

nr 2/2018

ISSN 2544-9958



WSP

Wyższa Szkoła Przedsiębiorczości
im. Księcia Kazimierza Kujawskiego
w Inowrocławiu

PRZEDSIĘBIORSTWO I PRAWO

RADA NAUKOWA

Przewodniczący – **Bogusław SYGIT**
Członkowie: Bożena GRONOWSKA, Brunon HOŁYST, Jerzy JAMIOŁKOWSKI, Przemysław JUCHACZ, Wiesław JUCHACZ, Jerzy KASPRZAK, Marta LANG, Tomasz NIKLAS, Mieczysław OLIWA, Lech K. PAPRZYCKI, Mariusz PARADOWSKI, Emil W. PŁYWACZEWSKI, Wiesław POMORSKI, Wojciech RADECKI, Karol ŚLIWKA, Andrzej WAŻNY

REDAKCJA

Redaktor Naczelny – **Wojciech KOTOWSKI**
Z-ca Redaktora Naczelnego – Tomasz NIKLAS
Sekretarz Redakcji – Anna BOGDANOWICZ

WYDAJE WYŻSZA SZKOŁA PRZEDSIĘBIORCZOŚCI im. KSIĘCIA KAZIMIERZA KUJAWSKIEGO

Adres Redakcji:
88-100 Inowrocław, ul. Kielbasiewicza 7,
Tel. 531 055 026
e-mail: marketing@wsp-inow.pl

Skład
Maciej ŚWIĘTEK

Projekt okładki, druk i dystrybucja:
Wydawnictwo Diecezjalne i Drukarnia w Sandomierzu
27-600 Sandomierz, ul. Zeromskiego 4
tel. 15 644 04 00, fax. 15 832 77 87
e-mail: marketing@wds.com.pl
www.wds.pl

ISSN 2544-9958 nakład 500 egz.

Wersją podstawową (referencyjną) czasopisma jest wersja papierowa

Spis treści
Table of contents

prof. dr hab. Jerzy Kasprzak, Katedra Procesu Karnego, Wydział Prawa i Administracji UWM w Olsztynie	
Przestępstwo nielegalnego wytwarzania i posiadania broni – rys historyczny karalności	5
<i>The Crime of illegal produce and possession of arms – historical view of punishment</i>	23
prof. dr hab. Robert Zawłocki, Uniwersytet im. A. Mickiewicza w Poznaniu	
Karnoprawne aspekty hurtowego nabywania leków	24
<i>Criminal law-oriented aspects of bulk drug purchasing</i>	37
dr Anna Nowakowska, radca prawny, adiunkt Uniwersytetu Technologiczno-Przyrodniczego w Bydgoszczy	
Przestępstwo puszczania w obieg sfałszowanego czeku w teorii i praktyce	38
<i>The crime of releasing a forged check into circulation in theory and practice</i>	54
dr Natalia Wąsik, radca prawny zatrudniony w sektorze ochrony zdrowia, pozaetatowy członek Samorządowego Kolegium Odwoławczego w Bydgoszczy	
Odpowiedzialność karna ordynatora oddziału szpitalnego za zaniedbania w procesie leczenia pacjentów	55
<i>Head's of hospital ward criminal responsibility for negligent acts in the treatment of patients</i>	75
dr Mariusz Paradowski, starszy wykładowca Wyższej Szkoły Przedsiębiorczości im. Księcia Kazimierza Kujawskiego w Inowrocławiu	
Społeczno-prawne konsekwencje reformy systemu oświaty w Polsce	76
<i>Socio-legal consequences of the reform in the polish education system</i>	87
Anna Wystarczyk, doktorantka Wydziału Prawa i Administracji UW	
Przeciwdziałanie praniu pieniędzy w działalności instytucji finansowych	88
<i>Anti-money laundering efforts in financial institutions</i>	104

Wojciech Kotowski, ekspert ds. prawnych aspektów wypadków drogowych Kancelarii Adwokackiej Pomorski w Warszawie	
Ograniczenie zakresu uprawnień budowlanych	105
<i>Limitation of the scope of building rights</i>	125

Jerzy Kasprzak

Przestępstwo nielegalnego wytwarzania i posiadania broni – rys historyczny karalności

Streszczenie

Artykuł przedstawia historyczne spojrzenie na problemy karalności za nielegalne wytwarzanie i posiadanie broni. Ten rodzaj przestępstw znany jest od czasów starożytnych. Autor opisuje regulacje prawne w tym zakresie od czasów starożytnych do współczesności, koncentrując się na regulacjach prawnych w Polsce.

Słowa kluczowe

Broń palna, nielegalne posiadanie broni palnej, karalność za nielegalne posiadanie broni.

Broń towarzyszyła człowiekowi od początku jego istnienia¹. Odłupany ostry kawałek kamienia, kawałek kości, odłamana gałąź to pierwszy oręż. Człowiek używał broni do polowania, jako narzędzia codziennej pracy a z czasem jako narzędzia walki przeciwko innemu człowiekowi. Z czasem broń stała się oznaką dominacji i władzy w grupie, nabierała znaczenia symbolicznego, świadczyła o bogactwie i statusie społecznym jej właściciela².

W pierwszym okresie starożytności trudno jest stwierdzić, czy istniała jakakolwiek reglamentacja w posiadaniu broni. Nie podają tego żadne zachowane do naszych czasów przekazy. Kodeks Ur-Nammu, zbiór praw z Eshnunnu, czy też Kodeks Hammurabiego, zawierają jednak wzmianki, co do bardziej surowego karania sprawców przestępstw – napadu, uszkodzenia ciała, jeżeli sprawca posługiwał się bronią³. W dziejach starożytnego Egiptu posiadanie broni było związane z zajmowaną pozycją społeczną. Nosili ją żołnierze zarówno wywodzący się z Egiptu jak również cudzoziemscy Nubij-

¹ Por. J. Wolf, Z. Burian, Pradzieje człowieka, Oficyna Wydawnicza Multico, Warszawa 1993.

² I. V. Hogg, Encyklopedia uzbrojenia, Wydawnictwo Bellona, Warszawa 2006, s. 21.

³ Por. M. Kuryłowicz, Prawa antyczne. Wykłady z historii najstarszych praw świata, Wydawnictwo Uniwersytetu MCS, Lublin 2006, s. 81–83.

czycy i Libijczycy w służbie faraona⁴, eskorta możnych, kapłanów, urzędników i pisarzy ściągających podatki. Niewolnik posiadał przy sobie taką broń czy narzędzia, jakie były mu potrzebne do wykonania danej pracy. Broń była droga i chłopa, po prostu nie było na nią stać. Nie była mu też do niczego potrzebna.

Pierwsze historyczne wzmianki o zakazie posiadania broni przez określoną grupę społeczną wywodzą się ze starożytnej Grecji. W Sparcie w V w. p.n.e. zabraniano posiadania wszelkiej broni, zamieszkującym Półwysep Peloponeski helotom. Heloci byli ludem pasterskim podbitym przez Spartan. Nie mieli praw obywatelskich i pełnili funkcje służebne, będąc często niewolnikami. Ćwiczenia wojskowe w Sparcie były obowiązkiem wszystkich obywateli, zatem do trudów życia wojskowego młodzież spartańską przygotowywano w ten sposób, że organizowano ekspedycje ćwiczebne na tereny zamieszkałe przez helotów i na ich osady. Heloci mogli się bronić jedynie długimi pasterskimi kijami. W przypadku znalezienia w osadzie broni, czy też użycia przez helotów broni – już samo jej posiadanie karano śmiercią⁵.

Już w starożytnej Grecji zaczęły pojawiać się zwyczaje, iż w pewnych miejscach i sytuacjach nie wolno było posiadać broni. Z tych to czasów pochodzą zwyczaje niewnoszenia broni na teren świątyni (przybierające niekiedy formę zakazów), zawody sportowe (uczestnicy występowali nago, by nie było możliwości ukrycia w odzieży broni), oficjalne uroczystości czy też przedstawienia teatralne. Zwyczaje te zostały również przejęte w starożytnym Rzymie. Świątynie były miejscem gdzie nie wnoszono broni. Broni nie mogli również posiadać widzowie wielkich widowisk, szczególnie wyścigów na hipodromie. Broń była deponowana przed wejściem, zdarzało się, bowiem, że kibice poszczególnych drużyn biorących udział w zawodach wszczynali między sobą kłótnie i bójki⁶. Zwyczajowo również broni nie wolno było wносить w miejsce, gdzie obradował rzymski senat. Mogło by się rodzić pytanie dlaczego zamachowcy i zabójcy Juliusza Gajusza Cezara dokonali swego czynu właśnie podczas zebrania senatu w dniu 15 marca 44 r. p.n.e.⁷ Według niektórych koncepcji zamachowcy uznali, iż jest to najlepszy moment, Juliusz Cezar nie będzie się tego spodziewać i nie będzie chroniony,

⁴ S. Domadoni (red.), *Człowiek Egiptu*, Wydawnictwo Świat Książki, Warszawa 2000, s. 277.

⁵ R. Osborn (red.), *Zarys historii Europy. Grecja klasyczna*, Wydawnictwo Świat Książki, Warszawa 2002, s. 105, a także J. Kasprzak, W. Brywczyński, *Nielegalne posiadanie broni i amunicji. Studium prawnokryminalistyczne*, Wydawnictwo Temida 2, Białystok 2013, s. 14.

⁶ R. Matthews, *Rzym mroczny ponury i krwawy*, Wydawnictwo Bellona, Warszawa 2007, s. 122; por. także A. Giardini, *Człowiek Rzymu*, Świat Książki, Warszawa 2000.

⁷ Por. G. S. Trankwillus, *Żywoty cesarów*, Wydawnictwo Ossolineum, Wrocław–Warszawa–Kraków–Gdańsk–Łódź 1987, s. 68; A. Krauczuk (red.), *Świat okresu cywilizacji klasycznych. Wielka historia świata*, t. 3, Wydawnictwo Świat Książki, Kraków–Warszawa 2005, s. 314.

co się faktycznie potwierdziło. Zamachowcy zastosowali pewien wybieg. Zwyczajowo miejscem obrad senatu był budynek zwany Curia Hostilia, ale ten spłonął. Cezar zwołał posiedzenie w Teatrum Pompeium. Uznano więc, że zwyczajowy zakaz wnoszenia broni nie dotyczy tego miejsca. Tak sprawcy bronili się później przed zarzutem złamania świętego zakazu wniesienia i użycia broni podczas obrad senatu⁸. Wiele przepisów wydawanych na przestrzeni dziejów starożytnego Rzymu obejmowało surowsze traktowanie sprawców przestępstw posługujących się bronią. Według Ustawy XII tablic – złodzieja schwytanego w dzień można było zabić, jeśli bronił się używając oręża⁹. W I w. p.n.e. za czasów panowania Korneliusza Sulli, włóczące się po mieście bandy płatnych awanturników i rabusiów napadały, zabijały, łupily, podpałały, wywoływały rozruchy, zamieszki, urządzały między sobą bijatyki dla załatwienia własnych porachunków¹⁰. Powstał nowy termin prawniczy *sicarius* – skrytobójca pochodzący od słowa *sica* – oznaczającego krótki zakrzywiony sztylet, tradycyjną broń Traków i Daków. Sztylet ten był mniejszy od zwykłego miecza i dlatego łatwiejszy do ukrycia w połach ubrania. Zapewne był także ostrzejszy, co miało decydujące znaczenie przy ataku znieścacka, gdy chodziło o szybkie zadanie śmierci, stał się więc ulubioną bronią przestępców¹¹. Kojarzył się Rzymianom z narzędziem zbrodni, osoba nosząca taką broń była już potencjalnym przestępcą i to tym groźniejszym, że działającym podstępnie i skrycie¹². W 81 r. p.n.e. wydano Lex Cornelia de sicariis et veneficis. Przestępstwem było już samo posiadanie broni w celu dokonania zabójstwa czy kradzieży. Za takie przestępstwo (samego posiadania) groziła kara wygnania. Natomiast za użycie broni w celu dokonania zabójstwa czy kradzieży przewidywano dla sprawców wywodzących się ze stanu wyższego karę śmierci a dla innych sprawców kwalifikowaną karę śmierci przez ukrzyżowanie lub wydanie na pożarcie dzikim zwierzętom¹³. Ustawa Julia przewidywała surowe kary dla tych, którzy dopuszczali się użycia broni w życiu publicznym lub prywatnym¹⁴.

W początkowym okresie średniowiecza praktycznie reglamentacja broni wśród społeczeństwa nie była znana. W nowo powstających strukturach

⁸ Por. R. Castle den, *Krwawi mordercy, maniacy szaleni i nienawistni*, Część I, Wydawnictwo Bellona, Warszawa 2008, s. 163; C. Sifakis, *Encyklopedia morderstw*, Wydawnictwo Universitas, Kraków 2007, s. 54–56.

⁹ M. i J. Zabłoccy, *Ustawa XII tablic. Tekst, tłumaczenie, objaśnienia*, Wydawnictwo Liber, Warszawa 2000, s. 56, a także E. Loska, *Zagadnienie obrony koniecznej w rzymskim prawie karnym*, Wydawnictwo UKSW, Warszawa 2011, s. 28.

¹⁰ K. Amiełańczyk, *Lex Cornelia de sicariis et veneficis Ustawa Korneliusza Sulli przeciwko nożownikom i trucicielom 81 r. p.n.e.*, Wydawnictwo UMCS, Lublin 2011, s. 65.

¹¹ K. Amiełańczyk, *op. cit.* s. 40.

¹² K. Amiełańczyk, *op. cit.* s. 41.

¹³ A. Dębiński (red.), *Zbiór prawa Mojżeszowego i rzymskiego*, Wydawnictwo KUL, Lublin 2011, s. 37.

¹⁴ B. Sygit, *Historia prawa kryminalnego*, Wydawnictwo Zapolex Media, Toruń 2007, s. 108–109.

państwowych na terenie Europy, panujący posiadał swoją drużynę zbrojnych a w przypadku zagrożenia czy też konieczności użycia wojska obowiązywała zasada pospolitego ruszenia. Drużyna była w miarę możliwości, dobrze wyposażona w broń, natomiast pospolite ruszenie posiadało już broń znacznie gorszą, stosowaną do polowań, czy nawet narzędzia pracy, które w danej sytuacji pełniły funkcje oręża¹⁵. W miarę rozwoju i podziału społecznego, broń stawała się atrybutem panującego, możnych i rycerstwa. Skuteczną barierą rozpowszechniania broni była jej cena. Broń stawała się nie tylko narzędziem walki, ale często była wyrobem artystycznym, noszona do stroju świadczyła o pozycji i zamożności właściciela¹⁶.

Liczne powstania chłopskie w XI i XII wieku, zwróciły uwagę możnych, iż broń w rękach szerokiego kręgu społeczeństwa może być dla władzy niebezpieczna. Wieloma edyktami o znaczeniu lokalnym zabraniano wręcz klasom niższym posiadania broni. Zaczęło kształtować się prawo zwyczajowe, że broń w postaci miecza to wyłączny atrybut rycerza – szlachcica. Chłopów pociągano już do służby wojskowej wyjątkowo, w razie wielkiego niebezpieczeństwa, gdyż byli potrzebni do pracy na folwarku. Ponadto rycerstwu a później szlachcie wydawało się rzeczą nieroztropną uzbrajać chłopów¹⁷. Posiadanie więc broni przez rycerza, a później szlachcica i jego służbę, było czymś normalnym. Niekiedy ograniczano posiadanie pewnych rodzajów broni przez mieszczan (szczególnie, jeżeli dany rodzaj broni stanowił atrybut rycerza, czy szlachcica). Już samo posiadanie broni przez chłopą, samo w sobie było rzeczą podejrzaną. Dlaczego broń posiada? Do jakiego celu ma ona mu służyć? Skąd broń ta pochodzi? Ukradł (bo przecież nie mógł jej kupić), znalazł (to dlaczego nie oddał panu?), a może dokonuje rozbojów na drogach? Samo postawienie tych pytań mogło być prostą drogą prowadzącą chłopą na szubienicę.

Już w tamtych czasach wyróżniano rodzaje broni zakazanej. Drugi Sobór Laterański w 1139 r. zakazywał używania kuszy w walce przeciwko chrześcijanom. Za użycie tej broni groziła ekskomunika. Zakaz ten najwidoczniej nie odniósł skutku, gdyż musiał zostać powtórzony pół wieku później przez papieża Innocentego III. Żaden z tych edyktów nie miał jednak dużego znaczenia, a kusza stała się w Europie bardzo popularną bronią¹⁸.

Prawdziwą rewolucją w rozwoju broni było wynalezienie prochu. Pierwsze wzmianki o materiałach napędzających pociski można znaleźć w starym

¹⁵ Por. J. Bardach (red.), *Historia państwa i prawa Polski*, Tom I, PWN, Warszawa 1973, s. 73, a także M. Szczaniecki, *Powszechna historia państwa i prawa*, Wydawnictwa Prawnicze PWN, Warszawa 1997, s. 69.

¹⁶ Por. H. Müller, H. Rollin, *Europäische Hieb- und Stichwaffen*, Berlin 1981.

¹⁷ J. Bardach (red.), *op. cit.* Tom II, s. 136.

¹⁸ L. Ehrlich, *Polski wykład prawa wojny XV wieku*, Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 1955, s. 65.

chińskim dokumencie datowanym na rok 618 p.n.e.. Tajemnica jednak wynalezienia prochu i możliwość jego militarnego zastosowania była przez wiele wieków pilnie strzeżona. W roku 1067 cesarz chiński zabronił sprzedaży prochu cudzoziemcom¹⁹. Zakaz ten jednak był spóźniony, gdyż proch dotarł do Europy, najprawdopodobniej w X wieku za pośrednictwem Arabów. W Europie uznaje się za odkrywców prochu XIII wiecznych filozofów i alchemików Rogera Bacona a także Bertholda Schwarza.

W początkach XIV wieku rozpoczął się rozwój broni palnej. Odkryto wówczas, że proch może mieć zastosowanie nie tylko do fajerwerków i mieszanin zapalających, ale także do wystrzeliwania pocisków. Wiek XV dla rozwoju broni palnej to okres przełomowy. Następuje już bardzo szybki rozwój konstrukcji broni, zmniejszenie kalibru i praktycznie masowa produkcja oraz stosowanie różnego rodzaju hakownic, muszkietów, strzelb, początkowo odpalanych lontowo a później z zamkiem kołowym. Pomimo zwiększającej się skuteczności broni palnej i praktycznej użyteczności, wynalazek ten oceniano od strony moralnej i etycznej negatywnie. Początkowo broń palna traktowana jest jako broń niehonorowa. Obawę budzą także bardzo ciężkie dla zdrowia i życia człowieka skutki postrzeleń z takiej broni. Nawet stosunkowo niegroźne postrzelenia kończyły się śmiercią w wyniku wywołującego się zakażenia. Stąd też wynikała pewna niechęć do broni palnej. Niechęć ta przejawiała się także w prawie. W roku 1542 król Anglii Henryk VIII uznał za konieczne wydanie prawa zabraniającego używania pistoletów i ograniczenia posiadania broni palnej do celów myśliwskich. Broń palną mogli posiadać jedynie właściciele ziemscy oraz osoby zamożne o rocznym dochodzie przekraczającym sumę 100 funtów²⁰. Żadne ograniczenia nie były jednak w stanie zatrzymać rozwoju zarówno długiej jak i krótkiej broni palnej. Broń taka powszechnie wchodziła na wyposażenie wojska, kupowały ją także osoby prywatne dla samoobrony a także stawała się narzędziem przestępstwa. Broń palna była również elementem stroju, oznaką dostojności i zamożności.

W Anglii prawo ograniczające dostęp do broni z czasów Henryka VIII nie przetrwało próby czasu. Już za panowania Elżbiety I produkcja broni palnej i prochu staje się priorytetem w kraju i wszystko, co temu służy ma znaczenie strategiczne.

W wielu krajach do końca XVII wieku jedynym ograniczeniem dostępu do broni była jej cena. Zarówno broń palna, gdzie wiele części musiało być wykonanych z precyzją zegara, jak również wysokiej jakości broń biała była

¹⁹ G. I. Brown, Historia materiałów wybuchowych, Wydawnictwo Książka i Wiedza, Warszawa 2001, s. 16.

²⁰ P. de Ste Croix (red.), Broń strzelecka XIX wieku – ilustrowana encyklopedia, Wydawnictwo Espadon, Warszawa 1995, s. 158; A. E. Hartink, Encyklopedia myśliwskiej broni palnej, Wydawnictwo Debit, Bielsko Biala 2004, s. 11.

bardzo droga. Na taką broń mogła sobie pozwolić jedynie szlachta i bogate mieszczaństwo. W Polsce tego okresu nie ograniczano prawem dostępu do broni palnej. Wiele ustaw lokalnych sejmików regulowało zasady stroju szlacheckiego, rezerwując prawo wyłącznego noszenia szabli właśnie do tego stroju. Zabraniano mieszczaństwu i chłopstwu używania stroju szlacheckiego i noszenia szabli. Bogaci mieszczaństwo mogli ubierać się z cudzoziemską nosząc do stroju szpadę. Osoba niepewnego stanu posiadająca przy sobie broń mogła być posądzona o trudnienie się rozbojami. Chociaż najczęściej sprawcy rozbojów używali pałek i noży. Znalezienie przy podejrzanym broni palnej traktowano jednoznacznie²¹. Chłopstwu zabraniano posiadać broń podczas targów, w karczmach a także w innych miejscach publicznych, gdyż zbyt często dochodziło do tragicznych w skutkach bijatyk. Szlachta obawiając się zbrojnych wystąpień chłopstwa zakazywała w ustawach wiejskich posiadania jakiegokolwiek broni zarówno w miejscach publicznych jak i prywatnych. Jedną z ustaw dla wsi kresu Klimkowskiego w 1638 roku kategorycznie zabraniała poddanym przybywania na wszelkie zebrania i zgromadzenia z uzbrojeniem pod karą chłosty i więzienia²².

W XIX wieku następuje szybki rozwój konstrukcyjny broni palnej. Jest to niewątpliwie związane z wielkimi wydarzeniami epoki – licznymi wojnami i rozwojem przemysłu. Zamek skałkowy wypierany jest przez zastosowanie kapiszonu jako czynnika odpalającego, a w drugiej połowie wieku pojawia się już nabój scalony stanowiąc amunicję do współczesnej broni palnej. W tym wieku następuje, niespotykany w dziejach ludzkości, wzrost przestępczości²³. Sprawcy coraz częściej sięgają po skuteczniejszą od noża czy pałki broń palną. Z drugiej strony obywatele czując się zagrożonymi kupują duże ilości krótkiej broni palnej do samoobrony. Stan taki wymusza niejako na administracji w różnych krajach ściślejszą, prawną reglamentację nabywania i posiadania tej broni. Ograniczenie w postaci wysokiej ceny na broń staje się powoli nieaktualne, gdyż masowa produkcja powoduje znaczne jej obniżenie. Na zakup pistoletu, czy później rewolweru może pozwolić już sobie nawet niezbyt zamożny obywatel. Każdy kraj kształtuje już własną praktykę prawodawczą w tym zakresie i przedstawienie wszystkich regulacji prawnych staje się w jednym opracowaniu niemożliwe. Z tego też względu

²¹ S. Milewski, *W świecie występku i zbrodni*, Wydawnictwo Książka i Wiedza, Warszawa 1996, s. 56; A. Abramski, J. Konieczny, *Justycjariusze, hetmani, policjanci – z dziejów służb ochrony porządku w Polsce*, Wydawnictwo Śląsk, Katowice 1987, s. 32–33; B. Baranowski, *Ludzie gościńca w XVII–XVIII w.*, Wydawnictwo Łódzkie, Łódź 1986, s. 201–202.

²² M. Borucki, *Temida staropolska. Szkice z dziejów sądownictwa Polski szlacheckiej*, Ludowa Spółdzielnia Wydawnicza, Warszawa 1979, s. 136.

²³ J. Kasprzak, B. Młodziejowski, W. Brzęk, J. Moszczyński, *Kryminalistyka*, Wydawnictwo Difin, Warszawa 2006, s. 19, E. Gruza, M. Goc, J. Moszczyński, *Kryminalistyka – czyli rzecz o metodach śledczych*, Wydawnictwo Akademickie i Profesjonalne, Warszawa 2008, s. 16.

dalsze rozważania będą dotyczyły stanu prawnego na ziemiach polskich, zarówno w krótkich chwilach odzyskiwania w XIX wieku niepodległości jak również prawa zaborców w tym zakresie.

Wydany w Księstwie Warszawskim 7 marca 1808 r. Dekret o organizacji ministerstw, powoływał ministerstwo policji. Zgodnie z art. 65 Dekretu²⁴ policja uzyskuje uprawnienia, między innymi, do dozoru nad noszeniem broni i nad sprzedażą prochu i trucizny. W Księstwie Warszawskim broń może być noszona przez przedstawicieli określonych służb miejskich, jeżeli to wynikało z zadań i obowiązków tej służby. Przepisy nic nie stanowią o ograniczeniu posiadania broni przez szlachtę, natomiast mieszczaństwo na zakup i posiadanie prywatnie pistoletu musieli uzyskać określoną promesę. Brak jest przepisów karnych w tym zakresie. Osoba posiadająca nielegalnie broń narażała się na jej konfiskatę i karę grzywny za naruszenie porządku. Jeżeli osoba ta była niewiadomego stanu i według uznania władz stanowiła element podejrzany mogła być oskarżona o dokonywanie rozbojów.

Po roku 1815 zaborcy wprowadzili bardziej restrykcyjną politykę wobec ludności polskiej posiadającej broń. Nakładano, w drodze licznych ukazów i postanowień wydawanych przez władze lokalne, bezwzględny obowiązek zdawania wszelkiej broni i zakaz noszenia broni. Broń palną i białą mogli posiadać jedynie urzędnicy odpowiedniego szczebla wykazujący się całkowitą lojalnością wobec władz. W praktyce szlachta ignorowała te zakazy, przechowywano broń w domach bez jej jawnego noszenia. Można było również stosunkowo łatwo (po dokonaniu niewielkiej opłaty) uzyskać pozwolenie (patent, promesę) na posiadanie i używanie broni myśliwskiej. Za nielegalne posiadanie broni we wszystkich zaborach groziła kara konfiskaty broni a w zaborze austriackim i pruskim kara grzywny, natomiast w zaborze rosyjskim, gdzie w tym zakresie prawo było najbardziej restrykcyjne, także kara więzienia. Kodeks Prawa Karzącego w Królestwie Polskim z 1818 r. przewidywał w art. 350 karę od 8 dni do 3 miesięcy za wytwarzanie broni, jeżeli ktoś z tej broni został ranny albo zabity. Taką samą karę przewidywano za nieostrożne obchodzenie się z bronią²⁵. Kara była wymierzana za naruszenie zakazu i na podstawie przepisów dotyczących zagrożenia porządku publicznego. Nie znano samoistnego przestępstwa nielegalnego posiadania broni. Kodeks Kar Głównych i Poprawczych z 1847 r. w art. 676 za nielegalne wyrabianie broni przewidywał karę osadzenia w więzi od 3 do 6 miesięcy. W przypadku jednak wyrabiania znaczącej ilości broni, przestępstwo to było zagrożone karą osadzenia w twierdzy od roku do 2 lat. Nielegalne posiadanie broni, określone w art. 677, było zagrożone karą od trzech tygodni do trzech miesięcy aresztu albo karą grzywny od 10 do 100 rubli. W przy-

²⁴ P. Majer, *Ustawy polskiej policji (1791–1990)*, Źródła z komentarzem, Wydawnictwo WSPol., Szczytno 2007, s. 64.

²⁵ *Kodex prawa karzącego w Królestwie Polskiem*, Warszawa 1818, s. 190 i nast.

padkach posiadania znacznych ilości broni i amunicji sprawca mógł mieć zarzut przygotowania rokoszu, a za to groziła kara powyżej 5 lat twierdzy albo kara zesłania – art. 678²⁶.

Pierwszym pełnym i nowoczesnym aktem prawnym regulującym zasady posiadania broni był austriacki Patent cesarski z dnia 24 października 1852 r. o wyrobie, posiadaniu i noszeniu broni tudzież handlu bronią i jej przewozie²⁷. Omawiany Patent regulował już bardzo dokładnie zasady posiadania broni, uzyskiwania pozwolenia na broń oraz uzyskiwania koncesji na wytworzenie i handel bronią. Faktycznie wprowadza już samoistne przestępstwo nielegalnego posiadania broni. Za czyn taki groziła kara konfiskaty broni i kara grzywny. Czyn ten traktowano jako przestępstwo i sprawca odpowiadał przed sądem. W każdym przypadku zatrzymania osoby z bronią, a nie posiadającej karty broni, organ policyjny był zobowiązany zatrzymać broń do wyjaśnienia całej sprawy w depozycie. Jeżeli osoba dostarczyła później kartę broni, broń oddawano, chociaż noszenie broni bez karty traktowano jako wykroczenie i w tym trybie mogło być karane.

W zaborze pruskim od początku XIX wieku ukazywały się liczne, obowiązujące lokalnie zarządzenia władz, ograniczające dostęp do broni. W zasadzie szlachta, właściciele ziemscy, przemysłowcy nie mieli ograniczeń w dostępie do broni krótkiej (pistolet, rewolwer) nieużywanej w wojsku i broni myśliwskiej. Broń krótką trzymano zwyczajowo w domach, bowiem na jej noszenie z czasem konieczne było pozwolenie. Ograniczenia dotyczyły dość restrykcyjnie osób mniej zamożnych i włościan. Obowiązek rejestracji broni i uzyskania na nią pozwolenia wprowadza dopiero Ustawa z dnia 9 czerwca 1884 r. w sprawie zapobieżenia zbrodniczemu i niebezpiecznemu dla ogółu używaniu materiałów wybuchowych²⁸. Ustawa obowiązywała na obszarze całej Rzeszy. Posiadanie broni bez pozwolenia lokalnych władz policyjnych jest przestępstwem zagrożonym karą więzienia, grzywny i konfiskatą broni.

Po powstaniu styczniowym władze w zaborze rosyjskim starały się konfiskować wszelką broń. Właścicielom broni, w przypadkach, gdy była w dużej ilości, groziła kara do 8 lat ciężkiego więzienia i konfiskata majątku. Szczególnie starannie konfiskowano broń myśliwską. Broń ta pomimo małej szybkostrzelności była bardzo celna i w czasie powstania dawała się bardzo we znaki żołnierzom carskim. W 1903 r. został wprowadzony kodeks karny (tzw. kodeks karny Tagancewa, obowiązujący w Polsce na ziemiach dawnego

²⁶ Kodex kar głównych i poprawczych, Warszawa 1847, s. 513 i nast.

²⁷ Tekst Patentu za, Zbiór przepisów administracyjnych. Podręcznik dla szkolenia na posterunkach i w komisariatach., Wydawnictwo Gazeta Administracji i Policji Państwowej, Warszawa 1930, s. 55–58. Ciekawostką jest, iż przepisy tego Patentu obowiązywały na terenach dawnego zaboru austriackiego aż do 31 grudnia 1932 r.

²⁸ Tekst Ustawy za Zbiór przepisów administracyjnych..., *op. cit.*, s. 67.

zaboru rosyjskiego jeszcze do końca 1932 r.), który bardzo kazuistycznie uznawał za przestępstwa: wyrób, nabywanie, przechowywanie, zbywanie substancji wybuchowej lub przyrządu wybuchowego, jeżeli te przedmioty miały służyć do popełnienia zbrodni (art. 222 – kara zamknięcie w domu poprawy), wyrób substancji strzelniczej lub wybuchowej, wyrób broni lub jej części (art. 223 kara od 6 miesięcy więzienia), przechowywanie i handel substancją strzelniczą i prochem (art. 225 – kara więzienia), przechowywanie prochu poza składem w ilości ponad 30 funtów (art. 226 – kara 6 miesięcy więzienia), przechowywanie i noszenie broni zakazanej, przechowywanie i noszenie broni bez pozwolenia, strzelanie z broni w miejscach gdzie takie strzelanie jest zabronione, nieostrożne obchodzenie się z bronią (art. 230 – kara do 2 tygodni aresztu lub grzywna do 50 rubli)²⁹.

Po zakończeniu I wojny światowej w Polsce, w rękach ludności cywilnej i różnego rodzaju organizacji wojskowych, paramilitarnych, społecznych o charakterze milicyjnym znajdowało się bardzo dużo różnego rodzaju broni i amunicji począwszy od artylerii na pistoletach i rewolwerach kończąc. Stan taki wymagał pilnego opanowania i unormowania prawnego. Trzeba również brać pod uwagę fakt, że odzyskując niepodległość w 1918 roku, Polska odziedziczyła po zaborcach systemy prawne. Nie można było od razu wprowadzić jednolitego prawa ze względu na głębokie różnice gospodarcze i społeczne istniejące pomiędzy poszczególnymi regionami kraju³⁰. Sytuacja taka dotyczyła również prawa regulującego posiadanie broni. Odrębne przepisy dla poszczególnych regionów kraju obowiązywały jeszcze do końca 1932 r.

Pierwszym aktem prawnym okresu międzywojennego Polski, dotyczącym broni był Dekret z 25 stycznia 1919 r. o nabywaniu i posiadaniu broni i amunicji (Dziennik Praw Państwa Polskiego nr 9, 1919, poz. 123). Zgodnie z art. 2 Dekretu, nabywanie, przechowywanie, użytkowanie i sprzedaż broni oraz materiałów wybuchowych przez osoby cywilne może nastąpić tylko po wydaniu zezwolenia, w wypadkach zasługujących na szczególne uwzględnienie, przez Ministra Spraw Wewnętrznych lub organy przez niego upoważnione. Wydane do Dekretu przepisy wykonawcze (okólnik z dnia 29 stycznia 1919 r. D. P. nr 12, poz. 133) – upoważniały Wojewodę do wydawania osobom cywilnym pozwoleń na nabywanie, przechowywanie i sprzedaż w celach handlowych krótkiej broni palnej i amunicji do niej. Przewidywano także sankcje karne: za posiadanie broni wojskowej lub ma-

²⁹ Kodeks Karny z 1903 r., Wydawnictwo Ministerstwa Sprawiedliwości, Warszawa 1922, s. 81–86.

³⁰ J. Bardach, B. Leśnodorski, M. Pietrzak, Historia ustroju i prawa polskiego, Wydawnictwo Prawnicze PWN, Warszawa 1996, s. 552; B. Lesiński, W. Rozwadowski, Historia prawa, PWN, Warszawa–Poznań 1980, s. 392–393; K. Sójka-Zielińska, Historia prawa, Wydawnictwo Prawnicze PWN, Warszawa 1997, s. 316.

teriałów i przedmiotów służących do użytku wojskowego – karę do 1 roku więzienia lub grzywny do wysokości 5.000 marek, za posiadanie broni myśliwskiej lub krótkiej palnej – do 3 miesięcy aresztu lub grzywny do 3.000 marek. Dochodzeniem i orzekaniem w tych sprawach zajmowały się władze administracyjne.

Długotrwały proces unifikacji prawa w zakresie broni palnej zakończyło wydanie Rozporządzenia Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 27 października 1932 roku – Prawo o broni, amunicji i materiałach wybuchowych (Dz. U. z 1932 r., Nr 94 poz. 807). Rozporządzenie to w art. 1, po raz pierwszy wprowadza definicję legalną broni. Powyższe rozporządzenie zawierało przepisy karne odnoszące się do przestępstwa nielegalnego wyrobienia, posiadania, przechowywania i zbywania broni. Wysokość sankcji zależała od faktu czy broń zaliczała się do broni typu wojskowego. Jeżeli tak, to przestępstwo było zagrożone karą więzienia do lat 3 lub aresztu do lat 3. W przypadkach broni krótkiej lub myśliwskiej, sprawca podlegał karze aresztu do 6 miesięcy lub karze grzywny do 5.000 zł. Kodeks karny z 1932 r. nie zawierał przepisów dotyczących wyrobienia i posiadania broni palnej.

Wybuch II wojny światowej 1 września 1939 r. spowodował, że po kampanii wrześniowej część ziem polskich znalazła się pod okupacją niemiecką, natomiast część ziem została zajęta przez ZSRR. Społeczeństwo polskie nigdy nie pogodziło się z takim stanem rzeczy i już po wojnie, prawa narzucone przez okupantów nie były uznawane jako prawa obowiązujące w Polsce. Niezależnie jednak od moralnej czy historycznej oceny tego okresu, prawa te faktycznie obowiązywały i przedstawiając dzieje karania za posiadanie broni warto o nich wspomnieć.

