

I n d e k s 3 8 1 5 4 3 ■ I S S N 0 1 3 7 - 7 2 7 2

WOJSKOWY
PRZEGLĄD
PRAWNICZY

STYCZEŃ-MARZEC ■ WARSZAWA 2020

1
[293]

ROK XCIII

Indeks 381543 ■ ISSN 0137-7272 ■ Egz. bezpłatny



WOJSKOWY PRZEGLĄD PRAWNICZY

STYCZEŃ-MARZEC ■ WARSZAWA 2020

1
[293]

R A D A N A U K O W A

Przewodniczący

Członkowie

- Przemysław Funiok
- Sebastian Chwałek
- Marcin Warchoł
- Tomasz Zdzikot
- Grzegorz Ociecek
- Elżbieta Karska
- Katarzyna Chałubińska-Jentkiewicz
- Krzysztof Indeck
- Błażej Wojnicz
- Dariusz Barski
- Jacek Wygoda
- Marek Mozgawa
- Justyn Piskorski
- Hanna Paluszkiewicz
- Katarzyna Dudka
- Małgorzata Manowska
- Piotr Steczkowski
- Bartosz Kownacki
- Helmut Radtke
- Alexandre Ferreira Baptista Coelho
- Veronika Huštova
- Mykola Khavroniuk
- Bohdan Telefanko

K O L E G I U M R E D A K C Y J N E

Redaktor Naczelny

Członkowie

- Jarosław Duś
- Marek Piotrowicz
- Katarzyna Sioma
- Alicja Pietruszewicz
- Aleksander Gozdur

WYDAJE
PROKURATURA KRAJOWA

Adres Redakcji:
02-010 Warszawa, ul. Nowowiejska 26 B
tel. 22 62-77-306

e-mail: redakcja.wpp@pk.gov.pl

Druk, skład i korekta
Centrum Poligrafii sp. z o.o., www.jakubiccy.com.pl

Wersją podstawową (referencyjną) czasopisma jest wersja papierowa.
Artykuły i recenzje w „Wojskowym Przeglądzie Prawniczym” nie mają
charakteru urzędowego, lecz są wyrazem poglądów ich autorów.



WOJSKOWY PRZEGLĄD PRAWNICZY KWARTALNIK

STYCZEŃ-MARZEC ■ WARSZAWA 2020

WYDAJE PROKURATURA KRAJOWA

SPIS TREŚCI

DR HAB. PIOTR MILIK

profesor Akademii Sztuki
Wojennej, Kierownik Katedry
Prawa Bezpieczeństwa

*Ochrona samolotów cywilnych
w warunkach konfliktu zbrojnego*

5

DR MARTYNA PIESZCZEK

prokurator Prokuratury
Okręgowej w Warszawie
del. do Prokuratury Krajowej

*O wzajemnych relacjach pomiędzy przepisem
art. 231 k.k. a przepisem art. 296 k.k.*

24

DR DAMIAN WĄSIK

Katedra Podstaw Prawa
Medycznego Collegium
Medicum im. L. Rydygiera
w Bydgoszczy Uniwersytetu
Mikołaja Kopernika
w Toruniu

Prawnokarna ochrona wybranych praw pacjenta **48**

<p>ADW. DR PIOTR BOGACKI dziekan kierunku bezpieczeństwo wewnętrzne filii w Sieradzu Akademii Humanistyczno- Ekonomicznej w Łodzi</p>	<p><i>Odpowiedzialność karna lekarza za błąd w sztuce medycznej</i></p>	<p>73</p>
<p>PKŁ WOJCIECH SKRZYPEK prokurator Prokuratury Okręgowej w Warszawie</p>	<p><i>Rozkaz wojskowy a decyzja administracyjna</i></p>	<p>88</p>
<p>MAREK DORSZ-DROŹDŹ radca prawny Prokuratury Krajowej</p>	<p><i>Właściwość prokuratorskich organów administracyjnych w sprawach dotyczących prokuratorów do spraw wojskowych w świetle art. 32 ustawy z dnia 28.01.2016 r. Przepisy wprowadzające – Prawo o prokuraturze</i></p>	<p>106</p>
<p>MGR ADAM BOJARSKI doktorant w Zakładzie Badań nad Ustrojem Państwa, Wydział Prawa i Administracji Uniwersytetu im. Adama Mickiewicza w Poznaniu</p>	<p><i>Zabezpieczenie socjalne weteranów powstań narodowych i wdów po nich w dwudziestoleciu międzywojennym. Analiza prawnohistoryczna na podstawie Dziennika Ustaw RP</i></p>	<p>124</p>

PIOTR MILIK

Ochrona samolotów cywilnych w warunkach konfliktu zbrojnego

Protection of Civil Aircrafts in Circumstances of Armed Conflict

S T R E S Z C Z E N I E

Artykuł przybliży treść Podręcznika HPCR (Humanitarian Policy and Conflict Research at Harvard University – Program Polityki Humanitarnej i Badań nad Konfliktami) w zakresie poświęconym ochronie samolotów cywilnych w warunkach konfliktu zbrojnego. Autor artykułu analizuje wymienione w Podręczniku HPCR zasady prawa międzynarodowego odnoszące się do traktowania przez siły zbrojne zaangażowane w konflikt samolotów cywilnych znajdujących się (przelatujących) w strefie lub w pobliżu prowadzonych działań wojennych. W drugiej części artykułu autor bogato egzemplifikuje przypadki celowych lub przypadkowych zestrzeleń samolotów cywilnych, dokonane w ostatnich dziesięcioleciach przez siły zbrojne różnych państw w warunkach konfliktów zbrojnych.

W wstępie do Podręcznika HPCR (*Humanitarian Policy and Conflict Research at Harvard University* – Program Polityki Humanitarnej i Badań nad Konfliktami) możemy przeczytać, że jest to zbiór obowiązujących reguł prawa międzynarodowego mających zastosowanie w warunkach wojny powietrzno-rakietowej, sformułowany przez zespół ekspertów międzynarodowego prawa humanitarnego konfliktów zbrojnych w ramach trwającego przez sześć lat projektu naukowego realizowanego w Uniwersytecie Harvarda (2004–2009). Reguły zawarte w HPCR zostały zidentyfikowane w oparciu o istniejące źródła prawa międzynarodowego: umowy międzynarodowe i zwyczaj międzynarodowy. Opracowane w ten sposób reguły prowadzenia wojny powietrznej i rakietowej odnoszą się zasadniczo do konfliktów o charakterze międzynarodowym. Specyfika wojny powietrznej oznacza, że są w niej używane zaawansowane i co za tym idzie kosztowne systemy/środki walki dostępne głównie państwom. Rzadziej środki walki powietrznej i rakietowej znajdują się w dyspozycji sił

rebelianckich uczestniczących w konfliktach zbrojnych o charakterze międzynarodowym. Niemniej jednak, Podręcznik HPCR i załączony do niego komentarz wskazują reguły, które znajdują zastosowanie także w warunkach konfliktu międzynarodowego.

Wojna powietrzno-rakietowa będąca przedmiotem analiz oznacza każdą operację militarną realizowaną w warunkach konfliktu zbrojnego, polegającą na użyciu samolotów lub rakiet wszelkich typów, zarówno w celach ofensywnych, jak i defensywnych, nad terytorium stron konfliktu lub poza nim.

Program Polityki Humanitarnej i Badań nad Konfliktami (HPCR) na Uniwersytecie Harvarda było to przedsięwzięcie skupiające się na międzynarodowym prawie humanitarnym i ochronie ludności cywilnej w sytuacjach konfliktu zbrojnego. Program powstał w 2000 r. jako wspólna inicjatywa rządu Szwajcarii, Organizacji Narodów Zjednoczonych i Uniwersytetu Harvarda. HPCR ma na celu zgromadzenie wiedzy prawnej i rozwiązań politycznych przydatnych specjalistom (doradcom prawnym w siłach zbrojnych, dowódcom wojskowym) i agencjom zajmującym się wdrażaniem i monitorowaniem międzynarodowego prawa humanitarnego. Podręcznik HPCR i towarzyszący mu komentarz zostały opublikowane w otwartym dostępie internetowym, co miało się przyczynić do maksymalnego upowszechnienia wiedzy z zakresu prawa międzynarodowego mającego zastosowanie do operacji wojskowych obejmujących działania powietrzne i rakietowe¹. W rezultacie głównym zamierzeniem projektu było zwiększenie przejrzystości prawa i tym samym poprawienie standardów ochrony ludności cywilnej w konfliktach zbrojnych².

Po raz pierwszy zasady wojny powietrznej zostały opracowane w 1923 r. w Hadze przez komisję prawników (ustanowioną w 1922 r. przez Konferencję Waszyngtońską w sprawie Ograniczenia Zbrojeń). Potrzeba opracowania takich reguł wynikała z faktu intensywnego rozwoju lotnictwa w tamtym czasie, w tym wykorzystywania lotnictwa w konfliktach zbrojnych. Reguły Haskie³, choć niewiążące, miały znaczący wpływ na rozwój zwyczajowego prawa konfliktów zbrojnych.

¹ Dostępne w Internecie pod adresem <<https://www.cambridge.org/core/books/hpcr-manual-on-international-law-applicable-to-air-and-missile-warfare/EB28F7A1701637CA2390B25FB4840629>> [dostęp: 28.02.2020 r.].

² Dwukrotnie, w latach 2011 i 2012 grupa ekspertów pracujących w ramach projektu realizowanego przez Uniwersytet Harvarda pod przewodnictwem prof. Yorama Dinstaina przeprowadziła w ówczesnej Akademii Obrony Narodowej w Warszawie międzynarodowe warsztaty organizowane we współpracy z *The Geneva Centre for Security Policy* (GCSP) i Siłami Zbrojnymi Konfederacji Szwajcarii pt.: „*The Air and Missile Warfare Programme of Legal Education – AMPLE – workshop in Poland*”. Warsztaty były realizowane dla grupy wyselekcjonowanych oficerów reprezentujących polskie i zaprzyjaźnione siły zbrojne. Podstawą realizacji warsztatów był Podręcznik HPCR.

³ Reguły wojny powietrznej, Haga, 19 lutego 1923 r. (*Prawo międzynarodowe. Źródła i materiały*, pod red. A. Górcbiela, Katowice 1970, t. 2, s. 137–143).

Od czasu opracowania Reguł Haskich istotnie zmieniły się warunki techniczne uzbrojenia i co za tym idzie możliwości prowadzenia operacji powietrznych, które w latach 20. XX w. znajdowały się w początkowej fazie rozwoju. Potencjał lotniczy stał się od tamtego czasu kluczowym elementem arsenału militarnego państw i odgrywa podstawową rolę we współczesnej wojnie. Reguły Haskie z 1923 r. nie zawierały, z przyczyn oczywistych, rozwiązań odnoszących się do użycia pocisków raketowych.

Daleko idące zmiany, które nastąpiły w obszarze techniki prowadzenia operacji powietrznych i raketowych w ciągu ostatnich kilku dziesięcioleci, przeobraziły oblicze współczesnego pola walki, zrewolucjonizowały strategię wojskową i stworzyły szereg poważnych wyzwań dla ochrony ludności cywilnej w czasie konfliktu zbrojnego. Szczególnie w ostatnich latach utrwalone normy prawa wojennego obowiązujące w warunkach działań powietrznych okazały się niewystarczające. Stąd wyniknęły wątpliwości i spory co do zakresu i treści międzynarodowych przepisów prawnych dotyczących wojny powietrzno-raketowej. Jako przykład można wskazać chociażby jeden z ostatnich przejawów zmian technologicznych prowadzenia operacji powietrznych – korzystanie z bezałogowych statków powietrznych, często nazywanych „dronami”, lub testowana wspólnie przez USA, Chiny czy Rosję broń hipersoniczna (systemy klasy HGV – *Hypersonic Glide Vehicle*, czyli pociski manewrujące, operujące na niewielkich wysokościach z prędkością kilkakrotnie przekraczającą prędkość dźwięku, tym samym niewykrywalne dla radarów).

Chociaż od czasu opracowania zasad wojny powietrznej w 1923 r. przyjęto szereg traktatów międzynarodowych w odpowiedzi na rozwój współczesnej wojny (w szczególności cztery konwencje genewskie z 1949 r. o ochronie ofiar wojny oraz dwa protokoły dodatkowe z 1977 r., a także różnorodne konwencje dotyczące dóbr kultury, broni biologicznej, broni chemicznej itp.), należy wziąć pod uwagę, że instrumenty te, chociaż zawierają przepisy dotyczące operacji powietrznych i pocisków raketowych, nie odnoszą się do wielu ważnych aspektów tych operacji. Należy także pamiętać, że współczesne wyzwania dla prawa wojny powietrznej i raketowej nie są związane jedynie z szybkim rozwojem nowych technologii. Istnieje również pilna potrzeba zmierzenia się z nowymi metodami prowadzenia walki, stosowanymi przez międzynarodowy terroryzm. Przynajmniej od 11 września 2001 r. prawo konfliktów zbrojnych zostało zmuszone do rozważenia np. użycia cywilnego porwanego samolotu jako broni (por. reguła 63 (b) Podręcznika HPCR).

Inspiracją dla twórców Podręcznika HPCR był niewątpliwie Podręcznik San Remo o prawie międzynarodowym mającym zastosowanie do konfliktów zbrojnych na morzu (opublikowany przez Międzynarodowy

Instytut Prawa Humanitarnego w 1995 r.). Większość zasad Podręcznika San Remo, choć niewiążąca, zyskała z czasem szerokie poparcie wiodących mocarstw morskich. Podręcznik San Remo obejmuje zagadnienia dotyczące komponentów lotniczych marynarki wojennej, ale oczywiście na nich się nie koncentruje.

Prezentowany projekt naukowy (Podręcznik HPCR), podobnie jak Podręcznik San Remo, nie stanowi gotowego projektu umowy międzynarodowej, który mógłby być podstawą przyszłej konferencji dyplomatycznej. Celem stworzenia Podręcznika HPCR było raczej metodyczne opracowanie istniejącego międzynarodowego prawa humanitarnego obowiązującego w obszarze prowadzenia wojny powietrzno-rakietowej, opartego na powszechnej praktyce państw przyjętej za prawo (*usus i opinio iuris*) i obowiązujących traktatach. W Podręczniku nie podjęto żadnych prób wybiegania poza obowiązujący porządek prawny ani proponowania nowych norm.

Podręcznik HPCR nie ma mocy wiążącej, nie stanowi formalnego źródła prawa międzynarodowego, ale może posłużyć jako cenne źródło informacji dla sił zbrojnych w opracowywaniu zasad zaangażowania (*RoE – rules of engagement*), pisaniu krajowych podręczników wojskowych, przygotowywaniu szkoleń i przede wszystkim realnym dowodzeniu siłami zbrojnymi w operacjach bojowych. Celem Podręcznika HPCR było w pierwszej kolejności zapewnienie specjalistycznej wiedzy prawnikom służącym w siłach zbrojnych (*legal advisors*), którzy doradzają dowódcom wojskowym, opracowują teksty prawne i planują moduły prawne szkolenia wojskowego. Oprócz tego, sami dowódcy wojskowi w Podręczniku HPCR mogą znaleźć praktyczne narzędzia, które ułatwią podejmowanie decyzji w realnym dowodzeniu siłami zbrojnymi.

Podręcznik HPCR jest przeznaczony do wykorzystania operacyjnego nie tylko przez siły powietrzne, ale także przez inne rodzaje sił zbrojnych w procesie szkolenia i w czasie konfliktu zbrojnego. W szczególności jeśli chodzi o planowanie/oznaczanie celów i środki ostrożności, kluczowe znaczenie ma znajomość i zrozumienie prawa dotyczącego wojny powietrznej i rakietowej. Podręcznikowi HPCR zawierającemu zbiór zasad (reguł) towarzyszy komentarz, który ma na celu dostarczenie merytorycznej pomocy zarówno doradcom prawnym, jak i tym, którzy planują, zatwierdzają lub wykonują operacje powietrzne lub operacje rakietowe⁴.

W sekcji „I” Podręcznika HPCR znajdują się reguły dotyczące ochrony cywilnych statków powietrznych w czasie prowadzenia działań militarnych, które zostaną w dalszej części artykułu kolejno omówione.

⁴ <<https://www.cambridge.org/core/books/hpccr-manual-on-international-law-applicable-to-air-and-missile-warfare/commentary-to-the-hpccr-manual-on-international-law-applicable-to-air-and-missile-warfare/7947A4ACAD548B71E2E5E69BD93DDA87>> [dostęp 28.02.2020 r.].

Zgodnie z regułą 1. lit. h) Podręcznika HPCR „cywilny statek powietrzny” oznacza „każdy statek powietrzny inny niż wojskowy lub państwowy”. W związku z tym wszystkie statki powietrzne niebędące własnością państwa ani nieużywane przez państwo kwalifikują się jako cywilne statki powietrzne. Wszystkie cywilne statki powietrzne, niezależnie od ich przynależności państwowej, są obiektami cywilnymi w rozumieniu prawa humanitarnego konfliktów zbrojnych. W związku z tym atak na cywilne statki powietrzne (będące obiektami cywilnymi) jest dopuszczalny tylko w wyjątkowych przypadkach, tj. jeśli ze względu na swoją lokalizację, użycie lub zastosowanie efektywnie przyczyniają się do wsparcia działań wojskowych wroga, a ich zniszczenie, schwywanie lub neutralizacja zapewnia określoną korzyść wojskową (wojenną). W takich okolicznościach obiekty, co do zasady cywilne, stają się celami wojskowymi. W tym punkcie analizowany Podręcznik HPCR odbiega od podejścia leżącego u podstaw Reguł Haskich z 1923 r. Zgodnie z art. 33 i art. 34 Reguł Haskich⁵ samolot cywilny strony wojującej zostanie ostrzelany, jeśli którykolwiek z warunków określonych w tych przepisach zostanie spełniony. To samo odnosi się do art. 35 Reguł Haskich⁶, dla samolotu cywilnego państwa neutralnego, który przelatując w obrębie jurysdykcji państwa wojującego, powiadomiony o zbliżaniu się wojskowych statków powietrznych należących do wojującego, powinien wylądować w najbliższym odpowiednim miejscu. Jeśli tego nie uczyni, naraża się na ostrzelanie.

Z uwagi na zwyczajowy charakter definicji celów wojskowych (patrz reguła 1. (y) i reguła 22.) eksperci pracujący nad Podręcznikiem HPCR zajęli stanowisko, że wyżej wymienione reguły Zasad Haskich z 1923 r. są już nieaktualne. Współcześnie cywilne statki powietrzne, wrogie lub neutralne, mogą być atakowane tylko wtedy, gdy spełniają wymogi definicji celów wojskowych.

Reguła 47. Podręcznika HPCR stwierdza, że cywilne statki powietrzne, zarówno wrogie, jak i neutralne, są obiektami cywilnymi i jako takie mają prawo do ochrony przed atakiem (Reguła 47. lit. a). Cywilne statki

⁵ „Artykuł XXXIII – Niewojskowe statki powietrzne wojującego zarówno publiczne, jak i prywatne, przelatujące w obrębie jurysdykcji swojego państwa narażają się na to, że będą ostrzelane, jeżeli nie wylądują w najbliższym odpowiednim miejscu w razie zbliżenia się nieprzyjacielskich wojskowych statków powietrznych. Artykuł XXXIV – Niewojskowe statki powietrzne wojujących, zarówno publiczne, jak i prywatne, narażają się na ostrzelanie, gdy przelatują:

- 1) w obrębie jurysdykcji nieprzyjaciela;
- 2) w bezpośrednim sąsiedztwie tej jurysdykcji, a poza obrębem jurysdykcji swojego kraju;
- 3) w bezpośrednim sąsiedztwie lądowych lub morskich działań wojskowych nieprzyjaciela”.

⁶ „Artykuł XXXV – Przelatujące w obrębie jurysdykcji wojującego neutralne statki powietrzne, powiadomione o zbliżaniu się wojskowych statków powietrznych należących do innego wojującego, powinny wylądować w najbliższym odpowiednim miejscu. O ile tego nie uczynią, narażają się na ostrzelanie”.

powietrzne mogą być celem ataku jedynie wówczas, gdy spełniają kryteria celu militarnego (Reguła 47. lit. b). Samoloty cywilne, zarówno wroga, jak i neutralne, z natury nie są celami wojskowymi i co za tym idzie nie można ich atakować. W przypadku wątpliwości, czy cywilny statek powietrzny jest używany do celów wojskowych, można go zaatakować tylko wtedy, gdy na podstawie wszystkich informacji dostępnych dowódcy istnieją uzasadnione podstawy, by sądzić, że stał się on i pozostaje w momencie ataku celem wojskowym. Reguła 47. lit. a), z wyjątkiem odniesienia do neutralnych cywilnych statków powietrznych, ma zastosowanie również w niemiędzynarodowym konflikcie zbrojnym. Reguła 47. lit. b) znajduje w pełni zastosowanie w niemiędzynarodowym konflikcie zbrojnym.

Reguła 48. Podręcznika HPCR stwierdza, że wszystkie wrogie i neutralne cywilne i państwowe statki powietrzne inne niż samoloty wojskowe mogą zostać przechwycone, sprawdzone lub zawrócone zgodnie z sekcją „U” Podręcznika HPCR (kontrabanda, przechwycenie, inspekcja i zatrzymanie). Reguła 48. stanowi, że chociaż samoloty cywilne wroga lub państwa neutralnego są chronione przed atakiem, nie są chronione przed innymi formami ingerencji ze strony walczących. Zgodnie ze zwyczajowym prawem międzynarodowym wrogie samoloty cywilne oraz znajdujące się na ich pokładzie towary mogą zostać przechwycone jako zdobycz wojenna na ziemi lub podczas lotu poza neutralną przestrzenią powietrzną. Także wrogie cywilne statki powietrzne wykluczone z prawa zajęcia jako zdobycz wojenna (np. samoloty kartelowe⁷) mogą zostać poddane kontroli, jeżeli są uzasadnione podstawy do podejrzeń, że nie spełniają warunków uprawniających je do zwolnienia z zajęcia. Jeśli chodzi o państwowe statki powietrzne, należy podkreślić, że obejmują one nie tylko samoloty wojskowe, ale także samoloty policji i służby celne, a także samoloty wykorzystywane do realizacji innych niekomercyjnych funkcji rządowych. Chociaż państwowe statki powietrzne zazwyczaj korzystają z immunitetu suwerennego państwa, nie ma to znaczenia w stosunkach między stronami wojującymi. Każdy cywilny samolot pasażerski podejrzany z uzasadnionych powodów, że przenosi kontrabandę lub jest w inny sposób zaangażowany w działania niezgodne z jego statusem, podlega przechwyceniu i inspekcji strony walczącej po sprowadzeniu go na lotnisko bezpieczne dla tego typu statków powietrznych.

Reguła 49. Podręcznika HPCR mówi o tym, że wrogie cywilne statki powietrzne mogą zostać schwytane jako zdobycz wojenna zgodnie z regułą 134 („Wrogi samolot cywilny i towary na pokładzie mogą zostać przejęte

⁷ Samolot kartelowy jest to statek powietrzny, któremu przyznano nietykalność w drodze porozumienia między stronami wojującymi ze względu na wykonanie określonych funkcji, takich jak transport jeńców wojennych lub parlamentarzysty (patrz reguła 1 (g) Podręcznika HPCR).

jako zdobycz wojenna na ziemi lub podczas lotu poza neutralną przestrzenią powietrzną. W tym celu można nakazać lądowanie na najbliższym dostępnym lotnisku strony walczącej, które jest bezpieczne dla danego typu statku powietrznego. Wcześniejsze przeprowadzenie inspekcji nie jest wymagane”).

Reguła ta uznaje dobrze ugruntowane prawo stron wojujących do przejścia wrogiego samolotu cywilnego jako zdobyczy wojennej. Wrogi cywilny statek powietrzny może zostać schwytyany jako łup wojenny, nawet jeśli nie jest zaangażowany w aktywność czyniącą z niego cel militarny. Jeśli chodzi o zdobycie wrogich cywilnych samolotów pasażerskich jako łupu wojennego, mogą one zostać przejęte jako zdobycz wojenna, ale tylko pod warunkiem, że załogi oraz wszyscy pasażerowie zostaną bezpiecznie wypuszczeni, a dokumenty statku powietrznego zachowane.

Reguła 49. nie ma zastosowania w niemiędzynarodowym konflikcie zbrojnym, ponieważ w tego rodzaju konflikcie nie istnieje koncepcja prawa zdobyczy wojennej.

Reguła 50. Podręcznika HPCR stwierdza, że wrogi cywilny statek powietrzny może stać się celem ataku, jeżeli: (a) angażuje się w działania wspierające wysiłek militarny przeciwnika, np. przechwytuje lub atakuje inne statki powietrzne; atakuje osoby lub obiekty na lądzie lub morzu; używany jest jako środek ataku; wykorzystywany jest w wojnie elektronicznej; lub służy do zbierania i dostarczania informacji dla sił wroga, (b) ułatwia działania militarne wrogich sił zbrojnych, np. poprzez transport wojska, przewożenie materiałów wojskowych lub umożliwianie uzupełniania paliwa samolotom wojskowym, (c) zostanie włączony do systemu informacyjnego lub wspomaga system gromadzenia danych wywiadowczych wroga, np. angażuje się w rozpoznanie, wczesne ostrzeżenie, misje nadzoru lub dowodzenia, kontroli i łączności, (d) odmówi zastosowania się do rozkazów organów wojskowych, w tym instrukcji dotyczących lądowania, inspekcji i ewentualnego przejścia, lub wyraźnie opiera się przejęciu, (e) w jakikolwiek sposób wnosi skuteczny wkład do realizacji akcji wojskowej.

Reguła 50. znajduje zastosowanie również w niemiędzynarodowych konfliktach zbrojnych.

Kolejna reguła, reguła 51. Podręcznika HPCR, mówi o tym, że także neutralne samoloty cywilne mogą zostać przejęte jako zdobycz wojenna (poza neutralną przestrzenią powietrzną) wówczas, gdy angażują się w którekolwiek z następujących działań: przewożą kontrabandę, przewożą pasażerów będących członkami sił zbrojnych przeciwnika, operują pod bezpośrednią kontrolą przeciwnika, posiadają nieprawidłowe lub fałszywe dokumenty, brakuje im niezbędnych dokumentów lub niszczą albo ukrywają

dokumenty, naruszają przepisy ustanowione przez stronę wojującą w obszarze realizacji operacji wojskowej, są zaangażowane w łamanie blokady powietrznej.

Reguła 51. nie znajduje zastosowania w konfliktach zbrojnych o charakterze międzynarodowym z uwagi na brak występowania kategorii neutralności w tego rodzaju konfliktach.

Reguła 52. Podręcznika HPCR mówi, że neutralne samoloty cywilne nie mogą być atakowane, chyba że są zaangażowane w którekolwiek z wymienionych działań:

- a) istnieje uzasadnione podejrzenie, że mają przy sobie kontrabandę i po uprzednim ostrzeżeniu lub przechwyceniu, celowo i wyraźnie odmawiają zawrócenia z realizowanego kursu lub celowo i wyraźnie odmawiają poddania się kontroli na wskazanym przez stronę wojującą lotnisku, dostępnym i bezpiecznym dla danego typu statku powietrznego;
- b) angażowanie się w działania wspierające przeciwnika, np. przechwytywanie lub atakowanie innych statków powietrznych; atakowanie osób lub obiektów na lądzie lub morzu; używanie statku powietrznego jako środka ataku; wykorzystywanie statku powietrznego w wojnie elektronicznej; lub dostarczanie informacji pozwalających namierzać cele siłom zbrojnym przeciwnika;
- c) ułatwienie działań militarnych sił zbrojnych wroga, np. poprzez transport wojsk, przewóz materiałów wojskowych lub tankowanie samolotów wojskowych;
- d) zostały włączone do systemu wywiadowczego lub pomagają w gromadzeniu danych wywiadowczych siłom zbrojnym wroga, np. poprzez angażowanie się w rozpoznanie, wczesne ostrzeżenie, misje nadzoru lub dowodzenia, kontroli i łączności;
- e) odmowa zastosowania się do rozkazów organów wojskowych, w tym poleceń dotyczących lądowania, inspekcji i ewentualnego przejścia, lub wyraźnie opieranie się przechwyceniu;
- f) w inny sposób wnoszą skuteczny wkład do realizacji akcji wojskowej.

Zgodnie z regułą 53. Podręcznika HPCR aby zwiększyć swoje bezpieczeństwo w trakcie realizacji przelotu w pobliżu działań wojennych, cywilne statki powietrzne muszą złożyć do odpowiedniej służby kontroli ruchu lotniczego wymagane plany lotów, które będą zawierać informacje dotyczące np. rejestracji, miejsca docelowego, pasażerów, ładunku, kodów identyfikacyjnych. Ma to poprawić bezpieczeństwo lotów cywilnych w rejonie prowadzenia działań zbrojnych, zminimalizować ryzyko przypadkowego zestrzelenia samolotu cywilnego na skutek błędnej identyfikacji. Strona wojująca ma prawo do kontroli lotnictwa cywilnego w przestrzeni powietrznej

w bezpośrednim sąsiedztwie działań wojennych. Cywilne statki powietrzne nie powinny samowolnie zmieniać wyznaczonej przez służby ruchu lotniczego trasy lub planu lotu bez zezwolenia kontroli ruchu lotniczego, chyba że wystąpią nieprzewidziane okoliczności, np. nagłe niebezpieczeństwo lub zagrożenie, w którym to przypadku należy natychmiast dokonać odpowiedniego powiadomienia. Jeżeli cywilny statek powietrzny, znajdując się w bezpośrednim pobliżu działań wojennych, zbacza bez zezwolenia z wyznaczonej przez służby ruchu lotniczego trasy lub zmienia odpowiednio opracowany plan lotu, naraża się na zwiększone ryzyko omyłkowego zestrzelenia. Powyższe wytyczne sformułowane w regule 53. mają zastosowanie także w warunkach konfliktu zbrojnego o charakterze międzynarodowym.

Kolejna reguła (54.) stwierdza, że cywilne statki powietrzne powinny unikać obszarów potencjalnie niebezpiecznych, na których prowadzone są operacje wojskowe. Jeżeli jednak, mimo wszystko, cywilny statek powietrzny znajdzie się w pobliżu działań wojennych, musi stosować się do instrukcji służb kontroli lotów dotyczących jego kursu i wysokości. Jeżeli cywilny statek powietrzny, przelatujący w bezpośrednim pobliżu działań wojennych, zignoruje instrukcje pochodzące od służb kontroli lotów dotyczące ich kierunku i wysokości, naraża się na ryzyko zestrzelenia, ponieważ jego zachowanie może być postrzegane jako zagrożenie.

W międzynarodowym konflikcie zbrojnym reguła 54. ma zastosowanie do samolotów cywilnych i samolotów państwowych innych niż samolot wojskowy. Statki powietrzne obsługiwane przez zorganizowane grupy niepaństwowe są samolotami cywilnymi. Takie samoloty nie są chronione przed atakiem, jeśli są wykorzystywane do celów wojskowych. W międzynarodowym konflikcie zbrojnym niepaństwowa zorganizowana grupa zbrojna nie może wydawać prawnie wiążących instrukcji dla cywilnych statków powietrznych. Jednakże statek powietrzny, który nie przestrzega instrukcji sił zbrojnych (sił rządowych lub niepaństwowych zorganizowanych grup zbrojnych) na obszarze, na którym prowadzone są operacje militarne, ewidentnie naraża się na ryzyko zestrzelenia, dlatego ze względów bezpieczeństwa dowódca statku powietrzego powinien postępować zgodnie z instrukcjami nawet pochodzącymi od niepaństwowej zorganizowanej grupy zbrojnej.

W miarę możliwości strony walczące powinny wydać Zawiadomienie dla Lotników (NOTAM – *Notice to Airmen*), zawierające informacje o operacjach wojskowych zagrażających bezpieczeństwu powietrznych statków cywilnych lub innych chronionych statków powietrznych, które odbywają się na danych obszarach, w tym w sprawie wprowadzenia tymczasowego ograniczenia dostępności przestrzeni powietrznej. NOTAM powinno zawierać informacje, które dotyczą: częstotliwości, na której statek powietrz-

ny powinien utrzymywać stały nasłuch, pracy cywilnych radarów pogodowych i trybów identyfikacji, ograniczeń pułapu, kursu i prędkości przelotowej, procedury reagowania na kontakt radiowy ze strony sił zbrojnych i ustanowienia dwukierunkowej komunikacji, ostrzeżenie na temat możliwego działania sił zbrojnych, jeżeli NOTAM nie będzie przestrzegane i jeśli cywilny statek powietrzny lub inny chroniony statek powietrzny zostaną zidentyfikowane przez te siły zbrojne jako zagrożenie (reguła 55.). Procedury określone w regule 55. są w dużej mierze oparte na części 3. Podręcznika ICAO, dotyczącej przechwytywania samolotów cywilnych⁸. Konstrukcja Zawiadomienia dla lotników (NOTAM) opiera się na procedurach ICAO (*International Civil Aviation Organization*) określonych w załączniku nr 15 do Konwencji Chicagowskiej⁹. W szeregu ostatnich konfliktów zbrojnych potwierdza się praktyka stosowania NOTAM przez państwa walczące.

Zasada 56. mówi, że jeżeli cywilny lub inny chroniony statek powietrzny wejdzie w przestrzeń nad obszarem potencjalnie niebezpiecznym, na którym prowadzone są działania zbrojne, powinien postępować zgodnie z odpowiednim NOTAM.

W kolejnej zasadzie (57.) czytamy, że w przypadku braku NOTAM lub jeżeli jest to możliwe, także w przypadku naruszenia NOTAM, siły militarne zaangażowane w konflikt zbrojny powinny wykorzystać wszelkie dostępne środki, aby ostrzec cywilny lub inny chroniony statek powietrzny – za pośrednictwem komunikacji radiowej lub innych ustalonych procedur – przed podjęciem jakichkolwiek działań przeciwko niemu.

Niezależnie od istnienia NOTAM, a nawet w przypadku zachowania naruszającego obowiązujące NOTAM, strony wojujące pozostają zobowiązane do podjęcia wszelkich możliwych środków ostrożności podczas ataku. Co więcej, powinny spróbować nawiązać komunikację z nadlatującym statkiem powietrznym, ostrzegając go o środkach, które mogą zostać podjęte (atak, inspekcja itp.). Wyrażenie „podejmowanie jakichkolwiek działań przeciwko niemu” obejmuje nie tylko bezpośredni atak, ale także inne środki, takie jak przechwycenie lub przekierowanie. Otwarcie ognia do cywilnego lub innego chronionego statku powietrznego może mieć miejsce tylko wtedy, gdy spełnia on warunki, które czynią go celem wojskowym. Zaangażowane w konflikt siły zbrojne powinni dążyć do wszelkich starań, aby ostrzec zbliżający się cywilny lub inny chroniony statek powietrzny przed podjęciem jakichkolwiek działań przeciwko niemu. Nawet jeśli nie

⁸ Manual concerning Interception of Civil Aircraft (Consolidation of Current ICAO Provisions and Special Recommendations), Second Edition, 1990, Doc 9433-AN/926 (publikacja dostępna pod adresem internetowym: <<https://digitallibrary.un.org/record/877>> [dostęp: 28.02.2020 r.]).

⁹ Konwencja o międzynarodowym lotnictwie cywilnym, podpisana w Chicago dnia 7 grudnia 1944 r. (Dz.U. 1959 Nr 35, poz. 212).

wydano NOTAM lub analogicznego ostrzeżenia, muszą być podjęte wszelkie możliwe środki ostrożności w celu sprawdzenia, czy nadlatujące statki powietrzne są celami wojskowymi, aby je rozróżnić od cywilnych lub innych chronionych statków powietrznych, które wkroczyły na ten obszar. Należy pamiętać, że nieprzestrzeganie NOTAM niekoniecznie oznacza wrogie zamiary cywilnego lub innego chronionego statku powietrznego. Nieprzestrzeganie NOTAM może być spowodowane kilkoma okolicznościami, takimi jak trudności językowe lub błąd nawigacyjny. To jest powód, dla którego musi zostać wydane ostrzeżenie dla nadlatującego cywilnego lub innego chronionego statku powietrznego przed podjęciem działań przeciwko niemu. Wyrażenie „zaangażowane w konflikt siły zbrojne” zostało wybrane przez grupę ekspertów pracujących nad Podręcznikiem HPCR zamiast alternatywnego zwrotu „siły zbrojne na miejscu”, aby przekazać stanowisko, że środki walki powietrznej mogą być użyte również przez siły zbrojne znajdujące się w pewnej odległości od miejsca akcji. Zasada 57. ma również zastosowanie w międzynarodowym konflikcie zbrojnym.

Mimo obowiązywania powyższych zasad trudno jest całkowicie uniknąć incydentów polegających na atakach na cywilne statki powietrzne znajdujące się intencjonalnie lub na skutek błędu w strefie objętej konfliktem zbrojnym. Jednym z ostatnich tego typu wydarzeń było zestrzelenie w dniu 14 lipca 2014 r. malezyjskiego samolotu pasażerskiego Boeing 777 (lot MH17) nad Ukrainą. Na pokładzie samolotu znajdowało się 298 osób¹⁰ (196 Holendrów, a także m.in. obywatele Malezji, Indonezji, Australii i Wielkiej Brytanii). Samolot leciał z Amsterdamu do Kuala Lumpur. Na, mniej więcej, pięćdziesiąt kilometrów przed wejściem w rosyjską przestrzeń powietrzną samolot zaczął się gwałtownie zniżać. Źródła ukraińskie poinformowały, że maszyna spadła w okolicach miejscowości Torez w obwodzie donieckim kontrolowanym przez prorosyjskich separatystów. Pełne zamknięcie przestrzeni powietrznej w tym rejonie nastąpiło niestety dopiero po tej tragedii. Cztery dni po katastrofie Rada Bezpieczeństwa Organizacji Narodów Zjednoczonych jednogłośnie przyjęła rezolucję S/RES/2166 (2014), w której potępiła atak i wyraziła poparcie dla niezależnego międzynarodowego śledztwa w sprawie katastrofy¹¹.

Według międzynarodowego zespołu śledczych¹² szczegółowa analiza dostępnych materiałów, w tym nagrań wideo, wykazała, że pocisk

¹⁰ *Malezyjski samolot pasażerski zestrzelony nad Ukrainą, 298 ofiar*, <<https://www.tvp.info/16079753/malezyjski-samolot-pasazerski-zestrzelony-nad-ukraina-298-ofiar>> [dostęp: 28.02.2020 r.].

¹¹ <<https://www.un.org/press/en/2014/sc11483.doc.htm>> [dostęp: 28.02.2020 r.].

¹² Specjalny zespół śledczy (JIT – *Join Investigation Team*) został powołany do prowadzenia postępowania i ustalenia okoliczności katastrofy. W skład JIT weszli śledczy z holenderskiej prokuratury i holenderskiej policji, a także specjaliści z Australii, Belgii, Malezji i Ukrainy.

rakietowy Buk, który 17 lipca 2014 r. zestrzelił maszynę *Malaysia Airlines*, pochodził z 53. Rakietowej Brygady Przeciwlotniczej stacjonującej w Kursku. Wszystkie pojazdy w konwoju wiozącym ten pocisk rakietowy należały do rosyjskich sił zbrojnych. Śledczy zrekonstruowali trasę konwoju z systemem rakietowym na podstawie licznych nagrań wideo i zdjęć. W dniu 23 czerwca 2014 r. wojskowy konwój wyruszył z Kurska w kierunku Ukrainy. Był w nim pojazd z wyrzutnią rakiet Buk. Został zidentyfikowany „bez żadnych wątpliwości” na podstawie oznaczeń¹³.

Inny tragiczny incydent miał miejsce w przestrzeni powietrznej Iranu, gdzie w dniu 8 stycznia 2020 r. rozbił się samolot Boeing 737-800 ukraińskich linii lotniczych. Został on zestrzelony przez irańską rakietę. Boeing 737-800 leciał z Teheranu do Kijowa. W katastrofie ukraińskiej maszyny zginęło 176 osób, w tym 82 Irańczyków, 57 Kanadyjczyków, 11 Ukraińców, a także obywatele Szwecji, Afganistanu, Wielkiej Brytanii i Niemiec¹⁴.

W dniu 11 stycznia władze Iranu, po kilku dniach wypierania się odpowiedzialności, przyznały, że to ich siły zbrojne nieumyślnie zestrzeliły ukraiński samolot w rezultacie błędu ludzkiego. Odpowiedzialność za zestrzelenie samolotu wziął na siebie Korpus Strażników Rewolucji Islamskiej. Jak podano w wydanym oświadczeniu, irańscy śledczy ustalili, że samolot został zestrzelony rakietami ziemia-powietrze krótkiego zasięgu. Dowódca lotnictwa Gwardii Rewolucyjnej gen. Amir Hajizadeh wziął pełną odpowiedzialność za katastrofę¹⁵.

Do tragedii doszło w związku z napiętą sytuacją między Iranem a USA wywołaną bezpośrednio zabójstwem przez USA najważniejszego irańskiego generała, przywódcy elitarniej jednostki Al Kuds Kasema Sulejmaniego, który zginął 3 stycznia 2020 r. w Bagdadzie na skutek wymierzonego w niego amerykańskiego ataku rakietowego.

W nocy 8 stycznia 2020 r. Iran przeprowadził odwetowy atak rakietowy na dwie bazy położone na terytorium Iraku, w których stacjonowali amerykańscy żołnierze – Al Asad oraz lotnisko wojskowe w Irbilu. Planujący tę operację Strażnicy Rewolucji, spodziewając się reakcji amerykańskiej, rozmieścili dzień wcześniej (7 stycznia) w pobliżu lotniska w Teheranie mobilne jednostki obrony przeciwlotniczej. Bezpośrednio po dokonaniu ostrzału amerykańskich baz Strażnicy Rewolucji, oczekując ich zdaniem nieuchronnego amerykańskiego ataku odwetowego, błędnie rozpoznali cywilny pasażerski samolot Ukraińskich Linii Lotniczych jako amerykański samolot

¹³ Śledczy: *To Rosjanie zestrzelili malezyjskiego boeinga nad Ukrainą*, <<https://www.tvp.info/37347331/sledczy-to-rosjanie-zestrzelili-malezyjskiego-boeinga-nad-ukraina>> [dostęp: 28.02.2020 r.].

¹⁴ <<https://www.tvp.info/46288914/iran-potwierdza-ze-ukraiński-samolot-zostal-zestrzelony-przez-dwie-rakiety>> [dostęp: 28.02.2020 r.].

¹⁵ *Ibidem*.

wojskowy lub amerykański pocisk raketowy. Tym samym podjęli błyskawiczną, jak się okazało później, błędną decyzję o uruchomieniu obrony przeciwlotniczej.

Problem zestrzelenia cywilnego statku powietrznego dotyczy nie tylko sytuacji konfliktu zbrojnego. Szereg tego rodzaju tragicznych incydentów miało miejsce w nieodległej historii w warunkach pokoju. W sferze obowiązywania współczesnego prawa międzynarodowego odnoszącego się do problemu zestrzelenia przez siły zbrojne samolotu cywilnego zagrażającego bezpieczeństwu państwa możemy wyróżnić trzy okresy, w których podejście państw do analizowanego zagadnienia było zasadniczo różne.

Okres pierwszy obejmował lata od początków lotnictwa do 1 września 1983 r., czyli do zestrzelenia przez siły powietrzne Związku Radzieckiego nad Sachalinem samolotu pasażerskiego południowokoreańskich linii lotniczych – w katastrofie śmierć poniosło 269 pasażerów i członków załogi. Do momentu tej tragedii państwa wywodziły legalność podobnych działań swoich sił powietrznych z zasady suwerenności państwowej, dowodząc bezwzględnej konieczności ochrony swojego terytorium przed nieuprawnionymi wtargnięciami przez obce statki powietrzne w przestrzeń powietrzną państwa. Zasadniczo nie było to związane z istnieniem konfliktu zbrojnego.

Zasada absolutnej suwerenności państwa w jego przestrzeni powietrznej swoje początki wywodzi z okresu I wojny światowej, kiedy państwa neutralne przechwytywały i zmuszały do lądowania samoloty walczących stron, naruszające ich przestrzeń powietrzną. Zasada ta, wynikająca z praktyki państw, została następnie zapisana w konwencji paryskiej z 13 października 1919 r.¹⁶ Ustalenia konwencji paryskiej w przedmiocie całkowitej i wyłącznej suwerenności państw w ich przestrzeni powietrznej zostały powtórzone w konwencji chicagowskiej z 7 grudnia 1944 r.¹⁷ W jej art. 1 stwierdzono wprost, że strony uznają, iż każde państwo posiada całkowitą i wyłączną suwerenność w przestrzeni powietrznej nad swoim terytorium, natomiast art. 2 precyzował, że terytorium państwa obejmuje jego obszary lądowe i przylegające do nich wody terytorialne.

W kolejnych latach przyjęto wiele wielostronnych konwencji dotyczących bezpieczeństwa cywilnego ruchu lotniczego, tj. Konwencję w sprawie przestępstw i niektórych innych czynów popełnionych na pokładzie statków powietrznych, sporządzoną w Tokio 14 września 1963 r.¹⁸, Konwencję

¹⁶ Konwencja urządzająca żeglugę powietrzną, podpisana w Paryżu dnia 13 października 1919 r. (ratyfikowana zgodnie z ustawą z dnia 23 września 1922 r.), Dz.U. 1929 Nr 6, poz. 54.

¹⁷ Konwencja o międzynarodowym lotnictwie cywilnym, podpisana w Chicago dnia 7 grudnia 1944 r. – Konwencja chicagowska (Dz.U. 1959 Nr 35, poz. 212, z późn. zm.).

¹⁸ Konwencja w sprawie przestępstw i niektórych innych czynów popełnionych na pokładzie statków powietrznych, sporządzona w Tokio dnia 14 września 1963 r. (Dz.U. 1971 Nr 15, poz. 147).

o zwalczaniu bezprawnego zawładnięcia statkami powietrznymi, sporządzoną w Hadze 16 grudnia 1970 r.¹⁹, Konwencję o zwalczaniu bezprawnych czynów skierowanych przeciwko bezpieczeństwu lotnictwa cywilnego, sporządzoną w Montrealu 23 września 1971 r.²⁰ W żadnym z tych dokumentów użycie broni przeciwko samolotom naruszającym przestrzeń powietrzną państw (czy to cywilnym, czy państwowym) nie zostało zabronione.

W okresie poprzedzającym zestrzelenie południowokoreańskiego samolotu nad Sachalinem zdarzały się podobne incydenty polegające na zaatakowaniu lub strąceniu cywilnych samolotów przez siły powietrzne państw.

Przykładowo, 24 lipca 1950 r. libański samolot transportowy DC-3 (*Compagnie Generale des Transports*) został zaatakowany przez izraelskie myśliwce *Spitfire*, kiedy to przypadkowo wtargnął w izraelską przestrzeń powietrzną. Samolot mimo uszkodzeń bezpiecznie wylądował w Bejrucie, ale jego trzech pasażerowie zginęli; 29 kwietnia 1952 r. samolot DC-4 linii *Air France* został ostrzelany przez dwa radzieckie myśliwce MiG-15, gdy zbliżał się do Berlina. Samolot został uszkodzony, a trzech pasażerów zostało rannych; 29 listopada 1952 r. cywilny samolot transportowy C-47, lecący z Seulu, został zestrzelony w prowincji Jilin nad terytorium Chińskiej Republiki Ludowej; 17 marca 1953 r. samolot *British European Airways* Viking został zestrzelony przez radziecki myśliwiec MiG-15 w pobliżu Berlina; 3 czerwca 1954 r. belgijski samolot transportowy został ostrzelany przez MiGi-15 nad Jugosławią – jeden członek załogi zginął; 22 lipca 1954 r. *Cathay Pacific Airways* DC-4 (linie lotnicze Hongkongu), lecący z Bangkoku do Hongkongu, został zestrzelony przez myśliwce Chińskiej Republiki Ludowej w pobliżu wyspy Hainan w Chinach – z 18 osób na pokładzie (w tym 6 Amerykanów) 10 zginęło; 27 lipca 1955 r. bułgarskie myśliwce MiG-15 zestrzeliły nad terytorium Bułgarii izraelski samolot pasażerski linii EL AL, lecący z Londynu do Tel-Awiwu – śmierć poniosło 58 osób; 19 października 1958 r. piloci izraelskich myśliwców próbowali zestrzelić jordański samolot transportowy DC-3 – twierdzili, że leciał nad Wadi Ramon, na pustyni Negew. Myśliwce w pogoni za DC-3 naruszyły przestrzeń powietrzną Jordanii i prawdopodobnie Arabii Saudyjskiej, ale mimo pościgu samolot jordański zdołał uciec; 21 lutego 1973 r. podczas lotu z Bengazi do Kairu samolot libijskich linii lotniczych zoczył z kursu w pochmurnej pogodzie i przeleciał obok Kairu, kontynuując lot nad kontrolowanym przez Izrael półwyspem Synaj, gdzie został przechwycony

¹⁹ Konwencja o zwalczaniu bezprawnego zawładnięcia statkami powietrznymi, sporządzona w Hadze dnia 16 grudnia 1970 r. (Dz.U. 1972 Nr 25, poz. 181).

²⁰ Konwencja o zwalczaniu bezprawnych czynów skierowanych przeciwko bezpieczeństwu lotnictwa cywilnego, sporządzona w Montrealu dnia 23 września 1971 r. (Dz.U. 1976 Nr 8, poz. 37).

przez dwa izraelskie myśliwce F-4E *Phantom*. Piloci izraelscy próbowali skłonić pilotów libijskich do lądowania na terytorium Izraela, nawiązując z nimi kontakt wzrokowy i dając im sygnały ręką, następnie kołysząc skrzydłami (co oznacza: leć za mną) i wreszcie strzelając ostrzegawczo w stronę libijskiego samolotu. Samolot libijskich linii lotniczych wypuścił podwozie, sugerując swoją zgodę na lądowanie, ale wkrótce schował je ponownie i skręcił, próbując ucieczki. Na ten manewr piloci myśliwców zareagowali bezpośrednim atakiem. Samolot libijski zaczął się palić. Jego załoga spróbowała wykonać lądowanie awaryjne na pustyni, ale w efekcie doszło do katastrofy – 108 pasażerów i członków załogi zginęło. 20 kwietnia 1978 r. samolot pasażerski południowokoreańskich linii lotniczych lecący z Paryża do Seulu zboczył z kursu i wleciał w przestrzeń powietrzną Związku Radzieckiego w okolicach Murmańska. Został następnie przechwycony przez radzieckie myśliwce i ostrzelany. Pilot koreańskiego samolotu zdołał szczęśliwie wylądować na zamrzniętym jeziorze, ratując życie 95 pasażerów i 12 członków załogi. Jednakże w wyniku ostrzału dwóch pasażerów zginęło, a trzynastu zostało rannych; 3 września 1978 r. rodezyjski samolot pasażerski lecący z Kariba do Salisbury został zestrzelony rakietą ziemia-powietrze przez partyzantów wkrótce po starcie. Spośród 56 osób na pokładzie 38 zginęło, a 10 osób, które przeżyły katastrofę, zostało zabitych przez partyzantów. Podobna tragedia wydarzyła się 12 lutego 1979 r., kiedy to ci sami partyzanci zestrzelili wkrótce po starcie kolejny rodezyjski samolot pasażerski – zginęło 59 osób; 8 czerwca 1980 r. samolot pasażerski angolańskich linii lotniczych Jak-40 został zestrzelony prawdopodobnie przez zambijskie MiG-19²¹.

W przytoczonych przypadkach państwa zazwyczaj odmawiały wzięcia na siebie jakiegokolwiek odpowiedzialności za zestrzelenie samolotów cywilnych i śmierć ich pasażerów. Dowodziły dopuszczalności podjętych działań na gruncie ochrony bezpieczeństwa narodowego, twierdząc, nie bez pewnych racji, że samoloty cywilne, które wtargnęły bezprawnie w ich przestrzeń powietrzną, mogły realizować misje szpiegowskie, przelatując nad instalacjami i bazami wojskowymi, lub też testować swoim prowokacyjnym zachowaniem gotowość sił powietrznych do reagowania, sposób reakcji i czas tej reakcji. Państwa, których siły powietrzne dokonały zestrzelenia obcego, cywilnego samolotu, co najwyżej wyrażały ubolewanie z powodu incydentu (jeżeli do zestrzelenia dochodziło omyłkowo, a zestrzelone samoloty nie stanowiły zagrożenia dla bezpieczeństwa państwa) i były skłonne wypłacić odszkodowania rodzinom ofiar w ramach gestu czysto

²¹ Zob. D. Lednicer, *Aircraft Downed During the Cold War and Thereafter*, <http://www.silent-warriors.com/shootdown_list.html> [dostęp: 28.02.2020 r.].

humanitarnego (tzw. świadczenie *ex gratia*). Jedyne władze Związku Radzieckiego konsekwentnie odmawiały wypłaty jakichkolwiek odszkodowań²².

Dopiero incydent z 1 września 1983 r. (zestrzelenie południowokoreańskiego samolotu nad Sachalinem) wywołał reakcję państw i przyczynił się do wypracowania konsensusu – państwa przyjęły protokół montrealski z 10 maja 1984 r.²³, stanowiący rewizję konwencji chicagowskiej z 1944 r. Protokołem montrealским uzupełniono konwencję chicagowską o art. 3 bis. Uchwalenie art. 3 bis rozpoczęło drugi okres obowiązywania współczesnego prawa międzynarodowego, trwający do zamachów terrorystycznych z 11 września 2001 r. na *World Trade Center* i Pentagon.

