 2004 r., A47-2004-001, HUDOC.

Wyrok ETPC z 26 lipca 2005 r., 73316/01, *Siliadin p. Francji*, HUDOC.

Wyrok ETPC z 6 października 2005 r., 74025/01, *Hirst p. Zjednoczonemu Królestwu*, HUDOC.

Postanowienie ETPC z 6 grudnia 2007 r., 25708/03 i in., *Baudinière i Vauzelle p. Francji*, HUDOC.

Opinia doradcza ETPC z 12 lutego 2008 r., A47-2008-001, HUDOC.

Wyrok ETPC z 19 lutego 2008 r., 74357/01, *Kuolelis, Bartoševičius i Burokevičius p. Litwie*, HUDOC.

Opinia doradcza ETPC z 22 stycznia 2010 r., A47-2010-001, HUDOC.

Wyrok ETPC z 6 stycznia 2011 r., 34932/04, *Paksas p. Litwie*, HUDOC.

Wyrok ETPC z 7 lutego 2012 r., 40660/08, *Von Hannover p. Niemcom (nr 2)*, HUDOC.

Wyrok ETPC z 22 września 2011 r., 29953/08, *A.S.P.A.S. i Lasgerazas p. Francji*, HUDOC.

Wyrok ETPC z 15 marca 2012 r., 25951/07, *Gas i Dubois p. Francji*, HUDOC.

Wyrok ETPC z 2 października 2012 r., 40094/05, *Virabyan p. Armenii*, HUDOC.

Wyrok ETPC z 4 października 2012 r., 57412/08, *Chabauty p. Francji*, HUDOC.

Wyrok ETPC z 27 maja 2014 r., 4455/10, *Marguš p. Chorwacji*, HUDOC.

Wyrok ETPC z 26 czerwca 2014 r., 65192/11 i in., *Menesson p. Francji*, HUDOC.

Opinia doradcza TS z 18 grudnia 2014 r., 2/13, EU:C:2014:2454.

Wyrok ETPC z 2 lutego 2016 r., 18650/05, *Sodan p. Turcji*, HUDOC.

Wyrok ETPC z 8 listopada 2016 r., 18030/11, *Magyar Helsinki Bizottság p. Węgrom*, HUDOC.

Wyrok ETPC z 11 lipca 2017 r., 19687/12, *Morreira Ferreira p. Portugalii (nr 2)*, HUDOC.

Wyrok ETPC z 23 listopada 2017 r., 66847/12 *Haarde p. Islandii*, HUDOC.

Wyrok ETPC z 20 września 2018 r., 23086/08, *Mushegh Saghatelian p. Armenii*, HUDOC.

Opinia doradcza ETPC z 10 kwietnia 2019 r., P16-2018-001, HUDOC.

Wyrok ETPC z 25 kwietnia 2019 r., 36469/08, *Ter-Petrosyan p. Armenii*, HUDOC.

- Wyrok ETPC z 29 maja 2019 r., 15172/13, *Ilgar Mammadov p. Azerbejdżanowi*, HUDOC.
- Opinia doradcza ETPC z 29 maja 2020 r., P16-2019-001, HUDOC.
- Wyrok ETPC z 18 czerwca 2020 r., 7523/10, *Antia i Khupenia p. Gruzji*, HUDOC.
- Wyrok ETPC z 30 czerwca 2020 r., 50514/13, *Saqueti Iglesias p. Hiszpanii*, HUDOC.
- Wyrok ETPC z 6 października 2020 r., 75882/13, *Pfenning Distributie S.R.L. p. Rumunii*, HUDOC.
- Wyrok ETPC z 8 października 2020 r., 44841/08 i in., *Jhangiryan p. Armenii*, HUDOC.
- Wyrok ETPC z 8 października 2020 r., 49021/08, *Smbat Ayvazan p. Armenii*, HUDOC.
- Wyrok ETPC z 15 października 2020 r., 49020/08 *Myasnik Malhasyan p. Armenii*, HUDOC.
- Wyrok ETPC z 19 listopada 2020 r., 2953/14, *Pantaloni p. Chorwacji*, HUDOC.
- Postanowienie ETPC z 14 grudnia 2020 r., P16-2020-001, HUDOC.
- Wyrok ETPC z 6 kwietnia 2021 r., 35623/11, *Tsonyo Tsonev p. Bułgarii (nr 4)*, HUDOC.
- Wyrok ETPC z 18 maja 2021 r., 71552/17, *Valdís Fjölnisdóttir i inni p. Islandii*, HUDOC.
- Postanowienie ETPC z 15 września 2021 r., A47-2021-001, HUDOC.
- Postanowienie ETPC z 30 listopada 2021 r., 41126/13, *Artsruni p. Armenii*, HUDOC.
- Wyrok ETPC z 20 stycznia 2022 r., 33351/20, *Milanković p. Chorwacji*, HUDOC.
- Wyrok ETPC z 24 marca 2022 r., 29775/18 i in., *C.E. i inni p. Francji*, HUDOC.
- Wyrok ETPC z 24 marca 2022 r., 30254/18, *A.M. p. Norwegii*, HUDOC.
- Opinia doradcza ETPC z 8 kwietnia 2022 r., P16-2020-002, HUDOC.
- Opinia doradcza ETPC z 26 kwietnia 2022 r., P16-2021-001, HUDOC.
- Wyrok ETPC z 24 maja 2022 r., 74536/10, *Sinan Çetinkaya i Ağyar Çetinkaya p. Turcji*, HUDOC.
- Wyrok ETPC z 14 czerwca 2022 r., 56070/18, *Stoyanova p. Bułgarii*, HUDOC.
- Wyrok ETPC z 7 lipca 2022 r., 32715/19, *M.S. p. Włochom*, HUDOC.
- Wyrok ETPC z 11 lipca 2022 r., 28749/18, *Kavala p. Turcji*, HUDOC.
- Wyrok ETPC z 12 lipca 2022 r., 38825/16, *Kotlyar p. Rosji*, HUDOC.
- Opinia doradcza ETPC z 13 lipca 2022 r., P16-2021-002, HUDOC.
- Wyrok ETPC z 4 października 2022 r., 8701/21, *Pinkas i inni p. Bośni i Hercegowinie*, HUDOC.