Na terenach włączonych do Rzeszy obowiązywało w pełni prawo niemieckie i generalnie nie przewidywano możliwości legalnego posiadania broni przez ludność pochodzenia polskiego. Posiadaną broń należało natychmiast zdać w najbliższej jednostce policji niemieckiej. Nielegalne posiadanie broni przez ludność polską traktowano jako naruszenie porządku publicznego i bezpieczeństwa Rzeszy, a przestępstwo to było zagrożone karą obozu pracy, obozu koncentracyjnego albo karą śmierci. Na terenach Generalnego Gubernatorstwa już 12 września 1939 r. wydano Rozporządzenie Naczelnego Dowódcy Wojska o posiadaniu broni. Na mocy tego rozporządzenia wszelką broń i amunicję, granaty ręczne, środki wybuchowe i wszelki sprzęt wojenny należy oddać (§ 1). Zdanie wymienionych przedmiotów powinno nastąpić w ciągu 24 godzin przy najbliższym posterunku wojskowym lub policyjnym. Dowódcy wojskowi mogli wydać pozwolenie na posiadanie broni ludności niemieckiej. Zgodnie z § 2 rozporządzenia – Kto wbrew temu rozporządzeniu posiada broń, amunicję, granaty ręczne, materiały wybuchowe albo inny sprzęt wojenny, karany będzie śmiercią. Rozpatrywanie

spraw tego rodzaju leżało w kompetencjach sądów doraźnych³¹. Rozporządzenie Naczelnego Dowódcy Wojska z dnia 6 października 1939 r. o posiadaniu broni, rozciągnęło zakres obowiązywania poprzedniego rozporządzenia na wszystkie tereny polskie zajęte przez wojska niemieckie. Według Rozporządzenia H. Franka z dnia 31 października 1939 r. o zwalczaniu czynów gwałtu w Generalnym Gubernatorstwie, karane było również samo niepowiadomienie władz o fakcie posiadania broni przez inną osobę – § 10 pkt 2 – Kto otrzymawszy wiadomość o nielegalnym posiadaniu broni przez innego zaniecha bezzwłocznie powiadomić o tym władze, podlega karze śmierci. Rozporządzenie policyjne z dnia 17 grudnia 1939 r. o udzielaniu nagród osobom przyczyniającym się do wykrycia kryjówek broni – przewidywało dla osób, które dobrowolnie i niezwłocznie doniosły o faktach ukrywania broni nagrodę w wysokości do 1000 zł.

Na terenach zajętych po 17 września 1939 r. przez ZSRR obowiązywało w tym zakresie prawo radzieckie. Obowiązujący system prawa karnego był dość złożony, gdyż funkcjonował kodeks karny Rosyjskiej SFRR z 1926 r. wielokrotnie zmieniany, uzupełniany i nowelizowany do 1939 r.³², a także na zajętych terenach poszczególni dowódcy wojskowi wydawali swoje zarządzenia (szczególnie w strefach przygranicznych). Należy również uwzględnić fakt, że część terytorium Polski (zajęta po 17 września), została włączona do Ukraińskiej SRR, część do Białoruskiej SRR, a tam obowiązywały oddzielne kodeksy karne (wzorowane i w znacznej części stanowiące przedruk kodeksu karnego Rosyjskiej SFRR).

Przestępstwo nielegalnego posiadania broni w Rosji Radzieckiej, a później w ZSRR, wprowadzał kodeks karny z 1922 r. Przestępstwo to zostało zawarte w rozdziale 8 – Naruszenie przepisów zabezpieczających zdrowie publiczne, bezpieczeństwo publiczne i spokój publiczny³³ obejmowało nielegalną produkcję broni palnej, amunicji i materiałów wybuchowych, ich przechowywanie i zbywanie. Tożsame zapisy znajdujemy w kodeksie karnym z 1926 r. Przestępstwem było jedynie posiadanie broni długiej o lufie gwintowanej i broni krótkiej – pistoletów i rewolwerów. Na posiadanie takiej broni konieczne było pozwolenie organów milicyjnych. Pozwolenie takie uzyskiwali członkowie komitetów partii (od szczebla dzielnicowego, zakładowego), pracownicy prokuratury, sądów, kadra kierownicza niektórych zakładów pracy i kolchozów, poczty i banków. Oddzielne przepisy regulowały posiadanie

³¹ Teksty rozporządzeń okupacyjnych za: Prawo Generalnego Gubernatorstwa w układzie rzeczowym z objaśnieniami i skorowidzem, Kraków 1941, s. C 300.

³² K. Sójka-Zielińska, Historia prawa, Wydawnictwo Prawnicze PWN, Warszawa 1997, s. 376–377.

³³ G. A. Krygier, B. A. Kurinowa, J. M. Tkacziwski (red.), Sowieckie Ugołownoje Prawo. Obszczaja czast, Wydawnictwo Uniwersytetu Moskiewskiego, Moskwa 1981, s. 40; S. W. Maksimow (red.), Ugołownoje prawo. Obszczaja czast, Wydawnictwo Emsko Education, Moskwa 2005, s. 9.

broni palnej przez kadrę milicji i wojska. Dość szeroki był dostęp do broni przez kluby i organizacje sportowe. Do tradycji (przetrwiała do chwili obecnej) w Rosji i ZSRR należało posiadanie bez specjalnie ścisłej ewidencji i reglamentacji broni myśliwskiej o lufach gładkich. Broń taka wymagała pozwolenia wydanego przez lokalną administrację (konieczne było zaświadczenie o zameldowaniu, zatrudnieniu i świadectwo właściwej postawy moralno-politycznej wydane przez organizację społeczną). Nielegalne posiadanie takiej broni myśliwskiej i amunicji nie traktowano jako przestępstwo, a jedynie jako naruszenie zarządzeń administracyjnych i było karane odebraniem broni oraz karą grzywny. Natomiast kara za nielegalne posiadanie broni i amunicji w kodeksie karnym z 1922 r. nie była oznaczona. Jej wysokość zależała od konkretnej sytuacji i od tego czy przypadkiem sprawcy nie można było postawić zarzutu działalności kontrrewolucyjnej³⁴. W kodeksie karnym z 1926 roku za nielegalny wyrób broni i amunicji przewidywano karę pozbawienia wolności od roku do lat 8, a za nielegalne posiadanie broni karę do 5 lat pozbawienia wolności. Taki stan prawny wprowadziły władze radzieckie na zajętych po 17 września 1939 r. terenach polskich. W pierwszym okresie (do końca 1939 r.) poszczególni lokalni dowódcy wojskowi nakazywali ludności zdawanie posiadanej broni. W okresie późniejszym wprowadzono już opisany wyżej stan prawny. Nielegalne posiadanie broni przez ludność polską traktowano niejednolicie. Wielokrotnie sprawcom takich czynów starano się przypisać przestępstwo cięższe, dążąc do oskarżenia o zdradę, zbrojną działalność kontrrewolucyjną, działalność przeciwko i na szkodę ZSRR. Takie czyny były zagrożone karą śmierci czy też długoletnim pobytem w obozach pracy. W chwili obecnej nie można powiedzieć czy faktycznie osoby oskarżone prowadziły taką działalność, czy też stosując terror polityczny wobec ludności polskiej naciągano pod takie przestępstwa zwyczajne nielegalne posiadanie broni.

Po II wojnie światowej formalnie obowiązywał kodeks karny z 1932 r. i Rozporządzenie Prezydenta z 1932 r., ale nowe władze wydały w latach 1944–1954 ponad 100 dekretów i ustaw wprowadzających zmiany w celu realizacji nowych założeń politycznych i gospodarczych. W zakresie nielegalnego posiadania broni już kodeks karny Wojska Polskiego z dnia 23 września 1944 r. przewidywał karę śmierci za samo gromadzenie środków walki zbrojnej w celu zamachu. Dekret PKWN z dnia 24 sierpnia 1944 r. o rozwiązaniu tajnych organizacji wojskowych na terenach wyzwolonych (Dz. U. z 1944 r., Nr 3, poz. 12) – nakazywał przekazywanie broni i zaopatrzenia tych organizacji jednostkom Wojska Polskiego.

³⁴ Por. I. Andrzejew, *Zarys prawa karnego państw socjalistycznych*, Wydawnictwo Uniwersytetu Warszawskiego, Warszawa 1979, s. 122–123.

W dekreście z dnia 16 listopada 1945 r. – o przestępstwach szczególnie niebezpiecznych w okresie odbudowy Państwa (Dz. U. z 1945 r., Nr 53, poz. 300) przewidywano górne zagrożenie karą śmierci – wyrabianie, gromadzenie i przechowywanie broni. Zostało to powtórzone w art. 4 Dekretu z dnia 13 czerwca 1946 r. (tzw. małego kodeksu karnego) o przestępstwach szczególnie niebezpiecznych w okresie odbudowy Państwa (Dz. U. z 1946 r., Nr 30, poz. 192 z późn. zm.). Zgodnie z tym przepisem – wyrabianie, gromadzenie lub przechowywanie broni palnej, materiałów lub przyrządów wybuchowych bez zezwolenia było zagrożone karą więzienia na czas nie krótszy od lat 5 lub dożywotniego więzienia albo karze śmierci. W § 2 przewidywano możliwość zastosowania przez sąd w przypadkach mniejszej wagi nadzwyczajnego złagodzenia kary albo nawet od niej odstąpienia.

W praktyce wszelkie użycie broni palnej czy to przez zbrojne organizacje opozycyjne, czy też przez zwyczajnych przestępców traktowano jako przejaw bandytyzmu. Bardzo często oficjalnie mówiono o bandytyzmie, by deprecjonować powody polityczne. Komenda Główna MO wydawała szereg rozkazów, zarządzeń, okólników mających na celu odzyskiwanie broni³⁵.

W drugiej połowie 1960 r. prace nad nowymi regulacjami w zakresie broni palnej zakończono i 31 stycznia 1961 r. Sejm uchwalił Ustawę o broni, amunicji i materiałach wybuchowych (Dz. U. Nr 6, poz. 43).

Ustawa zawierała jedynie przepisy karne dotyczące bezprawnego wyrabiania, posiadania lub zbywania wiatrówki (art. 27). Za taki czyn groziła kara do trzech miesięcy aresztu lub kara grzywny. Art. 28 przewidywał karę pozbawienia wolności do lat 3 za bezprawne zbycie broni palnej lub amunicji. Musimy również pamiętać, że do 31 grudnia 1969 r. obowiązywał jeszcze (omawiany wcześniej) art. 4 Dekretu z dnia 13 czerwca 1946 r. o przestępstwach szczególnie niebezpiecznych w okresie odbudowy Państwa (uchylony formalnie ustawą a dnia 19 kwietnia 1969 r. – przepisy wprowadzające kodeks karny – Dz. U. Nr 13, poz. 95). Kodeks karny z 1969 r. w art. 286 zawarł przestępstwo nielegalnego posiadania i wyrabiania broni: Kto bez wymaganego zezwolenia posiada lub wyrabia broń palną lub amunicję podlega karze pozbawienia wolności do lat 5.

Dobrem chronionym przez tę normę prawną był porządek publiczny. Myślą przewodnią reglamentacji broni była ochrona przed niebezpieczeństwem dla życia i zdrowia ludzkiego, mogącym wyniknąć z posiadania broni przez osoby niepowołane. Przepis art. 286 k.k. z 1969 r. wspierał tę reglamentację sankcją karną za bezprawne posiadanie broni³⁶. O karalności czynu polegającego na posiadaniu lub wyrobie broni palnej, lub amunicji decydowało po-

³⁵ P. Majer, *Milicja Obywatelska w systemie organów władzy PRL (zarys problematyki i źródła)*, Wydawnictwo Adam Marszałek, Toruń 2003, s. 131 i nast.

³⁶ I. Andrejew, W. Świda, W. Wolter, *Kodeks karny z komentarzem*, Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 1973, s. 848.

siadanie zezwolenia wydanego w trybie ustawy o broni i amunicji z dnia 31 stycznia 1961 r. Karalny był czyn przewidziany w tym przepisie, jeżeli sprawca nie miał w ogóle zezwolenia lub jeżeli czyn wykraczał poza treść wydanego zezwolenia³⁷. Za broń palną w rozumieniu ustawy z dnia 31 stycznia 1961 r. uznawano broń palną krótką, broń myśliwską i broń sportową. Posiadanie innych rodzajów broni palnej było bezwzględnie zabronione.

Pomimo braku definicji ustawowej broni palnej, nie można mieć wątpliwości, że przepis art. 286 k.k. z 1969 r. objął zakazem przechowywania bez pozwolenia wszelką broń palną, która czy to ze względu na swą konstrukcję, czy ze względu na swoje właściwości, mogłaby się okazać groźna dla życia i zdrowia ludzkiego. Jest to przestępstwo formalne, gdy ma postać posiadania, natomiast materialne, gdy chodzi o wyrabianie, skutkiem przestępnym jest bowiem wytworzona przez sprawcę broń lub amunicja. Wyrabianie broni obejmowało zarówno konstruowanie broni, przerabianie broni, a także naprawianie broni uszkodzonej.

Zarzut nielegalnego posiadania broni z art. 286 k.k. z 1969 r. można było postawić wtedy, gdy sprawca posiadał broń w taki sposób, by móc nią swobodnie dysponować i by mogła ona spełniać funkcje broni, czyli sprawca musiał mieć możliwość dania strzału. Danie strzału nie było warunkiem koniecznym odpowiedzialności, ale możliwość takiego działania. Nie było zatem nielegalnym posiadaniem broni chwilowe przytrzymanie broni bez amunicji, przez osobę nieuprawnioną w przypadku nauki budowy broni, zasad jej działania, konserwacji, czy też oglądanie podczas zakupu.

Podmiotem przestępstwa z art. 286 k.k. z 1969 r. mógł być każdy (podmiot ogólny). Było to przestępstwo umyślne, które jeżeli chodziło o posiadanie mogło być popełnione w obydwu zamiarach – bezpośrednim a także i w zamiarze ewentualnym, w postaci zaś wyrabiania tylko w zamiarze bezpośrednim³⁸. Przestępstwo to było przestępstwem trwałym, które rozpoczynało się z chwilą wejścia sprawcy w posiadanie broni lub amunicji, a kończyło z chwilą przerwania tego stanu rzeczy. Kradzież broni lub amunicji oraz następne bezprawne posiadanie tych przedmiotów stanowiło dwa oddzielne czyny i dwa odrębne przestępstwa w tzw. zbiegu realnym.

Podobnie, jak z kodeksem karnym z 1969 r., prace nad nową wersją kodeksu karnego trwały przez wiele lat. Zmieniały się liczne koncepcje i rozwiązania prawne. Kwestie te dotyczyły także regulacji przestępstwa nielegalnego posiadania broni. Nie jest przedmiotem niniejszego opracowania śledzenie myśli ustawodawcy, ale warto zwrócić uwagę na propozycje regu-

³⁷ J. Waszczyński (red.), *Prawo karne w zarysie. Część szczególna*, Wydawnictwo Uniwersytetu Łódzkiego, Łódź 1981, s. 270, a także K. Buchała, *Prawo karne materialne*, PWN, Warszawa 1980, s. 755.

³⁸ W. Świada, *Prawo karne*, PWN, Warszawa 1986, s. 643.

lacji z 1990 r.³⁹, w której problematyka ta została zawarta w art. 261 § 1 – Kto bez wymaganego zezwolenia wyrabia lub posiada broń palną albo amunicję, podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 2. W dalszych częściach przepis ten regulował przekazanie broni osobie nieuprawnionej, usiłowanie dokonania tych czynów oraz nieumyślne spowodowanie utraty broni. W przytoczonej propozycji przepisu zwraca uwagę niewielkie zagrożenie sankcją. Najprawdopodobniej komisja przygotowująca ten projekt uznała, że przestępstwo nielegalnego posiadania broni palnej spotykane jest tak rzadko, iż nie ma co wprowadzać zbyt surowej kary. Według danych⁴⁰ z lat 1970–1979 zarejestrowano łącznie 2993 przypadków skazań za nielegalne posiadanie broni, w roku 1980 – 294 przypadki, a w roku 1981 – 249 przypadków. Generalnie trzeba stwierdzić, że ten projekt wprowadzał znacząco liberalizację karania w porównaniu z kodeksem karnym z 1969 r. W pierwszej połowie lat 90. odnotowano jednak ogromny wzrost przestępczości, w tym również przy użyciu broni palnej, z tego też względu sankcje w nowym kodeksie zostały znacznie zaostrzone w porównaniu z projektami. Wzięto pod uwagę nielegalne posiadanie broni przez grupy przestępcze, liczne napady na banki i kantory wymiany pieniędzy, gdzie sprawcy nie wahali się użyć broni, by zlikwidować świadków, zabójstwa na zlecenie, strzelaniny w miejscach publicznych w ramach porachunków pomiędzy gangami. Zjawiska te oczywiście występowały jednostkowo, ale były nagłaśniane przez media. Tworzyło to pewną atmosferę społeczną wpływającą na znaczne zaostrzenia kar, w tym i za nielegalne posiadanie broni.

Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks Karny (Dz. U. Nr 88, poz. 553 z późn. zm.), regulowała problematykę nielegalnego posiadania broni w art. 263 § 2. Kto bez wymaganego zezwolenia posiada broń palną lub amunicję podlega karze pozbawienia wolności od 6 miesięcy do lat 8. W § 1 – określano wyrób i handel bronią, zagrożony karą pozbawienia wolności do lat 10, w § 3 udostępnianie lub przekazywanie broni osobie nieuprawnionej, w § 4 – nieumyślne powodowanie utraty broni palnej lub amunicji.

Za przedmiot ochrony z art. 263 k.k. należy uznać bezpieczeństwo publiczne i indywidualne, związane z nielegalnym wytwarzaniem lub posiadaniem broni bądź też z obchodzeniem się z nią (w rozumieniu udostępniania lub przekazywania osobie nieuprawnionej czy też nieumyślne dopuszczenie do jej utraty)⁴¹. Zgodnie z tytułem Rozdziału XXXII kodeksu karnego: Przestępstwa przeciwko porządkowi publicznemu, niektórzy autorzy uznają, że

³⁹ Projekt kodeksu karnego, wyd. Komisja do spraw reformy prawa karnego. Zespół prawa karnego materialnego i wojskowego, Warszawa 1990, s. 80.

⁴⁰ W. Świada, *op. cit.* s. 645.

⁴¹ A. Zołł (red.), Kodeks Karny – Część szczególna – Komentarz, Tom II, Kantor Wydawniczy Zakamycze, Kraków 2006, s. 120.

przedmiotem ochrony przepisu z art. 263 k.k. jest porządek publiczny⁴². Reglamentacja dostępu do broni i amunicji ma uniemożliwić dostęp do niej osób nieuprawnionych, gdyż taki dostęp w konsekwencji narusza porządek publiczny i powoduje zagrożenie bezpieczeństwa publicznego i indywidualnego⁴³.

Przestępstwa z art. 263 § 1 i 2 k.k. mają charakter powszechny i mogą być popełnione przez dowolną osobę, zaś przestępstwa z § 3 i 4 mają charakter indywidualny, gdyż mogą być popełnione wyłącznie przez legalnych posiadaczy broni lub amunicji.

Czynność sprawcza przestępstwa określonego w art. 263 § 2 k.k. polega na nielegalnym posiadaniu broni palnej lub amunicji. Za nielegalne należy rozumieć posiadanie broni palnej lub amunicji niezgodnie z zasadami określonymi w ustawie z dnia 21 maja 1999 r. o broni i amunicji. Ustawa ta podaje, jakie warunki należy spełnić, by uzyskać pozwolenie na broń, na jakie jej rodzaje i w jaki sposób to posiadanie jest dozwolone. Każdy, kto posiada broń, niezgodnie z regulacjami tej ustawy, popełnia przestępstwo. Pojęcie posiadania broni palnej lub amunicji występuje w znaczeniu potocznym, jako mieć, trzymać, utrzymać, bez rozumienia posiadania jako instytucji prawa cywilnego. Zgodnie z wieloma orzeczeniami sądów apelacyjnych za posiadanie należy uznać chęć osoby do władania daną rzeczą z wykorzystaniem właściwości tej rzeczy (czyli właściwości broni palnej), bez znaczenia jest tu cel posiadania, a także czas tego posiadania. Posiadaniem nie będzie jednak zwykłe wzięcie broni do ręki w celu potrzymania, zobaczenia jak działają części.

Przestępstwo nielegalnego posiadania broni jest przestępstwem trwałym, polegającym na utrzymywaniu określonego stanu bezprawnego, który zaczyna się od chwili wejścia w posiadanie, a kończy się w wyniku przekazania tych rzeczy organom ścigania albo innej osobie do całkowitej dyspozycji bądź nieodwracalnego zniszczenia lub porzucenia.

Przedmiotem owego nielegalnego posiadania musi być broń palna. Przedmiot, by mógł być uznany za broń palną musi spełniać następujące funkcje broni:

- Musi być niebezpieczny dla życia i zdrowia.
- Musi miotać z lufy lub elementu ją zastępującego pocisk lub pociski (lub substancję w przypadku broni gazowej).
- Miotanie musi być wynikiem energii wyzwolonej podczas spalania się materiału miotającego.
- Musi mieć zdolność do rażenia celu na odległość.

⁴² M. Bojarski, J. Giezek, Z. Sienkiewicz, *Prawo karne materialne – część ogólna i szczególna*, Wydawnictwo Prawnicze LexisNexis, Warszawa 2007, s. 508.

⁴³ T. Bukiet-Nagórska (red.), *Prawo Karne. Część ogólna, szczególna i wojskowa*, Wydawnictwo Prawnicze LexisNexis, Warszawa 2008, s. 387.

Tylko takie przedmioty stanowią broń palną.

W przypadku art. 263 § 1 – przestępstwo może być popełnione wyłącznie umyślnie i to w zamiarze bezpośrednim. Nie można, bowiem z zamiarem ewentualnym wyrabiać broni palnej lub amunicji lub też nią handlować. Przestępstwo z § 2 może być popełnione tylko umyślnie w obu postaciach zamiaru. Sprawca może, bowiem nie być do końca przekonany, czy posiadany przedmiot ma właściwości broni czy też nie, niemniej godzi się na jej posiadanie⁴⁴.

Przestępstwo w § 1 zagrożone jest karą pozbawienia wolności od roku do lat 10, zaś w § 2 – karą pozbawienia wolności od 6 miesięcy do lat 8. Są to bardzo surowe sankcje i należy się poważnie zastanowić czy są właściwe. W praktyce, na szczęście, sądy wykazują zdrowy rozsądek orzekając w przypadkach samoistnego popełnienia przestępstwa nielegalnego wytwarzania czy posiadania broni karę roku, czy też półtora roku pozbawienia wolności w zawieszeniu. Bezwzględne kary pozbawienia wolności orzekane są jedynie w przypadkach, gdy przestępstwo nielegalnego wytwarzania czy posiadania broni występuje w zbiegu z innymi przestępstwami np. zabójstwem, rozbojem.

Bibliografia

1. Abramski A., Konieczny J., Justycjariusze, hetmani, policjanci – z dziejów służb ochrony porządku w Polsce, Katowice 1987.
2. Amielańczyk K., *Lex Cornelia de sicariis et veneficis* Ustawa Korneliusza Sulli przeciwko nożownikom i trucicielom 81 r. p.n.e., Lublin 2011.
3. Andrejew I., *Zarys prawa karnego państw socjalistycznych*, Warszawa 1979.
4. Andrejew I., Świda W., Wolter W., *Kodeks karny z komentarzem*, Warszawa 1973.
5. Baranowski B., *Ludzie gościńca w XVII–XVIII w*, Łódź 1986.
6. Bardach J. (red.), *Historia państwa i prawa Polski*, Tom I, Warszawa 1973.
7. Bardach J., Leśnodorski, Pietrzak M., *Historia ustroju i prawa polskiego*, Warszawa 1996.
8. Bojarski M., Giezek J., Sienkiewicz Z., *Prawo karne materialne – część ogólna i szczególna*, Warszawa 2007.
9. Borucki M., *Temida staropolska. Szkice z dziejów sądownictwa Polski szlacheckiej*, Warszawa 1979.
10. Brown G. I., *Historia materiałów wybuchowych*, Warszawa 2001.
11. Buchała K., *Prawo karne materialne*, Warszawa 1980.

⁴⁴ A. Zołł (red.), *op. cit.*, s. 1217–1218.

12. Castleden R., *Krwawi mordercy, maniacy szaleni i nienawistni, Część I*, Warszawa 2008.
13. Dębiński A., *Zbiór prawa Mojżeszowego i rzymskiego*, Lublin 2011.
14. Domadoni S. (red.), *Człowiek Egiptu*, Warszawa 2000.
15. Bukiet-Nagórska T. (red.), *Prawo Karne. Część ogólna, szczególna i wojskowa*, Warszawa 2008.
16. Ehrlich L., *"Polski wykład prawa wojny XV wieku*, Warszawa 1955.
17. Giardini A., *Człowiek Rzymu*, Warszawa 2000.
18. Gruza E., Goc M., Moszczyński J., *Kryminalistyka – czyli rzecz o metodach śledczych*, Warszawa 2008.
19. Hartink A. E., *Encyklopedia myśliwskiej broni palnej*, Bielsko Biała 2004.
20. Hogg I. V., *Encyklopedia uzbrojenia*, Warszawa 2006.
21. Kasprzak J., Młodziejowski B., Brzęk W., Moszczyński J., *Kryminalistyka*, Warszawa 2006.
22. Kasprzak J., Brywczyński W., *Nielegalne posiadanie broni i amunicji. Studium prawno-kryminalistyczne*, Białystok 2013.
23. Krawczuk A., *Świat okresu cywilizacji klasycznych. Wielka historia świata, tom 3*, Kraków–Warszawa 2005.
24. Krygier G. A., Kurinowa B. A., Tkaczewskij J. M., *Sowieckie Ugodowne Prawo. Obszczaja czast*, Moskwa 1981.
25. Kuryłowicz M., *Prawa antyczne. Wykłady z historii najstarszych praw świata*, Lublin 2006.
26. Lesiński B., Rozwadowski W., *Historia prawa*, Warszawa – Poznań 1980.
27. Loska E., *Zagadnienie obrony koniecznej w rzymskim prawie karnym*, Warszawa 2011.
28. Majer P., *Ustawy polskiej policji (1791–1990), Źródła z komentarzem*, Szczytno 2007.
29. Majer P., *Milicja Obywatelska w systemie organów władzy PRL (zarys problematyki i źródła)*, Toruń 2003.
30. Maksimow S.W., *Ugodowne prawo. Obszczaja czast*, Moskwa 2005.
31. Milewski S., *W świecie występku i zbrodni*, Warszawa 1996.
32. Muller H., Rolling H., *Europaische hieb und stichwaffen*, Berlin 1981.
33. Matthews R., *Rzym mroczny ponury i krwawy*, Warszawa 2007.
34. Osborn R. (red.), *Zarys historii Europy. Grecja klasyczna*, Warszawa 2002.
35. Sifakis C., *Encyklopedia morderstw*, Kraków 2007.
36. Sójka-Zielińska K., *Historia prawa*, Warszawa 1997.
37. Sygit B., *Historia prawa kryminalnego*, Toruń 2007.
38. de Ste Croix P., *Broń strzelecka XIX wieku – ilustrowana encyklopedia*, Warszawa 1995.
39. Szczaniecki M., *Powszechna historia państwa i prawa*, Warszawa 1997.

40. Świda W., Prawo karne, Warszawa 1986.
41. Trankwillus G. S., Żywoty cesarów, Wrocław–Warszawa–Kraków–Gdańsk–Łódź 1987.
42. Waszczyński J. (red.), Prawo karne w zarysie. Część szczególna, Łódź 1981.
43. Wolf J., Burian Z., Pradzieje człowieka, Warszawa 1993.
44. Zabłoccy M i J., Ustawa XII tablic. Tekst, tłumaczenie, objaśnienia, Warszawa 2000.
45. Zoll A. (red.), Kodeks Karny – Część szczególna – Komentarz, Tom II, Kraków 2006.

The Crime of illegal produce and possession of arms – historical view of punishment

Abstract

This article poses the question of the historical view of punishment for illegal produce and possession arms. This kind of crime is known since ancient time. Autor describe the law regulation on this field since ancient time to contemporary, concentration this view for law in Poland.

Key words

Firearms, illegal possession of firearms, punishment for illegal possession of firearms.

Robert Zawłocki

Karnoprawne aspekty hurtowego nabywania leków

Streszczenie

Przedmiotem artykułu jest prawnokarna ocena zjawiska odwróconego łańcucha dystrybucji produktów leczniczych, które polega na sprzedaży produktów leczniczych z aptek ogólnodostępnych do hurtowni farmaceutycznych. Autor rozważa odpowiedzialność karną na podstawie art. 126b Prawa farmaceutycznego w kontekście wszystkich form zjawiskowych popełnienia przestępstwa, to znaczy sprawstwa pojedynczego, współsprawstwa, sprawstwa kierowniczego, sprawstwa polecającego, podżegania i pomocnictwa.

Słowa kluczowe

Produkty lecznicze, odwrócony łańcuch dystrybucji, prawo farmaceutyczne – przepisy karne, hurtownie farmaceutyczne, zorganizowana grupa przestępcza.

1. Wstęp

Cechą charakterystyczną polskiego prawa karnego (materialnego) jest rozbudowane pozakodeksowe prawo karne. Zawiera ono niemal dwa razy więcej rodzajów przestępstw niż Kodeks karny. Przy czym, wartość ta stale rośnie. W efekcie, w teorii i w praktyce, coraz częściej dochodzi do konieczności zbadania i rozstrzygnięcia relacji zachodzących pomiędzy przepisami karnymi pozakodeksowymi i kodeksowymi. W szczególności, zachodzi w takich przypadkach konieczność właściwej oceny w zakresie realnego albo pozornego zbiegu przepisów ustawy lub zbiegu przestępstw. Poniżej zostanie przedstawiony przykład takiej relacji wraz z karnoprawną propozycją jej rozstrzygnięcia. Przykład ten ma charakter praktyczny i związany jest z realną patologią społeczno-gospodarczą.

2. Zjawisko sprzedaży produktów leczniczych z aptek ogólnodostępnych do hurtowni farmaceutycznych

Przedmiotem rozważań poczynionych w niniejszym opracowaniu jest karnoprawna ocena patologicznych zjawisk obserwowanych na rynku obrotu produktami leczniczymi. Jednym z nich jest zjawisko odwróconego łańcucha dystrybucji produktów leczniczych, które polega na sprzedaży produktów leczniczych z aptek ogólnodostępnych do hurtowni farmaceutycznych (nabywania produktów leczniczych z aptek ogólnodostępnych do hurtowni farmaceutycznych). Każda sprzedaż produktów dokonana w kierunku innym niż wskazany w ustawie Prawo farmaceutyczne, tzn. nabycie produktów z apteki do hurtowni lub innej apteki jest uważana za uczestnictwo w odwróconym łańcuchu dystrybucji. W praktyce stosowane są różne modele realizacji takich transakcji, przy czym wspólną cechą większości z nich jest posłużenie się podmiotem pośredniczącym pomiędzy apteką a hurtownią. Może to polegać przykładowo na dokonaniu przez aptekę sprzedaży produktów leczniczych przedsiębiorcy prowadzącemu równoległe działalność leczniczą i hurtownię farmaceutyczną¹. Po nabyciu przez taki podmiot leczniczy, produkty zostają przekazane do hurtowni w drodze czynności faktycznej w postaci przesunięcia międzymagazynowego. W ramach procedury odwróconego łańcucha dystrybucji, produkty lecznicze nie trafiają z aptek do pacjentów, lecz do innych podmiotów eksportujących produkty lecznicze. Skutkować to może brakiem dostępu do określonych lekarstw i w konsekwencji spowodować zagrożenie dla życia i zdrowia pacjentów².

3. Typ czynu zabronionego z art. 126b Prawa farmaceutycznego

Przedstawione powyżej „odwracanie” łańcucha dystrybucji produktów leczniczych jest zakazane. Przepis art. 86a ustawy z dnia 6 września 2001 r. Prawo farmaceutyczne³ stanowi bowiem, że: „Zakazane jest zbywanie produktów leczniczych przez aptekę ogólnodostępną lub punkt apteczny hurtowni farmaceutycznej, innej apteki ogólnodostępnej lub innemu punktowi aptecznemu”. Przed nowelizacją wprowadzającą wymieniony przepis, przedmiotowy zakaz wywodzony był na podstawie wynikającego z przepisów Prawa farmaceutycznego modelu dystrybucji produktów leczniczych. W myśl ustawy, droga produktu leczniczego przebiegać winna w ten sposób, że na jej początku znajduje się podmiot odpowiedzialny (wytwórca), następ-

¹ Art. 205 ustawy o działalności leczniczej stanowi, że z dniem wejścia w życie ustawy niepubliczne zakłady opieki zdrowotnej stają się przedsiębiorstwami podmiotów leczniczych.

² Szerzej: <https://www.gif.gov.pl/pl/aktualnosci>.

³ Dz. U. z 2017 r., poz. 2211.

nie hurtownia farmaceutyczna, apteka i wreszcie finalny odbiorca – pacjent. Odwrócony łańcuch dystrybucji produktów leczniczych prowadzi natomiast do sytuacji, w której produkt leczniczy z apteki nie trafia do pacjenta, lecz do hurtowni. Zauważa się zatem, że: „Istnienie tego ograniczenia w legalnym łańcuchu dystrybucji produktów leczniczych można było wykazać na podstawie obowiązujących przepisów, w szczególności poprzez ukazanie granic dystrybucji legalnej wyznaczonych ustalonym zakresem zadań dla aptek ogólnodostępnych, punktów aptecznych i hurtowni”⁴. Obecnie potwierdza to brzmienie art. 86a Prawa farmaceutycznego i skorelowany z nim przepis karny⁵.

Interesujący nas przepis karny z art. 126b Prawa farmaceutycznego powiązany jest zatem ściśle z przywołanym art. 86a, w istocie powielając zawartą w nim treść normatywną. Uzupełnia ją jedynie na płaszczyźnie normy sankcjonującej poprzez określenie zagrożenia karą (kryminalną). Przepis ten wyraża zabezpieczony sankcją karną zakaz zbywania produktów leczniczych przez aptekę ogólnodostępną lub punkt apteczny hurtowni farmaceutycznej, innej apteki ogólnodostępnej lub innemu punktowi aptecznemu.

Analizując typizację czynu zabronionego z art. 126b Prawa farmaceutycznego z uwzględnieniem tradycyjnego podziału znamion wyróżnić można jego znamiona przedmiotowe (obiektywne) oraz podmiotowe (subiektywne). W tym pierwszym przypadku wyróżniamy znamię podmiotu, znamię czynności sprawczej, znamię przedmiotu czynności sprawczej oraz znamię skutku. Stypizowany czyn zabroniony ma charakter indywidualny właściwy i jego sprawcą może być jedynie osoba o szczególnej cesze, która w tym przypadku wynika z faktu działania w imieniu apteki (punktu aptecznego). Dotyczy to każdej osoby posiadającej kompetencję do dokonywania w imieniu apteki czynności prawnych stanowiących zbycie produktów leczniczych. Sprawcą może być zarówno podmiot prowadzący aptekę ogólnodostępną (jego reprezentant), jak i osoba zatrudniona w aptece i wykonująca czynności fachowe. Aptekami są natomiast miejsca prowadzenia obrotu detalicznego produktami leczniczymi (art. 68 ust. 1 Prawa farmaceutycznego). Poza aptekami, na zasadach określonych w ustawie, obrót detaliczny produktami leczniczymi mogą prowadzić punkty apteczne (art. 70 ust. 1 Prawa farmaceutycznego). Odpowiedzialność innych osób aniżeli prowadzący apteki (punkty apteczne), ich reprezentantów i pracowników nie jest wykluczona, lecz wymaga sięgnięcia do konstrukcji z art. 21 § 2 k.k., który reguluje zasa-

⁴ L. Ogiegiło, *Prawo farmaceutyczne. Komentarz*, Warszawa 2015, SIP Legalis, Komentarz do art. 86a.

⁵ Art. 126b Prawa farmaceutycznego stanowi bowiem, że: „Kto, narusza zakaz zbycia produktów leczniczych z apteki ogólnodostępnej lub punktu aptecznego do hurtowni farmaceutycznej, innej apteki ogólnodostępnej lub innego punktu aptecznego, podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 2”.

dy odpowiedzialności karnej tzw. ekstraneusa za współdziałanie przy popełnieniu przestępstwa indywidualnego. Twierdzenie o indywidualnym charakterze czynu zabronionego wynika z konstrukcji typizacji, którą zbudowano na zasadzie odesłania do zakazu zbycia produktów leczniczych z apteki ogólnodostępnej (punktu aptecznego) do hurtowni farmaceutycznej. Zakaz ten – jak wynika z art. 86a Prawa farmaceutycznego – adresowany jest do apteki ogólnodostępnej i punktu aptecznego („przez aptekę ogólnodostępną lub punkt apteczny”), co na gruncie karnoprawnym odnosić należy odpowiednio do osób fizycznych działających w imieniu i na rzecz tych jednostek organizacyjnych. Krąg bezpośrednich sprawców zostaje w ten sposób ograniczony do tych właśnie osób fizycznych.