Według art. 3 bis konwencji chicagowskiej umawiające się państwa uznają, że każde z nich musi powstrzymać się od uciekania się do użycia broni przeciwko cywilnemu statkowi powietrznemu w locie oraz że w przypadku jego przechwycenia życie osób na pokładzie i bezpieczeństwo statku powietrznego nie mogą być zagrożone. Co istotne, przepis ten nie powinien być interpretowany tak, aby zmieniał w jakikolwiek sposób prawa i zobowiązania państw ustanowione w Karcie Narodów Zjednoczonych.

W czasie dyskusji nad treścią art. 3 bis w ramach nadzwyczajnej sesji ICAO ścierały się dwa zasadnicze stanowiska państw. Związek Radziecki i inne kraje tzw. demokracji ludowej, reprezentujące pierwsze stanowisko, zmierzały do utrzymania nadrzędności zasady suwerenności państwa w jego przestrzeni powietrznej i zasady bezpieczeństwa państwa nad postulatem ochrony życia pasażerów na pokładach cywilnych statków powietrznych. Państwa reprezentujące drugie, przeciwne stanowisko domagały się wprowadzenia bezwzględnego zakazu atakowania cywilnych statków powietrznych będących w locie²⁴. W efekcie wypracowano kompromis, który polegał na wprowadzeniu zasady zakazującej atakowania cywilnych samolotów, przy jednoczesnym ustanowieniu wyjątku umożliwiającego takie działanie w sytuacji podyktowanej koniecznością samoobrony w obliczu zbrojnej napaści. Tak sformułowany kompromis został przez delegatów zgromadzonych na nadzwyczajnej sesji ICAO w Montrealu powszechnie zaakceptowany. Mimo pełnej zgody na nowy art. 3 bis mający uzupełnić konwencję chicagowską protokół montrealski czekał 14 lat na wejście w życie, nie mogąc zgromadzić wymaganej liczby ratyfikacji (wszedł

²² B.E. Foont, *Shooting Down Civilian Aircraft: Is There an International Law?*, "Journal of Air Law and Commerce" 2007, vol. 72, s. 704 i n.

²³ Protokół sporządzony w Montrealu dnia 10 maja 1984 r. w sprawie zmiany Konwencji o międzynarodowym lotnictwie cywilnym (Dz.U. z 2000 r. Nr 39, poz. 446).

²⁴ M. Żylicz, *Zestrzelenie cywilnego statku powietrznego jako delikt prawa międzynarodowego*, PiP 2009, nr 6, s. 24 i n.

w życie 1 października 1998 r.). W tym czasie ICAO dwukrotnie była zmuszona uchylać rezolucje ponagające państwa członkowskie do przyspieszenia procedur ratyfikacyjnych²⁵.

Sformułowany w art. 3 bis ogólny zakaz atakowania cywilnych statków powietrznych stał się normą międzynarodowego prawa zwyczajowego i pozostał niewzruszony do czasu zamachów terrorystycznych z 11 września 2001 r. dokonanych na terytorium USA. Wydarzenia z 11 września 2001 r. sprowokowały wiele państw (m.in. Rosję – 2006 r., Niemcy – 2005 r., Polskę – 2004 r.) do sformułowania w swoim prawie wewnętrznym przepisów upoważniających wprost do zestrzelenia cywilnych statków powietrznych użytych do działań sprzecznych z prawem.

W dniu 11 września 2001 r. po raz pierwszy w historii terroryzmu użyto samolotów cywilnych z pasażerami na pokładzie jako broni (tzw. bomba paliwowa) w ataku terrorystycznym (tzw. samobójczym uprowadzeniu). W ten sposób użyte samoloty cywilne straciły ochronę gwarantowaną w Konwencji Chicagowskiej²⁶. To również spowodowało „zaliczenie tych samolotów do kategorii celów militarnych. Państwa zastrzegły sobie prawo do ich neutralizacji – w razie potrzeby – poprzez zniszczenie cywilnych statków powietrznych zagrażających celom wojskowym lub cywilnym znajdującym się na ich terytorium lub poddanym ich jurysdykcji”²⁷.

W związku z powyższymi ustaleniami nie powinno budzić wątpliwości stwierdzenie, że zamachy terrorystyczne przeprowadzone na dużą skalę (w których tak jak w przypadku ataków na *World Trade Center* i Pentagon zginęło ponad 3000 osób) lub przeprowadzane uporczywie (zamachy terrorystyczne, w tym powtarzające się ostrzały raketowe terytorium Izraela przez operujący z południowego Libanu Hezbollah) stanowią zbrojną napaść i uprawniają państwa do użycia sił zbrojnych przeciwko terrorystom w samoobronie.

Zatem w przypadku zestrzelenia porwanego samolotu cywilnego z pasażerami na pokładzie, który stanowi narzędzie ataku zbrojnego, a atak zbrojny usprawiedliwia rozpoczęcie działań militarnych skierowanych przeciwko napaści, właściwym reżimem prawnym dla oceny legalności dokonanych czynów i podjętych działań będzie reżim międzynarodowego prawa humanitarnego konfliktów zbrojnych. Prawo humanitarne konfliktów zbrojnych obowiązuje bowiem wszędzie tam, gdzie toczą się działania zbrojne, operują siły zbrojne państw bądź siły rebelianckie i gdzie dochodzi

²⁵ B.E. Foont, *Shooting Down Civilian Aircraft: Is There an International Law?*, "Journal of Air Law and Commerce" 2007, vol. 72, s. 710.

²⁶ Zob. T. Gazzini, *The Changing Rules on the Use of Force in International Law*, Manchester 2005, s. 182 i n.

²⁷ *Ibidem*, s. 182.

do użycia broni (w ramach konfliktów o charakterze wewnętrznym i międzynarodowym). Międzynarodowe prawo humanitarne konfliktów zbrojnych stanowi wówczas *lex specialis* w stosunku do międzynarodowego systemu praw człowieka obowiązującego, co do zasady, w czasie pokoju²⁸. Zestrzelenie porwanego samolotu cywilnego, także z pasażerami na pokładzie, powinno być więc oceniane nie w świetle regulacji konstytucyjnych gwarantujących prawa obywatelskie ani w świetle międzynarodowego systemu praw człowieka, tylko w świetle systemu międzynarodowego prawa humanitarnego konfliktów zbrojnych²⁹.



A B S T R A C T

The article introduces the content of the HPCR Manual (Humanitarian Policy and Conflict Research at Harvard University) in the scope devoted to the protection of civil aircraft in conditions of armed conflict. The author of the article analyzes the principles of international law listed in the HPCR Manual referring to the treatment by the armed forces involved in the armed conflict of civil aircraft that are (or flying) in the zone or near the zone of war operations. In the second part of the article, the author extensively exemplifies cases of intentional or accidental shooting down of

²⁸ Na temat wzajemnego stosunku międzynarodowego prawa praw człowieka i norm międzynarodowego prawa humanitarnego konfliktów zbrojnych wypowiedział się w ostatnich latach dwukrotnie Międzynarodowy Trybunał Sprawiedliwości ONZ. W opiniach doradczych w sprawie legalności broni nuklearnej z 1996 r. (opinia z 8 lipca 1996 r. – *Legality of the Treator Or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion, I.C.J Reports 1996, s. 226) oraz w sprawie budowy muru palestyńskiego z 2004 r. (opinia z 9 lipca 2004 r. – *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2004, s. 136) MTS wyraźnie stwierdził, że w warunkach konfliktu zbrojnego znajdują zastosowanie jako *lex specialis* normy międzynarodowego prawa humanitarnego konfliktów zbrojnych, wypierając tym samym obowiązujące w czasie pokoju normy międzynarodowego prawa praw człowieka. Wątpliwości w tej materii nie pozostawia również raport prawników, specjalistów w dziedzinie międzynarodowego prawa humanitarnego konfliktów zbrojnych, przyjęty 4 września 2003 r. na 27. corocznym spotkaniu w ramach Międzynarodowego Instytutu Prawa Humanitarnego z San Remo we współpracy z Międzynarodowym Komitetem Czerwonego Krzyża – *International Humanitarian Law and Other Legal Regimes: Interplay in Situations of Violence*, International Review of the Red Cross, September 2003, vol. 85, s. 645 i n.; zob. także W. Abresch, *A Human Rights Law of Internal Armed Conflict: The European Court of Human Rights in Chechnya*, European Journal of International Law 2005, nr 4, s. 741 i n.

²⁹ Szerzej na ten temat zobacz: P. Milik, *Legalność zestrzelenia porwanego samolotu cywilnego z pasażerami na pokładzie*, „Państwo i Prawo” 2015, nr 5.

civilian aircrafts, committed in recent decades by the armed forces of various countries in the circumstances of armed conflicts.

O wzajemnych relacjach pomiędzy przepisem art. 231 k.k. a przepisem art. 296 k.k.

About mutual relations between art. 231 and art. 296 of the Polish Criminal Code

S T R E S Z C Z E N I E

Opracowanie ma na celu ukazanie wzajemnych relacji pomiędzy przepisem art. 231 k.k. penalizującym przestępstwo nadużycia władzy publicznej a przepisem art. 296 k.k. penalizującym przestępstwo nadużycia zaufania w obrocie gospodarczym. Możliwość pozostawiania wymienionych przepisów w zbiegu wynika z podobnego ukształtowania znamion obu typów czynów zabronionych oraz z tego, że stosunkowo liczna grupa funkcjonariuszy publicznych zajmuje się interesami majątkowymi państwa czy samorządu, także w sferze uprawianej przez te podmioty działalności gospodarczej. W artykule omówiona jest problematyka rozstrzygnięcia zbiegu przepisów art. 231 k.k. i art. 296 k.k. w literaturze i orzecznictwie, a także przeprowadzone jest porównanie obu typów czynów zabronionych w odniesieniu do przedmiotu ochrony, podmiotu obu przestępstw, sposobu ujęcia znamion czynnościowych oraz występowania albo też braku znamienia skutku w postaci naruszenia dobra prawem chronionego. Rozważania podjęte w artykule kończy stwierdzenie, że między przepisami art. 231 k.k. i art. 296 k.k. zachodzi stosunek krzyżowania, który jest podstawą dla przyjęcia zbiegu rzeczywistego właściwego, skutkującego kumulatywną kwalifikacją prawną.

I. Wprowadzenie

Jednym z najbardziej doniosłych teoretycznie i praktycznie problemów jest ustalenie wzajemnych relacji pomiędzy przepisem art. 231 k.k. a przepisem art. 296 k.k., statuującym przestępstwo nadużycia zaufania. Możliwość pozostawiania wymienionych przepisów w zbiegu wynika z jednej strony ze stosunkowo szerokiego zakresu kryminalizacji przestępstwa nadużycia władzy publicznej, a z drugiej strony z faktu, że relatywnie liczna grupa funkcjonariuszy publicznych zajmuje się interesami majątkowymi państwa czy samorządu, także w sferze uprawianej przez te podmioty

działalności gospodarczej¹. Problematyka działalności gospodarczej podmiotów publicznych staje się widoczna zwłaszcza na poziomie lokalnym, w odniesieniu do tzw. gospodarki komunalnej. Otwarte pole dla konkurencji pomiędzy wymienionymi uregulowaniami stwarza dodatkowo fakt, że znamiona charakteryzujące zachowanie sprawcy zostały ukształtowane analogicznie i sprowadzają się do przekroczenia tudzież nadużycia uprawnień lub niedopełnienia obowiązków. Wskazuje to na szczególny związek zachodzący pomiędzy art. 231 k.k. a art. 296 k.k. i usprawiedliwia szersze odniesienie się do problematyki wzajemnych relacji obu tych przepisów.

¹ *Prima facie* wydawać by się mogło, że w przypadku powierzenia danej osobie prowadzenia spraw majątkowych tzw. jednostki gospodarczej ze sfery publicznej nie będzie ona w ogóle mogła być na gruncie obecnej ustawy karnej kwalifikowana jako funkcjonariusz publiczny, a raczej będzie miała status osoby pełniącej funkcję publiczną. Uważna analiza podmiotów umieszczonych w katalogu z art. 115 § 13 k.k. prowadzi jednak do wniosku, że liczna grupa funkcjonariuszy publicznych, rekrutująca się głównie z pracowników samorządowych, będzie wykonywała czynności związane z zajmowaniem się sprawami majątkowymi jednostki prowadzącej działalność gospodarczą. Tytułem egzemplifikacji można wskazać na pracowników samorządowych zakładów budżetowych. Jednostki te, pomimo że nie są przedsiębiorcami, realizują zadania o charakterze publicznym określone w akcie je powołującym przez prowadzenie działalności gospodarczej odpowiadającej wszystkim wymogom wynikającym z art. 3 ustawy Prawo przedsiębiorców (dawny art. 2 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej) – zob. M. Szydło, *Ustawa o gospodarce komunalnej. Komentarz*, Warszawa 2008, s. 352 i n.; M. Tyniewicki [w:] *Nowa ustawa o finansach publicznych wraz z ustawą wprowadzającą. Komentarz praktyczny*, E. Ruśkowski, J. Salachna (red.), Gdańsk 2010, s. 114; S. Dudzik, *Działalność gospodarcza samorządu terytorialnego. Problematyka prawna*, Kraków 1998, s. 295. Co więcej, w doktrynie wskazuje się wręcz, że przez wzgląd na ustawowe założenie o samofinansowaniu się zakładu budżetowego (art. 15 ust. 1 u.f.p.) w tej formie nie powinna być prowadzona działalność komunalna, której nie można zaliczyć do działalności gospodarczej – zob. P. Zaborniak, *Granice działalności gospodarczej podmiotów komunalnych*, Przemyśl 2004, s. 147. Mając na względzie regulację przewidzianą w art. 15 ustawy o finansach publicznych, zakłady budżetowe są powoływane właśnie po to, aby realizować dany cel publiczny na zasadzie samofinansowania albo przy jak najmniejszym wsparciu zewnętrznym (dotacja budżetowa). Organ powołujący zakład chce zrealizować dany cel, uzyskując przychody z działalności zakładu, najlepiej w wysokości wystarczającej na pokrycie kosztów. Nie jest to przy tym działalność nastawiona na maksymalizowanie zysków, ale na realizację określonych zadań publicznych, których koszty są pokrywane z uzyskiwanych przychodów. Na problem błędnego utożsamiania działalności gospodarczej z działalnością nastawioną na uzyskiwanie zysków zwrócił uwagę SN w uchwale składu siedmiu sędziów z dnia 14 maja 1998 r., III CZP 12/98, OSNC 1998, nr 10, poz. 151. Zdaniem Sądu za utrwalone należy uznać stanowisko, zgodnie z którym o gospodarczym charakterze działalności nie decyduje ukierunkowanie na osiągnięcie zysku. Każda działalność gospodarcza zmierza do realizacji konkretnego celu i podlega określonym regułom ekonomicznym. Celem tym nie musi być osiągnięcie zysku, a istotną rolę odgrywa zasada gospodarności, która oznacza prowadzenie działalności gospodarczej w sposób właściwy dobremu gospodarzowi. Podobne poglądy Sądu Najwyższego zawarte zostały także w uchwale z dnia 26 kwietnia 2002 r., III CZP 21/02, OSNC 2002, nr 12, poz. 149. Ponadto okazję do częstej konkurencji między przepisami art. 231 a art. 296 k.k. stwarza okoliczność, że zgodnie z art. 12 ust. 4 ustawy o gospodarce komunalnej w jednoosobowych spółkach jednostek samorządu terytorialnego funkcję zgromadzenia wspólników pełnią organy wykonawcze tych jednostek samorządu terytorialnego.

II. Sposoby rozstrzygnięcia zbiegu przepisów art. 231 k.k. i art. 296 k.k. w literaturze i orzecznictwie

Zagadnienie zbiegu przepisów określających przestępstwo nadużycia władzy publicznej oraz przestępstwo nadużycia zaufania było i jest rozmaicie rozstrzygane w piśmiennictwie karnistycznym. Część autorów wskazuje na logiczny stosunek krzyżowania zachodzący pomiędzy zakresami typów czynów zabronionych określonych w art. 231 i 296 k.k., a zatem dopuszcza zaistnienie zbiegu rzeczywistego tych uregulowań². Nie ma jednak zgodności do tego, czy zbieg ten przyjmuje postać zbiegu właściwego, prowadzącego do zastosowania kumulatywnej kwalifikacji prawnej³, czy też zbiegu niewłaściwego, pozwalającego na posłużenie się jedną z reguł wyłączenia wielości ocen, tj. regułą subsydiarności milczącej i w konsekwencji wykorzystanie jako podstawy kwalifikacji tylko jednej z norm sankcjonujących dekodowanych ze zbiegających się przepisów, tej mianowicie, która najpełniej odzwierciedla zawartość kryminalno-polityczną poddanego ocenie zachowania⁴.

Inni natomiast uznają, że zachodzący *prima facie* zbieg przepisów należy rozwiązać w oparciu o zasadę specjalności, która pozwala na przyjęcie, że „art. 296 w zakresie, w jakim obejmuje również funkcjonariuszy publicznych, stanowi *lex specialis* w stosunku do art. 231 k.k. Wyłącza on bowiem z zakresu zastosowania art. 231 k.k. te sytuacje, w których funkcjonariusz publiczny zajmuje się na podstawie przepisu ustawy, decyzji właściwego organu lub umowy sprawami majątkowymi Państwa lub innej instytucji publicznej [...] jako podmiotu gospodarczego. W takim przypadku wykluczone jest stosowanie art. 231 k.k., który kryminalizuje nadużycie zaufania w związku z elementami *imperium* publicznego powierzonego sprawcy, a w konsekwencji zaś podstawę odpowiedzialności stanowi art. 296 § 1 k.k.”⁵.

Podział na sferę *imperium* i *dominium*, prowadzący do ścisłego odróżnienia zakresu zastosowania przepisu kryminalizującego nadużycie władzy publicznej od przepisu kryminalizującego nadużycie zaufania, stosuje

² A. Barczak-Oplustil [w:] *Kodeks karny. Część szczególna*, t. 3, *Komentarz do art. 278–363*, A. Zoll (red.), Warszawa 2016, s. 1020; J. Lachowski [w:] *Kodeks karny. Część szczególna*, t. 2, *Komentarz do art. 222–316*, M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), s. 165; A. Liszewska, *Głosa do wyroku SN z 2.9.2009 r.*, IV KK 11/09, Lex/el.2010; R. Zawłocki *Przestępstwo niegospodarności* [w:] *System prawa karnego. Przestępstwa przeciwko mieniu i gospodarcze*, t. 9, R. Zawłocki (red.), s. 469.

³ Tak R. Zawłocki, *Przestępstwo niegospodarności. Przesłanki i elementy odpowiedzialności karnej z art. 296 KK*, MP 2002, nr 21, s. 469.

⁴ A. Liszewska, *Głosa...*

⁵ P. Kardas [w:] *Kodeks karny. Część szczególna*, t. 3, *Komentarz do art. 278–363 k.k.*, A. Zoll (red.), Kraków 2006, s. 519.

także Sąd Najwyższy. Reprezentatywny w tym względzie jest zwłaszcza wyrok z dnia 2 czerwca 2009 r.⁶, w którym stwierdzono, że „podstawowe kryterium rozgraniczające przestępstwo nadużycia zaufania, o którym mowa w art. 296 § 1–4 k.k., od przekroczenia uprawnień lub niedopełnienia obowiązków na szkodę interesu publicznego lub prywatnego, penalizowanego w art. 231 § 1–3 k.k. wynika z naruszenia kompetencji przez funkcjonariusza w innej sferze działalności instytucji państwowych lub samorządowych. W zależności od różnych sfer ich działalności, funkcjonariusz publiczny występuje też w różnych rolach. Jeżeli więc przekroczenie uprawnień lub niedopełnienie obowiązków przez niego nastąpiło w sferze *imperium* funkcji władczych przysługujących tym instytucjom, wówczas dopuszcza się on przestępstwa tzw. nadużycia władzy i podstawą penalizacji są wyłącznie przepisy art. 231 k.k. Natomiast gdy funkcjonariusz publiczny zajmuje się z mocy ustawy czy decyzji odpowiedniego organu sprawami majątkowymi czy działalnością gospodarczą instytucji państwowych lub samorządu terytorialnego w sferze uprawianej przez nie działalności gospodarczej jako podmiotów gospodarczych, wyrządzenie szkody majątkowej na skutek nadużycia uprawnień lub niedopełnienia obowiązków stanowi przestępstwo nadużycia zaufania w obrocie gospodarczym z art. 296 k.k.”. Stanowisko wyrażone w przytoczonym orzeczeniu, sprowadzające się do wyznaczenia kryteriów niezbędnych dla rozgraniczenia sytuacji mieszczących się w dyspozycji przepisów art. 231 i 296 k.k. i tym samym wykluczające dopuszczalność ich – chociażby niewłaściwego – zbiegu, oparte jest na założeniu, że sfera *imperium* i sfera *dominium* obejmują dwie zupełnie odrębne i nie mające jakichkolwiek punktów wspólnych obszary aktywności państwa. Istota sfery *imperium* identyfikowana jest z realizacją zadań publicznych podporządkowaną obowiązkowi zachowania powierzonych składników majątkowych w stanie nie pogorszonym oraz racjonalnego zarządzania nimi. Tym samym obszar działalności określany mianem *imperium* został określony w komentowanym orzeczeniu w specyficzny sposób, odbiegający od jego prawnoadministracyjnego ujęcia. Obejmuje on bowiem także czynności związane z obrotem cywilnoprawnym, nie noszące jednak znamion działalności gospodarczej. Sfera *dominium* jest natomiast utożsamiana z wykonywaniem działalności gospodarczej, nastawionej na osiągnięcie zysku, czego logiczną konsekwencją jest uznanie, że w zakresie obowiązków odnoszących się do dysponowania składnikami majątkowymi istotny jest nie tylko aspekt statyczny, polegający na dbałości o zachowanie ich w stanie nie pogorszonym, ale nadto aspekt dynamiczny, sprowadzający się do powinności dążenia do pomnażania majątku i osiągania korzyści. O ile

⁶ Sygn. IV KK 11/09, Lex nr 512109.

zatem w sferze *dominium* składniki majątkowe, w jakie wyposażona jest dana jednostka, stanowią podstawę prowadzenia nastawionej na generowanie zysku działalności gospodarczej, o tyle w sferze *imperium* służą one do realizacji zadań publicznych. Dostrzeżone przez Sąd Najwyższy odrębności pomiędzy obiema dziedzinami implikują stwierdzenie, że nie jest możliwe zakwalifikowanie jakiejkolwiek czynności z zakresu aktywności ekonomicznej podmiotów publicznych jako przejawu zajmowania się cudzymi sprawami majątkowymi w rozumieniu art. 296 k.k. Funkcjonariusz publiczny może przysługujące mu uprawnienia w dziedzinie interesów majątkowych instytucji państwowej lub samorządowej realizować zarówno w ramach *imperium*, jak i w ramach *dominium*. Dla rozróżnienia sfery, w jakiej działa, konieczne staje się ustalenie, czy przysługujące mu kompetencje obejmują jedynie dbałość o zachowanie powierzonego mienia i jego ochronę przed uszczerbkiem, czy też takie gospodarowanie składnikami majątkowymi podmiotu, w imieniu i na rzecz którego występuje, które zapewni wzrost ich wartości. W ten sposób, jak się wydaje, należy odczytywać fragment uzasadnienia, w którym Sąd Najwyższy stwierdza, że dla odpowiedzi na pytanie, czy oskarżonego odpowiedzialnego za realizację polityki finansowej gminy można uznać za zajmującego się sprawami majątkowymi lub działalnością gospodarczą gminy, czy też za działającego w charakterze organu podatkowego wykonującego władzę publiczną, pomocne będzie dotychczasowe orzecznictwo, wskazujące, że „za osobę zajmującą się sprawami majątkowymi można uznać tylko tego, kogo obowiązki i uprawnienia obejmują łącznie zarówno dbałość o uchronienie powierzonego mienia przed uszczerbkiem, zniszczeniem lub zagubieniem, pogorszeniem stanu interesów majątkowych, jak i wykorzystanie tego mienia w procesie gospodarowania w taki sposób, aby zostało ono powiększone lub wzrosła jego wartość”⁷. Zaproponowana przez Sąd Najwyższy wykładnia przepisu art. 296 k.k. ogranicza zatem przypadki mieszczące się w jego ramach tylko do czynności podejmowanych przez funkcjonariuszy publicznych działających w imieniu i na rzecz podmiotu publicznego, występującego w charakterze podmiotu gospodarczego. Jeśli nie istnieje jakikolwiek związek pomiędzy zakresem uprawnień i obowiązków danego podmiotu a sferą obrotu gospodarczego, pomimo formalnej zgodności zachowania sprawcy z czysto językową treścią znamion zawartych w art. 296 k.k., zagrożenie (naruszenie) majątkowego interesu gospodarczego nie jest możliwe i tym samym wykluczone jest wypełnienie kompletu ustawowych znamion tego typu czynu zabronionego.

⁷ Wyrok SN z dnia 5 stycznia 2000 r., V KK 192/99, LEX nr 50986; postanowienie SN z dnia 27 kwietnia 2001 r., I KZP 7/01, OSNKW 2001, z. 7-8, poz. 55; postanowienie SN z dnia 3 listopada 2004 r., IV KK 173/04, OSNKW 2004, poz. 1981.

Interpretacja ta stanowi kontynuację linii orzeczniczej zapoczątkowanej wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 25 maja 2007 r.⁸, w którym dostrzeżono, iż: „w doktrynie prezentowane są poglądy, że art. 296 § 1 k.k. wyłącza z zakresu zastosowania art. 231 k.k. te sytuacje, w których funkcjonariusz publiczny zajmuje się na podstawie przepisu ustawy, decyzji właściwego organu lub umowy, sprawami majątkowymi lub działalnością gospodarczą Państwa lub innej instytucji publicznej jako podmiotu gospodarczego. W tym przypadku wyłączone jest zastosowanie art. 231 k.k., a podstawę odpowiedzialności karnej stanowi art. 296 § 1 k.k.”. Została ona także podzielona w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 7 lipca 2009 r.⁹, w którym stwierdzono, że: „pogląd jakoby funkcjonariusz publiczny przekraczający uprawnienia lub nie dopełniający obowiązków w sferze majątkowej instytucji publicznej, odpowiadał karnie tylko na podstawie art. 296 k.k. jest niezasadny. Zauważyć należy, że przepis ten jest zamieszczony w rozdziale XXXVI Kodeksu karnego, w którym stypizowano przestępstwa przeciwko obrotowi gospodarczemu, a więc odnoszące się do dziedziny, która nie jest przecież domeną działalności instytucji państwowych i samorządu terytorialnego. Podmiotem przestępstwa z art. 296 § 1 k.k. jest osoba zajmująca się cudzymi sprawami majątkowymi, a za taką można uznać tylko tego, kogo obowiązki obejmują łącznie zarówno dbałość o uchronienie powierzonego mienia w procesie gospodarowania w taki sposób, aby zostało ono powiększone lub wzrosła jego wartość. Warunkiem zaliczenia konkretnej osoby do kręgu podmiotów przestępstwa nadużycia zaufania w obrocie gospodarczym jest ustalenie, że do jej obowiązków należy nie tylko dbałość o stan powierzonego mienia, ale także przysparzanie mienia w procesie gospodarowania”.

Uważna lektura tez zawartych w powołanych orzeczeniach prowadzi do wniosku, że Sąd Najwyższy uznał, iż to rodzaj dobra prawnego narażonego na niebezpieczeństwo lub naruszonego w wyniku przekroczenia uprawnień lub niedopełnienia obowiązków, o którym decyduje rodzaj i charakter działalności realizowanej przez daną instytucję, przesądza o kwalifikacji prawnej¹⁰. W przypadku prowadzenia przez dany podmiot działalności

⁸ Sygn. WA 23/07, OSNwSK 2007, nr 1, poz. 1187.

⁹ Sygn. V KK 82/09, Lex nr 512075.

¹⁰ Interesujące w tym kontekście wydaje się rozważenie, jak mogłaby kształtować się interpretacja Sądu, gdyby został przyjęty projekt KKKP zmiany części szczególnej Kodeksu karnego z dnia 24.09.2013 r., w którym zaproponowano likwidację rozdziału XXXVI Kodeksu karnego i przeniesienie poszczególnych przestępstw przeciwko obrotowi gospodarczemu do kategorii przestępstw przeciwko mieniu. W świetle tej propozycji przestępstwo nadużycia zaufania penalizowane w art. 294a przybrałoby następującą formułę: „Kto, będąc obowiązany do zajmowania się sprawami majątkowymi innej osoby fizycznej, prawnej albo jednostki organizacyjnej nie mającej osobowości prawnej, przekraczając udzielone mu uprawnienie lub nie dopełniając obowiązku, wyrządza jej w związku z tym

gospodarczej dobrem, które może zostać naruszone bezprawnym działaniem sprawcy, są reguły obrotu gospodarczego, zaś w przypadku prowadzenia działalności w sferze *imperium* zasady funkcjonowania instytucji państwowych i samorządu terytorialnego. W razie wykonywania czynności związanych z prowadzeniem działalności gospodarczej przez daną instytucję publiczną Sąd Najwyższy nie dopatrywał się jakiegokolwiek podstawy do przyjęcia, że nadużycie uprawnień lub niedopełnienie obowiązków mogłoby godzić w jakiegokolwiek inne dobro niż reguły obrotu gospodarczego. Jednocześnie wskazał, że przekroczenie uprawnień lub niedopełnienie obowiązków związanych z wykonywaniem zadań (funkcji) publicznych z istoty rzeczy nie stanowi naruszenia zasad obowiązujących w obrocie gospodarczym, bowiem wynika z wykonywania przez funkcjonariusza publicznego kompetencji w obszarze *imperium*. W świetle interpretacji przedstawionej przez Sąd Najwyższy należałoby uznać, że funkcjonariusz publiczny, spełniając co prawda przesłanki charakteryzujące podmiot sprawczy z art. 231 k.k., nie realizuje jednak przewidzianych w nich znamion strony przedmiotowej z uwagi na charakter wykonywanych zadań polegających na zajmowaniu się sprawami majątkowymi lub działalnością gospodarczą, które nie mieszczą się w zakresie właściwym dla działalności władzy publicznej i jako takie nie podlegają ochronie w oparciu o przepis art. 231 k.k.

Wyraźne przeciwstawienie sfery działalności gospodarczej prowadzonej przez instytucje państwowe lub samorządowe, a więc funkcjonowanie tych instytucji jako podmiotów gospodarczych w sferze *dominium*, działalności służącej realizacji funkcji władczych przysługujących tym jednostkom w sferze *imperium*, wykorzystuje – w celu wyjaśnienia wzajemnych relacji między art. 231 a art. 296 k.k. – spora część przedstawicieli doktryny. Jednocześnie jednak można wyróżnić poglądy krytycznie odnoszące się do takiej wykładni znamion typów czynów zabronionych określonych w art. 231 i 296 k.k., która prowadzi do wykluczenia stosunku krzyżowania się zakresów zastosowania powołanych przepisów. Przede wszystkim w literaturze przedmiotu wskazuje się, że brak jest jakichkolwiek podstaw do ograniczenia dyspozycji przepisu art. 231 k.k. wyłącznie do tych uprawnień lub obowiązków, które dotyczą sfery stosunków publicznoprawnych, zaś art. 296 k.k. jedynie do funkcjonariuszy publicznych, podejmujących decyzje

znaczłą szkodę majątkową, podlega karze pozbawienia wolności od 3 miesięcy do lat 5⁹. Całkiem prawdopodobne, że wówczas Sąd Najwyższy, kierując się również analogicznymi kryteriami jak w odniesieniu do analizowanego judykatu, dopuściłby możliwość kumulatywnej kwalifikacji prawnej przepisu art. 231 § 1 k.k. z przepisem art. 294a k.k. stanowiącym odpowiednik obecnego art. 296 k.k. Naruszenie zasad prawidłowego gospodarowania mieniem, w jakie wyposażona jest dana instytucja publiczna i które z istoty rzeczy służy realizacji celów tej instytucji, stanowiłoby jednocześnie naruszenie zasad prawidłowego funkcjonowania instytucji państwowych i samorządu terytorialnego.

w imieniu i na rzecz podmiotu publicznego występującego w roli podmiotu gospodarczego¹¹.

Bez wątplenia zasadnicze wątpliwości mogą budzić dwa podstawowe założenia, na których opierają się powołane judykaty, sprowadzające się do uznania, że działalnością gospodarczą jest wyłącznie działalność nastawiona na osiągnięcie zysku oraz że jest możliwe wytyczenie ścisłej linii demarkacyjnej pomiędzy sferą publiczną a sferą obrotu gospodarczego. Tymczasem, jak już była o tym wielokrotnie mowa, w obecnej rzeczywistości prawnej i polityczno-ekonomicznej wiele podmiotów państwowych lub samorządowych realizuje zadania publiczne, do których zostały powołane, wykorzystując w tym celu instrumenty charakterystyczne dla prawa prywatnego. Ich działalność wykazuje przy tym wszystkie znamiona działalności gospodarczej w rozumieniu art. 3 ustawy z dnia 6 marca 2018 r. – Prawo przedsiębiorców (Dz.U. z 2019 r. poz. 1292 i 1495), której cecha konstytutywna w postaci zarobkowości jest interpretowana zgodnie z dominującą wykładnią nie jako spełniająca kryterium dochodowości, ale podporządkowana zasadzie odpłatności za świadczone usługi oraz regułom racjonalnego gospodarowania¹². Na tym tle wyłania się pytanie, czy z punktu widzenia dobra prawnego chronionego przez art. 231 k.k. na prawnokarną ochronę zasługuje podejmowanie czynności w sferze *dominium* (działalności gospodarczej), o ile jednocześnie związane są one z realizacją zadań publicznych, zwłaszcza zaś zadań z zakresu tzw. administracji świadczącej. Najwyższa instancja sądowa w ogóle nie rozważa tej kwestii, przyjmując arbitralnie, że tylko w razie przekroczenia przez funkcjonariusza publicznego uprawnień lub niedopełnienia obowiązków w sferze *imperium* funkcji władczych, przysługujących instytucjom państwowym lub samorządu terytorialnego, podstawą penalizacji zachowania tego funkcjonariusza są wyłącznie przepisy art. 231 k.k. Warto wskazać, że taka interpretacja nie ma umocowania w tekście normatywnym, bowiem tytuł rozdziału XXIX Kodeksu karnego nie wskazuje na zawężenie zakresu ochrony wyłącznie do działalności w sferze *imperium*¹³, a w art. 231 k.k. jest mowa o wszelkich uprawnieniach

¹¹ Tak m.in. A. Liszewska, *Glosa...*

¹² Zob. C. Kosikowski, *Prawo gospodarcze publiczne*, Warszawa 1994, s. 225–229; wyrok SN z dnia 3 października 2014 r., V CSK 630/13, Lex nr 1509115; wyrok SN z dnia 8 listopada 2012 r., I CSK 199/12, Lex nr 1254613; wyrok SN z dnia 6 lipca 2011 r., I CSK 582/10, Lex nr 970063; wyrok SA w Warszawie z dnia 26 maja 2014 r., I ACa 1629/13, Lex nr 1504523; postanowienie SA we Wrocławiu z dnia 23 kwietnia 2012 r., I ACz 709/12, Lex nr 1148378.

¹³ J. Wyrembak stwierdza, że stwierdzenia, w świetle której tytuł rozdziału XXIX k.k. wskazuje, że ochrony na mocy zgrupowanych w nim przepisów pozbawione są jednostki organizacyjne państwowe i samorządowe nie wykonujące funkcji władczych, nie mają dostatecznego oparcia w ustawie i jako takie cechuje je znamię dowolności. Co więcej, zdaniem autora, brak jest podstaw do formułowania takiej konstatacji w oparciu o inne akty normatywne, w szczególności Konstytucję RP – J. Wyrembak, *Glosa do uchwały Sądu Najwyższego I KZP 9/01 z dnia 18 października 2001 roku*, SI 2004, t. 43, s. 251.

i obowiązkach funkcjonariusza bez jakiegokolwiek ograniczenia co do ich charakteru. Już w tym miejscu można zatem pokusić się o stwierdzenie, że w przypadku tej kategorii sytuacji faktycznych, w której jednostki organizacyjne realizujące zadania publiczne są jednocześnie profesjonalnymi uczestnikami obrotu gospodarczego, nie da się wykluczyć, że zachowanie funkcjonariusza publicznego, polegające na przekroczeniu uprawnień lub niedopełnieniu obowiązków, będzie się łączyć z nadużyciem kompetencji w sferze działalności gospodarczej i naruszeniem standardu racjonalnego gospodarowania. Takie zachowanie należałoby uznać za godzące zarówno w dobro prawne w postaci prawidłowego funkcjonowania instytucji publicznych, jak i w dobro prawne w postaci zasad prawidłowego obrotu gospodarczego, co otwiera drogę do przypisania sprawcy jednoczynowej realizacji znamion z art. 296 § 1 k.k. oraz z art. 231 § 1 k.k. W przypadku jednostki prowadzącej działalność gospodarczą i wykonującej określone zadania publiczne jedna i druga sfera przeplatają się ze sobą, stąd też ochrona takich jednostek jest niejako podwójna. Jeśli bowiem formą prawną służącą realizacji zadań publicznych jest działalność gospodarcza, to naruszenie zasad, reguł, uprawnień i obowiązków w sferze *dominium* będzie z istoty rzeczy jednocześnie godzić w prawidłową realizację tychże zadań.

Ocena prawnokarna wszelkich czynności funkcjonariusza publicznego z zakresu *dominium* przez pryzmat art. 296 k.k., zaś z zakresu *imperium* w oparciu o art. 231 k.k. nie jest jedynym przyjętym w orzecznictwie sposobem rozstrzygnięcia o kwalifikacji prawnej zachowania funkcjonariusza publicznego. Można bowiem też natknąć się na takie judykaty, w których zagadnienie odpowiedzialności karnej funkcjonariusza publicznego za czynności podejmowane w sferze aktywności gospodarczej powinno podlegać ocenie prawnej wyłącznie w oparciu o przepis art. 231 k.k. Obszerną argumentację tego poglądu zawiera uzasadnienie postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 13 marca 2007 r.¹⁴, w którym stwierdzono, że: „analiza dyspozycji art. 115 § 13 k.k. i art. 231 § 2 k.k. nie upoważnia do zajęcia stanowiska, że zakres odpowiedzialności karnej tego funkcjonariusza publicznego został ograniczony jedynie do działań, stanowiących przekroczenie uprawnień lub niedopełnienie obowiązków na szkodę interesu publicznego lub prywatnego podejmowanych w sferze stosunków publiczno-prawnych. Stwierdzenie to nie pozostaje w wyraźnej opozycji do zaznaczonego w Kodeksie karnym z 1997 r. oddzielenia prawno-karnej ochrony władzy publicznej i sfery obrotu gospodarczego, będącego wynikiem zasadniczych zmian w sferze publicznej funkcji państwa. Zmiany te wynikały z transformacji ustrojowej naszego kraju. Oddzielenie funkcji publicznej

¹⁴ Sygn. WA 11/07, OSNwSK 2007, nr 1, poz. 599.

państwa od prowadzenia działalności gospodarczej nie oznaczało jednak wycofania się państwa z tej działalności. Uczestniczy ono bowiem nadal w sposób bezpośredni w gospodarce rynkowej, tworząc podmioty gospodarcze i wyposażając je w majątek, stanowiący własność Skarbu Państwa. Ich podstawową formą prawną są przedsiębiorstwa państwowe działające na podstawie ustawy z dnia 25 września 1981 r. o przedsiębiorstwach państwowych (Dz.U. z 2017 r. poz. 2152), dalej powoływanej jako „u.p.p.”. W myśl tej ustawy przedsiębiorstwo państwowe jest samodzielnym i samofinansującym się przedsiębiorcą, mającym osobowość prawną. W obrocie prawnym występuje we własnym imieniu i na własny rachunek (art. 2 ust. 1, art. 46 ust. 1 i art. 47 u.p.p.). Dla tych przedsiębiorstw organem założycielskim jest Skarb Państwa. Przedsiębiorstwem kieruje dyrektor, uprawniony do podejmowania samodzielnych decyzji, co nie oznacza pozostawienia mu pełnej niezależności w wyznaczaniu kierunku działalności gospodarczej. Organowi założycielskiemu przysługują bowiem różne uprawnienia, umożliwiające podejmowanie decyzji o zasadniczym charakterze dla działalności przedsiębiorstwa (art. 58 ust. 1 i 2, art. 60 ust. 1 i 2 u.p.p.). Analiza prawnych warunków towarzyszących powstaniu i funkcjonowaniu przedsiębiorstwa państwowego daje podstawy do twierdzenia, że osoba pełniąca funkcję dyrektora tego podmiotu gospodarczego realizuje cele publiczne. Istotą działania dyrektora jest bowiem optymalne zarządzanie działalnością gospodarczą, opartą na mieniu państwowym, uwzględniające zadania określone w akcie o utworzeniu przedsiębiorstwa bądź nałożone przez organ założycielski w czasie działania przedsiębiorstwa (por. uzasadnienie uchwały Sądu Najwyższego z 18 października 2001 r., I KZP 9/01, OSNKW 2001 r. z. 11–12, poz. 87)”. W orzeczeniu tym zostało całkowicie pominięte znaczenie dobra prawnego w procesie rekonstrukcji zakresu zastosowania art. 231 k.k. Abstrahując już od tego, że niepożądane jest, aby definicja funkcjonariusza publicznego była ukształtowana w na tyle szeroki sposób, że obejmuje osoby, które realizują funkcje w sferze *dominium*, należy wyraźnie podkreślić, że rodzajowym przedmiotem ochrony przepisu art. 231 k.k. jest prawidłowość wykonywania funkcji publicznych, nie zaś prawidłowość funkcjonowania wszelkich podmiotów, które działają w oparciu o majątek Skarbu Państwa. W przypadku spółek prawa handlowego z udziałem Skarbu Państwa (lub jednostek samorządu terytorialnego) występuje on jako szczególnego rodzaju inwestor, którego prawnokarna ochrona przed zachowaniami w sferze obrotu gospodarczego, z uwagi na konieczność zapewnienia zasady równości, powinna być tak samo ukształtowana jak ochrona innych podmiotów gospodarczych funkcjonujących w ramach tego obrotu i podporządkowanych regulacjom

prawa cywilnego¹⁵. Wymienione przez Sąd Najwyższy okoliczności, tj. wpływ państwa na utworzenie przedsiębiorstwa państwowego, określenie zakresu i form jego działalności, ograniczenie swobody działania osób zarządzających tym podmiotem, nie uzasadniają w wystraszającym stopniu tezy, że działalność takiego przedsiębiorstwa powinna podlegać ochronie w oparciu o przepis art. 231 k.k. Wszystkie te okoliczności wskazują co najwyżej na szczególne zasady organizacyjne przedsiębiorstwa państwowego, nie wpływające na zasady jego działalności jako uczestnika społecznej gospodarki rynkowej opartej na wolności działalności gospodarczej. Co więcej, cele publiczne określone jako prowadzenie działalności nastawionej na osiągnięcie zysku, które w świetle interpretacji przedstawionej przez Sąd Najwyższy mają być realizowane przez przedsiębiorstwo państwowe, są przecież tożsame dla wszystkich podmiotów uczestniczących w obrocie gospodarczym. W ogólnym interesie publicznym jest bowiem wykonywanie działalności gospodarczej zgodnie z obowiązującymi w tej sferze regułami, w sposób uzasadniony ekonomicznie, czyli prowadzący do maksymalizacji zysku. Efektywne zarządzanie składnikami majątkowymi stanowi jedną z reguł obowiązujących w obrocie gospodarczym i jako takie podlega ochronie prawnokarnej na identycznych zasadach w odniesieniu do każdego podmiotu zaangażowanego w prowadzenie działalności gospodarczej. Sam fakt, że działalność przedsiębiorstw państwowych jest regulowana zarówno przepisami prawa prywatnego, jak i publicznego, a także okoliczność, że zarządzają one mieniem publicznym (z tym wszakże zastrzeżeniem, że z ekonomicznego, nie zaś prawnego punktu widzenia), nie stanowią kryteriów determinujących przyznanie im odmiennych zasad ochrony gwarantowanej przepisami prawa karnego.

Zagadnienie możliwego zbiegu przepisów art. 231 k.k. i art. 296 k.k. jawi się w powyższym kontekście jako szczególnie skomplikowane, albowiem zarówno w literaturze przedmiotu, jak i w orzecznictwie brak jest jednoznaczności co do wzajemnego stosunku zakresu zastosowania norm sankcjonujących dekodowanych z obu tych przepisów, jak również pogłębionej refleksji w tym przedmiocie. Stąd też dopiero szczegółowe wyjaśnienie tej kwestii stanowić może podstawę rozstrzygnięcia problematyki zbiegu wskazanych regulacji. Na złożoność i trudność zagadnienia składa się dodatkowo fakt, że sytuuje się ono na styku sfery publicznej i prywatnej i wymaga odniesienia się do niezwykle kontrowersyjnych kwestii związanych z ustaleniem roli i miejsca państwa w działalności gospodarczej.

¹⁵ P. Kardas, *Zatrudnienie w jednostce organizacyjnej dysponującej środkami publicznymi jako ustawowe kryterium wyznaczające zakres znaczeniowy pojęcia „osoba pełniąca funkcję publiczną”. Rozważania na tle modeli interpretacyjnych prezentowanych w piśmiennictwie karnistycznym oraz orzecznictwie Sądu Najwyższego*, CzPKiNP 2005, z. 1, s. 23 i n.

III. Przepięstwo nadużycia władzy publicznej a przepięstwo nadużycia zaufania – cechy wspólne i różnicujące

Podjmując się próby kompleksowej analizy tak zakreślonego problemu, należałoby wyjść od trywialnego w istocie spostrzeżenia, że przy porównaniu przepięstwa nadużycia władzy publicznej z nadużyciem zaufania wyróżnić można co najmniej cztery zasadnicze płaszczyzny występowania potencjalnych różnic, które dotyczą: przedmiotu ochrony, podmiotu obu przepięstw, sposobu ujęcia znamion czynnościowych oraz występowania albo też braku znamienia skutku w postaci naruszenia dobra prawem chronionego.

Szczęólniej uwagi wymaga zwłaszcza analiza przedmiotu ochrony art. 231 i 296 k.k. Jak bowiem wynika z poczynionych rozważań, w orzeczeniach rozstrzygających o granicach odpowiedzialności funkcjonariusza publicznego za przepięstwo nadużycia władzy publicznej oraz przepięstwo nadużycia zaufania w obrocie gospodarczym dobro prawne odgrywa centralną, wręcz zasadniczą rolę. Pomimo pełnienia tak doniosłej funkcji, nie ma jednak zgodności co do sposobów jego rozumienia, a wręcz można zażykować stwierdzenie, że ustalenie dobra prawnie chronionego na mocy analizowanych uregulowań stanowi zagadnienie wywołujące w zasadzie nierozstrzygalne spory doktrynalne.

W piśmiennictwie karnistycznym oraz w orzecznictwie wskazuje się, że rodzajowym przedmiotem ochrony przepięstwa z art. 296 k.k. są zasady prawidłowego obrotu gospodarczego¹⁶, który to obrót należy wiązać z pojęciem działalności gospodarczej, wyznaczanym na gruncie całego systemu prawa przez definicję legalną umieszczoną w art. 2 u.s.d.g¹⁷. Prawidłowość obrotu gospodarczego postrzegana jest przez ustawodawcę jako istotna wartość społeczna, której przestrzeganie służy stabilności sytuacji gospodarczej¹⁸. Zachowanie kryminalizowane przepisem art. 296 k.k. narusza to dobro prawne w dwojaki sposób: po pierwsze – jego sprawca przekracza

¹⁶ O. Górniok, *Przepięstwa przeciwko obrotowi gospodarczemu w projekcie Kodeksu karnego*, PS 1991, nr 1–2, s. 92; J. Giezek [w:] *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*, J. Giezek (red.), Warszawa 2014, s. 1152; R. Zawłocki [w:] *Kodeks karny. Część szczególna, t. 2, Komentarz do artykułów 222–316*, M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), Warszawa 2017, s. 706.

¹⁷ O. Górniok, „Działalność gospodarcza”..., s. 3–6; A. Zientara, *op. cit.*, s. 121–122.

¹⁸ W. Pawelko, *Zapobieganie przepięstwom gospodarczym*, Warszawa 1971, s. 14–15. Powołany autor wskazuje, że tak określany przedmiot ochrony pozwala na odróżnienie omawianych przepięstw od przepięstw skarbowych, odnoszących się do interesu ekonomicznego państwa oraz od przepięstw przeciwko mieniu, które dotyczą zamachów na interes ekonomiczny indywidualny (określonego podmiotu).

swoje powinności menedżerskie, naruszając w ten sposób zasady obrotu gospodarczego, po drugie – wyrządza uczestnikowi tego obrotu szkodę, która sprowadza się do bezprawnego naruszenia majątku przedsiębiorcy, ujmowanego jako podstawowy środek realizacji aktywności ekonomicznej¹⁹. O wiele bardziej skomplikowane jest określenie bezpośredniego przedmiotu ochrony w przypadku analizowanego przestępstwa. Zasadniczy spór dotyczy tego, czy przepis art. 296 k.k. chroni wyłącznie interesy majątkowe podmiotów gospodarczych (osób fizycznych, osób prawnych, jednostek organizacyjnych nie posiadających osobowości prawnej)²⁰, które powierzyły prowadzenie swoich spraw gospodarczych innym osobom, czy obejmuje także interesy majątkowe podmiotów niezwiązanych z działalnością gospodarczą, np. kościołów, organizacji politycznych, fundacji czy też stowarzyszeń non profit itp.²¹ W doktrynie zdecydowanie przeważa to drugie stanowisko, za którym przemawiać ma sama treść art. 296 k.k., odnosząca się do zajmowania się sprawami majątkowymi lub prowadzenia działalności gospodarczej. Przyjmuje się, że użycie przez ustawodawcę funktora „lub” oznacza ścisłe rozdzielenie tych dwóch sfer aktywności. Podobnie kwestia ta zdaje się być ujmowana w judykaturze, o czym świadczyć może zaliczenie przez Sąd Apelacyjny w Katowicach Rektora Akademii Medycznej do grona zdalnych podmiotów przestępstwa nadużycia zaufania²², jak również jedna z nowszych wypowiedzi Sądu Najwyższego, która pojęcie obrotu gospodarczego interpretuje szeroko, jako obrót zarówno uczestników profesjonalnych, jak i nieprofesjonalnych, i podkreśla, że nie ma żadnych szczególnych powodów, aby rozumienie tego pojęcia ograniczać²³. W orzecznictwie można wyróżnić również stanowisko zawężające dyspozycję przepisu art. 296 k.k. wyłącznie do sytuacji zajmowania się sprawami majątkowymi podmiotu prowadzącego działalność gospodarczą i to

¹⁹ R. Zawłocki, *Przestępstwo niegospodarności* [w:] *System prawa karnego...*, s. 464.

²⁰ R. Zawłocki, *Przestępstwo niegospodarności...*, MoP 2002, nr 21, s. 283; E. Hryniewicz, *Przestępstwa abstrakcyjnego i konkretnego zagrożenia dóbr prawnych*, Warszawa 2012, s. 245–246; eadem, *Karalne działanie na szkodę spółki*, Prok. i Pr. 2012, nr 10, s. 67; I. Sepiolo, *Przestępstwo niegospodarności z art. 296 KK*, Warszawa 2013, s. 54 i n.; W. Wróbel, *Pojęcie „dobra prawnego” w wykładni prawa karnego* [w:] *Aktualne problemy prawa karnego. Księga pamiątkowa z okazji Jubileuszu 70. urodzin Profesora Andrzeja J. Szwarcza*, Poznań 2009, s. 629–630.

²¹ K. Buchała [w:] *Komentarz do ustawy o ochronie obrotu gospodarczego. Stan prawny na 10 VII 1995 r.*, K. Buchała, P. Kardas, J. Majewski, W. Wróbel (red.), Warszawa 1995, s. 9; J. Lachowski, T. Oczkowski, *Sporne problemy wykładni przepisów o przestępstwie nadużycia zaufania (uwagi de lege lata i de lege ferenda)*, PS 2002, nr 5, s. 62; T. Oczkowski, *Nadużycie zaufania w prowadzeniu cudzych spraw. Prawnokarne oceny i konsekwencje*, Warszawa 2013, s. 83; P. Kardas [w:] *Kodeks karny. Część szczególna...*, s. 483; J. Skorupka, *Głosa do postanowienia SN z 27.4.2001 r.*, I KZP 7/01, OSP 2002, nr 1, poz. 6, s. 23 i n.; O. Górniok, *Głosa do postanowienia SN z 27.4.2001 r.*, I KZP 7/01, OSP 2002, nr 1, poz. 6, s. 20 i n.; eadem, *Odpowiedzialność karna menadżerów*, Toruń 2004, s. 69; A. Zientara, *op. cit.*, s. 89.

²² Wyrok SA w Katowicach z dnia 23 maja 2013 r., II AKa 55/13, KZS 2013, nr 10, poz. 84.