Wyrok ETPC z 13 października 2022 r., 12456/19, *Zeggai p. Francji*, HUDOC.
Wyrok ETPC z 18 października 2022 r., 60785/19, *Mørck Jensen p. Danii*, HUDOC.

Wyrok ETPC z 3 listopada 2022 r., 49812/09, *Vegotex International S.A. p. Belgii*, HUDOC.

Wyrok ETPC z 10 listopada 2022 r., 2317/20, *The Karibu Foundation p. Norwegii*, HUDOC.

Wyrok ETPC z 22 listopada 2022 r., 58817/15 i in., *D.B. i inni p. Szwajcarii*, HUDOC.

Postanowienie ETPC z 22 listopada 2022 r., 74017/17, *Martins Pereira Penedos p. Portugalii*, HUDOC.

Wyrok ETPC z 6 grudnia 2022 r., 14581/20, *Kalda p. Estonii (nr 2)*, HUDOC.

Wyrok ETPC z 6 grudnia 2022 r., 25212/21, *K.K. i inni p. Danii*, HUDOC.

Postanowienie ETPC z 6 grudnia 2022 r., 83460/17, *Răducan p. Rumunii*, HUDOC.

Wyrok ETPC z 15 grudnia 2022 r., 35511/20, *Gherardi Martini p. San Marino*, HUDOC.

Opinia doradcza ETPC z 13 kwietnia 2023 r., P16-2022-001, HUDOC.

Wyrok ETPC z 9 maja 2023 r., 6959/17, *Cetinja p. Chorwacji*, HUDOC.

Wyrok ETPC z 13 czerwca 2023 r., 28215/11, *Badalyan p. Armenii*, HUDOC.

Wyrok ETPC z 22 czerwca 2023 r., 61721/19 i in., *Kubát i inni p. Czechom*, HUDOC.

Wyrok ETPC z 22 czerwca 2023 r., 23851/20 i in., *X i inni p. Irlandii*, HUDOC.

Wyrok ETPC z 27 czerwca 2023 r., 11643/20, *Ispirian p. Armenii*, HUDOC.

Wyrok ETPC z 4 lipca 2023 r., 13451/15, *Tristan p. Mołdawii*, HUDOC.

Wyrok ETPC z 11 lipca 2023 r., 10934/21, *Semenya p. Szwajcarii*, HUDOC.

Wyrok ETPC z 7 września 2023 r., 17053/20, *Bavčar p. Słowenii*, HUDOC.

Wyroku ETPC z 14 września 2023 r., 56928/19 i in., *Valiullina i inni p. Łotwie*, HUDOC.

Postanowienie ETPC z 19 września 2023 r., 64144/14, *Costa Santos p. Portugalii*, HUDOC.

Wyrok ETPC z 26 września 2023 r., 15669/20, *Yüksel Yalçinkaya p. Turcji*, HUDOC.

Wyrok ETPC z 10 października 2023 r., 37031/21, *I.V. p. Estonii*, HUDOC.

Wyrok ETPC z 16 listopada 2023 r., 225/20 i in., *Džibuti i inni p. Łotwie*, HUDOC.