Czynność sprawcza polega tutaj na zbywaniu produktów leczniczych i utożsamiać należy ją co do zasady z dokonaniem czynności prawnej rozporządzającej (odpłatnej albo pod tytułem darmowym). Tak też zwykle przedstawiać się będzie faktyczna charakterystyka czynu sprawcy, skoro rozporządzenie produktami leczniczymi dokonywać będzie się w sformalizowanym otoczeniu, tj. na podstawie umowy. Warto jednak podkreślić, że pojęcie zbycia na gruncie prawa karnego, pojmując się zwykle szerzej, opierając się na aspekcie faktycznym związanym z władztwem nad rzeczą. Uściślić zatem należy, że zbyciem będzie już przekazanie faktycznego władztwa nad rzeczą. Jest to w podejmowanym kontekście o tyle istotne, że czynność prawna zbywania produktów leczniczych z apteki ogólnodostępnej do hurtowni farmaceutycznej, jako sprzeczna z ustawą, pozostaje nieważna. Tym samym, jakkolwiek strony inkryminowanej transakcji dokonywać będą przesunięć majątkowych na podstawie zawieranych umów, karnoprawnie relevantna pozostawać będzie czynność faktyczna polegająca na przekazaniu władztwa nad produktami leczniczymi hurtowni farmaceutycznej.

Przedmiotem czynności sprawczej są produkty lecznicze. Produktem leczniczym jest substancja lub mieszanina substancji, przedstawiana jako posiadająca właściwości zapobiegania lub leczenia chorób występujących u ludzi lub zwierząt lub podawana w celu postawienia diagnozy lub w celu przywrócenia, poprawienia lub modyfikacji fizjologicznych funkcji organizmu poprzez działanie farmakologiczne, immunologiczne lub metaboliczne (art. 2 pkt 32 Prawa farmaceutycznego).

Skutkiem czynności sprawczej jest zbycie produktów leczniczych, czyli przekazanie władztwa nad nimi na rzecz hurtowni farmaceutycznej, innej apteki albo punktu aptecznego. Regułą będzie, że owo zbycie nie ograniczy się do aspektu realnego, stanowiąc czynność prawną rozporządzającą i w zamyśle sprawcy własność produktów leczniczych na rzecz podmiotu prowadzącego hurtownię farmaceutyczną. Jak zauważono powyżej, taka czynność prawna będzie jednak nieważna, skoro pozostaje w sprzeczności z ustawą, a konkretnie z art. 86a Prawa farmaceutycznego, który zbycia

produktów leczniczych we wskazanych okolicznościach bezwzględnie zakazuje. Niezależnie od powyższego, przy analizie znamion czynności sprawczej oraz karalnego skutku, należy mieć na względzie cywilistyczną konstrukcję przeniesienia własności rzeczy oznaczonych co do gatunku oraz przeniesienia posiadania. Jeżeli przedmiotem umowy zobowiązującej do przeniesienia własności są rzeczy oznaczone tylko co do gatunku, do przeniesienia własności potrzebne jest przeniesienie posiadania rzeczy (art. 155 § 2 k.c.). Sposoby przeniesienia posiadania określają natomiast art. 348–351 k.c. i to na ich podstawie wyszczególnia się możliwe sposoby spowodowania skutku w postaci zbycia produktów leczniczych. Należy przyjąć, że najczęstszą formą realizacji czynności sprawczej będzie wydanie produktów leczniczych (art. 348 k.c.). Warto wszakże odnotować, iż przeniesienie posiadania samostannego na posiadacza zależnego albo na dzierżyciela następuje na mocy samej umowy między stronami (art. 351 k.c.). Z powyższego wynika, że realizacja wskazanych przedmiotowych znamion czynu zabronionego nastąpić może na podstawie samej umowy pomiędzy podmiotami prowadzącymi aptekę i hurtownię farmaceutyczną. Nieważność takiej umowy będzie w kontekście karnoprawnym nieistotna. Zasadniczo zatem wszelkie przypadki przekazania faktycznego władztwa nad produktami leczniczymi realizować będą znamiona czynności sprawczej i skutku czynu zabronionego z art. 126b Prawa farmaceutycznego.

Zabronione zbycie produktów leczniczych nastąpić ma na rzecz hurtowni farmaceutycznej. Podobnie jak ma to miejsce w przypadku apteki ogólnodostępnej i punktu aptecznego, hurtownia farmaceutyczna nie jest osobą prawną ani jednostką organizacyjną niebędącą osobą prawną, której ustawa przyznaje zdolność prawną (art. 33¹ § 1 k.c.). Nie posiada zdolności prawnej ani zdolności do czynności prawnych, a w konsekwencji nie może być stroną stosunków zobowiązaniowych (podmiotem wynikających z nich praw i obowiązków). Dlatego podkreślenia wymaga, że prowadzenie hurtowni farmaceutycznej stanowi formę reglamentowanej działalności gospodarczej, której podjęcie wymaga uzyskania zezwolenia Głównego Inspektora Farmaceutycznego⁶. Działalność w tym zakresie prowadzi przedsiębiorca będący osobą fizyczną, osobą prawną albo jednostką organizacyjną niebędącą osobą prawną, której ustawa przyznaje zdolność prawną. To przedsiębiorca nabywać będzie produkty lecznicze zbywane w warunkach wyrażonych typizacją z art. 126b Prawa farmaceutycznego. Zbycie produktów „hurtowni farmaceutycznej” rozumieć należy jako ich zbycie „przedsiębiorcy prowadzącemu hurtownię farmaceutyczną”. Jest to okoliczność niebywale istotna, a jej dostrzeżenie pozwala na dokonanie karnoprawnej oceny przypadków, w których

⁶ Art. 74 ust. 1 Prawa farmaceutycznego stanowi, że: „Podjęcie działalności gospodarczej w zakresie prowadzenia hurtowni farmaceutycznej (podkreślenie autora) wymaga uzyskania zezwolenia Głównego Inspektora Farmaceutycznego”.

produkty lecznicze nabywa przedsiębiorca prowadzący działalność gospodarczą w zakresie prowadzenia hurtowni farmaceutycznej oraz inną działalność. Sytuacja taka ma miejsce chociażby w podanym powyżej przypadku, gdy zbycie produktów leczniczych następuje na rzecz podmiotu prowadzącego równocześnie hurtownię farmaceutyczną i dokonującego wewnętrznych przesunięć tych produktów do hurtowni. Hurtownia farmaceutyczna nie posiada zdolności prawnej, stanowiąc rodzaj działalności gospodarczej prowadzonej przez przedsiębiorcę. Związane z tym wyodrębnienie składników materialnych i niematerialnych przeznaczonych do prowadzenia tych rodzajów działalności gospodarczej jest konsekwencją ustawowej reglamentacji ich wykonywania i nie wywołuje skutków w zakresie stosunków cywilnoprawnych. W przypadku zbycia dokonywanego na rzecz przedsiębiorcy prowadzącego równoległe działalność leczniczą i hurtownię farmaceutyczną, decydujący jest zatem element faktyczny, związany z przeznaczeniem produktów leczniczych, który nadto objęty musi być świadomością sprawcy. Jeżeli zbywający co najmniej przewiduje możliwość przekierowania przez nabywcę produktów leczniczych do prowadzonej przez niego hurtowni farmaceutycznej i na to się godzi, to zachodzą podstawy do przypisania mu umyślności. Okoliczność, że „formalnie” produkty te przeznaczone są dla przedsiębiorcy prowadzącego działalność leczniczą, czy innego rodzaju działalności gospodarczej niestanowiącej prowadzenia hurtowni farmaceutycznej, jest tu nieistotna i nie wpływa na karnoprawną ocenę czynu.

Omawiany czyn zabroniony popełnić można bowiem wyłącznie umyślnie (art. 8 k.k.). Czyn zabroniony popełniony jest umyślnie, jeżeli sprawca ma zamiar jego popełnienia, to jest chce go popełnić albo przewidując możliwość jego popełnienia, na to się godzi (art. 9 § 1 k.k.). W przypadku czynu zabronionego z art. 126b Prawa farmaceutycznego możliwe jest działanie sprawcy w zamiarze bezpośrednim (chce go popełnić), jak i ewentualnym (przewidując możliwość jego popełnienia, na to się godzi). W przypadkach takich jak wskazany powyżej, związanych z fikcyjnym wprowadzeniem podmiotu pośredniczącego pomiędzy apteką ogólnodostępną i hurtownią farmaceutyczną, a w praktyce polegających na zbyciu produktów leczniczych na rzecz przedsiębiorcy prowadzącego różne rodzaje działalności gospodarczej, nieodzowne będzie przypisanie sprawcy świadomości i woli wydania tych produktów o hurtowni farmaceutycznej. Jak zauważono powyżej, zbycie produktów „hurtowni farmaceutycznej” rozumieć należy jako ich zbycie „przedsiębiorcy prowadzącemu hurtownię farmaceutyczną”. Jeżeli nabywca prowadzi równoległe inny rodzaj działalności gospodarczej, inkryminowane zbycie produktów leczniczych nastąpić musi nadto z przeznaczeniem do wykorzystania w ramach działalności gospodarczej polegającej na prowadzeniu hurtowni farmaceutycznej. To przeznaczenie stanowi obiektywną

okoliczność faktyczną, którą sprawca (zbywający) musi obejmować swoim zamiarem.

4. Osoby mogące ponieść odpowiedzialność na podstawie art. 126b Prawa farmaceutycznego

Przepis karny zbudowany jest na podstawie pojęć związanych z instytucjonalnym otoczeniem obrotu produktami leczniczymi. W rzeczywistości to nie apteki ogólnodostępne i hurtownie farmaceutyczne, lecz prowadzące je podmioty nabywają i zbywają produkty lecznicze. Podmiotami tymi mogą być osoby fizyczne, osoby prawne albo jednostki organizacyjne niebędące osobami prawnymi, którym ustawa przyznaje zdolność prawną. Niezależnie od tego, czy stronami związanych z tym stosunków prawnych (zobowiązaniowych) są osoby fizyczne, to wyłącznie one mogą być podmiotami odpowiedzialności karnej. Nabywcami produktów leczniczych w kontekście art. 126b Prawa farmaceutycznego będą zatem osoby fizyczne prowadzące hurtownie farmaceutyczne (apteki ogólnodostępne, punkty apteczne) albo ich reprezentanci, tj. osoby reprezentujące te osoby fizyczne oraz zajmujące się sprawami instytucjonalnych podmiotów prowadzących hurtownie farmaceutyczne. W tym drugim przypadku będą to zwłaszcza osoby zajmujące się sprawami spółek kapitałowych prowadzących hurtownie farmaceutyczne (członkowie zarządu).

Ustalenie podmiotu odpowiedzialności karnej od strony zbywcy nie powinno stanowić trudności. Krąg potencjalnych sprawców jest stosunkowo szeroki, lecz sprawcą będzie jedynie osoba realizująca czynność sprawczą – dokonująca zbycia produktów leczniczych. Mając na względzie okoliczność, że interesujące nas transakcje dotyczą hurtowych, a nie detalicznych ilości produktów, sprawcą będzie przedsiębiorca prowadzący aptekę ogólnodostępną albo osoba uprawniona do reprezentacji i zajmowania się sprawami takiego przedsiębiorcy, jeżeli jest on osobą prawną albo jednostką organizacyjną o której mowa w art. 33¹ § 1 k.c. Odpowiedzialność innych osób posiadających umocowanie do dokonywania w jego imieniu czynności prawnych (np. pracowników apteki ogólnodostępnej) jest raczej hipotetyczna. Należy jednak zauważyć, że krąg podmiotów odpowiedzialności karnej ogranicza się do osób znajdujących się po stronie apteki ogólnodostępnej (zbywcy). Niezależnie od innych postaw odpowiedzialności karnej, osoby nabywające produkty lecznicze z aptek ogólnodostępnych do hurtowni farmaceutycznych mogą ponosić odpowiedzialność karną na podstawie art. 126b Prawa farmaceutycznego. Wynika to z oczywistego faktu, iż czyn zabroniony może bowiem zostać popełniony w formach innych aniżeli sprawstwo pojedyncze. Jak stanowi art. 18 § 1 k.k., odpowiada za sprawstwo nie

tylko ten, kto wykonuje czyn zabroniony sam albo wspólnie i w porozumieniu z inną osobą, ale także ten, kto kieruje wykonaniem czynu zabronionego przez inną osobę lub wykorzystując uzależnienie innej osoby od siebie, poleca jej wykonanie takiego czynu. Kodeks karny wyróżnia nadto niesprawcze formy popełnienia czynu zabronionego, tj. podżeganie i pomocnictwo. Odpowiedzialność karną na podstawie art. 126b Prawa farmaceutycznego rozpatrywać należy zatem w kontekście wszystkich form zjawiskowych popełnienia przestępstwa, tj. sprawstwa pojedynczego, współsprawstwa, sprawstwa kierowniczego, sprawstwo polecającego, podżegania i pomocnictwa. W tym kontekście, wskazać należy na możliwość rozpatrywania czynu nabywcy produktów leczniczych wbrew zakazowi z art. 86a Prawa farmaceutycznego jako podżegania do czynu zabronionego z art. 126b ustawy, względnie – przy spełnieniu dodatkowych warunków – jako współsprawstwa albo sprawstwa kierowniczego. Jeżeli nabycie poprzedzone jest poszukiwaniem kontrahenta i związanym z tym nakłanianiem osób prowadzących apteki do zbywania produktów leczniczych do hurtowni farmaceutycznej, czyn taki odpowiada formie podżegania do czynu zabronionego z art. 126b Prawa farmaceutycznego. Jeżeli forma odwróconego łańcucha dystrybucji przybiera formę stałej współpracy osób prowadzących apteki ogólnodostępne i hurtownie farmaceutyczne, rozważać można nadto pociągnięcie prowadzącego hurtownię do odpowiedzialności z tytułu współsprawstwa albo sprawstwa kierowniczego. Uzależnione to będzie od roli, jaką rzeczywiście pełni osoba działająca w obrocie na rzecz hurtowni farmaceutycznej. Jeżeli rola ta wykracza poza nabywanie produktów leczniczych (i uprzednie nakłanianie do ich zbycia), polegające w szczególności na organizowaniu sieci dystrybucji mającej zapewnić zaopatrzenie hurtowni farmaceutycznej w produkty pochodzące z aptek, to niewątpliwie uzasadnione będzie dokonanie oceny jej czynu w kontekście form sprawczych przewidzianych w art. 18 § 1 k.k. Podkreślić przy tym należy, że w takich przypadkach, w związku z indywidualnym charakterem czynu zabronionego z art. 126b Prawa farmaceutycznego, nieodzowne byłoby nadto spełnienie przesłanki z art. 21 § 2 k.k. Nabywający produkty lecznicze z przeznaczeniem dla wykorzystania w działalności gospodarczej polegającej na prowadzeniu hurtowni farmaceutycznej musi zatem wiedzieć, że kieruje albo działa wspólnie i w porozumieniu z osobą prowadzącą aptekę ogólnodostępną. W przypadkach aktywnej działalności nakierowanej na pozyskanie produktów leczniczych z aptek ogólnodostępnych do hurtowni farmaceutycznej przyszły nabywca popełniać będzie czyn zabroniony polegający co najmniej na podżeganiu do popełnienia czynu z art. 126b Prawa farmaceutycznego. Z realizacją znamion czynu zabronionego będziemy mieli do czynienia tym bardziej w przypadkach zorganizowania stałego łańcucha odwróconej dystrybucji dla zaopatrzenia hurtowni produktami pochodzącymi z aptek ogólnodostępnych. Jakkolwiek zatem samo na-

bycie produktów leczniczych z apteki ogólnodostępnej zbywającej je wbrew zakazowi z art. 86a Prawa farmaceutycznego nie stanowi czynu zabronionego, to poprzedzające je czynności mogą stanowić podstawę odpowiedzialności karnej.

5. Dalsze kwalifikacje karnoprawne

Z poczynionych powyżej ustaleń wynika, że sam art. 126b Prawa farmaceutycznego, z uwzględnieniem treści normatywnych z art. 18 § 1 i 2 k.k., może stanowić podstawę odpowiedzialności karnej z tytułu czynów związanych z nabywaniem produktów leczniczych z aptek ogólnodostępnych do hurtowni farmaceutycznych. Jak się jednak wydaje, kwalifikacje te nie wyczerpują karnoprawnego obrazu zjawiska odwracania łańcucha dystrybucji produktów leczniczych. Zauważmy wprawdzie, że w przypadkach zorganizowanego łańcucha dystrybucji, opartego na stałym współdziałaniu grupy osób, rozważyć można kwalifikację ich czynu na podstawie art. 258 § 1 k.k.⁷ Jeżeli bowiem celem działania grupy osób jest zbycie produktów leczniczych z apteki ogólnodostępnej do hurtowni farmaceutycznej to celem tym jest „popęlenie przestępstwa”. Zbadanie zaistnienia wyróżnianych w literaturze i piśmiennictwie atrybutów grupy przestępczej dokonane mogłoby zostać jedynie w kontekście bliżej sprecyzowanego stanu faktycznego. W tym miejscu poczynić można jednak kilka spostrzeżeń natury ogólnej, a pozwalających rozstrzygnąć, czy w interesujących nas przypadkach kwalifikacja na podstawie art. 258 § 1 k.k. byłaby potencjalnie możliwa. „Zorganizowana grupa, mająca na celu dokonywanie przestępstw, tym różni się od innej grupy (szajki) przestępców, że jest zorganizowana, a więc posiada strukturę, czy to pionową – z przywódcą kierującym działalnością, czy poziomą – ze stałym gronem uczestników koordynujących działalność według ustalonych reguł i tym, że jej grono nie nawiązuje kontaktu dla dokonania pojedynczych przestępstw, lecz z góry zakłada popęlenie możliwie wielu przestępstw⁸”. W orzecznictwie sądowym do art. 258 KK podnosi się, że dla bytu zorganizowanej grupy konieczne jest istnienie stałej więzi organizacyjnej, opartej na porozumieniu⁹. Nie każdy przypadek przestępczego współdziałania konstytu-

⁷ Kto bierze udział w zorganizowanej grupie albo związku mających na celu popełnienie przestępstwa lub przestępstwa skarbowego, podlega karze pozbawienia wolności od 3 miesięcy do lat 5.

⁸ E. Pływaczewski, A. Sakowicz, Komentarz do art. 258 k.k., (w:) A. Wąsek, R. Zawłocki (red.), Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz do artykułów 222–316. Tom II, Warszawa 2010, s. 500.

⁹ Wyrok SA w Katowicach z dnia 25 listopada 1997 r., sygn. II AKa 282/97, Prokuratura i Prawo 1998, dodatek „Orzecznictwo”, nr 9, poz. 18.

uje grupę przestępczą¹⁰. Dodaje się przy tym trafnie, że: „Przez wymagane ustawą «zorganizowanie» grupy rozumie się, że grupa taka funkcjonuje zgodnie z pewnymi ustalonymi regułami i posiada wewnętrzną strukturę, zatem poszczególni jej członkowie pełnią określone funkcje bądź role. Świadczy to o wewnętrznym uporządkowaniu grupy, stałości reguł jej funkcjonowania, a więc form zorganizowania, w przeciwieństwie do grupy osób choćby i stale popełniających wspólnie podobne przestępstwa, ale wymieniających się rolami w zależności od zaistniałych zmiennych sytuacji (...)”¹¹. Należy ponadto podkreślić, że pojęcie zorganizowania odnosi się nie do sposobu popełnienia przestępstwa, lecz do grupy utworzonej w celu jego popełnienia¹². W tym kontekście uprawnione jest poczynienie ogólnego spostrzeżenia, iż zorganizowane i stałe formy zaopatrywania hurtowni farmaceutycznej w ramach odwróconego łańcucha dystrybucji niewątpliwie powinny być oceniane pod kątem realizacji znamion czynu zabronionego z art. 258 § 1 k.k.

Niewątpliwym jest, że zbycie produktów leczniczych w podanych okolicznościach zawiera znamiona czynu zabronionego. Powyższe skłania do rozważenia, czy ich nabycie może podlegać kwalifikacji na podstawie art. 291 § 1 k.k., jako nabycie rzeczy uzyskanej za pomocą czynu zabronionego (przestępstwo paserstwa)¹³. Kwalifikację taką rozważać należy w przypadkach, gdy nabywca produktów leczniczych nie tworzy sam „bazy zaopatrzeniowej” dla hurtowni farmaceutycznej, lecz dokonuje nabycia produktów od niezależnie działających aptek. Wówczas nie zachodzi możliwość przypisania mu odpowiedzialności z tytułu popełnienia czynu zabronionego z art. 126b Prawa farmaceutycznego, w którejś spośród sprawczych albo nie sprawczych form jego popełnienia (współsprawstwo, sprawstwo kierownicze), co czyni zasadnym badanie wypełnienia znamion przestępstwa paserstwa przy nabywaniu produktów leczniczych. Przyjmuje się bowiem, że jakkolwiek współdziałal przy popełnieniu przestępstwa „uprzedniego” wyklucza pociągnięcie współdziałającego do odpowiedzialności z tytułu paserstwa¹⁴.

Typ czynu zabronionego z art. 291 § 1 k.k. tworzy zespół znamion przedmiotowych (obiektywnych) oraz podmiotowych (subiektywnych). Od

¹⁰ „Nie każda szajka przestępcza, nie każdy zespół współsprawców (art. 18 § 1 k.k.) jest zorganizowaną grupą mającą na celu popełnienie przestępstwa (art. 258 § 1 k.k.), ale tylko te, które są strukturami istniejącymi i funkcjonującymi w celu popełniania przestępstw, uświadomianymi przez ich uczestników”. Zob. Postanowienie SA w Krakowie z dnia 10 stycznia 2008 r., sygn. II AKz 672/07.

¹¹ Wyrok SA w Krakowie z dnia 16 lutego 2012 r., sygn. II AKa 252/11.

¹² Wyrok SA w Krakowie z dnia 16 grudnia 2010 r., sygn. II AKa 223/10.

¹³ Art. 291 § 1 k.k. stanowi, że: „Kto rzecz uzyskaną za pomocą czynu zabronionego nabywa lub pomaga do jej zbycia albo tę rzecz przyjmuje lub pomaga do jej ukrycia, podlega karze pozbawienia wolności od 3 miesięcy do lat 5”.

¹⁴ B. Michałski, Komentarz do art. 291 k.k., (w:) A. Wąsek, R. Zawłocki (red.), Kodeks karny. Część szczególna. Tom II, Warszawa 2010, s. 1229.

strony przedmiotowej wyróżnimy znamię podmiotu, znamię czynności sprawczej, znamię przedmiotu czynności sprawczej oraz znamię skutku. Czyn zabroniony z art. 291 § 1 k.k. jest przestępstwem powszechnym i jego sprawcą może być każda osoba.

Czynność sprawczą ujęto alternatywnie jako nabycie, pomoc do zbycia, przyjęcie lub pomoc do ukrycia (ujęcie wielopostaciowe). Kontekst w jakim podejmujemy niniejsze rozważania pozwala ograniczyć się do omówienia znamienia „nabycia”. Nabycie rzeczy w kontekście art. 291 § 1 k.k. pojmuję się jako uzyskanie nad nią władztwa za zgodą osoby dotychczas nią władającej. Zauważa się przy tym, że paser nabywa rzecz w złej wierze i takie nabycie nie może prowadzić do uzyskania własności. Formułując takie stanowisko zakłada się, że paser nabywa rzecz osoby nieposiadającej tytułu do rozporządzenia nią (*nemo plus iuris in alium transferre potest quam ipse habet*)¹⁵. Stanowisko takie jest wszakże nazbyt kategoryczne, gdyż odnosi się jedynie do przypadków uzyskania rzeczy za pomocą kradzieży albo przywłaszczenia. Jakkolwiek zatem dla kwalifikacji czynu jako nabycia dostateczne jest stwierdzenie objęcia władztwa nad rzeczą, to nie ma przeszkód, aby nabywający uzyskiwał równocześnie tytuł prawny, a w szczególności – własność rzeczy. Kluczowy pozostaje wszakże faktyczny aspekt wyrażający się w objęciu faktycznego władztwa nad rzeczą. Odwołać można się tym samym do rozważań poczynionych powyżej w kontekście znamienia zbycia omówionego powyżej w kontekście art. 126b Prawa farmaceutycznego.

Przedmiotem czynności sprawczej przy przestępstwie paserstwa jest rzecz – zarówno ruchoma, jak i nieruchomości. Rzecz ta ma być nadto szczególnie nacechowana w związku z jej pochodzeniem – jak bowiem stanowi przepis, ma to być rzecz „uzyskana za pomocą czynu zabronionego”. Jako kontrowersyjne przedstawia się zagadnienie zakwalifikowania paserstwa jako przestępstwa materialnego (skutkowego) albo formalnego (bezsuktkowego)¹⁶. Kontrowersje te odnoszą się wszakże do czynności sprawczej polegającej na udzieleniu pomocy do zbycia albo ukrycia rzeczy. W przypadku czynności nabycia skutkowy charakter czynu zabronionego przedstawia się jako bezsporny. Realizacja czynności sprawczej prowadzić ma do zaistnienia zmiany w świecie zewnętrznym polegającej na objęciu władania nad rzeczą przez sprawcę. Z powyższego wynika, że w przypadku bezpośredniego zmierzania do nabycia rzeczy uzyskanej za pomocą czynu zabronionego, sprawca może odpowiadać za usiłowanie (art. 13 § 1 k.k.). Od strony subiektywnej czyn zabroniony z art. 291 § 1 k.k. może być popełniony umyślnie, w zamiarze bezpośrednim albo ewentualnym. Powyższe oznacza, że sprawca musi co najmniej przewidywać, że nabywana przez

¹⁵ L. Wilk, Komentarz do art. 291 k.k., (w:) M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), Kodeks karny. Część szczególna. Tom II. Komentarz, Warszawa 2013, s. 679.

¹⁶ *Ibidem*, s. 681.

niego rzecz została uzyskana za pomocą czynu zabronionego i na to się godzić. W art. 292 § 1 k.k. stypizowano natomiast nieumyślny typ czynu zabronionego.

Jakkolwiek przestępstwo paserstwa stypizowano w Rozdziale XXXV Kodeksu karnego („Przestępstwa przeciwko mieniu”), rzecz stanowiąca przedmiot przestępstwa nie musi pochodzić z przestępstwa przeciwko mieniu (kradzieży, przywłaszczenia). Okoliczność, że nabycie produktów leczniczych jest nabyciem rzeczy (ruchomych) przedstawia się jako bezsporna. Czyn ten wykonywany jest umyślnie, wszak spełnione są oba komponenty umyślności – intelektualny (świadomość) i wolicjonalny (chęć albo godzenie się). Dla stwierdzenia, że czyn ten zawiera znamiona czynu zabronionego z art. 291 § 1 k.k., konieczne jest nadto stwierdzenie, że przedmiot czynu – rzecz ruchoma (produkty lecznicze) – jest rzeczą uzyskaną za pomocą czynu zabronionego. Przypomnijmy wprawdzie, że czynem zabronionym jest zachowanie o znamionach określonych w ustawie karnej (art. 115 § 1 k.k.). W art. 291 § 1 k.k. nie wskazuje się konkretnego typu czynu zabronionego, co nakazuje przyjąć, że może to być każdy czyn zabroniony zdalny do „uzyskania” rzeczy. W piśmiennictwie zauważa się, że Sąd Najwyższy opowiada się za wąską wykładnią znamienia rzeczy „uzyskanej za pomocą czynu zabronionego”¹⁷. W wyroku Sądu Najwyższego – Izba Karna z dnia z dnia 1 kwietnia 2011 r., sygn. III KK 61/11 zauważono, że: „Użyty w przepisach art. 291–292 k.k. zwrot «rzecz uzyskana za pomocą czynu zabronionego» nie może być interpretowany szeroko, w sposób prowadzący do przyjęcia, że «uzyskanie rzeczy za pomocą czynu zabronionego» obejmuje także ich przestępne wytworzenie, w tym bezprawne oznaczenie rzeczy zastrzeżonym znakiem towarowym, mające dać pozór, że produkt jest oryginalnym wytworem renomowanej firmy”. Przedmiot czynności wykonawczej ma być zatem przedmiotem istniejącym w czasie wykonania czynu „pierwotnego”, poprzedzającego nabycie w warunkach opisanych w art. 291 § 1 k.k. Czyn zabroniony pierwotny, stanowiący o zaistnieniu ujętej w znamionach cechy przedmiotu czynności wykonawczej, ma zostać popełniony przy jej uzyskaniu. Czyn umożliwiający nabycie rzeczy przez pasera ma zawierać znamiona czynu zabronionego.

W badanym stanie faktycznym nabywane rzeczy ruchome – produkty lecznicze – wraz z ich zbyciem z apteki ogólnodostępnej stają się „rzeczami uzyskanymi za pomocą czynu zabronionego”. Nabycie produktów leczniczych przez hurtownię farmaceutyczną następuje niejako „wraz z” popełnieniem przez zbywcę czynu zabronionego (ze strony apteki ogólnodostępnej), co rodzi pytanie o możliwość uznania ich za odpowiadające charakterystyce

¹⁷ E. Guzik-Makaruk, E. Pływaczewski, Komentarz do art. 291 k.k., (w:) R. Zawłocki (red.), System Prawa Karnego. Tom 9. Przestępstwa przeciwko mieniu i gospodarze, Warszawa 2015, s. 259.

przedmiotu czynności wykonawczej stypizowanej w art. 291 § 1 k.k. Jak się zdaje, czasowa zbieżność tych zdarzeń nie podważa stwierdzenia, że nabywane produkty lecznicze pochodzą z czynu zabronionego z art. 126b Prawa farmaceutycznego, popełnionego przez ich zbywcę. Wynikałoby stąd, że nabycie następuje w warunkach art. 291 § 1 k.k.

Odnotować nadto należy, że niezależnie od karnoprawnej oceny „pierwszego” nabycia, produkty lecznicze uzyskane w warunkach art. 126b Prawa farmaceutycznego pozostają rzeczami uzyskanymi za pomocą czynu zabronionego. W czasie gdy dochodzi do nabycia ich przez hurtownię farmaceutyczną zyskują już bowiem niewątpliwie omawianą cechę (w czasie nabycia dochodzi do wypełnienia znamion czynu zabronionego z art. 126b Prawa farmaceutycznego przez ich zbywcę). Wynika stąd, że dalsze czynności podejmowane względem nabytych w tych okolicznościach produktów leczniczych, zarówno po stronie osób działających na rzecz hurtowni, jak i kolejnych nabywców, badane powinny być pod kątem realizacji znamion przestępstwa paserstwa z art. 291 § 1 k.k. (paserstwo umyślne) albo z art. 292 § 1 k.k. (paserstwo nieumyślne).

6. Wnioski

Poczynione powyżej spostrzeżenia pozwalają wywieść, że nabywanie produktów leczniczych w ramach tzw. odwróconego łańcucha dystrybucji prowadzić będzie do popełnienia czynu zabronionego z art. 126b Prawa farmaceutycznego w formie podżegania, współsprawstwa albo sprawstwa kierowniczego. Jeżeli nabycie produktów leczniczych we wskazanych okolicznościach poprzedza nakłanianie prowadzącego aptekę ogólnodostępną (punkt apteczny) do zbycia tych produktów hurtowni farmaceutycznej, czyn taki zakwalifikować można jako podżeganie do czynu zabronionego z art. 126b Prawa farmaceutycznego. Zorganizowanie łańcucha dystrybucji produktów leczniczych z aptek ogólnodostępnych do hurtowni farmaceutycznej podlegać może dalszym kwalifikacjom karnoprawnym jako współsprawstwo albo sprawstwo kierownicze czynu zabronionego z art. 126b Prawa farmaceutycznego, a nadto – niezależnie od powyższego – jako udział w zorganizowanej grupie przestępczej, założenie jej albo kierowanie nią (art. 258 § 1 i 3 k.k.). Działanie w zorganizowanej grupie przestępczej stanowi odrębny czyn, współtworząc jednakże opisy czynów popełnionych w jej ramach. Wiąże się to nadto z dalszymi konsekwencjami w postaci zastosowania art. 65 § 1 k.k. i innych. W układach złożonych, gdzie nabywca (prowadzący hurtownię farmaceutyczną) zaangażowany jest w tworzenie bazy zaopatrzenia w produkty lecznicze w aptekach ogólnodostępnych, przypisanie mu odpowiedzialności na podstawie art. 126b Prawa farmaceutycznego (współsprawstwo albo sprawstwo kierownicze) wymaga zastosowania art. 21 § 2

k.k., a to z uwagi na indywidualny (właściwy) charakter wskazanego czynu zabronionego.

W przypadkach, w których inicjatywa dokonania transakcji we wskazanym modelu odwróconego łańcucha dystrybucji wychodzi od strony przedsiębiorcy prowadzącego aptekę ogólnodostępną, nabycie produktów leczniczych realizować może natomiast znamiona paserstwa z art. 291 § 1 k.k. Czyn taki stanowi bowiem umyślne nabycie rzeczy ruchomych, które zostały uzyskane za pomocą czynu zabronionego – wydając je przedsiębiorcy wykonującemu działalność gospodarczą polegającą na prowadzeniu hurtowni farmaceutycznej, zbywca popełnia czyn zabroniony z art. 126b Prawa farmaceutycznego. W kontekście art. 291 § 1 k.k. oraz art. 292 § 1 k.k. rozpatrywać należy dalsze nabywanie produktów leczniczych, które hurtownia farmaceutyczna uzyskała w warunkach opisanych w art. 126b Prawa farmaceutycznego.

Criminal law-oriented aspects of bulk drug purchasing

Abstract

This paper offers a criminal law-oriented assessment of a reverse distribution system for medicinal products. The system consists in selling medicinal products from publicly accessible pharmacies to pharmaceutical wholesalers. Penal liability under Article 126b of Pharmaceutical Law is explored in the context of all forms of accessory liability for an offence, i.e. single direct perpetration, joint perpetration, or directing, soliciting, aiding or abetting the commission of an offence.

Key words

Pharmaceuticals, reverse chain of distribution, pharmaceuticals law – criminal provisions, organized crime.

Anna Nowakowska

Przestępstwo puszczenia w obieg sfalszowanego czeku w teorii i praktyce

Streszczenie

Przestępstwo puszczenia w obieg sfalszowanego czeku jest uregulowane w art. 310 § 2 i art. 312 kodeksu karnego i od wielu lat jest przedmiotem dyskusji wśród przedstawicieli nauki prawa karnego. Stosowanie wskazanych przepisów przez organy ścigania odbiega jednak od poglądów wyrażanych w doktrynie. Praca koncentruje się na zagadnieniach mających wpływ na praktykę ścigania karnego. Artykuł powstał w oparciu o badania aktowe śledztw prowadzonych w jednostkach organizacyjnych prokuratury różnego stopnia. Pozwoliły one na przedstawienie specyfiki podejmowanych czynności dowodowych i głównych problemów prowadzenia śledztw w tego typu sprawach.

Słowa kluczowe

Czek, przestępstwo puszczenia w obieg sfalszowanego czeku, przestępstwo gospodarcze.

Penalizacja zachowań polegających na podrobieniu albo przerobieniu czeku została przewidziana w przepisach art. 310 § 2 i art. 312 kodeksu karnego. Mimo wieloletniego obowiązywania tych regulacji, ich stosowanie w praktyce ścigania karnego w niektórych przypadkach nadal odbiega od poglądów przedstawicieli nauki i wymaga wyjaśnienia.

Praca miała na celu określenie czynności dowodowych organów ścigania w sprawach o przestępstwo puszczenia w obieg sfalszowanego czeku na tle spraw dotyczących puszczenia w obieg innych przedmiotów czynności wykonawczych, w tym zwłaszcza pieniędzy. Podstawowym problemem badawczym, który wymagał rozstrzygnięcia, było zatem wyszczególnienie wszystkich czynności podejmowanych w ramach śledztwa służących do wyjaśnienia sprawy oraz wskazanie występujących między nimi zależności. Realizacja celu pracy była możliwa dzięki zastosowaniu metod badawczych: dogmatycznoprawnej i empirycznej. Metoda dogmatycznoprawna została wykorzystana przy sprecyzowaniu pojęcia czeku jako przedmiotu czynności

wykonawczej omawianego przestępstwa. Kierowano się przy tym również uwagami doktryny i orzeczeniami sądów z początków obowiązywania kodeksu karnego z 1997 r.¹, kiedy najżywsza była dyskusja na temat możliwości wypełnienia znamion przestępstwa z art. 310 k.k. przez podrobienie lub przerobienie czeku. Ostatecznie, analiza obowiązujących przepisów prawnych, judykatów oraz poglądów przedstawicieli nauki prawa karnego, pozwoliła na ustalenie zakresu zastosowania przepisu art. 310 § 2 k.k. i art. 312 k.k.

Główną metodą zastosowaną w pracy była metoda empiryczna. Artykuł powstał w oparciu o badania przeprowadzone w Prokuraturze Okręgowej w Bydgoszczy oraz Prokuraturze Rejonowej Bydgoszcz – Północ w Bydgoszczy. Polegały one na analizie akt śledztw w sprawach o przestępstwa z art. 310 k.k. i art. 312 k.k. i dotyczyły postępowań zakończonych w latach 1998–2014. Wybór zakresu czasowego badań był podyktowany datą wejścia w życie kodeksu postępowania karnego² i kodeksu karnego oraz datą rozpoczęcia badań empirycznych. Należy jednak nadmienić, że ze względu na treść przepisów wewnętrznych jednostek organizacyjnych prokuratury umożliwiających niszczenie akt zakończonych śledztw, akta najstarszych spraw nie były już dostępne. W celu uzyskania miarodajnych danych i poddania badaniu śledztw o zróżnicowanym poziomie zawłości zdecydowano, że dokonywane będzie ono w odniesieniu do akt spraw prowadzonych lub nadzorowanych w jednostkach różnego stopnia. W rezultacie badaniem objęto 207 śledztw, z których 2 należały do właściwości prokuratury okręgowej.