²³ Postanowienie SN z dnia 26 września 2012 r., II KK 234/12, LEX nr 1220810.

właśnie ono zdaje się być dominujące²⁴. Niewątpliwie taka wykładnia koresponduje z treścią uzasadnienia do projektu Kodeksu karnego o następującej treści: „miejsce przestępstwa niegospodarności określone w art. 217 KK z 1969 r. zajęło przestępstwo nadużycia zaufania [...], określone tak, aby objąć wszystkie podmioty prowadzące sprawy majątkowe lub działalność gospodarczą innego podmiotu gospodarczego”²⁵, jak również znajduje oparcie przez wzgląd na konieczność uwzględnienia rodzajowego przedmiotu ochrony przestępstwa z art. 296 k.k. wskazanego w tytule rozdziału XXXVI k.k., który tworzy kontekst wykładni poszczególnych ustawowych znamion, wyznaczając sferę życia, do której się odnoszą. Przeciwnie ujęcie prowadziłoby do znacznego rozszerzenia zakresu zastosowania przestępstwa karalnej niegospodarności, sprzecznego z wykładnią funkcjonalną i celowościową przepisu art. 296 k.k. Na gruncie poprzednio obowiązujących kodeksów karnych można było wyróżnić typowe przestępstwo nadużycia zaufania, które bezspornie obejmowało ochroną interesy majątkowe wszystkich podmiotów niezależnie od ich charakteru. Wskazywało na to chociażby umieszczenie art. 269 k.k. z 1932 r. i art. 206 d.k.k. w rozdziale zatytułowanym „przestępstwa przeciwko mieniu”. Obecny art. 296 k.k. istotnie różni się zatem od klasycznego przestępstwa nadużycia zaufania, jako przestępstwa przeciwko mieniu, którego obecnie polskie prawo karne nie przewiduje. Przestępstwo z art. 296 k.k. zostało ukształtowane jako przestępstwo gospodarcze, a nie przestępstwo majątkowe wykazujące jedynie cechy przestępstwa gospodarczego. Wyłączenie spod jego zakresu zastosowania podmiotów nieprowadzących działalności gospodarczej nie oznacza, że zostały one pozbawione ochrony prawnokarnej. Jeśli bowiem do sprzeniewierzenia majątku przez zarządcę, to zachowanie takie może być kwalifikowane na podstawie odpowiedniego przepisu karnego, określającego przestępstwo przeciwko mieniu (najczęściej będzie to art. 284 k.k., penalizujący tzw. przywłaszczenie mienia).

Rodzajowym przedmiotem ochrony przestępstwa z art. 231 k.k. jest natomiast prawidłowość funkcjonowania instytucji państwowych i samorządu terytorialnego, a mówiąc ściślej prawidłowość realizacji funkcji właściwych dla instytucji publicznych. Funkcje te – wobec braku jakichkolwiek ograniczeń określonych ustawą karną – nie mogą być identyfikowane

²⁴ Zob. wyrok SN z dnia 26 stycznia 2011 r., II KK 214/10, OSNKW 2011, nr 4, poz. 34; wyrok SN z dnia 2 czerwca 2009 r., IV KK 11/09, LEX nr 512109; wyrok SN z dnia 7 lipca 2009 r., V KK 82/09, LEX nr 512075; postanowienie SN z dnia 27 kwietnia 2001 r., I KZP 7/01, OSNKW 2001, nr 7–8, poz. 55; postanowienie SN z dnia 3 listopada 2004 r., IV KK 173/04, OSNwSK 2004, nr 1, poz. 1981; wyrok SA w Krakowie z dnia 20 listopada 2011 r., II AKa 145/11, Lex nr 1232359.

²⁵ *Uzasadnienie do projektu Kodeksu karnego*, Komisja ds. Reformy Prawa Karnego, PiP 1994, Nr 3 (wkładka), s. 87.

wyłącznie ze ściśle pojętym *imperium*. Rozległość przedmiotowa i znaczne zróżnicowanie zadań, które ciąży na podmiotach władzy publicznej, wymusza korzystanie z różnorodnych instrumentów prawnych celem ich realizacji. Dość wspomnieć, że państwo lub samorząd terytorialny, będący zgodnie z postanowieniami Konstytucji elementem systemu władzy publicznej, są powołane do świadczenia usług zaspokajających potrzeby indywidualne i zbiorowe człowieka, których charakter wymaga skorzystania z form niewładczych celem ich realizacji. Dla potwierdzenia tej tezy wystarcza chociażby spojrzenie na zakres zadań ciężących na jednostkach samorządu terytorialnego na mocy odpowiednich ustaw ustrojowych²⁶. Nie ma podstaw do twierdzenia, że „zaspokajanie zbiorowych potrzeb wspólnoty”, jako cecha charakterystyczna wszystkich zadań własnych jednostki samorządu terytorialnego, ma być wykonywane tylko instrumentami administracyjnymi z wyłączeniem rachunku ekonomicznego. Konstytucja w art. 166 ust. 1 nie ogranicza tych zadań do niektórych tylko kategorii potrzeb mieszkańców. Jest zrozumiałe, że ich część może być zaspokojona tylko za pomocą środków gospodarczych. Pozostaje jeszcze zatem do rozstrzygnięcia kwestia, czy jednostki samorządu terytorialnego, uczestnicząc w wykonywaniu gospodarki komunalnej (bezpośrednio lub pośrednio – przez różnego rodzaju jednostki organizacyjne), mogą być uznane za podmioty prowadzące działalność gospodarczą w rozumieniu ustawy – Prawo przedsiębiorców. Uwzględnienie dychotomicznego podziału zadań i działalności jednostek samorządu terytorialnego na użyteczność publiczną oraz sferę aktywności o charakterze komercyjnym, prowadzi do wysunięcia tezy, że jedynie działalność poza sferą użyteczności publicznej spełnia wszystkie podstawowe kryteria odnoszone do przedsiębiorczości²⁷. Podstawowym argumentem, na którym opiera się konstatacja ta, jest uznanie, że elementem konstrukcyjnym działalności gospodarczej jest jej charakter zarobkowy, rozumiany jako nastawienie na osiągnięcie zysku²⁸, zaś istotą sfery użyteczności publicznej jest bieżące i nieprzerwane zaspokajanie zbiorowych potrzeb ludności,

²⁶ Należy podkreślić, że kategoria zadań własnych jednostek samorządu terytorialnego należy do sfery działania władz publicznych – zachowania te są przez ten fakt charakteryzowane jako publicznoprawne – zob. K. Horubski, *Udział gminy w spółce prowadzącej działalność w sferze sportu profesjonalnego* [w:] *Nowe problemy badawcze w teorii prawa publicznego z uwzględnieniem samorządu terytorialnego*, Wrocław 2010, s. 108.

²⁷ C. Banasiński, M. Kulesza, *Ustawa o gospodarce komunalnej*, Warszawa 2002, s. 94; P. Chmielnicki, *Ustawa o samorządzie gminnym. Komentarz*, Warszawa 2013, s. 153; S. Czarnow, *Działalność gospodarcza jednostek samorządu terytorialnego*, Sam. Teryt. 2007, nr 10, s. 27; C. Kosikowski, *Publiczne prawo gospodarcze Polski i Unii Europejskiej*, Warszawa 2010, s. 312.

²⁸ W.J. Katner, *Pojęcie przedsiębiorcy – polemika*, PPH 2007, nr 4, s. 43; M.A. Waligórski, *Działalność gospodarcza w ujęciu prawa administracyjnego*, Poznań 2006, s. 23; K. Strzyczkowski, *Prawo gospodarcze publiczne*, Warszawa 2011, s. 207; uchwała SN z dnia 18 czerwca 1991 r., III CZP 40/91, OSNC 1992, nr 2, poz. 17.

podporządkowane zasadzie powszechnego dostępu, niezależnie od skutków ekonomiczno-finansowych takiej działalności. Kryterium zarobkowości jako *differentia specifica* działalności gospodarczej rozumiane jest również w literaturze z zakresu prawa prywatnego i w orzecznictwie w odmienny sposób – jako niezwiązane z osiąganiem zysku, a jedynie zgodne z regułami racjonalnego gospodarowania²⁹. Do poglądu tego nawiązuje stwierdzenie, że „realizacja zadania publicznego może jednocześnie stanowić przejaw działalności gospodarczej, o ile spełnia przesłanki wyrażone w ustawie o swobodzie działalności gospodarczej, a w szczególności przesłankę zarobkowości, rozumianą, zgodnie z literalną wykładnią art. 2 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej jako uzyskiwanie zarobku, czyli istnienie elementu odpłatności za świadczone usługi”³⁰. Orzecznictwo sądowe jednoznacznie dopuszcza możliwość uznania, że gmina prowadzi działalność gospodarczą w zakresie związanym z realizacją zadań własnych, niezależnie od ich charakteru³¹. Wydaje się, że ustawodawca celowo posłużył się w art. 3 ustawy Prawo przedsiębiorców (który stanowi odpowiednik dawnego art. 2 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej) sformułowaniem „zarobkowości”, nie zaś „zyskowości”, które jest znaczeniowo szersze i obejmuje stan, w którym występuje nadwyżka przychodów nad kosztami, stan, w którym przychody równają się kosztom, a nawet stan, w którym koszty są wyższe od przychodów.

Podsumowując: w ramach rodzajowego przedmiotu ochrony przestępstwa z art. 231 k.k. mieści się działalność państwa lub samorządu terytorialnego realizowana w formach właściwych dla prawa prywatnego, w tym także nosząca znamiona działalności gospodarczej, o ile tylko jest związana z realizacją ustawowo określonych zadań publicznych. Nie wydaje się już jednak właściwe objęcie ochroną na mocy powołanego uregulowania spółek handlowych z udziałem Skarbu Państwa lub jednostki samorządu

²⁹ A. Kidyba, *Prawo handlowe*, Warszawa 2010, s. 24; A.W. Kubala, *Prawo działalności gospodarczej, Komentarz*, Warszawa 2000, s. 44–45; R. Trzaskowski, *Działalność statutowa a działalność gospodarcza fundacji – prawo i praktyka*, Warszawa 2003, s. 78–82; T. Szanciło, *Przedsiębiorca w prawie polskim*, PPH 2005, nr 3, s. 7; uchwała SN z dnia 6 grudnia 1991 r., III CZP 117/91, OSNC 1992, nr 5, poz. 65; uchwała SN z dnia 26 kwietnia 2002 r., III CZP 21/02, OSNC 2002, nr 12, poz. 149; uchwała SN z dnia 23 lutego 2005 r., III CZP 88/04, OSNC 2006, nr 1, poz. 5; wyrok NSA z dnia 22 lipca 2008 r., II FSK 733/07, Lex nr 485292.

³⁰ F. Grzegorzczak, *op. cit.*, s. 298. Por. także J. Lic, *Zdolność prawna przedsiębiorcy [w:] Prawo handlowe po przystąpieniu Polski do Unii Europejskiej*, W.J. Katner, U. Promińska (red.), Warszawa 2010, s. 180–181.

³¹ Postanowienie SN z dnia 19 października 1999 r., III CZ 112/99, OSNC 2000 nr 4, poz. 78, s. 84; postanowienie SN z dnia 22 sierpnia 2001 r., V CKN 756/00, Lex nr 53117; wyrok SN z dnia 10 maja 2013 r., I CSK 522/12, Lex nr 1353060; wyrok SA w Warszawie z dnia 17 kwietnia 2013 r., VI ACa 1371/12, Lex nr 1331149; wyrok SA w Warszawie z dnia 4 lutego 2011 r., VI ACa 941/10, Lex nr 1120304.

terytorialnego, nawet tych, które zostały utworzone specjalnie w celu realizacji zadań publicznych³². Z drugiej strony nie ma żadnych powodów, aby twierdzić że przepis art. 296 k.k. zawęża ochronę wyłącznie do tych podmiotów, które prowadzą działalność gospodarczą w formach organizacyjno-prawnym typowych dla prawa prywatnego.

Konfrontacja bezpośredniego przedmiotu ochrony porównywanych przepisów prowadzi do wniosku, że w obu przypadkach objęte są nim interesy majątkowe instytucji państwowych lub samorządowych prowadzących działalność gospodarczą. Nie powinno bowiem budzić żadnych wątpliwości, że w ramach interesu publicznego jako indywidualnego przedmiotu ochrony przestępstwa z art. 231 k.k. mieszczą się dobra majątkowe tych podmiotów, które realizują zadania publiczne, występując jednocześnie w obrocie gospodarczym. Z kolei o tym, że przestępstwo nadużycia zaufania nie dotyczy jedynie podmiotów prywatnych, przekonuje art. 296 § 4a k.k., w którym wskazano na wnioskowy charakter przestępstwa w przypadku, gdy pokrzywdzonym nie jest Skarb Państwa. Poza tak określonym wspólnym polem przedmiotu ochrony analizowanych regulacji pozostają pewne kategorie stanów faktycznych podlegające ochronie wyłącznie na mocy jednej z nich. I tak art. 231 k.k. obejmuje ochroną obok interesów majątkowych także interesy niematerialne instytucji publicznych oraz interes prywatny zagrożony naruszeniem w wyniku przekroczenia uprawnień lub niedopełnienia obowiązków przez funkcjonariusza publicznego. Natomiast art. 296 k.k. zapewnia także ochronę interesom majątkowym podmiotów gospodarczych funkcjonujących w obrocie gospodarczym na zasadach wyznaczanych przez przepisy prawa prywatnego (obejmujących też podmioty, które w sensie ekonomicznym stanowią własność lub współwłasność państwa, w szczególności gdy Skarb Państwa lub jednostki samorządu terytorialnego posiadają udziały lub akcje spółek prawa handlowego), które to interesy mogą zostać naruszone w wyniku nadużycia uprawnień lub niedopełnienia obowiązków przez osoby zarządzające sprawami tych podmiotów.

Przedstawiona wykładnia indywidualnego przedmiotu ochrony z art. 296 k.k., oparta na jego ścisłej relacji z rodzajowym przedmiotem ochrony, ogranicza przypadki, w których może dochodzić do konkurencji pomiędzy przepisem art. 231 k.k. a przepisem art. 296 k.k. wyłącznie do takich sytuacji, kiedy funkcjonariusz publiczny podejmuje decyzje w imieniu i na rzecz podmiotu, który prowadzi co prawda działalność gospodarczą,

³² Są to bowiem podmioty prawnie i organizacyjnie odrębne od państwa czy też jednostki samorządu terytorialnego, działające w obrocie prawnym we własnym imieniu i na własną odpowiedzialność, których status prawny jako zdecentralizowanych form administracji publicznej realizujących zadania publiczne bywa kontestowany.

jednak działalność ta służy realizacji zadań publicznych. W sytuacji natomiast, kiedy dana instytucja państwowa lub samorządowa nie uczestniczy w obrocie gospodarczym, nadużycie przez funkcjonariusza publicznego kompetencji w obszarze zajmowania się jej sprawami majątkowymi powinno być kwalifikowane na podstawie art. 231 k.k. Składniki majątkowe, w oparciu o które funkcjonuje dana instytucja, stanowią bowiem narzędzie i materialną bazę, przy wykorzystaniu której instytucje te realizują swoje zadania. Stąd też wszelkie nieprawidłowości w zakresie gospodarowania nimi godzą w dobro prawne chronione na podstawie art. 231 k.k. Przy kwalifikacji prawnej danego zachowania funkcjonariusza publicznego decydującego znaczenia nabiera wobec tego charakter podmiotu, w imieniu którego występuje. Mając na względzie dualistyczny charakter niektórych podmiotów, odróżnienie zarządu własnym majątkiem od prowadzenia przy jego pomocy działalności gospodarczej może sprawiać istotne trudności³³.

Przechodząc do oceny stosunku zachodzącego pomiędzy znamionami czynnościowymi analizowanych regulacji, wskazać wypada, że przepis art. 296 k.k. określa zachowanie karalne jako wyrządzenie znacznej szkody majątkowej albo spowodzenie bezpośredniego niebezpieczeństwa wyrządzenia znacznej szkody majątkowej przez nadużycie uprawnień lub niedopełnienie ciążącego na sprawcy obowiązku, natomiast w przypadku przestępstwa stygizowanego w art. 231 k.k. znamię czynnościowe ujęte jest jako działanie na szkodę interesu publicznego lub prywatnego poprzez przekroczenie uprawnień lub niedopełnienie obowiązków. Można zatem dostrzec dwie różnice zachodzące między analizowanymi typami przestępstw. Pierwsza z nich wynika z częściowo odmiennego ujęcia znamion modalnych doprecyzowujących właściwe znamię czynnościowe. Nadużycie uprawnień ma szerszy zakres znaczeniowy od przekroczenia uprawnień, obejmuje bowiem także sytuacje, w których dana czynność mieści się w zakresie kompetencji danego podmiotu, ale jest nieuzasadniona celowościowo – tj. pozostaje w sprzeczności z interesem mocodawcy czy też obowiązkami dobrego gospodarza. Wbrew pozorom nie oznacza to jednak, że znamię nadużycia uprawnień pozostaje w logicznej relacji nadrzędności (podporządkowania) względem przekroczenia uprawnień jako znamienia z art. 231 k.k. Należy bowiem zaznaczyć, że nadużycie uprawnień dotyczy wyłącznie sfery zajmowania się sprawami majątkowymi lub działalnością gospodarczą.

³³ Przykładem tego rodzaju sytuacji mogą być chociażby gminy, które z jednej strony działają jak podmiot publiczny, do którego zadań należy gospodarowanie przysługującym mu mieniem komunalnym, z drugiej zaś jak podmiot realizujący działalność gospodarczą w oparciu o pozostające w jego dyspozycji składniki majątkowe. To zróżnicowanie aktywności jednostek samorządu terytorialnego dostrzega sam ustawodawca skoro przewidział dualizm sytuacji prawnej gminy na gruncie ustawy o podatku od towarów i usług (art. 15 u.p.t.u.).

Z kolei przekroczenie uprawnień jako znamię przestępstwa z art. 231 k.k. nie jest ograniczone do jakiegokolwiek kategorii spraw pozostających w zakresie kompetencji danego funkcjonariusza publicznego. Druga z zasygnalizowanych różnic odnosi się do skutkowości zachowania sprawcy, które w przypadku przestępstwa nadużycia zaufania jest jednoznacznie przesądzone, podczas gdy przy działaniu na szkodę interesu publicznego lub prywatnego – wobec swoistego braku precyzyjności ustawodawcy – staje się przedmiotem sporów doktrynalnych. Przy przyjęciu, że znamię „działa na szkodę interesu publicznego lub prywatnego” z art. 231 § 1 k.k. denotuje jednak skutek zachowania sprawcy w postaci stworzenia bezpośredniego niebezpieczeństwa wyrządzenia szkody w jakimkolwiek dobrze publicznym lub prywatnym, to w odniesieniu do znamienia skutku występuje stosunek krzyżowania się przepisów art. 231 k.k. i art. 296 k.k. Ten ostatni obejmuje bowiem wyrządzenie szkody lub jej bezpośredniego niebezpieczeństwa w majątku mocodawcy, będącego podmiotem gospodarczym niezobowiązany do realizacji zadań publicznych, co z oczywistych względów nie mieści się w formule skutku z art. 231 k.k. Z kolei skutek, będący znamieniem typu czynu zabronionego z art. 231 k.k., obejmuje sytuacje stworzenia bezpośredniego niebezpieczeństwa wyrządzenia szkody w interesie publicznym nieprzyjmującym postaci interesu majątkowego instytucji państwowej lub samorządowej, jak również sytuacje stworzenia takiego niebezpieczeństwa w jakimkolwiek interesie ze sfery prywatnej przez funkcjonariusza publicznego działającego w sferze *imperium*.

Wreszcie podmiot przestępstwa z art. 231 k.k. określony jest poprzez taksatywne wyliczenie podmiotów zaliczanych do kategorii funkcjonariuszy publicznych, a w art. 296 k.k. poprzez wskazanie na źródła uprawnień lub obowiązków w zakresie zajmowania się sprawami majątkowymi lub działalnością gospodarczą innego podmiotu. Na płaszczyźnie znamienia podmiotu zachodzi stosunek krzyżowania się obu analizowanych przepisów. Nie każdy bowiem funkcjonariusz publiczny może być osobą obowiązaną do zajmowania się sprawami majątkowymi lub działalnością gospodarczą innego podmiotu, podobnie jak nie każda taka osoba może być zakwalifikowana jako funkcjonariusz publiczny. Należy mieć na uwadze, że charakterystyka podmiotu sprawczego z art. 296 k.k. w wielu przypadkach wyklucza możliwość zakwalifikowania doń funkcjonariusza publicznego. Zgodnie bowiem z powszechnie przyjętą wykładnią za osobę zobowiązaną do zajmowania się cudzymi sprawami majątkowymi można uznać tego, kogo obowiązki nie ograniczają się do ochrony mienia przed utratą lub uszczerbkiem (co w przeważającej mierze dotyczy funkcjonariuszy publicznych), lecz polegają także na wykorzystywaniu tego mienia w procesie gospodarowania w taki sposób, by wzrosła jego wartość lub został on

powiększony³⁴. Co ponadto istotne, podmiotem przestępstwa nadużycia zaufania nie może być osoba, której umocowanie ogranicza się do czynności wykonawczych bez pozostawienia w jej gestii jakiegokolwiek autonomii decyzyjnej³⁵.

W świetle przedstawionych wyżej uwag można stwierdzić, że między zakresami zastosowania omawianych przepisów zachodzi stosunek krzyżowania. Wspólnym polem wyznaczonym przez zakresy zastosowania norm sankcjonujących odczytanych z przepisów art. 296 k.k. i art. 231 k.k. objęte są sytuacje, gdy funkcjonariusz publiczny przekracza uprawnienia lub nie dopełnia obowiązków związanych z zajmowaniem się sprawami majątkowymi lub prowadzeniem działalności gospodarczej instytucji państwowej lub samorządu terytorialnego jako podmiotów gospodarczych i zachowaniem tym doprowadza do wyrządzenia im znacznej szkody majątkowej albo sprowadza bezpośrednio niebezpieczeństwo wyrządzenia znacznej szkody majątkowej. Zakres zastosowania normy sankcjonującej z art. 296 k.k. obejmuje szerszy krąg sytuacji faktycznych niż zakres zastosowania normy sankcjonującej z art. 231 k.k. w trzech obszarach: po pierwsze w zakresie zachowań polegających na wyrządzeniu szkody majątkowej (lub bezpośredniego niebezpieczeństwa wyrządzenia takiej szkody) podmiotom prywatnym, które przyjmują postać nadużycia uprawnień lub niedopełnienia obowiązków, po drugie w zakresie zachowań polegających na wyrządzeniu szkody majątkowej (lub bezpośredniego niebezpieczeństwa wyrządzenia takiej szkody) instytucjom publicznym prowadzącym działalność gospodarczą przez osobę niemającą statusu funkcjonariusza publicznego (np. przez fachowego pełnomocnika – adwokata, radcę prawnego), które przyjmują postać nadużycia uprawnień lub niedopełnienia obowiązków, po trzecie w końcu w zakresie zachowań polegających na wyrządzeniu przez funkcjonariusza publicznego szkody majątkowej (lub bezpośredniego niebezpieczeństwa wyrządzenia takiej szkody) instytucjom publicznym prowadzącym działalność gospodarczą, których nie da się zakwalifikować jako przekroczenie uprawnień, ale jako ich nadużycie. Z kolei norma sankcjonująca dekodowana z art. 231 k.k. obejmuje sytuacje działania na szkodę interesu niemajątkowego instytucji państwowej lub samorządowej prowadzącej działalność gospodarczą, polegające na przekroczeniu uprawnień lub

³⁴ H. Pracki, *Nowe rodzaje przestępstw gospodarczych*, Prok. i Pr. 1995, nr 1, s. 44 i n.

³⁵ To ograniczenie automatycznie wyklucza z kręgu zdalnych podmiotów przestępstwa nadużycia zaufania członków zarządu gminy (będących organem wykonawczym rady gminy) w zakresie, w jakim do ich zadań należy wykonanie budżetu, w tym czuwanie nad uzyskaniem kwot wpływów tym aktem przewidzianych. Obowiązek egzekwowania należności jest czynnością automatyczną, nie zawierającą elementów decyzyjności i sprowadzającą się do nadzoru nad realizacją obowiązku, stąd też osoba, na której ciąży tego rodzaju powinność, nie może być kwalifikowana jako podmiot przestępstwa z art. 296 k.k.

niedopełnieniu obowiązku przez funkcjonariusza publicznego, sytuacji działania na szkodę interesu publicznego w drodze przekroczenia uprawnień lub niedopełnienia obowiązków przez funkcjonariusza publicznego, reprezentującego instytucję państwową lub samorządową nieprowadzącą działalności gospodarczej, sytuacji działania na szkodę interesu prywatnego, polegające na przekroczeniu uprawnień lub niedopełnieniu obowiązków przez funkcjonariusza publicznego.

IV. Zakończenie

Mając na względzie dokonaną pokrótce charakterystykę obu przepisów, należy wyraźnie podkreślić, że brak jest podstaw do twierdzenia, by któryś z nich miał charakter przepisu specjalnego, wyłączającego zastosowanie przepisu, któremu zostałyby przypisany status przepisu ogólnego. Żadne z omówionych przestępstw nie ma bowiem znamion ukształtowanych w taki sposób, iż zawierają one znamiona drugiego z nich oraz dodatkowy element specjalizujący. Przesądza to ostatecznie, że między normami dekodowanymi z przepisów art. 231 k.k. i 296 k.k. nie zachodzi stosunek wykluczania. Tym samym nie istnieje możliwość rozwiązania zachodzącego między omawianymi przepisami zbiegu w oparciu o zasadę *lex specialis derogat legi generali*.

Stwierdzenie, że ten sam czyn wykazuje cechy pozwalające uznać, iż realizuje znamiona określone w obu przepisach, implikuje konieczność ustalenia, czy zachodzący *prima facie* zbieg przepisów nie może zostać rozstrzygnięty poprzez zastosowanie zasady subsydiarności milczącej (*lex primaria derogat legi subsidiariae*) albo zasady konsumpcji (*lex consumens derogat legi consumptae*). Jak już była o tym mowa, obie mają charakter teleologiczny, a nie logiczny, a tym samym rozstrzygnięcie dylematu, czy zbieg rzeczywisty zachodzący pomiędzy przepisami art. 231 k.k. i art. 296 k.k. przybiera postać zbiegu właściwego (tzn. podlegającego uwzględnieniu), czy też niewłaściwego (tzn. pozwalającego zredukować wielość ocen na podstawie jednej z reguł ich wyłączenia) jest możliwe jedynie przy uwzględnieniu realiów konkretnego przypadku. Skoro zatem relacja logiczna, w jakiej pozostają oba przepisy, wskazująca na ich krzyżowanie się na różnych płaszczyznach typizacji wraz z oceną o charakterze teleologicznym, nie pozwalają *in abstracto* oraz w odniesieniu do całego zbioru wszelkich możliwych przypadków potencjalnego zbiegu obu przepisów na jednoznaczne określenie jego charakteru, to dalszym wywodom będzie towarzyszyć założenie, że uzyskane dzięki nim wyniki będą miały charakter generalizujący i stanowić będą jedynie pomocną wskazówkę przy rozstrzygnięciu konkretnej sprawy.

W tym stanie rzeczy należy w pierwszej kolejności rozważyć, która ze wskazanych reguł wyłączenia wielości ocen w prawie karnym może być wykorzystana w procesie wykładni norm ze zbiegających się przepisów w celu zapobieżenia przeniesienia zbiegu z płaszczyzny przepisów na płaszczyznę norm. Dalszym etapem powinno być ustalenie, czy jej wykorzystanie jest w stanie doprowadzić do wyłączenia wynikającej z owego zbiegu wielości ocen we wszystkich przypadkach i w rezultacie do przyjęcia kwalifikacji opartej jedynie na jednym ze zbiegających się przepisów, czy też możliwe są takie sytuacje zbiegu przepisów art. 296 k.k. i art. 231 k.k., których wyeliminowanie w oparciu o tę zasadę będzie po prostu niemożliwe, co w konsekwencji prowadzi do przyjęcia kumulatywnej kwalifikacji prawnej, uwzględniającej wielość zachodzących ocen.

Spoglądając na zagadnienie zbiegu przepisów art. 231 § 1 k.k. i 296 § 1 i 1a k.k. z perspektywy dokonanej charakterystyki zasady konsumpcji, nie wydaje się, aby zasada ta mogła być wykorzystana jako podstawa jego rozstrzygnięcia. Przeciwno takiej możliwości zdaje się przemawiać to, że zarówno przepis art. 296 § 1, jak i przepis 1a k.k. nie „pochlaniają” przepisu art. 231 § 1 k.k. w części, w jakiej posiadają one wspólne pole kryminalizacji. Trudno bowiem zasadnie twierdzić, że znamiona przestępstwa nadużycia zaufania zostały określone w taki sposób, że niejako zostały wliczone w nie elementy decydujące o ładunku społecznej szkodliwości zachowań objętych znamionami przestępstwa nadużycia władzy publicznej oraz że kryminalna zawartość wiążąca się ze znamionami przestępstwa nadużycia władzy publicznej została uwzględniona w sankcji przewidzianej w art. 296 § 1a k.k. O braku takiej relacji między znamionami obu przepisów zdają się w szczególności przesądzać odmienności w zakresie określenia dobra prawnego, podlegającego ochronie, jak i inaczej ujęty krąg podmiotów zachowania sprawczego. Wszak w przypadku przestępstwa z art. 231 § 1 k.k. podstawowe znaczenie ma to, że to funkcjonariusz publiczny dopuścił się zamachu przeciwko prawidłowemu funkcjonowaniu instytucji, którą reprezentuje i okoliczność ta powinna znaleźć odzwierciedlenie w kwalifikacji prawnej. Wykorzystanie zasady konsumpcji w odniesieniu do zbiegu zachodzącego pomiędzy przepisami art. 231 § 1 k.k. i art. 296 § 1a k.k. wyklucza także identyczna wysokość zagrożenia ustawowego przewidziana w obu regulacjach.

Prima facie wydawać by się mogło, że w odniesieniu do wspólnego pola między zakresami zastosowania przepisów art. 231 § 1 k.k. i 296 § 1 k.k. można skorzystać z zasady subsydiarności milczącej, która to konstrukcja zakłada, że posiłkowy (subsydiarny) charakter mają przepisy określające podstawy odpowiedzialności karnej za narażenie danego dobra prawnego na niebezpieczeństwo w stosunku do przepisów kryminalizujących

odpowiedzialność za naruszenie (uszkodzenie lub zniszczenie tego dobra prawnego). Bliższa jednak analiza wzajemnych relacji pomiędzy tymi przepisami prowadzi do wniosku, że nie jest możliwe bezkrytyczne przyjęcie twierdzenia, zgodnie z którym działanie na szkodę interesu publicznego, stanowiące etap poprzedzający wystąpienie rzeczywistej szkody o charakterze majątkowym, podlega w każdym przypadku wyłączeniu ze względu na zasadę subsydiarności. Wówczas bowiem pominięte zostałyby dwa istotne elementy związane z charakterystyką przestępstwa stypizowanego w art. 231 § k.k., a niewymienione w treści art. 296 k.k. Należy mieć na uwadze, że w przypadku przestępstwa z art. 231 k.k. działania na szkodę interesu publicznego, a w rezultacie wyrządzenia szkody w tym interesie, dopuszcza się szczególnego rodzaju podmiot, którym jest funkcjonariusz publiczny, po drugie naruszenie stanowi jednocześnie atak na swoiste dobro prawne chronione przez ten przepis, które nie występuje w znamionach art. 296 § 1 k.k. Oba wymienione elementy – tj. szczególny status osoby dopuszczającej się działania na szkodę interesu publicznego, wynikający z pełnienia funkcji w ramach aparatu państwowego oraz różnica w określeniu atakowanego dobra prawnego rzutują na ocenę stopnia społecznej szkodliwości czynu, co nie pozostaje bez wpływu na stosunek zachodzący pomiędzy przepisami art. 231 k.k. i 296 k.k. zwłaszcza z perspektywy możliwości uznania tego pierwszego za przepis dopełniający (subsidiarny).

Konkludując, należy stwierdzić, że zbiegu zachodzącego pomiędzy przepisem art. 231 § 1 k.k. a przepisem art. 296 § 1 k.k. nie da się zredukować nawet przy wykorzystaniu zasady subsydiarności milczącej, a w konsekwencji przyjąć należy wielość ocen oraz wynikającą z niej kumulatywną kwalifikację prawną.

A B S T R A C T

This paper is aimed at showing mutual relations between art. 231 of the Polish Criminal Code, which penalizes the abuse of public authority and art. 296 of the Polish Criminal Code, which penalizes the abuse of trust in business trading. The possibility related to the concurrence of the aforementioned provisions follows from the similarity of features connected with both types of prohibited acts mentioned above, as well as from the fact, that relatively large group of public officers handles financial interests of a state or local



government also in the field of economic activities undertaken by those entities. The article describes the problem related to the concurrence of art. 231 and art. 296 of the Polish Criminal Code with reference to doctrine and jurisprudence. It also compares both types of prohibited acts with reference to protected matter, person acting, description of the activity and occurrence (or lack) of the result i.e. violation of goods protected by law. The article ends with conclusion, that art. 231 and art. 296 of the Polish Criminal Code cross with each other, which enables acceptance of the real concurrence related to those provisions and – as a result – cumulative legal qualification.

Prawnokarna ochrona wybranych praw pacjenta

Criminal law protection of selected patient rights

S T R E S Z C Z E N I E

Z uwagi na fakt, że niektóre zachowania stanowiące naruszenie praw pacjenta mogą wyczerpywać znamiona przestępstw, co uzasadnia pociągnięcie ich sprawców do odpowiedzialności karnej, w publikacji skoncentrowano się na kwestii ścigania czynów wymierzonych w wybrane uprawnienia chorych z punktu widzenia celów i założeń prawa karnego. Zwrócono uwagę na problematykę odpowiedzialności karnej za błąd medyczny, bezprawne ujawnienie informacji o stanie zdrowia pacjenta i leczeniu pacjenta bez jego zgody. W artykule oprócz licznego orzecznictwa sądowego i pozycji piśmienniczych wykorzystano także dane publikowane w sprawozdaniach składanych za lata 2010–2018 przez Rzecznika Praw Pacjenta.

I. Wprowadzenie

W piśmiennictwie dotyczącym prawa ochrony zdrowia zauważa się, że proces leczenia pacjenta, a w szczególności jego hospitalizacja, są okolicznościami, które wiążą się z pewnymi niedogodnościami i koniecznością poddania się określonym rygorom pobytu w szpitalu. Niemniej jednak i w takich warunkach organizacja opieki szpitalnej powinna uwzględniać standardy płynące z idei praw człowieka i obywatela, czemu służy ustawowe unormowanie specyficznego katalogu uprawnień – praw pacjenta¹.

¹ Por. B. Sygit, D. Wąsik, *Prawo ochrony zdrowia*, Warszawa 2016, s. 188 i n. Na temat praw pacjenta zob. również m.in. D. Karkowska, *Prawa pacjenta*, Warszawa 2009; B. Sygit, D. Wąsik, *Patients' rights and medical personnel duties in the field of hospital care* [w:] K. Leksowski, A. Rosiek (ed.), *Organizational Culture and Ethics in Modern Medicine*, IGI Global 2015, s. 281–296; B. Sygit, E. Bloch-Bogusławska, K. Śliwka, *Ewolucja praw chorego w ustawodawstwie polskim 1918–1998 na tle standardów Unii Europejskiej*, Arch.Med.Sąd.iKryminol. 2003, nr 4, s. 313–323; I. Michałek-Janiczek, *Autonomia małoletniego w zakresie leczenia*, PiP 2009, nr 10, s. 57–69; M. Boratyńska, *Autonomia pacjenta a granice upoważnienia osoby bliskiej i zaufanej*, PiM 2014, nr 1, s. 61–85; J. Kulesza, *Brak zgody pacjenta na zabieg leczniczy a lekarski obowiązek udzielania pomocy*, PiM 2005, nr 19, s. 66;

Rodzaje praw pacjenta i ich zakres określone są w ustawie z dnia 6 listopada 2008 r. o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta (tekst jedn. Dz.U. z 2019 r. poz. 1127, z późn. zm.), dalej jako „u.p.p.”. W uzasadnieniu projektu ww. aktu prawnego wskazano m.in., że „po raz pierwszy na poziomie jednego aktu powszechnie obowiązującego – ustawy – sformułowano najważniejsze prawa pacjenta”, a dotychczasowy stan prawny stanowił „potencjalną trudność, zarówno dla pacjentów, jak i podmiotów udzielających świadczeń zdrowotnych do zapoznania się z treścią rzeczonych praw, a w dalszej konsekwencji ich przestrzegania”. Tym samym ustawa o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta stanowić miała „zabieg logiczny i uzasadniony z punktu widzenia podmiotów uczestniczących w procesie udzielania świadczeń zdrowotnych”².

Zgodnie z art. 2 u.p.p. przestrzeganie praw pacjenta określonych w ustawie jest obowiązkiem organów władzy publicznej właściwych w zakresie ochrony zdrowia, Narodowego Funduszu Zdrowia, podmiotów udzielających świadczeń zdrowotnych, osób wykonujących zawód medyczny oraz innych osób uczestniczących w udzielaniu świadczeń zdrowotnych. Natomiast w ramach roszczenia o zadośćuczynienie pieniężne za naruszenie praw pacjenta wystarczające jest wykazanie zawinionego zachowania personelu leczniczego jednostki medycznej, które naruszyło określone prawa pacjenta³.

M. Tenenbaum-Kulig, *Mechanizm pozasądowego uzyskiwania odszkodowania lub zadośćuczynienia za błąd medyczny w ujęciu projektu nowelizacji ustawy o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta*, PiM 2010, nr 4, s. 40–56.

² Por. uzasadnienie projektu ustawy o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta, Sejm VI kadencji, nr druku 283. Źródło: <<http://orka.sejm.gov.pl/proc6.nsf/opisy/283.htm>> [dostęp: 19.02.2020 r.]. Jednocześnie zwracano również uwagę na konieczność wprowadzenia do polskiego systemu prawnego legalnej definicji „pacjenta”. W projekcie wprowadzono zatem legalną definicję pojęcia „pacjent”, której w obowiązujących wówczas przepisach prawa nie było. To z kolei bardzo utrudniało zgłaszającym się do Rzecznika Praw Pacjenta osobom, czującym się pokrzywdzonymi przez podmioty lecznicze i osoby wykonujące zawody medyczne, czy rzeczywiście w danej sytuacji doszło do naruszenia praw pacjenta. Jako przykłady wskazywano np. osoby pozbawione wolności korzystające z jednostek więziennej służby zdrowia na terenie zakładu karnego bądź aresztu śledczego, osoby, które skarżyły się na postępowanie biegłych lekarzy wydających opinię w procesach toczących się przed sądami powszechnymi, bądź osoby będące w relacji z lekarzami orzecznikami Zakładu Ubezpieczeń Społecznych. Konkludując, zaprezentowana w projekcie legalna definicja terminu „pacjent” określająca w jasny sposób zakres rzeczowego pojęcia miała – jak to określał ustawodawca – „zasadnicze znaczenie przy dokonywaniu wykładni, czy w danym stanie faktycznym mamy do czynienia z naruszeniem praw pacjenta”. Jest to o tyle istotne, że w świetle ugruntowanego w orzecznictwie sądowym poglądu legitymacja czynna do wystąpienia z żądaniem zasądzenia zadośćuczynienia w rozumieniu art. 4 ust. 1 u.p.p., mimo użycia przez ustawodawcę określenia „poszkodowany”, przysługuje jedynie pacjentowi. Zob. wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z dnia 12 września 2018 r., sygn. akt I ACa 324/18, LEX nr 257166.

³ Por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 4 listopada 2016 r., sygn. akt I CSK 739/15, LEX nr 2166373.

Prawami pacjenta wymienionymi w ustawie są: 1) prawo do świadczeń zdrowotnych; 2) prawo pacjenta do informacji; 3) prawo do zgłaszania działań niepożądanych produktów leczniczych; 4) prawo pacjenta do tajemnicy informacji z nim związanych; 5) prawo pacjenta do wyrażenia zgody na udzielenie świadczeń zdrowotnych; 6) prawo do poszanowania intymności i godności pacjenta; 7) prawo pacjenta do dokumentacji medycznej; 8) prawo pacjenta do zgłoszenia sprzeciwu wobec opinii albo orzeczenia lekarza; 9) prawo pacjenta do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego; 10) prawo pacjenta do opieki duszpasterskiej; 11) prawo pacjenta do przechowywania rzeczy wartościowych w depozycie.

Mówiąc o problematyce prawnej ochrony praw pacjenta, na ogół w pierwszej kolejności na myśl przychodzi odpowiedzialność cywilnoprawna. W art. 4 ust. 1 i 2 u.p.p. przewidziano bowiem, że w razie zawinionego naruszenia praw pacjenta sąd może przyznać poszkodowanemu odpowiednią sumę tytułem zadośćuczynienia pieniężnego za doznaną krzywdę na podstawie art. 448 k.c. W razie zawinionego naruszenia prawa pacjenta do umierania w spokoju i godności sąd może, na żądanie małżonka, krewnych lub powinowatych do drugiego stopnia w linii prostej lub przedstawiciela ustawowego, zasądzić odpowiednią sumę pieniężną na wskazany przez nich cel społeczny na podstawie art. 448 k.c.

Niektóre zachowania stanowiące *de facto* naruszenie praw chorych mogą jednak wyczerpywać znamiona przestępstw, co uzasadnia pociągnięcie ich sprawców do odpowiedzialności karnej. Z uwagi na nieliczne publikacje odnoszące się do ścigania czynów wymierzonych w sferę praw pacjenta, jako ustawowo uregulowany system uprawnień, prezentację tego zagadnienia – z perspektywy wybranych uprawnień chorych – przyjęto za zasadniczy cel niniejszego artykułu. Oprócz analizy przepisów prawnych i orzeczeń sądowych w opracowaniu przedstawiono też stwierdzone w praktyce naruszenia praw pacjenta, na podstawie informacji dostarczanych w sprawozdaniach składanych przez Rzecznika Praw Pacjenta.

II. Rodzaje i istota wybranych praw pacjenta w polskim porządku prawnym

Wydaje się, iż z punktu widzenia celowości udzielania świadczeń zdrowotnych, organizacji działalności leczniczej, a także prawidłowości przebiegu procesów diagnostycznego czy terapeutycznego najważniejsze znaczenie w systemie uprawnień pacjenta należy nadać prawu chorego do świadczeń zdrowotnych, prawu do uzyskania informacji o stanie zdrowia i tajemnicy informacji z nim związanych, prawu do

wyrażenia zgody na udzielenie świadczeń zdrowotnych, a także prawo do poszanowania intymności i godności pacjenta.

Prawo pacjenta do świadczeń zdrowotnych zostało uregulowane w art. 6–8 u.p.p. Zgodnie z art. 6 ust. 1–6 u.p.p. pacjent ma prawo do świadczeń zdrowotnych odpowiadających wymaganiom aktualnej wiedzy medycznej. Pacjent ma również prawo, w sytuacji ograniczonych możliwości udzielenia odpowiednich świadczeń zdrowotnych, do przejrzystej, obiektywnej, opartej na kryteriach medycznych, procedury ustalającej kolejność dostępu do tych świadczeń. Co ważne, pacjent ma prawo żądać, aby udzielający mu świadczeń zdrowotnych: 1) lekarz zasięgnął opinii innego lekarza lub zwołał konsylium lekarskie, 2) pielęgniarka (położna) zasięgnęła opinii innej pielęgniarki (położnej). Lekarz może odmówić zwołania konsylium lekarskiego lub zasięgnięcia opinii innego lekarza, jeżeli uzna, że żądanie to jest bezzasadne. Wydaje się, że do takich okoliczności zaliczyć należy zgłoszone przez pacjenta żądanie zwołania konsylium motywowane wyłącznie osobistą niechęcią do członka personelu medycznego z uwagi na wiek lub płeć tego lekarza. Zarówno żądanie, jak i odmowę odnotowuje się w dokumentacji medycznej. Te same zasady obowiązują w stosunku do pielęgniarki i położnej w zakresie zasięgnięcia opinii innej pielęgniarki lub położnej.

Zgodnie z art. 7 ust. 1 i 2 u.p.p. pacjent ma prawo do natychmiastowego udzielenia świadczeń zdrowotnych ze względu na zagrożenie zdrowia lub życia, natomiast w przypadku porodu pacjentka ma prawo do uzyskania świadczeń zdrowotnych związanych z porodem. W orzecznictwie na gruncie wykładni art. 7 u.p.p. zauważa się, że działania organizatorskie podmiotu udzielającego świadczeń zdrowotnych, które pozbawiają podmiot zdolności do realizacji tego prawa pacjenta przez niezapewnienie obsady personalnej mającej zdolność do natychmiastowego udzielenia świadczenia ratującego pacjentowi życie, jest praktyką naruszającą zbiorowe prawa pacjenta. Regulacja kolejności wyboru miejsca transportowania osoby w stanie nagłego zagrożenia zdrowotnego przesądza o wyborze, bez oczekiwania na dyspozycje medycznego dyspozytora lub lekarza koordynatora ratownictwa medycznego, miejsc: najbliższy pod względem czasu dotarcia szpitalny oddział ratunkowy. Wykonanie tego nakazu prawnego przez zespół ratownictwa medycznego nie może stanowić podstaw do odstąpienia od wykonywania obowiązku przez podmiot leczniczy z przyczyn organizacyjnych. Zmiana wyboru miejsca transportu przez brak gotowości podmiotu leczniczego udzielenia świadczenia ratującego życie nie może stanowić okoliczności uzasadniającej ocenę praktyki podmiotu leczniczego jako nie naruszającej zbiorowe prawa pacjentów⁴.

⁴ Zob. wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 17 stycznia 2017 r., sygn. II OSK 2619/16, LEX nr 2201921.

Z przepisami art. 6 i 7 u.p.p. bezpośrednio koresponduje art. 8 u.p.p., stanowiący, że pacjent ma prawo do świadczeń zdrowotnych udzielanych z należytą starannością przez podmioty udzielające świadczeń zdrowotnych w warunkach odpowiadających określonym w odrębnych przepisach wymaganiom fachowym i sanitarnym. Przy udzielaniu świadczeń zdrowotnych osoby wykonujące zawód medyczny kierują się zasadami etyki zawodowej określonymi przez właściwe samorządy zawodów medycznych. W orzecznictwie zauważa się, że ewentualne błędy w sprawowaniu opieki i zaniechania w zapewnieniu pacjentowi bezpieczeństwa, także przed nim samym, należy mieć na uwadze miernik staranności, do jakiego zobowiązany jest personel szpitala uwzględniający jego zawodowy charakter w zakresie ochrony zdrowia. Przyjęty miernik staranności musi również uwzględniać specyfikę działania systemu ochrony zdrowia i konieczność ratowania życia i zdrowia wielu pacjentów. Personel szpitala musi zapewnić równe traktowanie i taki sam poziom bezpieczeństwa wszystkim pacjentom. Przesłanką powstania odpowiedzialności jest bezprawność zachowania personelu medycznego szpitala, polegająca na naruszeniu prawa pacjenta określonego ustawą. Za bezprawne może być w tym przypadku uznane tylko takie zachowanie sprawcy szkody, które stanowi obiektywnie złamanie określonych w ustawie reguł postępowania. Naruszenie reguł postępowania i bezprawność postępowania rozumieć należy jako naruszenie przepisów ustawy w zakresie kształtowania praw pacjenta i skorelowanych z nimi obowiązków, ale także w wypadku osób wykonujących zawód medyczny jako naruszenie reguł wynikających z zasad obowiązującej ich etyki zawodowej. Tym samym uznać należy, że bezprawne na gruncie omawianego przepisu mogą być nie tylko zachowania, przez które sprawca nie zastosował się do określonego nakazu czy postąpił wbrew zakazowi, przy czym wzorzec zachowania wynika z konkretnych przepisów ustawy, lecz także zachowania obiektywnie naruszające konkretne prawo pacjenta określone ustawą, stanowiące naruszenie zasad etyki zawodowej osób wykonujących zawód medyczny⁵.

Prawo pacjenta do informacji regulują przepisy art. 9–12 u.p.p. Zgodnie z art. 9 ust. 1–8 u.p.p. pacjent ma prawo do informacji o swoim stanie zdrowia. Pacjent, w tym małoletni, który ukończył 16 lat, lub jego przedstawiciel ustawowy mają prawo do uzyskania od osoby wykonującej zawód medyczny przystępnej informacji o stanie zdrowia pacjenta, rozpoznaniu, proponowanych oraz możliwych metodach diagnostycznych i leczniczych, dających się przewidzieć następstwach ich zastosowania

⁵ Zob. wyrok Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 30 maja 2018 r., sygn. I C 11/17, LEX nr 2584499.

albo zaniechania, wyników leczenia oraz rokowaniu, w zakresie udzielanych przez tę osobę świadczeń zdrowotnych oraz zgodnie z posiadanymi przez nią uprawnieniami. Pacjent lub jego ustawowy przedstawiciel mają prawo do wyrażenia zgody na udzielenie ww. informacji innym osobom, jak również mogą żądać, aby osoba wykonująca zawód medyczny nie udzielała takiej informacji. Po uzyskaniu informacji o stanie zdrowia pacjent ma prawo przedstawić osobie wykonującej zawód medyczny swoje zdanie w tym zakresie. W przypadku wyjątkowym, jeżeli rokowanie jest niepomyślne dla pacjenta, pacjent ma prawo żądać, aby lekarz udzielił mu informacji o stanie zdrowia w pełnym zakresie. Pacjent małoletni, który nie ukończył 16 lat, ma prawo do uzyskania od osoby wykonującej zawód medyczny informacji ww. w zakresie i formie potrzebnej do prawidłowego przebiegu procesu diagnostycznego lub terapeutycznego. Wreszcie pacjent, w tym małoletni, który ukończył 16 lat, lub jego ustawowy przedstawiciel mają prawo do uzyskania również od pielęgniarki, położnej przystępnej informacji o jego pielęgnacji i zabiegach pielęgniarstkich.

Zgodnie z art. 10 u.p.p. w przypadku niepodjęcia leczenia pacjenta lub odstąpienia przez lekarza od jego leczenia – sam pacjent, jego przedstawiciel ustawowy lub opiekun faktyczny mają prawo do dostatecznie wczesnej informacji o zamiarze odstąpienia przez lekarza od leczenia pacjenta i wskazania przez tego lekarza możliwości uzyskania świadczenia zdrowotnego u innego lekarza lub podmiotu udzielającego świadczeń zdrowotnych.

Prawo pacjenta do tajemnicy informacji z nim związanych określone jest w art. 13 i 14 u.p.p. Przede wszystkim pacjent ma prawo do zachowania w tajemnicy przez osoby wykonujące zawód medyczny, w tym udzielające mu świadczeń zdrowotnych, informacji z nim związanych, a uzyskanych w związku z wykonywaniem zawodu medycznego. W celu realizacji tego prawa osoby wykonujące zawód medyczny są obowiązane zachować w tajemnicy informacje związane z pacjentem, w szczególności ze stanem zdrowia pacjenta. Regulacji tych nie stosuje się jednak (w niezbędnym zakresie) w przypadku, gdy tak stanowią przepisy odrębnych ustaw, gdy zachowanie tajemnicy może stanowić niebezpieczeństwo dla życia lub zdrowia pacjenta lub innych osób, gdy pacjent lub jego przedstawiciel ustawowy wyraża zgodę na ujawnienie tajemnicy (osoby te określają zakres uchylenia tajemnicy medycznej), jak również gdy zachodzi potrzeba przekazania niezbędnych informacji o pacjencie związanych z udzielaniem świadczeń zdrowotnych innym osobom wykonującym zawód medyczny, uczestniczącym w udzielaniu tych świadczeń. Obowiązek zachowania tajemnicy medycznej wyłączony jest również w postępowaniu przed wojewódzką komisją do spraw orzekania o zdarzeniach medycznych. Osoby wykonujące zawód medyczny co do zasady są związane tajemnicą również po śmierci pacjenta, chyba

że zgodę na ujawnienie tajemnicy wyrazi osoba bliska. Osoba bliska wyrażająca zgodę na ujawnienie tajemnicy może określić zakres jej ujawnienia. W przypadku sprzeciwu innych osób w ujawnieniu tajemnicy lekarskiej przepisy ustawy o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta przewidują specjalną procedurę sądową dla rozstrzygnięcia spornej kwestii.

Autonomię pacjenta w podejmowaniu leczenia podkreśla przepis art. 16 u.p.p., stanowiący, że pacjent ma prawo do wyrażenia zgody na udzielenie określonych świadczeń zdrowotnych lub odmowy takiej zgody, po uzyskaniu informacji w zakresie określonym w art. 9 u.p.p. Zgodnie z art. 17 ust. 1 u.p.p. pacjent, w tym małoletni, który ukończył 16 lat, ma prawo do wyrażenia zgody na przeprowadzenie badania lub udzielenie innych świadczeń zdrowotnych. Przedstawiciel ustawowy pacjenta małoletniego, całkowicie ubezwłasnowolnionego lub niezdolnego do świadomego wyrażenia zgody, ma prawo do wyrażenia ww. zgody, zaś przypadku braku przedstawiciela ustawowego prawo to, w odniesieniu do badania, może wykonać opiekun faktyczny (ust. 2). Pacjent małoletni, który ukończył 16 lat, osoba ubezwłasnowolniona albo pacjent chory psychicznie lub upośledzony umysłowo, lecz dysponujący dostatecznym rozeznanie, ma prawo do wyrażenia sprzeciwu co do udzielenia świadczenia zdrowotnego, pomimo zgody przedstawiciela ustawowego lub opiekuna faktycznego. W takim przypadku wymagane jest zezwolenie sądu opiekuńczego (ust. 3). Zgodnie z art. 17 ust. 4 u.p.p. zgoda oraz sprzeciw, o których mowa powyżej, mogą być wyrażone ustnie albo przez takie zachowanie się osób wymienionych w tych przepisach, które w sposób niebudzący wątpliwości wskazuje na wolę poddania się czynnościom proponowanym przez osobę wykonującą zawód medyczny albo brak takiej woli. W przypadku jednak zabiegu operacyjnego albo zastosowania metody leczenia lub diagnostyki stwarzających podwyższone ryzyko dla pacjenta, zgodę wyraża się w formie pisemnej (art. 18 ust. 1 u.p.p.).