Opinia doradcza ETPC z 14 grudnia 2023 r., P16-2023-001, HUDOC.

Orzecznictwo sądów krajowych (zagranicznych)

- Wyrok Sądu Kasacyjnego Francji z 4 października 2019 r., 10-19.053, <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000039213459/> [dostęp: 1.01.2024].
- Wyrok Sądu Konstytucyjnego Armenii z 26 marca 2021 r., ՄՂՈ-1586 [SDV-1586], <https://www.concourt.am/decision/decisions/sdv-1586.pdf> [dostęp: 1.01.2024].
- Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego Litwy z 29 czerwca 2022 r., R-1-602/2022, <https://www.lvat.lt/veikla/teismu-praktika/kreipimaisi-i-europos-zmogaus-teisiu-teisma/882>, [dostęp: 1.01.2024].
- Wyrok Rady Stanu Francji z 23 marca 2023 r., 439036, <https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000043385968> [dostęp: 1.01.2024].

Dokumenty urzędowe

- Opinia nr 285 (2013) Zgromadzenia Parlamentarnego Rady Europy z 28 czerwca 2013 r. [opinia nr 285], <https://pace.coe.int/pdf/c300b44c90a-80190353b154641ebd164042ffe7dfcc346b5f255ca16e6662ef6/opinion%20285.pdf> [dostęp: 1.01.2024].
- Raport wyjaśniający do Protokołu nr 16 do Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności z 2 października 2013 r. [Raport Wyjaśniający], <https://rm.coe.int/16800d383e> [dostęp: 1.01.2024].
- Wytyczne dotyczące implementacji procedury opinii doradczej, zaakceptowane przez Zgromadzenie Ogólne Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w dniu 18 września 2017 r. [Wytyczne], https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/Guidelines_P16_ENG [dostęp: 1.01.2024].
- Uchwała Komitetu Ministrów Rady Europy z dnia 21 września 2017 r. (1294. spotkanie), nr CM/ResDH(2017)286 w przedmiocie wykonania czterech wyroków przeciwko Francji, <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-177626> [dostęp: 1.01.2024].
- Uchwała Komitetu Ministrów Rady Europy z dnia 5 marca 2020 r. (1369. spotkanie), nr CM/Del/Dec(2020)1369/H46-2, nadzór nad wykonywaniem orzeczeń ETPC – grupa *Virabyan p. Armenii*, [https://hudoc.exec.coe.int/eng?i=CM/Del/Dec\(2020\)1369/H46-2E](https://hudoc.exec.coe.int/eng?i=CM/Del/Dec(2020)1369/H46-2E) [dostęp: 1.01.2024].
- Uchwała Komitetu Ministrów Rady Europy z dnia 22 września 2022 r. (1443. spotkanie), nr CM/ResDH(2022)253 w przedmiocie wykonania wyroku ETPC *Paksas p. Litwie*, <https://hudoc.exec.coe.int/eng?i=001-220578> [dostęp: 1.01.2024].

Publikacje

- Bodnar A., *Wykonywanie orzeczeń Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w Polsce. Wymiar instytucjonalny*, Wolters Kluwer Polska, Warszawa 2018.
- Bracken L., *The ECtHR's first advisory opinion: Implications for Cross-Border Surrogacy Involving Male Intended Parents*, „Medical Law International” 2021, nr 1(21), s. 3–18, <https://doi.org/10.1177/09685332211002592>.
- Dicosola M. i in., *The Prospective Role of Constitutional Courts in the Advisory Opinion Mechanism Before the European Court of Human Rights: A First Comparative Assessment with the European Union and the Inter-American System*, „German Law Journal” 2015, nr 6(16), s. 1387–1428, <https://doi.org/10.1017/S2071832200021192>.
- Dzehtsiarou K., O'Meara N., *Advisory Jurisdiction and the European Court of Human Rights: a Magic Bullet for Dialogue and Docket-Control?*, „Legal Studies” 2014, nr 3(34), s. 444–468, <https://doi.org/10.1111/lest.12025>.
- Giannopoulos C., *Considerations on Protocol no. 16: Can the New Advisory Competence of the European Court of Human Rights Breathe New Life into the European Convention on Human Rights?*, „German Law Journal” 2015, nr 2(16), s. 337–350, <https://doi.org/10.1017/S2071832200020873>.
- Glas L., Krommendijk J., *A Strasbourg Story of Swords and Shields: National Courts' Motives to Request an Advisory Opinion from the ECtHR Under Protocol 16*, „European Convention on Human Rights Law Review” 2022, nr 3(3), s. 311–349, <https://doi.org/10.1163/26663236-bja10042>.
- Jahn J., *Normative Guidance from Strasbourg through Advisory Opinions*, „Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht” 2014, t. 74, s. 821–846.
- Kowalski M., *Pierwsza opinia doradcza Europejskiego Trybunału Praw Człowieka*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2008, nr 7, s. 49–55.
- Lemmens K., *Protocol No 16 to the ECHR: Managing Backlog through Complex Judicial Dialogue?*, „European Constitutional Law Review” 2019, nr 4(15), s. 691–713, <https://doi.org/10.1017/S1574019619000373>.
- Margaria A., *Parenthood and Surrogacy: What is 'New'? The ECtHR's First Advisory Opinion*, „Medical Law Review” 2020, nr 2(28), s. 412–425, <https://doi.org/10.1093/medlaw/fwz042>.
- Moonen T., Lavrysen L., *Abstract but Concrete, or Concrete but Abstract? A Guide to the Nature of Advisory Opinions under Protocol no 16 to the ECHR*, „Human Rights Law Review” 2021, nr 3(21), s. 752–785, <https://doi.org/10.1093/hrlr/ngaa065>.