W praktyce stosowania art. 310 § 2 i art. 312 k.k. największe problemy może sprawiać pojęcie czeku, a ściślej – jego rodzajów, które objęte są zakresem zastosowania tych przepisów. Przedmiotem wykonawczym tych przestępstw jest pieniądz, inny środek płatniczy lub znak pieniężny, dokument uprawniający do otrzymania sumy pieniężnej albo zawierający obowiązek wypłaty kapitału, odsetek, udziału w zyskach albo stwierdzenie uczestnictwa w spółce (art. 310 § 1 k.k.). Obecnie nie kwestionuje się, że przepisy te dotyczą również czeków, w przeszłości pojawiały się jednak wątpliwości, czy obejmują one czek imienny albo na własne zlecenie. Wykładni obowiązujących przepisów dokonał Sąd Najwyższy w uchwale Składu Siedmiu Sędziów z 1998 r., rozważając możliwość zaliczenia poszczególnych rodzajów czeków do przedmiotu przestępstwa z art. 310 k.k.³ Czeki tradycyjnie uzna-

¹ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (Dz. U. z 1997 r., Nr 88, poz. 553 ze zm.).

² Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego (Dz. U. z 1997 r., Nr 89, poz. 555 ze zm.) weszła w życie 1 września 1998 r.

³ Uchwała Składu Siedmiu Sędziów Sądu Najwyższego z dnia 30 września 1998 r. (sygn. I KZP 3/98). Sąd Najwyższy zaznaczył, że choć uchwała dotyczy art. 227 kodeksu karnego z 1969 r., to uwagi w niej zawarte mogą być w całości odniesione również do art. 310 § 1 k.k. Recypował on bowiem bez żadnych zmian przepis poprzedniego kodeksu karnego, w wersji

wane były za jeden z desygnatów zbioru określonego pojęciem „środka płatniczego”⁴. Tymczasem Sąd Najwyższy stwierdził, że czek może być przedmiotem przestępstw określonych w art. 310 § 1 i 2 k.k. mając charakter środka płatniczego albo dokumentu uprawniającego do otrzymania sumy pieniężnej, w zależności od nadanej mu treści i funkcji. Sąd Najwyższy przyjął, że „zarówno czek gotówkowy, spełniający podstawową funkcję czeku jako środka zapłaty, jak i czek rozrachunkowy, rodzący skutki zapłaty i zwolnienia z zobowiązania, są środkami płatniczymi – niezależnie od sposobu oznaczenia (czek imienny, czek na zlecenie, czek na okaziciela) osoby uprawnionej z czeku (remitenta).” Stwierdził natomiast, że czek na własne zlecenie, z uwagi na jego szczególną treść i funkcję, nie może być uznawany za środek płatniczy. Jego zadaniem jest bowiem umożliwienie posiadaczowi rachunku podjęcie z niego pieniędzy. Nie jest to jednoznaczne z wyłączeniem karalności podrobienia lub przerobienia tego rodzaju czeku (lub jego puszczenia w obieg) na podstawie art. 310 § 1 i 2 k.k. Jest on desygna-tem przedmiotu czynności wykonawczej określonego jako „dokument uprawniający do otrzymania sumy pieniężnej”. Zwrot ten, zdaniem Sądu, stanowi odrębną podstawę odpowiedzialności o charakterze autonomicznym – nie zawierając odesłań do innych przepisów kodeksu, określa przedmiot czynności wykonawczej w sposób zupełny⁵.

Uchwała Sądu Najwyższego miała istotny wpływ na liczbę odnotowanych przestępstw tego rodzaju. Jej wzrost w tym czasie nie mógł być bowiem uzasadniony czynnikami innymi niż zmiana interpretacji przepisu art. 310 k.k.⁶ W praktyce ścigania karnego i sądowej nadal zdarzały się jednak przypadki nieprawidłowej kwalifikacji czynów polegających na wypełnieniu przez sprawcę kradzionych blankietów czekowych własnym nazwiskiem (remitent), wpisaniu kwoty pieniężnej oraz podrobieniu podpisu właściciela rachunku. W aktach oskarżenia oraz wyrokach sądowych dokonywano subsumpcji ustaleń faktycznych pod art. 270 § 1 k.k. (przestępstwo fałszerstwa mate-

zmienionej ustawą z dnia 12 października 1994 r. o ochronie obrotu gospodarczego i zmianie niektórych przepisów prawa karnego (Dz. U. z 1994 r., Nr 126, poz. 615 ze zm.).

⁴ Takie rozumienie środka płatniczego przewidywał już Dekret Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 26 kwietnia 1936 r. w sprawie obrotu pieniężnego z zagranicą oraz obrotu zagranicznymi i krajowymi środkami płatniczymi (Dz. U. z 1936 r., Nr 32, poz. 249), a w kolejnych ustawach interpretacja ta została potwierdzona.

⁵ Interpretacja ta została podzielona przez Sąd Najwyższy m.in. w wyroku z dnia 14 marca 2002 r. (sygn. V KKN 366/01), postanowieniu Sądu Najwyższego z dnia 25 lutego 2002 r. (sygn. I KZP 34/01), wyroku Sądu Najwyższego z dnia 19 września 2000 r. (sygn. V KKN 327/00), wyroku Sądu Najwyższego z dnia 30 sierpnia 2000 r. (sygn. V KKN 262/00), wyroku Sądu Najwyższego z dnia 7 listopada 2001 r. (sygn. III KKN 28/00).

⁶ S. Ł a g o d z i ń s k i, *Prawnokarne oceny kradzieży blankietów czekowych*, Prokuratura i Prawo 2000, nr 3, s. 53–54.

rialnego), często w zbiegu z art. 286 § 1 k.k. (oszustwo)⁷. Przyjmowane kwalifikacje były rezultatem przyjętej w orzecznictwie i doktrynie interpretacji poprzednika art. 310 k.k., tj. art. 227 kodeksu karnego z 1969 r.⁸ w wersji przed zmianami wprowadzonymi ustawą o ochronie obrotu gospodarczego⁹. Z ochrony prawnej art. 227 d.k.k. korzystały czeki na okaziciela (jako dokumenty uprawniające do otrzymania sumy pieniężnej). Natomiast podrobienie, przerobienie lub puszczenie w takiej formie w obieg czeków imiennych stanowiło naruszenie innego przepisu – art. 265 § 1 d.k.k. Dopiero nowelizacja z 1994 r. rozszerzyła zakres penalizacji¹⁰. Wspomniane wyroki sądów są tym bardziej zastanawiające, że zapadały już po wydaniu uchwały Sądu Najwyższego z 1998 r. Można przypuszczać, że zmiany te nie zostały dostatecznie szybko dostrzeżone przez organy ścigania, a przeoczenie to nie zostało następnie odpowiednio skorygowane w toku postępowania sądowego.

Mimo jednolitego stanowiska judykatury, aprobującego argumentację Sądu Najwyższego, uchwała ta nie rozwiązała wszystkich wątpliwości wyrażanych w doktrynie. Dariusz Wysocki przedstawił pogląd, że chociaż czek na własne zlecenie jest dokumentem uprawniającym do otrzymania sumy pieniężnej, to blankiet wystawiony przez trasata, który nie jest jeszcze wypełniony, nie posiada takiego przymiotu. Nie jest nawet papierem wartościowym, a uzupełnienie go przez osobę nieuprawnioną nie stanowi przestępstwa z art. 310 § 1 k.k. Przepis ten ma chronić pieniądze i papiery wartościowe znajdujące się w obrocie, na jego podstawie nie może więc odpowiadać osoba, która podrobiła czek faktycznie nieistniejący¹¹.

Przywołane stanowisko nie zostało podzielone przez judykaturę. W wyroku z dnia 11 października 2000 r. Sąd Najwyższy przyznał, że blankiet czekowy nie jest czekiem, podkreślił jednak, że ma charakter dokumentu, które-

⁷ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 11 października 2000 r. (sygn. III KKN 600/99); postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 25 lutego 2002 r. (sygn. I KZP 34/01); wyrok Sądu Najwyższego z dnia 14 marca 2002 r. (sygn. V KKN 366/01); wyrok Sądu Najwyższego z dnia 19 września 2000 r. (sygn. V KKN 327/00); wyrok Sądu Najwyższego z dnia 30 sierpnia 2000 r. (sygn. V KKN 262/00); wyrok Sądu Najwyższego z dnia 1 grudnia 2000 r. (sygn. V KKN 428/00); wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 listopada 2001 r. (sygn. III KKN 28/00); wyrok Sądu Najwyższego z dnia 19 września 2000 r. (sygn. V KKN 330/00).

⁸ Ustawa z dnia 19 kwietnia 1969 r. – Kodeks karny (Dz. U. z 1969 r., Nr 13, poz. 94 ze zm.), zwana dalej: d.k.k.

⁹ Ustawa ta zwiększała zakres przedmiotów czynności wykonawczej. Od momentu jej wejścia w życie, tj. od 31 grudnia 1994 r., ochroną przepisu art. 227 d.k.k. objęte zostały również „inny środek płatniczy” oraz „dokument uprawniający do otrzymania sumy pieniężnej lub zawierający obowiązek wypłaty kapitału, odsetek, udziału w zyskach lub stwierdzenie uczestnictwa w spółce.”

¹⁰ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 14 marca 2002 r. (sygn. V KKN 366/01) wraz ze wskazanym w nim piśmiennictwem i orzecznictwem.

¹¹ D. W y s o c k i, Czek oraz blankiet czekowy jako różne przedmioty bezpośredniego działania fałszerstwa, Prokuratura i Prawo 2000, nr 6, s. 30–32.

go funkcją jest uprawnienie do dysponowania rachunkiem bankowym. Czynności przerobienia i podrobienia należy rozumieć jednakowo zarówno w odniesieniu do art. 270 § 1 k.k., jak i art. 310 § 1 k.k., z tym, że na gruncie art. 310 § 1 k.k. chodzi o podrobienie lub przerobienie pieniądza lub dokumentu szczególnego, natomiast art. 270 § 1 k.k. dotyczy każdego innego dokumentu. W rezultacie Sąd uznał, że wypełnienie cudzego blankietu czekowego i podpisanie nazwiskiem wystawcy oznacza podrobienie dokumentu, a jednocześnie nadanie mu cech wymaganych przez prawo, przez co staje się on papierem wartościowym. Jest to równoznaczne z popełnieniem przestępstwa z art. 310 § 1 k.k., a w razie puszczenia czeku w obieg – także z art. 310 § 2 k.k.¹²

W doktrynie pojawiały się również głosy krytycznie oceniające celowość kwalifikacji prawnej sfalszowania pojedynczych czeków bankowych lub książeczek czekowych jako przestępstwa z art. 310 § 1 k.k. Justyna Nalewajko podkreśliła, że wysoka sankcja karna (czas nie krótszy niż 5 lat pozbawienia wolności), jak również konieczność orzekania sądu okręgowego jako sądu pierwszej instancji w składzie dwóch sędziów i trzech ławników (obecnie jednego sędziego i dwóch ławników¹³) oraz specyficzna konstrukcja wypadku mniejszej wagi (o którego zastosowaniu decyduje sąd) uzasadniają konieczność zmian legislacyjnych. Autorka zaproponowała podział przepisu art. 310 § 1 k.k. na dwa rodzajowe typy przestępstw: zbrodnię, której przedmiotem czynności wykonawczych byłyby dokumenty na okaziciela oraz występki – obejmujący przypadki sfalszowania dokumentów imiennych oraz na zlecenie. Podział ten miałby wynikać z różnego stopnia społecznej szkodliwości obu czynów¹⁴. Jak słusznie zauważył Andrzej Janiak, należałoby się zastanowić, jakie były przyczyny zgłaszania tego typu postulatów, tj. czy wynikają one z poczucia sprawiedliwości, czy być może spowodowane są dużą liczbą tego rodzaju spraw, które należy rozstrzygać¹⁵.

Autor ten postawił również tezę, że przedmiot wykonawczy czynu z art. 310 k.k. powinien być ograniczony tylko do tych instrumentów, które podobnie jak pieniądze, spełniają w obrocie funkcję środka płatniczego i mają charakter obiegowy. Oznaczałoby to, że nie wszystkie papiery wartościowe będą objęte dyspozycją powołanego przepisu. Penalizacji na tej podstawie nie miałyby podlegać te z nich, które nie mają zdolności obiegowej, tj. czeki na

¹² Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 11 października 2000 r. (sygn. III KKN 600/99).

¹³ Art. 28 § 2 k.p.k.

¹⁴ J. J. Nalewajko, Czek rachunku oszczędnościowo – rozliczeniowego jako przedmiot czynności wykonawczej zbrodni z art. 310 § 1 k.k., *Prokuratura i Prawo* 2000, nr 7–8, s. 71 i nast.

¹⁵ A. Janiak, Karne i cywilne aspekty fałszowania czeków, *Państwo i Prawo* 2000, nr 11, s. 67. Autor przytacza dane, z których wynika, że w badanym okresie sprawy tego rodzaju stanowiły w sądach okręgowych 20% (w niektórych nawet 30%) wszystkich napływających spraw karnych.

własne zlecenie. Podrobienie albo przerobienie czeku celem pobrania pieniędzy z cudzego rachunku nie stanowiłoby zatem zamachu na bezpieczeństwo obrotu pieniędzmi lub papierami wartościowymi. Andrzej Janiak nawiązał w ten sposób do zmiany nazwy rozdziału kodeksu karnego, w którym usytuowany jest omawiany przepis. Początkowo nosił on nazwę: „Falszowanie pieniędzy, papierów wartościowych, znaków urzędowych i narzędzi pomiarowych”, którą w kodeksie z 1997 r. zastąpiono tytułem: „Przestępstwa przeciwko obrotowi pieniędzmi i papierami wartościowymi”, co zdaniem autora należy odczytywać jako zaakcentowanie przez ustawodawcę, że rodzajowy przedmiot ochrony stanowi ochrona pewności obrotu tymi instrumentami¹⁶.

Pojawiające się krytyczne uwagi nie doprowadziły do zmiany przepisów przez ustawodawcę¹⁷ oraz nie wpłynęły na praktykę ścigania karnego. Odstąpienie od nowelizacji należy ocenić pozytywnie zwłaszcza, że z perspektywy czasu okazało się, że wraz ze zmniejszeniem się znaczenia czeków dla obrotu gospodarczego, liczba dotyczących ich przestępstw znacznie spadła. Niemniej jednak rozdział przestępstwa z art. 310 § 1 k.k. na dwa odrębne, przeprowadzony ze względu na przedmiot czynności wykonawczej i ograniczenie szczególnej ochrony tylko do ich niektórych rodzajów, nie gwarantowałby pewności obrotu finansowego, podważając powszechne zaufanie do papierów wartościowych. Sąd Najwyższy w postanowieniu z dnia 25 lutego 2002 r. zaznaczył, że: „nie można uzależniać kierunku wykładni normy sankcjonowanej od rozmiarów kary grożącej za jej naruszenie”. Różnicowanie zagrożenia karnego jest zdaniem sądu w takiej sytuacji wysoce relatywne i nieuprawniony jest wniosek, że tylko podrobienie dokumentu na okaziciela wyczerpuje znamiona art. 310 § 1 k.k.¹⁸ Co więcej, nie można zgodzić się z propozycją ograniczenia przedmiotu czynności wykonawczych wyłącznie do papierów wartościowych o zdolności obiegowej. Po pierwsze, jest to sprzeczne z cytowaną uchwałą Sądu Najwyższego z 1998 r. W jej uzasadnieniu wyrażono pogląd, że czek na własne zlecenie nie jest środkiem płatniczym, ale może być przedmiotem przestępstw określonych w art. 310 § 1 i 2 k.k., albowiem ma charakter dokumentu uprawniającego do otrzymania sumy pieniężnej, w zależności od nadanej mu treści i funkcji. Po drugie, ar-

¹⁶ A. Janiak, *op. cit.*, s. 68–71.

¹⁷ Początkowo sprawy o przestępstwa z art. 310 § 1 k.k. rozstrzygał sąd w składzie dwóch sędziów i trzech ławników – zgodnie z art. 28 § 3 k.p.k. taki skład był bowiem obligatoryjny w przypadku przestępstw, za które ustawa przewidywała karę 25 lat pozbawienia wolności albo dożywotniego pozbawienia wolności. Ustawą z dnia 10 stycznia 2003 r. o zmianie ustawy – kodeks postępowania karnego, ustawy – przepisy wprowadzające kodeks postępowania karnego, ustawy o świadku koronnym oraz ustawy o ochronie informacji niejawnych (Dz. U. z 2003 r., Nr 17, poz. 155) zmieniono jednak ten przepis, skreślając „karę 25 lat pozbawienia wolności”, co pozwoliło na orzekanie w składzie jednego sędziego i dwóch ławników.

¹⁸ Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 25 lutego 2002 r. (sygn. I KZP 34/01).

gument powołujący się na treść art. 310 § 2 k.k. przewidującego puszczenie „w obieg” i rozumienie go jako umożliwiającego tylko penalizację podrobienia albo przerobienia czeków zdalnych do obiegu, jest chybiony. Należy uznać, że чеки na własne zlecenie, choć nie spełniają funkcji płatniczej, ani obiegowej, mogą być puszczone w obieg w rozumieniu art. 310 § 2 k.k. Sformułowanie to jest szeroko interpretowane i oznacza, że sprawca popełnia przestępstwo puszczenia w obieg w momencie przekazania czeków w jakiegokolwiek formie innej osobie, także w charakterze prezentu, darowizny¹⁹. Puszczeniem w obieg dokumentu uprawniającego do otrzymania sumy pieniężnej (a więc także czeku na własne zlecenie) jest posłużenie się nim jak autentycznym, tak aby znalazł się posiadaniu innych osób lub instytucji²⁰.

W toku stosowania omawianych przepisów pojawiły się wątpliwości w kwestii możliwości zaliczenia czeków podróźniczych do przedmiotów wykonawczych przestępstw z art. 310 k.k. Są one wystawiane przez banki lub inne instytucje na konkretną, podpisaną na nich osobę i kwotę. Ich realizacja jest jednak możliwa dopiero z chwilą złożenia drugiego podpisu, co stanowi ochronę przed ich wykorzystaniem przez nieuprawnione osoby. Sąd Najwyższy w postanowieniu z 2009 r. dokonał wykładni językowej pojęcia dokumentu „uprawniającego” do otrzymania sumy pieniężnej, dochodząc do wniosku, że w momencie realizacji prawa na podstawie tego dokumentu ma być możliwe uzyskanie określonej sumy pieniężnej. Posiadacz fałszyfikatu czeku, mogąc złożyć na nim wymagany podpis, spełnia wszelkie warunki, aby otrzymać świadczenie pieniężne. Zatem: „czek podróźniczy jest bezpośrednią podstawą dla realizacji przez określoną osobę uprawnienia do otrzymania sumy pieniężnej, a konieczność podjęcia przez nią dodatkowej czynności nie powinna przesądzać o niemożności zakwalifikowania wytworzenia imitacji takiego dokumentu jako dokonania przestępstwa z art. 310 § 1 k.k.”²¹ Poglądu wyrażonego przez sąd nie podziela Jerzy Skorupka, który w głosie do jego postanowienia zakwestionował samą dopuszczalność uznawania czeków podróźniczych za чеки w rozumieniu ustawy – Prawo czekowe²², a tym samym za papiery wartościowe. Nie są one jedynym dokumentem umożliwiającym realizację wynikającego z nich prawa, dokumen-

¹⁹ J. Skorupka, (w:) Kodeks karny. Komentarz, pod red. R. A. Stefańskiego, Warszawa 2017, Legalis 2018, komentarz do art. 310 k.k. Tak też: M. Gałązka, (w:) Kodeks karny. Komentarz, pod red. A. Grześkowiak i K. Wiaka, Warszawa 2018, Legalis 2018, komentarz do art. 310 k.k.; M. Błaszczuk, (w:) Kodeks karny. Część szczególna. Tom II. Komentarz. Art. 222–316, pod red. M. Królikowskiego i R. Zawłockiego, Warszawa 2017, Legalis 2018, komentarz do art. 310 k.k.

²⁰ Z. Cwiakalski, (w:) Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz, Warszawa 2008, s. 810.

²¹ Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 19 listopada 2009 r. (sygn. III KK 153/09).

²² Ustawa z dnia 28 kwietnia 1936 r. – Prawo czekowe (Dz. U. z 1936 r., Nr 37, poz. 283 ze zm.).

tem takim może być bowiem również dowód ich zakupu. Nie zawierają też bezwarunkowego polecenia wydanego trasatowi, aby wypłacił żadaną kwotę. Nie będąc papierami wartościowymi, czeki podróżnicze nie mogą być podstawą do pociągnięcia sprawcy do odpowiedzialności z art. 310 k.k., lecz art. 270 § 1 k.k.²³

Z analizy akt śledztw prowadzonych lub nadzorowanych w bydgoskich jednostkach organizacyjnych prokuratury wynika, że przyjęto wykładnię art. 310 k.k. sformułowaną przez Sąd Najwyższy w powołanym wcześniej orzeczeniu z dnia 19 listopada 2009 r. Jest to jednoznaczne z akceptacją szerokiej definicji czeku, obejmującej też czek na własne zlecenie i czek podróżniczy. Stosowanie przepisów art. 310 § 2 i art. 312 k.k. przez organy ścigania odbiega więc od poglądów wyrażanych w doktrynie w odniesieniu do czeków podróżniczych.

Uzasadniając swoje stanowisko, Jerzy Skorupka nawiązuje do uregulowań prawa cywilnego, tj. prawa czekowego. W jego ocenie, czek podróżniczy nie zawiera elementów właściwych dla konstrukcji czeku ustalonej w ustawie, ponieważ nie zawiera bezwarunkowego polecenia wydanego bankowi, lecz przyrzeczenie zwrotu sumy czekowej, o ile złożony zostanie prawidłowy podpis. Tymczasem w prawie cywilnym występują instytucje lub umowy, zgodnie z którymi bezwarunkowe spełnienie świadczenia przez jedną stronę na rzecz drugiej mimo wszystko wymaga podjęcia określonych czynności prawnych lub faktycznych. Jako przykład można wskazać gwarancje bankowe nieodwołalne bezwarunkowe²⁴, płatne na pierwsze żądanie, gdzie podstawą do wypłaty świadczenia pieniężnego jest zgłoszenie żądania przez beneficjenta gwarancji w odpowiedni sposób oraz w określonym terminie. Należy zatem uznać, że Jerzy Skorupka przypisuje nadmierne znaczenie prostej czynności, jaką jest złożenie podpisu przez posiadacza czeku podróżnego i reprezentuje zbyt formalistyczne podejście do interpretacji pojęcia czeku.

²³ J. Skorupka, Glosa do postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 19 listopada 2009 r. (sygn. III KK 153/09), *Orzecznictwo Sądów Polskich* 2010, nr 10, s. 708–710. Tak też: M. Błaszczak, *op. cit.*, *Legalis* 2018, komentarz do art. 310 k.k. M. Czarniecki i L. Bagińska natomiast uznają czek podróżniczy za jeden z rodzajów czeków, zob. M. Czarniecki, L. Bagińska, *Prawo czekowe. Komentarz*, (w:) *Prawo wekslowe i czekowe. Komentarz*, Warszawa 2013, *Legalis* 2018, uwaga nr 39.

²⁴ Zgodnie z art. 81 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. – *Prawo bankowe* (Dz. U. z 1997 r., Nr 140, poz. 939 ze zm.) gwarancja bankowa jest jednostronnym oświadczeniem banku zawierającym zobowiązanie, że po spełnieniu przez beneficjenta gwarancji określonych warunków zapłaty bank wykona świadczenie pieniężne na rzecz beneficjenta. W gwarancjach bezwarunkowych natomiast wystarczające jest zgłoszenie żądania zapłaty, nie dokumentuje się niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania zabezpieczonego gwarancją. Obowiązek wykonania gwarancji aktualizuje się więc wraz ze zgłoszeniem przez beneficjenta w odpowiedniej formie i w oznaczonym czasie żądania zapłaty o określonej treści. Zob. B. Smykła, *Prawo bankowe. Komentarz*, Warszawa 2011, *Legalis* 2018, komentarz do art. 81.

Podsumowując dotychczasowe rozważania należy przyjąć, że przedmiotem wykonawczym przestępstw z art. 310 § 2 i art. 312 k.k. są wszystkie rodzaje czeków, które w zależności od nadanej im treści i funkcji mają charakter środków płatniczych albo dokumentów uprawniających do otrzymania sumy pieniężnej, w tym również чеки na własne zlecenie oraz чеки podróżnicze.

Badania aktowe przeprowadzone w bydgoskich jednostkach organizacyjnych prokuratury obejmowały łącznie 207 spraw o przestępstwa określone w art. 310 k.k. i art. 312 k.k. We wszystkich przypadkach prowadzone było śledztwo. Przestępstwo z art. 310 § 1 k.k. stanowi zbrodnię, więc postępowanie w tej sprawie obligatoryjnie przybiera formę śledztwa (art. 309 pkt 1 k.p.k. w zw. z art. 25 § 1 pkt 1 k.p.k.). W myśl art. 309 pkt 4 k.p.k. śledztwa prowadzi się też w sprawach o występki, w których nie prowadzi się dochodzenia. Ich zakres przedmiotowy określa art. 325b k.p.k. Generalną zasadą wynikającą z tego przepisu jest prowadzenie dochodzenia w sprawach o przestępstwa należące do właściwości sądu rejonowego, zagrożone karą nieprzekraczającą 5 lat pozbawienia wolności. Można zatem wyprowadzić wniosek, że w przypadku przestępstw z art. 310 § 2 k.k. należy prowadzić śledztwo, skoro zagrożenie karne związane z ich popełnieniem przekracza 5 lat pozbawienia wolności. Istotne znaczenie w tej kwestii ma również § 2 art. 325b k.p.k. Wylicza on wprost przestępstwa, w których nie prowadzi się dochodzenia. Są to wszystkie przestępstwa ujęte w rozdziale XXXVII kodeksu karnego, a zatem m.in. także i to określone w art. 312 k.k.

Zdecydowana większość badanych śledztw była prowadzona w kierunku przestępstw z art. 310 § 2 k.k., a zaledwie 7 – z art. 312 k.k. Przyczyną tak niskiej liczebności tego typu spraw jest konstrukcja znamion przestępstwa z art. 312 k.k. Polega ono na puszczeniu w obieg takiego sfałszowanego pieniądza, innego środka płatniczego albo papieru wartościowego, który sprawca otrzymał jako prawdziwy, w przekonaniu, że jest on autentyczny i dopiero później dowiedział się, że był w błędzie. Tymczasem w przypadku przestępstwa z art. 310 § 2 k.k. jego okoliczności są inne. Sprawca albo sam popełnił fałszerstwo, albo przyjął przedmiot wykonawczy, co najmniej przewidując, że jest on sfałszowany i godząc się na to. Oznacza to w praktyce, że już w chwili wszczynania śledztwa w sprawie z art. 312 k.k. należałoby poczynić założenie, że osoba podejrzewana w momencie przyjmowania czeku była nieświadoma przestępności czynu. Przesądzenie o tym z góry, zanim jeszcze będą przeprowadzone jakiegokolwiek czynności dowodowe, jest możliwe tylko w rzadkich przypadkach. Stąd postanowienia o wszczęciu śledztwa wydane we wskazanych 7 sprawach prowadzonych przez bydgoskie jednostki prokuratury dotyczyły sytuacji, w których sfałszowane pieniądze były puszczone w obieg poprzez przedłożenie ich w banku przez podmioty cieszące się zaufaniem, tj. inny bank lub kantor wymiany walut. Trudno bowiem było przypuszczać, że właściciel kantoru ryzykowałby utratę zezwolenia na prowa-

dzenie swojej działalności gospodarczej dla stosunkowo niewielkiego zysku i przy tak dużym prawdopodobieństwie wykrycia nieprawidłowości.

Przeważająca część spraw została wszczęta na skutek zawiadomienia złożonego przez bank, kierownika sklepu lub punktu usługowego i dotyczyła puszczenia w obieg banknotów o różnych nominałach noszących cechy fałszyfikatów. Ujawniano je podczas próby wpłaty ich na rachunek bankowy lub zapłaty za towary i usługi, co mogło wyczerpywać znamiona przestępstwa z art. 310 § 2 k.k. Do znacznie rzadszych przypadków należały sytuacje, w których stosowano § 1 tego przepisu. Śledztwa były wówczas wszczynane z uwagi na reklamacje zagranicznych banków dotyczące wypłat środków pieniężnych z bankomatów na terenie Polski przy użyciu sfalszowanych kart płatniczych, czy sfalszowanie podpisu poręczyciela na wekslu in blanco.

Spośród 207 przeanalizowanych spraw w zaledwie 7 przedmiotem wykonawczym przestępstwa był czek. Stanowi to 3,4% spraw o przestępstwa uregulowane w rozdziale XXXVII kodeksu karnego²⁵. Z całą pewnością dane o 20% udziale spraw tego rodzaju wśród wszystkich napływających do sądów okręgowych spraw karnych są już nieaktualne. Tym bardziej, jeśli się weźmie pod uwagę, że nie wszystkie prowadzone śledztwa kończą się sporządzeniem aktu oskarżenia i skierowaniem go do sądu. Obrazuje to wyraźnie spadek znaczenia czeków w obrocie gospodarczym.

Dwie sprawy prowadzone przez Prokuraturę Rejonową Bydgoszcz – Północ nie podlegały szczegółowej analizie, zostały bowiem wszczęte o przestępstwo podrobienia czeku bankierskiego (art. 310 § 1 k.k.), a nie jego puszczenia w obieg. Stan faktyczny był w tych przypadkach jednakowy – w Prokuraturze złożono pisemne zawiadomienie, że do oddziału banku przesłano czek bankierski wystawiony przez spółkę z siedzibą zagranicą (Dubaj i Irlandia) na rzecz spółki z siedzibą w Bydgoszczy. Pracownik banku kontaktował się z przedstawicielem bydgoskiej spółki, który stwierdził, że nie zna wystawcy czeku, a spółka nie spodziewa się zapłaty w takiej formie. W związku z tym przeprowadzono weryfikację autentyczności czeku w banku wystawcy i okazało się, że jest on podrobiony. Czynności dowodowe organów ścigania polegały w tych przypadkach na przesłuchaniu pracowników zawiadamiającego banku oraz spółki, na której rzecz czek był wystawiony (pracowników działu finansowo – księgowego, członków zarządu oraz prokurenta), jednakże wobec zgodnych zeznań świadków o braku jakichkolwiek informacji o pochodzeniu czeku, wydawano postanowienie o umorzeniu śledztwa z powodu niewykrycia sprawcy, tj. na podstawie art. 322 k.p.k.²⁶

²⁵ W badanym okresie w bydgoskich jednostkach prokuratury nie prowadzono żadnej sprawy o przestępstwa z art. 311, 313, 314 lub 315 k.k.

²⁶ Sprawy o sygn.: 1 Ds 516/13 oraz 6 Ds. 1441/11 prowadzone przez Prokuraturę Rejonową Bydgoszcz–Północ w Bydgoszczy.

Pozostałe pięć spraw dotyczyło puszczenia w obieg sfałszowanego czeku. Ich liczba jest niska, ale nawet te nieliczne odnotowane przypadki przestępstw tego rodzaju odzwierciedlają przemiany, jakie w ostatnich latach zaszły w obrocie gospodarczym i sposobie dokonywania płatności. Książeczki czekowe nie są obecnie w powszechnym użyciu i prostszym sposobem podejmowania środków pieniężnych z rachunków bankowych jest wykorzystanie karty płatniczej. Nie może więc dziwić, że zaledwie jedna sprawa dotyczyła tak powszechnego jeszcze kilkanaście lat temu przestępstwa przerobienia dokumentu uprawniającego do otrzymania sumy pieniężnej, czyli wypisania pustego blankietu czekowego przez sprawcę i wskazania siebie jako uprawnionego do odbioru określonej kwoty pieniężnej²⁷. Zarówno stan faktyczny tej sprawy, jak i podejmowane w jej toku czynności śledcze, nie należą do skomplikowanych. Zawiadomienie o podejrzeniu popełnienia przestępstwa zostało złożone przez bank, w którym sprawca chciał zrealizować czek widniejący w systemie bankowym jako zastrzeżony. Sprawca został zatrzymany i w trakcie przesłuchania w charakterze podejrzanego zeznał, że czek podrobił mężczyzna znany mu wyłącznie z widzenia, który nakłonił go do puszczenia go w obieg. Wyjaśnienia podejrzanego uznano za wystarczające i stały się podstawą do sporządzenia aktu oskarżenia. Sprawę ustalenia osoby przerabiającej czek wyłączono natomiast do odrębnego postępowania. Zadanie organów ścigania byłoby trudniejsze, gdyby sprawca nie przyznał się do winy lub odmówił składania wyjaśnień. Należałoby wówczas pobrać od niego materiał porównawczy w postaci wzorów pisma odręcznego w celu ustalenia, kto złożył podpis na blankiecie czekowym. Następnie konieczne byłoby powołanie biegłego z dziedziny badania pisma ręcznego. Przyopuszczenie, że podejrzany jest w posiadaniu większej liczby blankietów wymagałoby z kolei przeprowadzenia przeszukania w miejscu jego zamieszkania. Dokonane czynności najprawdopodobniej również doprowadziłyby do sporządzenia aktu oskarżenia.

Znacznie poważniejsze zagrożenie niż sprawcy kradnący i przerabiający blankiety czekowe stwarzają obecnie zorganizowane grupy przestępcze działające za granicą. Wykorzystują one Internet do pozyskiwania dla swoich celów mieszkańców innych państw, najczęściej łatwowiernych lub szukających prostego i szybkiego sposobu na osiągnięcie dochodu. W rezultacie stają się oni bezpośrednimi sprawcami przestępstwa i przejmują na siebie całe ryzyko związane z tym procederem²⁸. Metody używane do rekrutacji są

²⁷ Sprawa o sygn.: 1 Ds 471/14 prowadzone przez Prokuraturę Rejonową Bydgoszcz–Pólnoc w Bydgoszczy.

²⁸ Przypadki tego typu przestępczości były wielokrotnie opisywane w mediach, tak np.: <https://www.wprost.pl/kraj/24383/afery-z-czekami.html> (dostęp w dniu 25 marca 2018 r.); <http://www.to.com.pl/wiadomosci/ostroleka/art/6342624,milosz-greiss-mial-byc-slawny-i-bogaty-trafil-do-aresztu,id,t.html> (dostęp w dniu 25 marca 2018 r.); <http://www.gloswielnkopolski.pl/artukul/300124,powiat-kolski-dala-sie-nabrac-na-falszywe-czeki,id,t.html> (dostęp w dniu 25 marca 2018 r.).

zróznicowane. Mogą one polegać na oferowaniu pracy. Ogłoszenia o niej zamieszczane są na portalach internetowych lub wysyłane w wiadomościach mailowych do przypadkowych osób. Zdarza się też, że członkowie grupy porozumiewają się z wybranymi osobami za pomocą serwisów randkowych, udając zaangażowanie emocjonalne i prosząc o pomoc w ciężkiej sytuacji osobistej. Komunikacja często następuje dzięki wykorzystaniu narzędzi tłumaczy internetowych, stąd korespondencja charakteryzuje się niepoprawną polszczyzną. Przekonanie do współpracy wymaga stworzenia pozorów legalnych działań. Przestępcy podają się za pracodawcę (lub jego pracownika) i przedstawiają propozycję pracy. Ma ona polegać na dokonywaniu opłat w imieniu pracodawcy. Otrzymuje się przesyłkę zawierającą czeki podróżnicze wraz z dowodem ich zakupu i wykazem banków, w których można je zrealizować. Czeki należy podpisać własnym imieniem i nazwiskiem, a otrzymane środki pieniężne przesłać na wskazane wcześniej rachunki bankowe za granicą, po potrąceniu własnego wynagrodzenia. Niekiedy, aby nie wzbudzać podejrzeń potencjalnego „pracownika” przesyłana jest do niego także umowa o pracę, zawierająca wszystkie wspomniane warunki.