Prawo pacjenta do poszanowania intymności i godności unormowane jest w art. 20–22 u.p.p. W myśl art. 20 ust. 1 i 2 u.p.p. Pacjent ma prawo do poszanowania intymności i godności, w szczególności w czasie udzielania mu świadczeń zdrowotnych, przy czym prawo do poszanowania godności obejmuje także prawo do umierania w spokoju i godności. Uzupełnieniem tej regulacji jest art. 22 u.p.p. przewidujący m.in., że w celu realizacji omawianego prawa osoba wykonująca zawód medyczny ma obowiązek postępować w sposób zapewniający poszanowanie intymności i godności pacjenta, natomiast osoby wykonujące zawód medyczny, inne niż udzielające świadczeń zdrowotnych, uczestniczą przy udzielaniu tych świadczeń tylko wtedy, gdy jest to niezbędne ze względu na rodzaj świadczenia lub wykonywanie czynności kontrolnych na podstawie przepisów o działalności leczniczej.

Uczestnictwo, a także obecność innych osób wymaga zgody pacjenta, a w przypadku pacjenta małoletniego, całkowicie ubezwłasnowolnionego lub niezdolnego do świadomego wyrażenia zgody, jego przedstawiciela ustawowego i osoby wykonującej zawód medyczny, udzielającej świadczenia zdrowotnego⁶. Tym samym na prawo poszanowania godności składa się prawo do odpowiedniego kulturalnego, życzliwego stosunku do pacjentów, którym podmiot udziela świadczeń zdrowotnych. Obowiązek ten obejmuje nie tylko personel medyczny (lekarzy, pielęgniarki), ale każdego pracownika podmiotu leczniczego, a zwłaszcza zatrudnionego w rejestracji. Od tych czynności podejmowanych przez personel rejestracji pacjentów zależy dojście do świadczeń, kolejności udzielanych świadczeń. Podmiot leczniczy ma zatem obowiązek takiej organizacji pracy, aby pacjent miał pełen dostęp do świadczeń, bez obawy o odrzucenie, niechęć, wulgarne zachowanie. Naruszenie zbiorowych praw pacjentów obejmuje nie tylko wykonywanie czynności przez lekarzy, pielęgniarki, a całość organizacyjną umożliwiającą pacjentom dostęp do świadczeń zdrowotnych w ramach sprawnej, kulturalnej obsługi⁷. Zgodnie z art. 20a ust. 1 i 2 u.p.p. pacjent ma prawo

⁶ W orzecznictwie podkreśla się, że pojęcie czci pacjenta można rozpatrywać zarówno w postaci dobrego imienia (czci zewnętrznej), jak i w znaczeniu godności osobistej (czci wewnętrznej). Cześć konkretyzuje się w poczuciu własnej wartości człowieka i oczekiwaniu szacunku ze strony innych ludzi. Naruszenie czci przejawiać się może w obu aspektach. Cześć, dobre imię, dobra sława człowieka są pojęciami obejmującymi wszystkie dziedziny jego życia osobistego, zawodowego i społecznego. Naruszenie czci może więc nastąpić zarówno przez pomówienie o ujemne postępowanie w życiu osobistym i rodzinnym, jak i przez zarzucenie niewłaściwego postępowania w życiu zawodowym, naruszające dobre imię danej osoby i mogące narazić ją na utratę zaufania potrzebnego do wykonywania zawodu lub innej działalności. Naruszenie czci może nastąpić zarówno publicznie, jak i prywatnie, w wypowiedzi ustnej lub pisemnej albo przekazanej innym nośnikiem informacji, może nastąpić w wywiadzie, felietonie, lub innej publikacji prasowej, książce, orzeczeniu sądowym, piśmie procesowym, wykładzie uniwersyteckim, liście, rozmowie, blogu albo komentarzu internetowym. Godność konkretyzuje się zatem w poczuciu własnej wartości człowieka i oczekiwaniu szacunku ze strony innych ludzi, a jej naruszenie polega z reguły na ublężeniu kogoś lub obraźliwym zachowaniu wobec niego i przybiera najczęściej postać znieważenia. Dotyczy zaś sfery wewnętrznej człowieka, dotyka jego poczucia wartości, wywiera wpływ na kształtowanie jego samoceny i odnosi się do jego sfery wewnętrznej, osobistej. Cześć zewnętrzna, tj. dobre imię, to najogólniej rzecz ujmując sposób postrzegania i uważania danej osoby na zewnątrz, przez otoczenie, współpracowników, kontrahentów, środowisko, w którym dana osoba się obraca, a w ujęciu najszerszym – społeczeństwo. Naruszenie dobrego imienia polega najczęściej na zniesławieniu przez pomówienie o takie postępowanie lub właściwości, które mogą poniżyć tę osobę w opinii publicznej lub narazić na utratę zaufania potrzebnego dla danego stanowiska, zawodu lub rodzaju prowadzonej działalności. Może tu chodzić zarówno o rozpowszechnianie wiadomości określonej treści, która stanowi zarzut pod adresem jednostki, jak i wyrażanie ujemnej oceny jej działalności. Niejednokrotnie naruszanie czci przejawiać się będzie w obu aspektach. Por. wyrok Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 30 maja 2018 r., sygn. I C 11/17, LEX nr 2584499, a także przywołane tam orzecznictwo Sądu Najwyższego – wyroki z dnia 29 października 1971 r., sygn. II CR 455/71, LEX nr 1344; z dnia 29 października 1971 r., sygn. II CR 455/71, OSNCP 1972, Nr 4, poz. 77; z dnia 8 marca 2012 r., sygn. V CSK 109/11, OSNC 2012.

⁷ Zob. wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 20 marca 2019 r., sygn. II OSK 3727/18, LEX nr 2652685.

do leczenia bólu, zaś podmiot udzielający świadczeń zdrowotnych jest obowiązany podejmować działania polegające na określeniu stopnia natężenia bólu, leczeniu bólu oraz monitorowaniu skuteczności tego leczenia. W art. 21 ust. 1 i 2 u.p.p. przewidziano natomiast, że na życzenie pacjenta przy udzielaniu świadczeń zdrowotnych może być obecna osoba bliska. Osoba wykonująca zawód medyczny udzielająca świadczeń zdrowotnych pacjentowi może odmówić obecności osoby bliskiej przy udzielaniu świadczeń zdrowotnych w przypadku istnienia prawdopodobieństwa wystąpienia zagrożenia epidemicznego lub ze względu na bezpieczeństwo zdrowotne pacjenta. Taką odmowę odnotowuje się w dokumentacji medycznej.

III. Działania naruszające prawa pacjenta w świetle ustaleń Rzecznika Praw Pacjenta

Jak wynika ze sprawozdań dotyczących przestrzegania praw pacjenta na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, składanych przez Rzecznika Praw Pacjenta za lata 2010–2018⁸, największa liczba uzasadnionych skarg na naruszenia uprawnień chorych dotyczy prawa do dokumentacji medycznej, prawa do świadczeń zdrowotnych, prawa do poszanowania intymności i godności pacjenta, prawa do informacji, prawa pacjenta do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego, prawa pacjenta do zgłoszenia sprzeciwu wobec opinii albo orzeczenia lekarza, prawa pacjenta do tajemnicy informacji, a także prawa pacjenta do wyrażenia zgody na badanie i leczenie⁹.

⁸ Przywoływane w artykule sprawozdania Rzecznika Praw Pacjenta jako dokumenty urzędowe publikowane są na oficjalnej stronie internetowej Ministerstwa Cyfryzacji: <<https://www.gov.pl/web/rpp/sprawozdania-dotyczace-przestrzegania-praw-pacjenta>> [dostęp: 25.02.2020 r.].

⁹ Przykładowo w sprawozdaniu z 2013 r. Rzecznik podkreślał, że najczęściej stwierdzanymi naruszeniami praw pacjenta były: 1) prawo pacjenta do świadczeń zdrowotnych (art. 6–8 u.p.p.) – 29% – w zakresie: a) udzielenia świadczenia zdrowotnego nieodpowiadającego wymaganiom aktualnej wiedzy medycznej, b) odmowy udzielenia świadczenia zdrowotnego, np. wizyty domowej lekarza podstawowej opieki zdrowotnej, c) nieprawidłowo prowadzonych list oczekujących, d) udzielenia świadczenia zdrowotnego bez zachowania należytej staranności, e) odmowy udzielenia świadczenia zdrowotnego pomimo zagrożenia zdrowia i życia; 2) prawo pacjenta do dokumentacji medycznej (art. 23–30 u.p.p.) – 29% – w zakresie: a) odmowy udostępnienia dokumentacji medycznej, w tym osobom upoważnionym przez pacjenta za życia, b) pobierania zawyżonych opłat za wykonanie kopii dokumentacji medycznej, w tym poświadczonych za zgodność z oryginałem, c) odmowy wydania oryginału dokumentacji medycznej za potwierdzeniem odbioru i z zastrzeżeniem zwrotu po jej wykorzystaniu, d) odmowy udostępnienia dokumentacji medycznej przedstawicielowi ustawowemu, na podstawie oświadczenia drugiego z rodziców; 3) prawo pacjenta do informacji (art. 9–12 u.p.p.) – 26% – w zakresie: a) odstąpienia od leczenia pacjenta bez wcześniejszej informacji o zamiarze odstąpienia, b) nieudzielenia informacji w zakresie możliwości wystąpienia skutków niepożądanych zastosowanego leczenia, c) nieinformowania pacjenta o stanie zdrowia i zmianie rozpoznania, d) braku

Uchybienia w obszarze realizacji prawa pacjenta do dokumentacji medycznej przyjmują postać nieuzasadnionej odmowy wydania kopii dokumentacji, prowadzenia dokumentacji w sposób niedający się odczytać, a także wprowadzanie błędnych wpisów i dokumentowania zdarzeń, które nie miały miejsca (2010 r.). Rzecznik w 2011 r. wśród najbardziej rażących nieprawidłowości wskazywał m.in. przypadki bezprawnego przekazania przez pielęgniarkę w siedzibie świadczeniodawcy dokumentacji medycznej pacjentowi przedstawicielowi firmy farmaceutycznej, nieuzasadnioną odmowę udostępnienia pacjentowi oryginałów dokumentacji, wydanie przez lekarza psychiatrę (prowadzącego indywidualną specjalistyczną praktykę) zaświadczenia lekarskiego osobom nieuprawnionym, bez przeprowadzenia osobistego badania i bez zgody pacjentki, jak również nieprawidłowe prowadzenie dokumentacji medycznej i zamieszczanie w niej wpisów w sposób nieczytelny, bez zachowania porządku chronologicznego i braku autoryzacji dokonywanych wpisów, wystawianie dwóch różnie brzmiących egzemplarzy kart informacyjnych z leczenia szpitalnego z tego samego okresu pobytu pacjenta w szpitalu, zamieszczanie w kartach informacyjnych z leczenia szpitalnego informacji o wykonanych badaniach i zabiegach, które faktycznie nie miały miejsca¹⁰. W 2016 r. podkreślano problemy m.in. z odmową wydania karty zgonu, udostępniania odlewów (modeli) stomatologicznych, a także nieprawidłowości w sporządzaniu i prowadzeniu dokumentacji medycznej podmiotów leczniczych utworzonych przez Ministra Obrony Narodowej.

W przypadku prawa pacjenta do świadczeń zdrowotnych zwracano uwagę m.in. na nieprawidłowe funkcjonowanie procedury dostępu do świadczeń zdrowotnych w obszarze ortopedii, okulistyki, neurochirurgii, rehabilitacji oraz opieki długoterminowej domowej i stacjonarnej (2010 r.).

lub nieaktualnych informacji o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta; 4) prawo pacjenta do poszanowania intymności i godności (art. 20–22 u.p.p.) – 8% – w zakresie: a) udzielenia świadczenia zdrowotnego w obecności osób trzecich, b) odmowy obecności osoby bliskiej przy udzieleniu świadczenia zdrowotnego pacjentowi oraz braku odnotowania w dokumentacji medycznej faktu odmowy, c) niestosownego zachowania personelu medycznego, naruszającego godność pacjenta.

¹⁰ W sprawozdaniu z 2012 r. Rzecznik, opisując przypadki naruszenia prawa pacjenta do dokumentacji medycznej, zwracał uwagę na odmowę udostępnienia przedstawicielowi ustawowemu dokumentacji medycznej małoletniego pacjenta, niezbędnej do oceny przez zakład ubezpieczeń zakresu szkody spowodowanej wypadkiem komunikacyjnym, a także obciążenie pacjentki zbyt wysokimi kosztami sporządzenia kopii dokumentacji. W sprawozdaniu z 2014 r. dostrzegano nieprawidłowości w zakresie dostępu do dokumentacji medycznej dotyczącej dzieci, które nie ukończyły 18 roku życia, udostępniania dokumentacji do celów naukowych (brak anonimizacji), dostępu do dokumentacji medycznej po zakończeniu wykonywania przez podmiot działalności leczniczej, dostępu do oryginałów dokumentacji, dostępu do dokumentacji medycznej zmarłego pacjenta, pobierania zawyżonych opłat za udostępnianie kopii dokumentacji medycznej, nieuzasadnionej odmowy udostępniania dokumentacji małoletniego pacjenta jego przedstawicielowi ustawowemu, a także prowadzenia dokumentacji medycznej.

Według Rzecznika listy oczekujących nie spełniały swojego zadania, nie stanowiły wiarygodnego źródła informacji dla pacjentów i płatnika (tj. Narodowego Funduszu Zdrowia), natomiast nadmierna dowolność w kreowaniu list oczekujących mogła sprzyjać powstawaniu niekorzystnych zjawisk. Ponadto pacjenci nie byli kwalifikowani do kategorii medycznej „przypadek stabilny” lub „przypadek pilny”, zaś informacje o trybie (zasadach) wpisywania na listy oczekujących nie były podane do publicznej wiadomości pomimo prawnego obowiązku. W zakresie udzielania świadczeń zdrowotnych przez lekarzy rodzinnych zwracano uwagę na odległe terminy wizyt u lekarza rodzinnego, odmowy udzielenia świadczenia w trybie nagłego zachorowania, odmowy realizacji wizyty domowej, odmowy zlecenia badań diagnostycznych, w tym wykonania badań przedszpitalnych, obciążanie pacjentów kosztami wykonania przez pielęgniarkę zleconego zabiegu (iniekcji, zmiana opatrunku), czy też odmowę rejestracji telefonicznej do lekarza¹¹. W 2012 r. Rzecznik przywołał w sprawozdaniu przykład naruszenia praw pacjentki do świadczeń zdrowotnych udzielanych zgodnie z aktualną wiedzą medyczną, która kilka dni po wykonanym zabiegu laparotomii trafiła do szpitala z podejrzeniem zakrzepicy kończyny dolnej. Zarzut uchybień w procesie terapeutycznym sprowadzał się do niezlecenia stosowania leków przeciwzakrzepowych po wykonaniu zabiegu. W innym postępowaniu stwierdzono natomiast przypadek wystawienia pacjentowi pełnopłatnej recepty na lek refundowany, pomimo iż lek, na który została wystawiona recepta, był refundowany we wszystkich zarejestrowanych wskazaniach. Zdaniem Rzecznika takie działanie stanowiło naruszenie prawa pacjenta do świadczeń zdrowotnych udzielanych z należytą starannością, o którym mowa w art. 8 u.p.p. W sprawozdaniu z 2014 r. dostrzegano następujące problemy: 1) niewystarczający dostęp do psychologów na oddziałach ginekologiczno-położniczych (problem braku wsparcia, zrozumienia oraz empatii ze strony personelu medycznego podczas udzielania świadczeń zdrowotnych pacjentkom z zakresu ginekologii i położnictwa); 2) ograniczenia

¹¹ W sprawozdaniu z 2011 r. zwracano uwagę na przypadek wykonania u dwuletniego dziecka procedury medycznej rozdzielenia warg sromowych mniejszych bez znieczulenia, bez informowania przedstawicieli ustawowych małoletniego o przystąpieniu do zabiegu. W innej sprawie lekarz odstąpił od wykonania zabiegu endoprotezoplastyki stawu biodrowego po złamaniu przez pacjentkę kości udowej – myśląc, że chora nie chodzi w związku z jej chorobą zasadniczą (stwardnienie rozsiane) i wobec tego za bezcelowe uznał operowanie złamanej kończyny. Tymczasem powodem, dla którego pacjentka nie chodziła, była złamana kończyna, a nie choroba zasadnicza (SM). Uwagę zwracano też na sprawy pacjentki, która w wyniku zabiegu w komorze kriogenicznej doznała odmrożeń II stopnia obu kończyn górnych, co było następstwem niezakończonych przed skorzystaniem z komory, wystawienia – podczas interwencji pogotowia ratunkowego – skierowania do szpitala psychiatrycznego bez przeprowadzenia przez lekarza osobistego badania pacjenta, nieprzeprowadzenie przez personel pielęgniarski profilaktyki przeciwoleżynowej u pacjenta, a także zastosowanie środka przymusu bezpośredniego w celach punitywnych, tj. w celu ukarania.

w dostępie do żywienia dojelitowego (dotyczyło to zwłaszcza pacjentów po udarze niedokrwiennym mózgu, u których leczenie szpitalne zostało zakończone); 3) ograniczenia w dostępie do badań prenatalnych; 4) ograniczenia w dostępie do świadczeń stomatologicznych, w tym: a) ograniczenia dostępu do świadczeń stomatologicznych udzielanych w znieczuleniu ogólnym, b) długi czas oczekiwania na operacje dzieci z wadą rozszczepienia jamy ustnej i podniebienia (chodziło głównie o zabiegi korekcyjne wad wrodzonych twarzoczaszki, jamy ustnej i gardła u dzieci <18 roku życia, które są wykonywane w ramach umów w zakresach chirurgia dziecięca, chirurgia plastyczna, chirurgia szczękowo-twarzowa, otolaryngologia i otolaryngologia dziecięca), c) leczenie w ramach programu zdrowotnego „Ortodontyczna opieka nad dziećmi z wrodzonymi wadami części twarzowej czaszki”; 5) ograniczenia dostępu do świadczeń w zakresie realizacji transportu sanitarnego; 6) ograniczenia w dostępie do wyrobów medycznych; 7) ograniczenia w dostępie do świadczeń w ramach podstawowej opieki zdrowotnej dla pacjentów z nadwagą i otyłością; 8) problem niedofinansowania świadczeń zdrowotnych z zakresu opieki psychiatrycznej i leczenia uzależnień; 9) zły stan techniczny pomieszczeń oraz poziom warunków sanitarnych panujący w szpitalach psychiatrycznych i oddziałach psychiatrycznych w szpitalach ogólnych; 10) zły stan pomieszczeń w Instytucie Psychiatrii i Neurologii w Warszawie (np. ściany z ubytkami tynku, w tym z odpadającą farbą, stolarka okienna i drzwiowa z ubytkami, wyeksploatowana wykładzina podłogowa z podklejanymi listwami przypodłogowymi lub ich brakiem, grzejniki z widoczną korozją, ubytki i pęknięcia glazury w pomieszczeniach sanitarno-higienicznych, silikonowe uszczelnienia armatury sanitarnej oraz fugi między kafelkami z widoczną pleśnią; meble będące na wyposażeniu pokoi łóżkowych zniszczone, z widocznymi szczelinami; materace wyeksploatowane, niezabezpieczone pokrowcami; pościel zużyta; pomieszczenia higieniczno-sanitarne niedostosowane do potrzeb osób z niepełnosprawnością ruchową; w pomieszczeniach higienicznosanitarnych brak mydła w dozownikach i ręczników jednorazowego użytku oraz pojemników na zużyte ręczniki); 11) niewłaściwe przygotowanie pacjentów do zabiegów operacyjnych; 12) nieuzasadnione medycznie amputacje kończyn; 12) nieuzasadnione kierowania na leczenie wychowanków młodzieżowych ośrodków wychowawczych oraz młodzieżowych ośrodków socjoterapii. W sprawozdaniu z 2015 r. dodatkowo zwracano uwagę m.in. na nieprawidłowe wyżywienie pacjentów w szpitalach (wiele leków przyjmowanych przewlekłe może wpływać na wchłanianie i trawienie różnych składników pokarmowych oraz pogarszać stan odżywiania), niewystarczającą liczbę lekarzy specjalistów, zbyt małą liczbę pielęgniarek i położnych, dostęp do sprzętu medycznego dla osób otyłych na terenie kraju (dotyczyło

to np. aparatury medycznej wykonującej badania rezonansu magnetycznego, tomografii komputerowej, PET pacjentom otyłym, a także odpowiednich łóżek o zwiększonej nośności, transportu sanitarnego i ambulansów pogotowia ratunkowego zdolnych do transportu osób otyłych), niedostateczny poziom finansowania opieki zdrowotnej, potrzebę opracowania standardów w opiece onkologicznej, dostępność programów zdrowotnych dla Pacjentów powyżej 18. roku życia z chorobami przewlekłym, ograniczenia w dostępie do preparatów używanych do wykonania próby tuberkulinowej (Tuberkuliny PPD RT 23 SSI) na terenie kraju, trudności w zakupie insuliny długodziałających, dostępność do leków stosowanych w mięsaku jelita grubego, zły stan techniczny pomieszczeń oraz poziom warunków sanitarnych panujący w szpitalach psychiatrycznych i oddziałach psychiatrycznych w szpitalach ogólnych, a także kwestię stwierdzenia trwałego i nieodwracalnego ustania czynności mózgu. Poza dotychczas podniesionymi kwestiami w sprawozdaniu z 2016 r. Rzecznik koncentrował się np. na zdarzeniach niepożądanych związanych z podaniem produktu leczniczego niezgodnie z przyjętymi metodami (bezpieczeństwo pacjentów)¹², bezpieczeństwie zdrowotnym osób starszych w sytuacji kryzysu demograficznego, umieszczaniu nieletnich w podmiotach leczniczych niebędących przedsiębiorcami jako środek leczniczy, dostępie do leczenia immunologicznego, obowiązkowych szczepieniach ochronnych u nieletnich, wobec których orzeczony został środek leczniczy, czy niewłaściwej opiece medycznej w placówkach oświatowych nad dziećmi z cukrzycą typu I. Podkreślano ponadto niewystarczające zatrudnianie pielęgniarek w szkołach, pełnienie tzw. dyżurów replantacyjnych, nieprawidłowości w kwalifikacji do przeszczepu nerki, nieprawidłowości w przestrzeganiu czasu pracy personelu medycznego, niewłaściwe informowanie o Niepożądanych Odczynach Poszczepiennych, przejście młodych pacjentów do opieki zdrowotnej dla dorosłych, jak również nieprawidłowości w materiałach znieczulenia podczas rezonansu magnetycznego, wczesnej rehabilitacji neurologicznej dla osób wybudzonych ze śpiączki, dostępności do nowych metod leczenia osób z chorobą Parkinsona (tj. refundacji zabiegów głębokiej stymulacji mózgu (DBS), ale w ograniczonej liczbie oraz wyłącznie jako model jednokanałowy), kontynuacji leczenia pacjentów powracających z zagranicy, dostępu do świadczeń specjalistycznych dla dzieci urodzonych przedwcześnie, dostępu małych pacjentów do wózków inwalidzkich, leczenia pacjentów z podejrzeniem udaru

¹² Podkreślano, że podmioty lecznicze coraz częściej, ze względu na wysoką skuteczność, stosują leczenie bólu poprzez użycie cewnika wprowadzanego do przestrzeni zewnątrzoponowej kanału kręgowego pacjenta. Tą drogą przy użyciu strzykawki lub pompy infuzyjnej może być podawany lek znieczulający miejscowo. Jak pokazują statystyki, pomyłki związane z podaniem pacjentowi leku do niewłaściwego cewnika często są przyczyną powikłań pooperacyjnych.

mózgu, leczenia chorób rzadkich (tj. działań w obszarze identyfikacji i diagnostyki chorób rzadkich, wypracowania szybkich ścieżek postępowania terapeutycznego, zapewnienia ciągłości i koordynacji leczenia oraz opieki społecznej i wsparcia w edukacji), dostępu do wykwalifikowanego personelu medycznego (pediatria, chirurgia ogólna, chirurgia dziecięca, diabetologia, genetyka kliniczna, medycyna rodzinna, kardiologia dziecięca, nefrologia dziecięca, alergologia oraz geriatria), a także legalność i prawidłowość wykonywania środków zabezpieczających. W 2017 r. Rzecznik sygnalizował stwierdzone problemy w obszarach np. dostępu do nowoczesnych terapii biologicznych dla osób cierpiących na nieswoiste choroby zapalne jelit, świadczeń z zakresu medycyny estetycznej i kosmetologii, zagrożenia epidemiologiczne na oddziałach pediatrycznych, jak również dostęp do leczenia pacjentów cierpiących na schorzenia urologiczne (NTM, OAB). W 2018 r. natomiast wskazywano dodatkowo na kwestie problemów pacjentów ze stomią, problem podawania w podmiotach leczniczych leków z tzw. darowizn, czy zmiany zasad stosowania leków immunosupresyjnych.

Przykładem naruszenia prawa pacjenta do informacji, stwierdzonym przez Rzecznika w 2011 r., jest sprawa, w której bez zgody pacjentki podczas badania ginekologicznego obecne były osoby wykonujące zawód medyczny, inne niż udzielające świadczenia zdrowotnego. Obecność tych osób podczas wykonania świadczenia nie była niezbędna, gdyż nie wykonywały one żadnych czynności związanych z badaniem. W innym przypadku – pacjentki skierowanej do hospitalizacji w celu usunięcia torbieli z jajnika – podczas zabiegu operacyjnego zdecydowano o usunięciu obu jajników bez zgody chorej. W formularzu „informacji dla pacjentki oraz formularzu świadomej zgody na przeprowadzenie leczenia operacyjnego” brak było informacji o możliwości poszerzenia zakresu zabiegu operacyjnego – usunięcia cysty jajnika lewego do rozmiaru całkowitego usunięcia obu jajników, przy czym lekarz operujący pacjentkę powinien był przewidzieć, że stopień zmian degeneracyjnych lewego jajnika może uniemożliwiać resekcję częściową. Pacjentka nie została wówczas poinformowana w sposób wyczerpujący, adekwatnie do wiedzy posiadanej przez opiekującego się pacjentką lekarza. Ponadto uwagę zwraca sprawa małoletniego pacjenta przyjętego do szpitala z powodu niewydolności oddechowo-kръżeniowej. W chwili przyjęcia stan dziecka był ciężki i systematycznie się pogarszał, zaś kontynuowanie leczenia nosiłoby znamiona uporczywej terapii. Pacjent zmarł. Podczas jego hospitalizacji rodzicom nie została zapewniona możliwość uzyskania pełnej informacji o stanie zdrowia ich syna. Według sprawozdania z 2012 r. naruszenia prawa pacjenta do informacji wystąpiły w przypadkach zakażenia małoletniego pacjenta gronkowcem złocistym podczas hospitalizacji (informacja o stanie zdrowia chorego), a także wykonywania zabiegu kapsulotomii – leczenia

zaćmy wtórnej (informacja o specyficie zabiegu medycznego). W sprawozdaniu z 2015 r. Rzecznik wskazywał na nieprawidłowości w dostępie pacjentów do informacji o zakażeniach wewnątrzszpitalnych, dostępie do rzetelnej informacji o czasie oczekiwania na świadczenia medyczne (m.in. brak weryfikacji pozyskiwanych informacji, brak wsparcia informatycznego w obszarze gromadzenia i agregacji danych, a także niejednolity system rejestracji pacjentów i brak weryfikacji wskazań oraz stopnia pilności wykonania poszczególnych procedur), a także udzielanie świadczeń zdrowotnych ubezpieczonym mieszkańcom domów pomocy społecznej.

Do naruszenia prawa do poszanowania intymności i godności pacjenta, według ustaleń Rzecznika, miało dochodzić w przypadkach: 1) obecności podczas badania pacjentki w gabinecie innych osób (w tym mężczyzny w cywilnym ubraniu, z którym lekarz prowadził rozmowę dotyczącą zabezpieczenia aparatury), 2) doznania przez małoletnią pacjentkę (lat 10) podczas hospitalizacji w Oddziale Psychiatrii Dziecięcej fizycznych obrażeń, takich jak: pourazowa rana na udzie, liczne stłuczenia i siniaki na ciele ograniczające sprawność ruchową w wyniku przemocy fizycznej (w tym molestowania seksualnego) przez innych pacjentów (16 i 17 lat), 3) angażowania pacjentów do prac porządkowych, takich jak: mycie podłóg, sprząatanie punktów neuralgicznych (łazienki, toalety, kuchenki), noszenie pojemników z brudną bielizną, koszy z odpadami, pojemników z gorącym posiłkiem, sprząatanie terenu szpitala, 4) ograniczanie możliwości korzystania z pomieszczeń sanitarnych przez udostępnianie ich w wyznaczonych porach. W sprawozdaniu z 2012 r. w omawianej materii zwracano uwagę przede wszystkim na odmowę przez lekarzy obecności osób bliskich podczas badania i zabiegu pacjentów (odpowiednio kobiety ciężarnej i małoletniego, u którego wykonywano zabieg gastroskopii). W sprawozdaniu Rzecznika z 2015 r. wskazywano na problematykę negatywnego przedstawiania osób z zaburzeniami psychicznymi oraz psychiatrycznej opieki zdrowotnej w mediach¹³, a także problem tzw. „dostawek” – łóżek dla pacjentów umieszczane na korytarzach oddziałów szpitalnych.

¹³ Rzecznik dostrzegał wolę dziennikarzy w podejmowaniu tematyki z tym związanej oraz występujące pozytywne skutki podejmowanych przez media działań. Niemniej jednak krytykował rażące używanie stygmatyzujących i mających pejoratywny wydźwięk określeń (w szczególności w publikacjach prasowych). Zdaniem Rzecznika używanie określeń takich jak: „świr”, „wariat”, „psychol” itp. stygmatyzują i utrudniają readaptację społeczną osób z zaburzeniami psychicznymi, natomiast używanie określeń takich jak „psychiatryk”, „polska psychuszka” itd. sprawiają, że w społeczeństwie utrwała się negatywny obraz podmiotów leczniczych udzielających psychiatrycznych świadczeń zdrowotnych, zmniejszając również zaufanie do tej dziedziny medycyny. Wywołuje to także poczucie wstydu i wyobcowania osób korzystających z leczenia psychiatrycznego. Takie medialne przekazy przyczyniają się do powielania i utrwalania negatywnego postrzegania tych osób i podmiotów, zamiast obiektywnego zwrócenia uwagi na ten często pomijany i trudny temat.

Jako przykłady naruszenia prawa pacjenta do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego przywoływano z kolei zobowiązanie pacjenta do prowadzenia rozmowy telefonicznej w obecności personelu medycznego (w tym z określeniem limitu czasowego), obecność personelu podczas wizyty osoby bliskiej, wprowadzenie zakazu (ograniczenie) możliwości kontaktowania się osoby bliskiej z pacjentem, a także ograniczenie pacjentowi kontaktu telefonicznego z pracownikiem Biura Rzecznika Praw Pacjenta (przerywanie rozmowy w trakcie jej prowadzenia).

Naruszenia w przedmiocie prawa pacjenta do zgłoszenia sprzeciwu wobec opinii albo orzeczenia lekarza – według skarg kierowanych do Rzecznika przez pacjentów – dotyczyć miały takich kwestii, jak brak wskazań do wykonania zabiegowego przerwania ciąży, brak przeciwwskazań do kwalifikacji małoletniego pacjenta do szczepień przewidzianych w Programie Szczepień Ochronnych, brak wskazań do przeprowadzenia jakiegokolwiek leczenia operacyjnego w obrębie kończyn dolnych u pacjentki, brak wskazań do przeprowadzenia legalnego zabiegu przerwania ciąży ze względu na zagrożenie dla życia lub zdrowia kobiety ciężarnej, a także brak wskazań do operacji redukcji piersi (sprawozdanie z 2014 r.).

W kwestii uchybień dotyczących prawa pacjenta do tajemnicy informacji z nim związanych w sprawozdaniu Rzecznika sygnalizowano sprawę pacjentki, która zarzuciła świadczeniodawcy niewłaściwe prowadzenie dokumentacji medycznej, wskazując, iż pewne informacje związane z jej stanem zdrowia, bez jej wiedzy, zostały wpisane do dokumentacji medycznej jej małoletniego dziecka, do której mógł mieć dostęp między innymi ojciec dziecka, natomiast ona sama nie upoważniła nikogo do uzyskiwania informacji związanych z jej stanem zdrowia. Świadczeniodawca potwierdził dokonanie takiego wpisu w dokumentacji medycznej małoletniego pacjenta, zaś Rzecznik stwierdził naruszenie przepisów art. 13 i 14 ust. 1 u.p.p. Ponadto w skierowanym do Rzecznika innym wniosku pacjent zarzucił, iż personel medyczny podmiotu udzielającego świadczeń zdrowotnych drogą telefoniczną ujawnił osobie nieupoważnionej jego wyniki badania histopatologicznego. Wobec wskazanego zgłoszenia wszczęte zostało postępowanie wyjaśniające w przedmiocie ustalenia, czy w omawianym przypadku doszło do naruszenia prawa pacjenta do tajemnicy informacji z nim związanych. W toku prowadzonego postępowania świadczeniodawca potwierdził, iż doszło do udzielenia informacji o stanie zdrowia pacjenta osobie nieuprawnionej.

W 2012 r. w zakresie naruszenia prawa pacjenta do wyrażenia zgody na udzielanie świadczeń zdrowotnych zwracano uwagę na dwa przypadki. W pierwszym z nich pacjent wskazał, że lekarz nie przekazał mu właściwej informacji o planowanym zabiegu cystoskopii, zarzucając pogorszenie się

stanu zdrowia po jego przeprowadzeniu. W toku postępowania Rzecznika ustalono, iż od pacjenta nie uzyskano pisemnej zgody, jaką powinien wyrazić w przypadku zabiegu operacyjnego albo zastosowania metody leczenia lub diagnostyki stwarzających podwyższone ryzyko dla pacjenta, o czym stanowi art. 18 ust. 1 u.p.p. W oparciu o zgromadzony materiał dowodowy i ustalenia poczynione na jego podstawie Rzecznik stwierdził, że pacjent nie został właściwie poinformowany o planowanym zabiegu cystoskopii i w związku z tym nie wyraził „świadomej” zgody na jego przeprowadzenie, co w konsekwencji naruszyło prawo pacjenta do wyrażenia zgody na udzielenie świadczeń zdrowotnych. W drugim przypadku stwierdzono niezasadną, bez zgody pacjenta, hospitalizację w szpitalu psychiatrycznym. W sprawie tej nie zachodziły przesłanki zastosowania przepisów dotyczących przymusowego leczenia¹⁴.

IV. Zasada ultima ratio prawa karnego a prawnokarna ocena wybranych zachowań wymierzonych w prawa pacjenta

W tym miejscu należy zwrócić uwagę na założenia tzw. zasady *ultima ratio* prawa karnego. W orzecznictwie zauważa się, że jeżeli sprawa ma charakter typowo cywilnoprawny i dotyczy nienależytego wykonania danej usługi (w tym miejscu należy na problem ten patrzeć przez pryzmat rynku usług medycznych, czy inaczej świadczeń zdrowotnych), to spór pomiędzy stronami w tym zakresie powinien być rozstrzygany na drodze postępowania cywilnego, a nie karnego¹⁵. Ingerencja prawa karnego w danej dziedzinie życia powinna nastąpić wówczas, gdy inne dziedziny prawa są niewystarczające dla rozstrzygnięcia stosunków prawnych pomiędzy stronami. Jeżeli zachowanie danej osoby było umocowane w przepisach prawa cywilnego, to nie może ono jednocześnie stanowić elementu przestępczego zachowania¹⁶. Powszechnie przyjęte twierdzenie, że przestępstwem może być tylko czyn bezprawny, oznacza

¹⁴ W sprawozdaniu z 2014 r. Rzecznik wskazywał problemy w dostępie do świadczeń zdrowotnych pacjentów głuchoniemych, nadużywanie praw pacjenta do wyrażenia zgody na leczenie elektrowstrząsami, wyrażanie zgody na udzielanie świadczeń przez osoby nieuprawnione, wyrażenie zgody przez pacjenta po podaniu produktów leczniczych o działaniu uspokajającym, odstąpienie od udzielania świadczeń zdrowotnych przez lekarza, a także odmowę udzielenia informacji o stanie zdrowia dziecka jednemu z rodziców.

¹⁵ Por. wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 24 lutego 2017 r., sygn. II AKa 464/16, LEX nr 2278154.

¹⁶ Por. wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 21 września 2017 r., sygn. II AKa 311/17, LEX nr 2414606.

tylko tyle, że czyn wypełniający znamiona przestępstwa nie jest nim, jeżeli z innych przepisów (często są to przepisy z innej dziedziny prawa, np. prawa cywilnego lub administracyjnego) wynika, iż zachowanie sprawcy jest w pewnym stopniu zalegalizowane¹⁷. Odpowiedzialność karna to rodzaj odpowiedzialności ograniczonej do sprawców i przypadków, w odniesieniu do których inne rodzaje odpowiedzialności byłyby nieadekwatne¹⁸. Tym samym uchybienia powstające na płaszczyźnie prawa cywilnego powinny być w pierwszej kolejności usuwane za pomocą środków z zakresu tych właśnie systemów. Nie wyklucza to oczywiście stosowania represji karnej za naruszenie przepisów prawa cywilnego, jednak jako *ultima ratio* powinna ona być stosowana w ostateczności. Innymi słowy prawo karne może posługiwać się karą tylko w przypadkach, gdy doszło do niebagatelnego naruszenia chronionych prawem dóbr¹⁹.

Rozważając kwestię odpowiedzialność karnej za naruszenie praw pacjenta, w pierwszej kolejności należy poruszyć zagadnienie ścigania sprawców błędów w sztuce lekarskiej, czy też – rozszerzając tę materię – błędów medycznych. W tej materii nie ma żadnych wątpliwości, że działania medyczne cechujące się daleko posuniętym niedbalstwem, przynoszące w skrajnych przypadkach śmierć pacjenta pozostającego w zaufaniu do fachowości udzielanej mu pomocy, muszą być napiętnowane również w materii prawnokarnej. Na ogół „błąd w sztuce lekarskiej” łączy się z niezastosowaniem się przez lekarza do przyjętych zasad wiedzy i sztuki lekarskiej. W doktrynie używa się też innego nazewnictwa: „błąd w sztuce medycznej”, „błąd lekarski” lub „błąd wiedzy medycznej”²⁰. Wśród wielu propozycji definiowania „błędu w sztuce medycznej”, najczęściej postrzega się go jako naruszenie przez lekarza, świadomie podejmującego czynność medyczną, obowiązujących w konkretnym wypadku, wypracowanych na gruncie nauki i praktyki reguł postępowania zawodowego wobec życia i zdrowia człowieka, które na gruncie prawa stanowi podstawę dla stwierdzenia naruszenia obowiązku ostrożności²¹. Reguły postępowania przy zabiegach leczniczych mają charakter norm technicznych i są kategorią obiektywną, co oznacza, że ich naruszenie również ma obiektywny charakter. Reguły te należy jednak odnosić do konkretnego przypadku w tym sensie, że wyznaczają

¹⁷ Por. uchwała Sądu Najwyższego z dnia 30 listopada 2004 r., sygn. I KZP 23/04, LEX nr 132570.

¹⁸ Por. uchwała Sądu Najwyższego z dnia 30 sierpnia 2013 r., sygn. SNO 19/13, LEX nr 1375241.

¹⁹ Por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 17 listopada 2000 r., sygn. III KKN 321/98, LEX nr 51126; wyrok Sądu Apelacyjnego w Łodzi z dnia 17 września 2013 r., sygn. II AKa 169/13, LEX nr 1375808.

²⁰ M. Wolińska, *Odpowiedzialność karna lekarza za błąd w sztuce lekarskiej*, Prok. i Pr. 2013, nr 5, s. 20–21.

²¹ A. Liszewska, *Odpowiedzialność karna lekarza za błąd w sztuce lekarskiej*, Kraków 1998, s. 28 i n.

one sposób postępowania sumiennego, należyście wykształconego lekarza w konkretnej sytuacji, w jakiej lekarz ten mógł się znaleźć²².

W doktrynie zauważa się też, że w przypadku typów określonych w art. 148, 155, 156 i 157 k.k., które mogą stanowić podstawę odpowiedzialności lekarza za zaniechanie udzielenia pomocy medycznej, znamienne skutkiem na życiu lub zdrowiu, źródłem obowiązku działania są wskazane przepisy, zaś doprecyzowanie treści i zakresu tego obowiązku następuje przy uwzględnieniu aktualnie obowiązujących ocen społecznych, reguł postępowania w danej dziedzinie życia oraz części regulacji szczególnych, określających zasady wykonywania określonych zawodów. Tym samym w przypadku lekarza elementami doprecyzowującymi obowiązek działania leczniczego są, co do zasady, regulacje związane z podstawami świadczenia usług medycznych wobec konkretnej osoby oraz reguły postępowania, wynikające z aktualnego stanu wiedzy medycznej²³. Do prawidłowej kwalifikacji karnej czynu lekarza jako gwaranta niezbędne jest w pierwszej kolejności ustalenie, jakie konkretne skutki zdrowotne powstały u pokrzywdzonego pacjenta w związku z takim zaniechaniem. Po tych ustaleniach, ze względu na wymogi zawinienia, niezbędne będzie dodatkowo wyjaśnienie: 1) że lekarz miał świadomość, iż pełni on wobec danego pacjenta funkcję gwaranta, 2) że zaniechanie udzielenia świadczenia zdrowotnego było wynikiem niezachowania ostrożności wymaganej w postępowaniu lekarskim w danej sytuacji (tj. iż zasady takiej ostrożności nazywały podjęcie stosownych działań w postaci udzielenia określonych świadczeń zdrowotnych), 3) że lekarz przewidywał lub przynajmniej mógł przewidzieć, iż w wyniku zaniechania udzielenia przezeń określonego świadczenia zdrowotnego nastąpić mogą określone w danym przepisie skutki zdrowotne²⁴. Należy mieć

²² A. Zoll, *Odpowiedzialność karna lekarza za niepowodzenia w leczeniu*, Warszawa 1988, s. 15, 54–55.

²³ P. Kardas, *Zgoda pacjenta na zabieg leczniczy a problem odpowiedzialności karnej lekarza za niewypalenie obowiązku zapobiegania skutkowi*, PS 2005, nr 10, s. 55 i n.

²⁴ M. Filar, *Odpowiedzialność karna lekarza za zaniechanie udzielenia świadczenia zdrowotnego (nieudzielenie pomocy)*, PiM 1999, nr 3, s. 33 i n. W przedmiocie błędu w sztuce lekarskiej zobacz również M. Banasiewicz, R. Kokot, *Z problematyki odpowiedzialności karnej za błąd w sztuce lekarskiej* [w:] L. Bogunia (red.), *Nowa kodyfikacja prawa karnego*, t. 24, Wrocław 2009, s. 101–119; J. Bukowski, J. Kocur, *Odpowiedzialność lekarza za błąd w sztuce lekarskiej*, WPP 1995, nr 2, s. 29–31; M. Filar, *Lekarskie prawo karne*, Kraków 2000; E. Jęczmionka-Kopińska, *Błąd w sztuce i niepowodzenie medyczne w polskim systemie prawnym. Prawnoetyczne uwarunkowania zabiegów medycznych*, Poznań 2013; L. Kubicki, *Błąd w sztuce w toku interdyscyplinarnego postępowania leczniczego*, PiM 2001, nr 9, s. 33–37; A. Warakomska, *Odpowiedzialność karna za błąd w sztuce lekarskiej* [w:] I. Zgoliński (red.), *Oblicza Temidy. Medycyna przez pryzmat prawa*, Bydgoszcz 2012, s. 91–100; R. Augustyn, *Zarys metodyki obrony lekarza w postępowaniu karnym w sprawach o błąd medyczny*, Poznań 2010; E. Baran, K. Jaegermann, Z. Marek, *Błąd medyczny i odpowiedzialność prawna*, Przegląd Lekarski 1984, nr 12, s. 709–713; Z. Marek, *Błąd medyczny*, Kraków 1999; idem, *Błąd medyczny. Odpowiedzialność etyczno-deontologiczna i prawna lekarza*, Kraków 2007; T. Ślipko,

na uwadze, że uszczerbek na zdrowiu czy nawet śmierć pacjenta zakwalifikowanego do zabiegu medycznego lub takiemu zabiegowi poddanego może nastąpić w wyniku np. niewłaściwej diagnozy i nieprawidłowego rozpoznania jednostki chorobowej, w efekcie wyboru błędnej metody leczenia, pomyłek i uchybień operatora w trakcie zabiegu, czy też na skutek niewłaściwej opieki pooperacyjnej. Bezdyskusyjnie zatem ww. zaniedbania stanowić będą zachowania wymierzone w prawo pacjenta do świadczeń zdrowotnych udzielanych z należytą starannością²⁵.

Kolejną kwestią, na którą należy zwrócić szczególną uwagę w obszarze prawnokarnej ochrony wybranych praw pacjenta, jest ochrona tajemnicy medycznej i możliwość pociągnięcia do odpowiedzialności karnej osób winnych jej bezprawnego ujawnienia.

W orzecznictwie słusznie podkreśla się, że wszelkie dane o stanie zdrowia należą do tzw. danych sensytywnych, a zatem ich ochrona powinna być gwarantowana nie tylko w aktach rangi ustawowej, ale także w aktach hierarchicznie najwyższych, w ramach szeroko pojętego prawa do ochrony życia prywatnego (por. art. 47 Konstytucji RP)²⁶. Osoba, której dane dotyczą, nie jest jednak wyłącznym dysponentem swoich danych o stanie zdrowia. Prawo do ochrony tych danych nie jest absolutne, przepisy ustawy, jak i ustaw szczególnych wyznaczają bowiem ramy prawne dla legalnego przetwarzania takich danych. Nie stanowi naruszenia tego prawa, ani instytucji tajemnicy lekarskiej, przetwarzanie danych w ramach legalnie wyznaczonego i społecznie akceptowalnego celu²⁷. W piśmiennictwie zasadnie

Błąd medyczny w świetle etyki, Arch.Med.Sąd.Krym. 1990, nr 1, s. 1–7; B. Świątek, *Błąd medyczny w praktyce medyka sądowego* [w:] R. Jaworski, M. Szostak, *Nauka wobec prawdy sądowej. Księga pamiątkowa ku czci Profesora Zdzisława Kegla*; Wrocław 2005, s. 517–526; M. Boratyńska, *Odpowiedzialność karna lekarza* [w:] L. Kubicki (red.), *Prawo medyczne*, Wrocław 2003, s. 161–165; Z. Gądzik, *Prawo pacjenta do samostanowienia a odpowiedzialność karna lekarza za nieudzielenie pomocy w sytuacji zagrożenia zdrowia lub życia* [w:] R. Tabaszewski (red.), *Człowiek – jego prawa i odpowiedzialność*, Lublin 2013, s. 137–149; R. Kędzióra, *Odpowiedzialność karna lekarza za przestępne nieudzielenie pomocy*, Stud.Iur.Lublin. 2006, t. 8, s. 83–102; J. Kulesza, *Źródła obowiązku gwaranta a odpowiedzialność karna lekarza za zaniechania pomocy*, PiM 2008, nr 1, s. 14–25; W. Witczak, *Odpowiedzialność karna lekarza za nieudzielenie pomocy w stanach zagrożenia życia* [w:] A. Dębiński, A. Grześkowiak, K. Wiak (red.), *Ius et Lex. Księga jubileuszowa ku czci Profesora Adama Strzembosza*, Lublin 2002, s. 81–85.

²⁵ Na temat błędów w sztuce lekarskiej zob. m.in. D. Wąsik *Śmierć na stole operacyjnym (mors in tabula) jako konsekwencja błędu w sztuce lekarskiej*, Prok. i Pr. 2016, nr 12, s. 41–62; B. Sygit, D. Wąsik, *Odpowiedzialność za narażenie pacjenta na niebezpieczeństwo utraty życia lub zdrowia a procedury anestetyczologiczne*, Prok. i Pr. 2017, nr 2, s. 32–60; D. Wąsik, *Odpowiedzialność karna lekarza dentysty za błąd medyczny*, Prok. i Pr. 2017, nr 3, s. 5–32; *idem*, *Ocena prawnokarna zakażeń w szpitalu*, Prok. i Pr. 2017, nr 4, s. 40–60;

²⁶ Por. wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 8 czerwca 2017 r., VII SA/Wa 605/17, LEX nr 2355772.

²⁷ Por. wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 11 kwietnia 2006 r., II SA/Wa 183/06, LEX nr 220919.

zauważa się, że tajemnica medyczna rozciąga się na wszelkie dane uzyskane w związku z wykonywaniem zawodu medycznego, zarówno informacji przekazanych intencjonalnie pracownikowi medycznemu (np. podczas wywiadu lekarskiego, udostępnionych w dokumentacji medycznej na potrzeby udzielania świadczeń zdrowotnych), jak również uzyskanych przez pracownika przypadkowo, niejako przy okazji wykonywania zawodu. Dla ustalenia, czy na posiadane przez pracownika medycznego informacje rozciąga się obowiązywanie tajemnicy medycznej, istotnym jest stwierdzenie, że są one w jakimkolwiek stopniu związane z pacjentem. Tym samym mogą to być dane dotyczące nie tylko wiadomości o zdrowiu i leczeniu pacjenta, ale również wszelkie inne związane z chorym. W warstwie medycznej sekretem objęte są więc w szczególności wyniki przeprowadzonych badań diagnostycznych, rozpoznanie, stosowane metody leczenia, osiągnięte postępy w leczeniu czy rokowania. W warstwie pozamedycznej tajemnica rozciąga się na dane o stanie majątkowym, rodzinnym, stosunkach osobistych, zawodowych, miejscu zamieszkania, nałogach, upodobaniach etc.²⁸ Obowiązek zachowania tajemnicy medycznej wiąże nie tylko lekarza, ale również osoby wykonujące inne zawody medyczne – pielęgniarki, położne, fizjoterapeutów, diagnostów laboratoryjnych, czy ratowników medycznych. Poufność danych dotyczących pacjenta powinni też respektować inni pracownicy podmiotów leczniczych, jeżeli tylko mają do nich dostęp lub powzięli o nich wiedzę z jakichkolwiek źródeł (sekretarki medyczne, technicy elektroradiologii, sanitariusze etc.)²⁹.

Zgodnie z art. 266 § 1 k.k. kto, wbrew przepisom ustawy lub przyjętemu na siebie zobowiązaniu, ujawnia lub wykorzystuje informację, z którą zapoznał się w związku z pełnioną funkcją, wykonywaną pracą, działalnością publiczną, społeczną, gospodarczą lub naukową, podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 2. Zasadnie w piśmiennictwie dostrzega się, że przepis ten stanowi normę sankcjonującą w stosunku do tych wszystkich naruszeń tajemnicy zawodowej, w których przepisy nakładające obowiązek jej dochowania stanowią normę niezabezpieczoną, tj. nie przewidują wprost sankcji karnych za naruszenie obowiązku dochowania tajemnicy (np. ustawa z dnia 5 grudnia 1996 r. o zawodach

²⁸ Zob. znakomita pozycja w literaturze przedmiotu: R. Kubiak, *Tajemnica medyczna*, Warszawa 2015, s. 33–36 i powołana tam literatura, w szczególności A. Huk, *Tajemnica zawodowa lekarza*, Prok. i Pr. 2001, nr 6; M. Filar, *Lekarskie prawo karne*, Kraków 2000; A. Zoll, *Tajemnica zawodowa lekarza* [w:] *Tajemnica lekarska: materiały z posiedzenia Komisji Etyki Lekarskiej z 15 listopada 1993 r.*, Kraków 1994; J. Haberko, R. Kocylowski, *Szczególna postać tajemnicy lekarskiej w przypadku stosowania technik wspomaganego medycznie rozrodo*, PiM 2006, nr 2, s. 23; M. Rusinek, *Tajemnica zawodowa i jej ochrona*, Warszawa 2007.

²⁹ Zob. D. Wąsik, *Tajemnica lekarska – wybrane aspekty praktyczne*, Prok. i Pr. 2018, nr 1, s. 125–137.

lekarza i lekarza dentystry, tekst jedn. Dz.U. z 2019 r. poz. 537, ze zm.), albo mogącą mieć zastosowanie tam, gdzie przepisy wprawdzie nie przewidują wprost ustawowego obowiązku zachowania tajemnicy, natomiast charakter wykonywanego zawodu czy prowadzonej działalności pozwala na wejście w posiadanie informacji poufnych i z reguły dotyczących życia prywatnego jednostki³⁰. Bezprawne ujawnienie danych pacjenta, w szczególności informacji związanych z jego leczeniem, mogą niejednokrotnie przynieść bezpośrednią i dotkliwą szkodę dla chorego, wyrażającą się w sferze nie tylko materialnej (finansowej, majątkowej), ale również osobistej czy zawodowej. Z tego względu pozostawienie ochrony prawa pacjenta do zachowania w tajemnicy informacji z nim związanych wyłącznie na płaszczyźnie cywilnoprawnej nie wydaje się uzasadnione.