- Paprocka A., Ziółkowski M., *Opinie doradcze w świetle Protokołu nr 16 do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2014, nr 10, s. 15–23.
- Ploszka A., *Nowa opinia doradcza Europejskiego Trybunału Praw Człowieka*, „Państwo i Prawo” 2013, nr 10, s. 89–100.
- Ploszka A., *Kompetencja doradcza Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w świetle opinii Trybunału Sprawiedliwości 2/13*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2015, nr 12, s. 50–55.
- Vogiatzis N., *The Second Advisory Opinion by the Strasbourg Court under Protocol 16*, „European Convention on Human Rights Law Review” 2021, nr 1(3), s. 135–152, <https://doi.org/10.1163/26663236-bja10021>.
- Voland T., Schiebel B., *Advisory Opinions of the European Court of Human Rights: Unbalancing the System of Human Rights Protection in Europe?*, „Human Rights Law Review” 2017, nr 1(17), s. 73–95, <https://doi.org/10.1093/hrlr/ngw034>.
- Wąsek-Wiaderek M., *Advisory Opinions of the European Court of Human Rights: Do National Judges Really Need This New Forum of Dialogue?* [w:] Paolo Pinto de Albuquerque, Krzysztof Wojtyczek (red.), *Judicial Power in Globalized World. Liber Amicorum Vincent de Gaetano*, Springer, Berlin 2019, s. 637–652, https://doi.org/10.1007/978-3-030-20744-1_38.
- Wiśniewski A., *Nowa instytucja opinii doradczych Europejskiego Trybunału Praw Człowieka – uwagi po czterech latach od wejścia w życie Protokołu nr 16 do EKPC*, „Prawo i Więź” 2022, nr 4, s. 47–71, <https://doi.org/10.36128/priw.vi42.535>.

Źródła internetowe

- Armenia: Appeals Court Upholds Acquittal of Kocharyan, <https://hetq.am/en/article/138344> [dostęp: 1.01.2024].

Wykaz rzeczywistych recenzentów, współpracujących z Redakcją „Studiów Prawniczych” w 2023 r.

Mateusz Błachucki, Instytut Nauk Prawnych Polskiej Akademii Nauk, Polska

Katarzyna Dadańska, Uniwersytet Szczeciński, Polska

Kacper Górniak, Uniwersytet Jagielloński, Polska

Justyna Karaźniewicz, Uniwersytet Kazimierza Wielkiego w Bydgoszczy,
Polska

Ewa Łętowska, członek rzeczywisty Polskiej Akademii Nauk, Polska

Sylwia Majkowska, Uniwersytet Gdański, Polska

Dominik Mączyński, Uniwersytet Adama Mickiewicza w Poznaniu, Polska

Aleksandra Mężykowska, Instytut Nauk Prawnych Polskiej Akademii Nauk,
Polska

Anna Młynarska-Sobaczewska, Instytut Nauk Prawnych Polskiej Akademii
Nauk, Polska

Łukasz Nosarzewski, Uczelnia Łazarskiego w Warszawie, Polska

Maciej Nyka, Uniwersytet Gdański, Polska

Agnieszka Piskorz-Ryń, Uniwersytet Kardynała Stefana Wyszyńskiego
w Warszawie, Polska

Małgorzata Sęk, Uniwersytet Łódzki, Polska

Agnieszka Smoleńska, Instytut Nauk Prawnych Polskiej Akademii Nauk,
Polska

Karolina Wierczyńska, Instytut Nauk Prawnych Polskiej Akademii Nauk,
Polska

Magdalena Wilejczyk, Uniwersytet Wrocławski, Polska

Anna Zientara, Uniwersytet Warszawski, Polska