Analiza akt śledztw w sprawach o przestępstwa z art. 310 i 312 k.k., w tym zwłaszcza dotyczących puszczenia w obieg sfalszowanego czeku, pozwoliła na wyszczególnienie podejmowanych w ich toku czynności. Z uwagi na niewielką ich liczbę oraz powtarzalność można wskazać z dużą dokładnością przebieg postępowania dowodowego:

- zatrzymanie osoby posługującej się sfalszowanymi czekami,
- przeszukanie osoby,
- zatrzymanie rzeczy – sfalszowanych czeków,
- przeszukanie mieszkania w celu zatrzymania rzeczy – czeków, pokwitowań wypłaty gotówki lub innej dokumentacji świadczącej o realizacji czeków, komputera, za pomocą którego prowadzono korespondencję z podmiotami zagranicznymi,
- przesłuchanie zatrzymanej osoby,
- pobranie materiału porównawczego w postaci wzorów pisma odręcznego,
- oględziny rzeczy – sfalszowanych czeków,
- uzyskanie od banku potwierdzenia negatywnej weryfikacji autentyczności czeku (np. dokumentu z banku wydającego czek, czy American Express),
- zwrócenie się do przedstawiciela banku lub instytucji wydających czek z prośbą o informacje, czy zostały przez nie wydane czeki o numeracji zgodnej z zatrzymanymi,
- przesłuchanie świadka – pracownika banku, który ujawnił możliwość posługiwania się sfalszowanym czekiem,
- uzyskanie dostępnego zapisu monitoringu z banku lub innej placówki,

- powołanie biegłego z dziedziny badania pisma ręcznego w celu stwierdzenia, czy podejrzany złożył na sfalszowanym czeku własnoręczny podpis,
- powołanie biegłego z dziedziny odzyskiwania i odczytu informacji z cyfrowych nośników danych,
- powołanie biegłego tłumacza w celu przetłumaczenia korespondencji,
- sprawdzenie przesyłki kurierskiej, za pomocą której przesłano czeki w celu ustalenia jej nadawcy,
- zwolnienie operatora portalu internetowego z obowiązku zachowania tajemnicy służbowej i żądanie wydania rzeczy – podania danych personalnych użytkowników łączących się z Internetem z danego numeru IP.

Dla postępowań w tego typu sprawach typowe jest ujęcie sprawy w trakcie dokonywania czynu zabronionego. Definiuje to więc rodzaj działań podejmowanych na pierwszym etapie śledztwa. W pierwszej kolejności organy ścigania dokonują rozpytania na miejscu zdarzenia – pracowników zawiadamiającej instytucji i osoby podejrzanej. Jeżeli istnieje uzasadnione przypuszczenie, że osoba podejrzana popełniła przestępstwo i zachodzi obawa ucieczki lub ukrycia się tej osoby albo zatarcia śladów przestępstwa (art. 244 § 1 k.p.k.) zatrzymuje się ją, dokonuje jej przeszukania i ewentualnie zatrzymuje w ten sposób znalezione rzeczy. Następnie podejmuje się decyzje, co do dalszych czynności śledztwa. Celowe może być zwłaszcza przeszukanie miejsca zamieszkania zatrzymanej osoby, co pozwala na potwierdzenie informacji uzyskanych w trakcie jej rozpytania. Korespondencja z zagranicznym podmiotem, który przesłał czeki, była prowadzona za pomocą komputera, należy więc go zabezpieczyć i w razie potrzeby powołać biegłego z dziedziny odzyskiwania i odczytu informacji z cyfrowych nośników danych. Dzięki pracy biegłych możliwa jest analiza zawartości danych zapisanych na dysku twardym, ewentualnie też w pamięci telefonu, w tym przede wszystkim dokumentów, poczty elektronicznej, komunikatorów internetowych, wyciągów z rachunków bankowych itp. Jeżeli komunikacja między osobami podejrzanymi następowała w języku obcym, zasadne jest powołanie biegłego tłumacza. Zebrany w ten sposób materiał dowodowy stanowi podstawę do dalszych czynności, tj. przede wszystkim przesłuchania świadków, a także osoby podejrzanej. Z reguły czynności te są wystarczające dla wyjaśnienia sprawy i umożliwiają podjęcie merytorycznej decyzji kończącej śledztwo. Jeżeli zeznania świadków są spójne, nie zachodzi potrzeba uzyskiwania zapisu monitoringu z banku lub innej placówki. Również zasadność przeprowadzania oględzin rzeczy – czeku wydaje się wątpliwa, biorąc pod uwagę, że spostrzeżenia funkcjonariusza dokonującego oględzin nie mogą z całkowitą pewnością rozstrzygać, czy czek jest autentyczny, czy został podrobiony lub przerobiony. W przypadku popełnienia przestępstwa polegającego na wypełnieniu blankietu czeku na własne zlecenie, niezbędnym jest

pobranie od osoby podejrzanej materiału porównawczego w postaci pisma odrębnego i przekazanie go do analizy powołanemu biegłemu z dziedziny badania pisma ręcznego. Jest on w stanie stwierdzić, czy na sfalszowanym czeku widnieje podpis osoby podejrzanej, co z reguły przesądza o konieczności wniesienia do sądu aktu oskarżenia.

W większości tego typu spraw stan faktyczny nie jest trudny do ustalenia i czynności organów ścigania mogą się ograniczać jedynie do części przedstawionych w powyższej liście. Przebieg samego zdarzenia jest ustalany na podstawie zeznań świadków, tj. zwłaszcza pracowników banków (i innych placówek) i z reguły nie budzi wątpliwości. W ten sposób uzyskuje się informacje na temat przedstawienia czeku do realizacji (lub jej próby) i osoba podejrzana w zasadzie nie ma możliwości zaprzeczenia opisanym wydarzeniom. W trakcie prowadzenia badań aktowych zarysowały się natomiast dwa problemy, których rozstrzygnięcie może nastęrczać trudności. Są to mianowicie ustalenia dotyczące strony podmiotowej oraz wykluczenia autentyczności czeku.

Zasadnicze znaczenie dla wyjaśnienia sprawy mają ustalenia dotyczące strony podmiotowej. Przestępstwo puszczenia w obieg sfalszowanego czeku może być popełnione w obu postaciach zamiaru, wystarczy zatem, że sprawca przewiduje możliwość, że przedmiot czynności wykonawczej jest sfalszowany i godzi się na to²⁹. W czterech badanych sprawach brak świadomości osób podejrzanych odnośnie braku autentyczności czeku był powodem wydania postanowień o umorzeniu śledztw³⁰. W ich uzasadnieniach powoływano się przede wszystkim na wyjaśnienia osób podejrzanych oraz potwierdzające je dowody w postaci zabezpieczonej korespondencji mailowej, a także pośrednio zeznań pracowników banków. Analiza dwóch z tych spraw nie nasuwa wątpliwości, co do słuszności rozstrzygnięcia. Przykładowo, jedna z osób podejrzanych otrzymała czek od kontrahenta w ramach wynagrodzenia z tytułu umowy sprzedaży. Organy ścigania zatrzymały świadczące o niej dokumenty i nie miały podstaw do ich kwestionowania. Zastrzeżenia mogą się natomiast pojawić w przypadku dwóch pozostałych spraw. Stanowią one dokładne odwzorowanie opisanego wyżej schematu przestępstwa dokonywanego przy udziale podmiotów zagranicznych. W postanowieniach o umorzeniu śledztw przyjęto, że przestępstwo puszczenia w obieg sfalszowanego czeku podrózniczego można popełnić wyłącznie z

²⁹ Tak m.in.: J. Skorupka, (w:) Kodeks karny..., Legalis 2018, komentarz do art. 310 k.k.; M. Gałązka, (w:) Kodeks karny..., Legalis 2018, komentarz do art. 310 k.k.; M. Błaszczak, (w:) Kodeks karny..., Legalis 2018, komentarz do art. 310 k.k.; wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 3 lipca 2013 r. (sygn. II Aka 204/13). Przeciwnie: Z. Cwiakalski, (w:) Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz, Warszawa 2008, s. 822–823.

³⁰ Sprawy o sygn.: 1 Ds 593/13, 6 Ds 1049/12, 6 Ds. 539/12, 1 Ds 1146/12 prowadzone przez Prokuraturę Rejonową Bydgoszcz–Północ w Bydgoszczy.

zamiarem bezpośrednim. Wydaje się, że jest to nieuzasadnione zawężenie wykładni art. 310 § 2 k.k. Przepis ten ustanawia wprawdzie obowiązek wykazania zamiaru kierunkowego, ale tylko w wypadku przyjęcia sfalszowanego czeku w celu późniejszego puszczenia go w obieg. Należy więc uznać, że organy ścigania niewłaściwie zinterpretowały treść tego artykułu. Odrębnego rozważenia wymaga natomiast kwestia przypisania odpowiedzialności karnej osobom podejrzanym w tych sprawach, tj. czy działały one w zamiarze ewentualnym. Trudno jest uwierzyć, że przeciętnie rozsądna osoba może uważać, że spółka z siedzibą za granicą powierzyłaby zupełnie nieznaną osobie należące do niej środki pieniężne, nie mając praktycznie żadnych możliwości kontroli nad nią. W razie przywłaszczenia tych środków przez pracownika, z którym kontakt jest możliwy tylko za pośrednictwem Internetu, przeprowadzenie egzekucji tych kwot byłoby właściwie nieosiągalne. W korespondencji z osobami podejrzany „pracodawcy” podawali się za przedstawiciele spółek prowadzących handel międzynarodowy. Nie wyjaśniali jednak, dlaczego w czasach, gdy przepływy środków pieniężnych są proste, potrzebują pośredników dla zapłaty należności kontrahentom. Biorąc powyższe pod uwagę, nie wydaje się prawdopodobne, aby przeciętnie inteligentna osoba nie zdawała sobie z tego sprawy, nie można jednak całkowicie tego wykluczyć. W badanych przypadkach osoby podejrzane wyjaśniały, że nie wiedziały, że чеки zostały sfalszowane, a jedynie podejrzewały „jakąś nielegalną działalność.” Zarzucenie im popełnienia przestępstwa nawet dokonanego w zamiarze ewentualnym wymaga wykazania, że obejmowały one świadomością wszystkie jego znamiona, stąd należy uznać, że zasadnie nie podjęto decyzji o skierowaniu aktu oskarżenia do sądu. Przeciwną wersję zdarzeń mogłyby potwierdzać np. zeznania osób trzecich, którym osoba podejrzana zwierzała się ze swoich podejrzeń co do braku autentyczności czeku albo wyniki wyszukiwania w Internecie informacji na temat fałszywych czeków. W badanych sprawach brakowało jednak dowodów na poparcie tej tezy.

W sprawach o podrobienie lub przerobienie pieniędzy (środków płatniczych itp.) podstawowego znaczenia nabiera stwierdzenie lub wykluczenie ich autentyczności. Stąd niezbędne jest powołanie biegłego, który w razie ustalenia, że analizowany przedmiot wykonawczy nie jest sfalszowany przesądza o konieczności wydania postanowienia o umorzeniu postępowania. W tym celu powołuje się biegłego z Departamentu Emisyjno-Skarbowego NBP w Warszawie i na podstawie uzyskanej ekspertyzy podejmuje się decyzję o dalszych czynnościach. W sprawach o puszczenie w obieg sfalszowanych czeków najczęściej jednak bazuje się na informacjach otrzymanych z banku, w którym usiłowano je zrealizować. Uzyskanie jednoznacznej, formalnej opinii o ich autentyczności jest bowiem utrudnione, zwłaszcza jeśli chodzi o чеки podróźnicze wydawane przez American Express. Jak wynika z badanych akt podmiot ten nie ma przedstawicielstwa w Polsce. W takiej

sytuacji pozostaje więc skorzystanie z pomocy tłumacza i zwrócenie się do tego podmiotu bezpośrednio albo w drodze międzynarodowej pomocy prawnej. Co ważne, w żadnej z analizowanych spraw nie zaszła taka konieczność z uwagi na niewypełnianie znamion strony podmiotowej czynu.

Przestępstwo puszczenia w obieg sfałszowanego czeku w ostatnim czasie nie należy do często odnotowywanych przypadków nawet, jeśli weźmie się pod uwagę, że w praktyce ścigania karnego przyjmuje się szeroką definicję czeku, wbrew poglądom niektórych przedstawicieli nauki obejmującą czeki podróźnicze i czeki na własne zlecenie. Odzwierciedla to przemiany, jakie zaszły w obrocie gospodarczym i sposobie dokonywania płatności. Powszechne użycie kart płatniczych, w dowolnej chwili zapewniających dostęp do środków zgromadzonych na rachunku bankowym, spowodowało rezygnację ze stosowania książeczek czekowych. Wpłynęło tym samym na zauważalny spadek liczby przestępstw polegających na wypełnieniu przez nieuprawnione osoby cudzych blankietów czekowych. Nie oznacza to jednak, że zniknęły wszystkie przestępstwa popełniane przy użyciu czeków. Pojawiło się bowiem nowe niebezpieczne zjawisko pozorowania ofert legalnego zatrudnienia i wykorzystywania mieszkańców innych państw do realizacji sfałszowanych czeków podróźniczych. W większości tego typu spraw przebieg zdarzeń nie jest trudny do ustalenia. Przeprowadzone badania aktowe pozwoliły na określenie czynności organów ścigania dokonywanych w toku śledztwa, które z uwagi na niewielką liczbę tych czynności, a także ich powtarzalność, mogły być wskazane z dużą dokładnością. Ściganie tego typu przestępstw napotyka jednak na poważne trudności. Po stronie organów ścigania przede wszystkim leży obowiązek wykazania zamiaru sprawcy. Nie jest to łatwe nawet przy uwzględnieniu dopuszczalności popełnienia tego przestępstwa w zamiarze ewentualnym. Sprawca z reguły dysponuje bowiem dokumentacją potwierdzającą jego „zatrudnienie” i powołuje się na brak świadomości odnośnie braku autentyczności czeków. Natomiast pociągnięcie do odpowiedzialności karnej osób organizujących ten proceder jest praktycznie niemożliwe. Można mieć jednak nadzieję, że również odejście od stosowania czeków podróźniczych i zmniejszenie liczby miejsc, w których można je swobodnie realizować wpłynie na ograniczenie tego rodzaju przestępczości.

The crime of releasing a forged check into circulation in theory and practice

Abstract

The crime of releasing a forged check into circulation is regulated in art. 310 § 2 and art. 312 of the Criminal Code and for many years has been the subject of discussion. However, the application of the indicated provisions by law enforcement authorities depart from the views expressed in the doctrine. The work focuses on issues affecting the practice of criminal prosecution. The article was based on the examination of files of investigations conducted in organizational units of the prosecutor's offices of various degrees. They made it possible to present the specifics of the evidence proceedings and main problems of conducting investigations in such cases.

Key words

Check, the crime of releasing a forged check into circulation, economic crime.

Natalia Wąsik

Odpowiedzialność karna ordynatora oddziału szpitalnego za zaniedbania w procesie leczenia pacjentów

Streszczenie

Zasadniczym problemem poruszonym w publikacji są uwarunkowania odpowiedzialności karnej ordynatora oddziału szpitalnego w kontekście wystąpienia tzw. błędu organizacyjnego podmiotu leczniczego. W artykule podjęto próbę określenia, w jaki sposób kształtuje się odpowiedzialność prawna ordynatora w przypadku zaistnienia nieprawidłowości i zaniedbań w leczeniu pacjentów hospitalizowanych w podległym mu oddziale szpitalnym. Z uwagi na specyfikę powyższego zagadnienia, w publikacji szczegółowo przedstawiono również zagadnienia z zakresu zarządzania podmiotami leczniczymi, statusu ordynatora w strukturze organizacyjnej podmiotu leczniczego, rodzaje obowiązków ordynatora, a także zagadnienia samodzielności zawodu medycznego i relacji ordynator – zastępca kierownika podmiotu leczniczego ds. leczenia.

Słowa kluczowe

Błąd organizacyjny, błąd medyczny, ordynator oddziału szpitalnego, zarządzanie podmiotem leczniczym, samodzielność zawodu medycznego.

1. Wprowadzenie

W piśmiennictwie prawnomedycznym zauważa się, że ordynatorzy zajmują szczególną pozycję w strukturze organizacyjnej szpitali, zwłaszcza samodzielnych publicznych zakładów opieki zdrowotnej. Od ich pracy zależy bowiem jakość i efektywność leczenia pacjentów, ich bezpieczeństwo, jak też sprawność działania komórki organizacyjnej, którą zarządzają¹. Teza ta, jakkolwiek słuszna, może jednak nieco zniekształcać rzeczywisty charakter

¹ Por. A. Zemle-Górecka, Status prawny samodzielnego publicznego zakładu opieki zdrowotnej i jego prywatyzacja, Warszawa 2010, s. 128.

stanowiska ordynatora oddziału szpitalnego. Podkreślenia wymaga, że leczenie pacjentów bardzo często nie jest ani podstawowym, ani najważniejszym zadaniem ordynatora. Wśród przypisanych do tego stanowiska zadań, szczególnie w dużych szpitalach i oddziałach z wyodrębnionymi pododdziałami, zakładami i pracowniami, niejednokrotnie na pierwszy plan wysuwają się zarządzanie zasobami ludzkimi i bazą kliniczną oddziału, koordynacja dyżurów i ogólna organizacja pracy w oddziale. Dopiero w dalszej kolejności – w zależności od możliwości czasowych – ordynator skupia się na osobistym leczeniu chorych, często biorąc udział wyłącznie w najtrudniejszych pod względem technicznym zabiegach. W praktyce znane są też przypadki, w których ordynatorzy oddziałów w ogóle nie udzielają świadczeń zdrowotnych, a ich rola w procesie hospitalizacji pacjentów ogranicza się do wydawania podległemu personelowi medycznemu – w trakcie obchodów – poleceń i wskazówek co do dalszej terapii lub diagnostyki chorego, a także bieżące monitorowanie prawidłowości leczenia na podstawie analizy dokumentacji medycznej. Niekiedy, ufając w doświadczenie i umiejętności podległych lekarzy ordynatorzy ograniczają się do podpisywania kart informacyjnych leczenia szpitalnego nie mając styczności z pacjentem przez cały jego pobyt w szpitalu.

Na gruncie powyższego zagadnienia powstaje pytanie, w jaki sposób kształtuje się odpowiedzialność prawna ordynatora w przypadku zaistnienia nieprawidłowości i zaniedbań w leczeniu pacjentów hospitalizowanych w podległym mu oddziale szpitalnym. O ile odpowiedzialność cywilna jest w obowiązujących przepisach dość przejrzysto unormowana i nie budzi większych wątpliwości, niezależnie od podstawy prawnej zatrudnienia ordynatora (stosunek pracy czy umowa cywilnoprawna), o tyle w wymiarze prawnokarnym, w świetle indywidualizacji winy personelu medycznego, sygnalizowana kwestia nie zawsze jest już taka oczywista.

Czyniąc powyższy problem głównym wątkiem niniejszego artykułu za cel publikacji przyjęto ustalenie warunków i granic odpowiedzialności karnej ordynatora oddziału szpitalnego w kontekście wystąpienia tzw. błędu organizacyjnego podmiotu leczniczego. W opracowaniu przyjęto tożsame znaczenie pojęć „szpital”, „podmiot leczniczy” i „zakład opieki zdrowotnej”, w związku z czym terminy te są używane w tekście zamiennie.

2. Podstawowe zagadnienia z zakresu struktury zarządzania jednostkami organizacyjnymi podmiotu leczniczego

Podstawową strukturę podmiotów leczniczych, w szczególności samodzielnych publicznych zakładów opieki zdrowotnej, a także ogólne zasady zarządzania tym podmiotem można określić na podstawie przepisów ustawy

z dnia 15 kwietnia 2011 r. o działalności leczniczej (tekst jedn. Dz. U. z 2016 r., poz. 1638) oraz wydanego w oparciu o przepisy ustawy z dnia 6 listopada 2008 r. o akredytacji w ochronie zdrowia (tekst jedn. Dz. U. z 2016 r., poz. 2135) obwieszczenia Ministra Zdrowia z dnia 18 stycznia 2010r. w sprawie standardów akredytacyjnych w zakresie udzielania świadczeń zdrowotnych oraz funkcjonowania szpitali (Dz. Urz. MZ z 2010 r., Nr 2, poz. 24).

Zgodnie z art. 2 ust. 1 pkt 9 i 11 u.d.l. szpitalem jest zakład leczniczy, w którym podmiot leczniczy wykonuje działalność leczniczą obejmującą świadczenia szpitalne, tj. wykonywane całą dobę kompleksowe świadczenia zdrowotne polegające na diagnozowaniu, leczeniu, pielęgnacji i rehabilitacji, które nie mogą być realizowane w ramach innych stacjonarnych i całodobowych świadczeń zdrowotnych lub ambulatoryjnych świadczeń zdrowotnych, ewentualnie świadczenia udzielane z zamiarem zakończenia ich udzielania w okresie nieprzekraczającym 24 godzin. W myśl art. 4 ust. 2 u.d.l. co do zasady określone ustawą prawa i obowiązki podmiotu leczniczego dotyczą wyłącznie wykonywanej przez ten podmiot działalności leczniczej i są wykonywane przez kierownika tego podmiotu. Dodać należy, że stosownie do art. 23 ust. 1 u.d.l. sprawy dotyczące sposobu i warunków udzielania świadczeń zdrowotnych przez podmiot wykonujący działalność leczniczą, nieuregulowane w ustawie lub statucie, określa regulamin organizacyjny ustalony przez kierownika. Regulamin ten obejmuje m.in. cele i zadania podmiotu, strukturę organizacyjną zakładu leczniczego, rodzaj działalności leczniczej oraz zakres udzielanych świadczeń zdrowotnych, miejsce udzielania świadczeń zdrowotnych, przebieg procesu udzielania świadczeń zdrowotnych, z zapewnieniem właściwej dostępności i jakości tych świadczeń w jednostkach lub komórkach organizacyjnych zakładu leczniczego, organizację i zadania poszczególnych jednostek lub komórek organizacyjnych zakładu leczniczego oraz warunki współdziałania tych jednostek lub komórek dla zapewnienia sprawnego i efektywnego funkcjonowania podmiotu pod względem diagnostyczno-leczniczym, pielęgnacyjnym, rehabilitacyjnym i administracyjno-gospodarczym, jak również warunki współdziałania z innymi podmiotami wykonującymi działalność leczniczą w zakresie zapewnienia prawidłowości diagnostyki, leczenia, pielęgnacji i rehabilitacji pacjentów oraz ciągłości przebiegu procesu udzielania świadczeń zdrowotnych (art. 23 ust. 2 u.d.l.).

W odniesieniu do podmiotów leczniczych niebędących przedsiębiorcami przepisy wprost wskazują, że odpowiedzialność za zarządzanie podmiotem leczniczym niebędącym przedsiębiorcą ponosi kierownik (art. 46 ust. 2 u.d.l.). Jednocześnie organy i struktura organizacyjna tego typu podmiotu określone są w statucie (art. 42 ust. 2 u.d.l.). Organem doradczym kierownika, a inicjującym i opiniodawczym podmiotu tworzącego podmiot leczniczy, jest rada społeczna (art. 48 ust. 1 u.d.l.). Zgodnie z art. 49 ust. 1 u.d.l. W podmiocie leczniczym niebędącym przedsiębiorcą przeprowadza się kon-

kurs na stanowisko kierownika, zastępcy kierownika, w przypadku gdy kierownik nie jest lekarzem, ordynatora, naczelną pielęgniarką lub przełożoną pielęgniarek, a także pielęgniarką oddziałowej. Przyjąć należy, że przepis ten – wyszczególniający najważniejsze z punktu widzenia funkcjonowania podmiotu leczniczego stanowiska samodzielne – określa ramowo strukturę szpitala.

W piśmiennictwie prawnomedycznym zauważa się, że kierownik podmiotu leczniczego pełni funkcję zarządcze, kierownicze i pracodawcy lub zleceńdawcy względem przedstawicieli zawodów medycznych i powinien być niezależny od pleceń służbowych organ założycielskiego. Kierownik podmiotu leczniczego może – poprzez kształtowanie treści regulaminu organizacyjnego – wpływać na zakres praw i obowiązków osób pełniących funkcje kierownicze oraz na zasady współpracy pomiędzy osobami wykonującymi różne zawody medyczne. Ustawodawca umożliwił więc wprowadzenie różnych modeli zarządzania i kierowania w każdym podmiocie leczniczym, co oznacza dowolność w zakresie kształtowania więzi hierarchicznych (służbowych) i funkcjonalnych. Bez względu jednak na wybrany model zarządzania w podmiotach leczniczych w zakresie podporządkowania pracowniczego wyodrębnia się istnienie dwóch równorzędnych podsystemów: leczenia i pielęgnowania. Istotne znaczenie dla określenia więzi hierarchicznych ma natomiast zasada jedności kierownictwa².

Zarządzanie podmiotem leczniczym prowadzonym w formie szpitala obejmuje następujące obszary: a) zarządzanie ogólne, b) zarządzanie zasobami ludzkimi, c) zarządzanie informacją oraz d) zarządzanie środowiskiem opieki. Zarządzanie ogólnie szpitalem, zgodnie z postanowieniami obwieszczenia Ministra Zdrowia z dnia 18 stycznia 2010 r. w sprawie standardów akredytacyjnych w zakresie udzielania świadczeń zdrowotnych oraz funkcjonowania szpitali, opiera się na założeniu, że sprawny i skuteczny proces zarządzania wymaga przede wszystkim określenia roli poszczególnych osób mających wpływ na bieżące kierowanie i strategię rozwoju organizacji. Tym samym w zarządzaniu szpitalem powinni uczestniczyć kierownicy działów medycznych i pozamedycznych, w szczególności ordynatorzy, pielęgniarki oddziałowe, kierownicy bloków operacyjnych, apteki, laboratorium, sterylizatorni etc. Z racji tego, że szpital ma ściśle zdefiniowaną misję w życiu spo-

² D. Karkowska, *Zawody medyczne*, Warszawa 2012, s. 370–379, w tym powołana tam literatura, m.in. Z. Kuboń, *Ordynatorskie i nieordynatorskie systemy prowadzenia oddziałów szpitalnych*, PiM 2007, nr 1, s. 32 i nast.; P. Łukow, I. Wrześniewska-Wal, *Ordynator a konsultant: możliwości zmian w polskiej służbie zdrowia*, PiM 2007, nr 1, s. 49 i nast.; M. Kautsch, *Specyfika zarządzania zakładem opieki zdrowotnej*, (w:) M. Kautsch (red.), *Zarządzanie w opiece zdrowotnej. Nowe wyzwania*, Warszawa 2010, s. 18 i nast.; S. Prywiński, *System ordynatorski czy konsultancki*, Biuletyn Bydgoskiej Izby Lekarskiej, Primum Non Nocere 2007, nr 4; D. Brisaud, P. Lombard, *Funkcjonowanie i zarządzanie szpitalami*, (w:) J. Stępniewski, P. Karniej (red.), *Innowacje organizacyjne w szpitalach*, Warszawa 2011, s. 240–243.

lecznym, wszyscy jego pracownicy powinni wiedzieć, czemu służy praca w organizacji i jakie są jej podstawowe cele. Temu służyć ma np. określenie w schemacie organizacyjnym szpitala aktualnej struktury komórek organizacyjnych i samodzielnych stanowisk w szpitalu oraz przejrzyste określenie zakresów podległości i odpowiedzialności w szpitalu. Ważnym aspektem zarządzania ogólnego jest posiadanie wiedzy na temat klinicznej działalności szpitala, bieżąca analiza potrzeb zdrowotnych pacjentów, opracowanie planu strategicznego, wreszcie precyzyjne i transparentne określenie usług świadczonych w poszczególnych oddziałach (wykazu wykonywanych procedur). Zarządzanie zasobami ludzkimi zakłada przede wszystkim oparcie procesu rekrutacji, adaptacji zawodowej, zatrudnienia i oceny pracowników szpitala o kryteria uwzględniające wymóg posiadania odpowiednich kwalifikacji, zbieżnych z profilem jednostki organizacyjnej, w której dana osoba jest lub ma być zatrudniona. Pracownicy powinni być poddane adaptacji ogólnej (wiedza o funkcjonowaniu szpitala oraz znajomość procedur, zarządzeń, instrukcji, zasad i sposobów postępowania w określonych sytuacjach) i środowiskowej (znajomość specyfiki i znaczenia powierzanych obowiązków). Podnoszenie kwalifikacji personelu szpitala, zwłaszcza personelu medycznego, powinna uwzględniać szkolenia na temat nowych procedur i technik zabiegowych, działania nowoczesnego sprzętu i urządzeń medycznych, postępowania w stanach zagrożenia życia pacjentów, bezpiecznego stosowania wyrobów medycznych, zwalczania zakażeń szpitalnych i środków zapobiegania im, a także podnoszenia jakości świadczonych usług medycznych. Zarządzanie informacją obejmuje kompleksowe działania służące efektywnemu gromadzeniu i przetwarzaniu danych, ich przechowywaniu, udostępnianiu i zabezpieczaniu. Co więcej, w szpitalu powinno określić się sposób komunikacji z pacjentami, których wynik badania nie był znany w trakcie hospitalizacji. Procedura powinna obejmować również ewentualne wyznaczenie terminu i miejsca wizyty kontrolnej oraz ustalenie dalszego postępowania w przypadku wyników alarmujących lub wątpliwych. Newralgicznym obszarem, z punktu widzenia działalności leczniczej prowadzonej przez podmiot leczniczy, jest zarządzenie środowiskiem opieki. Infrastruktura i systemy awaryjne w szpitalu powinny gwarantować bezpieczny pobyt pacjentów i odwiedzających, a także bezpieczne warunki pracy. Przyjmuje się, że bezpieczeństwo pacjentów zależy w znacznej mierze od sprawności urządzeń medycznych i ich prawidłowej konserwacji. W szpitalu należy zidentyfikować wszelkie posiadane i wykorzystywane substancje i materiały niebezpieczne, które mogą stanowić zagrożenie dla pacjentów, odwiedzających lub personelu. W odniesieniu do stosowania wyrobów medycznych podkreśla się, że jeżeli producent wyrobu medycznego określił zasady i częstotliwość przeglądów serwisowych to szpital powinien postępować zgodnie z tymi zaleceniami. Jeśli natomiast ustalenie wymogów producenta nie jest możliwe, wówczas

powinno się wykonać przeglądy potwierdzające sprawność techniczną wyrobów medycznych według określonego harmonogramu. Serwisowane wyroby medyczne powinny posiadać dokumentację serwisową w formie paszportów, w których zamieszczone są informacje na temat przeprowadzanych wizyt serwisowych, wykonanych naprawach, a także terminach kolejnych wizyt.

Wymienione aspekty zarządzania szpitalem powinny obejmować wszystkie jego jednostki organizacyjne – oddziały i zakłady oraz powinny być realizowane przez ich ordynatorów i kierowników, oczywiście w stosownych granicach określonych zakresami czynności.

3. Problematyka statusu ordynatora oddziału w strukturze organizacyjnej podmiotu leczniczego

Zgodnie z obowiązującym zarządzeniem Ministra Zdrowia z dnia 12 maja 1953 r. w sprawie ustalenia samodzielnych stanowisk w zakładach społecznych służby zdrowia (M. P. z 1953 r., Nr A.–53, poz. 596) ordynator jest samodzielnym stanowiskiem w zakładach opieki zdrowotnej, podobnie jak dyrektor, wicedyrektor, kierownik zakładu opieki zdrowotnej, kierownik apteki, kierownik pracowni lub zakładu, przełożona (instruktorka) pielęgniarek, a także pielęgniarka oddziałowa.

W piśmiennictwie, w odniesieniu do charakteru prawnego stanowisko ordynatora można dostrzec pogląd ukształtowany w drodze wykładni historycznej (z odniesieniem się do zapisów „Regulaminu pracy ordynatora szpitala”, stanowiącego część „Regulaminów szpitalnych – załącznika do instrukcji nr 35/61 Ministra Zdrowia i Opieki Społecznej z dnia 9 czerwca 1961r.), zgodnie z którym ordynator ponosi odpowiedzialność za całokształt działalności oddziału, tj. działalność leczniczą, administracyjną i gospodarczą, w tym właściwe leczenie chorych, jest bezpośrednim zwierzchnikiem personelu zatrudnionego w oddziale, kieruje pracą lekarzy specjalizujących się na jego oddziale, zapewnia im właściwe warunki do pracy, a nade wszystko jest osobą pełniącą funkcję kierownika części zakładu pracy. Tym samym z uwagi na szczególną pozycję ordynatora na oddziale ponosi on odpowiedzialność za jakość procesu leczniczego i opieki medycznej oraz za leczenie chorych na powierzonym mu oddziale³.

W literaturze prawnomedycznej podnosi się, że obecnie żaden przepis nie definiuje pojęcia „ordynator”, niemniej jednak w języku potocznym stanowisko to utożsamiane jest od lat z lekarzem kierującym oddziałem, nadzorującym pracę innych osób z personelu medycznego w danej jednostce organizacyjnej. Ustawodawca względem kandydatów na to stanowisko prze-

³ D. Karkowska, *Zawody medyczne*, s. 372; Z. Kubot, *Ordynatorskie i nieordynatorskie systemy...*, s. 19–28.

widział wyłącznie wymagania w zakresie specjalistycznej wiedzy medycznej i doświadczenia zawodowego lekarza, nie przewidział natomiast odpowiednich wymagań co do gwarancji należytego pełnienia funkcji administracyjnych czy gospodarczych. Mimo to praca ordynatora charakteryzuje się swobodą w planowaniu działania podległego personelu, tj. dużym zakresem możliwości kierowania zachowaniami lekarzy, wynikającymi z braku ujednoczonych, klinicznych algorytmów postępowania i współuczestnictwie w nadzorowaniu odbywania stażu podyplomowego. Ordynator nie decyduje przy tym o normach zatrudnienia lekarzy, pielęgniarek i położnych na swoim oddziale (jest to domena decyzji kierownika podmiotu leczniczego). W praktyce system ordynatorski – w zależności od podstawy zatrudnienia ordynatora lub podległych mu organizacyjnie pracowników – może działać w trzech odmianach: tradycyjnego systemu ordynatorskiego, systemu ordynatorskiego z lekarzami kontraktowymi i systemu *quasi*-ordynatorskiego. W każdym z tych systemów sposób zarządzania oddziałem wygląda inaczej, tak w przedmiocie roli i zadań kierownika, jak i lekarzy udzielających świadczeń zdrowotnych. Jednocześnie w odniesieniu do relacji ordynatora z personelem pielęgniarskim zauważa się, że chociaż żaden przepis nie stanowi, iż pielęgniarka czy położna wykonuje czynności zawodowe pod nadzorem ordynatora czy innego lekarza, niemniej jednak współpraca ta warunkuje prawidłową działalność oddziału. Powinna ona być jednak oparta na więzi funkcjonalnej, nie zaś służbowej⁴.

Zagadnieniem, które ma istotne znaczenie z punktu widzenia odpowiedzialności karnej ordynatora za zaniedbania w procesie leczenia pacjentów, jest samodzielność tego stanowiska w strukturze podmiotu leczniczego. Należy jednak wyraźnie podkreślić w tym względzie, że samodzielność stanowiska ordynatora nie może być utożsamiana z samodzielnością wykonywania zawodu lekarza.

Samodzielność zawodu medycznego, a więc również samodzielność zawodu lekarza, w piśmiennictwie utożsamiana jest z autonomią decyzyjną w zakresie wszechstronnego kształtowania własnej sytuacji, prawem decydowania o sposobie realizacji celów wyznaczonych przez system ochrony zdrowia, a także swobodą wyboru sposobów i metod wykonywania zawodu oraz kształtowania stosunków z innymi podmiotami. Niezależne lub samodzielne wykonywanie zawodu lekarza ujmowane jest też jako wykonywanie zawodu w oparciu o własne (osobiste) zdolności i umiejętności zawodowe

⁴ D. Karkowska, *Zawody medyczne*, s. 371–378. W przedmiocie statusu prawnego ordynatora zob. również M. Nesterowicz, *Odpowiedzialność cywilna zakładu opieki zdrowotnej za lekarza jako podwładnego*, PiP 2008, nr 9, s. 3–15; E. Zielińska, *Wzajemne relacje w zespołowym działaniu medycznym w aspekcie odpowiedzialności karnej i zawodowej*, PiM 2001, nr 9, s. 38 i nast.; M. Rogalski, *Prawnokarna definicja funkcjonariusza publicznego oraz osoby pełniącej funkcję publiczną w administracji samorządowej*, ST 2005, nr 3, s. 32–39.

danego podmiotu, według kryteriów gwarantujących niezależność intelektualną, bez formalnego podporządkowania woli osób trzecich i nieingerowanie w metody działania stosowane w obrębie zawodu oraz brak wpływu ze strony władzy publicznej lub innych podmiotów. Samodzielność wykonywania zawodu łączy się też z formą organizacyjno-prawną wykonywania zawodu i z osobistym wykonywaniem czynności zawodowych⁵. Samodzielność wykonywania zawodu lekarza sprowadza się do zachowania pewnej niezależności w procesie leczenia, diagnozy i terapii. Wynika to bezpośrednio z okoliczności posiadania przez osoby uprawnione do wykonywania tej profesji odpowiednio wysokich kwalifikacji zawodowych, podejmowania decyzji terapeutycznych na podstawie specjalistycznej wiedzy oraz nabytych w trakcie kształcenia zawodowego umiejętności i doświadczenia.