Na kanwie m.in. prawnokarnej ochrony praw pacjenta pewne wątpliwości praktyczne budzi też wykładnia przepisu art. 192 k.k. i ściganie sprawców przestępstwa wykonania zabiegu leczniczego bez zgody chorego. Przedmiotem ochrony indywidualnej art. 192 k.k. jest wolność człowieka od wszelkich ograniczeń integralności jego woli co do przyzwolenia na przeprowadzenie wobec niego zabiegów leczniczych³¹, czy – innymi słowy – prawo pacjenta do samostanowienia w zakresie poddania się zabiegowi leczniczemu. U podstaw tego założenia znalazło się powiązanie wolności podejmowania przez pacjenta decyzji z godnością człowieka, niezależną od zdolności do czynności prawnych³². Tym samym dla bytu przestępstwa z art. 192 k.k. nie ma znaczenia fakt, czy zabieg wykonany był *lege artis*, czy nie, gdyż dotyczy on wolności pacjenta, nie zaś ochrony jego zdrowia i życia³³. Wraz z wprowadzeniem do kodyfikacji karnej nowego występkę pojawiły się wątpliwości dotyczące zasadności i zakresu karania zabiegów leczniczych bez zgody pacjenta³⁴. Przepis art. 192 § 1 k.k. przewiduje

³⁰ Zob. P. Kozłowska-Kalisz, *Komentarz do art. 266 k.k.* [w:] M. Mozgawa (red.), *Kodeks karny. Komentarz aktualizowany*, LEX/el. 2019.

³¹ Zob. M. Filar [w:] M. Filar (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2014/LEX 2020.

³² Zob. M. Safjan, *Prawo i medycyna*, Warszawa 1998, s. 35; M. Mozgawa, M. Kanadys-Marko, *Zabieg leczniczy bez zgody pacjenta*, *Prok. i Pr.* 2004, nr 3, s. 26.

³³ Por. N. Kłaczyńska [w:] J. W. Giezek (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*, LEX 2020.

³⁴ Zob. K. Daszkiewicz, *Z problematyki odpowiedzialności lekarza. Błędny przepis w kodeksie karnym, błędne interpretacje*, „Menadżer zdrowia” 2003, nr 1; T. Dukiet-Nagórska, *O potrzebie nowelizacji prawa medycznego*, *PiM* 2002, nr 1. W przedmiocie odpowiedzialności karnej za występki z art. 192 k.k. zob. również A. Barczak-Oplustil, *Sprzeciw wobec podjęcia działań ratujących życie wyrażony względem gwaranta niebędącego lekarzem. Zarys problemu*, *Cz.PKiNP* 2011, nr 4; A.A. Dąbrowski, *Próba samobójcza jako domniemana zgoda na podjęcie czynności leczniczych w celu ratowania życia*, *PiM* 2012, nr 3–4; A. Dudzińska, *Kształtowanie się odpowiedzialności karnej za działania medyczne z naruszeniem zgody pacjenta*, *Prok. i Pr.* 2009, nr 7–8; D. Dziubina, *Prawny charakter zgody pacjenta na zabieg leczniczy w świetle art. 192 Kodeksu karnego*, *Cz.PKiNP* 2000, nr 2; P. Kardas, *Zgoda pacjenta na zabieg leczniczy a problem odpowiedzialności karnej lekarza za*

bowiem bardzo szeroką penalizację tego typu zachowań. Zgodnie z ww. przepisem kto wykonuje zabieg leczniczy bez zgody pacjenta, podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 2. W § 2 przepisu określono, iż ściganie występkę następuje na wniosek pokrzywdzonego. Karalnością zostały zatem objęte wszystkie zabiegi lecznicze, niezależnie od intencji właściwego lekarza, celu zabiegu i jego skutku. Na równi zestawiono zarówno leczenie niosące określone korzyści dla pacjenta i procedury medyczne realizowane nieumiejętnie, w sposób samowolny i szkodliwy. Znamieniem przestępstwa decydującym o karalności czynu uczyniono zgodę na zabieg – instytucję wywodzącą się z materii cywilnoprawnej³⁵.

Jak wcześniej zasygnalizowano, jedną z kluczowych zasad prawa karnego jest zasada ultima ratio. Prawo karne powinno wkraczać jedynie w te sfery stosunków społecznych, dla których regulacje przewidziane w innych dziedzinach prawa są niewystarczające. Analizując polski system prawny można dojść do wniosku, że ustanowienie występkę z art. 192 k.k. jedynie subsydiarnie wzmacnia ochronę cywilnoprawną pacjentów, nie wypełniając przy tym żadnej luki w sferze ich praw. Znamiennym jest, że w odróżnieniu do pozostałych przestępstw przeciwko wolności, gdzie pokrzywdzonym może być każdy, w przypadku art. 192 k.k. mamy do czynienia z ochroną osoby, która uzyskuje określony status – pacjenta, a więc funkcjonuje w ściśle określonych warunkach. Wydaje się, że jej uprawnienia są dostatecznie chronione nie tylko przez przepisy Kodeksu cywilnego, ale przede wszystkim przez szczególny akt prawny, jakim jest ustawa o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta. Argumentem za utrzymaniem w systemie prawa karnego przestępstwa z art. 192 k.k. nie może być niewystarczalność ochrony cywilnoprawnej czy zapewnienie realizacji uprawnień odszkodowawczych. Pamiętać należy, że w myśl wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 9 października 2001 r., SK 8/00 (Dz.U. 2001 Nr 118, poz. 1272) ograniczenie środków ochrony prawnokarnej nie mu-

niewypełnienie obowiązku zapobiegania skutkowi, PS 2005, nr 10; M. Kondycka, S.M. Przyjemski, *Aspekt karnoprawny braku zgody pacjenta na zabieg medyczny*, WPP 2008, nr 2; R. Kubiak, *Zbieg kontraktu dozwolonego eksperymentu z innymi okolicznościami wyłączającymi bezprawność*, PiP 2002, nr 11; idem, *Przypadki braku wymogu zgody uprawnionego jako przesłanki zabiegów leczniczych i nieterapeutycznych*, „Studia Prawno-Ekonomiczne” 2000, vol. 62; L. Kubicki, *Nowy rodzaj odpowiedzialności karnej lekarza (przestępstwo z art. 192 k.k.)*, PiM 2000, nr 8; J. Kulesza, *Zgoda pacjenta na zabieg leczniczy a odpowiedzialność karna za nieudzielenie pomocy (art. 162 k.k.)*, PS 2007, nr 5; A. Zoll, *Brak zgody pacjenta na zabieg (Uwagi w świetle postanowienia SN z 27 października 2005 r., III CK 155/05)*, PiM 2006, nr 4.

³⁵ Por. B. Sygit, D. Wąsik, *Odpowiedzialność karna za wykonanie zabiegu leczniczego bez zgody pacjenta (art. 192 k.k.) a zasada ultima ratio prawa karnego* [w:] S. Pikulski, W. Cieślak, M. Romańczuk-Grącka (red.), *Przyszłość polskiego prawa karnego. Alternatywne reakcje na przestępstwo*, Olsztyn 2015, s. 239–253.

si wcale oznaczać, że przewidziana inna ochrona, z punktu widzenia kryteriów konstytucyjnych, jest niedostateczna, a rzecz dotyczy również wolności obywatelskich³⁶.

Niewątpliwie napiętnowanie wykonania zabiegu leczniczego bez zgody pacjenta jako czynu prawnie niedozwolonego powinno być aprobowane i wpisuje się w system swobód i wolności przyjętych w demokratycznym państwie prawa. Wątpliwości nasuwają się jednak w stosunku do pozostałych przesłanek kryminalizacyjnych. Kwestia, czy zachowanie to jest „w istotnym stopniu społecznie szkodliwe”, jest niejednoznaczne. Odpowiedź twierdząca pojawia się na pewno w sytuacji, gdy zabieg leczniczy wyrządził pokrzywdzonemu szkodę. I w tej jednak sytuacji na gruncie Kodeksu karnego następuje zbieg przestępstw, najczęściej z przestępstwami przeciwko życiu i zdrowiu, które ostatecznie przesądzą o rodzaju i wysokości sankcji karnej. Przede wszystkim jednak należy pamiętać o tym, iż samo naruszenie wymagania zgody nie jest równoznaczne i nie przesądza o naruszeniu zasad sztuki i w konsekwencji odpowiedzialności za skutkowe przestępstwo przeciwko życiu i zdrowiu³⁷.

V. Podsumowanie

Konieczność przestrzegania praw pacjenta i takiego zorganizowania działalności leczniczej, aby możliwe było ich pełne respektowanie, akcentuje się w wielu aktach prawnych, czyniąc nawet z tego postulatu standard współczesnej opieki zdrowotnej. Przykładem tego są przepisy aktów wydanych na podstawie przepisów ustawy z dnia 6 listopada 2008 r. o akredytacji w ochronie zdrowia (tekst jedn. Dz.U. z 2016 r. poz. 2135, z późn. zm.), w tym obwieszczenie Ministra Zdrowia z dnia 7 kwietnia 2011r. w sprawie standardów akredytacyjnych w zakresie udzielania świadczeń zdrowotnych oraz funkcjonowania podstawowej opieki zdrowotnej (Dz. Urz. MZ z 2011 r., nr 4, poz. 42) czy obwieszczenie Ministra Zdrowia z dnia 18 stycznia 2010 r. w sprawie standardów akredytacyjnych w zakresie udzielania świadczeń zdrowotnych oraz funkcjonowania szpitali (Dz. Urz. MZ z 2010 r., nr 2, poz. 24). Podkreśla się przy tym potrzebę zapewnienia transparentności praw chorych, obowiązek ich propagowania, konieczność bieżącego monitorowania sposobu ich realizacji, wreszcie bezwzględny wymóg ich ścisłego przestrzegania. Pamiętać przy tym należy, że chociaż ustawodawca przyznał pierwszeństwo w dochodzeniu zadośćuczynienia za negatywne skutki naruszeń praw pacjenta procedurom o charakterze

³⁶ *Ibidem*, s. 239–253.

³⁷ M. Filar [w:] M. Filar (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2014/LEX 2020.

cywilnym czy nawet administracyjnym, to postępowanie karne w wielu przypadkach może być najwłaściwszym obszarem reakcji prawnej na zachowania i zaniedbania sprawców. Szkada wyrządzona naruszeniem praw pacjentów – w niektórych przypadkach – wykraczać będzie poza sferę majątkową i stwarzać ryzyko powielania nieprawidłowości względem innych osób niż bezpośredni pokrzywdzony. Należy mieć na względzie zasady reakcji prawnokarnej i konieczność przestrzegania dyrektyw prawa karnego w ocenie zachowań sprawców, niemniej jednak to właśnie prawnokarna ochrona ustawowych uprawnień chorych może być kluczowa w zapobieganiu, a zwłaszcza zwalczaniu patologicznych zjawisk w sektorze ochrony zdrowia.



A B S T R A C T

Due to the fact that some behaviors constituting a violation of patients' rights may exhaust the elements of crime, which justifies bringing their perpetrators to criminal liability, the publication focuses on the issue of prosecuting acts directed against selected rights of patients from the point of view of the objectives and assumptions of criminal law. Attention was drawn to the issues of criminal liability for medical error, unlawful disclosure of information about the patient's state of health and treatment of the patient without his consent. In addition to numerous judicial decisions and references, the article also uses data published in reports submitted for 2010–2018 by the Polish Patient Ombudsman.

Odpowiedzialność karna lekarza za błąd w sztuce medycznej

Criminal liability of a doctor for a mistake in the medical art

S T R E S Z C Z E N I E

Celem artykułu jest przybliżenie problematyki błędu w sztuce medycznej. Przedstawiono klasyfikację błędów medycznych oraz ich definicje. Podjęte zostały rozważania związane z odpowiedzialnością karną lekarza, z uwzględnieniem poglądów doktryny na temat pojęcia błędu medycznego oraz zasad obiektywnego przypisania skutku.

Praktyka orzecznicza wskazuje, iż błędy medyczne są następstwem lekceważenia norm etycznych, ale i również prawnych, są skutkiem braku prawidłowej komunikacji między członkami personelu medycznego, braku odpowiednich kwalifikacji do wykonywania danej czynności medycznej, braku współpracy z lekarzami innych specjalności w przypadku pojawienia się wątpliwości co do sposobu leczenia, nieprawidłowej organizacji pracy czy też braku odpowiedniego sprzętu medycznego. Pełniona w społeczeństwie przez lekarzy szczególnie rola wymaga od nich umiejętności, wiedzy i podejmowania właściwych decyzji, gdyż to od nich zależy życie i zdrowie innych ludzi.

I. Istota i zakres błędu medycznego

Określenia „błąd lekarski”, „błąd w sztuce medycznej”, „błąd w sztuce lekarskiej” używane są w różnych opracowaniach zamiennie¹. Brak jest ustawowej definicji pojęcia błędu medycznego, lecz określenie „błąd

¹ R. Kędziora, *Odpowiedzialność karna lekarza w związku z wykonywaniem czynności medycznych*, Warszawa 2009, s. 191–194; A. Liszewska, *Odpowiedzialność karna lekarza za błąd w sztuce lekarskiej*, Kraków Zakamycze 1998, s. 28; S. Raszeja, *Zagadnienia prawno-medyczne ze szczególnym uwzględnieniem odpowiedzialności prawnej lekarza* [w:] J. Markiewicz, Wł. Nasilkowski, S. Raszeja, *Medycyna sądowa. Podręcznik dla studentów*, Warszawa 1993, s. 275.

w sztuce medycznej” dotyczy nie tylko lekarza, ale i innych pracowników personelu medycznego (np. pielęgniarki, położnej). Ponadto pojęcie to jest głęboko zakorzenione w orzecznictwie, języku prawniczym oraz świadomości społecznej².

W doktrynie i orzecznictwie przyjmuje się następującą typologię błędów medycznych: diagnostyczny, terapeutyczny i techniczno-organizacyjny³.

Błąd diagnostyczny ma istotny wpływ na dalszy etap leczenia i wiąże się z wadliwym rozpoznaniem stanu zdrowia pacjenta⁴. Zgodnie z art. 42 ustawy o zawodzie lekarza i lekarza dentystry⁵ lekarz orzeka o stanie zdrowia określonej osoby po uprzednim osobistym jej zbadaniu lub zbadaniu jej za pośrednictwem systemów teleinformatycznych lub systemów łączności. W związku z mylną diagnozą możemy wyróżnić błąd pozytywny, negatywny i mieszany. Pierwszy z nich polega na nieprawidłowym ustaleniu, że pacjent cierpi na określone schorzenie, gdy w rzeczywistości jest zdrowy. Z kolei błąd negatywny to stwierdzenie, że pacjent jest zdrowy, gdy faktycznie jest inaczej. Trzeci rodzaj to błąd mieszany, polegający na tym, że lekarz co prawda rozpoznaje chorobę, ale jest to choroba inna niż ta, na którą faktycznie cierpi pacjent⁶. Błąd diagnostyczny przeważnie wynika z nieprzeprowadzenia należytych badań lekarskich (zbyt powierzchownych, braku odpowiednich analiz, konsultacji ze specjalistą), a także z nieuzyskania przez lekarza koniecznych informacji, które mogą być przydatne⁷. Zatem diagnoza lekarska powinna składać się z dwóch procedur: 1) zebrania wszelkich faktów (danych takich jak: wywiad lekarski, wyniki badań, zapoznanie się z historią poprzednich chorób pozostających w związku ze stanem zdrowia pacjenta), 2) analizy tych faktów (ocena, określenie choroby, ewentualne konsultacje ze specjalistami, konieczność dodatkowych badań, jeśli początkowa diagnoza musi być potwierdzona lub zmieniona)⁸.

² R. Kędziora, *Odpowiedzialność karna...*, s. 193–194.

³ I. Dziekońska-Staśkiewicz, *Tak zwany błąd w sztuce lekarskiej (definicje, zakres pojęcia, propozycje)*, „Studia Kryminologiczne, Kryminalistyczne i Penitencjarne” 1974, t. 1, s. 233–238; A. Fiutak, *Klasyfikacja błędów medycznych*, „Medycyna Rodzinna” 2010, s. 50–55; A. Marek, *Błąd medyczny, odpowiedzialność etyczno-deontologiczna i prawna lekarza*, Kraków 2007, s. 33–37; M. Nesterowicz, *Prawo medyczne*, Toruń 2005, s. 155–161; G. Rejman, *Odpowiedzialność karna lekarza*, Warszawa 1991, s. 178–188; A. Zoll, *Odpowiedzialność karna...*, s. 51–77.

⁴ Z. Marek, *Błąd medyczny...*, s. 35.

⁵ Ustawa z dnia 5 grudnia 1996 r. o zawodzie lekarza i lekarza dentystry (Dz.U. z 2010 r. Nr 107, poz. 679).

⁶ M. Filar [w:] M. Filar, S. Krześ, E. Marszałkowska-Krześ, P. Zaborowski, *Odpowiedzialność lekarzy i zakładów opieki zdrowotnej*, Warszawa 2004, s. 145–147.

⁷ M. Nesterowicz, *Głosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 29 grudnia 1969 r.*, sygn. II CR 551/69, Lex 231509.

⁸ M. Nesterowicz, *Głosa do wyroku Sądu Apelacyjnego z dnia 23 listopada 2006 r.*, sygn. I Aca 561/2006, Lex 231524.

W przypadku niektórych świadczeń medycznych wykonanie określonych badań diagnostycznych jest warunkiem koniecznym uznania postępowania lekarza za zgodne z aktualną wiedzą medyczną. Już sam brak badania diagnostycznego uznawany jest wówczas za błąd medyczny, niezależnie od końcowego efektu terapeutycznego⁹. Zaznaczyć należy, że jednak nie każdy błąd diagnostyczny stwierdzony *ex post*, czyli obiektywnie błędna diagnoza, może być uznany *eo ipso* za błąd sztuki medycznej, który należy oceniać z pozycji *ex ante*, czyli w zależności od zakresu informacji rzeczywiście posiadanych przez lekarzy stawiających diagnozę czy dostępnych dla nich przy odpowiednich staraniach¹⁰. W okolicznościach danego przypadku należy ocenić, czy lekarz mógł i powinien, postępując z należytą starannością, prawidłowo rozpoznać schorzenie. Konieczne jest ustalenie wówczas, czy błędne rozpoznanie było uzasadnione występującymi objawami, czy było następstwem zaniechania lub braku należytej staranności¹¹.

Należy podkreślić, że tylko błąd negatywny pociąga lekarza do odpowiedzialności karnej. Zachowanie nienarażające pacjenta na naruszenie dóbr prawnie chronionych nie wypełnia znamion przestępstwa. Sama jednak diagnoza nie stwarza zagrożenia dla pacjenta, nawet jeżeli jest błędnie postawiona. Dopiero rozpoczęcie działań terapeutycznych w wyniku nieprawidłowej diagnozy może prowadzić do negatywnych konsekwencji prawnych. Natomiast niewątpliwie błędna diagnoza jest następstwem nieprawidłowego postępowania lekarza, zobowiązanego do działania zgodnie z aktualną wiedzą medyczną¹².

Błąd terapeutyczny charakteryzuje się zastosowaniem przez lekarza niewłaściwej metody leczenia lub niewłaściwego sposobu postępowania, nienależytym wykonaniem operacji, przeprowadzeniem operacji mimo przeciwwskazań medycznych, zaniechaniem lub zbyt późnym podjęciem leczenia, zastosowaniem niewłaściwych leków¹³. Błąd terapeutyczny może wystąpić w formie działania (postąpiono w sposób niewłaściwy) lub też w formie zaniechania (nie podjęto koniecznych czynności)¹⁴. W wyroku Sądu Okręgowego w Radomiu z dnia 15 lipca 2003 r.¹⁵ sąd orzekł, że „nieprawidłowy sposób leczenia, rozmiijający się ze wskazaniami wiedzy i sztuki lekarskiej, przy pominięciu innych metod leczenia oraz zwłoka

⁹ D. Wąsik, *Odpowiedzialność karna lekarza dentysty za błąd medyczny*, Prok i Pr. 2017, 3/5, teza 5, Legalis.

¹⁰ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 8 września 1973 r., I KR 116/72, Legalis.

¹¹ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 8 grudnia 1970 r., II CR 543/70, OSN 1971, nr 7–8, poz. 136.

¹² A. Liszewska, *Odpowiedzialność karna...*, s. 152–197.

¹³ M. Nesterowicz, *Glosa do wyroku Sądu Apelacyjnego z dnia 23 listopada 2006 r.*, I ACa 561/2006, Lex 231524.

¹⁴ A. Zoll, *Odpowiedzialność karna...*, s. 69.

¹⁵ Sygn. I C 955/98, Legalis.

z zasięgnięciem opinii specjalisty stanowi winę lekarza”. Z kolei Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 24 grudnia 1954 roku przyjął, że błąd terapeutyczny może przejawiać się w przeprowadzeniu zabiegu pomimo występowania przeciwwskazań lekarskich. Do kategorii błędów terapeutycznych zaliczyć można zaniechanie lekarza właściwej opieki nad pacjentem po przeprowadzonej interwencji medycznej i pozostawienie go w sytuacji zagrożenia dla zdrowia i życia¹⁶.

Błąd techniczno-organizacyjny ma szeroki zakres przedmiotowy. Błąd techniczny to wadliwe pod względem technicznym przeprowadzenie czynności terapeutycznej. Polega na niewłaściwym wykonaniu czynności leczniczej za pomocą wadliwego sprzętu, pozostawieniu ciała obcego w ciele pacjenta, narażeniu pacjenta na zakażenie szpitalne, pomyleniu tożsamości pacjentów, kończyny zakwalifikowanej do operacji, zaniechaniu przeprowadzenia lub zlecenia prób uczuleniowych czy ustalenia zgodności grupy krwi¹⁷. Z kolei błąd organizacyjny dotyczy nie tyle wadliwego procesu leczenia, co złej organizacji pracy podległego zespołu, braku koordynacji działań, braku właściwego dozoru pracy, tolerowania zaniedbań w doształcaniu pracowników i w prowadzeniu dokumentacji medycznej¹⁸.

II. Odpowiedzialność karna za błąd w sztuce medycznej

Odpowiedzialność karną lekarza dosyć interesująco ujął M. Filar, który wskazuje, że lekarz ponosi odpowiedzialność karną, gdy: 1) nie leczy, choć powinien, 2) leczy nie tak, jak powinien, 3) leczy, choć nie powinien¹⁹. Przesłankami warunkującymi odpowiedzialność karną lekarza są: błąd w sztuce medycznej, ujemne następstwa dla zdrowia lub życia pacjenta określone w poszczególnych przepisach prawa karnego, związek przyczynowy pomiędzy błędem a ujemnymi następstwami, wina lekarza mająca postać lekkomyślności lub niedbalstwa²⁰.

¹⁶ A. Zoll, *Odpowiedzialność karna...*, s. 71.

¹⁷ Por. A. Fiutak, *Prawo w medycynie*, Warszawa 2010, s. 73; S. Rutkowski, *Wybrane zagadnienia z zakresu odpowiedzialności karnej lekarza*, Prok. i Pr. 1999, nr 9, s. 71, A. Zoll, *Odpowiedzialność karna...*, s. 71.

¹⁸ Por. A. Marek, *Prawo karne*, Warszawa 2009, s. 91–100; J. Haberko, R.D. Kocylowski, B. Pawelczyk (red.), *Lege artis, Problemy prawa medycznego*, Poznań 2008, s. 8–53.

¹⁹ M. Filar [w:] M. Filar, S. Krześ, E. Marszałkowska-Krześ, P. Zaborowska, *Odpowiedzialność...*, s. 120.

²⁰ Por. M. Filar, *Odpowiedzialność karna lekarza za zaniechanie udzielenia świadczenia zdrowotnego (nieudzielenie pomocy)*, „Prawo i Medycyna” 1999, nr 3, s. 71; R. Kędziora, *Odpowiedzialność karna...*, s. 192; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 1 kwietnia 1955 r., sygn. IV CR 39/54, *Legalis*; wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z dnia 24 czerwca 2015 roku, sygn. I ACa 86/14, *Legalis*.

Ustalenie błędu w sztuce medycznej zależy od odpowiedzi na pytanie, czy postępowanie lekarza w konkretnej sytuacji i z uwzględnieniem całokształtu okoliczności istniejących w chwili przeprowadzania zabiegu, a zwłaszcza tych danych, którymi wówczas dysponował lub mógł dysponować, zgodne było z wymaganiami aktualnej wiedzy i nauki medycznej oraz powszechnie przyjętej praktyki lekarskiej²¹. Stan wiedzy medycznej pozwala na ocenę, iż określone działanie lub zaniechanie lekarza było prawidłowe czy też nie. Ocena w tym zakresie wiąże się z posiadaniem wiadomości specjalnych i to biegli sądowi są władni ocenić, czy dane postąpienie było zgodne z aktualną wiedzą medyczną, oraz ustalić związek przyczynowo-skutkowy. Błędu w sztuce nie można w żaden sposób utożsamiać z winą. Błąd o charakterze obiektywnym jest kategorią zależną wyłącznie od aktualnego stanu wiedzy i sztuki medycznej. Naruszenie zasad *lege artis* decyduje wyłącznie o bezprawności czynu. Z kolei właściwości osobowe: wiek, niedoświadczenie lekarza, anormalna sytuacja motywacyjna, zostają podane analizie dopiero na etapie ustalenia winy lekarza²².

Błąd medyczny według Z. Marka to przekroczenie kompetencji przez lekarza, niedołożenie należytej staranności, to postępowanie niezgodnie z zasadami wiedzy²³. Czynności lecznicze, zgodnie z art. 4 ustawy o zawodach lekarza oraz lekarza dentystry, powinny być wykonywane zgodnie ze wskazaniami aktualnej wiedzy medycznej, dostępnymi lekarzowi metodami i środkami zapobiegania, rozpoznawania i leczenia chorób, zgodnie z zasadami etyki zawodowej oraz z należyłą starannością. Udzielanie świadczeń zdrowotnych powinno następować na podstawie obowiązujących standardów medycznych. Standardy medyczne to zbiory rekomendacji, które odnoszą się do wszystkich działań zapobiegawczych, diagnostycznych i leczniczych. Przedstawiane są jako wytyczne lub ścieżki postępowania medycznego. Jest to model uznanych profesjonalnych działań leczniczych, rehabilitacyjnych, pielęgnacyjnych, diagnostycznych lub organizacyjnych, służących do oceny jakości świadczeń. Standardy medyczne są opracowywane zwykle przez towarzystwa naukowe, zespoły ekspertów w poszczególnych dziedzinach medycyny – najczęściej w formie zbioru zaleceń, wytycznych lub rekomendacji, które nie mają charakteru prawnego. Jednak – jako schematy postępowania oparte na aktualnej wiedzy medycznej i tworzone zgodnie z zasadami Evidence-Based Medicine (EBM) – stanowią bardzo ważne wskazówki merytoryczne w codziennej praktyce medycznej²⁴.

²¹ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 8 września 1972 r., sygn. I KR 116/72, Legalis.

²² Por. Daniluk, *Błąd w sztuce lekarskiej – wybrane problemy*, „Prawo i Medycyna” 2004, nr 4, s. 45; wyrok Sądu Okręgowego w Tarnowie z dnia 22 października 2013 roku, sygn. II Ka 405/12, Legalis.

²³ Z. Marek, *Błąd medyczny*, Kraków KWM 1999, s. 83.

²⁴ Standardy medyczne, <<http://www.mz.gov.pl/system-ochrony-zdrowia/organizacja-ochrony>

Wskazuje się, że jeśli chodzi o miernik, według którego określać należy zasady „*lege artis*”, to:

- 1) stan nauki medycznej ocenia się zawsze *ex ante*, tzn. według tego, jaki był w chwili przeprowadzenia zabiegu;
- 2) elementy faktologiczne, które służyły lekarzowi za podstawę decyzji dokonania zabiegu lub sposobu jego przeprowadzenia, również winny być oceniane *ex ante*;
- 3) jako miernik zgodności zabiegu ze stanem nauki medycznej powinny służyć najwyższe wymagania wiedzy medycznej i najwyższe standardy;
- 4) żaden z kierunków prezentowanych w nauce medycznej nie posiada wyższości nad innymi, ani pierwszeństwa przed innymi;
- 5) oceniając zgodność „zabiegu leczniczego” z zasadami wiedzy medycznej, należy opierać się na założeniach tego kierunku, który reprezentował dokonujący zabiegu, chyba że lekarz przeprowadzający zabieg opierał się na kierunku, który został już powszechnie odrzucony lub zaniechał zabiegu, który nauka uznaje za absolutnie konieczny;
- 6) nawet wyraźne zezwolenie pacjenta na zabieg leczniczy, który ze względu na brak wskazań lub na sposób jego przeprowadzenia uznać trzeba za „błąd sztuki”, nie zwalnia lekarza od odpowiedzialności²⁵.

Lekarz ma obowiązek dokształcania się, co podkreślił Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 13 października 2005 r.²⁶, stwierdzając, że na lekarzu, jak na każdym profesjonalście, spoczywa obowiązek udzielenia informacji. Chodzi przy tym o kompetencje rzeczywiste, merytoryczne, a nie jedynie formalne, zaś obowiązek podnoszenia kwalifikacji zawodowych oraz śledzenia postępów nauki i techniki medycznej wynika wprost z art. 18 ustawy o zawodzie lekarza oraz art. 56 KEL. Ignorancja w tym zakresie stanowi winę lekarza.

Według A. Liszewskiej błąd w sztuce medycznej oznacza naruszenie przez lekarza obowiązujących go w konkretnym wypadku, wypracowanych na gruncie nauki i praktyki reguł postępowania zawodowego wobec dóbr prawnych w postaci życia i zdrowia człowieka, które na gruncie prawa stanowi podstawę dla stwierdzenia naruszenia obowiązku ostrożności. Według Autorki popełnienie błędu w myśl art. 9 § 2 k.k. to niezachowanie ostrożności wymaganej w danych okolicznościach i może być podstawą

zdrowia/standardy-medyczne/> [dostęp 10.01.2018].

²⁵ J. Sawicki, Błąd sztuki przy zabiegu leczniczym w prawie karnym, Warszawa PWN 1965, s. 82–86.

²⁶ Sygn. IV CK 161/2005.

przypisania lekarzowi odpowiedzialności karnej za dokonanie nieumyślnego czynu zabronionego²⁷.

W orzecznictwie za błąd w sztuce medycznej należy uznać każde postępowanie obiektywnie sprzeczne z powszechnie uznanymi zasadami wiedzy i praktyki medycznej. Błąd w sztuce medycznej jest obiektywnym elementem winy lekarza wykonującego czynności medyczne, stanowi bowiem działanie lub zaniechanie lekarza, niezgodne z nauką medycyny w zakresie dla lekarza dostępnym²⁸.

Od błędu, jako odstępstwa od wzorca i zasad należytego postępowania z uwzględnieniem profesjonalnego charakteru działalności sprawcy szkody, odróżnić należy powikłanie, które stanowi określoną, niekiedy atypową reakcję pacjenta na prawidłowo podjęty i przeprowadzony zespół czynności leczniczych, a także tzw. niepowodzenie medyczne²⁹. Również trudne są do rozstrzygnięcia zabiegi i terapie medyczne, w których uczestniczy większa liczba osób. Nasuwa się zatem pytanie, kto ma odpowiadać za pozostawienie narzędzia czy wacika w organizmie pacjenta. Chirurg czy instrumentariuszka, do której obowiązków należy policzenie wacików i narzędzi po operacji. W medycynie takie zjawisko określa się jako „zespołowość leczenia”³⁰. W przypadku podjęcia czynności medycznych zespołowo przyjmuje się, że odpowiedzialność lekarza za niewłaściwe z punktu widzenia lege artis postępowanie pozostałych członków zespołu należy oprzeć na zasadzie ograniczonego zaufania³¹.

Możliwość przypisania lekarzowi odpowiedzialności karnej za błąd medyczny wymaga wykazania kolejnej przesłanki, a więc zawinionego działania lub zaniechania. Działanie to podjęcie określonej aktywności, a zaniechanie to brak aktywności wymaganej w określonym kierunku. Ponadto w doktrynie przyjmuje się, że działanie, powodując zmianę, w rzeczywistości jest przyczynowe, zaniechanie zaś nie ma charakteru przyczynowego³².

²⁷ A. Liszewska, *Odpowiedzialność karna...*, s. 28.

²⁸ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z dnia 24 czerwca 2015 roku, sygn. I ACa 86/14, Legalis.

²⁹ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 18 stycznia 2013 roku, sygn. IV CSK 431/12, Legalis.

³⁰ E. Zielińska, *Wzajemne relacje w zespołowym działaniu medycznym w aspekcie odpowiedzialności karnej i zawodowej*, PiM 2001, nr 3, s. 38.

³¹ A. Liszewska, *Odpowiedzialność karna...*, s. 123–128.

³² Por. W. Wolter, *O tzw. przyczynowości zaniechania*, PiP 1954, z. 10–11; W. Wolter, *O przyczynowych i nieprzyczynowych zaniechaniach* [w:] J. Fiema, W. Gutekunst, S. Hubert, *Księga pamiątkowa ku czci prof. dra Witolda Świdy*, Warszawa 1969, s. 141; A. Zoll, *Odpowiedzialność...*, s. 48; R. Dębski, *Pozaustawowe znamiona przestępstwa. O ustawowym charakterze norm prawa karnego i znamionach typu czynu zabronionego nie określonych w ustawie*, Łódź 1995, s. 241; T. Kaczmarek, *Spory wokół przyczynowości zaniechania i przypisywania jego skutku* [w:] Ł. Pohl (red.), *Aktualne problemy prawa karnego. Księga pamiątkowa z okazji Jubileuszu 70. urodzin Profesora Andrzeja J. Szwarca*, Poznań 2009, s. 199–207; S. Pikulski [w:] J. Warylewski (red.), *System prawa karnego. Przestępstwa przeciwko dobrom indywidualnym*, t. 10, Warszawa 2012, s. 32; Ł. Pohl, *Prawo karne*.

Artykuł 1 § 3 k.k. stanowi, że nie popełnia przestępstwa sprawca czynu zabronionego, jeżeli nie można mu przypisać winy w czasie czynu. Rozważania niniejsze ograniczone zostały zatem do odpowiedzialności karnej lekarza za czyn zabroniony popełniony nieumyślnie, ponieważ celem lekarza jest leczenie pacjenta, a nie celowe narażanie go na utratę zdrowia lub życia. Warunkiem koniecznym przypisania odpowiedzialności karnej lekarza za przestępstwo skutkowe popełnione nieumyślnie, w świetle art. 9 § 2 k.k., jest niezachowanie ostrożności wymaganej w danych okolicznościach, mimo że możliwość popełnienia tego skutku przewidywał (świadoma nieostrożność, zwana lekkomyślnością) albo mógł przewidzieć (nieświadoma nieostrożność, zwana niedbalstwem). Stwierdzenie, że czyn lekarza jest karalny, musi ponadto poprzedzać badanie winy, tzn. ustalenie, czy lekarzowi z powodu popełnienia czynu zabronionego charakteryzującego się nieumyślnością można postawić zarzut³³. Wina stanowi element subiektywny, związany immanentnie z osobą sprawcy. Konieczne jest w danym przypadku ustalenie, czy lekarz ma tzw. zdolność do ponoszenia winy, a więc czy ma zdolność rozpoznania znaczenia popełnionego czynu i kierowania swoim postępowaniem, czy potrafi rozpoznać bezprawność konkretnego przedsięwziętego czynu oraz ocenić możliwość żądania danego zachowania zgodne z prawem³⁴. Zatem wina polega na niedochowaniu wierności prawu, tj. lekarzowi można wówczas postawić zarzut, iż zachował się bezprawnie, ale można było żądać od niego zachowania zgodnego z prawem.

Analiza treści art. 9 § 1 i § 2 k.k. wskazuje, że nieumyślność charakteryzuje:

- 1) brak zamiaru bezpośredniego i ewentualnego;
- 2) niezachowanie ostrożności wymaganej w danych okolicznościach;
- 3) przewidywanie popełnienia czynu zabronionego (świadoma nieumyślność) albo możliwość przewidzenia popełnienia czynu zabronionego (nieświadoma nieumyślność).

Nie każdy błąd w sztuce lekarskiej może obciążać lekarza, ale taki tylko błąd, który jest skutkiem co najmniej lekkomyślności lub niedbalstwa³⁵. Winą w przypadku błędu medycznego jest niezachowanie ostrożności wymaganej w danych okolicznościach. „Dane okoliczności” wyznaczane są przez układ trzech elementów: kwalifikacji działającego podmiotu, używanego

Wykład części ogólnej, Warszawa 2012, s. 142.

³³ A. Zoll, Komentarz do art. 9 k.k. [w:] W. Wróbel (red.), A. Zoll (red.), A. Barczak-Oplustil, M. Bielski, G. Bogdan, Z. Cwiakalski, M. Dąbrowska-Kardas, W. Górowski, M. Iwański, M. Jakubowski, J. Jodłowski, P. Kardas, J. Majewski, M. Małecki, A. Plich, M. Pyrcak-Górowska, J. Raglewski, M. Szewczyk, S. Tarapata, *Kodeks karny. Część ogólna*, t. 1, cz. 1, *Komentarz do art. 1–52*, Wydanie V, teza 30, Lex 10420.

³⁴ A. Marek, *Prawo karne*, Warszawa 2011, s. 133.

³⁵ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 30 września 1960 r., sygn. II K 675/60, Legalis.

przy dokonywanej czynności narzędzia oraz sposobu przeprowadzania czynności. W przypadku operacji chirurgicznej będzie to staranność przyjęta dla tego typu interwencji medycznej. Ustalane dla określonej czynności reguły ostrożności dotyczą właśnie tych trzech elementów, wskazując, kto może dokonywać danej czynności, za pomocą czego i w jaki sposób³⁶. Standardy ostrożności muszą być budowane na podstawie zachowania typowego dla rozważnego lekarza, tzn. takiego, który dysponuje właściwymi do wykonania danej czynności medycznej kwalifikacjami oraz charakteryzuje się postawą należytego wykonywania swoich obowiązków³⁷. Zatem wina przy błędzie medycznym koncentruje się wokół zachowania należytej ostrożności przez lekarza lub osobę dokonującą interwencji medycznej. O tym, czy przeprowadzony bez powodzenia zabieg lekarski stanowi popełniony przez lekarza czyn zabroniony, decyduje ustalenie, czy zostały naruszone reguły sztuki medycznej. Jeżeli zachowanie lekarza przy dokonywaniu zabiegu medycznego odbiega od przyjętego, abstrakcyjnego wzorca postępowania, przemawia to za jego winą w razie spowodowania skutków u pacjenta. Dlatego w doktrynie zwraca się również uwagę na kwestię wymagań stawianych lekarzowi w zakresie jego przygotowania zawodowego. Oczywiście używanie pojęcia wzorca sumiennego i rozważnego lekarza jest pewnym skrótem, gdyż w rzeczywistości chodzi o wzorec lekarza odpowiadający określonej specjalizacji, a więc takiej specjalizacji, jaką ma lekarz, którego zachowanie poddane zostaje ocenie. Należy więc tworzyć wzorce dla lekarza stażysty, lekarza bez specjalizacji i dla lekarzy specjalistów w określonych szczegółowych dziedzinach wiedzy medycznej³⁸. Wzorec taki budowany jest według obiektywnych kryteriów takiego poziomu fachowości, poniżej którego postępowanie danego lekarza należy ocenić negatywnie. Właściwy poziom fachowości wyznaczają kwalifikacje (takie jak: specjalizacja, stopień naukowy), posiadane doświadczenie ogólne i, przy wykonywaniu określonych zabiegów medycznych, charakter i zakres doształcania się w pogłębianiu wiedzy medycznej i poznawaniu nowych metod leczenia³⁹.

Jeżeli zatem lekarz narusza tę regułę ostrożności, która miała zapobiec realizacji czynu zabronionego na tej drodze, na której w rzeczywistości on nastąpił, wówczas warunek popełnienia czynu zabronionego charakteryzującego się nieumyślnością zostanie spełniony. W świetle obowiązujących przepisów skład kroplówki lekarz powinien zlecić na piśmie. Ta reguła ostrożności ma zapobiegać ewentualnemu nieporozumieniu przy

³⁶ A. Zoll, *Komentarz do art. 9 k.k.*..., teza 36, Lex 10420.

³⁷ Por. M. Rodzyńkiewicz, *Modelowanie pojęć w prawie karnym*, Kraków 1998, s. 105.

³⁸ A. Zoll, *Odpowiedzialność karna*..., s. 56.

³⁹ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 10 lutego 2010 r., sygn. V CSK 287/09, Legalis.

zleceniu tego zabiegu pomiędzy lekarzem a personelem pielęgniarskim. Jeśli lekarz zleci skład kroplówki ustnie i pielęgniarka źle zrozumie polecenie lekarza, to lekarz popełnia czyn zabroniony charakteryzujący się nieumyślnością, współokreślony skutkiem tej pomyłki dla zdrowia pacjenta. Nie popełnia takiego czynu zabronionego, gdy pielęgniarka właściwie go rozumiała, ale zmieniła skład kroplówki na własną rękę, sądząc, że lekarz się pomylił. Odpowiadać za skutek podania kroplówki o niewłaściwym składzie będzie tylko w tym ostatnim wypadku pielęgniarka. Bardzo dobrze ten szczególnie istotny element kodeksowej koncepcji obiektywnego przypisania czynu zabronionego ujął Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 8 marca 2000 r.⁴⁰ „Spowodowanie skutku może być tylko wtedy obiektywnie przypisane (co stwarza podstawę wyjściową do ustalenia realizacji ustawowych znamion czynu zabronionego, określonego w art. 145 § 2 d.k.k. [k.k. z 1969 r. – przyp. red.]), gdy urzeczywistnia się w nim niebezpieczeństwo, któremu zapobiec miałyby przestrzeżenie naruszonego obowiązku ostrożności”⁴¹.

Należy podkreślić, że nie wystarczy jednak samo stwierdzenie, że lekarz naruszył jakąś regułę ostrożności, wykonując czynności medyczne, konieczne jest bowiem stwierdzenie związku pomiędzy naruszeniem tej reguły a zaistniałym skutkiem, będącym znamieniem danego typu czynu zabronionego⁴². Naruszenie wiedzy i praktyki bez możliwości przypisania skutku jest jedynie podstawą odpowiedzialności dyscyplinarnej przed sądem lekarskim⁴³.

Przy świadomej nieumyślności wina lekarza przejawia się w tym, że przy dokonywaniu interwencji medycznej lekarz ma świadomość posiadania niewystarczających umiejętności lub niewystarczającej wiedzy do realizacji czynności zmierzających do poprawy zdrowia pacjenta. Wykonując interwencję medyczną, musi zatem zdawać sobie sprawę z możliwości dopuszczenia się błędu, myśli jednak, że go uniknie, ryzykując zdrowie lub/i życie pacjenta. Ma oczywiście zdolności w dokonaniu wyboru swojego zachowania, np. powierzenia interwencji innej osobie, posiadającej w danym przypadku właściwe kwalifikacje⁴⁴. Zatem podjęcie interwencji nieopartej na właściwej wiedzy i doświadczeniu jest przejawem lekkomyślności podczas zabiegu.

⁴⁰ Sygn. III KKN 231/98, OSNKW 2000, nr 5–6, poz. 45.

⁴¹ A. Zoll, *Komentarz do art. 9 k.k.*..., teza 39, Lex 10420.

⁴² Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 2 sierpnia 2001 r., sygn. II KKN 63/99, Legalis.

⁴³ *Ibidem*.

⁴⁴ A. Zoll, *Odpowiedzialność karna*..., s. 63–65, M. Kozak, R. Szostak, *Odpowiedzialność karna*..., s. 126.

W przypadku zaś nieświadomej nieumyślności (niedbalstwa) lekarz nie przewiduje możliwości popełnienia czynu zabronionego, natomiast jego popełnienie było obiektywnie przewidywalne. Powinien on dołożyć staranności dla danego typu interwencji medycznej, by zachować się z należytą ostrożnością oraz przewidzieć, że jego zachowanie nosi znamiona czynu zabronionego. Lekarz, pozostawiając podczas operacji w ciele pacjenta ciało obce (np. gazę), dopuszcza się zatem niedbalstwa, gdyż powinien zachować należytą ostrożność i po zabiegu sprawdzić pole operowania i wykorzystanych przedmiotów do operacji. Podobnie będzie w sytuacji, gdy lekarz nie uprzedzi pacjenta o proponowanych oraz możliwych metodach diagnostycznych i leczniczych czy nie powiadomi o ryzyku oraz skutkach zabiegu.

Stwierdzenie nieumyślności w zachowaniu lekarza wymaga zatem udowodnienia dwóch przesłanek: powinności i możliwości przewidzenia skutku, które muszą być spełnione łącznie. Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 8 grudnia 1970 r.⁴⁵ stwierdził, że powinność i możliwość przewidywania przez sprawcę skutku przestępnego zachowania się powinna być ustalona na podstawie konkretnych faktów. Postulat konkretności zakłada dwa momenty: 1) obiektywny, a więc to, co powinno być przez sprawcę przewidziane, oraz 2) subiektywny, to jest aktualną sytuację sprawcy, a w szczególności jego doświadczenie życiowe, określony zasób wiedzy i funkcjonowanie procesu skojarzeń, jako te czynniki, od których zależy ustalenie możliwości przewidywania skutku czynu, zwłaszcza w wypadku, gdy zaistniały skutek jest nietypowym następstwem działania sprawcy. Dlatego możliwość przewidzenia popełnienia czynu zabronionego jest ustalana na podstawie wzorca modelowego lekarza o kwalifikacjach do wykonania danej czynności medycznej, postępującego zgodnie ze sztuką medyczną wykonywanego zabiegu. Przypisanie lekarzowi odpowiedzialności na podstawie art. 9 § 2 *in fine* k.k. wymaga w pierwszej kolejności ustalenie istnienia obiektywnego elementu w postaci powinności przewidywania przez lekarza popełnienia czynu zabronionego, a następnie istnienie elementu subiektywnego – możliwości przewidzenia popełnienia czynu przez lekarza⁴⁶.

Kolejną istotną przesłanką warunkującą przypisanie odpowiedzialności karnej lekarza za przestępstwo jest wystąpienie związku przyczynowego między popełnionym czynem zabronionym a skutkiem jego popełnienia. Dlatego dopóki nie zostanie ustalony związek przyczynowy między zachowaniem lekarza a znamionami przestępstwa skutkowego, nie jest możliwe przypisanie sprawcy winy. Ustalenie zaś związku przyczynowego pomiędzy błędem w sztuce medycznej a zaistniałym skutkiem w postaci pogorsze-

⁴⁵ Sygn. Rw 50/74, Lex 18797.

⁴⁶ A. Wąsek [w:] O. Górniok, *Kodeks karny. Komentarz*, t. 1, Gdańsk 2005, s. 124.

nia zdrowia pacjenta lub jego śmierci wymaga udowodnienia w procesie. Konieczne jest w tym celu zasięgnięcie opinii biegłego i ustalenie, czy skutek, np. w postaci pogorszenia zdrowia pacjenta lub jego śmierci, powstał w wyniku błędu medycznego czy był następstwem naturalnych u pacjenta schorzeń lub urazów⁴⁷.

Problematyka przyczynowości jest jednym z najtrudniejszych zagadnień prawa karnego materialnego, to zaś wymaga poświęcenia szczególnej uwagi przy rozważaniu odpowiedzialności karnej lekarza za przestępstwo skutkowe. Należy uwzględnić fakt, że od czasów poglądów przedstawianych przez W. Woltera oraz J. Śliwowskiego doktryna prawa karnego oraz orzecznictwo wypracowały inne niż teoria ekwiwalencji metody ustalania związku przyczynowego. Wspomnieć należy, że ekstensywna krytyka teorii ekwiwalencji (przydatności testu warunku *sine qua non*), na jaką sądy lub prokuratorzy niekiedy się powołują w swoich postępowaniach, w polskiej dogmatyce prawa karnego została przeprowadzona przez wielu autorów, również przez J. Giezek⁴⁸. Teoria ekwiwalencji, tj. warunku *conditio sine qua non* („bez tego”), polega na tym, iż z łańcucha zdarzeń poprzedzających wystąpienie określonej w kodeksie karnym jako znamię skutku zmiany w świecie zewnętrznym, eksponujemy to, które stanowi istotę określonego czynu, którego znaczenie dla nastąpienia owej zmiany w świecie zewnętrznym pragniemy ustalić i zastanawiamy się, czy bez jego spełnienia owa zmiana w świecie zewnętrznym nastąpiłaby, czy też nie⁴⁹. Konieczne jest ustalenie, że zachowanie lekarza, które zostało uznane za błąd w sztuce medycznej, było przynajmniej jedną z przyczyn, bez której skutek nie nastąpiłby. Z kolei przyłączenie się do łańcucha przyczynowo-skutkowego nie wyłącza odpowiedzialności karnej lekarza, jeśli co najmniej mógł je przewidzieć⁵⁰.

Krytycznie wobec przydatności tego testu do badania płaszczyzny przyczynowości ustosunkowali się też A. Zoll⁵¹, R. Dębski⁵², J. Majewski⁵³.

Z kolei w aktualnym orzecznictwie Sądu Najwyższego dla oceny odpowiedzialności karnej za przestępstwo skutkowe za najbardziej przydatną

⁴⁷ M. Kis-Wojciechowska, Z. Przybylski, *Błąd medyczny*, t. 7, *Homines Hominibus* 2011, s. 127–141.

⁴⁸ J. Giezek, *Znaczenie testu sine qua non przy wyjaśnianiu przyczynowości. W odpowiedzi Jubilatowi* [w:] J. Giezek (red.), *Przestępstwo – kara – polityka kryminalna. Problemy tworzenia i funkcjonowania prawa. Księga jubileuszowa z okazji 70. rocznicy urodzin Profesora Tomasza Kaczmarka*, Kraków 2006, s. 210–217; J. Giezek, *Przyczynowość oraz przypisanie skutku w prawie karnym*, Wrocław 1994, s. 16–17.

⁴⁹ M. Filar, *Lekarskie prawo karne*, Kraków 2000, s. 24.

⁵⁰ M. Filar, *Odpowiedzialność karna...*, s. 71.

⁵¹ A. Zoll, *Odpowiedzialność karna...*, s. 47.

⁵² R. Dębski, *Pozaustawowe znamiona przestępstwa. O ustawowym charakterze norm prawa karnego i znamionach typu czynu zabronionego nie określonych w ustawie*, Łódź 1995, s. 168.

⁵³ J. Majewski, *Głosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 8 marca 2000 r.*, sygn. III KKN 231/98; *OSP* 2001, nr 10, poz. 146, s. 492.

uznaje się koncepcję obiektywnego przypisania skutku, która oprócz wykazania – w przypadku przestępstw z działania – czysto fizykalnego przepływu informacji bądź energii pomiędzy zachowaniem sprawcy a zaistniałym skutkiem wymaga także ustalenia na płaszczyźnie normatywnej naruszenia reguł postępowania z dobrem prawnym oraz tego, by zaistniały przebieg kauzalny prowadzący do skutku był obiektywnie przewidywalny, tj. by był rozpoznawalny dla tzw. wzorca normatywnego wyposażonego w adekwatną wiedzę i doświadczenie życiowe. Nie chodzi tutaj – jak to podkreśla Sąd Najwyższy w swych orzeczeniach – o jakiegokolwiek naruszenie owych reguł, ale ze względu na funkcje i cele prawa karnego – o naruszenie istotne, które w sposób karygodny zwiększa ryzyko wystąpienia skutku⁵⁴. Jeżeli prawdopodobieństwo nastąpienia skutku nie było wysokie, to ryzyko wywołane przez daną osobę nie uzasadnia pociągnięcia jej do odpowiedzialności karnej, a nawet nie uprawnia do określenia jej zachowania mianem czynu bezprawnego. Zakres dozwolonego ryzyka jest w tych wypadkach ustalany niejako po fakcie i może dotyczyć zarówno zakresu normowania normy sankcjonowanej, jak i zakresu zastosowania normy sankcjonującej, związanej z określonym typem przestępstwa⁵⁵.

Przypisanie zatem skutku wymaga nie tylko powiązania empiryczno-przyczynowego pomiędzy działaniem lekarza a skutkiem (np. między czynnością medyczną a skutkami, jakich doznał pacjent), ale przede wszystkim zidentyfikowaniem normatywnej relacji sprawczej między czynem a skutkiem. Konieczne jest dlatego ustalenie, że została naruszona reguła postępowania (przeprowadzenie danego zabiegu z aktualną sztuką medyczną dla tej interwencji medycznej), która chroniła dobro prawne (życie, zdrowie) przed nastąpieniem skutku⁵⁶.

Gdy zaś chodzi o wspomnianą powyżej przewidywalność skutku, jest ona nieodzownym warunkiem aktualizacji po stronie adresata normy sankcjonowanej obowiązku podjęcia zachowań zgodnych z wymaganymi w danych okolicznościach regułami postępowania. Brak obiektywnej przewidywalności skutku przestępnego w określonej sytuacji faktycznej wyklucza możliwość podjęcia zachowania zgodnego z regułami postępowania, a zatem wyklucza uznanie takiego zachowania za pozostające w granicach

⁵⁴ Por. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 15 lutego 2012 r., sygn. II KK 193/11, Legalis; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 8 marca 2000 r., sygn. III KKN 231/98, Legalis; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 1 grudnia 2000 r., sygn. IV KKN 509/98, Legalis; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 9 maja 2002 r., sygn. V KK 21/02, LEX nr 54393; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 3 października 2006 r., sygn. IV KK 290/06, Legalis; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 30 sierpnia 2008 r., IV KK 187/11, Lex nr 950442.

⁵⁵ M. Małecki, *Z problematyki obiektywnego przypisania skutku (przypadek płonącego anioła)*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2013, z. 2, s. 54.

⁵⁶ *Ibidem*, s. 51.

zakresu zastosowania normy sankcjonowanej. Konsekwentnie nie jest możliwe pozytywne stwierdzenie, że sprawca ten zachował się bezprawnie i może ponieść odpowiedzialność za zaistniały obiektywnie skutek⁵⁷.