Samodzielność wykonywania zawodu lekarza, jak i każdego innego zawodu medycznego, ma charakter względny i jest ograniczone nie tylko przepisami prawa i autonomią pacjenta w zakresie współdecydowania o kierunku leczenia, ale również zwierzchnictwem ordynatora. Niezależność zawodowa lekarza w zakresie sztuki medycznej nie sprzeciwia się bowiem stwierdzeniu stosunku podporządkowania. Zasadnym jest wniosek, że jakiegokolwiek podporządkowanie administracyjne czy służbowe i wynikające stąd konsekwencje prawne nie przeczą samodzielności zawodu. Pojęcie podporządkowania rozumie się szeroko, uznając za wystarczające stwierdzenie „ogólnego” czy też „ogólno-organizacyjnego” kierownictwa, jak również ogólnego charakteru wiążących wskazówek. Istotne w tym względzie jest zatem występowanie relacji zwierzchnictwa i podporządkowania, bowiem z jednej strony zachodzić musi kierownictwo, a z drugiej obowiązek stosowania się do wskazówek powierzającego czynność. Tym samym lekarz, mimo dalece posuniętej samodzielności w zakresie wyboru sposobów leczenia pacjenta, jest podmiotem podlegającym kierownictwu organizacyjnemu zakładu opieki zdrowotnej i ma obowiązek stosowania się do jego wskazówek w zakresie organizacji pracy⁶. W orzecznictwie Sądu Najwyższego przyjęto jednak zasadę, zgodnie z którą specyfika pracy lekarza może uzasadniać zmianę (niewykonanie) zaleceń ordynatora dotyczących sposobu leczenia pacjenta. Zasadnicze znaczenie zawsze stanowi bowiem dobro (zdrowie) pacjenta. Na gruncie prawa cywilnego i prawa pracy z jednej strony przyjmuje się, że to ordynator jest odpowiedzialny za wyniki i sposób leczenia oraz stan zdrowia pacjen-

⁵ D. Karkowska, *Zawody medyczne*, s. 301–303.

⁶ Por. wyrok SN z dnia 26 stycznia 2011 r., sygn. IV CSK 308/10, LEX nr 784320; wyrok Sądu Apelacyjnego w Łodzi z dnia 18 marca 2013 r., sygn. I A Ca 852/12, LEX nr 1313338; wyrok SA w Szczecinie z dnia 29 czerwca 2015 r., sygn. I ACa 221/15, LEX nr 1798729; wyrok SA w Szczecinie z dnia 27 listopada 2014 r., sygn. I ACa 511/14, LEX nr 1659133; wyrok SA w Krakowie z dnia 29 października 2014 r., sygn. I ACa 1028/14, LEX nr 1659057; wyrok SA w Białymstoku z dnia 20 stycznia 2010 r., sygn. I ACa 571/09, LEX nr 1164166;

tów, zaś jego polecenia dotyczące leczenia mają, co do zasady, charakter wiążący. Z drugiej jednak strony niewykonanie polecenia ordynatora może być uzasadnione przede wszystkim zmianą stanu zdrowia pacjenta oraz innymi okolicznościami natury organizacyjnej czy technicznej⁷.

Ordynator z racji wykonywania profesji lekarza dysponuje samodzielnością wykonywania tego zawodu na takich samych zasadach jak podległy mu personel. Niemniej jednak stanowisko ordynatorskie charakteryzuje się przymiotem autonomii zdecydowanie rozszerzającym granice tej samodzielności o inne aspekty. W ujęciu strukturalnym podmiotu leczniczego sprawdza się on do włączenia ordynatora do ścisłego kierownictwa szpitala i zawężenia kręgu przełożonych do dyrektora naczelnego (kierownika) podmiotu i jego zastępcy ds. leczenia. W ujęciu zarządczym (administracyjnym) samodzielność stanowiska ordynatora sprawdza się do autonomii decydowania o sposobach i metodach realizacji określonego zadania przypisanego do oddziału szpitalnego, w ramach możliwości posiadanej bazy klinicznej (np. prawo ingerencji w proces leczenia i podejmowanie decyzji o zmianie metod terapeutycznych lub diagnostycznych, a nawet zmianie lekarza leczącego danego pacjenta, decydowanie o obsadzie dyżurowej, ustalanie określonych metodyki i form opieki nad pacjentami, czy też decydowanie o użytkowaniu wyrobów medycznych i stosowaniu leków). Samodzielność stanowiska ordynatora ma zatem ułatwiać mu osiąganie celów nakreślonych regulaminem organizacyjnym lub poleceniami bezpośrednich przełożonych. Z przedmiotową autonomią niewątpliwie wiążą się też ryzyko działań i decyzji ordynatora oraz odpowiedzialność płynąca z tego tytułu. Wyrazem samodzielności stanowiska ordynatora jest w szczególności jego obsadzanie w drodze konkursu, o czym stanowią art. 49 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 15 kwietnia 2011 r. o działalności leczniczej (tekst jedn. Dz. U. z 2016 r., poz. 1638) oraz przepisy rozporządzenia Ministra Zdrowia z dnia 6 lutego 2012 r. w sprawie sposobu przeprowadzania konkursu na niektóre stanowiska kierownicze w podmiocie leczniczym niebędącym przedsiębiorcą (Dz. U. z 2012 r., poz. 182), co ma zapewniać powierzanie obowiązków związanych z zarządzaniem oddziałem wyłącznie lekarzom posiadającym wysokie kwalifikacje i wybitne predyspozycje zawodowe.

Zakresy czynności ordynatora oddziału sporządzane są w szpitalach z uwzględnieniem specyfiki danego podmiotu leczniczego i jego struktury organizacyjnej, profilu prowadzonej działalności leczniczej oraz rodzaju i zakresów udzielanych świadczeń zdrowotnych. Wskazać jednak należy, że obowiązki ordynatora mają co do zasady stwierdzić należy, że obowiązki ordynatora mają charakter:

⁷ Por. wyrok SN z dnia 11 stycznia 2011 r., sygn. I PK 152/10, LEX nr 1120329.

- 1) nadzorczy, przy czym nadzór ordynatorski i koordynacja pracy oddziału obejmuje na ogół następujące kwestie:
 - a) przestrzeganie godzin pracy przez personel udzielający świadczeń zdrowotnych w oddziale szpitalnym i poradni ambulatoryjnej opieki specjalistycznej – jeżeli taka funkcjonuje w szpitalu,
 - b) terminowość wykonywania przez podległy personel lekarski wszystkich niezbędnych zabiegów i badań pomocniczych zleconych pacjentom,
 - c) właściwe prowadzenie gospodarki lekami, krwią, preparatami krwiopochodnymi, środkami odurzającymi i psychotropowymi oraz artykułami sanitarnymi stosowanymi w oddziale, w tym również prawidłowość stosowania i podawania pacjentom leków, środków odurzających i psychotropowych oraz poprawność sporządzania remanentów apteczki oddziałowej,
 - d) prawidłowość i rzetelność prowadzenia, przechowywania i udostępniania przez personel oddziału dokumentacji medycznej, zwłaszcza niezbędnych z punktu widzenia ciągłości udzielania świadczeń zdrowotnych historii choroby, księgi raportów lekarskich, księgi zabiegów, księgi transfuzji, księgi środków odurzających i psychotropowych, w tym również przestrzeganie tajemnicy medycznej i ochronę danych osobowych pacjentów leczonych w oddziale,
 - e) utrzymanie w prawidłowym stanie wyposażenia, zarówno medycznego jak i gospodarczego, znajdującego się w oddziale, w tym zgłaszanie wszelkich awarii i usterek w działaniu wyrobów medycznych pozostających na stanie oddziału,
 - f) prawidłowość procesu pielęgnowania chorych hospitalizowanych w oddziale, przestrzeganie godzin odwiedzin pacjentów hospitalizowanych oraz poprawność relacji personelu szpitalnego z pacjentami i ich rodzinami.
- 2) kontrolny, obejmujący w szczególności bieżącą kontrolę zużycia leków i artykułów sanitarnych w oddziale, stopień zabezpieczenia, przechowywania, ordynacji i ewidencji środków odurzających i psychotropowych będących na stanie oddziału, rzetelność prowadzenia księgi inwentarzewej dla oddziału, jak również kontrolę właściwego wykonania przez personel pielęgniarski zleceń lekarskich i pielęgnowania chorych,
- 3) informacyjny i konsultacyjny, polegający np. na przekazywaniu lekarzowi pełniącemu dyżur medyczny właściwych informacji o stanie zdrowia pacjentów hospitalizowanych w oddziale celem podjęcia lub kontynuowania najbardziej efektywnej diagnostyki lub terapii chorych, jak również na omawianiu z podległym personelem lekarskim wybranych przypadków chorobowych, sposobu ustalenia rozpoznania i metod ich leczenia,

- 4) organizacyjny, w ramach których to obowiązków ordynator oddziału opracowuje i przygotowuje materiały wyjściowe do przeprowadzenia procedury zamówień publicznych na zrealizowanie wnioskowanego zaopatrzenia, bierze udział w tych postępowaniach w charakterze eksperta, wnioskuje w sprawach zaopatrzenia oddziału w leki, sprzęt medyczny i artykuły sanitarne niezbędne do prawidłowego funkcjonowania oddziału, a także racjonalnie korzysta z dysponowanego majątku oraz przydzielonych oddziałowi środków rzeczowych, finansowych i dokumentów,
- 5) leczniczy, skupiający się w szczególności na:
 - a) udzielaniu pacjentom pomocy medycznej, zgodnie z aktualnym stanem wiedzy medycznej, posiadany doświadczeniem i kwalifikacjami, z wykorzystaniem bazy klinicznej oddziału i jego możliwości technicznych,
 - b) dokonywaniu obchodu chorych w oddziale,
 - c) przeprowadzaniu badania oraz ustalaniu rozpoznania i kierunku leczenia nowo hospitalizowanych pacjentów, w tym na udzielaniu właściwej pomocy lekarskiej (z tym wszak zastrzeżeniem, że ordynator może zlecić obowiązek realizacji tego zadania innemu podległemu lekarzowi),
 - d) udzielaniu kwalifikowanej pomocy w nagłych wypadkach i zachorowaniach,
 - e) udzielaniu pacjentowi lub jego rodzinie bezpośredniej konsultacji lub za pośrednictwem podległych sobie lekarzy w innych oddziałach,
- 6) porządkowy w zakresie dyscypliny pracy, gdzie ordynator oddziału:
 - a) ustala organizację pracy oddziału, a także dokonuje podziału czynności w zakresie zadań oddziału określonych w przyjętym regulaminie porządkowym (organizacyjnym) ze szczególnym uwzględnieniem całodobowych świadczeń zdrowotnych, w tym również określa zakres czynności lekarzy dyżurnych,
 - b) ustala harmonogramy dyżurów medycznych zgodnie z obowiązującymi przepisami oraz przedkłada je do zatwierdzenia bezpośredniemu przełożonemu,
 - c) kieruje podległych lekarzy do realizacji ambulatoryjnych świadczeń zdrowotnych w przychodni z zakresu opieki specjalistycznej, a także zapewnia ciągłość pracy poradni – jeżeli taka funkcjonuje w szpitalu,
 - d) wydaje polecenia podległemu personelowi lekarskiemu w zakresie przydzielonych zadań służbowych, udziela wskazówek i wytycznych co do sposobu ich wykonania,
 - e) dba o dyscyplinę pracy, zwłaszcza w zakresie właściwego poziomu opieki lekarsko-pielęgniarskiej nad pacjentami, przestrzeganiem zasad etyki lekarskiej i praw pacjenta,

- f) czuwa nad przestrzeganiem przez podległy personel reżimu sanitarnego, zasad bezpieczeństwa i higieny pracy oraz ochrony przeciwpożarowej, a także określa i zgłasza potrzeby w zakresie szkoleń podległych lekarzy w ww. obszarze,
- 7) statystyczny i sprawozdawczy, polegający na terminowym i rzetelnym opracowywaniu dokumentów statystycznych oddziału zgodnie z obowiązującymi przepisami, m.in. w celu rozliczenia świadczeń zdrowotnych z Narodowym Funduszem Zdrowia, prawidłowym sprawozdawaniu danych wprowadzanych do sieci informatycznej, a także przedstawianiu bezpośredniemu przełożonemu sprawozdań z działalności oddziału i bieżące sygnalizowanie o problemach wymagających rozwiązania.

Na podstawie rodzajów i specyfiki obowiązków przypisanych do stanowiska ordynatora oddziału szpitalnego zasadnym jest wskazanie, że nie reprezentuje on podmiotu leczniczego ani jego jednostek organizacyjnych na zewnątrz, nie zawiera w jego imieniu zobowiązań, ma też ograniczony wpływ na prowadzenie polityki kadrowej, finansowej i gospodarczej szpitala. Co do zasady nie ponosi on odpowiedzialności za działania podmiotu leczniczego w zakresie, w jakim funkcjonuje on w obrocie prawnym, trudno bowiem przypisać ordynatorowi np. odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Tutaj właściwą osobą jest kierownik podmiotu leczniczego, o czym przesądza brzmienie art. 4 ust. 2 u.d.l. oraz art. 46 ust. 2 u.d.l.

Do ważniejszych zadań przynależnych do stanowiska zastępcy dyrektora ds. lecznictwa, w niektórych szpitalach zwanego też zastępcą dyrektora ds. medycznych lub – zwyczajowo – „dyrektorem medycznym”, zaliczają się opracowywanie, w uzgodnieniu z dyrektorem naczelnym – kierownikiem podmiotu leczniczego, modelu funkcjonalnego tego podmiotu w obszarach organizacji, zatrudnienia kadry medycznej oraz wyposażenia oddziałów w sprzęt i aparaturę medyczną, zatwierdzanie harmonogramów czasu pracy personelu lekarskiego w jednostkach i komórkach organizacyjnych szpitala, a także przedstawianie dyrektorowi naczelnemu – kierownikowi podmiotu leczniczego sprawozdań z działalności pionu medycznego szpitala i bieżące sygnalizowanie o problemach wymagających rozwiązań. Do zadań zastępcy dyrektora ds. lecznictwa należy również dokonywanie okresowych wizytacji jednostek i komórek organizacyjnych podmiotu leczniczego w zakresach zapewnienia odpowiedniego poziomu usług medycznych świadczonych w szpitalu, oceny stanu porządkowego i higieniczno-sanitarnego pomieszczeń szpitalnych, rzetelności i terminowości prowadzenia dokumentacji medycznej, sposobów jej przechowywania i archiwizowania. Zastępca dyrektora ds. lecznictwa na ogół sprawuje bezpośredni nadzór nad sprawozdawczością medyczną, w tym jej prowadzeniem w formie elektronicznej, odpowiada za racjonalne wykorzystanie łóżek szpitalnych, urządzeń oraz wyposażenia medycznego, prowadzi bieżący nadzór nad gospodarką lekami i artyku-

łami sanitarnymi i podejmuje w tym względzie odpowiednie działania dla zapewnienia prawidłowej gospodarki lekami i artykułami sanitarnymi. Wreszcie omawiane stanowisko wiąże się najczęściej z prawem wydawania poleceń, udzielaniem wskazówek i wytycznych podległym pracownikom w zakresie przydzielonych im zadań służbowych, przy czym uprawnienie to dotyczy zarówno ordynatorów i kierowników oddziałów, zakładów, poradni i pracowni szpitalnych, jak i personelu medycznego podległego ordynatorom i kierownikom ww. jednostek organizacyjnych.

Jak wynika z powyższego udział w zarządzaniu podmiotem leczniczym jest dużo większy w przypadku zastępcy dyrektora ds. lecznictwa i obejmuje cały obszar działalności leczniczej, tj. organizację warunków do udzielania świadczeń opieki zdrowotnej, jak i uczestnictwo – w pewnym stopniu – w procesie leczenia pacjentów. Zasadnym wydaje się jednak przyjęcie, iż w ostatniej z wymienionych materii rola zastępcy dyrektora ds. lecznictwa jest ograniczona wyłącznie do działań nadzorczych i ogólnej oceny prawidłowości postępowania personelu medycznego, w tym ordynatora, w konkretnych przypadkach klinicznych. Na tej zasadzie powinien on stale weryfikować przestrzeganie przez podległych mu pracowników medycznych zasad zapobiegania i zwalczania zakażeń szpitalnych, przestrzegania praw pacjenta (np. co do zakresu udzielanych informacji na temat proponowanych metod leczenia i odbierania zgody na wykonywanie zabiegu), przestrzegania zasad prawidłowego zarządzania wyrobami medycznymi i gospodarowania lekami, czy też respektowania obowiązujących przepisów prawnych regulujących zasady wykonywania zawodów medycznych i udzielania pacjentom świadczeń zdrowotnych, w tym zasady etyki zawodowej.

W odróżnieniu od ordynatora, zastępca dyrektora ds. lecznictwa – korzystając z prawa wydawania poleceń służbowych, wskazówek czy wytycznych – nie powinien jednak ingerować w proces terapeutyczny czy diagnostyczny danego pacjenta. Jest to podyktowane brakiem sprawowania bezpośredniej czy nawet pośredniej opieki nad chorym, brakiem znajomości przebiegu choroby, zgłaszanych dolegliwości lub wyników dotychczasowych badań, ale nade wszystko – w większości przypadków – brakiem wymaganej wiedzy specjalistycznej czy doświadczenia zawodowego. Trudno sobie bowiem wyobrazić bezpieczną dla pacjenta ingerencję w przebieg procesu diagnostycznego czy terapeutycznego na oddziale np. położniczym, zastępcy dyrektora ds. lecznictwa posiadającego specjalizację z zakresu okulistyki. Wydawanie takich poleceń nie może być uznane za wiążące dla ordynatora, który ponosi odpowiedzialność za organizację hospitalizacji chorych o ściśle określonym spektrum dolegliwości. W relacjach zastępcy dyrektora ds. lecznictwa – ordynator w obszarze leczenia pacjentów istotne znaczenie ma współpraca osób zajmujących te stanowiska. Zadaniem ordynatora jest zatem monitorowanie przebiegu leczenia pacjenta na podległym mu oddziale

oraz ocena prawidłowości postępowania lekarzy i rzeczywistych możliwości wykorzystania posiadanych środków i zasobów do osiągnięcia stawianego celu terapeutycznego. W przypadku stwierdzenia braku wystarczających warunków do podjęcia lub kontynuacji leczenia konkretnego pacjenta, czy to z powodu braku odpowiednich wyrobów medycznych czy leków, czy też z powodu braku kadry o odpowiednich kwalifikacjach i doświadczeniu, ordynator powinien okoliczności te niezwłocznie zgłosić bezpośrednio przełożonemu, czyli zastępcy dyrektora ds. lecznictwa. Ten zaś jest wówczas zobligowany do zapewnienia odpowiednich warunków technicznych i osobowych w celu efektywnego udzielenia świadczenia zdrowotnego lub bezpiecznego dla pacjenta zorganizowania jego transportu do podmiotu leczniczego, który takie warunki posiada.

Konkludując tę część wyводу zasadnym wydaje się stwierdzenie, że o ile ordynator ponosi odpowiedzialność za organizację leczenia na oddziale szpitalnym, o tyle zastępca dyrektora ds. lecznictwa odpowiedzialny jest za zarządzanie sensu largo zasobami kadrowymi i ludzkimi podmiotu leczniczego w sposób umożliwiający prawidłowe wypełnianie obowiązków przez ordynatora oddziału, np. poprzez uczestnictwo w procesie inwestycyjnym ukierunkowanym na kształtowanie (utrzymanie) danego modelu funkcjonalnego szpitala i podejmowanie działań w celu zaopatrzenia w niezbędne sprzęt i aparaturę medyczną, artykuły medyczne, farmaceutyczne, żywnościowe i gospodarcze. Zarządzanie oddziałem szpitalnym należy zatem odzielić od problematyki kierowania podmiotem leczniczym.

4. Granice odpowiedzialności karnej ordynatora oddziału za nieprawidłowości w leczeniu pacjentów w ujęciu błędu organizacyjnego podmiotu leczniczego

Pojęcie błędu organizacyjnego podmiotu leczniczego jest złożone. Koncepcje traktujące błąd organizacyjny jako rodzaj błędu medycznego wiążą go z wadliwą organizacją pracy w danej jednostce medycznej. Wyróżnia się wówczas trzy kategorie tego błędu: 1) błąd popełniony w wyniku niepoprawnej pracy zespołu, 2) niepoprawne przechowywanie leków, niewłaściwe ich oznaczenie czy też brak troski o sterylność narzędzi, opatrunków itp., 3) błędy dokonywane przez kierowników dużych zespołów, lekarzy wojewódzkich, czy też osoby kierujące resortem zdrowia⁸. Błąd organizacyjny jest różnie definiowany w piśmiennictwie medycznym i prawniczym. Najczęściej jednak pod pojęciem błędu organizacyjnego rozumie się wadliwą organizację pomocy lekarskiej, która nie pozostaje bez wpływu na stan zdrowia pacjenta,

⁸ D. Korytkowska, Pojęcie błędu medycznego i zdarzenia medycznego, *Acta Universitatis Lodzianis – Folia Oeconomica* 2012, nr 274, s. 65.

przy czym chodzi tutaj jednak nie tylko o organizację działania całej placówki medycznej, ale także o nadzór nad poszczególnymi zespołowo wykonywanymi czynnościami leczniczymi (np. nadzór chirurga nad personelem pomocniczym w trakcie przeprowadzania operacji)⁹. Tym samym do błędów organizacyjnych zaliczane są wszelkiego rodzaju niepoprawne decyzje kierowników zespołów tj. ordynatorów, kierowników zespołów operacyjnych, szefów laboratoriów i pracowni diagnostycznych, wadliwe decyzje osób kierujących szpitalami, specjalistycznymi szpitalami czy nawet osób odpowiadających za organizację opieki zdrowotnej na szczeblu regionu i kraju¹⁰. W literaturze wśród najczęstszych przyczyn błędów organizacyjnych wskazuje się natomiast np. niepoprawną pracę zespołu medycznego, wadliwie zorganizowaną przez kierownika tegoż zespołu, nieprawidłowe przechowywanie leków i wadliwe ich oznaczenie, brak dbałości o sterylność narzędzi, zaniedbania w zakresie organizacji bezpieczeństwa higieny i opieki nad chorym podczas jego pobytu w zakładzie leczniczym, brak odpowiedniej dla działania szpitala liczby doświadczonych lekarzy i specjalistów, ograniczanie lekarzy w wyborze środków lekarskich lub technicznych, a także wadliwe rozmieszczenie chorych w salach szpitalnych¹¹.

Niewątpliwie ordynator oddziału szpitalnego dopuszcza się błędu organizacyjnego w przypadkach, w których np. nie monitoruje przestrzegania przez podległy mu personel medyczny godzin pracy, co powoduje niemożność wykonania określonych procedur medycznych z uwagi na brak wystarczającej liczby personelu w danej chwili i osłabia nadzór medyczny nad pacjentami hospitalizowanymi w oddziale (zwłaszcza pacjentami po zabiegach chirurgicznych), nie nadzoruje poziomu zużycia i przydatności leków wykorzystywanych przez personel oddziału i sprawności sprzętu medycznego (aparatury medycznej), co prowadzi do ograniczenia liczby wykonywanych zabiegów, tudzież nie nadzoruje prawidłowości dokonywania wpisów w dokumentacji medycznej, co utrudnia leczenie pacjentów na innych oddziałach lub w innych szpitalach.

⁹ *Ibidem*, s. 277. Tak też Z. Marek, *Błąd medyczny. Odpowiedzialność etyczno-deontologiczna i prawna lekarza*, Kraków 2007, s. 76 i nast.

¹⁰ A. Engler-Jakubiak, *Organizacyjny błąd medyczny*, Zeszyty Naukowe Ostrołęckiego Towarzystwa Naukowego 2013, nr 27, s. 277–278. W przedmiocie błędu organizacyjnego zob. również L. Podciechowski, A. Królikowska, P. Hincz, J. Wilczyński, *Organizacyjny błąd medyczny*, *Perinatologia, Neonatologia, Ginekologia* 2009, t. 2, nr 4, s. 289. M. Filar, S. Krześ, E. Marszałkowska-Krześ, P. Zaborowski, *Odpowiedzialność lekarzy i zakładów opieki zdrowotnej*, Warszawa 2004, s. 152; A. Liszewska, *Odpowiedzialność karna za błąd w sztuce lekarskiej*, Kraków 1998, s. 28, 154, 190 i nast.; *idem*, *Odpowiedzialność karna lekarza za błąd w sztuce lekarskiej*, *Edukacja Prawnicza* 2009, nr 5, s. 1007 i nast.

¹¹ A. Engler-Jakubiak, *Organizacyjny błąd medyczny*, s. 278–282.

Punktem wyjścia do dalszych rozważań powinien być ugruntowany w orzecznictwie pogląd, zgodnie z którym odpowiedzialność lekarza–gwaranta na płaszczyźnie np. art. 160 k.k., nie musi polegać tylko na popełnieniu przez niego błędu diagnostycznego czy medycznego, ale może przybierać formę różnych innych podejmowanych albo zaniechanych przez niego czynności, narażających człowieka na bezpośrednie niebezpieczeństwo utraty życia albo ciężkiego uszczerbku na zdrowiu¹². Z powyższego wynika, że ordynator oddziału szpitalnego może w niektórych przypadkach związanych z zaniedbaniami w leczeniu pacjenta ponosić odpowiedzialność karną za błąd organizacyjny i to niezależnie od winy w tym zakresie lekarza bezpośrednio sprawującego opiekę nad chorym, czy innych członków ścisłego kierownictwa szpitala (kierownika i jego zastępcy ds. lecznictwa). Przykładów takich dostarcza m.in. praktyka orzecznicza sądów w sprawach karnych, w których skazanymi byli lekarze zajmujący właśnie stanowisko ordynatora określonego oddziału.

Jedną z sytuacji, w której lekarzowi pełniącemu funkcję ordynatora oddziału szpitalnego można postawić zarzut popełnienia przestępstwa z art. 160 § 1 k.k. jest zlecenie przez niego wykonywania badań pacjentów czy odczytywania wyników badań osobom, które nie są do tego merytorycznie przygotowane, czy to z uwagi na brak odpowiednich kwalifikacji lub wykształcenia (np. lekarzowi–rezydentowi albo studentowi medycyny odbywającemu praktyki zawodowe w oddziale), czy to z racji braku wystarczającego doświadczenia zawodowego (np. lekarzowi dopiero rozpoczynającemu specjalizację). Taka okoliczność niewątpliwie może doprowadzić do zagrożenia życia i zdrowia hospitalizowanego pacjenta i stwarza ryzyko popełnienia błędu diagnostycznego przez podwładnego¹³. Niedopuszczalne z punktu

¹² Por. wyrok SN z dnia 3 września 2013 r., sygn. WK 14/13, LEX nr 1375270.

¹³ Do takiej sytuacji doszło w sprawie rozpatrywanej przez Sąd Okręgowy w P. pod sygn. IV Ka 944/14, w której ordynator oddziału położniczo-ginekologicznego jednego ze szpitali, na którym ciążył obowiązek opieki nad osobami narażonymi na niebezpieczeństwo, nieumyślnie naraził dwa płody noszone przez pacjentkę w 35/36 tygodniu ciąży na bezpośrednie niebezpieczeństwo utraty życia albo ciężkiego uszczerbku na zdrowiu. Przy jednej z kolejnych hospitalizacji, gdy pacjentka ponownie zgłosiła się do szpitala z objawami mogącymi wskazywać na przedwczesne odklejanie się łożyska, ordynator po badaniu USG zlecił ponowne badanie KTG, jednakże osobie nieuprawnionej, która nie umiała odczytywać wyniku tego badania. Sam zainteresował się wynikiem badania dopiero po godzinie, gdy tymczasem przebieg badania wymagał przerwania zapisu już po kilkunastu minutach i podjęcia decyzji o wykonaniu cesarskiego cięcia, gdyż wskazywał na oddzielenie się łożyska od macicy. W ocenie Sądu wyniki obu badań KTG jednoznacznie wskazywały zagrożenie wewnątrzmacicznym niedotlenieniem obu płodów noszonych przez oskarżycielkę posiłkową. Na tej podstawie można racjonalnie domniemywać, iż gdyby ordynator w ogóle zainteresował się wynikiem badania KTG oraz na bieżąco kontrolował przebieg badania KTG osobiście lub za pośrednictwem kompetentnej osoby, nie miałby żadnych problemów z rozpoznaniem stanu zagrożenia życia nienarodzonych dzieci pacjentki. Znamienny w opisywanej sprawie był fakt, iż powtórne zgłoszenie się pacjentki do szpitala z krwawieniem z dróg rodnych nie zmo-

widzenia wykonywania zawodu lekarza jest podchodzenie do podejmowanych czynności w sposób rutynowy, ignorowanie symptomatycznych objawów wskazujących na możliwość zagrożenia życia pacjenta, zlecenie nieuprawnionemu personelowi medycznemu wykonania badań, choćby nawet prawidłowych w danym przypadku klinicznym, jak również brak monitorowania w odpowiednim czasie ich wyników lub zupełny brak zainteresowania tymi wynikami. W orzecznictwie Sądu Najwyższego słusznie wskazuje się, że dla odpowiedzialności za występki z art. 160 k.k. nie ma znaczenia okoliczność, czy ostatecznie zaniechanie przez sprawcę działania było w stanie odwrócić niebezpieczeństwo dla życia i zdrowia pacjenta (zapobiec naruszeniu chronionego dobra). Wymaganym, a przez to wystarczającym znamięm tego występkę jest przecież skutek nie w postaci naruszenia dobra, ale w postaci konkretnego narażenia na niebezpieczeństwo. Lekarz – gwarant życia i zdrowia człowieka jest zobowiązany do tego, by odwracać niebezpieczeństwo dla życia lub zdrowia, a nie tylko do tego, by go nie zwiększać. Gwarant ma bowiem obowiązek wdrożyć wszystkie te działania, które w warunkach sytuacyjnych, w jakich działa, są według rekomendacji wynikających z aktualnego stanu wiedzy medycznej wymagane jako dające szansę na wykluczenie, ograniczenie czy neutralizację niebezpieczeństwa „pierwotnego” – a nie tylko takie, które mogą do tego prowadzić w sposób pewny¹⁴. Zakres obowiązków ciążących na gwarancie musi być bowiem definiowany w odniesieniu do tego momentu czasowego, w którym on działa, w oparciu o wtedy dostępne mu informacje o okolicznościach stanu faktycznego. W odniesieniu do tego momentu formułowane być powinny wnioski, co do zakresu realizacji tychże obowiązków i niebezpieczeństw, które wynikają z ich zaniechania¹⁵.

W praktyce sądowej do skazania lekarzy pełniących funkcję ordynatorów oddziałów szpitalnych dochodzi najczęściej w przypadkach, w których łączą oni obowiązki zarządcze z leczeniem pacjentów. W tej sytuacji błąd organizacyjny zbiega się na ogół z błędem w sztuce lekarskiej. Jedną z przyczyn nieprawidłowości jest bezkrytyczne wykonywanie przez personel medyczny poleceń ordynatora i brak decyzyjności w przedmiocie zmiany narzuconej przez przełożonego metody diagnostycznej lub terapeutycznej¹⁶. Zauważyć

tykowało ordynatora do sprawdzenia wyniku badania KTG sprzed ostatniego wypisu ze szpitala.

¹⁴ Zob. wyrok SN z dnia 21 sierpnia 2012 r., sygn. IV KK 42/12, LEX nr 1220930.

¹⁵ Zob. wyrok SN z dnia 8 czerwca 2010 r., sygn. III KK 408/09, LEX nr 598846.

¹⁶ Przykładem takiej sytuacji jest sprawa rozpatrywana kolejno przez Sąd Rejonowy w B., sygn. II K 1695/10, i Sąd Okręgowy w J., sygn. VI Ka 606/12, w której – zgodnie z postawionymi oskarżonym zarzutami – lekarz X nieumyślnie spowodował ciężkie uszkodzenie ciała pacjentki, przeprowadzając niezgodnie z zasadami wiedzy i sztuki lekarskiej drogą naturalną akcję porodową, poprzez nieprawidłowe wykonanie rękoczynów, które spowodowały okołoporodowe uszkodzenie splotu barkowego dziecka, natomiast ordynator Y popełnił błąd le-

należy, że lekarz ma obowiązek udzielać pomocy lekarskiej w każdym przypadku, gdy zwłoka mogłaby spowodować niebezpieczeństwo utraty życia, ciężkiego uszkodzenia ciała lub ciężkiego rozstroju zdrowia oraz w innych przypadkach niecierpiących zwłoki. W kontakcie z pacjentem lekarz zobowiązany jest ocenić nie tylko stan jego zdrowia na podstawie aktualnej diagnozy, ale także, w wypadku stwierdzenia zagrożenia, rozważyć prawdopodobieństwo jego zwiększenia. Jeśli przewidywany wzrost zagrożenia wskazuje na możliwość zaistnienia ww. niebezpieczeństwa, to pełniąc funkcję gwaranta, lekarz jest zobowiązany do niezwłocznego udzielenia właściwej pomocy medycznej. Wskazany obowiązek jest obowiązkiem prawnym jednak ma charakter ogólny, a dla przypisania odpowiedzialności karnej konieczne pozostaje ustalenie, iż na sprawcy ciążył prawny i szczególny obowiązek zapobiegnięcia skutkowi. Obowiązku takiego należy upatrywać np. w zakresie zobowiązań wynikających ze stosunku zatrudnienia w określonym szpitalu na konkretnym oddziale. Prawny, szczególny obowiązek zapobiegnięcia skutkowi powstaje wówczas w chwili podjęcia przez lekarza zatrudnienia, a aktualizuje się w chwili przystąpienia do pracy w oddziale. Przepisy porządkowe mogą doprecyzowywać tenże szczególny obowiązek, niemniej jednak sama wadliwa organizacja pracy w oddziale i niedopełnienie obowiązków nadzorczych przez ordynatora oddziału czy dyrekcję szpitala nie powodują zwolnienia lekarza z funkcji gwaranta i nie prowadzą do niemożności przypisania mu winy¹⁷.

karski polegający na zaniechaniu przeprowadzenia szczegółowych badań położniczych: wielkości płodu, pomiaru miednicy pacjentki oraz ultrasonograficznej biometrii płodu, co było podstawą do podjęcia niewłaściwej decyzji w zakresie metody narodzin dziecka. W ocenie sądów zaniechanie przez oskarżonego jako ordynatora oddziału pomiaru miednicy pokrzywdzonej w połączeniu z niewyczerpaniem wszystkich dostępnych badań położniczych pozwalających na oszacowanie masy płodu najbliższej rzeczywistej masie urodzeniowej było podstawą podjęcia niewłaściwej decyzji co do metody narodzin dziecka a tym samym skutkowało narażeniem pokrzywdzonych na bezpośrednie niebezpieczeństwo utraty życia, albo ciężkiego uszczerbku na zdrowiu. Lekarz X jako lekarz oddziału bezpośrednio podlegał ordynatorowi Y, co znajdowało potwierdzenie nie tylko w zakresie obowiązków oskarżonych, regulaminie oddziału ale również zostało wzięte pod uwagę w opinii biegłych z zakresu medycyny. Zdaniem sądów oskarżony X jako podwładny Y w pełni akceptował jego metody badań położniczych. Tymczasem w opisywanej sprawie jedynie ponowne dokładne zbadanie wymiarów miednicy pacjentki i ocenienie masy płodu wszystkimi dostępnymi badaniami mogły skutkować zmianą decyzji co do sposobu rozwiązania ciąży. Sądy zgodnie przyjęły, że okoliczność podległości służbowej oskarżonego X nie zwalniała go od odpowiedzialności karnej, skoro nie rozpoznał on – zgodnie z zasadami sztuki lekarskiej – powikłania w postaci dystocji barkowej i nie podjął w związku z tym stosownych działań.

¹⁷ Do takich konkluzji doszedł m.in. Sąd Okręgowy w Ś. w sprawie sygn. IV Ka 349/13, analizując podnoszoną przez oskarżonego lekarza systemu PRM wadliwą organizację pracy szpitalnego oddziału ratunkowego i odpowiedzialność regulaminową ordynatora za sprawność funkcjonowania SOR.

Rozpatrując odpowiedzialność ordynatora za bezpieczeństwo leczenia pacjentów w zarządzanym przez niego oddziale należy również wziąć pod uwagę zakres możliwych decyzji i ich mocy wiążącej względem innych pracowników szpitala. Problem ten może wystąpić w szczególności w przypadku żądania przeniesienia pacjenta na inny oddział celem podjęcia leczenia w innym zakresie, niż pierwotnie planowano przy przyjęciu do szpitala. Należy mieć na względzie, że kompetencje ordynatora nie obejmują uprawnień do arbitralnego zarządzenia przeniesienia pacjenta na inny oddział. W tym obszarze decyzję taką musiałby zaaprobować inny właściwy ordynator lub kierownik oddziału. W sytuacji odmowy decydujące byłoby stanowisko zastępcy dyrektora ds. lecznictwa, względnie kierownika podmiotu leczniczego. Obowiązkiem ordynatora jest zgłoszenie przełożonemu w odpowiednim momencie, że oddział nie posiada warunków i możliwości dalszego leczenia pacjenta, stwierdzona jednostka chorobowa wymaga podjęcia wysokospecjalistycznej procedury medycznej, co do której personel nie posiada wymaganego doświadczenia lub narzędzi, albo pacjent – przed rozpoczęciem leczenia – wymaga uprzedniej hospitalizacji na innym oddziale celem wyeliminowania chorób współistniejących, wydatnie komplikujących leczenie. Jeżeli bezpośredni przełożeni ordynatora zdecydują o pozostawieniu pacjenta na jego oddziale mimo zgłoszenia ww. okoliczności, to nie będzie można obarczyć go odpowiedzialnością za błąd organizacyjny. Nie wyklucza to oczywiście zarzutu popełnienia błędu w sztuce lekarskiej, jeżeli pacjent poniesie szkodę z innych przyczyn, np. postawienia niewłaściwej diagnozy, podjęcia nieprawidłowej decyzji o wykonaniu określonego zabiegu, czy jego przeprowadzeniu z naruszeniem zasad bezpieczeństwa (np. błąd techniczny podczas operacji). Natomiast nieprawidłowa organizacja pracy podmiotu leczniczego nie będzie w tym momencie obciążać ordynatora, jeżeli konieczność zmiany warunków hospitalizacji pacjenta zgłosił on zanim procesy chorobowe u pacjenta zdynamizowały się i zaczęły bezpośrednio zagrażać jego życiu lub zdrowiu¹⁸.