W sprawach, w których sądy skłaniały się do warunku *conditio sine qua non*, pomijano całkowicie przyjmowaną w doktrynie i orzecznictwie konieczność analizy wystąpienia tzw. negatywnych przesłanek obiektywnego przypisania. W sprawach medycznych na pierwszy plan wysuwa się tzw. włączenie się cudzego zakresu odpowiedzialności. Rozumie się przez to konieczność uwzględnienia w ocenie normatywnych warunków przypisania skutku potencjalnemu sprawcy, przypadków przejścia odpowiedzialności za skutek przestępny przez obiektywnie nieprawidłowo zachowującą się osobę trzecią, do której zakresu odpowiedzialności zawodowej należało uchylenie niebezpieczeństwa dla dobra prawnego⁵⁸. Przykładami ilustrującymi tę przesłankę jest właśnie niezgodne ze sztuką medyczną udzielanie świadczeń leczniczych pacjentowi szpitala przez lekarza będącego gwarantem nienastąpienia skutku. Dlatego każdy stan faktyczny wymaga dokładnej, szczegółowej analizy przebiegu udzielenia świadczenia pokrzywdzonemu, analizy dokumentacji medycznej, ustalenia etiologii sposobu leczenia. Brak odwołania się do płaszczyzny normatywnej obiektywnego przypisania (jej pozytywnych i negatywnych elementów) może doprowadzić sąd do sięgania po przesłanki służące ograniczeniu zakresu odpowiedzialności karnej za przestępstwo skutkowe poza płaszczyznę bezprawności, na której rozpoznawać należy kwestię obiektywnego przypisania skutku, w płaszczyznach winy i strony podmiotowej⁵⁹.

Problematyka błędów w sztuce medycznej jest wciąż aktualna, pomimo istnienia przepisów kodeksu karnego oraz pozakodeksowych normujących system zasad odpowiedzialności za błędy medyczne, w dalszym ciągu jest i na pewno będzie przedmiotem wielu dyskusji na gruncie prawnym. Mimo rozwoju możliwości diagnostycznych, postępu techniki i wiedzy medycznej oraz specjalizacji w dalszym ciągu pojawiają się błędy w sztuce medycznej. Są one jednak częściej wynikiem niedbalstwa w leczeniu albo wszelkich innych uchybień lekarza, personelu medycznego bądź szpitala. Taki wniosek wysnuć można choćby z analizy dotychczasowego dorobku orzecznictwa w tego rodzaju postępowaniach, w których przesłanką odpowiedzialności lekarza (szpitala) jest w nich przeważnie niedbalstwo, którego można by uniknąć przy dołożeniu należytej staranności w leczeniu.

⁵⁷ Por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 19 stycznia 1953 r., sygn. I K 295/53, *Legalis*; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 3 października 1962 r., sygn. II K 1296/60, *BISN* 1963, nr 1, poz. 7.

⁵⁸ T. Sroka, *Odpowiedzialność karna za niewłaściwe leczenie. Problematyka obiektywnego przypisania skutku*, Warszawa 2013, s. 534.

⁵⁹ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 4 lipca 2013 r., sygn. III KK 33/13, *Lex* 1375223.



A B S T R A C T

The purpose of the article is to approximate the problem of error in the medical art. Classifications of medical errors and its definitions are presented. Related considerations have been taken related to the doctor's criminal liability, taking into account the views of the doctrine on the notion of medical error, including the principles of objective attribution of the effect.

*Rozkaz wojskowy a decyzja
administracyjna*

*Military order in the context of an
administrative decision*

S T R E S Z C Z E N I E

Artykuł omawia instytucję rozkazu wojskowego w odniesieniu do gałęzi prawa administracyjnego oraz decyzji administracyjnej. Opisuje charakterystyczne cechy prawa administracyjnego i przedstawia istotę decyzji administracyjnej. Wskazuje elementy wspólne dla rozkazu wojskowego i decyzji administracyjnej.

Wyraża tezę, zgodnie z którą jedynie złamanie rozkazu bojowego bezspornie daje podstawę do realizacji odpowiedzialności na gruncie karnym. Natomiast znaczna część oświadczeń woli zwyczajowo określanych mianem rozkazu wykazuje funkcjonalne, jak i konstrukcyjne cechy dziedziny prawa administracyjnego, a realizacja odpowiedzialności za ich naruszenie na płaszczyźnie prawnokarnej budzi uzasadnione wątpliwości bądź jest całkowicie wykluczona.

W nauce prawa, a w szczególności w literaturze dotyczącej rozkazu wojskowego dominuje przekonanie, że omawiana instytucja stanowi domenę prawa karnego.

Niezależnie od mnogości pojęć i różnorodności form znaczeniowych, jakie wiążą się z pojęciem rozkazu wojskowego, przyjęło się uważać, że rozważania w tym przedmiocie można prowadzić jedynie pod kątem następstw związanych z niewykonaniem rozkazu oraz ich wpływem na poziom dyscypliny wojskowej.

Tymczasem, mając na uwadze cechy znamionujące instytucję rozkazu wojskowego, można mieć uzasadnione wątpliwości dotyczące znacznej części aktów woli, które popularnie przyjęło się określać mianem rozkazu, bowiem w swej istocie wykazują one cechy typowe dla decyzji administracyjnej i w gruncie rzeczy równie zasadnie mogą być przyporządkowane sferze prawa administracyjnego, z wszystkimi następstwami takiego stanu rzeczy.

Stosując duże uproszczenie, ogół norm prawnych można podzielić na normy prawa prywatnego i prawa publicznego. Prawo prywatne to prawo, które chroni interesy jednostek, reguluje stosunki osobiste i majątkowe. Prawo publiczne to prawo, które służy ochronie interesów państwa jako dobra wspólnego wszystkich obywateli. W dalszej kolejności normy prawne pogrupowane są w zbiory o cechach charakterystycznych i wspólnych dla każdego z tych obszarów określanych mianem gałęzi prawa. Wraz z rozwojem nauki prawa dokonana się kategoryzacja norm oraz ich przyporządkowanie do poszczególnych gałęzi prawa, tj. prawa konstytucyjnego, cywilnego, karnego, administracyjnego, pracy oraz międzynarodowego publicznego.

Cechą charakterystyczną prawa karnego jest to, że wykorzystując asymetrię relacji państwo – obywatel, ingeruje ono w sferę wolności obywateli, ograniczając część ich wolności lub praw podmiotowych. Natomiast cechą charakterystyczną prawa administracyjnego jest to, że wykorzystując tę samą asymetrię, określa zakres praw podmiotowych obywateli. Wspólny mianownik obydwu dziedzin prawa stanowi wspomniany stosunek asymetrii, który jest jednym z zasadniczych elementów konstrukcji zarówno rozkazu wojskowego, jak i decyzji administracyjnej.

Uwzględniając charakterystykę poszczególnych gałęzi prawa, a w szczególności właściwość relacji zachodzącej w ramach stosunku administracyjnoprawnego (wyrażającej się w braku równorzędności), a także mając na uwadze szczególną asymetrię charakteryzującą relację rozkazowania, oczywiste jest, że jedynie gałąź prawa karnego i administracyjnego mogą stanowić bazę do rozważań na temat istoty aktów woli zwyczajowo przyporządkowanych instytucji rozkazu wojskowego.

Mając na uwadze potrzebę rozpoznania przedstawionego problemu, zasadnym wydaje się przeprowadzenie głębokiej analizy przedmiotowego zagadnienia w celu określenia słuszności poglądu przyporządkującego instytucję rozkazu wojskowego tylko i wyłącznie dziedzinie prawa karnego wojskowego oraz przekonania zakładającego możliwość przypisania niektórych kategorii oświadczeń woli, popularnie określanych mianem rozkazu wojskowego, gałęzi prawa administracyjnego.

W teorii prawa administracyjnego stale podejmowane są próby zdefiniowania pojęcia administracji, choć uważa się, że administrację można opisać, ale nie zdefiniować¹.

Tradycyjne pojęcie administracji dotyczy między innymi zarządzania, kierownictwa, służby i w zależności od kontekstu odnosi się do czynności lub osób ich podejmujących².

¹ Z. Duniewska, B. Jaworska-Dębska, R. Michalska-Badziak, E. Olejniczak-Szałowska, *Prawo administracyjne, pojęcia, instytucje, zasady w teorii i orzecznictwie*, M. Stahl (red.), Warszawa 2013, s. 17.

² J. Sługocki, *Prawo administracyjne, zagadnienia ustrojowe*, Warszawa 2012, s. 13.

Termin administracja może być używany do oznaczenia pewnej funkcji państwowej albo pewnego stanu organów grupujących określone zespoły pracownicze. Przez pojęcie administracji należy rozumieć zespół określonych funkcji państwa, które nazywamy działalnością administracyjną³. Administrację określić możemy też jako planową i stałą działalność dla zaspokojenia potrzeb. Jeżeli działalność ta będzie miała na celu zaspokojenie potrzeb państwa lub innego związku prawa publicznego, wtedy będziemy mieli do czynienia z administracją publiczną. Zasady normujące tę działalność to właśnie prawo administracyjne. Zaspokajanie potrzeb jednostki prywatnej lub też państwa, gdy działa ona jako jednostka prywatna, stanowi administrację prywatną⁴.

Współczesny system administracyjny nawiązuje do osiemnastowiecznych monarchii absolutnych, gdzie administracja spełniała kilka ważnych ról, w tym między innymi opierała się na stosowanych współcześnie zasadach: centralizacji, koncentracji, fachowości, hierarchiczności, a co najważniejsze, działała przy pomocy środków władczych (czyli opartych na przymusie). Środki niewładcze nie były wówczas stosowane i z zasady nie są używane w administracji publicznej aż po dzień dzisiejszy⁵.

E. Ochendowski wyodrębnia trzy cechy charakterystyczne administracji publicznej. Po pierwsze, administracja jako zjawisko społeczne ma realizować interes publiczny; po drugie ma ją cechować aktywność, inicjatywa, działalność ukierunkowana na przyszłość; po trzecie wreszcie, administracja podejmuje konkretne środki do uregulowania spraw jednostkowych i urzeczywistnienia określonych przedsięwzięć⁶.

Zakres działania administracji państwowej obejmuje wszystkie dziedziny życia społecznego, a w tym między innymi organizowanie aparatu państwowego, instytucji kulturalnych i ich działalności, procesów produkcyjnych w gospodarce narodowej, ustalanie praw i obowiązków obywateli, popieranie i rozwijanie określonych działań obywateli oraz zakazywanie innych, a także organizowanie obronności kraju⁷.

W naukach administracyjnych mówi się o administracji w dwóch znaczeniach. Według pierwszego znaczenia administracja jest pewną organizacją składającą się z różnorodnych organów i skupionych wokół nich jednostek organizacyjnych, utworzoną w celu wykonywania zadań publicznych, w sposób określony przez prawo. Zgodnie z drugim znaczeniem

³ J. Starościak, *Prawo administracyjne*, Warszawa 1977, s. 11.

⁴ B. Wasiutyński, *Prawo administracyjne*, Warszawa 1936, s. 3–4.

⁵ <<http://www.pl.wikipedia.org/wiki/administracja>> [dostęp dnia 14.03.2020 r.].

⁶ E. Ochendowski, *Prawo administracyjne. Część ogólna*, Toruń 2002, s. 22–24.

⁷ M. Jaroszyński, M. Zimmermann, W. Brzeziński, *Polskie prawo administracyjne. Część ogólna*, Warszawa 1956, s. 30.

administracja jest pewną działalnością. Gdy działalność tę prowadzi państwo jako określona organizacja, wtedy mamy do czynienia z administracją państwową w znaczeniu ścisłym.⁸ Przedmiotem prawa administracyjnego są prawa i obowiązki podmiotów administracji państwowej i tych podmiotów, które z nimi wchodzi w stosunki prawne poddane prawu administracyjnemu⁹.

Natomiast przez prawo administracyjne w szerokim znaczeniu rozumie się normy prawa regulujące organizację i zachowanie się administracji państwowej jako części aparatu państwowego, a także zachowanie się osób fizycznych i innych podmiotów w zakresie nieunormowanym przez przepisy należące do innych gałęzi prawa. Do prawa administracyjnego w znaczeniu wąskim zalicza się na ogół tylko normy dwustronnie wiążące, ustanawiające bezpośrednio lub przez odpowiednie akty prawne określone obowiązki i uprawnienia organów administracji państwowej oraz podmiotów podporządkowanych im administracyjnie¹⁰.

Teorie dotyczące istoty działalności administracyjnej organów państwowych można podzielić na dwie zasadnicze grupy, tj. negatywne i pozytywne.

Teorie negatywne głoszą, że nie ma jakichś szczególnych pozytywnych znamion wspólnych dla ogółu czynności aparatu państwowego nazywanych administracją i wyróżniających je tym samym od innego rodzaju czynności, zatem różnica da się zdefiniować tylko negatywnie. Inaczej mówiąc, administracją w myśl tej teorii są wszystkie czynności aparatu państwowego, które nie są ustawodawstwem albo wymiarem sprawiedliwości. Teorie pozytywne możemy również podzielić na dwie grupy. Jedne szukają cechy charakterystycznej funkcji administracyjnych w podmiocie wykonującym te funkcje (teorie podmiotowe), drugie w samym przedmiocie (teorie przedmiotowe). Teorie podmiotowe głoszą, że administracją państwową są wszystkie czynności spełniane przez organy administracyjne państwa. Teorie te zakładają, że istnieje ścisły podział aparatu państwowego na organy powołane do wykonywania funkcji danego rodzaju. Natomiast teorie przedmiotowe istotę administracji w odróżnieniu od innych funkcji aparatu państwowego upatrują w samym przedmiocie, tj. w rodzaju i charakterze funkcji, bez względu na to, kto je wykonuje¹¹.

Stosunek prawny, stanowiąc konstrukcję pomocniczą nauki prawa, służy zarazem rekonstrukcji założonych w prawie przedmiotowym

⁸ M. Wierzbowski, Z. Cieślak, J. Jagielski, J. Lang, M. Szubiakowski, A. Wiktorowska, *Prawo administracyjne*, Warszawa 2006, s. 15.

⁹ J. Filippek, *Stosunek administracyjny*, Warszawa 1953, s. 12.

¹⁰ *Ibidem*, s. 21–22.

¹¹ *Prawo administracyjne, praca zbiorowa*, M. Jaroszyński (red.), Warszawa 1952, s. 22–26.

podstawowych zależności, jakie mogą zachodzić lub powinny zachodzić między różnymi podmiotami. W prawie administracyjnym jednym z podmiotów tego stosunku jest organ administracji państwowej albo podmiot, któremu ustawa wprost lub za pośrednictwem tego organu powierza pełnienie administracji publicznej (tj. funkcji z zakresu administracji publicznej). W konsekwencji, w prawie administracyjnym przedmiot stosunku prawnego jest także objęty kompetencją jednego z organów administracji państwowej lub podmiotu wykonującego funkcje zlecone administracji publicznej. Dla porównania należy przypomnieć, że w prawie cywilnym jest inaczej. W tej gałęzi prawa podmiotami stosunku materialnoprawnego z zasady są osoby fizyczne lub prawne¹².

Takie ukształtowanie stosunku administracyjnoprawnego sprawia, że pomiędzy podmiotami tegoż stosunku nie zachodzi relacja równorzędności. W omawianym stosunku prymat leży po stronie podmiotu administrującego¹³, nie zaś administrowanego. To w gestii tego pierwszego znajduje się uprawnienie do kształtowania praw podmiotowych obywateli, zgodnie z interesem państwa.

Model jednostronnego stosowania prawa odpowiada sytuacji, kiedy celem działania kompetentnego podmiotu jest uregulowanie sytuacji (uprawnień lub obowiązków) wyłącznie innego podmiotu, adresata aktu stosowania prawa. W tym wypadku sytuacja prawna podmiotu stosującego prawo jest wyznaczona nie przez konsekwencje aktu stosowania prawa, lecz przez przyznaną mu kompetencję oraz normy materialne i proceduralne określające warunki dokonywania działań w danym znaczeniu i trwałość wynikających z nich skutków prawnych¹⁴.

Stosunek administracyjnoprawny różni się od stosunku cywilnoprawnego tym, że administracja działa władczo, że może jednostronnie decydować o treści danego stosunku¹⁵. Cechą charakterystyczną tego stosunku, różniącą go od stosunku cywilnoprawnego, jest nierównorzędność pozycji podmiotów oraz możliwość decydowania o treści tego stosunku przez podmiot administrujący. W stosunku administracyjnoprawnym jeden z podmiotów tego stosunku reprezentuje władztwo państwowe, dlatego stosunek ten charakteryzuje się nierównorzędnością pozycji podmiotów. Ta nierównorzędność wynika stąd, że prawo przyznaje jednemu z uczestników

¹² M. Wierzbowski, Z. Cieślak, J. Jagielski, J. Lang, M. Szubiakowski, A. Wiktorowska: *op.cit.* s. 25–26.

¹³ Właściwe stosowanie form działania administracji polega między innymi na proporcjonalnym stopniowaniu elementów przymusu i przekonywania. J. Starościk, *Administracja. Zagadnienia teorii i praktyki*, Warszawa 1974, s. 83.

¹⁴ *Ibidem*, s. 114–117.

¹⁵ Z. Niewiadomski, Z. Cieślak, I. Lipowicz, G. Szpor, *Prawo administracyjne*, Warszawa 2005, s. 28.

tego stosunku (organowi administracyjnemu) prawo orzekania, przesądzania w sprawie w sposób wiążący innych uczestników relacji. Taka sytuacja nie zachodzi w stosunku cywilnoprawnym¹⁶. Administracja jest zjawiskiem społecznym i politycznym, charakteryzującym się między innymi możliwością działania w formie władczej, zabezpieczonej możliwością zastosowania przymusu państwowego¹⁷.

Władztwo administracyjne to zakotwiczona w ustawie możliwość wydawania nakazów i zakazów, zezwoleń i koncesji, którym przysługuje domniemanie legalności. Prawnie dopuszczalne zastosowanie przymusu państwowego stanowi gwarancje realizacji władczych działań administracji. Przymus ten może występować w mniej lub bardziej jaskrawych formach, aż do bezpośredniego przymusu fizycznego włącznie. Często pozostaje on głęboko ukrytą potencjalną groźbą, natomiast na zewnątrz widoczne jest jedynie dobrowolne podporządkowanie się adresatów działań administracyjnych¹⁸.

Administracja publiczna dysponuje możliwością użycia bezpośrednio przymusu, będącą wynikiem posiadania przez państwo monopolu używania siły fizycznej oraz możliwością stosowania władztwa. Państwo może udzielić władztwa w zakresie przez siebie ustalonym innym podmiotom sprawującym w oznaczonym zakresie administrację publiczną. Chodzi tutaj o samorządy różnego typu czy inne podmioty pełniące funkcję administracji publicznej w zleconym im zakresie. Władztwo to nazywa się władztwem administracyjnym (imperium dla odróżnienia cywilnoprawnego dominium). Pod tym określeniem rozumieć należy prawo użycia przymusu bezpośredniego przez organy administracyjne dla zrealizowania ich jednostronnych zarządzeń (rozstrzygnięć)¹⁹.

W ramach stosunku administracyjnoprawnego najczęściej podmiot administrujący pozostaje w relacji nadrzędności w odniesieniu do podmiotu administrowanego jako nosiciel praw zewnętrznych państwa. Nadrzędność ta wyraża się w możliwości bądź powinności zgodnego z prawem jednostronnego kształtowania lub konkretyzowania pozycji podmiotu administrowanego²⁰.

Stosunek administracyjnoprawny to szczególnego rodzaju stosunek prawny, realizowany na podstawie i w granicach norm prawa administracyjnego, w ramach którego wykonywane są prawa podmiotowe stron tegoż

¹⁶ *Ibidem*, s. 28.

¹⁷ Z. Duniewska, B. Jaworska-Dębska, R. Michalska-Badziak, E. Olejniczak-Szałowska, *Prawo administracyjne. Pojęcia, instytucje, zasady w teorii i orzecznictwie*, M. Stahl (red.), Warszawa 2013, s. 20.

¹⁸ E. Ochendowski, *Prawo administracyjne. Część ogólna*, Toruń 1998 r., s. 23–24.

¹⁹ J. Credible, *Zarys części ogólnej prawa administracyjnego*, Uniwersytet Śląski 2004 r., s. 3.

²⁰ Z. Duniewska, B. Jaworska-Dębska, R. Michalska-Badziak, E. Olejniczak-Szałowska, *Prawo administracyjne. Pojęcia, instytucje, zasady w teorii i orzecznictwie*, M. Stahl (red.), Warszawa 2013, s. 78.

stosunku, który charakteryzuje się brakiem równorzędności podmiotów oraz zagrożeniem określonymi konsekwencjami w przypadku niepodporządkowania się normom nakazowym sformułowanym przez podmiot nadrzędny (administrujący) w stosunku do podmiotu podrzędnego (administrowanego).

Ze względu na szeroki zakres administracji państwowej, rozciągającej się na wszystkie dziedziny zarządu państwa, mającej na celu urzeczywistnienie zadań państwa zgodnie z obowiązującym porządkiem prawnym, równie szeroki jest też i zakres prawa administracyjnego. Obejmuje on ogół norm regulujących stosunki w zakresie działalności administracyjnej organów państwowych i samorządowych. W związku z potrzebą zapewnienia obrony państwa poprzez zorganizowanie siły zbrojnej równie szeroki zakres przedmiotowy stanowi materia wojskowego prawa administracyjnego. Pod pojęciem wojskowego prawa administracyjnego przyjęło się rozumieć ogół norm prawnych regulujących stosunki prawne w zakresie działalności administracyjnej władz państwowych, tak cywilnych, wojskowych, jak i samorządowych, mających na celu zapewnienie skutecznej obrony państwa. Te właśnie normy obejmują ustawodawstwo wojskowe w szerokim znaczeniu tego pojęcia, przez które rozumie się normy regulujące obowiązki związane z odbywaniem służby wojskowej, określające stosunki prawne w wojsku, jak również te wskazujące sposób i tryb formułowania wojskowych aktów normatywnych²¹.

Niewątpliwie jest, że z dziedziny prawa administracyjnego można wyodrębnić zespół norm, które z punktu widzenia przedmiotowego w sposób bezpośredni odnoszą się do zagadnień obrony państwa. Ten właśnie zespół norm nazywany jest umownie wojskowym prawem administracyjnym, przy czym w literaturze przedmiotu natykamy się na różnorodne definicje wymienionej dziedziny prawa administracyjnego. Możemy spotkać się z pojęciem wojskowego prawa administracyjnego w ujęciu wąskim i szerokim²². Tak więc przedstawiciele pierwszego ze wskazanych powyżej nurtów twierdzą, że wojskowe prawo administracyjne jest dyscypliną prawniczą, która jako część ogólnego prawa administracyjnego bada wewnętrzne normy prawne, które odnoszą się do organizacji i funkcjonowania publicznej służby przygotowującej wojsko do prowadzenia wojny. Przedstawiona definicja,

²¹ M. Baszyński, B. Mitzner, *Wojskowe prawo administracyjne*, WPP 1931, nr 1, s. 39–40.

²² Większość definicji wojskowego prawa administracyjnego odwołuje się do znaczenia wyrazu „wojskowe”. Łączy się to niewątpliwie z tradycyjnym pojmowaniem zagadnień obronności kraju, kiedy to obrona państwa należała wyłącznie do sił zbrojnych wydzielonych przez państwo celem zabezpieczenia jego interesów i prowadzenia walki zbrojnej, ujętych w całość organizacyjną składającą się z różnych pod względem rodzaju i wielkości jednostek i związków. B. Chocha, *Obrona terytorium kraju*, Warszawa 1974, s. 92.

kładąc wyraźny nacisk na sprawy związane z wojskiem i prowadzeniem wojny, a także ograniczając podmiotowy zakres norm prawnych i odnosząc je tylko do organizacji i funkcjonowania służby publicznej, nie obejmuje całego szeregu zagadnień dotyczących spraw obronności. W odmienny sposób definiują pojęcie wojskowego prawa administracyjnego zwolennicy jego szerokiego ujęcia. Ich zdaniem (tak jak zostało to już wskazane na wstępie) wojskowe prawo administracyjne to ogół norm regulujących stosunki w zakresie działalności administracyjnej władz państwowych, tak cywilnych, jak i wojskowych oraz samorządowych, mającej na celu zapewnienie obronności państwa²³.

Całość przepisów wojskowego postępowania administracyjnego cechuje duża niejednorodność, zaś tok postępowania regulowany jest odmiennie w poszczególnych kategoriach spraw. Niejednorodność wojskowego postępowania administracyjnego wynika nie tylko z zakresu regulacji toku postępowania w poszczególnych aktach prawnych, ale również z różnorodności przyjętych zasad postępowania. W ramach wojskowego postępowania administracyjnego można wyodrębnić postępowania, w których stosuje się kodeks postępowania administracyjnego wprost lub stosuje się przepisy szczególne, w których przyjęto zasady obowiązujące w kodeksie postępowania administracyjnego²⁴.

Decyzja w rozumieniu potocznym to wybór pewnego działania spośród szeregu możliwych działań²⁵. Jest aktem wyboru między różnymi wariantami. Stanowi akt woli organu administracji publicznej i jest wynikiem procesu, który służy dokonaniu najbardziej trafnego wyboru²⁶. Może zezwalać, nakazywać lub tolerować określone zachowania, jednak zawsze stanowi akt wyboru pomiędzy co najmniej dwoma wariantami²⁷. W teorii prawa podkreśla się, że decyzja stosowania prawa jest normą jednostronną konkretną, której treść wyraża się w ustaleniu konsekwencji prawnych stanu faktycznego albo stwierdzeniu lub stworzeniu pozycji prawnej adresata decyzji²⁸. Podmiotem podejmującym decyzję jest decydent, a więc podmiot posiadający kompetencję do wyboru określonej alternatywy²⁹.

²³ M. Łukowicz, *Wojskowe prawo administracyjne i wojskowe postępowanie administracyjne*, WPP 1978, nr 4, s. 425–426.

²⁴ Ustawa z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (Dz.U. z 2013 r. poz. 267 t.j. z późn. zm.)

²⁵ J. Borkowski, *Decyzja administracyjna. Współczesne problemy*, Łódź 1969, s. 44.

²⁶ M. Stefaniuk, *Działanie administracji w ujęciu nauk administracyjnych*, Lublin 2009, s. 51; J. Shaughnessy, *Metodologia decyzji*, Warszawa 1976, s. 94–150.

²⁷ E. Knosala, *Zarys teorii decyzji w nauce administracji*, Warszawa 2011, s. 23; M. Crozier, *Biurokracja, anatomia zjawiska*, Warszawa 1967, s. 213–221.

²⁸ W. Lang, J. Wróblewski, Z. Zawadzki, *Teoria państwa i prawa*, Warszawa 1986, s. 455.

²⁹ E. Knosala, *Decyzja i doradztwo w administracji publicznej. Studium z nauki administracji i prawa administracyjnego*, Bytom 2003, s. 18.

Pojęcie decyzji administracyjnej w sferze normatywnej przybiera różnorodne znaczenia. W przepisach procedury administracyjnej termin decyzja odnosi się jedynie do aktów zewnętrznych administracji, w ramach których dochodzi do rozstrzygnięcia o prawach i obowiązkach konkretnych podmiotów. Natomiast w teorii prawa administracyjnego termin ten odnosi się jedynie do niektórych aktów administracyjnych³⁰.

W doktrynie prawa administracyjnego pojęcie decyzji administracyjnej³¹ zawęża się do aktu administracyjnego wydawanego w postępowaniu administracyjnym. Natomiast w orzecznictwie sądowym jest ono rozszerzone o akty administracyjne występujące w innych formach, jak również akty występujące bez wyraźnie określonej formy.

Termin akt administracyjny (w tym decyzja administracyjna) określa opartą na ogólnie obowiązujących przepisach prawa czynność organu administracji skierowaną na wywołanie skutków w indywidualnie oznaczonej sprawie, dotyczącej konkretnie wskazanego adresata. Akt administracyjny jest typową formą działania organów administracyjnych³².

W nauce prawa administracyjnego wyróżnia się podział działań administracyjnych na czynności prawne i faktyczne. Decyzja zaliczana jest do czynności prawnych z tego względu, że stanowi wyraz woli organu administracji publicznej nakierowany na wywołanie określonych skutków prawnych³³.

W skomplikowanym i zmiennym układzie stosunków społecznych decyzja administracyjna pełni funkcję względnie stałego i pewnego punktu odniesienia. Wyróżnia się jako akt dający początek zjawiskom społecznym o kwalifikowanym statusie prawnym³⁴.

Doktryna przyjęła pogląd, zgodnie z którym decyzją administracyjną jest każdy wydany na podstawie powszechnie obowiązującego przepisu prawa władczy i jednostronny akt organu administracyjnego, rozstrzygający konkretną sprawę i skierowany do indywidualnie określonego adresata, niezwiązanego z organem ani węzłem zależności organizacyjnej, ani też podległości służbowej. Charakter władczy decyzji³⁵ oznacza, że posiada ona

³⁰ J. Borkowski, *op. cit.*, s. 43.

³¹ Nauka prawa administracyjnego określa pojęcie materialne decyzji, przez którą należy rozumieć kwalifikowany akt administracyjny, stanowiący przejaw woli organów administracyjnych w państwie, wydany na podstawie powszechnie obowiązującego prawa administracyjnego, o władczym i zewnętrznym charakterze, rozstrzygający konkretną sprawę, konkretnie oznaczonej osoby fizycznej lub prawnej, w postępowaniu unormowanym przez przepisy proceduralne. B. Adamiak, J. Borkowski, *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, Warszawa 2006, 474–475.

³² T. Leško, M. Szadkowski, *Prawo wojskowe PRL*, Warszawa 1985, s. 26–27.

³³ B. Adamiak, *Wadliwość decyzji administracyjnej*, Wrocław 1986, s. 11.

³⁴ J. Borkowski, *Decyzja administracyjna*, Warszawa 1970, s. 215.

³⁵ Decyzja administracyjna, wyrażając władztwo, posiada zarazem podwójnie konkretny charakter, który przejawia się w tym, iż dotyczy ona zarówno samego adresata, jak i sytuacji faktycz-

wobec adresata moc obowiązującą, a jej wykonanie zapewnia szereg środków, którymi administracja dysponuje we własnym zakresie.

Sformułowanie, że akt administracyjny w formie decyzji wytwarza władztwo administracyjne³⁶, oznacza prawo organów administracji do użycia przymusu bezpośredniego. Przymus ten jest stosowany dla zapewnienia realizowania jednostronnych zarządzeń (rozstrzygnięć) organu administracji.

Należy podkreślić, że cechą immanentną decyzji administracyjnej jest jednostronny charakter. Stanowi ona przejaw nierównorzędności relacji podmiotów w ramach stosunku administracyjnoprawnego. Wyraża nadrzędną rolę podmiotu administrującego w stosunku do podmiotu administrowanego. W ramach obowiązujących przepisów prawa znamionuje ona władztwo zwierzchniej władzy państwowej w stosunku do podmiotu poddanego tejże władzy. Opór wobec jej postanowień zagrożony jest negatywnymi konsekwencjami, aż do zastosowania przymusu bezpośredniego włącznie. Jako cechy charakterystyczne dla decyzji administracyjnej wskazać należy:

- 1) jednostronność oświadczenia woli;
- 2) brak równorzędności podmiotów;
- 3) precyzyjne określenie adresata dyspozycji;
- 4) kategorię i konkretny charakter dyspozycji ustalającej pozycję prawną podmiotu administrowanego;
- 5) stosunek władztwa zachodzący pomiędzy podmiotem administrującym a administrowanym;
- 6) sytuację przymusową po stronie podmiotu administrowanego.

Przechodząc do omówienia instytucji rozkazu, najogólniej możemy powiedzieć, że rozkaz to wynikający z nakazu legalnej władzy, prawa i społecznego poczucia powinności obowiązek posłuszeństwa adresata rozkazu wobec woli rozkazodawcy³⁷. To wyraz woli człowieka o charakterze imperatywnym, który różni się w sposób zasadniczy od pozostałych znanych nauce prawa form oświadczenia woli. Odznacza się jednostronną formą, stosunkiem władztwa zachodzącym pomiędzy rozkazodawcą a adresatem rozkazu oraz sytuacją przymusu zachodzącą po stronie adresata rozkazu.

Stosunek władztwa w relacjach międzyludzkich oznacza, że osoba posiadająca władzę może nakazać zrobić coś drugiej osobie, a posłuch zapewnić przymusem. Wyjawiona w takim układzie wola jest dla adresata

nych których dotyczy. G. Łaszczycza, Cz. Martysz, A. Matan, *Postępowanie administracyjne ogólne*, Kraków 2003, s. 649.

³⁶ Akty administracyjne, w tym decyzje, są aktami stosowania prawa, konkretyzującymi to prawo w sposób władczy. E. Strzemieczna, *Charakterystyka prawna decyzji administracyjnej*, praca licencjacka (niepublikowana), Uniwersytet Kardynała Stefana Wyszyńskiego, Warszawa 2008 r., s. 9.

³⁷ L. Wilk, *Nieposłuszeństwo rozkazowi wojskowemu*, WPP 2002, nr 1, s. 3.

obowiązującą normą postępowania. Adresat nie może nie zastosować się do niej, jeśli nie chce spotkać się z dolegliwością w postaci zastosowania środków przymusu i sankcji³⁸.

Z definicji rozkazu wyraźnie wynika, że musi chodzić o konkretne (wymienione w tymże rozkazie) działanie bądź zaniechanie³⁹. Wspomniane polecenie działania musi być zrozumiałe dla wykonawcy, nie może być to ogólnikowe upomnienie, rada czy wskazówka. Może być wydane ustnie, na piśmie oraz w każdej innej zrozumiałej formie⁴⁰ (np. sygnału dźwiękowego czy świetlnego)⁴¹.

Rozkaz stanowi przedmiot zainteresowania nauki prawa, a w szczególności ogólnej nauki o normie. Dziś już nikt nie może mieć wątpliwości, że rozkaz wojskowy to szczególnego rodzaju imperatyw, który różni się w sposób zasadniczy od pozostałych znanych nauce prawa form oświadczenia woli. Charakter prawny rozkazu jest zagadką. Nowa literatura nie daje odpowiedzi w tej kwestii, a dawna omija ten temat.

W literaturze przedmiotu rozróżnia się trzy występujące łącznie specyficzne cechy rozkazu odróżniające rozkaz od pozostałych norm prawnych, a mianowicie:

- 1) jednostronność oświadczenia woli;
- 2) stosunek władzy zachodzący pomiędzy rozkazodawcą a adresatem rozkazu;
- 3) sytuacja przymusowa po stronie adresata rozkazu⁴².

Wymienione cechy znamionują rozkaz wojskowy jako szczególnego rodzaju akt stanowienia normy prawnej. Nadają mu specyficzny kształt i charakter oraz stanowią wspólny mianownik dla różnorodnych definicji omawianego zagadnienia. Jestem przekonany, że rozkaz to nie jest typowa norma prawna, ale bardziej akt stanowienia prawa o charakterze technicznym, a może nawet bardziej administracyjnym, a zatem jednostronne oświadczenie woli organu wykonującego zadania oparte na przepisach prawa, określające w sposób prawnie wiążący sytuację konkretnego adresata w indywidualnie oznaczonej sprawie. Rozkaz od normy prawnej odróżnia fakt, że nie jest on ogólny ani abstrakcyjny, tj. odnosi się do osób

³⁸ J. Ziewiński, *Rozkaz wojskowy w prawie karnym*, Warszawa 1986, s. 23.

³⁹ A. Tokarczyk, *op. cit.*, s. 118.

⁴⁰ Przy czym nie może być wydane niejako *per facta concludentia*, albowiem mając na uwadze specyfikę sił zbrojnych, instytucji rozkazu wojskowego, a w szczególności postulat czytelności i precyzji owego rozkazu, należy uznać za niedopuszczalne oświadczenie woli formułowane w ramach relacji rozkazowania, które wyrażałoby wolę rozkazodawcy w sposób dorozumiany. Takie oświadczenie należy uznać za nieważne, zaś wolę rozkazodawcy wyrażoną w ten sposób za nieobowiązującą adresata rozkazu.

⁴¹ R. Góral, *Kodeks karny. Praktyczny komentarz*, Warszawa 2002, s. 210.

⁴² J. Ziewiński, *Z ogólnych rozważań nad istotą i pojęciem rozkazu*, WPP 1962, nr 3, s. 339.

oznaczonych co do tożsamości oraz nakazuje konkretne, precyzyjnie określone działanie albo zaniechanie.

Przyjmując, że siły zbrojne stanowią jeden z podstawowych i niemal nieodzownych atrybutów państwowości, a zarazem jedynie władza państwowa posiada monopol na stosowanie przymusu w celu zapewnienia przestrzegania ładu państwowego, dochodzimy do wniosku, iż instytucja rozkazu wojskowego to akt stosowania prawa, który stanowi afirmację władzy (a w szczególności władzy państwowej). Charakterystyczną cechą normy rozkazowej jest przemoc, która, sankcjonowana przez państwo, wyraża i podkreśla jego władzę.

Mając powyższe na względzie, uważam, że pojęcie rozkazu wojskowego w określonych konfiguracjach może być kojarzone ze sferą prawa administracyjnego. Samo wskazanie, że dane oświadczenie woli stanowi rozkaz w rozumieniu potocznym, nie przesądza jeszcze, iż jest to rozkaz w ścisłym tego słowa znaczeniu, tj. rozkaz, którego niewykonanie może implikować skuteczną realizację odpowiedzialności karnej przewidzianej w treści art. 343 k.k.⁴³

Bezsporne jest, że w ramach funkcjonalnej działalności sił zbrojnych istnieje szerokie spektrum czynności, które, najogólniej rzecz ujmując, można zakwalifikować do kategorii szeroko rozumianej administracji, czasami ze względu na swoją specyfikę określanej również mianem administracji wojskowej. W ramach tychże czynności częstokroć mamy do czynienia z różnorodnymi oświadczeniami woli podmiotów administrujących, które przyjęło się określać mianem rozkazu, a które w moim przekonaniu ze względu na swoją rolę i specyficzne cechy bardziej znamionują decyzję administracyjną niż rozkaz, w klasycznym rozumieniu tego pojęcia.

W praktyce stosowania prawa doniosły problem stanowi czytelne rozdzielenie tych oświadczeń woli określaných mianem rozkazu wojskowego, które są istotne dla odpowiedzialności karnej z art. 343 k.k., od pozostałych, również określaných mianem rozkazu wojskowego, a które nie dają podstawy do urzeczywistnienia wspomnianej odpowiedzialności.

Rozkazem jest tylko takie oświadczenie woli, które wymusza na adresacie rozkazu postulowane zachowanie w sposób bezwzględny, nieodwołalny, ostateczny, z możliwością zastosowania wszelkich niezbędnych metod

⁴³ Art. 343 § 1. Żołnierz, który nie wykonuje lub odmawia wykonania rozkazu albo wykonuje rozkaz niezgodnie z jego treścią, podlega karze aresztu wojskowego albo pozbawienia wolności do lat 3.

§ 2. Jeżeli sprawca czynu określonego w § 1 działa wspólnie z innymi żołnierzami lub w obecności zebranych żołnierzy albo następstwem czynu określonego w § 1 jest znaczna szkoda majątkowa lub inna poważna szkoda, sprawca podlega karze pozbawienia wolności od 3 miesięcy do lat 5.

§ 3. Żołnierz, który wchodzi w porozumienie z innymi żołnierzami w celu popełnienia czynu zabronionego określonego w § 1 lub 2, podlega karze ograniczenia wolności, aresztu wojskowego albo pozbawienia wolności do lat 2.

§ 4. Ściganie przestępstwa określonego w § 1 lub 3 następuje na wniosek dowódcy jednostki.

wymuszenia posłuchu oraz wykazuje funkcję performatywną, która polega na tym, że tworzy bezpośrednio nową rzeczywistość prawną⁴⁴. Natomiast wszystkie inne akty stosowania prawa, określane mianem rozkazu, a nawet zawierające słowo „rozkazuję” lub tytuł „rozkaz”, których realizacja nie została zabezpieczona w opisany powyżej sposób, nie stanowią rozkazu w klasycznym rozumieniu tego pojęcia i nie mogą stanowić podstawy do skutecznej realizacji odpowiedzialności karnej z punktu widzenia art. 343 k.k.

Niezależnie od przywołanej definicji za przyjęciem powyższego punktu widzenia przemawia również treść obowiązującego kodeksu karnego, a w szczególności art. 319 k.k.⁴⁵ Przepis ten, w przypadku gdy okoliczności wymagają natychmiastowego przeciwdziałania, daje możliwość wymuszenia posłuchu dla wydanego rozkazu wszelkimi niezbędnymi metodami.

Cytowana dyrektywa użycia wszelkich niezbędnych metod wymuszenia posłuchu stanowi czytelną wskazówkę, która w moim przekonaniu pozwala na właściwe odróżnienie rozkazu w ścisłym tego słowa znaczeniu od pozostałych określanych tym mianem aktów woli.

Przepisy art. 343 k.k. i art. 319 k.k. nie stanowią oddzielnych i samoistnych bytów. W mojej ocenie jest dokładnie na odwrót, a mianowicie treść art. 343 k.k. należy czytać na zasadach wykładni systemowej, tzn. mając na względzie treść art. 319 k.k. Dopiero taka perspektywa pozwala na prawidłową ocenę danego stanu faktycznego pod kątem ewentualnej realizacji odpowiedzialności karnej.

Nadto treść art. 319 k.k., odwołując się do potrzeby natychmiastowego przeciwdziałania, wskazuje na okoliczności bezpośrednio zagrażające życiu i zdrowiu w sytuacjach bojowych, jako okoliczności warunkujące możliwość zastosowania omawianego przepisu. Gdyby było inaczej, racjonalny ustawodawca nie umieściłby przywołanego przepisu w części wojskowej kodeksu karnego, bowiem wystarczającym byłoby skorzystanie z kontratyphu stanu wyższej konieczności określonego w treści art. 26 k.k.⁴⁶

⁴⁴ E. Grodziński, *Wypowiedzi per formatywne. Z aktualnych zagadnień filozofii języka*, Wrocław – Warszawa – Kraków – Gdańsk 1980, s. 12.

⁴⁵ Art. 319 § 1. Nie popełnia przestępstwa żołnierz, gdy w wypadku nieposłuszeństwa lub oporu stosuje środki niezbędne w celu wymuszenia posłuchu dla rozkazu, do którego wydania był uprawniony, jeżeli okoliczności wymagają natychmiastowego przeciwdziałania, a posłuchu dla rozkazu nie można osiągnąć w inny sposób.

§ 2. W razie przekroczenia granic ostatecznej potrzeby sąd może zastosować nadzwyczajne złagodzenie kary.

⁴⁶ Art. 26 § 1. Nie popełnia przestępstwa, kto działa w celu uchylenia bezpośredniego niebezpieczeństwa grożącego jakiemukolwiek dobru chronionemu prawem, jeżeli niebezpieczeństwa nie można inaczej uniknąć, a dobro poświęcone przedstawia wartość niższą od dobra ratowanego.

§ 2. Nie popełnia przestępstwa także ten, kto, ratując dobro chronione prawem w warunkach określonych w § 1, poświęca dobro, które nie przedstawia wartości oczywiście wyższej od dobra ratowanego.

§ 3. W razie przekroczenia granic stanu wyższej konieczności sąd może zastosować nadzwyczajne złagodzenie kary.

Jak wiadomo, rozkazy dzielimy na: bojowe, szkoleniowe, dzienne, personalne, wyjazdu, tyłowe oraz okolicznościowe. Z racji tego, że rozkaz bojowy nie nasuwa zasadniczych wątpliwości, w tym miejscu skoncentrujemy naszą uwagę na pozostałych kategoriach zawartych w przedmiotowym katalogu.

Rozkaz szkoleniowy określa sposób i tryb realizacji nakazanych przedsięwzięć szkoleniowych. Uważna analiza cech charakterystycznych typowych dla tej kategorii rozkazu wskazuje, że znamionuje on zarówno cechy rozkazu w klasycznie utrwalonym rozumieniu tego pojęcia, jak również cechy właściwe decyzji administracyjnej. Powyższa dwoistość sprawia, że trudno o czytelne przyporządkowanie (wedle typowych prawideł) tej kategorii oświadczenia woli do jednej z dwu wymienionych na wstępie gałęzi prawa.

Dla kategoryzacji rozkazu szkoleniowego pomocnym będzie, jeśli niezależnie od powszechnie przyjętych cech znamionujących rozkaz wojskowy za dodatkowy wyznacznik tego pojęcia uznamy szczególne znamię, jakim jest bezpośrednio zagrożenie życia i zdrowia w sytuacjach bojowych. Mając na uwadze przedmiotowe znamię oraz praktykę funkcjonalną stosowania kategorii rozkazu szkoleniowego, należy uznać, że rozkaz szkoleniowy jako taki zasadniczo stanowi wyraz władztwa administracyjnego i nie może być traktowany jako podstawa do realizacji odpowiedzialności prawnokarnej określonej w art. 343 k.k.

Za przyjęciem powyższego przemawia fakt, że działalność szkoleniowa w zasadzie realizowana jest w sposób planowy, rytmiczny, przewidywalny, w przyjaznym i stabilnym środowisku zewnętrznym. W tych warunkach nie sposób wyobrazić sobie zaistnienia okoliczności, które mogłyby wymóc potrzebę wymuszenia na żołnierzu posłuchu wszelkimi dostępnymi metodami, a w szczególności nie sposób wyobrazić sobie zaistnienia szczególnych okoliczności, którym należałoby natychmiast przeciwdziałać. Zatem w odniesieniu do tej kategorii rozkazu brak możliwości skutecznej realizacji odpowiedzialności karnej określonej w art. 343 k.k. zasada się na przyjęciu, że tego typu oświadczenie woli nie może wzbudzić szczególnych okoliczności determinujących realizację dyspozycji art. 319 k.k.

Podobnie jest w przypadku pozostałych omawianych kategorii rozkazów wojskowych (z wyłączeniem rozkazu bojowego), tj. rozkazu dziennego, personalnego, wyjazdu, tyłowego oraz okolicznościowego.

Rozkaz dzienny obejmuje całokształt spraw związanych z życiem i działalnością danej jednostki wojskowej, wymagających decyzji dowódcy,

czajnie złagodzenie kary, a nawet odstąpić od jej wymierzenia.

§ 4. Przepisu § 2 nie stosuje się, jeżeli sprawca poświęca dobro, które ma szczególny obowiązek chronić nawet z narażeniem się na niebezpieczeństwo osobiste.

§ 5. Przepisy § 1–3 stosuje się odpowiednio w wypadku, gdy z ciążących na sprawcy obowiązków tylko jeden może być spełniony.

jak np. służba oficera (podoficera) dyżurnego, urlopy, zwolnienia od zajęć, wyjazdy w podróż służbową, komisje, kontrole, przydział broni i sprzętu, nagrody, wyróżnienia i kary, wyciągi z rozkazów wyższych przełożonych, zarządzenia organizacyjno-szkoleniowe i inne. Rozkaz ten stanowi swoistego rodzaju „pamiętnik” danej jednostki organizacyjnej sił zbrojnych. Wyraża on władztwo administracyjne dowódcy jednostki wojskowej w stosunku do przydzielonych mu do dyspozycji sił i środków. Jednak nie posiada cechy kategoryczności, niezmienności i bezwzględnego prymatu. Rozkazy tego typu podlegają częstym modyfikacjom; wobec zmiennych okoliczności bywają anulowane. Za pomocą rozkazu dziennego dowódca planuje realizację bieżących przedsięwzięć istotnych dla zapewnienia prawidłowej działalności kierowanej jednostki organizacyjnej. Podejmuje decyzje o charakterze *stricte* administracyjnym. Jak się wydaje, również i w tym przypadku nie sposób wyobrazić sobie okoliczności, które w ramach rozkazu dziennego mogłyby doprowadzić do sytuacji umożliwiającej realizację dyspozycji art. 319 k.k. Tak więc rozkaz dzienny należy traktować jako formę oświadczenia woli, generowanego w ramach administracyjnej działalności dowódcy jednostki wojskowej, której naruszenie nie może prowadzić do realizacji odpowiedzialności karnej określonej w ramach art. 343 k.k. Właściwą formą reakcji wobec zaistniałego naruszenia woli dowódcy w tym zakresie winna być dolegliwość generowana na płaszczyźnie odpowiedzialności dyscyplinarnej.

Rozkaz personalny dotyczy spraw kadrowych wojska, a zwłaszcza mianowania na wyższe stopnie wojskowe, wyznaczania na stanowiska służbowe, przenoszenia i zwalniania z tych stanowisk, zwalniania do rezerwy i w stan spoczynku (żołnierzy zawodowych), wyróżniania odznaczeniami wojskowymi nadanymi przez organy wojskowe. Rozkaz personalny stanowi wyraz władztwa administracyjnego organów kadrowych sił zbrojnych w stosunku do podległych żołnierzy. Zarówno w sensie znaczeniowym, jak i funkcjonalnym zasadniczo różni się od rozkazu w klasycznym rozumieniu tego pojęcia. Stanowi on najbardziej jaskrawy z możliwych przejawów administrowania w ramach omawianego pojęcia rozkazu. Zarówno co do formy, jak i treści, w sensie praktycznym wyraża on decyzję administracyjną, ze wszelkimi wynikającymi z tego faktu konsekwencjami. Omawiana kategoria oświadczenia woli to dobry przykład na potwierdzenie tezy, że nie każda wypowiedź określana mianem rozkazu stanowi rozkaz w myśl definicji legalnej. W tym przypadku jest wręcz przeciwnie: określenie „rozkaz personalny” to tylko wyraz zachowania tradycji oraz odrębności stanowiącej o specyfice organizacyjnej sił zbrojnych. Niezależnie od powyższego wymieniona kategoria nie ma nic wspólnego (oprócz nazwy) z rozkazem wojskowym w rozumieniu art. 343 k.k., przede wszystkim dlatego, że nie wskazuje adresatowi żadnego

działania ani zaniechania. Nadto z całą pewnością nie może prowadzić do skutecznej realizacji odpowiedzialności karnej zgodnie z normą przywołanego przepisu art. 343 k.k. W przypadku tej kategorii w ogóle nie może być mowy o realizacji jakiegokolwiek odpowiedzialności.

Ustawodawca, nadając rozkazowi personalnemu formę i treść analogiczną do decyzji administracyjnej, a w szczególności podkreślając prawo do kontestowania zawartego w niej rozstrzygnięcia na drodze instancyjnej, w czytelny sposób wskazał, iż omawiana kategoria z całą pewnością przynależy do dziedziny prawa administracyjnego, a nie prawa karnego.

Rozkaz wyjazdu to dokument o ustalonym wzorze, wydawany żołnierzom udającym się w podróż służbową, na urlop, ćwiczenia itp. W rozkazie wyjazdu podaje się nazwisko żołnierza, cel, miejsce i termin wyjazdu oraz inne dane niezbędne dla organów ewidencyjno-finansowych, obsługujących daną jednostkę wojskową.

Również i w tym przypadku nasuwają się liczne wątpliwości odnośnie do natury i charakteru omawianej kategorii. Jak wynika z praktyki funkcjonalnej, rozkaz wyjazdu zasadniczo stanowi dokument określający polecenie udania się we wskazane miejsce, przy wykorzystaniu określonych środków transportu, ale jednocześnie stanowi dokument w ścisłym tego słowa znaczeniu, na którym utrwalane są materialne ślady świadczące o przebytej podróży oraz o poniesionych w jej trakcie kosztach. Na podstawie takiego druku oraz zawartych w nim informacji następuje rozliczenie danej podróży oraz realizacja przysługujących należności finansowych.

Nadto równie często rozkaz wyjazdu stanowi dokument (a może raczej formularz), który nie wyraża imperatywu realizacji danego przejazdu, ale stanowi wyraz uprawnienia przysługującego dysponentowi pojazdu do korzystania z tegoż pojazdu, zaś określenie jego treści następuje dopiero po realizacji danego wyjazdu i ma charakter ściśle dokumentacyjny.

Jak wykazuje praktyka, rozkaz wyjazdu zasadniczo łączy dwie funkcje: w pierwszym rzędzie stanowi oświadczenie woli, a w drugim materialny ślad realizacji tegoż oświadczenia i przysługujących w związku z tym uprawnień. Nadto należy zwrócić uwagę, iż taki rozkaz ze swej natury nie może być kategoriyczny, bezwzględny i niezmienny. Trzeba mieć na względzie, iż ewolucja uwarunkowań częstokroć wymusza na adresacie rozkazu bieżącą korektę postulowanego stanu rzeczy. Z tego powodu ściśle trzymanie się treści takiego rozkazu w wielu wypadkach mogłoby doprowadzić do paraliżu organizacyjnego, a w konsekwencji niepowodzenia przewidzianego przedsięwzięcia.

Zatem należy uznać, że rozkaz wyjazdu, niezależnie od omówionych już poprzednio uwarunkowań dotyczących treści art. 319 i 343 k.k., nie stanowi rozkazu, którego niewykonanie może prowadzić do skutecznej

realizacji odpowiedzialności karnej. Rozkaz taki to swoistego rodzaju postulat określonego zachowania, ale z racji swojej roli możliwy do modyfikowania w zależności od występowania różnorodnych okoliczności. Co więcej, nie może być traktowany jako klasycznie rozumiany rozkaz z uwagi na fakt, iż w wielu wypadkach stanowi wyraz określonego uprawnienia, zaś jego treść w równie wielu wypadkach materializuje się *post factum*. Nadto częstokroć rola rozkazu wjazdu sprowadza się do funkcji materialnego poświadczenia zaistnienia określonych faktów.

Rozkaz tyłowy to dokument wydawany na szczeblu taktycznym i operacyjnym, dotyczy organizacji tyłów oraz zabezpieczenia materiałowego, medycznego, komunikacyjnego, technicznego i obsługi wojsk. Rozkaz tyłowy z reguły wydawany jest jednocześnie z rozkazem bojowym. Podstawą jego opracowania jest decyzja dowódcy, dyrektywa kwatermistrzostwa lub służb technicznych wyższego szczebla.

W tym miejscu wskazać należy jedynie, że w obecnej praktyce funkcjonalnej rozkaz tyłowy nie występuje. Wszelako charakter, a przede wszystkim fakt, że zasadniczo służy on zabezpieczeniu logistycznemu, najbardziej świadczy o tym, że należy go bardziej kojarzyć z kategorią administracyjną i prawa administracyjnego niż prawa karnego i z tego właśnie powodu jako taki nie może stanowić podstawy odpowiedzialności karnej określonej w art. 343 k.k.

Natomiast rozkaz okolicznościowy to dokument o charakterze ogólnymi uroczystym. Wydawany na szczeblu centralnym. Ma za zadanie podkreślenie szczególnego charakteru i okoliczności uroczystości, świąt oraz rocznic o charakterze państwowym. Z racji tego, że nie stanowi on oświadczenia woli, a raczej wyraz aprobaty dla określonych postaw i uznania dla osiągnięć, taki rozkaz w ogóle nie może być rozpatrywany w kontekście przynależności bądź do sfery prawa karnego, bądź sfery prawa administracyjnego. Z omówionymi powyżej kategoriami rozkazu łączy się o tyle, iż stanowi wyraz zachowania tradycji oraz odrębności stanowiącej o specyfice organizacyjnej sił zbrojnych.

Obecnie problematyka rozkazu wojskowego ponownie nabrała znaczenia w doktrynie prawa karnego wojskowego, a także praktyce stosowania prawa, przede wszystkim w związku z aktywnym udziałem polskich żołnierzy w misjach prowadzonych poza granicami kraju.

Powojenny dorobek doktryn prawa karnego dotyczący przedmiotowego zagadnienia jest bardzo skromny i składa się zaledwie kilku opracowań dotyczących bezpośrednio omawianej kwestii oraz epizodycznych odniesień rozsianych po różnych komentarzach i podręcznikach, które dość często bazują na historycznym stanie prawnym, realiach minionej epoki i nie przystają do współcześnie panujących uwarunkowań.

Wobec zmieniających się wyzwań współczesności praktyka stosowania prawa przez wojskowe organy ścigania i wymiaru sprawiedliwości w zakresie instytucji rozkazu wojskowego lawiruje pomiędzy dogmatami zakorzenionymi mentalnie w pierwszych latach XX w. a realiami współczesnych sił zbrojnych. Podkreśla wagę dyscypliny wojskowej, a jednocześnie uznaje racje żołnierzy, którzy czynnie podejmują działania zmierzające do osłabienia tej pierwszej. Dając równocześnie rację obydwu wzajemnie wykluczającym się kategoriom, rozmywa istotę rozkazu wojskowego i jego zasadniczy sens.

Zamieszanie pogłębia duża ilość aktów woli, zwyczajowo określanych mianem rozkazu, których istota nie ma nic wspólnego z przedmiotową kategorią, a jak się okazuje, mają więcej wspólnego ze sferą prawa administracyjnego niż prawa karnego.

Wszystkie te elementy sprawiają, iż instytucja rozkazu wojskowego, w swym obecnym kształcie, jawi się w sposób niejednoznaczny, nastroczając poważne problemy interpretacyjne.

Biorąc pod uwagę wymienione elementy, myślę, że potrzebna jest dyskusja nad bieżącym kształtem, funkcją, a przede wszystkim skutecznością obecnie obowiązujących uregulowań ustawowych dotyczących rozkazu wojskowego, a zmieniające się uwarunkowania wymuszają przeobrażenie sposobu myślenia o omawianej instytucji.



A B S T R A C T

The aim of the article is to present the institution of the military order in the field of administrative law and administrative decision, describe the characteristic features of administrative law and presents the essence of an administrative decision, as well as common elements indicated for the military order and administrative decision.

The main thesis of the article is that only breaking a combat order, gives basis for the criminal liability. While most of the declarations of will customarily referred to as orders presents functional and constructive features of administrative rights implementation of criminal liability or their breach leads to justified doubts or is excluded.

Właściwość prokuratorskich organów administracyjnych w sprawach dotyczących prokuratorów do spraw wojskowych w świetle art. 32 ustawy z dnia 28.01.2016 r. Przepisy wprowadzające – Prawo o prokuraturze

Jurisdiction of prosecutor's administrative bodies in matters relating to prosecutors for military affairs in the light of art. 32 of the Act of 28 January 2016 – Introductory provisions – Law on the Public Prosecutor's Office

S T R E S Z C Z E N I E

Niniejszy artykuł opisuje zmiany właściwości organów prokuratury do wydawania decyzji administracyjnych w stosunku do prokuratorów będących żołnierzami zawodowymi, zaistniałe w wyniku przeobrażeń ustrojowych prokuratury w 2016 r. Ponadto omawia rozbieżności interpretacyjne dotyczące art. 32 Przepisów wprowadzających – Prawo o prokuraturze, zawarte w uzasadnieniach orzeczeń Naczelnego Sądu Administracyjnego. Przedstawia także praktyczne propozycje rozwiązania impasu prawnego w związku z prezentowanymi przez sąd różnymi stanowiskami w rozpatrywanych sprawach.

Tytuł niniejszego artykułu może budzić zdziwienie co najmniej z dwóch powodów. Po pierwsze, prokuratura rzadko jest kojarzona z faktem, że może występować w poszczególnych sprawach jako organ wydający decyzje administracyjne. Taka sytuacja ma jednak miejsce w odniesieniu do prokuratorów do spraw wojskowych będących żołnierzami zawodowymi, gdyż w ich przypadku wszystkie decyzje, w szczególności finansowe, mają formę decyzji administracyjnych, podlegających zaskarżeniu do organu wyższego stopnia, a w konsekwencji także do sądu administracyjnego.

A po drugie, wracanie czy też odwoływanie się do treści przepisu zawartego w akcie prawnym o charakterze przejściowym czy dostosowującym w sytuacji, gdy Prawo o prokuraturze funkcjonuje już od blisko czterech lat, wydaje się domeną godną historyków i nie powinno już zaprzętać uwagi podmiotów aktualnie zobowiązanych do wydawania decyzji administracyjnych. Okazuje się jednak, że problem właściwej wykładni art. 32 ustawy z dnia 28 stycznia 2016 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo o prokuraturze (Dz.U. poz. 178 z późn. zm. – zwanej dalej „Przepisami wprowadzającymi”)¹ jest nadal aktualny i budzi daleko idące kontrowersje. O tym, jak dalece są rozbieżne stanowiska w tej kwestii, najlepiej świadczy okoliczność, że spory sądowe wszczęte po przeobrażeniach ustrojowych prokuratury, które nastąpiły w odniesieniu do prokuratorów do spraw wojskowych od dnia 4 kwietnia 2016 r., w zdecydowanej większości nie zakończyły się w sposób merytoryczny do dnia dzisiejszego. Powodem tego stanu rzeczy jest właśnie różna interpretacja tego zdawałoby się jednoznacznie brzmiącego przepisu. Trudno jest też określić realną perspektywę zakończenia wspomnianych sporów. Głównym przedmiotem moich rozważań będzie wskazanie przyczyn i problemów związanych z określeniem właściwości organów do wydawania decyzji administracyjnych dotyczących ustalenia wysokości dodatku wyrównawczego należnego prokuratorom do spraw wojskowych będącym żołnierzami zawodowymi oraz przedstawienie propozycji dotyczących rozwiązania tych problemów. Swoje dywagacje zmuszony jestem oprzeć w szczególności na orzecznictwie Naczelnego Sądu Administracyjnego, albowiem brak jest stosownych opracowań w tym względzie na rynku wydawniczym, czy w periodykach prawnych. Brak zainteresowania doktryny wynika zapewne z przejściowego i dostosowującego charakteru Przepisów wprowadzających. Wyjątkiem w tym zakresie jest monografia „Verba volant, scripta manent. Proces karny, prawo karne skarbowe i prawo wykroczeń po zmianach z lat 2015–2016. Księga pamiątkowa poświęcona Profesor Monice Zbrojewskiej” pod redakcją T. Grzegorzycy i R. Olszewskiego. Jeden z rozdziałów tej monografii na bazie art. 31 Przepisów wprowadzających omawia status prokuratorów do spraw wojskowych oraz komórek do spraw wojskowych w strukturach prokuratury powszechnej. Z kolei jeżeli chodzi o orzecznictwo, to w tym zakresie opieram się w zasadzie wyłącznie na rozstrzygnięciach Naczelnego Sądu Administracyjnego, bowiem praktycznie wszystkie wyroki wojewódzkich sądów administracyjnych, w sprawach będących przedmiotem rozważań

¹ Art. 32. Obowiązki i uprawnienia Naczelnego Prokuratora Wojskowego, wojskowych prokuratorów okręgowych i wojskowych prokuratorów garnizonowych w sprawach wynikających z ustawy z dnia 11 września 2003 r. o służbie wojskowej żołnierzy zawodowych (Dz.U. z 2014 r. poz. 1414, z późn. zm.) przejmuje Prokurator Generalny.

w niniejszym artykule, zostały zaskarżone w drodze skargi kasacyjnej do NSA. Orzeczenia tego Sądu zatem bezpośrednio rzutowały na linię orzeczniczą WSA w omawianym zakresie.

I. Rys historyczny

W celu pełniejszego zobrazowania zaistniałych perturbacji prawnych pozwolę sobie pokrótce scharakteryzować właściwość organów uprawnionych do wydawania decyzji w okresie bezpośrednio poprzedzającym zmiany ustrojowe prokuratury, co pomoże lepiej zrozumieć późniejsze kontrowersje powstałe na tym tle.

Otóż przed 4 kwietnia 2016 r. prokuratorzy będący żołnierzami zawodowymi byli prokuratorami wojskowymi, którzy pełnili służbę w wojskowych jednostkach organizacyjnych prokuratury. Przesądzał o tym art. 6 ust. 1 pkt 16 ustawy z dnia 11 września 2003 r. o służbie wojskowej żołnierzy zawodowych (Dz.U. z 2014 r. poz. 1414, z późn. zm. – zwanej dalej „ustawą o s.w.ż.z.”)². Wojskowymi jednostkami organizacyjnymi prokuratury były Naczelna Prokuratura Wojskowa, wojskowe prokuratury okręgowe i wojskowe prokuratury garnizonowe, co wynikało z art. 17 ust. 20 ustawy z dnia 20 czerwca 1985 r. o prokuraturze (Dz.U. z 2011 r. Nr 270, poz. 1599, z późn. zm.). Z kolei zgodnie z art. 108 ust. 1 tejże ustawy wojskowe jednostki organizacyjne prokuratury wchodziły w skład Sił Zbrojnych Rzeczypospolitej Polskiej. Oznaczało to, że były one jednostkami wojskowymi, a kierujący nimi byli ich dowódcami. Tym samym Naczelny Prokurator Wojskowy, wojskowi prokuratorzy okręgowi oraz wojskowi prokuratorzy garnizonowi jako dowódcy jednostek m.in. kierowali podległych prokuratorów wojskowych na urlopy, w razie konieczności odwoływali z tych urlopów, rozliczali ich koszty zakwaterowania, udzielali zwolnień od zajęć służbowych, kierowali na okresowe badania profilaktyczne, przyjmowali zgłoszenia o zamiarze wyjazdu za granicę i pobytu za granicą, organizowali czas wykonywania obowiązków służbowych, przyjmowali zgłoszenia o niemożliwości stawienia się do służby, przyjmowali zaświadczenia lekarskie o niemożliwości wykonywania obowiązków służbowych z powodu choroby lub sprawowania bezpośredniej opieki nad członkami rodziny, przyznawali dodatki za rozłąkę, udzielali zwrotów kosztów przejazdu, realizowali czynności związane z przysługującym żołnierzowi prawem do zakwaterowania, realizowali czynności wynikające z przepisów oraz zasad bezpieczeństwa i higieny pracy, ustalali wysokość uposażenia oraz przyznawali

² Art. 6. 1. W rozumieniu ustawy następujące określenia oznaczają:

16) prokuratorzy wojskowi – żołnierzy zawodowych pełniących zawodową służbę wojskową na stanowiskach prokuratorów w wojskowych jednostkach organizacyjnych prokuratury.

i wypłacali inne należności pieniężne (ryczałt z tytułu przeniesienia, zasiłki na zagospodarowanie, zwrot kosztów przejazdu, zasiłki osiedleniowe, diety, dodatkowe uposażenie roczne, gratyfikacje jubileuszowe, należności za podróże służbowe, gratyfikacje urlopowe, należności związane z pełnieniem służby poza granicami państwa, należności związane ze zwolnieniem z zawodowej służby wojskowej, należności w razie śmierci żołnierza zawodowego lub członka jego rodziny), realizowali potrącenia z uposażenia lub jego zmniejszenie itp. Wydawali także stosowne **decyzje administracyjne, w tym dotyczące** ustalenia wysokości należnego prokuratorom wojskowym będącym żołnierzami zawodowymi **dodatku wyrównawczego**. Zdarzało się, że właśnie kwestie dotyczące ustalenia wysokości dodatku wyrównawczego były przedmiotem odwołań, a nawet skarg do sądu administracyjnego. Oczywiście przed sądem prokuratura wojskowa była reprezentowana przez organ, który wydawał decyzje w ostatniej instancji, w praktyce był to Naczelny Prokurator Wojskowy. Powyższe należało do sfery uprawnień i obowiązków dowódczych.

Natomiast prawa stricte kadrowe, dotyczące wyznaczania na stanowiska służbowe, mianowania na stopnie wojskowe czy zwalniania z zawodowej służby wojskowej, należały do Ministra Obrony Narodowej. Z punktu widzenia niniejszego artykułu najistotniejsze było prawo związane z wyznaczaniem na stanowiska służbowe, które zostało na mocy art. 111 ust. 1 ustawy o prokuraturze³ zawarowane na rzecz wspomnianego Ministra Obrony Narodowej.

Tak funkcjonujący stan prawny w odniesieniu do właściwości organów wojskowych w sprawach dotyczących prokuratorów wojskowych będących żołnierzami zawodowymi zastała zmiana ustrojowa wprowadzona Przepisami wprowadzającymi i Prawem o prokuraturze.

II. Przemiana ustrojowa prokuratury

Wojskowe jednostki organizacyjne zostały zniesione z dniem 4 kwietnia 2016 r., co nastąpiło na mocy art. 31 § 1 w zw. z art. 75 pkt 2 Przepisów wprowadzających⁴. W ten sposób zakończyły byt prawny

³ Art. 111. 1. Prokuratorów wojskowych jednostek organizacyjnych prokuratury, będących oficerami, wyznacza na stanowiska służbowe, przenosi i zwalnia z nich Minister Obrony Narodowej na wniosek Naczelnego Prokuratora Wojskowego, w trybie określonym w przepisach o służbie wojskowej żołnierzy zawodowych. Asesorów wojskowych jednostek organizacyjnych prokuratury wyznacza na stanowiska służbowe, przenosi i zwalnia z nich Naczelny Prokurator Wojskowy.

⁴ Art. 31. § 1. Znosi się wojskowe jednostki organizacyjne prokuratury: Naczelną Prokuratorę Wojskową, wojskowe prokuratury okręgowe i wojskowe prokuratury garnizonowe.

Art. 75. Ustawa wchodzi w życie z dniem 4 marca 2016 r., z wyjątkiem:

1) art. 2, art. 6 pkt 1, art. 7 pkt 3, art. 19 pkt 1 w zakresie prokuratora do spraw wojskowych,

Naczelną Prokuraturą Wojskową, wojskowe prokuratury okręgowe i wojskowe prokuratury garnizonowe oraz pełniący w nich służbę prokuratorzy wojskowi. Na podstawie art. 31 § 2 Przepisów wprowadzających⁵ w ich miejsce powstały Departament do Spraw Wojskowych w Prokuraturze Krajowej, wydziały do spraw wojskowych w prokuraturach okręgowych i działy do spraw wojskowych w prokuraturach rejonowych. Wspomniane wydziały i działy zostały utworzone tylko w niektórych prokuraturach. W tych komórkach organizacyjnych rozpoczęli pełnienie służby już nie jak dotychczas prokuratorzy wojskowi, ale zgodnie ze znowelizowanym art. 6 ust. 1 pkt 16 ustawy o s.w.ż.z. – prokuratorzy do spraw wojskowych⁶. Zmiana nazewnictwa wydaje się niewielka, ale status prawny prokuratorów będących żołnierzami zawodowymi zmienił się zasadniczo. Jak wspomniano wcześniej, poprzednio pozostawali w strukturach Sił Zbrojnych RP, gdzie pełnili służbę w jednostkach wojskowych, a obecnie znaleźli się poza resortem obrony narodowej i pełnią służbę w instytucjach cywilnych. Powodowało to konieczność określenia na nowo właściwości organów właściwych w sprawach związanych z odbywaniem służby wojskowej w nowych strukturach.

Należy wskazać, że służba żołnierzy zawodowych w instytucjach cywilnych nie jest dla wojska czymś nowym. Możliwość taka istnieje już od lat i dlatego w ustawie o s.w.ż.z. zawarte były zasady normujące przebieg tej służby. Zostały one zmodyfikowane i dostosowane do specyfiki działania prokuratury, poprzez nowelizację art. 22 ustawy o s.w.ż.z., co nastąpiło na mocy art. 16 Przepisów wprowadzających. Z punktu widzenia niniejszych wywodów najistotniejsze były zmiany w ust. 1 i 4 przywołanego art. 22 ustawy o s.w.ż.z.⁷ Ustalono jednoznacznie, że żołnierz zawodowy może

2) art. 3, art. 4 pkt 5–9, art. 6 pkt 2 lit. b i d, pkt 4, art. 9, art. 10, art. 13–16, art. 19 pkt 3, art. 20 pkt 10 lit. b i c, art. 21, art. 31–33, art. 45 § 3, art. 46, art. 50, art. 62 § 4, 6 i 7, art. 64 § 3, 5 i 6 oraz art. 66

– które wchodzi w życie z dniem 4 kwietnia 2016 r.

⁵ Art. 31. § 2. W powszechnych jednostkach organizacyjnych prokuratury można utworzyć komórki organizacyjne właściwe w sprawach wojskowych:

- 1) Departament do Spraw Wojskowych w Prokuraturze Krajowej;
- 2) wydziały do spraw wojskowych w prokuraturach okręgowych;
- 3) działy do spraw wojskowych w prokuraturach rejonowych.

⁶ Art. 6. 1. W rozumieniu ustawy następujące określenia oznaczają:

- 16) prokuratorzy do spraw wojskowych – prokuratorów powszechnych jednostek organizacyjnych prokuratury pełniących czynności w Departamencie do Spraw Wojskowych w Prokuraturze Krajowej, w wydziałach do spraw wojskowych prokuratur okręgowych i w działach do spraw wojskowych prokuratur rejonowych.

⁷ Art. 22. 1. Żołnierz zawodowy, za jego pisemną zgodą, może pełnić zawodową służbę wojskową na stanowiskach służbowych w:

- 1) Służbie Kontrwywiadu Wojskowego oraz w Służbie Wywiadu Wojskowego,
- 2) Kancelarii Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej, Kancelarii Prezesa Rady Ministrów, Biurze Bezpieczeństwa Narodowego, Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego, Agencji Wywiadu oraz powszechnej jednostce organizacyjnej prokuratury,
- 3) innych instytucjach i podmiotach realizujących szczególne zadania na rzecz obronności i bez-

pełnić zawodową służbę wojskową m.in. w powszechnej jednostce organizacyjnej prokuratury, zwanej dalej instytucją cywilną. Stwierdzenie to jest ważne w kontekście dalszych moich dywagacji związanych z omówieniem ustaleń poczynionych przez Naczelnny Sąd Administracyjny w uzasadnieniach niektórych wyroków.

III. Artykuł 32 Przepisów wprowadzających – ratio legis jego wprowadzenia

W takim kontekście prawnym, jak wskazano wyżej, pojawił się przedmiotowy art. 32 Przepisów wprowadzających. Wydaje się, że nie powinien budzić żadnych wątpliwości i przesłanie jego też zdaje się oczywiste. Wszystkie obowiązki i uprawnienia Naczelnego Prokuratora Wojskowego, wojskowych prokuratorów okręgowych i wojskowych prokuratorów garnizonowych w sprawach wynikających z ustawy o służbie wojskowej żołnierzy zawodowych przejął Prokurator Generalny. Przede wszystkim wydaje się, że ustawodawca uznał, iż nie należy obarczać nowych przełożonych sprawami zaszłyymi, w szczególności sporami procesowymi, jakie toczyły się pomiędzy niektórymi prokuratorami wojskowymi a ich dotychczasowymi przełożonymi, którzy wydawali decyzje administracyjne – jak wspomniałem – w praktyce dotyczyło to Naczelnego Prokuratora Wojskowego. Mógł się bowiem pojawić spór kompetencyjny, kto jest następcą prawnym wspomnianego Naczelnego Prokuratora Wojskowego w sytuacji, gdy zainteresowani prokuratorzy wojskowi zostali przeniesieni na różne szczeble prokuratury powszechnej. Omawiany przepis kwestie te rozstrzygał jednoznacznie, przypisując je do prowadzenia Prokuratorowi Generalnemu. Koncepcja ta sprawdziła się w pełni i sądy w żadnym przypadku jej nie zakwestionowały, dzięki czemu bez większych perturbacji zadawnione spory procesowe zostały zakończone.

Można zasadnie przyjąć, że w trakcie procesu legislacyjnego zakładano, że nie wszyscy prokuratorzy wojskowi znajdą się niezwłocznie po zniesieniu prokuratury wojskowej w strukturach prokuratury powszechnej i w tym przejściowym okresie należało określić dla nich organ o kompetencjach dowódczych. Ponadto art. 40 § 1 Przepisów wprowadzających⁸

pieczęstwa Państwa

– zwanych dalej „instytucjami cywilnymi”.

4. Żołnierza zawodowego, o którym mowa w ust. 1 pkt 2 i 3, wyznacza na wskazane stanowisko służbowe kierownik instytucji cywilnej lub inny uprawniony organ, w formie przewidzianej dla tego stanowiska.

⁸ Art. 40 § 1. Prokurator Generalny, na wniosek Prokuratora Krajowego, powoła prokuratorów prokuratur okręgowych, w których utworzono wydziały do spraw wojskowych, spośród prokuratorów

przewidywał powołanie prokuratorów prokuratur okręgowych spośród prokuratorów wojskowych prokuratur okręgowych i wojskowych prokuratur garnizonowych, w terminie 60 dni od dnia wejścia w życie ustawy. Także w tym czasie powinien być określony dla żołnierza odpowiedni dowódca, gdyż mogły się pojawić okoliczności życiowo istotne wymagające wydania stosownej decyzji.

Powyższe argumenty zdają się w pełni uzasadniać potrzebę wprowadzenia omawianego przepisu przez ustawodawcę. Mając na uwadze przejściowy charakter Przepisów wprowadzających, wydawało się naturalne, że z chwilą znalezienia się w strukturach prokuratury powszechnej prokuratorzy do spraw wojskowych zasadnie powinni upatrywać swojego odpowiednika dowódcy jednostki wojskowej w kierowniku powszechnej jednostki organizacyjnej prokuratury, w której przyszło im pełnić służbę. Tym bardziej że – jak wspomniałem – służba poza resortem obrony narodowej w instytucjach cywilnych nie jest dla wojska problemem nowym. Istnieją w tym względzie regulacje prawne, które bez większego trudu pozwalają ustalić właściwość organów uprawnionych do wydawania decyzji administracyjnych w stosunku do żołnierzy pełniących zawodową służbę wojskową poza Ministerstwem Obrony Narodowej.

IV. Właściwość organów w sprawach administracyjnych dotyczących prokuratorów do spraw wojskowych będących żołnierzami zawodowymi według pragmatyki wojskowej

Jak wspomniano na wstępie, przedmiotem rozważań w ramach niniejszego artykułu jest właściwość organów uprawnionych do wydawania decyzji finansowych, związanych z uposażeniem prokuratorów do spraw wojskowych będących żołnierzami zawodowymi, w szczególności w zakresie ustalenia wysokości należnego dodatku wyrównawczego. Wydawało się, iż kwestia ta jest jednoznacznie rozstrzygnięta w rozporządzeniu Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 11 października 2010 r. w sprawie dodatku wyrównawczego dla żołnierzy zawodowych pełniących zawodową służbę wojskową na stanowiskach sędziów sądów wojskowych oraz asesorów i prokuratorów wojskowych jednostek organizacyjnych prokuratury (Dz.U. Nr 196, poz. 1298, z późn. zm.). Ten akt prawny na mocy art. 73 pkt

wojskowych prokuratur okręgowych i wojskowych prokuratur garnizonowych, w terminie 60 dni od dnia wejścia w życie niniejszej ustawy.

4 Przepisów wprowadzających⁹ mógł obowiązywać jeszcze maksymalnie przez 12 miesięcy od zniesienia wojskowych jednostek organizacyjnych prokuratury, a przewidywał on w § 4 ust. 3 pkt 4–7 w omawianych sprawach właściwość wojskowych prokuratorów garnizonowych, wojskowych prokuratorów okręgowych, Naczelnego Prokuratora Wojskowego i Ministra Obrony Narodowej. Wystarczyło zatem przenieść te uprawnienia na ich odpowiedników w powszechnych jednostkach organizacyjnych prokuratury oraz na Prokuratora Generalnego. Naczelny Sąd Administracyjny w uzasadnieniu wyroku z dnia 26 kwietnia 2018 r. (sygn. akt I OSK 2167/17) słusznie podniósł jednak, że „rozporządzenie to w zakresie regulującym właściwość organów do wydawania decyzji w przedmiocie dodatków wyrównawczych zostało wydane z przekroczeniem upoważnienia ustawowego. Rozporządzenie to wydane zostało na podstawie art. 80 ust. 7 ustawy z dnia 11 września 2003 r. o służbie wojskowej żołnierzy zawodowych. Przepis art. 80 ust. 7 ustawy o służbie wojskowej żołnierzy zawodowych stanowi, że «Prezydent Rzeczypospolitej Polskiej określi, w drodze rozporządzenia, sposób ustalania wysokości dodatku wyrównawczego, o którym mowa w ust. 2, z uwzględnieniem określenia składników uposażenia i wynagrodzenia przyjmowanych przy obliczaniu dodatku wyrównawczego, a także terminy wypłacania tego dodatku, mając na względzie konieczność zapewnienia pełnej i niezwłocznej kompensaty różnicy w uposażeniu należnym na zajmowanym stanowisku». Nie może budzić wątpliwości, że w zacytowanym upoważnieniu nie mieści się ustalanie organów właściwych do ustalania wysokości dodatku wyrównawczego. Należy zatem uznać, że literalna wykładnia tej delegacji ustawowej prowadzi do wniosku, że nie zawiera upoważnienia do samodzielnego ustalenia jakie organy są właściwe do wydawania decyzji o dodatku wyrównawczym. Rozporządzenie stanowi jedynie akt wykonawczy podustawowy i niesamoistne źródło prawa. Jego przepisy nie są przepisami samodzielnymi czy samoistnymi, a co za tym idzie rozporządzenie to wymaga odpowiedniej podstawy prawnej, aby mogło stanowić regulację właściwości i kompetencji danego organu”¹⁰. Podobne w treści uzasadnienie zostało zamieszczone również w wyroku z dnia 10 maja 2018 r., sygn. akt I OSK 2165/17¹¹.

⁹ Art. 73. Dotychczasowe przepisy wykonawcze wydane na podstawie:

- 4) art. 22 ust. 9 i art. 80 ust. 7 ustawy, o której mowa w art. 16 niniejszej ustawy, zachowują moc do dnia wejścia w życie przepisów wykonawczych wydanych na podstawie art. 22 ust. 9 i art. 80 ust. 7 ustawy, o której mowa w art. 16, w brzmieniu nadanym niniejszą ustawą,
– nie dłużej jednak niż przez okres 12 miesięcy.

¹⁰ Wyrok NSA z dnia 26 kwietnia 2018 r., sygn. I OSK 2167/17, dostępny po adresem: <<http://orzeczenia.nsa.gov.pl/doc/ECBE9E854B>> Centralna Baza Orzeczeń Sądów Administracyjnych [dostęp 19.02.2020 r.].

¹¹ Wyrok NSA z dnia 10 maja 2018 r., sygn. I OSK 2165/17 <<http://orzeczenia.nsa.gov.pl/doc/5BC218C181>> [dostęp 19.02.2020 r.].

Analogiczny błąd legislacyjny został popełniony przy tworzeniu obowiązującego aktualnie rozporządzenia Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 czerwca 2017 r. w sprawie sposobu ustalania wysokości dodatku wyrównawczego dla żołnierzy zawodowych pełniących zawodową służbę wojskową na stanowiskach sędziów sądów wojskowych oraz prokuratorów do spraw wojskowych (Dz.U. poz. 1126). Akt ten oparty jest na tej samej podstawie prawnej, jak poprzednio obowiązujący, tj. art. 80 ust. 7 ustawy o s.w.ż.z., ale w brzmieniu nadanym mu przez art. 16 pkt 14 lit. b Przepisów wprowadzających. Przywołany przepis delegacyjny także nie zawiera umocowania do określenia właściwości organów w sprawie ustalania wysokości dodatku wyrównawczego.

Pomimo stwierdzonych przez sąd ułomności wymienionych aktów wykonawczych właściwość wspomnianych organów bez większych problemów da się wywieść wprost z zapisów zawartych w wojskowej ustawie pragmatycznej oraz Prawie o prokuraturze. Otóż zgodnie z art. 104 ust. 1 ustawy o s.w.ż.z. (Dz.U. z 2019 r. poz. 330, z późn. zm.)¹², jeżeli przepisy szczególne nie stanowią inaczej, w sprawach uposażeniowych organami właściwymi są dowódcy jednostek wojskowych. Z kolei na mocy art. 7 ust. 1 tej ustawy¹³ przewidziane w ustawie uprawnienia i obowiązki dowódców jednostek wojskowych w stosunku do żołnierzy zawodowych pełniących zawodową służbę wojskową w specyficznych jednostkach organizacyjnych, tj. podległych Ministrowi Obrony Narodowej lub nadzorowanych przez niego (określonych w obwieszczeniu Ministra Obrony Narodowej z dnia 16 stycznia 2019 r. w sprawie wykazu jednostek organizacyjnych podległych Ministrowi Obrony Narodowej lub przez niego nadzorowanych – M.P. poz. 48), przysługują odpowiednio dyrektorom, kierownikom, prezesom itp. tych jednostek. Podobnie rzecz się ma z przedsiębiorstwami państwowymi, dla których wspomniany minister jest organem założycielskim oraz komórkami organizacyjnymi Ministerstwa Obrony Narodowej. Natomiast w stosunku do żołnierzy zajmujących powyższe stanowiska

¹² Art. 104. 1. Jeżeli przepisy szczególne nie stanowią inaczej, organami właściwymi w sprawach określonych w przepisach niniejszego rozdziału są dowódcy jednostek wojskowych zajmujący stanowiska służbowe dowódcy batalionu lub równorzędne, o których mowa w ust. 3, albo wyższe – w stosunku do wszystkich żołnierzy zawodowych pełniących zawodową służbę wojskową w podległej jednostce wojskowej, z wyjątkiem tego dowódcy i jego zastępcy.

¹³ Art. 7. 1. Przewidziane w ustawie uprawnienia i obowiązki dowódców jednostek wojskowych w stosunku do żołnierzy zawodowych:

1) pełniących zawodową służbę wojskową w jednostkach organizacyjnych podległych Ministrowi Obrony Narodowej lub przez niego nadzorowanych, przedsiębiorstwach państwowych, dla których jest on organem założycielskim, oraz komórkach organizacyjnych Ministerstwa Obrony Narodowej – przysługuje odpowiednio dyrektorom (szefom, komendantom, kierownikom, prezesom) tych jednostek i komórek organizacyjnych;

2) zajmujących stanowiska dowódców jednostek wojskowych (dyrektorów, szefów, komendantów, kierowników, prezesów) – przysługują ich bezpośrednim przełożonym.

dowódców jednostek wojskowych – stosowne uprawnienia i obowiązki przysługują ich bezpośrednim przełożonym.

Z punktu widzenia prokuratury najistotniejsze znaczenie ma ust. 2 omawianego art. 7, przewidujący, że powyższe regulacje stosuje się odpowiednio do kierowników instytucji cywilnych, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy o s.w.ż.z.¹⁴ W tym właśnie przepisie w pkt 2 wymienione są powszechnie jednostki organizacyjne prokuratury, jako instytucje cywilne, w których mogą pełnić służbę żołnierze zawodowi. Na podkreślenie zasługuje fakt, że zgodnie z art. 16 ustawy z dnia 28 stycznia 2016 r. Prawo o prokuraturze (Dz.U. z 2019 r. poz. 740) powszechnymi jednostkami organizacyjnymi prokuratury są: Prokuratura Krajowa, prokuratury regionalne, prokuratury okręgowe, prokuratury rejonowe. Kierują tymi jednostkami organizacyjnymi prokuratury, a więc są ich kierownikami odpowiednio: Prokurator Krajowy, prokuratorzy regionalni, prokuratorzy okręgowi oraz prokuratorzy rejonowi. Z uwagi na fakt, że prokuratorzy do spraw wojskowych pełnią służbę jedynie w Prokuraturze Krajowej, trzech prokuraturach okręgowych oraz niektórych prokuraturach rejonowych, zatem osobom będącym kierownikami na poziomie tych trzech szczebli prokuratury – na mocy wspomnianego wyżej art. 7 ust. 2 ustawy o s.w.ż.z. – powinny przysługiwać uprawnienia i obowiązki dowódców jednostek wojskowych. Analogicznie jak w pozostałych instytucjach cywilnych wymienionych w art. 22 ust. 1 tej ustawy, w których ich kierownicy uprawnieni są do wydawania decyzji administracyjnych w I instancji w stosunku do żołnierzy zawodowych pełniących w nich służbę wojskową.

Do tej samej konkluzji doszedł Naczelny Sąd Administracyjny w przywołanych wyżej wyrokach, posiłkując się dodatkowo przepisami Kodeksu postępowania administracyjnego.

V. Rozbieżności w uzasadnieniach orzeczeń Naczelnego Sądu Administracyjnego na tle art. 32 Przepisów wprowadzających

Wydawało się, że po pierwszych problemach z właściwym upoważnieniem poszczególnych organów do wydawania decyzji administracyjnych w przedmiotowych sprawach sytuacja prawna w omawianym zakresie się wykrystalizowała i przedstawiona wyżej właściwość organów nie będzie budziła wątpliwości i pozwoli w miarę szybko rozpoznać poszczególne sprawy merytorycznie. Przeświadczenie to potwierdziły przywołane

¹⁴ Art. 22 ust. 1 ustawy o s.w.ż.z. – patrz przypis 7.

wcześniej pierwsze dwa wyroki Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 26 kwietnia 2018 r. (sygn. akt I OSK 2167/17) oraz z dnia 10 maja 2018 r. (sygn. akt I OSK 2165/17). W tym miejscu należy podkreślić, że rozbieżności w uzasadnieniach poszczególnych orzeczeń NSA dotyczyły **wyłącznie** okresu obowiązywania wspomnianego art. 32 Przepisów wprowadzających. Innymi słowy, problem sprowadzał się do ustalenia, jak długo Prokurator Generalny ma korzystać z prerogatyw przyznanych mu mocą wspomnianego przepisu, a przysługujących wcześniej Naczelnemu Prokuratorowi Wojskowemu, wojskowym prokuratorom okręgowym i wojskowym prokuratorom garnizonowym.

1. Przywołane wyżej orzeczenia w swoich uzasadnieniach przewidywały, że przytoczony przepis ma charakter jednoznacznie przejściowy i winien być stosowany do momentu przeniesienia prokuratorów prokuratury wojskowej do odpowiednich powszechnych jednostek prokuratury. Sąd jednoznacznie wskazał, że „Stosowanie przepisu art. 32 przepisów wprowadzających do byłych prokuratorów wojskowych będących żołnierzami zawodowymi, przeniesionych do jednostek prokuratury powszechnej – aż do przejścia ich w stan spoczynku, nie da się racjonalnie uzasadnić. Niekwestionowane jest, że w dotychczasowym stanie prawnym (przed zniesieniem wojskowych jednostek prokuratury), ogólnie rzecz ujmując, właściwym do ustalania dodatku wyrównawczego prokuratorom wojskowym, był ich przełożony kierujący jednostką prokuratury wojskowej, do której został przydzielony ten prokurator. Odmienne od przedstawionej wyżej interpretacja art. 32 przepisów wprowadzających prowadziłaby do niczym nieuzasadnionego skumulowania kompetencji do ustalania m.in. dodatków wyrównawczych w jednym organie, jakim byłby Prokurator Generalny – w stosunku do wszystkich prokuratorów do spraw wojskowych będących żołnierzami zawodowymi, także po okresie przejściowym związanym z likwidacją jednostek organizacyjnych prokuratury wojskowej”¹⁵.
2. Z kolei w uzasadnieniach późniejszych wyroków NSA, np. z dnia 17 kwietnia 2019 r. (sygn. akt I OSK 1570/17) oraz z dnia 23 maja 2019 r. (sygn. akt I OSK 1866/17), stwierdzono, że analiza omawianego przepisu nie pozwala na uznanie, że przepis ten ma charakter przejściowy i że kompetencja Prokuratora Generalnego wywodzona z tego przepisu ustała z datą wspomnianego przeniesienia prokuratorów

¹⁵ Wyrok NSA z dnia 26 kwietnia 2018 r., sygn. I OSK 2167/17, dostępny po adresem: <<http://orzeczenia.nsa.gov.pl/doc/ECBE9E854B>> Centralna Baza Orzeczeń Sądów Administracyjnych [dostęp 19.02.2020 r.]; wyrok NSA z dnia 10 maja 2018 r., sygn. I OSK 2165/17, dostępny pod adresem <<http://orzeczenia.nsa.gov.pl/doc/5BC218C181>> [dostęp 19.02.2020 r.].

wojskowych do powszechnych jednostek organizacyjnych prokuratury. Powołano się przy tym na wykładnię literalną i systemową. W uzasadnieniu wyroku Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 24 września 2019 r. (sygn. akt I OSK 2234/17) zwrócono dodatkowo uwagę, że „Sporny art. 32 ustawy Przepisy wpr. Pr. o prok. nie zawiera w swojej treści rozwiązania czasowego [...] stanowi trwały przepis o charakterze kompetencyjnym”¹⁶. Dla potwierdzenia swoich tez sądy wskazywały, że już po zaistnieniu byłych prokuratorów wojskowych w strukturach prokuratury powszechnej (czasami po kilku miesiącach od zniesienia wojskowych jednostek organizacyjnych prokuratury) Prokurator Generalny wyznaczał ich na stanowiska służbowe wraz z określeniem stopnia etatowego i grupy uposażenia, przy czym „niewątpliwie przyjął, iż w tym przypadku korzysta z uprawnienia określonego w art. 32 ustawy Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo o prokuraturze”¹⁷. Ponadto w uzasadnieniu wyroku z dnia 2 sierpnia 2019 r. o sygn. akt I OSK 2176/17 znalazło się stwierdzenie, że „Prokurator Generalny, jako kierownik instytucji cywilnej, w której poza resortem Obrony Narodowej pełnią służbę żołnierze zawodowi – prokuratorzy do spraw wojskowych w powszechnych jednostkach organizacyjnych prokuratury został z mocy ustawy przełożonym o uprawnieniach dowódcy (art. 7 ust. 2 ustawy o służbie wojskowej żołnierzy zawodowych) i uzyskał m.in. uprawnienie do wydawania decyzji administracyjnych przyznających tym żołnierzom – prokuratorom do spraw wojskowych dodatki wyrównawcze w określonej wysokości”¹⁸. Podobne stwierdzenia znalazły się w uzasadnieniach wyroków NSA z dnia 2 sierpnia 2019 r. o sygn. akt I OSK 883/18; I OSK 2009/18; I OSK 4193/18; I OSK 4379/18 oraz wyroku z dnia 23 maja 2019 r., sygn. akt I OSK 1866/17¹⁹.

¹⁶ Wyrok NSA z dnia 24 września 2019 r., sygn. I OSK 2234/17, dostępny po adresem <<http://orzeczenia.nsa.gov.pl/doc/02966F96F0>> Centralna Baza Orzeczeń Sądów Administracyjnych [dostęp 19.02.2020 r.].

¹⁷ Wyrok NSA z dnia 2 sierpnia 2019 r., sygn. I OSK 883/18 (niepubl.); wyrok NSA z dnia 2 sierpnia 2019, sygn. I OSK 37/18, dostępny pod adresem <<http://orzeczenia.nsa.gov.pl/doc/8B987E6DB9>> Centralna Baza Orzeczeń Sądów Administracyjnych [dostęp 19.02.2020 r.] – publ. bez uzasadnienia; wyrok NSA z dnia 2 sierpnia 2019 r., sygn. I OSK 2176/17 (niepubl.); wyrok NSA z dnia 23 maja 2019 r., sygn. I OSK 1866/17, dostępny pod adresem <http://orzeczenia.nsa.gov.pl/doc/C_66BDD368D> Centralna Baza Orzeczeń Sądów Administracyjnych [dostęp 19.02.2020 r.]. Podobnie w wyroku NSA z dnia 17 kwietnia 2019 r., sygn. I OSK 1570/17, dostępny pod adresem <<http://orzeczenia.nsa.gov.pl/doc/35F8786FF5>> Centralna Baza Orzeczeń Sądów Administracyjnych [dostęp 19.02.2020 r.].

¹⁸ Niepubl.

¹⁹ Wyroki NSA z dnia 2 sierpnia 2019 r. o sygn. I OSK 883/18, I OSK 2009/18, I OSK 4193/18 i I OSK 4379/18 – niepubl.; wyrok NSA z dnia 23 maja 2019 r., sygn. akt I OSK 1866/17, dostępny pod

Jak z powyższego widać, podejście składów orzekających NSA do tej samej kwestii jest skrajnie różne.

VI. Krytyczne stanowisko do ustaleń NSA o bezterminowym funkcjonowaniu art. 32 Przepisów wprowadzających

Jak się wydaje, względy dotyczące racjonalności działania, celowości oraz równości wobec prawa osób znajdujących się w tej samej sytuacji prawnej wskazują na zasadność rozstrzygnięć Naczelnego Sądu Administracyjnego, optujących za czasowym obowiązywaniem omawianego art. 32 Przepisów wprowadzających. Z punktu widzenia funkcjonalności prokuratury trudno jest uzasadnić wyłączenie spod władztwa kierownika określonej jednostki organizacyjnej prokuratury niewielkiej grupy prokuratorów do spraw wojskowych i podporządkowanie ich bezpośrednio Prokuratorowi Generalnemu.

Z kolei składy Naczelnego Sądu Administracyjnego opowiadające się za bezterminowym przejściem kompetencji dowódczych przez Prokuratora Generalnego wskazywały na wyższość wykładni literalnej nad innymi metodami interpretacji, jeżeli da się ją racjonalnie zastosować. Zgodzić wypada się z sądem, że przede wszystkim przy interpretowaniu przepisów należy stosować wykładnię literalną. Rozważmy zatem pod tym kątem znaczenie art. 32 Przepisów wprowadzających. Dla przypomnienia przepis ten stanowi, że „Obowiązki i uprawnienia Naczelnego Prokuratora Wojskowego, wojskowych prokuratorów okręgowych i wojskowych prokuratorów garnizonowych w sprawach wynikających z ustawy z dnia 11 września 2003 r. o służbie wojskowej żołnierzy zawodowych (Dz.U. z 2014 r. poz. 1414, z późn. zm.) przejmuje Prokurator Generalny”. Co zatem literalnie przepis ten oznacza, czyli jakie w istocie obowiązki i uprawnienia przejął Prokurator Generalny i w stosunku do kogo?

Należy zwrócić uwagę, że zasadniczo wymienieni w omawianym przepisie kierownicy wojskowych jednostek organizacyjnych posiadali uprawnienia „dowódcze” w stosunku do pełniących służbę w tych jednostkach prokuratorów wojskowych. Wspomniane obowiązki i uprawnienia dowódcze, szerzej wymienione wcześniej w pkt I, to m.in. udzielanie urlopów, realizacja czynności związanych z prawem do zakwaterowania, kierowanie na badania profilaktyczne, organizacja czasu wykonywania obowiązków

służbowych itd. Powyższe oznacza, że po zniesieniu wojskowych jednostek organizacyjnych, co nastąpiło z dniem 4 kwietnia 2016 r., **w stosunku do prokuratorów wojskowych** wspomniane obowiązki i uprawnienia dowódcze przysługiwały Prokuratorowi Generalnemu, a to zgodnie z omawianym art. 32 Przepisów wprowadzających. Praktyczne znaczenie miało to w przypadku sporów sądowych prowadzonych ze skarg prokuratorów wojskowych przeciwko Naczelnemu Prokuratorowi Wojskowemu lub innym prokuratorom funkcyjnym. Jak wspomniano, wcześniej sprawy takie miały miejsce i sądy administracyjne nie kwestionowały następstwa prawnego Prokuratora Generalnego w tych przypadkach. Mogło się także zdarzyć, że przez pewien czas prokurator wojskowy mógł pozostawać bez przydziału służbowego, bo zgodnie z art. 40 § 1 Przepisów wprowadzających²⁰ Prokurator Generalny miał 60 dni od dnia wejścia w życie ustawy na powołanie określonych prokuratorów wojskowych do powszechnych prokuratur okręgowych. Gdyby nie omawiany art. 32 Przepisów wprowadzających, w tym czasie tacy niewyznaczeni prokuratorzy wojskowi byłiby pozbawieni „dowódcy”, który byłby władny wydać niezbędne życiowo decyzje w ich sprawach.

Sytuacja uległa diametralnej zmianie z chwilą, gdy prokuratorzy wojskowi znaleźli się w strukturach powszechnych jednostek organizacyjnych prokuratury, bowiem okoliczność ta powodowała, że stracili status prokuratora wojskowego, a stawali się prokuratorami do spraw wojskowych, funkcjonującymi poza resortem obrony narodowej. Należy zwrócić uwagę, że w odniesieniu do prokuratorów do spraw wojskowych Naczelnym Prokurator Wojskowy, wojskowi prokuratorzy okręgowi oraz wojskowi prokuratorzy garnizonowi nigdy nie mieli jakichkolwiek obowiązków i uprawnień. Tym samym, siłą rzeczy, kończyło się przejęte nad nimi w schedzie po strukturach wojskowych władztwo dowódcze Prokuratora Generalnego. Od tego momentu uprawnienia dowódcze powinny przysługiwać, zgodnie z art. 7 ust. 2 ustawy o służbie wojskowej żołnierzy zawodowych, kierownikom instytucji cywilnych, czyli kierownikom jednostek organizacyjnych prokuratury, w których utworzono komórki organizacyjne właściwe w sprawach wojskowych (Prokuratura Krajowa, prokuratury okręgowe, prokuratury rejonowe). Prokurator Generalny od tej chwili stał się dla prokuratorów do spraw wojskowych (tak jak dla wszystkich pozostałych prokuratorów) najwyższym przełożonym, ale nie odpowiednikiem dowódcy jednostki wojskowej.

Polemizując z przywołanymi wyrokami, należy zwrócić uwagę, iż dla podbudowania swojego stanowiska NSA założył, że Prokurator Generalny

²⁰ Art. 40 § 1 Przepisów wprowadzających – patrz przypis 8.

przejął wspomniane kompetencje dowódcze bezterminowo, bo działał także po zaistnieniu prokuratorów do spraw wojskowych w strukturach prokuratury powszechnej. Naczelny Sąd Administracyjny przywołał bowiem w uzasadnieniach wyroków, np. z dnia 23 maja 2019 r. (sygn. akt I OSK 1866/17) i 2 sierpnia 2019 r. (sygn. akt I OSK 2009/18), że „Prokurator Generalny, wyznaczając [...] na wskazane stanowisko służbowe wraz z określeniem stopnia etatowego i grupy uposażenia, **niewątpliwie przyjął, iż w tym przypadku korzysta z uprawnienia określonego w art. 32 ustawy Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo o prokuraturze** [podkreślenie moje – M.D.D.]”²¹. Otóż teza ta jest nie do obrony, albowiem na mocy art. 32 Przepisów wprowadzających Prokurator Generalny mógł przejąć obowiązki i uprawnienia wyłącznie Naczelnego Prokuratora Wojskowego, wojskowych prokuratorów okręgowych i wojskowych prokuratorów garnizonowych. Żaden z tych podmiotów nie był uprawniony do wyznaczania jakiegokolwiek prokuratora wojskowego będącego żołnierzem zawodowym na stanowisko służbowe. Była to prerogatywa zastrzeżona dla Ministra Obrony Narodowej na mocy art. 111 ust. 1 ustawy z dnia 20 czerwca 1985 r. o prokuraturze (Dz.U. z 2011 r. Nr 270, poz. 1599 z późn. zm. – patrz przypis 3). Brak jest także w przepisach normy prawnej, która cedowałaby to uprawnienie na Prokuratora Generalnego. Oznacza to, że właściwym do wyznaczenia prokuratora na wskazane stanowisko służbowe był kierownik instytucji cywilnej, w formie przewidzianej dla tego stanowiska. Stanowi o tym przywołany przez Naczelny Sąd Administracyjny art. 22 ust. 4 ustawy o służbie wojskowej żołnierzy zawodowych²².

W tym miejscu dochodzimy do kolejnego, jak się wydaje, błędnego założenia przyjętego przez NSA, który w przywołanych wyżej wyrokach określił, że „Prokurator Generalny, jako kierownik instytucji cywilnej, w której poza resortem Obrony Narodowej pełnił służbę żołnierze zawodowi – prokuratorzy do spraw wojskowych w powszechnych jednostkach organizacyjnych prokuratury został z mocy ustawy przełożonym o uprawnieniach dowódcy (art. 7 ust. 2 ustawy o służbie wojskowej żołnierzy zawodowych) i uzyskał m.in. uprawnienie do wydawania decyzji administracyjnych przynajmniej tym żołnierzom – prokuratorom do spraw

²¹ Wyrok NSA z dnia 23 maja 2017 r., sygn. I OSK 1866/17 dostępny pod adresem <<http://orzeczenia.nsa.gov.pl/doc/C66BDD368D>> Centralna Baza Orzeczeń Sądów Administracyjnych [dostęp 19.02.2020 r.]; wyrok NSA z dnia 2 sierpnia 2019 r., sygn. I OSK 2009/18 – niepubl. Podobnie w treści uzasadnienia wyroku NSA z dnia 17 kwietnia 2019 r., sygn. I OSK 1570/17 dostępny po adresem: <<http://orzeczenia.nsa.gov.pl/doc/35F8786FF5>> Centralna Baza Orzeczeń Sądów Administracyjnych [dostęp 19.02.2020 r.].

²² Art. 22. 4. Żołnierza zawodowego, o którym mowa w ust. 1 pkt 2 i 3, wyznacza na wskazane stanowisko służbowe kierownik instytucji cywilnej w formie przewidzianej dla tego stanowiska.

wojskowych dodatki wyrównawcze w określonej wysokości²³. Z przytoczonego fragmentu uzasadnienia wynika, iż Naczelny Sąd Administracyjny przyjmuje, że prokuratura jako całość jest instytucją cywilną, a tym samym Prokurator Generalny występuje jako jej kierownik. Z powyższą tezą także nie sposób się zgodzić. Należy wskazać – jak już była o tym mowa szerzej w pkt IV – że na mocy art. 22 ust. 1 ustawy o służbie wojskowej żołnierzy zawodowych żołnierz zawodowy może pełnić zawodową służbę wojskową w wymienionych w tym przepisie instytucjach, zwanych instytucjami cywilnymi, w tym w **powszechnej jednostce organizacyjnej prokuratury**. Zgodnie z art. 16 ustawy z dnia 28 stycznia 2016 r. Prawo o prokuraturze (Dz.U. z 2019 r. poz. 740) powszechnymi jednostkami organizacyjnymi prokuratury są: Prokuratura Krajowa, prokuratury regionalne, prokuratury okręgowe, prokuratury rejonowe. Kierują tymi jednostkami organizacyjnymi prokuratury, a więc są ich kierownikami odpowiednio: Prokurator Krajowy, prokuratorzy regionalni, prokuratorzy okręgowi oraz prokuratorzy rejonowi. Jak wspomniano wcześniej, komórki do spraw wojskowych zostały utworzone w Prokuraturze Krajowej oraz niektórych prokuraturach okręgowych i prokuraturach rejonowych, zatem kierownikom tych jednostek organizacyjnych prokuratury, na mocy wspomnianego wyżej art. 7 ust. 2 ustawy o służbie wojskowej żołnierzy zawodowych, powinny przysługiwać uprawnienia i obowiązki dowódców jednostek wojskowych. Z przywołanych regulacji prawnych wynika, że aktualnie Prokurator Generalny nie jest kierownikiem instytucji cywilnej, ale powinien występować jako organ II instancji w odniesieniu do decyzji administracyjnych wydawanych w I instancji przez Prokuratora Krajowego. Teoretycznie w przyszłości jest prawdopodobnym, iż Prokurator Generalny będzie właściwym do wydawania także decyzji w I instancji, ale byłoby to możliwe w sytuacji, gdyby na stanowisko Zastępcy Prokuratora Generalnego do Spraw Wojskowych został powołany prokurator do spraw wojskowych będący żołnierzem zawodowym.