5. Podsumowanie

Ordynatorzy oddziałów szpitalnych zajmują istotną pozycję w strukturze zarządzania podmiotami leczniczymi. Z funkcją ordynatora związane są odpowiedzialność za właściwe leczenie chorych, kierowanie pracą lekarzy specjalizujących się w podległym mu oddziale i zapewnianie im właściwych warunków do pracy. Tym samym ordynator ponosi odpowiedzialność za ja-

¹⁸ Tak np. w sprawie rozpatrywanej przez Sąd Rejonowy w G., sygn. II K 2009/12, gdzie ordynatorowi oddziału chirurgii zarzucono zaniechanie przekazania pacjenta na oddział intensywnej opieki medycznej.

kość procesu leczniczego i opieki medycznej, bezpieczeństwo oraz leczenie chorych na powierzonym mu oddziale. Ordynator z racji wykonywania profesji lekarza dysponuje samodzielnością wykonywania tego zawodu na takich samych zasadach jak podległy mu personel. Niemniej jednak stanowisko ordynatorskie charakteryzuje się przymiotem autonomii zdecydowanie rozszerzającym granice tej samodzielności o inne aspekty. W ujęciu strukturalnym podmiotu leczniczego sprowadza się on do włączenia ordynatora do ścisłego kierownictwa szpitala i zawężenia kręgu przełożonych do dyrektora naczelnego (kierownika) podmiotu i jego zastępcy ds. leczenia. W ujęciu zarządczym (administracyjnym) samodzielność stanowiska ordynatora sprowadza się do autonomii decydowania o sposobach i metodach realizacji określonego zadania przypisanego do oddziału szpitalnego, w ramach możliwości posiadanej bazy klinicznej.

Obowiązki ordynatora mają charakter nadzorczy, kontrolny, informacyjny i konsultacyjny, organizacyjny, leczniczy, porządkowy w zakresie dyscypliny pracy, statystyczny oraz sprawozdawczy. Tak rozległy obszar zadań sprawia, że ordynator oddziału szpitalnego może w niektórych przypadkach związanych z zaniedbaniami w leczeniu pacjenta ponosić odpowiedzialność karną za błąd organizacyjny i to niezależnie od winy w tym zakresie lekarza bezpośrednio sprawującego opiekę nad chorym, czy innych członków ścisłego kierownictwa szpitala (kierownika i jego zastępcy ds. leczenia). Należy bowiem mieć na względzie, że dla przypisania lekarzowi popełnienia przestępstwa z art. 160 k.k. bez znaczenia pozostaje okoliczność, że pacjenta później badał inny lekarz, który np. dopuścił się błędu diagnostycznego. Oznacza to, że odpowiedzialność lekarza-gwaranta na płaszczyźnie np. art. 160 k.k., nie musi polegać tylko na popełnieniu przez niego błędu diagnostycznego czy medycznego, ale może przybierać formę różnych innych podejmowanych albo zaniechanych przez niego czynności, narażających człowieka na bezpośrednie niebezpieczeństwo utraty życia albo ciężkiego uszczerbku na zdrowiu. Czynności te mogą obejmować realizację powierzonych ordynatorowi obowiązków w zakresie zarządzania personelem oddziału, nadzorowania prawidłowości sprawowania opieki medycznej nad chorymi, jak również monitorowanie zasobów bazy klinicznej oddziału.

Head's of hospital ward criminal responsibility for negligent acts in the treatment of patients

Abstract

The main problem raised in the publication are the determinants of head of hospital ward criminal responsibility in the context of the so-called organizational medical error. This article attempts to determine how to shape the legal responsibility of the ordinator in the event of irregularities and negligence in the treatment of patients hospitalized in the subordinate hospital ward. Due to the nature of this issue, the publication presents in detail the issues of management of the medicinal entity, status of the ordinator in the organizational structure of the medicinal entity, types of duties of the ordinator, as well as independence of the medical profession and relations of the senior registrar – medical director of the hospital.

Key words

Organizational medical error, medical malpractice, head of hospital ward, management of medicinal entity, independence of medical profession.

Mariusz Paradowski

Spoleczno-prawne konsekwencje reformy systemu oświaty w Polsce

Streszczenie

Niniejszy artykuł zwraca uwagę na Społeczno-prawne konsekwencje reformy systemu oświaty w Polsce. Na wstępie definiuje on podstawowe pojęcia związane z systemem oświaty w Polsce. Dalej, wskazuje on na rys historyczny dotyczący struktury szkolnictwa na ziemiach polskich zwracając głównie uwagę na status prawny gimnazjów. Na zakończenie odnosi się on względem problematyki oświatowego prawa pracy ze szczególnym uwzględnieniem znaczenia likwidacji i przekształcania placówek oświatowych.

Słowa kluczowe

Gimnazjum, system oświaty, prawo oświatowe, prawo pracy, zatrudnienie nauczycieli.

Wiadomości wstępne

Oczywiste jest stwierdzenie, że wiedza od zawsze stanowiła wartość aksjologiczną¹. Nie ulega z kolei wątpliwości, że początków kształtowania się systemu oświaty w Polsce należy poszukiwać na gruncie istniejącego zjawiska analfabetyzmu trwającego nieprzerwanie do końca XVIII wieku. Z tego też względu na początku XIX stulecia pojęcie oświaty nabrało istotnego znaczenia. Należy pamiętać, że zgodnie z definicją słownikową oświata to: „proces szerzenia wiedzy, krzewienia kultury, podnoszenia poziomu umysłowego społeczeństwa, a także instytucje zajmujące się upowszechnianiem wiedzy i wykształcenia”². Innymi słowy, oświata oznacza działalność polegającą na rozpowszechnianiu wykształcenia oraz realizowaniu procesu wychowaw-

¹ Zob. M. Paradowski, Zarządzanie wiedzą w świetle socjologicznych determinantów, Zeszyty Naukowe Wyższej Szkoły Humanitas, zeszyt Zarządzanie 2011, nr 1, praca zbiorowa pod red. M. Smolarek, Sosnowiec 2011, s. 51.

² E. Dereń, E. Polański, Wielki Słownik Języka Polskiego, praca zbiorowa pod red. E. Polańskiego, Kraków 2015, s. 583.

czego. Wedle natomiast rozumienia encyklopedycznego system stanowi: „uporządkowany wewnętrznie układ elementów mający określoną strukturę (całość)”³. Uznać zatem trzeba, że u podstaw systemu oświaty znajduje się układ rodzajowy i organizacja poszczególnych rodzajów typów szkół.

Geneza systemu oświaty w Polsce

Wkraczając w zagadnienia społeczno-kulturowe dotyczące rysu historycznego systemu oświaty w Polsce należy podkreślić, że rozwój szkolnictwa na ziemiach polskich zaistniał w związku z ukształtowaniem się państwa polskiego oraz jego chrystianizacji. Odnotować trzeba, że wśród katalogu średniowiecznych szkół podstawowy ich podział opierał się na wyodrębnieniu szkół parafialnych oraz szkół klasztornych. Pierwsze z nich stanowiły najniższy typ szkół, gdzie uczono głównie łaciny, jej gramatyki oraz umiejętności czytania i pisania. Niniejsze placówki zakładane były przy kościołach parafialnych. Drugie ze wskazanych szkół dbały zaś o wychowanie teologiczne przygotowując uczniów do stanu duchownego. Znajdowały się one w strukturach klasztornych, głównie benedyktyńskich i cysterskich. Dalej, wykształciły się szkoły katedralne kształcące w obszarze siedmiu sztuk wyzwolonych tj. gramatyki, logiki, retoryki, geometrii, arytmetyki, astronomii oraz muzyki. Wskazane szkoły organizowane były pod patronatem biskupów diecezjalnych przede wszystkim w Gnieźnie i Krakowie. Co do zasady przygotowywały one uczniów do stanu duchownego. Mając na uwadze organizację szkolnictwa w epoce średniowiecza J. Bardach słusznie zauważył, że: „szkolnictwo w owych czasach pozostawało w ręku duchowieństwa i nie stanowiło przedmiotu zainteresowania władzy państwowej”⁴. Teoretyzując tymi słowami nie może umknąć uwadze fakt, że w okresie starożytności i średniowiecza wyodrębniło się gimnazjum. Nic bardziej oczywistego od stwierdzenia, że etymologia słowa *gymnasium* w tłumaczeniu z języka greckiego na polski oznacza miejsce służące gimnastyce. Co ważne, w antycznej Grecji było ono terenem zebrań wielu uczonych. W starożytnym Rzymie z kolei stanowiło ono formę szkoły średniej. Nie pozostaje kwestią sporną, że wymieniony rodzaj placówki doświadczył wiele organizacyjnych przeobrażeń. Dla przykładu, powstałe w 1558 roku Gimnazjum Akademickie w Gdańsku usytuowane zostało w strukturze polskiej edukacji pomiędzy szkolnictwem średnim oraz wyższym. Koniecznym jest nadmienić, że językiem wykładowym analizowanego szkolnictwa pozostawała łacina.

³ Encyklopedia popularna PWN, praca zbiorowa pod red. R. Łękowski, Warszawa 1982, s. 755.

⁴ J. Bardach, Historia państwa i prawa Polski, t. I, Warszawa 1964, s. 472.

Omawiając rys historyczny systemu oświaty w Polsce niezbędnym jest dostrzec, że w 1773 roku utworzono Komisję Edukacji Narodowej. P. Cichoń, M. Hładaj, D. Malec, J. Malec i Z. Zarzycki w odniesieniu do wymienionego podmiotu przytoczyli za prawodawcą, że od chwili jego powołania: „(...) tedy wszystkie generalne akademie, gymnasia, kolonie akademickie, szkoły publiczne, żadnych nie wyłączając, z tym wszystkim, co tylko do wydoskonalenia nauk, y ćwiczenia w nich młodzi szkacheckiey ściągają się może, pod dozór y rozporządzenie kommissyi tey oddajemy”⁵. Co istotne, Komisja Edukacji Narodowej była centralnym organem administracji oświatowej podporządkowanym królowi i sejmowi. Stanowiła ona antenatę współczesnego ministerstwa oświaty i pierwszy tego rodzaju podmiot w Europie. Nie sposób przemilczeć faktu, że w ramach przedmiotowej reformy oświatowej położono nacisk na rozwój szkolnictwa publicznego niezależnego od Kościoła. Niemniej najniższym stopniem w strukturze szkolnictwa okazały się szkoły parafialne przeznaczone dla chłopów i mieszczan. W szkołach powiatowych z kolei kształciła się głównie szlachta. Najwyższej w hierarchii edukacji znajdował się Uniwersytet w Wilnie oraz Uniwersytet w Krakowie. Dalsze zmiany w zakresie nauczania zaistniały w okresie rozbiorowym odpowiadały rozwiązaniom Społeczno-prawnym zaborców.

Inaczej prezentowała się struktura szkolnictwa doby II Rzeczypospolitej. Podstawowym aktem prawnym regulującym ustrój szkolny w pierwszych latach po odzyskaniu niepodległości przez Polskę był dekret z dnia 7 lutego 1919 roku o obowiązku szkolnym⁶. Zgodnie z treścią wymienionego aktu prawnego szkoła powszechna obejmuje siedem lat nauczania. Dekret ponadto wprowadził obowiązek szkolny począwszy od siódmego roku życia. Przyjęte rozwiązania prawne zostały utrzymane na mocy ustawy z dnia 17 lutego 1922 roku o zakładaniu i utrzymywaniu publicznych szkół powszechnych⁷. Idąc jednak dalej nadmienić trzeba, że w omawianym okresie znamieną rolę spełniało gimnazjum, stanowiące etap szkolnictwa średniego. Nauka w nim trwała osiem lat tj. trzy lata w gimnazjum niższym oraz pięć lat w gimnazjum wyższym, uprawniającym do podjęcia studiów wyższych. Istniały trzy profile tych szkół: humanistyczne, matematyczno-przyrodnicze oraz klasyczne z obowiązkową łaciną i greką. W przypadku kontynuowania nauki w gimnazjum okres pobierania kształcenia w szkole powszechnej ulegał skróceniu. Podobnymi torami postępował rozwój średnich szkół prywatnych.

⁵ P. Cichoń, M. Hładaj, D. Malec, J. Malec, Z. Zarzycki, *Historia administracji i myśli administracyjnej – wybór źródeł*, praca zbiorowa pod red. J. Malca, Kraków 2006, s. 58; podobnie: A. Bereza, G. Smyk, W. P. Tekely, A. Wrzyszczyk, *Historia administracji w Polsce 1764–1989 – wybór źródeł*, Warszawa 2006, s. 62.

⁶ Dz. Pr. P. P. z 1919 r., Nr 14, poz. 147.

⁷ Dz. U. z 1922 r., Nr 18, poz. 143.

Zgoła nie bez znaczenia dla struktury i rozwoju ówczesnego szkolnictwa posiadała kadra pedagogiczna. Niesporne jest twierdzenie, że w omawianym okresie nauczyciel uzyskiwał uprawnienia dydaktyczne po spełnieniu określonych warunków. Nie istniał obowiązek posiadania wykształcenia wyższego. Sposób zdobywania kompetencji do pracy w charakterze nauczyciela określał dekret z dnia 7 lutego 1919 r. o kształceniu nauczycieli szkół powszechnych w Państwie Polskim⁸. W myśl jego przepisów prawnych kształcenie i wychowywanie kandydatów na nauczycieli szkół powszechnych odbywało się w seminariach nauczycielskich. Czas nauki trwał co najmniej pięć lat, przy czym trzy pierwsze roczniki miały charakter ogólnokształcący a dwa ostatnie – charakter zawodowy⁹. Podstawą przyjęcia do szkoły było ukończenie najwyżej zorganizowanej szkoły powszechnej, warunkiem z kolei uzyskania uprawnień pedagogicznych było zdanie egzaminów końcowych z przedmiotów objętych programem nauczania. Seminarium nauczycielskie spełniało rolę szkoły średniej uprawniającej do kontynuowania nauki na studiach wyższych.

Zważywszy na powyższe ustalenia nie można pominąć znamiennej dla systemu oświaty reformy ministra J. Jędrzejewicza, wdrożonej na mocy przepisów ustawy z dnia 11 marca 1932 r. o ustroju szkolnictwa¹⁰. Wskazany akt prawny określał status prawny przedszkoli, szkół powszechnych, zawodowych i średnich. Zgodnie z treścią niniejszej ustawy dziecko mogło być przyjęte do przedszkola po ukończeniu trzeciego roku życia. Nauka w szkole powszechnej zasadniczo trwała siedem lat. Niemniej dzieliła się ona na trzy szczeble kształcenia. Pierwszy szczebel programowy realizowany był przez cztery lata, drugi – przez następne dwa lata oraz trzeci – w czasie kolejnego, ostatniego roku edukacji. Zmianie uległ także charakter prawny gimnazjum. Od tego momentu uczeń chcący kontynuować naukę po ukończeniu szkoły powszechnej mógł zdawać do gimnazjum już po szóstym roku nauki w szkole powszechnej. Wedle treści przepisów przywołanej ustawy szkoła średnia ogólnokształcąca z kolei posiadała sześciolletni okres kształcenia i składała się z czteroletniego gimnazjum oraz dwuletniego liceum zakończonego maturą. Ukończenie gimnazjum łączyło się z obowiązkiem zdania tzw. małej matury oraz umożliwiało dalsze kształcenie w dwuletnim liceum ogólnokształcącym, liceum zawodowym lub trzyletnim liceum pedagogicznym kończącym się tzw. dużą maturą uprawniającą podjęcie studiów wyższych.

⁸ Dz. Pr. P. P. z 1919 r., Nr 14, poz. 185.

⁹ Przedmioty obowiązkowe stanowiły: religia, język polski i literatura, język obcy, historia, nauka o Polsce współczesnej wraz z nauką obywatelstwa, geografia z geologią i kosmografią, matematyka z kreśleniem, fizyka, chemia, biologia, higiena ogólna i szkolna, ogrodnictwo i pszczelnictwo, rysunki, muzyka, śpiew, ćwiczenia cielesne z grami i zabawami ruchowymi, roboty ręczne, kaligrafia, psychologia i logika oraz pedagogika.

¹⁰ Dz. U. z 1932 r., Nr 38, poz. 389.

W kontekście tego zróżnicowania trafne jest spostrzeżenie, że istotne zmiany dotknęły także przyszłą kadre pedagogiczną. W miejsce dotychczasowych seminariów nauczycielskich niniejsza reforma zakładała wprowadzenie liceów pedagogicznych. Przyjmowały one absolwentów gimnazjum legitymujących się tzw. małą maturą. Odnotować trzeba, że czynni nauczyciele – absolwenci seminariów nauczycielskich lub liceów pedagogicznych mogli podwyższać kwalifikacje w ramach rocznego dokształcania na jednorocznych Wyższych Kursach Nauczycielskich.

Wiele przemawia za tym, że ciągłe zmiany uniemożliwiały stabilizację procesu kształcenia. W odniesieniu do szkolnictwa elementarnego zauważyć należy, że począwszy od 1948 roku szkoła powszechna kształciła w siedmioletnim cyklu nauczania tworząc wraz z czteroletnią licealną szkołą średnią jedenastoletni okres kształcenia. Na podbudowie szkoły elementarnej zorganizowano z kolei dwu- lub trzyletnie zasadnicze szkoły zawodowe oraz trzy- lub czteroletnie technika zawodowe. Ważne zmiany dla ówczesnego systemu oświaty pojawiły się w związku z wejściem w życie ustawy z dnia 15 lipca 1961 r. o rozwoju systemu oświaty i wychowania¹¹. Na jej podstawie utworzono ośmioklasową szkołę podstawową oraz dla jej absolwentów utrzymano dwu- lub trzyletnie zasadnicze szkoły zawodowe. Umożliwiono jednak przygotowanie młodzieży do zawodu w ramach kształcenia przyzakładowego. Szkolnictwo średnie tworzyły z kolei czteroletnie licea ogólnokształcące powołane dla absolwentów szkoły podstawowej, cztero- lub pięcioletnie technika i licea zawodowe działające na podbudowie szkoły podstawowej. Dla osób posiadających przygotowanie zasadnicze zawodowe wymienione szkoły umożliwiały uzyskanie wykształcenia średniego w trybie skróconym tj. dwu- lub trzyletnim. Przedmiotowa ustawa utrzymała kształcenie nauczycieli w pięcioletnich liceach pedagogicznych funkcjonujących na podbudowie szkół podstawowych oraz wprowadziła edukację pedagogów w dwuletnich studiach nauczycielskich (SN) powołanych dla absolwentów szkół średnich. W nawiązaniu do niniejszego typu kształcenia T. Kautz odnotował, że: „przeprowadzone w latach pięćdziesiątych badania nad efektywnością pracy absolwentów liceów pedagogicznych ukazały liczne braki w ich przygotowaniu do zawodu nauczyciela. W celu poprawy stwierdzonego stanu rzeczy w 1954 roku powołano dwuletnie studia nauczycielskie (SN). Miały kształcić nauczycieli specjalistów do pracy w klasach V–VII szkoły podstawowej z głębszym merytorycznym przygotowaniem, niż było to możliwe w liceach pedagogicznych. W 1970 roku SN zlikwidowano, część z nich przekształcono w wyższe studia nauczycielskie. Powołano je ponownie do życia na początku lat osiemdziesiątych w zmienionej formule organizacyjnej i programowej. SN były placówkami o statusie szkół średnich dedyko-

¹¹ Dz. U. z 1961 r., Nr 32, poz. 160.

wane osobom, które posiadały już świadectwo dojrzałości i pragnęły uzupełnić wykształcenie zawodowe. Do 1984 roku nauka w systemie dziennym trwała dwa lata, w zaocznym trzy lata. Później wprowadzono kształcenie w cyklu sześcioletnim dla kandydatów do zawodu nauczyciela przedszkola (na podbudowie programowej szkoły podstawowej) i dwuletnim dla kandydatów do zawodu nauczyciela nauczania początkowego, muzyki, plastyki, pracy–techniki i wychowania fizycznego w szkole podstawowej (na podbudowie programowej szkoły średniej). Absolwenci cyklu sześcioletniego otrzymywali świadectwo dojrzałości, natomiast cyklu dwuletniego dyplom ukończenia studium nauczycielskiego¹². Poza studium nauczycielskim w krajowym systemie oświaty o podobnym celu i charakterze istniały: studia wychowania przedszkolnego, studia nauczania początkowego oraz pedagogiczne studia techniczne. Na początku lat dziewięćdziesiątych ubiegłego wieku dla osób legitymujących się wykształceniem średnim i chcących wykonywać zawód nauczyciela utworzono kolegia nauczycielskie oraz nauczycielskie kolegia języków obcych. W trzyletnim cyklu kształcenia przygotowywały one zatrudnienie na stanowisku pedagoga. Niniejsze szkoły działające pod opieką naukową uczelni wyżej umożliwiały po napisaniu i obronie pracy dyplomowej zdobycie tytułu zawodowego licencjata. Przystały istnieć w 2015 roku.

W obliczu poczynionych rozważań warto zwrócić uwagę na uregulowania prawne wynikające z treści ustawy z dnia 7 września 1991 r. o systemie oświaty¹³. Trudno nie zauważyć, że w stanie prawnym obowiązującym na dzień 1 września 1992 r. przedmiotowy akt prawny wyodrębniał następujące rodzaje szkół:

- ośmioletnią szkołę podstawową,
- dwu- lub trzyletnią zasadniczą szkołę zawodową na podbudowie szkoły podstawowej, w tym dla dorosłych,
- czteroletnie liceum zawodowe na podbudowie szkoły podstawowej, w tym dla dorosłych,
- pięcioletnie liceum medyczne, ekonomiczne, handlowe, administracyjne etc. na podbudowie szkoły podstawowej, w tym dla dorosłych,
- roczne podstawowe studium zawodowe dla uczniów, którzy ukończyli co najmniej szóstą klasę szkoły podstawowej,
- trzyletnie średnie studium zawodowe na podbudowie szkoły podstawowej, w tym dla dorosłych,
- cztero- lub pięcioletnie technikum na podbudowie szkoły podstawowej, w tym dla dorosłych,

¹² T. K a u t z, Przegląd systemu kształcenia nauczycieli w Polsce w latach 1945–2010, Zeszyty Naukowe Akademii Marynarki Wojennej, rok LII, nr 2, Warszawa 2011, s. 188–189.

¹³ Dz. U. z 1991 r., Nr 95, poz. 425.

- trzyletnie technikum dla dorosłych na podbudowie zasadniczej szkoły zawodowej,
- czteroletnie pedagogiczne studium techniczne na podbudowie zasadniczej szkoły zawodowej,
- czteroletnie liceum techniczne na podbudowie szkoły podstawowej, w tym dla dorosłych,
- roczna lub dwuletnia szkoła policealna na podbudowie szkoły średniej ogólnokształcącej, w tym dla dorosłych,
- dwu- lub trzyletnia szkoła pomaturalna na podbudowie szkoły średniej ogólnokształcącej, w tym dla dorosłych.

Nie był to jednak koniec wszelkich zmian. Na mocy ustawy z dnia 8 stycznia 1999 r. – Przepisy wprowadzające reformę ustroju szkolnego¹⁴ do polskiego systemu oświaty wprowadzono trzyletnie gimnazjum oraz skrócono szkołę podstawową o dwa lata kształcenia. Przedmiotowe zmiany istotnie oddziaływały na kształt szkolnictwa ponadgimnazjalnego, które zmieniło swoją strukturę cztery lata później.

Idąc dalej, odnotować trzeba, że w stanie prawnym obowiązującym z dniem 1 września 2002 r. system edukacji ponadgimnazjalnej przedstawiał się następująco:

- dwu- lub trzyletnia zasadnicza szkoła zawodowa na podbudowie gimnazjum, w tym dla dorosłych,
- trzyletnie liceum profilowane na podbudowie gimnazjum, w tym dla dorosłych,
- czteroletnie technikum na podbudowie gimnazjum, w tym dla dorosłych,
- trzyletnie technikum uzupełniające na podbudowie zasadniczej szkoły zawodowej, w tym dla dorosłych (wejście w życie od 2004 r.)
- nie dłużej niż dwu i pół letnią szkołę policealną na podbudowie szkoły średniej ogólnokształcącej, w tym dla dorosłych.

Co ważne, w stanie prawnym obowiązującym z dniem 1 września 2012 r. struktura szkolnictwa ponadgimnazjalnego przedstawiała się następująco:

- trzyletnia zasadnicza szkoła zawodowa na podbudowie gimnazjum,
- czteroletnie technikum na podbudowie gimnazjum,
- nie dłużej niż dwu i pół letnia szkoła policealna na podbudowie szkoły średniej ogólnokształcącej, w tym dla dorosłych.

Zreformowane prawo oświatowe

Nie pozostaje wątpliwym fakt, że nadchodzą istotne zmiany w związku z reformą systemu oświaty wprowadzaną w życie z dniem 1 września 2017 r.

¹⁴ Dz. U. z 1999 r., Nr 12, poz. 96.

Na mocy przepisów ustawy z dnia 14 grudnia 2016 r. – Prawo oświatowe¹⁵ szkoła podstawowa może być tylko szkołą publiczną lub niepubliczną o uprawnieniach szkoły publicznej. Idąc dalej, szkoły publiczne i niepubliczne dzielą się na następujące typy:

- ośmioletnią szkołę podstawową,
- szkoły ponadpodstawowe:
 - czteroletnie liceum ogólnokształcące,
 - pięcioletnie technikum,
 - trzyletnią branżową szkołę I stopnia,
 - dwuletnią branżową szkołę II stopnia,
 - szkołę policealną dla osób posiadających wykształcenie średnie lub wykształcenie średnie branżowe, o okresie nauczania nie dłuższym niż 2,5 roku.

Mając na uwadze byt prawny aktualnych placówek ponadpodstawowych należy podkreślić, że zgodnie z treścią przepisu art. 200 ust. 1 wymienionej ustawy dotychczasowe gimnazjum dwujęzyczne lub gimnazjum ogólnodostępne z oddziałami dwujęzycznymi można:

- przekształcić odpowiednio w ośmioletnią szkołę podstawową albo ośmioletnią szkołę podstawową ogólnodostępną z oddziałami dwujęzycznymi, o których mowa w art. 25 ustawy – Prawo oświatowe,
- włączyć odpowiednio do ośmioletniej szkoły podstawowej albo ośmioletniej szkoły podstawowej ogólnodostępnej z oddziałami dwujęzycznymi, o których mowa w art. 25 ustawy – Prawo oświatowe,
- przekształcić odpowiednio w liceum ogólnokształcące, liceum ogólnokształcące dwujęzyczne albo liceum ogólnokształcące z oddziałami dwujęzycznymi,
- włączyć odpowiednio do liceum ogólnokształcącego, liceum ogólnokształcącego dwujęzycznego albo liceum ogólnokształcącego z oddziałami dwujęzycznymi,
- przekształcić odpowiednio w technikum, technikum dwujęzyczne albo technikum z oddziałami dwujęzycznymi,
- włączyć odpowiednio do technikum, technikum dwujęzycznego albo technikum z oddziałami dwujęzycznymi.

Istotnym jest fakt, że nauczyciele zatrudnieni w obecnie funkcjonujących, w ramach systemu oświaty szkołach z urzędu staną się nauczycielami szkół utworzonych w ramach nowego systemu. Oznacza to, że z *ex lege* nauczyciele:

- dotychczasowych 6-letnich szkół podstawowych staną się nauczycielami 8-letnich szkół podstawowych,

¹⁵ Dz. U. z 2017 r., poz. 59, 949.

- dotychczasowej zasadniczej szkoły zawodowej staną się nauczycielami branżowej szkoły I stopnia,
- dotychczasowego czteroletniego technikum staną się nauczycielami 5-letniego technikum,
- dotychczasowego 3-letniego liceum ogólnokształcącego staną się nauczycielami 4-letniego liceum ogólnokształcącego,
- zespołu szkół, w skład którego wchodzi dotychczasowa 6-letnia szkoła podstawowa i dotychczasowe gimnazjum stają się nauczycielami 8-letniej szkoły podstawowej¹⁶.

Oświatowe prawo pracy

Wobec poczynionych ustaleń koniecznym jest zwrócenie uwagi na kwestie dotyczące bytu prawnego dotychczasowych gimnazjów. Odnosząc się względem problematyki zniesienia wymienionych szkół prawodawca posłużył się terminem ich przekształcenia lub włączenia w inne placówki oświatowe. Taki sposób rozumienia tej reformy oświatowej znacznie jednak odbiega od rzeczywistych skutków prawnych nadchodzących zmian w systemie oświaty. Nic bardziej oczywistego niż fakt, że w konsekwencji przedmiotowej reorganizacji szkół ma miejsce likwidacja gimnazjów. Wedle definicji słownikowej przez likwidację należy rozumieć: „sprawienie, że coś przestaje istnieć, usunięcie, zamknięcie czegoś”¹⁷. Obok powyższych rozwiązań prawnych istotne znaczenie ontologiczne analizowanych podmiotów prawnych posiada ich przekształcenie. Wiele przemawia za tym, że przekształcenie wymienionych podmiotów prawnych stanowi częścią ich likwidację. Takie stanowisko odnalazło swoje miejsce w obowiązującej doktrynie prawniczej. Zdaniem M. Plicha: „przekształceniem można określić w zasadzie każdą zmianę organizacyjną, aczkolwiek w rozumieniu przepisu chodzi raczej tylko o taką zmianę, która polega na częściowej likwidacji szkoły lub placówki”¹⁸. Co do zasady przekształcenie podmiotu prawnego nie powinno zmierzać w kierunku utraty jej całkowitego bytu prawnego. Dalej, stosując wykładnię historyczną przepisów prawnych statuujących zmiany w postaci usuwania gimnazjów z systemu oświatowo-prawnego uznać trzeba, że każdorazowo niniejsze przeobrażenia należy interpretować i traktować w kategoriach ich likwidowania. Słuszne jest bowiem stwierdzenie, że byt prawny gimnazjów w krajowym porządku prawnym jest niezwykle burzliwy.

¹⁶ <https://men.gov.pl/ministerstwo/informacje/reforma-edukacji-prezentacja-projektow-ustaw.html>.

¹⁷ E. Dereń, E. Polański, *Wielki Słownik Języka Polskiego*, praca zbiorowa pod red. E. Polańskiego, Kraków 2015, s. 407.

¹⁸ M. Plicha, *Ustawa o systemie oświaty – komentarz*, Warszawa 2008, s. 532.

W świetle tych uwag należy podkreślić, że wyjątkowo niekorzystnie kształtuje się sytuacja prawna nauczycieli reformowanych szkół. K. Wójcik śledząc aktualne postępy zmian odnotowała, że: „z 10 tys. nauczycieli nie przedłużono umów na czas określony. 2 tys. dostało wypowiedzenia i samorządy będą musiały wypłacić im odprawy. Ponad 3 tys. będzie pracować w niepełnym wymiarze. To dane zebrane przez Związek Nauczycielstwa Polskiego z około połowy okręgów. Zapewnienia MEN o tym, że nauczyciele nie stracą pracy, a etatów dla nich przybędzie, okazały się nieprawdziwe – komentuje Krzysztof Baszczyński, wiceprezes ZNP. I dodaje, że reforma oświaty będzie skutkować zwolnieniami jeszcze w kolejnych latach, do momentu całkowitego wygaszenia gimnazjów¹⁹. Na takim stanowisku stoją także inne dzienniki²⁰. Taki stan rzeczy pozwala uznać, że przedmiotowa reforma wpływa niekorzystnie nie tylko na uczniów, lecz zasadniczo oddziałuje na kadre pedagogiczną.

Wnioski

Reasumując powyższe ustalenia koniecznym jest zauważyć, że gimnazja w polskim systemie oświaty posiadają swoją tradycję. Jednak ich istnienie oraz status prawny jest związane z najrozmaitszymi koncepcjami ustroju szkolnego. Zazwyczaj pojawiają się one i szybko znikają, po czym powracają w zmienionej formule. Nie ulega wątpliwości, że taka sytuacja bardzo niekorzystnie wpływa na stan psychospołeczny uczącej się młodzieży szerząc naukową dysharmonię. Trudno nie zauważyć, iż pomysły polityków nie powinny być wdrażane w tak ekspresowym tempie. Nie wolno zapominać, że każda zmiana w szkolnictwie wiąże się z pewnym obciążeniem dla ucznia. Nie pozostaje ona także bez znaczenia dla nauczycieli oraz pracowników niepedagogicznych. Ich sytuacja na rynku pracy może znamienne wpływać na dalszą karierę w oświacie. W świetle nadchodzących zmian dość niejasny wydaje się los nauczycieli przyrody, którzy skutkiem powrotu do szkoły podstawowej takich przedmiotów jak: fizyka i chemia stracą na wartości na rynku pracy. Słusznym wydaje się stwierdzenie, że jedynie w obliczu stabilnego modelu szkolnictwa mogą kształtować się dobre dla młodzieży szkoły cieszące się prestiżem o historycznie ugruntowanej tradycji. Wszelkie reformy z kolei dość negatywnie wpływają na jakość kształcenia, co znamienne oddziałuje na przyszłość polskiego społeczeństwa.

¹⁹ K. Wójcik, Tysiące nauczycieli bez pracy w wyniku reformy oświaty, Rzeczypospolita z dnia 5 czerwca 2017 r.

²⁰ <https://www.angora.com.pl/spis.php?y=2017&w=25#>.

Bibliografia

- 1) Bardach J., Historia państwa i prawa Polski, t. I, Warszawa 1964,
- 2) Cichoń P., Hładij M., Malec D., Malec J., Zarzycki Z., Historia administracji i myśli administracyjnej – wybór źródeł, praca zbiorowa pod redakcją J. Malca, Kraków 2006, s. 58; podobnie: A. Bereza, G. Smyk, W. P. Tekely, A. Wrzyszczyk, Historia administracji w Polsce 1764–1989 – wybór źródeł, Warszawa 2006,
- 3) Dereń E., Polański E., Wielki Słownik Języka Polskiego, praca zbiorowa pod red. E. Polańskiego, Kraków 2015, s. 407,
- 4) Encyklopedia popularna PWN, praca zbiorowa pod red. R. Łękowski, Warszawa 1982,
- 5) Kautz T., Przegląd systemu kształcenia nauczycieli w Polsce w latach 1945–2010, Zeszyty Naukowe Akademii Marynarki Wojennej, rok LII, nr 2, Warszawa 2011,
- 6) Paradowski M., Zarządzanie wiedzą w świetle socjologicznych determinantów, Zeszyty Naukowe Wyższej Szkoły Humanitas, zeszyt Zarządzanie 2011, nr 1, praca zbiorowa pod red. M. Smolarek, Sosnowiec 2011,
- 7) Plich M., Ustawa o systemie oświaty – komentarz, Warszawa 2008,
- 8) Wójcik K., Tysiące nauczycieli bez pracy w wyniku reformy oświaty, (w:) Rzeczpospolita z dnia 5 czerwca 2017 r.

Wykaz aktów prawnych

- 1) dekret z dnia 7 lutego 1919 r. o obowiązku szkolnym (Dz. Pr. P. P. z 1919 r., Nr 14 poz. 147),
- 2) dekret z dnia 7 lutego 1919 r. o kształceniu nauczycieli szkół powszechnych w Państwie Polskim (Dz. Pr. P. P. z 1919 r., Nr 14 poz. 185),
- 3) ustawy z dnia 17 lutego 1922 r. o zakładaniu i utrzymywaniu publicznych szkół powszechnych (Dz. U. z 1922 r., Nr 18 poz. 143),
- 4) ustawy z dnia 11 marca 1932 r. o ustroju szkolnictwa (Dz. U. z 1932 r., Nr 38 poz. 389),
- 5) ustawy z dnia 15 lipca 1961 r. o rozwoju systemu oświaty i wychowania (Dz. U. z 1961 r., Nr 32 poz. 160),
- 6) ustawy z dnia 7 września 1991 r. o systemie oświaty (Dz. U. z 1991 r., Nr 95 poz. 425),
- 7) ustawy z dnia 8 stycznia 1999 r. – Przepisy wprowadzające reformę ustroju szkolnego (Dz. U. z 1999 r., Nr 12, poz. 96),
- 8) ustawy z dnia 14 grudnia 2016 r. – Prawo oświatowe (Dz. U. z 2017 r., poz. 59, 949).