VII. Możliwości wyjścia z zaistniałego impasu

Mając na uwadze, że orzecznictwo Naczelnego Sądu Administracyjnego w omawianej kwestii zaczyna mieć charakter ujednoczonego (aktualnie stosunek 9 do 2 na rzecz bezterminowości przejęcia kompetencji przez Prokuratora Generalnego), dostrzegam następujące możliwości wyjścia z zaistniałej sytuacji:

- 1) w działalności kadrowej można obstawać przy praktyce uznawania czasowego obowiązywania przedmiotowego art. 32 Przepisów

²³ Wyrok NSA z dnia 2 sierpnia 2019 r., sygn. akt I OSK 2176/17 (niepubl.).

wprowadzających, zgodnie z pierwszymi ustaleniami Naczelnego Sądu Administracyjnego. Należałoby w takim przypadku zaskarżać wyroki składów niepodzielających tej koncepcji (i tak jest obecnie czynione), licząc na to, że siłą przedstawianych argumentów prawnych uda się zmienić krystalizującą się obecnie negatywną w tym względzie linię orzecniczą sądu, albo też któryś ze składów sądzących wystąpi o wydanie przez Naczelną Sąd Administracyjny uchwały wyjaśniającej zaistniałą wątpliwość prawną. Będzie to proces bez wątpienia długotrwały;

- 2) na wniosek Prokuratora Generalnego należy dążyć do wydania wspomnianej wyżej uchwały w poszerzonym składzie Naczelnego Sądu Administracyjnego, a w przypadku nieuznania zasadności racji prokuratury dokonać skreślenia omawianego artykułu z zastrzeżeniem, że wszystkie dotychczas wydane decyzje na jego podstawie są ważne;
- 3) należy pogodzić się z linią orzecniczą Naczelnego Sądu Administracyjnego i odpowiednio wzmocnić oraz zmodyfikować działalność obsługi kadrowej w Prokuraturze Krajowej, gdyż wszystkie decyzje powinny być wydawane przez Prokuratora Generalnego ewentualnie – w jego imieniu – przez upoważnionych pracowników Prokuratury Krajowej albo odpowiednio umocowanego Zastępcę Prokuratora Generalnego do Spraw Wojskowych;
- 4) przy najbliższej okazji dokonać stosownej zmiany legislacyjnej poprzez np. skreślenie art. 32 Przepisów wprowadzających, z zastrzeżeniem, o którym była mowa w pkt 2, iż wszystkie dotychczas wydane decyzje na jego podstawie są ważne.

Wydaje się, że w tym ostatnim przypadku działalność kadrowa najszybciej wróciłaby na „normalne tory” i stosowne decyzje, także w sprawach wynikających z ustawy o służbie wojskowej żołnierzy zawodowych, wydawaliby kierownicy poszczególnych jednostek organizacyjnych prokuratury, czyli: Prokurator Krajowy, prokuratorzy okręgowi i prokuratorzy rejonowi, oczywiście w tych prokuraturach, gdzie funkcjonują komórki do spraw wojskowych. Swoista niezręczność legislacyjna tego rozwiązania polega na tym, że po czterech latach funkcjonowania ustawy podstawowej, czyli Prawa o prokuraturze, dokonywano by nowelizacji przepisów ją wprowadzających. Ponadto korekta Przepisów wprowadzających byłaby wymuszona nie wadliwością rzeczonego przepisu, ale – jak się wydaje – niewłaściwą jego interpretacją w toku procesu wyrokowania.

Przyszłość pokaże, która koncepcja przeważy.



A B S T R A C T

The article describes the changes in the competence of the prosecutor's office to issue administrative decisions for prosecutors who are professional soldiers, which occurred as a result of transformation of the public prosecutor's office in 2016. In addition, it discusses interpretational differences regarding art. 32 of the Introductory provisions – Law on the Public Prosecutor's Office and presents practical proposals to resolve the deadlock.

*Zabezpieczenie socjalne weteranów
powstań narodowych i wdów po nich w
dwudziestoleciu międzywojennym. Analiza
prawno-historyczna na podstawie Dziennika
Ustaw RP*

*Social security for veterans of national
uprisings and their widows in the interwar
period. Legal and historical analysis based
on the Polish Journal of Laws*

S T R E S Z C Z E N I E

W II RP szczególnym szacunkiem obdarzano weteranów powstania listopadowego, powstania wielkopolskiego 1848 oraz powstania styczniowego. Rzeczpospolita Polska starała się w należyty sposób wynagrodzić ich ofiarę poprzez wypłacanie świadczeń mających zapewnić weteranom godną starość. W artykule zostały przedstawione prawne aspekty zabezpieczenia socjalnego dla weteranów powstań oraz wdów po weteranach i wymagania, które musiał spełniać weteran lub wdowa po nim, aby otrzymać zaopatrzenie.

I. Wprowadzenie

W dwudziestoleciu międzywojennym weterani powstań narodowych byli obdarzani szczególnymi względami, zarówno przez osoby cywilne, jak i wojskowe. Na mocy rozkazu Ministra Spraw Wojskowych z dnia 7 listopada 1922 roku o oddawaniu honorów weteranom wprowadzono nakaz oddawania honorów żołnierzom powstań narodowych 1831, 1848 i 1863 przez wszystkich żołnierzy Wojska Polskiego oraz urzędników wojskowych. W razie niewykonania rozkazu nikt nie miał prawa zwracać uwagi osobom, które uchybiły wykonania tego obowiązku. Wprowadzono jednak, za pośrednictwem dowódców odpowiednich formacji wojskowych, nakaz informowania drogą służbową swoich przełożonych o tego typu zachowaniach¹.

¹ Dziennik Rozkazów Wojskowych [dalej: DRW] 1922 nr 44, poz. 620.

Szczególną estymą darzeni byli powstańcy styczniowi z 1863 roku. Na podstawie rozkazu Ministra Spraw Wojskowych z dnia 30 marca 1920 roku został przygotowany specjalny projekt munduru weterana powstania styczniowego. Było to konsekwencją dekretu Naczelnego Wodza Józefa Piłsudskiego w dniu 21 stycznia 1919 roku, który nadawał prawo do noszenia munduru wszystkim żyjącym powstańcom styczniowym oraz zobowiązywał Ministra Spraw Wojskowych do stworzenia specjalnego umundurowania dla powstańców styczniowych 1863 roku². Rozkaz zawierał bardzo szczegółową instrukcję z załącznikami dotyczącą poszczególnych jego części. Ubiór powstańca styczniowego 1863 roku składał się z czamary, spodni, płaszczka oraz czapki. Wszystkie te elementy munduru były granatowe. Mundur powstańca wyróżniała czapka, na której znajdował się orzeł w koronie z połączoną w środku literą „W”. Pod orłem, a także na obydwu naramiennikach munduru, umieszczony był połączony napis wskazujący rok wybuchu powstania „1863”³.

Celem artykułu jest analiza prawna zabezpieczenia socjalnego weteranów i wdów po weteranach powstania listopadowego, powstania wielkopolskiego 1848 i powstania styczniowego w okresie dwudziestolecia międzywojennego na terenie państwa polskiego. Oprócz analizy aspektów prawnych zabezpieczenia socjalnego zostaną omówione także kwestie prawne weryfikacji weteranów wyżej wymienionych powstań oraz wdów po nich przez specjalnie do tego powołane organy. Na końcu artykułu został zamieszczony wykaz aktów normatywnych regulujących tematykę artykułu.

II. Zabezpieczenie socjalne weteranów powstań narodowych i wdów po nich w dwudziestoleciu międzywojennym

W tym miejscu warto także omówić stan prawny, jaki wywiązał się po odzyskaniu przez Polskę niepodległości. Władze wprowadziły regulacje dotyczące sytuacji materialno-bytowej weteranów powstań narodowych oraz wdów po powstańcach, które obowiązywały przez cały okres dwudziestolecia międzywojennego. Zastosowano także weryfikację weteranów przez specjalnie w tym celu powołane komisje.

Pierwszym aktem prawnym wydanym przez polskie władze była ustawa z dnia 2 sierpnia 1919 r. o stałej pensji dla weteranów powstania

² DRW 1919 nr 7, poz. 278.

³ DRW 1920 nr 11, poz. 259.

1831 i 1863⁴. Ustawa, pomimo iż jej tytuł jednoznacznie tego nie wskazuje, w pierwszym paragrafie stwierdzała, że do otrzymania tego uposażenia uprawnione były także wdowy po powstańcach, które znajdowały się w trudnej sytuacji bytowej. Wysokość świadczenia wynosiła 250 marek miesięcznie dla osób nieposiadających stopnia oficerskiego i 300 marek miesięcznie dla posiadających stopień oficerski⁵. Środki te wypłacano od 1 lipca 1919 roku⁶. Jeżeli wdowa po powstańcu wyszła za mąż przed wejściem w życie ustawy, na okres wdowieństwa miała prawo do dożywotniej pensji od Skarbu Państwa w wysokości połowy uposażenia, które otrzymywałyby mąż za życia⁷.

Aby uzyskać powyższe świadczenie pieniężne, weteran był zobligowany do udowodnienia przed specjalnie do tego powołaną Komisją, że czynnie uczestniczył w powstaniu.

Komisja działała przy Ministerstwie Spraw Wojskowych i składała się z ośmiu członków – sześciu weteranów powstania styczniowego oraz przedstawicieli Ministerstwa Spraw Wojskowych i Ministerstwa Skarbu.

Kolejnym aktem prawnym dotyczącym uczestników powstań było rozporządzenie Ministra Spraw Wojskowych i Ministra Skarbu z dnia 25 listopada 1919 roku w przedmiocie wykonania ustawy z dnia 2 sierpnia 1919 roku o stałej pensji dla weteranów powstania 1831 i 1863 [dalej: rozporządzenie z dnia 25 listopada 1919 r.]⁸.

Zgodnie z przepisami tego rozporządzenia Komisja weryfikująca weteranów powstań narodowych miała urzędować w Warszawie przy Sekcji Opieki Ministerstwa Spraw Wojskowych. Szef tejże sekcji był jednocześnie przewodniczącym Komisji i miał możliwość wyznaczenia swojego zastępcy.

Zasady działania Komisji zostały zmienione przez rozporządzenie wykonawcze Ministra Spraw Wojskowych z dnia 4 lipca 1922 r. do ustawy z dnia 23 marca 1922 r. o zaopatrzeniu weteranów powstań narodowych 1831, 1848 i 1863 r. i wdów po nich [dalej: rozporządzenie z dnia 4 lipca 1922 r.]⁹.

Zgodnie z przepisami art. 6 rozporządzenia z dnia 25 listopada 1919 r. weteranów powstań narodowych podzielono na dwie kategorie: oficerów

⁴ Dziennik Praw Państwa Polskiego [dalej: Dz. Pr. P. P.] 1919 nr 65 poz. 397.

⁵ W przypadku gdy powstańców lub wdowa pobierali już inne świadczenie, a było ono mniejsze, niż mówił art. 3 tejże ustawy, Skarb Państwa wyrównywał go do poziomu 125 lub 150 marek w przypadku wdów oraz 250 lub 300 marek w przypadku weteranów. Przepis ten zlikwidowano w ustawie z 9 lipca 1920 r. Dziennik Ustaw [dalej: Dz.U.] 1920 Nr 61, poz. 385.

⁶ Dz.U. 1920 Nr 50, poz. 306.

⁷ W przypadku gdy wdowa ponownie wyszła za mąż, bez względu na to, czy jej wybranek był powstańcem, czy nie, świadczenie traciła. Dz.U. 1920 Nr 50, poz. 306.

⁸ Dz.U. 1919 Nr 91, poz. 495.

⁹ Dz.U. 1922 Nr 54, poz. 498.

oraz weteranów nieposiadających patentu oficerskiego. Otrzymywali one tzw. karty, które zawierały następujące rubryki:

- 1) miejsce, dzień, miesiąc i rok urodzenia;
- 2) imię i nazwisko;
- 3) zawód;
- 4) miejsce zamieszkania i dokładny adres;
- 5) stopień wojskowy (oficerski)¹⁰;
- 6) data i liczba wydanych decyzji Ministra Spraw Wojskowych;
- 7) wysokość pensji.

Należy mieć wątpliwość co do jednoznacznej interpretacji punktu piątego. Mianowicie ze względu na przydział do konkretnej karty weteran musiał wykazać swój stopień wojskowy. Nie było jednak jasne, czy potencjalny przyszły weteran ma wykazać rangę uzyskaną w powstaniu, czy może jednak stopień, który przyznano później na przykład w związku z działalnością wojskową w innych armiach¹¹.

Dopiero ustawa z dnia 18 grudnia 1919 r. w przedmiocie rozszerzenia ustawy z dnia 2 sierpnia 1919 r. o stałej pensji dla weteranów r. 1831 i 1863 także na weteranów z 1848 roku w artykule pierwszym rozszerza zakres podmiotowy osób upoważnionych do świadczeń o powstańców wielkopolskich 1848 roku, a także wdowy po nich¹². Kolejna ustawa z dnia 18 grudnia 1919 r. o przyznaniu stopni i praw oficerskich weteranom z roku 1831, 1848 i 1863 r.¹³ nadawała wszystkim weteranom powstań narodowych (z wyjątkiem żołnierzy sądownie skazanych za przestępstwo uchybiające godności oficera¹⁴) stopnie honorowe podporucznika Wojska Polskiego. Natomiast w przypadku posiadania stopnia wyższego, zgodnie z przepisami ustawy, następowała odpowiednia weryfikacja na stopień oficerski. Nadanie stopnia honorowego oficera Wojska Polskiego wiązało się tym, iż oficer zachowywał wszystkie prawa oficerskie z wyjątkiem prawa do stałego uposażenia służbowego¹⁵.

Nie należy zapominać, że w okresie II RP oprócz sądów wojskowych istniały także Oficerskie Sądy Honorowe. Jeśli zaś chodzi o sądy honorowe innych armii, kwestie te regulował rozkaz Ministra Spraw Wojskowych

¹⁰ W przypadku wdów w punkcie 5 zamiast stopnia wojskowego wpisywano następujące dane: imię i nazwisko zmarłego męża oraz jego stopień wojskowy.

¹¹ Dz.U. 1919 Nr 91, poz. 495.

¹² Dz.U. 1920 Nr 2, poz. 4.

¹³ Dz.U. 1920 Nr 2, poz. 5.

¹⁴ Ustawa nie zawiera informacji, czy żołnierze skazani przez wymiar sprawiedliwości w powstaniu styczniowym nie mogli otrzymać stopnia honorowego podporucznika Wojska Polskiego. Szerzej na temat sądów i prawa w powstaniu styczniowym, M. Stanulewicz, Sądy i prawo w powstaniu styczniowym, Poznań 2005, s. 260.

¹⁵ Dz.U. 1920 Nr 2, poz. 5.

nr 14 z dnia 4 stycznia 1919 roku, który jasno precyzuje, iż „wyroki wydane przez sądy honorowe oficerskie wszystkich armij, w których oficerowie, lekarze i urzędnicy Polacy poprzednio służyli, zachowują moc swoją w Wojsku Polskiem¹⁶”.

Należy nadmienić, że jurysdykcji Oficerskich Sądów Honorowych [dalej: OSH] podlegali wyłącznie oficerowie Wojska Polskiego, zarówno na mocy dekretu z dnia 16 grudnia 1918 roku, wprowadzającego statut OSH¹⁷, jak i rozporządzenia Prezydenta RP z dnia 8 sierpnia 1927 r. w sprawie wprowadzenia statutu Oficerskich Sądów Honorowych¹⁸.

W art. 3 statutu OSH nadmieniono o tym, że „Prawomocne orzeczenia oficerskich sądów honorowych są obowiązujące dla wszystkich władz wojskowych bez żadnego wyjątku w tej mierze”. Dokument ten nie wspomina natomiast o tym, że jego wyrokami mogą być związane organy władzy cywilnej. Należałoby więc zapytać, czy Komisja zajmująca się weryfikacją uczestników powstań była organem wojskowym? Moim zdaniem nie miała ona takiego charakteru, gdyż była powoływana przez rząd, a nie organy władzy wojskowej. Pomimo braku uznania tej komisji za strukturę władzy wojskowej w mojej opinii należy stwierdzić, że jej orzeczenia były wiążące podczas decydowania o przyznaniu statusu weterana¹⁹.

Tak jak w przypadku dekretu z 1918 roku, podobne rozwiązanie zostało zastosowane w rozporządzeniu Prezydenta RP z dnia 8 sierpnia 1927 r. w sprawie wprowadzenia statutu Oficerskich Sądów Honorowych. Zgodnie z treścią art. 4 tego rozporządzenia wyroki OSH wiązały nie tylko organy wojskowe, lecz także oficerów. Nastąpiła tutaj zmiana zakresu podmiotowego, gdyż spod jurysdykcji tych sądów wyłączeni zostali oficerowie, którzy posiadali stopień wojskowy Marszałka Polski²⁰.

Rząd starał się zwiększać pensję dla weteranów i wdów po nich na przykład poprzez dodatki nadzwyczajne do dożywotnich pensji. Jeden z nich wprowadzała ustawa z dnia 18 marca 1921 roku w przedmiocie nadzwyczajnego dodatku do stałej pensji dla weteranów 1831, 1848 i 1863 roku. Na czas wojny miesięcznie dodatek ten miałyby wynosić 1500 marek dla weterana i 750 marek dla wdowy²¹.

¹⁶ DRW 1919 Nr 1, poz. 14.

¹⁷ Statut Oficerskich Sądów Honorowych w Wojsku Polskiem, Warszawa 1919.

¹⁸ Dz.U. 1927 Nr 93, poz. 834.

¹⁹ Statut Oficerskich Sądów Honorowych w Wojsku Polskiem, Warszawa 1919.

²⁰ Dz.U. 1927 Nr 93, poz. 834.

²¹ Aby otrzymać ten dodatek, musiałaby wybuchnąć wojna na terytorium RP. Data wpisana w art. 1 i 2 tej ustawy, tj. 1 stycznia 1921, jest datą graniczną, od której dodatek mógłby przysługiwać, a zatem należałoby uznać, że dodatek ten miałyby rację bytu tylko w przypadku wybuchu wojny po wskazanym terminie, dlatego nie należy go traktować jako świadczenia wyrównawczego związanego z wojną polsko-bolszewicką z 1920. Dz.U. 1921 Nr 29, poz. 164.

Rozporządzeniem Ministra Spraw Wojskowych i Ministra Skarbu z 9 grudnia 1921 roku w uzupełnieniu rozporządzenia z dnia 25 listopada 1919 r. w przedmiocie wykonania ustawy z dnia 2 sierpnia 1919 r. o stałej pensji dla weteranów 1831 i 1863 r. określono wymogi formalne dotyczące składania wniosków o pobieranie pensji dla wdów po weteranach. Zgodnie z tym aktem prawnym nie składały one dokumentów przed Komisją, ale przed Dowództwem Okręgu Korpusowego. Razem z wnioskiem wdowa musiała złożyć następujące dokumenty:

- 1) zawiadomienie Ministerstwa Spraw Wojskowych o wciągnięciu jej męża na listę rzeczywistych członków powstań narodowych,
- 2) metrykę ślubu,
- 3) metrykę śmierci męża,
- 4) zaświadczenie wydane przez władzę administracyjną pierwszej instancji, która stwierdzała, że wdowa żyła we wspólności małżeńskiej z weteranem w momencie jego śmierci²².

Zmianę sposobu naliczania uposażenia oficerskiego usankcjonowała ustawa z dnia 23 marca 1922 roku w przedmiocie zaopatrzenia weteranów powstań narodowych z 1831 r., 1848 r. i 1863 r. oraz wdów po nich. Wprowadzono szereg istotnych modyfikacji poprawy warunków opieki zdrowotnej weteranów oraz podzielono weteranów na dwie nowe kategorie: samotnych i zamężnych.

Zaopatrzenie wypłacane weteranom składało się z 3 elementów: stałej miesięcznej pensji, której wysokość wynosiła 500 marek polskich, dodatku drożyznianego oraz uposażenia związanego z kosztami leczenia i opieki społecznej. Dodatek drożyzniany był przyznawany na wypadek wojny. Na podstawie przepisów art. 12 tej ustawy wprowadzono mnożną dla powstańców. Mnożna weterana samotnego wynosiła 10, a żonatego 14. Jeśli zaś chodzi o koszty leczenia w przypadku weteranów chorych bądź też niepełnych, ponosiło je państwo polskie. Za opiekę nad weteranem państwo pobierało 4/5 części zaopatrzenia, zostawiając weteranowi pozostałą część. Dodatkowo świadczenie to na podstawie art. 11 było chronione sądownie oraz podlegało wyłączeniu spod egzekucji.

Tenże akt normatywny wprowadzał ponadto zwrot kosztów wobec osób trzecich w przypadku konieczności pokrycia przez nie wydatków związanych z pogrzebem weterana. Wysokość kosztów zwracanych przez państwo, o czym, mówi art. 5 niniejszej ustawy, równała się wielkości uposażenia, jakie pobierał weteran za okres jednego miesiąca²³.

Ustawa ponadto precyzyjnie określa, w jakich sytuacjach uposażenie mogło zostać odebrane:

²² Dz.U. 1921 Nr 107, poz. 784.

²³ Dz.U. 1922 Nr 26, poz. 212.

- 1) w przypadku śmierci;
- 2) gdy pobierająca je osoba zostanie skazana prawomocnym wyrokiem za czyn karygodny i czyn ten doprowadził do utraty świadczenia;
- 3) gdy wdowa wyszła ponownie za mąż.

Artykuł 14 teje ustawy uchylał szereg innych aktów normatywnych²⁴, w związku z czym przestała działać Komisja, która weryfikowała weteranów powstań narodowych²⁵.

W jej miejsce, na podstawie rozporządzenia wykonawczego Ministra Spraw Wojskowych z dnia 4 lipca 1922 r. do ustawy z dnia 23 marca 1922 r. o zaopatrzeniu weteranów powstań narodowych 1831, 1848 i 1863 r. i wdów po nich, została powołana nowa komisja, której zadaniem było weryfikowanie żołnierzy powstań narodowych. Komisja ta również działała przy Ministerstwie Spraw Wojskowych i została nazwana Komisją Kwalifikacyjną dla Weteranów Powstań Narodowych 1831, 1848 i 1863²⁶.

Nowo powołana komisja liczyła dziewięciu członków. Należało do niej trzech przedstawicieli ministrów: Ministra Spraw Wojskowych, Ministra Skarbu, Ministra Pracy i Opieki Społecznej, a także pięciu weteranów Stowarzyszeń Weteranów Styczniowych, pochodzących ze stowarzyszeń: warszawskiego, krakowskiego, lwowskiego, wileńskiego oraz poznańskiego. Przewodniczącym Komisji był przedstawiciel Ministra Spraw Wojskowych, a zastępcą przewodniczącego przedstawiciel Ministra Skarbu. Ostatniego członka powoływał Minister Spraw Wojskowych na wniosek przewodniczącego Komisji spośród wszystkich weteranów. W przypadku niemożności wyznaczenia weteranów z któregośkolwiek stowarzyszenia Minister Spraw

²⁴ Ustawa z dnia 23 marca 1922 roku w przedmiocie zaopatrzenia weteranów powstań narodowych z 1831 r., 1848 r. i 1863 r. oraz wdów po nich (Dz.U. 1922 Nr 26, poz. 212) uchylała następujące akty prawne:

ustawa z dnia 2 sierpnia 1919 r. o stałej pensji dla weteranów powstania 1831 i 1863 r. (Dz. Pr. P. P. 1919 Nr 65, poz. 397) – uchylona w całości;

ustawa z dnia 18 grudnia 1919 r. w przedmiocie rozszerzenia ustawy z dnia 2 sierpnia 1919 r. o stałej pensji dla weteranów z r. 1831 i 1863 także na weteranów z 1848 roku (Dz.U. 1920 Nr 2, poz. 4) – uchylona w całości;

ustawa z dnia 18 grudnia 1919 r., o przyznaniu stopni i praw oficerskich weteranom z roku 1831, 1848 i 1863 roku (Dz.U. 1920 Nr 2, poz. 5) – uchylony tylko artykuł 4 tej ustawy;

ustawa z dnia 8 czerwca 1920 r. zmieniająca przepis artykułu 2 ustawy z dnia 18 grudnia 1919 roku w przedmiocie rozszerzenia ustawy z dnia 2 sierpnia 1919 r. o stałej pensji dla weteranów z r. 1831 i 1863 także na weteranów z 1848 roku (Dz.U. 1920 Nr 50, poz. 306) – uchylona w całości;

ustawa z dnia 9 lipca 1920 r. zmieniająca przepis art. 3-go ustawy z dnia 2 sierpnia 1919 r. o stałej pensji dla weteranów z r. 1831 i 1863 (Dz.U. 1920 Nr 61, poz. 386) – uchylona w całości;

ustawa z dnia 18 marca 1921 r. w przedmiocie nadzwyczajnego dodatku do stałej pensji dla weteranów 1831, 1848 i 1863 roku (Dz.U. 1921 Nr 29, poz. 164) – uchylona w całości.

²⁵ Za ostateczny termin, w którym weteran mógł rościć sobie prawa do uzyskania zaopatrzenia, był okres 6 miesięcy od daty wejścia w życie przepisów, tj. od daty 1 lutego 1922 roku, pomimo iż ustawa jest z dnia 23 marca 1922 roku. Oznacza to, że ustawa z dnia 23 marca 1922 roku w przedmiocie zaopatrzenia weteranów powstań narodowych z 1831 r., 1848 r. i 1863 r. oraz wdów po nich działała z mocą wsteczną od dnia 1 lutego 1922 r., Dz.U. 1922 Nr 26, poz. 212; Dz.U. 1922 Nr 54, poz. 498.

²⁶ Dz.U. 1922 Nr 54, poz. 498.

Wojskowych wyznaczał na wniosek przewodniczącego Komisji jednego członka spośród wszystkich żyjących uczestników powstania. W tym akcie normatywnym przede wszystkim sprecyzowano sposób, w jaki należy przeprowadzić postępowanie stwierdzające, czy należy daną osobę uznać za weterana, czy też nie. Nowością była możliwość powołania przez Komisję rzeczoznawców posiadających głos doradczy. Przedstawiony w ustawie katalog ma charakter otwarty, co nie wyklucza możliwości przedstawiania przez badaczy innych dziedzin opinii w sprawie potwierdzenia albo zaprzeczenia brania czynnego udziału w którymkolwiek z trzech powstań narodowych. Listę uczestników powstań narodowych podpisywali wszyscy przedstawiciele strony rządowej oraz co najmniej dwaj weterani powstania styczniowego.

Lista posiadała następujące rubryki:

- 1) liczba porządkowa;
- 2) nazwisko i imię;
- 3) data urodzenia (dzień, miesiąc, rok i miejsce);
- 4) stopień posiadany w powstaniu narodowym ewentualnie branie udziału w organizacji;
- 5) obecny zawód;
- 6) miejsce zamieszkania (dokładny adres).

W porównaniu do poprzednich wymagań Komisji zrezygnowano z podziału na karty przysługujące oficerom oraz nieoficerom²⁷, zniesiono obowiązek posiadania decyzji Ministra Spraw Wojskowych, wykreślono rubrykę, w której wpisywano wysokość pensji, doprecyzowano, że powstańcy winni podawać swój stopień w związku z pełnioną w powstaniu służbą. Dodatkowo wprowadzono wymóg, aby w przypadku żonatych powstańców obok ich nazwisk było podawane także imię żony. Wątpliwości może jednak budzić wymóg czwarty. Pomimo że nie sprecyzowano tej kwestii w rozporządzeniu z dnia 4 lipca 1922 r.²⁸, należy uznać definicję zawartą w art. 1 lit. a ustawy z dnia 23 marca 1922 r. w przedmiocie zaopatrzenia weteranów powstań narodowych z 1831 r., 1848 r. i 1863 r. oraz wdów po nich²⁹.

Jeżeli chodzi o wdowy po powstańcach, to wprowadzono dwie zmiany. Po pierwsze, okręgiem właściwym do składania wniosku o pensję był

²⁷ Przyczyną likwidacji tych kart, było wcześniejsze nadanie wszystkim weteranom stopnia honorowego podporucznika Wojska Polskiego.

²⁸ Dz.U. 1922 Nr 54, poz. 498.

²⁹ Art. 1. Uprawnionymi do pobierania zaopatrzenia na podstawie niniejszej ustawy są: a) weterani powstań 1831 r., 1848 r. i 1863 r., którzy brali bezpośredni czynny udział w szeregach i formacjach powstańczych, względnie organizacji powstań narodowych i zostali przez komisję kwalifikacyjną, utworzoną przez Ministerstwo Spraw Wojskowych w porozumieniu z Ministerstwem Skarbu, wciągnięci na listę rzeczywistych uczestników powstań narodowych. Dz.U. 1922 Nr 26, poz. 212.

okręg wojskowy właściwy dla zamieszkania wdowy. Po drugie, w przypadku niemożności udowodnienia przez wdowę życia z weteranem we wspólności małżeńskiej przez dokumenty urzędowe wprowadzono możliwość zastąpienia ich poświadczeniem tego faktu przez dwie osoby godne zaufania. Po podjęciu decyzji o przyznaniu wdowie po weteranie pensji Dowództwo Okręgu Korpusowego właściwego ze względu na miejsce zamieszkania weterana lub wdowy po nim przesyłało wdowie legitymację uprawniającą do korzystania z przyznanego jej zaopatrzenia³⁰.

Owoce pracy tego organu była lista zawierająca imienny spis weteranów powstań: listopadowego, wielkopolskiego 1848 i styczniowego, która została wydana w 1923 roku³¹. Warto porównać ten dokument z wymogami rozporządzenia opisanego powyżej. Zawierał on następujące rubryki:

- 1) liczba porządkowa,
- 2) nazwisko i imię, rok urodzenia,
- 3) miejsce urodzenia,
- 4) stopień wojskowy posiadany w powstaniu,
- 5) liczba wykazu Departamentu Sanitarnego Ministerstwa Spraw Wojskowych.

W odniesieniu do osób, które nie dożyły do ukazania się tego dodatku, przed imieniem i nazwiskiem dodano „śp.". Obok nazwisk zmarłych powstańców podano imię wdowy. Brakuje na tej liście dokładnej daty urodzenia (jest podany tylko rok i miejsce), zawodu oraz adresu zamieszkania. Problematyczną kwestią jest to, w jakim powstaniu weteran walczył. Nie wiemy zatem, czy powstaniec brał udział tylko w jednym, dwóch czy trzech powstaniach narodowych. Warto posłużyć się przykładem żołnierza o liczbie porządkowej 3347 – Ignatowski Szymon Piotr, data urodzenia – 1830, miejsce urodzenia – Ladewiska³². Weteran ten mógł walczyć w powstaniu wielkopolskim 1848 i powstaniu styczniowym.

Po przejściu pozytywnej weryfikacji weteran mógł otrzymać zaopatrzenie. Zgłoszenie to musiało nastąpić najpóźniej do końca marca 1928 roku. Kwestię tę regulowało rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 17 września 1927 r. uzupełniające postanowienia ustawy z dnia 23 marca 1922 r. w przedmiocie zaopatrzenia weteranów powstań narodowych z 1831 r., 1848 r. i 1863 r. oraz wdów po nich.

³⁰ Dz.U. 1922 Nr 54, poz. 498.

³¹ Pełna nazwa tego dokumentu brzmi: Dodatek do Dziennika Personalnego Nr 40/23, Imienny wykaz weteranów powstań narodowych 1831, 1848 i 1863 roku uznanych na zasadzie ustawy z dnia 23. 03. 1922 roku (Dz. Ustaw Rz. P. Nr. 26 z 1922 r. poz. 212) i rozporządzenia wykonawczego (Dz. Ust. Nr. 54 z 1922 poz. 498), przez Komisję Kwalifikacyjną dla powstań narodowych 1831, 1848, 1863 r. przy M. S. Wojsk., s. 1–8.

³² Dodatek do Dziennika..., s. 4.

Skutkiem niezachowania terminu było nierozpatrzenie wniosku. Wyjątki od zasady przewidywał art. 2 tego rozporządzenia, który dopuszczał złożenie wniosku po tym terminie dla weteranów, którzy zamieszkują poza terytorium Polski lub wrócili dopiero do kraju. Wniosku tego nie rozpatrywała jednak Komisja, ale Minister Spraw Wojskowych w porozumieniu z Ministrem Skarbu oraz Ministrem Pracy i Opieki Społecznej³³. Jeszcze w tym samym roku wprowadzono podwyżkę pensji weteranów. Samotny weteran otrzymywał 125 zł, a żonaty 150 zł³⁴.

Jeśli weteran powstania narodowego był niedołężny lub pozbawiony opieki, to mógł wystąpić z wnioskiem o umieszczenie go w domu opieki dla weteranów. Wynikało to z przepisów rozporządzenia Ministra Pracy i Opieki Społecznej z dnia 13 listopada 1924 r. w porozumieniu z Ministrem Spraw Wojskowych i Ministrem Skarbu w sprawie umieszczania weteranów powstań narodowych 1831, 1848 i 1863 r. w zakładach opiekuńczych. Po przejściu weryfikacji zgodnie z art. 5 tegoż rozporządzenia weteran otrzymał opiekę i wyżywienie w przygotowanych specjalnie zakładach opiekuńczych. Państwo polskie także weteranowi zostawiało 1/5 jego ostatniego zaopatrzenia, a pozostała część pokrywała utrzymanie weterana. Wniosek o skierowanie do zakładu opiekuńczego (w formie pisemnej lub ustnej) składany był przez samego weterana lub osobę opiekującą się nim. Istniała możliwość opuszczenia zakładu opiekuńczego. Wniosek taki mógł złożyć weteran lub zarząd zakładu opiekuńczego³⁵.

Kolejne zmiany organizacyjne w Komisji weryfikującej weteranów nastąpiły w 1930 roku i dotyczyły jej funkcjonowania. Wprowadzało je rozporządzenie Ministra Spraw Wojskowych w porozumieniu z Ministrem Skarbu oraz Ministrem Pracy i Opieki Społecznej z dnia 4 lutego 1930 r. w sprawie zmiany rozporządzenia wykonawczego Ministra Spraw Wojskowych z dnia 4 lipca 1922 r. w przedmiocie zaopatrzenia weteranów powstań narodowych z 1831 r., 1848 r. i 1863 r. oraz wdów po nich. Skład tego organu został zmniejszony do pięciu osób. Na jej czele stał przedstawiciel Ministerstwa Spraw Wojskowych, a jego zastępcą była osoba desygnowana przez Ministra Skarbu. Trzecia osoba delegowana była z Ministerstwa Pracy i Opieki Społecznej. Pozostałymi członkami byli: powstaniec, którego miejscem zamieszkania była Warszawa, oraz jeden historyk-ekspert. Zakres pracy tej komisji pozostawał bez zmian. W przeciwieństwie

³³ Dz.U. 1927 Nr 83, poz. 737.

³⁴ Dz.U. 1927 Nr 88, poz. 791.

³⁵ Wynikało to z przepisów artykułu 4 rozporządzenia Ministra Pracy i Opieki Społecznej z dnia 13 listopada 1924 r. w porozumieniu z Ministrem Spraw Wojskowych i Ministrem Skarbu w sprawie umieszczania weteranów powstań narodowych 1831, 1848 i 1863 r. w zakładach opiekuńczych, który to odwoływał się do przepisów artykułu 8 rozporządzenia z dnia 4 lipca. Dz.U. 1924 Nr 103, poz. 945.

do rozporządzenia z dnia 4 lipca 1922 r. ewentualne zmiany listy weteranów powstań narodowych zobowiązani byli podpisać wszyscy członkowie Komisji³⁶.

Ostatnie zmiany, tym razem dotyczące zaopatrzenia dla powstańców, wprowadziła ustawa z dnia 9 kwietnia 1938 roku o zmianie ustawy w przedmiocie zaopatrzenia weteranów powstań narodowych z 1831 r., 1848 r. i 1863 r. oraz wdów po nich. Zaopatrzenie składało się z dwóch składników: pensji oraz dodatku pielęgnacyjnego na leczenie i opiekę społeczną. Pensja samotnego weterana wynosiła 125 zł, a żonatego 150 zł. Dodatek pielęgnacyjny wynosił 75 zł. Wdowa miała prawo otrzymać pensję w wysokości połowy środków, które otrzymywał żonaty weteran³⁷. Zaopatrzenie mogło być odebrane w przypadku orzeczenia prawomocnego wyroku sądowego, przewidującego utratę praw publicznych lub obywatelskich praw honorowych³⁸.

Wraz z upływem lat liczba weteranów powstań narodowych zmniejszała się. O ile pod koniec 1919 roku samych tylko weteranów powstania styczniowego było 3644, o tyle w 1938 roku liczba ich zmniejszyła się do 52 osób. Najdłużej żyjącym weteranem powstania styczniowego był podporucznik Feliks Bartczak. Zmarł on 9 marca 1946 roku w Kosowie Lackim na Podlasiu. Miał 100 lat³⁹.

III. *Zakończenie*

Już rok po odzyskaniu przez Polskę niepodległości podjęto próby prawnego uregulowania zabezpieczenia finansowego weteranów zrywów narodowych. Należy podkreślić, że władze polskie w okresie dwudzie stolecia międzywojennego starały się uhonorować w sposób szczególny weteranów powstań narodowych. W wyniku odzyskania niepodległości młode

³⁶ Dz.U. 1930 Nr 11, poz. 86.

³⁷ Dz.U. 1938 Nr 25, poz. 221.

³⁸ Artykuł 10 ust. 1 lit. b. ustawy z dnia 23 marca 1922 roku w przedmiocie zaopatrzenia weteranów powstań narodowych z 1831 r., 1848 r. i 1863 r. oraz wdów po nich (Dz.U. 1922 Nr 26, poz. 212) dotyczył prawomocnego skazania za czyn karygodny, a skazanie za ten czyn karygodny pociągało za sobą utratę zaopatrzenia. Oznaczało to, że nie każdy czyn karygodny popełniony przez weterana powstań narodowych lub wdowę po takim weteranie kwalifikował się do pozbawienia prawa do zaopatrzenia. Zmianę wprowadziły przepisy ustawy z dnia 9 kwietnia 1938 roku o zmianie ustawy w przedmiocie zaopatrzenia weteranów powstań narodowych z 1831 r. 1848 r. i 1863 r. oraz wdów po nich (Dz.U. 1938 Nr 25, poz. 221). Od tej chwili w momencie prawomocnego skazania weterana lub wdowy po nim za czyn karygodny prawo do zaopatrzenia mogło być odebrane wyłącznie w przypadku, kiedy sąd, skazując prawomocnie weterana powstania narodowego lub wdowę po nim, orzekł dodatkowo utratę praw publicznych lub obywatelskich praw honorowych. W przypadku skazania weterana lub wdowy po nim prawomocnym wyrokiem bez utraty praw publicznych lub obywatelskich praw honorowych weteran lub wdowa po weteranie nie traciła prawa do zaopatrzenia.

³⁹ W. Lewicki, *Prawie równi bogom*, „Kombatant” nr 1 (265), Warszawa 2013, s. 19.

państwo polskie stanęło przed wieloma wyzwaniem, jednakże nie zapomniało o swoich bohaterach, którzy w XIX wieku walczyli z bronią w rękę o wolność dla narodu polskiego. Starano się nie tylko zabezpieczyć finansowo tę grupę osób, ale także kwestie honorowych stopni oficerskich i oddawania honorów przez najwyższych przedstawicieli władzy. Ponadto specjalnie dla powstańców styczniowych zaprojektowano mundury. Jednak to właśnie zabezpieczenie socjalne i zapewnienie godnej opieki medycznej było najważniejszym objawem szacunku dla ofiary poniesionej przez weteranów powstań narodowych.

Każdy żołnierz powstania musiał przejść procedurę potwierdzenia uczestnictwa w jednym z trzech powstań narodowych przed specjalnie do tego celu powołaną Komisją. Natomiast wdowa musiała udowodnić, że w momencie śmierci weterana łączyła ją z nim więź małżeńska, co wynikało z troski o to, by uniemożliwić osobom nieuprawnionym uzyskanie przywilejów regulowanych przez wydane wtedy ustawy, rozporządzenia bądź rozkazy wojskowe.

Wykaz aktów prawnych opublikowanych w Dzienniku Praw Państwa Polskiego lub w Dzienniku Ustaw RP:

- 1) ustawa z dnia 2 sierpnia 1919 r. o stałej pensji dla weteranów powstania 1831 i 1863⁴⁰;
- 2) rozporządzenie Ministra Spraw Wojskowych i Ministra Skarbu z dnia 25 listopada 1919 roku w przedmiocie wykonania ustawy z dnia 2 sierpnia 1919 roku o stałej pensji dla weteranów powstania 1831 i 1863⁴¹;
- 3) ustawa z dnia 18 grudnia 1919 r. w przedmiocie rozszerzenia ustawy z dnia 2 sierpnia 1919 r. o stałej pensji dla weteranów r. 1831 i 1863 także na weteranów z 1848 roku⁴²;
- 4) ustawa z dnia 18 grudnia 1919 r. o przyznaniu stopni i praw oficerskich weteranom z roku 1831, 1848 i 1863 roku⁴³;
- 5) ustawa z dnia 8 czerwca 1920 r. zmieniająca przepis artykułu 2 ustawy z dnia 18 grudnia 1919 roku w przedmiocie rozszerzenia ustawy z dnia 2 sierpnia 1919 r. o stałej pensji dla weteranów z r. 1831 i 1863 także na weteranów z 1848 roku⁴⁴;
- 6) ustawa z dnia 9 lipca 1920 r. zmieniająca przepis art. 3 ustawy z dnia 2 sierpnia 1919 r. o stałej pensji dla weteranów z r. 1831 i 1863⁴⁵;

⁴⁰ Dz. Pr. P. P. 1919 Nr 65, poz. 397.

⁴¹ Dz.U. 1919 Nr 91, poz. 495.

⁴² Dz.U. 1920 Nr 2, poz. 4.

⁴³ Dz.U. 1920 Nr 2, poz. 5.

⁴⁴ Dz.U. 1920 Nr 50, poz. 306.

⁴⁵ Dz.U. 1920 Nr 61, poz. 386.

- 7) ustawa z dnia 18 marca 1921 r. w przedmiocie nadzwyczajnego dodatku do stałej pensji dla weteranów 1831, 1848 i 1863 roku⁴⁶;
- 8) rozporządzenie Ministra Spraw Wojskowych i Ministra Skarbu z dnia 9 grudnia 1921 r. w uzupełnieniu rozporządzenia z dnia 25 listopada 1919 r. w przedmiocie wykonania ustawy z dnia 2 sierpnia 1919 r. o stałej pensji dla weteranów 1831 i 1863 roku⁴⁷;
- 9) ustawa z dnia 23 marca 1922 r. w przedmiocie zaopatrzenia weteranów powstań narodowych z 1831 r., 1848 r. i 1863 r. oraz wdów po nich⁴⁸;
- 10) rozporządzenie wykonawcze Ministra Spraw Wojskowych z dnia 4 lipca 1922 r. do ustawy z dnia 23 marca 1922 r. o zaopatrzeniu weteranów powstań narodowych 1831, 1848 i 1863 r. i wdów po nich⁴⁹;
- 11) rozporządzenie Ministra Pracy i Opieki Społecznej z dnia 13 listopada 1924 r. w porozumieniu z Ministrem Spraw Wojskowych i Ministrem Skarbu w sprawie umieszczania weteranów powstań narodowych 1831, 1848 i 1863 r. w zakładach opiekuńczych⁵⁰;
- 12) rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 17 września 1927 r. uzupełniające postanowienia ustawy z dnia 23 marca 1922 r. w przedmiocie zaopatrzenia weteranów powstań narodowych z 1831 r., 1848 r. i 1863 r. oraz wdów po nich⁵¹;
- 13) rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 7 października 1927 r. w sprawie zmiany niektórych postanowień ustawy z dnia 23 marca 1922 r. w przedmiocie zaopatrzenia weteranów powstań narodowych z 1831 r., 1848 r. i 1863 r. oraz wdów po nich⁵²;
- 14) rozporządzenie Ministra Spraw Wojskowych w porozumieniu z Ministrem Skarbu oraz Ministrem Pracy i Opieki Społecznej z dnia 4 lutego 1930 r. w sprawie zmiany rozporządzenia wykonawczego Ministra Spraw Wojskowych z dnia 4 lipca 1922 r. w przedmiocie zaopatrzenia weteranów powstań narodowych z 1831 r., 1848 r. i 1863 r. oraz wdów po nich⁵³;
- 15) ustawa z dnia 9 kwietnia 1938 r. o zmianie ustawy w przedmiocie zaopatrzenia weteranów powstań narodowych z 1831 r., 1848 r. i 1863 r. oraz wdów po nich⁵⁴.

⁴⁶ Dz.U. 1921 Nr 29, poz. 164.

⁴⁷ Dz.U. 1921 Nr 107, poz. 784

⁴⁸ Dz.U. 1922 Nr 26, poz. 212.

⁴⁹ Dz.U. 1922 Nr 54, poz. 498.

⁵⁰ Dz.U. 1924 Nr 103, poz. 945.

⁵¹ Dz.U. 1927 Nr 83, poz. 737.

⁵² Dz.U. 1927 Nr 88, poz. 791

⁵³ Dz.U. 1930 Nr 11, poz. 86.

⁵⁴ Dz.U. 1938 Nr 25, poz. 221.



A B S T R A C T

In the Second Republic of Poland, the veterans of the November Uprising, the Greater Poland Uprising and the January Uprising enjoyed a special respect. The Republic of Poland tried to properly compensate their victim by paying benefits intended to ensure that veterans would be able to grow old with dignity. The article quotes the legal aspects of social security for veterans of uprisings and veteran widows and the requirements a veteran or a veteran's widow had to meet in order to receive supplies. Streszczenie tytuł

Komunikaty dla Autorów i Czytelników

.....

I. Informacje dla autorów i recenzentów

Warunki publikacji i wskazówki edytorskie

1. „Wojskowy Przegląd Prawniczy” przyjmuje do publikacji artykuły, materiały szkoleniowe i glosy o tematyce prawnej i dotyczące wojskowości, w szczególności z zakresu: międzynarodowego prawa humanitarnego, terroryzmu, cyberterroryzmu, cyberprzestępczości, bezpieczeństwa międzynarodowego, narodowego i wewnętrznego, obronności, jak również artykuły historyczne o tematyce prawnej i wojskowej.

2. Materiały należy przysyłać na adres e-mail: redakcja.wpp@pk.gov.pl.

3. Redakcja prosi o nadsyłanie materiałów przeznaczonych do publikacji wyłącznie w formie elektronicznej w edytorze Word, dla następujących ustawień: marginesy standardowe, czcionka Times New Roman w rozmiarze 12 (dla przypisów dolnych 10), interlinia 1,5 wiersza.

4. Ramy artykułu nie powinny przekraczać 25 stron znormalizowanego tekstu, a pozostałych opracowań – 10 stron.

5. Na pierwszej stronie należy zamieścić: imię i nazwisko autora (autorów), tytuł pracy, krótkie (kilkudzaniowe) streszczenie ujmujące główne tezy opracowania. Należy dołączyć tłumaczenie tytułu i streszczenia (2–3 zdania) w języku angielskim.

6. Nie należy dołączać streszczeń do materiałów innego rodzaju (głos, recenzji, sprawozdań).

7. Na końcu pracy należy podać: adres (adresy) autora (autorów), nr telefonu, adres e-mail, a także informacje o statusie profesjonalnym autora (autorów), z wyszczególnieniem posiadanych tytułów naukowych, nazwy instytucji zatrudniającej oraz zajmowanego stanowiska. Od doktorantów i aplikantów wymagana jest opinia dotycząca wartości merytorycznej przedstawionego artykułu – rekomendacja opiekuna naukowego i odpowiednio zawodowego.

8. W przypadku asesora oraz asystenta prokuratora oczekuje się rekomendacji kierownika jednostki organizacyjnej, a asystenta sędziego – przewodniczącego wydziału.

9. Redakcja zastrzega sobie prawo do dokonywania w nadesłanych materiałach zmian tytułów, skrótów, poprawek stylistyczno-językowych oraz innych przeróbek technicznych.

10. Redakcja przyjmuje prace dotychczas niedrukowane, a niezamówione materiały zwraca wyłącznie na życzenie autora (autorów).

Zasady recenzowania

Wszystkie materiały publikowane w czasopiśmie podlegają ocenie recenzentów. Recenzentowi nie przekazuje się informacji o autorze materiału przekazanego w celu sporządzenia recenzji. Autor ma prawo zapoznać się z treścią recenzji. Nazwiska recenzentów poszczególnych materiałów nie są ujawniane.

Recenzja przedstawiana jest redakcji w formie pisemnej i elektronicznej, w terminie 1 miesiąca od otrzymania materiału przez recenzenta. Termin ten w uzasadnionych wypadkach może zostać przedłużony w uzgodnieniu z Redaktorem Naczelnym „Wojskowego Przeglądu Prawniczego”. Przekroczenie wskazanego terminu może skutkować powierzeniem sporządzenia recenzji innej osobie wskazanej przez Redaktora Naczelnego.

Recenzja powinna zawierać jednoznaczny wniosek recenzenta dotyczący dopuszczenia materiału do publikacji lub jego odrzucenia. W przypadku zasugerowania przez recenzenta poprawek, warunkiem przyjęcia materiału do publikacji jest ich uwzględnienie przez autora tekstu.

W recenzji należy przedstawić główne tezy recenzowanego materiału.

Merytoryczna ocena recenzowanego tekstu powinna uwzględniać wartość tekstu, a w szczególności przydatność poruszanej w nim tematyki dla potrzeb praktyki i zgodności tekstu z profilem wydawniczym „Wojskowego Przeglądu Prawniczego”, poprawność logiczną wywodów, sposób przedstawiania poglądów własnych autora oraz poprawność wykorzystania przywołanych w tekście poglądów doktryny i judykatury.

Formalna ocena recenzowanego tekstu powinna obejmować poprawność językową i redakcyjną tekstu oraz wskazywać, czy nadesłany tekst odpowiada wymogom stawianym przez redakcję „Wojskowego Przeglądu Prawniczego”. Zauważone błędy i poprawki w tym zakresie należy wskazać w recenzji.

Ostateczną decyzję o przyjęciu materiału do publikacji bądź jego odrzuceniu podejmuje Redakcja.

Lista recenzentów współpracujących z czasopiśmie zamieszczana jest na stronie internetowej Prokuratury Krajowej, w zakładce „Wojskowy Przegląd Prawniczy” i podlega corocznej aktualizacji.

Zapobieganie przypadkom ghostwriting i guest authorship

Redakcja podejmuje działania zapobiegające przypadkom ghostwriting (osoba wniosła istotny wkład w powstanie publikacji, bez ujawnienia swojego udziału jako jeden z autorów) oraz guest authorship (osoba jest wymieniana jako autor lub współautor publikacji, choć jej udział w powstaniu tekstu jest znikomy lub w ogóle nie miał miejsca),

poprzez zobowiązanie autora lub współautorów składających materiał do redakcji do procentowego określenia swojego wkładu w powstanie publikacji, a także poinformowania redakcji o źródłach finansowania badań, których wyniki zostały przedstawione w utworze.

Informacje dla czytelników

Zgodnie z § 32 ust. 1 rozporządzenia Ministra Nauki i Szkolnictwa Wyższego z dnia 12 grudnia 2016 r. w sprawie przyznawania kategorii naukowej jednostkom naukowym i uczelniom, w których zgodnie z ich statutami nie wyodrębniono podstawowych jednostek organizacyjnych (Dz.U. 2016 r. poz. 2154), opracowano wykaz czasopism naukowych wraz z liczbą punktów przyznawanych za publikacje w tych czasopismach.

Przy kompleksowej ocenie za lata 2013–2016 stosuje się wykaz czasopism naukowych wraz z liczbą punktów przyznanych za publikacje naukowe w tych czasopismach, ustalony na podstawie wykazów ogłoszonych w tych latach przez ministra zgodnie z § 14 ust. 2 rozporządzenia Ministra Nauki i Szkolnictwa Wyższego z dnia 13 lipca 2012 r. w sprawie kryteriów i trybu przyznawania kategorii naukowej jednostkom naukowym (Dz.U. z 2014 r. poz. 1126). W wykazie zamieszcza się wszystkie czasopisma naukowe, które zostały zamieszczone w co najmniej jednym wykazie obowiązującym w poszczególnych latach z okresu 2013–2016. Za publikacje naukowe w każdym z tych czasopism przyznaje się najwyższą liczbę punktów spośród określonych w poszczególnych wykazach z tego okresu.

Wykaz czasopism naukowych składa się z 3 części: A, B i C.

Kwartalnik „Wojskowy Przegląd Prawniczy” zamieszczono w części B, pozycja 2825, przyznając 5 punktów za publikację w czasopiśmie naukowym.

Informację na ten temat można znaleźć pod adresem: <http://www.nauka.gov.pl/ujednolicony-wykaz-czasopism-naukowych/wykaz-czasopism-naukowych-zawierajacy-historie-czasopisma-z-publikowanych-wykazow-za-lata-2013-2016.html>.

W latach 2019-2020 za publikację artykułów w „Wojskowym Przeglądzie Prawniczym” przysługuje 5 punktów.

Czasopismo „Wojskowy Przegląd Prawniczy” pozytywnie przeszło proces ewaluacji ICI Journals Master List 2018, której wynikiem jest przyznanie wskaźnika ICV (Index Copernicus Value) w wysokości 46.54 pkt.

NAKLAD 200 EGZ.