Netografia

- 1) <https://men.gov.pl/ministerstwo/informacje/reforma-edukacji-prezentacja-projektow-ustaw.html>,
- 2) <https://www.angora.com.pl/spis.php?y=2017&w=25#>.

Socio-legal consequences of the reform in the polish education system

Abstract

This article shows the socio-legal consequences of the reform in the polish education system. At the beginning it defines basic concepts related to the education system in Poland. Next, it underlines the structure of Polish system education, generally based on junior high schools. It refers to the educational labor law, including the meaning of liquidation and transformation of educational institutions.

Key words

Gymnasium, school system, education law, labor law, teacher employment.

Anna Wystarczyk

Przeciwdziałanie praniu pieniędzy w działalności instytucji finansowych

Streszczenie

Instytucje finansowe są w dzisiejszych czasach szczególnie narażone na ryzyko prania pieniędzy. Pojawiają się coraz nowe narzędzia, rozwiązania prawne oraz procedury służące do walki z tym procederem. W ramach publikacji staram się spojrzeć na rozwiązania stosowane w innych krajach oraz dorobek organizacji o charakterze ponadnarodowym, które mają za zadanie walkę z praniem pieniędzy.

Celem artykułu jest przedstawienie metod walki z praniem pieniędzy w instytucji finansowej. Opisanymi narzędziami walki z praniem pieniędzy są: sanctions screening (sprawdzanie transakcji pod względem identyfikacji podmiotów objętych zakazami), procedura Customer Due Diligence (metoda należytej staranności), zasada KYC (Know Your Customer, Poznaj Swojego Klienta) oraz identyfikacja klientów w zakresie osób sprawujących eksponowane stanowiska, tzw. PEP, Politically Exposed Person. Zasady te są szczególnie popularne w krajach Europy zachodniej.

W Polsce natomiast nie są jeszcze tak dobrze rozwinięte. Oczywiście stosowanie tych metod nie wyeliminuje zupełnie ryzyka prania pieniędzy, jedynie pozwoli je zminimalizować. Ponadto wraz z rozwojem technologii powstają nowe systemy bankowe oraz procedury pozwalające walczyć z procederem prania pieniędzy.

Słowa kluczowe

Pranie pieniędzy, sankcje, wskaźniki wysokiego ryzyka, przestępstwo finansowe, wiadomość swiftowa, Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) w sprawie zapobiegania wykorzystywaniu systemu finansowego do prania pieniędzy lub finansowania terroryzmu (IV AMLD), raport podejrzanych transakcji, Dyrektywa Unii Europejskiej, podejrzane transakcje, zasada poznaj swojego klienta, stała należyta staranność, osoba zajmująca eksponowane stanowisko polityczne, amerykańska ustawa antyterrorystyczna, ustawa o tajemnicy bankowej.

W obecnych czasach nie istnieje żadne państwo, które byłoby dostatecznie zabezpieczone przed zorganizowaną w skali międzynarodowej prze-

stępczością oraz jej integralną częścią w postaci procederu prania pieniędzy. Dlatego w wielu krajach obserwować można wiele rozwiązań zmierzających do ograniczenia tego zjawiska. W walce z praniem pieniędzy zostały włączone banki, ponieważ stanowią one najbardziej atrakcyjny „kanał” oczyszczania środków. Pojawiają się coraz to nowsze narzędzia do walki z tym procederem w postaci procedur oraz systemów bankowych. Na pewno nie da się zabezpieczyć banków przed napływem brudnych pieniędzy, jednakże można skoncentrować działania na wykrywaniu tych środków. Nie można zatem zupełnie wyeliminować tego ryzyka, jednakże można je jedynie zminimalizować. W walce z tym procederem instytucje te wykorzystują szereg posunięć mających na celu zminimalizowanie tego procederu.

1. Przestępstwo prania pieniędzy, unormowane w art. 299 § 2 k.k. stanowi przestępstwo indywidualne. Jego podmiotem może być pracownik lub osoba działająca w imieniu lub na rzecz banku, instytucji finansowej lub kredytowej lub innego podmiotu, na którym na podstawie przepisów prawa ciąży obowiązek rejestracji transakcji i dokonujących je osób¹.

Do popełnienia przestępstwa określonego w art. 299 § 2 k.k. dochodzi zatem przy wykorzystaniu możliwości, jakie dla sprawcy stwarza jego zatrudnienie w jednym ze wskazanych podmiotów, bądź też fakt działania w jego imieniu lub na jego rzecz. Z brzmienia tego przepisu można, więc zdekodować intencję ustawodawcy do ochrony działalności instytucji uczestniczących w obrocie gospodarczym.

Międzynarodowe standardy dotyczące przeciwdziałania praniu pieniędzy ograniczają zadania banków do identyfikacji podejrzanych osób i transakcji, za pomocą których oczyszczane są środki finansowe pochodzące z działań przestępnych. Zadaniem banku jest więc zidentyfikowanie podejrzanych osób jak i transakcji spośród setek klientów i tysięcy operacji bankowych². Równocześnie zadanie to ma być wykonane przy zachowaniu ciągłości działania banku oraz utrzymaniu zaufania do banku.

W praktyce bankowej istnieje szereg narzędzi ułatwiających wychwytywanie przez pracowników wszelkich nieprawidłowości. Chodzi przede wszystkim o wykrywanie podejrzanych transakcji, z którymi związane jest ryzyko prania pieniędzy i finansowania terroryzmu. Do narzędzi ułatwiających walkę z tym procederem zaliczamy procedury bankowe służące wykrywaniu podejrzanych transakcji. Szczególnie popularnymi metodami są: *sanctions screening* (sprawdzanie transakcji pod względem identyfikacji podmiotów objętych zakazami), procedura *Customer Due Diligence* (metoda należytej staranności),

¹ R. Zawłocki, Prawo Karne Gospodarcze, Tom 10, Wydawnictwo C. H. Beck, Kraków 2012, s. 178.

² D. Chudzik, Banki a problem prania brudnych pieniędzy, Wydawnictwo Mediabank, Warszawa 1993, s. 55.

zasada KYC (*Know Your Customer*, Poznaj Swojego Klienta) oraz identyfikacja klientów w zakresie osób sprawujących eksponowane stanowiska, tzw. PEP, *Politically Exposed Person*.

2. Metoda tzw. *sanctions screening* polega ona na sprawdzaniu wiadomości przychodzących i wychodzących i porównywaniu ich z tzw. *Sanctions lists* (zestawienie podmiotów objętych sankcjami) oraz SDN list (*Specialy Designated Nationals and Blocked Person List*, Lista Specjalnie Wyznaczonych Obywateli i Osób Podlegających Blokadzie). Sankcje nakładane są celem wyeliminowania kraju lub konkretnej osoby z systemu finansowego. Mogą one zostać nałożone przez Unię Europejską, UN lub Stany Zjednoczone. Zasady typowania transakcji podejrzanych prowadzą do utworzenia listy krajów traktowanych, jako stwarzających wysokie ryzyko prania pieniędzy. Regulacje bankowe związane z *sanction screening* wypracowane zostały w USA. Mechanizmy te związane są dlatego głównie z sankcjami ekonomicznymi, handlowymi i finansowymi Stanów Zjednoczonych Ameryki. Istnieje na przykład lista krajów objętych sankcjami ekonomicznymi przez rząd USA. Jest to lista krajów, z którymi wszelkie kontakty handlowe zostały zakazane. Do tych krajów należy Sudan, Syria, Północna Korea, Iran oraz Kuba. Z kolei, SDN list jest administrowana przez Departament Skarbu Stanów Zjednoczonych. Zawiera listę osób fizycznych oraz osób prawnych oraz grup i organizacji w tym terrorystycznych i narkotykowych powiązanych z krajami objętymi sankcjami³. Sankcje polegają na tym, że banki nie wykonują jakichkolwiek transakcji finansowych, których stroną jest podmiot mający siedzibę w kraju znajdującym się na liście państw objętych sankcjami. Podmioty te często są zarejestrowane poza granicami kraju objętego sankcjami, ale pozostają politycznie lub ekonomicznie powiązane z tym krajem. Sankcjami objęte są również statki zarejestrowane pod banderą kraju objętego listą SDN. Na tej liście zamieszczone są kraje, organizacje, osoby i firmy, których aktywa zostały zablokowane i zabroniono utrzymywania z nimi kontaktów.

Metoda ta ułatwia wychwycenie podejrzanej transakcji spośród tysięcy analizowanych transakcji. Transakcje są ponadto sprawdzane w czasie rzeczywistym, co umożliwia ich natychmiastową weryfikację i ewentualną blokadę⁴. Równocześnie transakcje, które przejdą weryfikację zostają wypuszczone. Transakcje są więc automatycznie sprawdzane z *sanctions list*, która jest na bieżąco aktualizowana. Z kontroli sporządzany jest raport. Generowany raport jakości transakcji daje pewność, iż transakcje prowadzone są poprawnie oraz z zachowaniem międzynarodowych standardów.

³ www.swift.pl.

⁴ Sanction screening and AML, www.dh.com.

3. Jednym z bardziej znanych systemów jest swift *sanctions lists*. Wiadomość *swiftowa* to komunikat sporządzany przez bank zawierający jedną lub wiele transakcji, który ma na celu nawiązywanie relacji korespondenckiej między bankami. Komunikat ten ma bardzo charakterystyczną strukturę. Złożony jest z pól zawierających ważne informacje dotyczące szczegółów transakcji. Format i zasady wypełniania pól dla komunikatu zostały ściśle określone w standardach SWIFT. Format danych w tym komunikacie to cyfry lub wyłącznie duże litery. Ponadto istnieją ograniczenia długości zawartości pól oraz lista z dozwolonymi znakami, jakie mogą być używane w komunikacie. Nieprzestrzeganie tych reguł może prowadzić do odrzucenia transakcji lub całego komunikatu. Wystarczy, iż wprowadzi się jeden niedozwolony znak do komunikatu a zostanie on automatycznie odrzucony. Informacje te dotyczą zleceniodawcy, beneficjenta, instytucji pośredniczącej, waluty, numeru konta, kursu wymiany. Za pomocą komunikatu swift mogą być przesyłane zarówno transakcje krajowe, jak i zagraniczne.

Usługa *swift sanction screening* sprawdza dziennie 36 publicznych międzynarodowych list z sankcjami⁵. W praktyce wygląda to tak, że podejrzane nazwy, adresy firm mających siedzibę w krajach będących na tzw. *sanction list* zostają podświetlone na monitorze tak by osoba dokonująca kontroli mogła zauważyć te dane. Po podświetleniu osoba kontrolująca musi sama w oparciu o swoją wiedzę, doświadczenie i zasady finansowe zdecydować czy dana transakcja może zostać wypuszczona, czy też trzeba ją skierować do dalszej weryfikacji. System ten zatem nie eliminuje podejrzanych transakcji jedynie je wychwytuje i daje ostrzeżenie, iż płatność może być podejrzana. Dokonuje tego poprzez porównywanie danych z płatności dotyczących nazw beneficjentów rzeczywistych, zleceniodawców, adresów, sposobów dostawy itp. W przypadku pozytywnej weryfikacji świadczącej o istnieniu podejrzenia, pojedyncza transakcja jest podświetlana. Jest to tzw. alert, czyli ostrzeżenie o istnieniu nieprawidłowości. Następnie osoba kontrolująca zapoznaje się z detalami transakcji, czyli z jej zawartością. Sprawdzane jest każde pole wiadomości *swiftowej*. Oczywiście w pierwszej kolejności sprawdzeniu podlega podświetlone przez system pole wiadomości *swiftowej*. Załóżmy, że analizujemy wiadomość *swiftową*. System podświetla np. pole 59 /Abdul Mazari. W polu 59 znajduje się nazwa beneficjenta. W przypadku badania tego pola nazwisko, jakie znajduje się w polu 59 jest sprawdzane z *sanctions lists*. W przypadku dopasowania pojawia się tzw. alert, czyli ostrzeżenie. Polega to na podświetleniu podejrzanej nazwy na czerwono. W tym przypadku system wskazuje miejsce zamieszkania beneficjenta Afganistan. Ponieważ kraj ten znajduje się na liście z sankcjami transakcja

⁵ www.swift.pl.

jest poddawana dalszej kontroli. Są dwie drogi postępowania z transakcją: wypuszczenie transakcji albo zablokowanie.

Założmy, że w analizowanym hipotetycznym przypadku kontrola z *sanctions lists* wykazała, iż osoba ta zamieszkała jest w Kabulu w Afganistanie. Transakcja zostaje zablokowana i odrzucona. System wyłapuje podejrzane transakcje analizując pojedyncze słowa, nazwy, imiona i nazwiska zawarte w wiadomościach *swiftowych* i porównuje je z danymi zawartymi w SDN List (*Specially Designated Nationals and Blocked Persons list*) oraz *sanctions list*.

Wszystkie pozytywne dopasowania muszą być przekazywane do działu zajmującego się sankcjami. System ten filtruje płatności w czasie rzeczywistym. Pozytywne trafienia są błyskawicznie raportowane. System ten jest bardzo pomocny w pracy z dużym wolumenem płatności, ponieważ nie pozwala usnąć czujności pracowników poprzez generowanie automatycznych ostrzeżeń, jakie muszą być następnie poddane analizie.

4. *Know Your Customer* KYC (Poznaj Swojego Klienta) to kolejna metoda wykorzystywana w banku służąca do lepszej identyfikacji klienta⁶. Zasada ta nie dotyczy tylko obowiązku ustalenia i zarejestrowania personaliów klienta przez bank. Obejmuje ona także konieczność rozpoznania charakteru prowadzonej przez niego działalności i typowych w jego branży operacji finansowych⁷. Program „Poznaj swojego klienta” określić należy jako zbiór danych składających się na aktualny stan wiedzy o kliencie w celu ustalenie jego wiarygodności i „profilu transakcyjnego”. Gromadzenie danych o kliencie powinno obejmować okres od momentu złożenia wniosku o otwarcie rachunku bankowego i spisania danych personalnych, identyfikacji tożsamości, aż po dokładne zrozumienie rodzaju prowadzonej przez klienta działalności gospodarczej a co za tym idzie operacji i transakcji regulowanych przez bank⁸. Środki pieniężne klienta są badane pod względem częstotliwości, skali i kierunku przepływu. Na tej podstawie określa się tzw. profil klientów⁹. Dla poznania przez bank klienta kluczowe jest stałe obserwowanie jego operacji na rachunku bankowym. Poddanie analizie zleceń klienta pozwala wyłapać pewne anomalie a co za tym idzie identyfikować odmienne od typowych transakcje. Te odmienne transakcje mogą być efektem prowadzenia przez klienta podejrzanych działań finansowych.

Metoda *Know Your Customer* to proces identyfikacji klienta. Termin ten oznacza także w bankowości regulacje, jakie pozwalają dokonać takiej iden-

⁶ www.swift.com

⁷ D. Chudzik, *Banki a problem...*, s. 55.

⁸ J. Wójcik *Pranie pieniędzy, Kryminologiczna i kryminalistyczna ocena transakcji podejrzanych*, Wydawnictwo Twigger, Warszawa 2002, s. 323.

⁹ *Ibidem*, s. 56.

tyfikacji¹⁰. Celem prowadzenia polityki „poznaj swojego klienta” jest zwiększenie prawdopodobieństwa, iż dana instytucja finansowa prawidłowo stosuje się do obowiązujących ustaw, zaleceń i rekomendacji. Jednocześnie prowadzi do obniżenia zagrożenia, iż dana instytucja finansowa stanie się ofiarą nielegalnej działalności nieuczciwych klientów. Polityka ta pozwala utrzymać dobre imię i reputację instytucji finansowej.

Proces KYC staje się coraz bardziej popularny, ponieważ pozwala ustrzec organizację przed praniem pieniędzy, finansowaniem terroryzmu a także oszustwem¹¹. W Europie Zachodniej program ten jest stosowany prawie przez każdy bank. Natomiast w Polsce nie jest jeszcze tak dobrze rozwinięty. Można powiedzieć, że w naszym kraju metoda ta znajduje się dopiero w fazie początkowej. Podpisanie przez Polskę w 1991 roku umowy stowarzyszeniowej z UE zobowiązało nasz kraj do dostosowania prawa w tym m. in. w dziedzinie dotyczącej prania pieniędzy, do wymogów Unii Europejskiej określonych w Dyrektywie z 1991 roku 91/308/EWG, nazywanej też Pierwszą Dyrektywą Unii Europejskiej¹². W ramach tych prac wdrożeniowych podjęto działania mające na celu stworzenie aktu prawnego, kompleksowo regulującego problematykę zapobiegania praniu brudnych pieniędzy. Obok dyrektyw wykorzystano doświadczenie legislacyjne państw europejskich oraz USA, uwzględniając obowiązujący w kraju system prawny¹³. Wynikiem tych prac jest ustawa z dnia 16 listopada 2000 r., o przeciwdziałaniu wprowadzaniu do obrotu finansowego wartości majątkowych pochodzących z nielegalnych lub nieujawnionych źródeł¹⁴. Konsekwencją implementacji tej dyrektywy jest stworzenie modelu wykrywania i przeciwdziałania praniu pieniędzy, który funkcjonuje obecnie w Polsce. Dyrektywa Rady 91/308/EWG była dwukrotnie nowelizowana. Po raz pierwszy przez Dyrektywę 2001/97/EC z dnia 4 grudnia 2001 r., a następnie przez Dyrektywę 2005/60/EC z dnia 26 października 2005 r.¹⁵. W dniu 20 maja 2015 r. Parlament Europejski przyjął dyrektywę w sprawie zapobiegania wykorzystywaniu systemu finansowego do prania pieniędzy lub finansowania terroryzmu oraz rozporządzenie w sprawie informacji towarzyszących transferom środków pieniężnych. Dyrektywa i rozporządzenie zostały opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE w dniu 5 czerwca 2015 r. i weszły w życie 25 czerwca 2015 r.¹⁶

¹⁰ D. Chudzik, Banki a problem..., s. 55.

¹¹ www.lexisnexis.com.

¹² Dz. U. Nr L 166 z dnia 28 czerwca 1991 r.

¹³ *Ibidem*, s. 94.

¹⁴ Dz. U. Nr 116, poz. 1216.

¹⁵ Dz. Urz. UE L 309 z dnia 25 listopada 2005 r., s. 15 ze zm.

¹⁶ Dyrektywa z dnia 20 maja 2015 r. w sprawie zapobiegania wykorzystywaniu systemu finansowego do prania pieniędzy lub finansowania terroryzmu, Dz. Urz. UE L nr 648/2012 z dnia 20 maja 2015 r. ze zm.

Proces KYC jest związany z przeprowadzaniem licznych kontroli celem identyfikacji klienta¹⁷. Jest to kluczowe podejście, ponieważ pranie pieniędzy jest związane ze złym zamiarem klientów zlecających wykonanie transakcji. Zatem skuteczność działania jest uzależniona od stanu wiedzy pracowników banków o ich poszczególnych klientach. Z kolei odpowiednie informacje niezbędne dla takiej oceny mogą zostać zebrane poprzez procedurę „poznaj swojego klienta”.

KYC jest bardzo rozpowszechnione w USA. Metoda ta została uregulowana w licznych krajowych aktach prawnych. W USA procedura KYC jest standardową procedurą wprowadzoną do Programu Identyfikacji Klienta, która powstała na mocy dwóch ustaw: ustawy o tajemnicy bankowej (*Bank Secrecy Act*) i ustawy antyterrorystycznej (*USA Patriot Act*)¹⁸.

Ustawa o tajemnicy bankowej, *The Bank Secrecy Act* (BSA) została wydana z inicjatywy Ministerstwa Skarbu USA w 1970 roku¹⁹. Nakłada na instytucje finansowe obowiązek gromadzenia danych o transakcjach finansowych, jakie mają wysoki wskaźnik prawdopodobieństwa, że staną się przedmiotem dochodzeń oraz śledztw podatkowych. Ustawa ta upoważnia także Ministerstwo do żądania od instytucji finansowych raportu z każdej podejrzanej transakcji, która zmierza do naruszenia prawa lub regulacji ocenianych instytucji. Te raporty w bankowości nazywa się raportami SAR (*suspicious activity reports*)²⁰. Są one magazynowane w ramach *Fincen*, czyli biura założonego w 1990 roku w USA. Raporty te mają na celu wykrywanie i zapobieganie praniu brudnych pieniędzy. Celem utworzenia *Fincen* było stworzenie swoistego rodzaju pośrednika między instytucją finansową a Amerykańskim Ministerstwem Skarbu²¹. Do biura *Fincen* spływają raporty SAR. Ponadto zajmuje się gromadzeniem i analizowaniem informacji o transakcjach finansowych w celu zwalczania prania brudnych pieniędzy, finansowania terroryzmu i innych finansowych przestępstw.

Amerykańska ustawa antyterrorystyczna, (*USA Patriot Act*) została uchwalona 26 października 2001 roku w reakcji na zamach na WTC²². Nakłada ona na instytucje finansowe obowiązek wprowadzenia lepszej identyfikacji klientów, obowiązek raportowania i gromadzenia danych o klientach instytucji finansowych. Regulacje dotyczące przeciwdziałaniu praniu brudnych pieniędzy znajdują się w rozdziale III tej ustawy, zatytułowanym „*Anti-money laundering to prevent terrorism*”.

¹⁷ D. Chudzik, *Banki a problem...*, s. 55.

¹⁸ M. Kaczmarski, *Przeciwdziałanie praniu pieniędzy*, Wydawnictwo Difin, Warszawa 2016, s. 60.

¹⁹ www.fdic.gov.

²⁰ www.ffiec.gov.

²¹ www.fincen.gov.

²² www.justice.gov.

5. Kolejną metodą kontroli jest procedura *Customer Due Dilligence* (CDD). Stała należyta staranność CDD odnosi się do monitorowania klientów i ich aktywności w celu upewnienia się, że klient nie zmienił znacząco swoich działań w badanym czasie. Procedura ta polega na stwierdzeniu, że podmiot, który przeszedł przez procedury KYC nadal zajmuje się tym co robił w momencie poddania weryfikacji w ramach procedury KYC²³. Dlatego CDD to ponowna kontrola firmy. Analiza ta dostarcza informacji o kliencie i o ryzyku na jakie wystawiona jest jego działalność. Ryzyko to obejmuje finansowanie terroryzmu i pranie brudnych pieniędzy. Międzynarodowe standardy wymagają, aby w procedurze CDD uwzględniać tzw. podejście oparte na analizie ryzyka (*risk-based approach*)²⁴. Trzecia Dyrektywa Unii Europejskiej 2005/60/EC przewiduje stosowanie tej metody do klientów należących do grupy wysokiego ryzyka popełnienia przestępstwa prania pieniędzy lub finansowania terroryzmu²⁵. Środki, jakie są przewidziane w tej procedurze zależą od typu klienta oraz relacji biznesowych. Wprowadzenie obowiązku analizy oceny ryzyka klientów i instytucji obowiązanych przewiduje art. 8b ustawy o przeciwdziałaniu praniu brudnych pieniędzy w myśl którego: „instytucje obowiązane stosują wobec swoich klientów środki bezpieczeństwa finansowego”. Zakres ich stosowania jest określany na podstawie oceny ryzyka prania pieniędzy i finansowania terroryzmu, zwanej dalej „oceną ryzyka”, dokonanej w wyniku analizy, z uwzględnieniem w szczególności rodzaju klienta, stosunków gospodarczych, produktów lub transakcji. Wyróżnia się trzy grupy ryzyka biorąc za kryterium ocenę ryzyka prania pieniędzy i finansowania terroryzmu: niskie, normalne oraz wysokie. Zakwalifikowanie transakcji do wysokiej kategorii ryzyka jest argumentem do zastosowania procedury CDD.

Due diligence, czyli należyta staranność nakłada na bank obowiązek, aby jego pracownicy dokonywali pewnych czynności związanych z nowo utworzonymi kontami bankowymi. Do tych czynności zalicza się:

- identyfikację właściciela konta i beneficjenta,
- identyfikację źródeł i pochodzenia środków pieniężnych,
- identyfikację charakteru działalności gospodarczej,
- badanie celu, w jakim konto zostało założone,
- określenie oczekiwanych transakcji,
- przeanalizowanie historii kredytowej klienta oraz jego dotychczasowych relacji z bankiem.

Customer Due Dilligence to poddanie przedsiębiorstwa wyczerpującej, wielopłaszczyznowej analizie pod względem jego kondycji handlowej, finan-

²³ www.int-comp.org.

²⁴ The risk-based approach, 10 września 2008 r., The Law Society, www.lawsociety.org.uk.

²⁵ M. K a c z m a r s k i, *Przeciwdziałanie...*, 2016, s. 47.

sowej, prawnej i podatkowej²⁶. To dokonywanie kompleksowych analiz danego podmiotu gospodarczego w celu identyfikacji ryzyka i możliwości. Pozyskiwane są informacje pod względem sytuacji prawnej i podatkowej, zarządzania oraz finansów.

Metodę tą stosuje się także do oceny beneficjenta rzeczywistego oraz zarządu instytucji²⁷. Ryzyko musi zostać zidentyfikowane a podejrzana aktywność wykryta. Przykładowo, jeżeli klient należy do kategorii klientów, których działalność może stanowić ryzyko prania brudnych pieniędzy podejście oparte na analizie ryzyka polega w tym wypadku nie na dodatkowej weryfikacji dokumentów lecz na monitorowaniu transakcji dokonywanych przez tego klienta. Taki permanentny monitoring dokonywanych transakcji jest w stanie uchronić przed ryzykiem prania brudnych pieniędzy.

W szczególności może on polegać na analizie transakcji, np. porównaniu profilu klienta (wiedzy instytucji o danym kliencie) w zestawieniu z jego rzeczywistymi transakcjami w celu identyfikacji rozbieżności lub niestandardowych zachowań. Takimi zachowaniami mogą być:

- niestandardowe przelewy zagraniczne,
- znaczące obroty na rachunku w danym okresie,
- transakcje dużej wartości (odbiegające od standardowych),
- częste zamykanie i otwieranie produktów (np. rachunków),
- zwroty na rachunek,
- różne teoretycznie niepowiązane osoby korzystające z rachunku

Wcześniejsze wykrycie zagrożenia prania brudnych pieniędzy ustrzeże instytucję przed odpowiedzialnością karną, sankcjami oraz przed utratą reputacji²⁸. Do klientów o niższej kategorii ryzyka stosuje się uproszczone procedury CDD.

Due diligence ma na celu szczegółową ocenę aktualnej sytuacji przedsiębiorstwa oraz określenie istniejącego i potencjalnego ryzyka związanego z planowaną transakcją kapitałową np. fuzja, przejęcie, wydzielenie lub sprzedaż zorganizowanej części przedsiębiorstwa²⁹. Zakres *due diligence* zależy od specyfiki badanego przedsiębiorstwa, jego wielkości oraz struktury.

6. *Politically Exposed Persons*, tzw. PEP, jest to kolejna metoda służąca lepszej identyfikacji i weryfikacji klienta³⁰. Dyrektywa UE jak i polska ustawa

²⁶ *Ibidem*, s. 20.

²⁷ The risk-based approach, 10 września 2008 r., The Law Society, www.lawsociety.org.uk, beneficjent rzeczywisty—osoba fizyczna, która jest udziałowcem lub akcjonariuszem lub posiada prawo głosu na zgromadzeniu wspólników w wysokości ponad 25 procent w tej osobie prawnej.

²⁸ K. K o c e m b a, *Due diligence*, Wydawnictwo Lexis Nexis, Warszawa 2011, s. 19.

²⁹ K. K o c e m b a, *Due diligence...*, s. 23.

³⁰ Początek określeniu PEP dała sprawa Sani Abacha, prezydenta Nigerii w latach 1993–1998 r. Podczas jego rządów skradziono 5 miliardów funtów z rezerw krajowych Centralnego Banku Nigerii. W kradzieżach brali udział także członkowie jego rodziny. Fundusze zostały prze-

o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu posługują się pojęciem „osoba zajmująca eksponowane stanowisko polityczne” potocznie PEP *Politically Exposed Person*. Według dyrektywy PEP to „osoby fizyczne, które sprawują lub sprawowały znaczące funkcje publiczne, jak również członkowie najbliższej rodziny oraz osoby znane jako bliscy współpracownicy tych osób” art. 3 pkt 8³¹. W stosunku do tych osób stosowane są szczególne zasady.

Ustawa z dnia 16 listopada 2000 r. o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu³² definiuje PEP jako osoby fizyczne zajmujące konkretnie wymienione funkcje publiczne np. ministrowie, członkowie parlamentu a także m.in. małżonkowie, rodzice i dzieci tych osób mające miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej (art. 2 pkt. 1f). W stosunku do takich osób instytucje obowiązane muszą zastosować określone wzmożone środki bezpieczeństwa finansowego (art. 9e ust.4 ustawy).

Przy ustaleniu statusu PEP instytucje finansowe korzystają z tworzonych przez komercyjne firmy list, zawierających wykazy osób zajmujących eksponowane stanowiska polityczne. Są to tzw. Listy PEP. Instytucja kolejno wczytuje dane swoich klientów do specjalnych systemów a systemy te pokazują „trafienia” na listach PEP wśród klientów instytucji.

Pojęcie osoby zajmującej eksponowane stanowisko polityczne (*Politically Exposed Persons* – PEPs) obejmuje następujące osoby fizyczne³³:

- szefów państw, szefów rządów,
- ministrów, wiceministrów lub zastępców ministrów, członków parlamentu,
- sędziów sądów najwyższych, trybunałów konstytucyjnych oraz innych organów Sądowych, których orzeczenia nie podlegają zaskarżeniu, z wyjątkiem trybów nadzwyczajnych,
- członków trybunałów obrachunkowych,
- członków zarządów banków centralnych,
- ambasadorów, *charges d'affairs*,
- wyższych oficerów sił zbrojnych,
- członków organów zarządzających lub nadzorczych przedsiębiorstw państwowych, którzy sprawują lub sprawowali te funkcje publiczne w okresie roku od dnia zaprzestania spełniania przesłanek określonych w tych przepisach,

transferowane na konta bankowe w Wielkiej Brytanii i Szwajcarii. W 2004 roku ogłoszono go jednym z 4 najbardziej skorumpowanych przywódców w historii. Sprawę badała szwajcarska policja, dochodzeniem objęto blisko 60 banków szwajcarskich.

³¹ Dyrektywa z dnia 20 maja 2015 r. w sprawie zapobiegania wykorzystywaniu systemu finansowego do prania pieniędzy lub finansowania terroryzmu, Dz. Urz. UE L nr 648/2012 z dnia 20 maja 2015 r. ze zm.

³² Dz. U. z 2017 r., poz. 1049.

³³ R. Zawłocki, *Prawo Karne Gospodarcze...*, s. 173.

– mające miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej.

Pod pojęciem osoby zajmującej eksponowane stanowisko polityczne rozumiemy również osoby fizyczne: małżonków osób, o których mowa powyżej lub osoby pozostające z nimi we wspólnym pożyciu, rodziców i dzieci osób, o których mowa powyżej, małżonków tych rodziców i dzieci lub osoby pozostające z nimi we wspólnym pożyciu. Są to także osoby fizyczne, które pozostają lub pozostawały z tymi osobami w ścisłej współpracy zawodowej lub gospodarczej lub są współwłaścicielami podmiotów prawa, a także jedynymi uprawnionymi do majątku podmiotów prawa, jeżeli zostały one założone na rzecz tych osób, a także wymienione osoby fizyczne mające miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej.

Zgodnie z Art. 9e ust. 4: ustawy o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy i finansowaniu terroryzmu: w odniesieniu do osób zajmujących eksponowane stanowiska polityczne, instytucje obowiązane:

- 1) wprowadzają procedury oparte na ocenie ryzyka w celu ustalenia, czy klient jest osobą zajmującą eksponowane stanowisko polityczne;
- 2) stosują środki odpowiednie do określonego przez instytucję obowiązana ryzyka w celu ustalenia źródła pochodzenia wprowadzanych do obrotu wartości majątkowych;
- 3) prowadzą stałą kontrolę przeprowadzanych transakcji;
- 4) zawierają umowę z klientem po uprzednim uzyskaniu zgody zarządu, wskazanego członka zarządu lub osoby wyznaczonej przez zarząd lub odpowiedzialnej za działalność instytucji obowiązanej.

Zawarcie umowy z osobą na eksponowanym stanowisku jest możliwe po uzyskaniu zgody: zarządu lub wskazanego Członka Zarządu, osoby wyznaczonej przez Zarząd oraz Oświadczającego klienta.

Instytucja obowiązana może przyjmować oświadczenia na piśmie, czy dany klient jest osobą zajmującą eksponowane stanowisko polityczne, pod rygorem odpowiedzialności karnej za podanie danych niezgodnych ze stanem faktycznym.

Kiedy otwierane jest konto dla spółki w złożonym wniosku o otwarcie konta znajduje się odpowiednia rubryka z pytaniem czy dana osoba ma związek z PEP-ami. Bank ma obowiązek prawny weryfikacji danych takiego klienta. Prawo zobowiązuje banki do kontroli osób zakładających rachunki i sprawdzenia, czy nie mają powiązań politycznych, by nie dopuścić do wykorzystania przez te osoby zakładanych kont w niewłaściwych celach.

Stosuje się należycie wypracowane zasady i procedury do kontroli zakładania kont z udziałem polityków i powiązanych z nimi osób. Takie przypadki są obarczone wysokim ryzykiem, dlatego poddaje się je szczegółowym analizom³⁴.

³⁴ The risk-based approach, 10 września 2008 r., The Law Society, www.lawsociety.org.uk.

Prowadzi się mianowicie szczegółowe badania *due diligence* wszystkich nowych i potencjalnych klientów.

Instytucja finansowa po stwierdzeniu, że klient jest PEP ciągle bada tego klienta. To, że klient jest PEP nie oznacza od razu, że jest przestępcą lub ma skłonności do nadużyć finansowych. Instytucje muszą być jednak świadome ryzyka, że PEP ma większą możliwość nadużyć system finansowy celem prania brudnych pieniędzy.

Grupa Specjalna ds. Przeciwdziałania Praniu Pieniędzy, FATF (*The Financial Action Task Force*), opracowała szereg sygnałów ostrzegawczych, jakie mogą ułatwiać wykrycie takich nadużyć³⁵. Są to swoistego rodzaju wskaźniki, znaki ostrzegawcze, których stwierdzenie może zwiększyć ryzyko prowadzenia relacji z danym klientem.

Do nich należą takie zachowania jak³⁶:

- użycie instrumentów korporacyjnych do ukrycia własności, usług lub krajów,
- PEP zasięga informacji dotyczących polityki przeciwdziałania praniu pieniędzy lub polityki dotyczącej PEP,
- PEP sprawia wrażenie, że czuje się niekomfortowo w związku z przekazywaniem informacji na temat źródła majątku lub źródeł środków pieniężnych,
- informacje przekazywane przez PEP są niespójne z innymi np. oświadczenie majątkowe i informacje o zarobkach,
- PEP nie jest w stanie lub niechętnie do wyjaśnienia powodu prowadzenia działalności gospodarczej,
- PEP dostarcza niedokładnych lub niekompletnych informacji,
- PEP chce skorzystać z usług instytucji finansowej lub usług, które normalnie nie zaspokajają potrzeb klientów zagranicznych,
- fundusze są wielokrotnie przenoszone do krajów i z krajów, z którymi PEP nie ma powiązań,
- odmówiono PEP wjazdu do kraju, odmowa wizy.

Są to generalnie najważniejsze symptomy nielegalnej działalności PEP, jakie umożliwiają wykrycie podejrzanych podmiotów. Działają na zasadzie sygnału ostrzegawczego.

Osoby objęte listą PEP są świadome, że ich status może ułatwić wykrycie ich nielegalnego postępowania. Dlatego mogą usiłować chronić swoją tożsamość by uniemożliwić ich wykrycie. Dla przykładu mogą np.: używać instrumentów korporacyjnych typu osób prawnych i porozumień prawnych wykorzystywanych do ukrycia beneficjenta rzeczywistego, korzystać z pośredników, gdy to nie odpowiada normalnej praktyce biznesowej, wykorzystywać

³⁵ www.fatf-gafi.org.

³⁶ Instrukcja FATF, Osoby zajmujące Ekspozowane stanowiska Polityczne, Rekomendacje 12 i 22, Annex 1 : PEP s red flag / indicators, www.Fatf-gafi.org.

członków rodziny lub bliskich współpracowników do pełnienia roli prawnego właściciela³⁷.

Metoda analizy PEP ma dużo zalet i jest bardzo ważna w walce z praniem pieniędzy. Analizując praktykę międzynarodowych instytucji finansowych można zauważyć, iż podmioty te w swoich procedurach przeciwdziałania praniu pieniędzy przewidują stosowanie tychże środków wobec wszystkich PEP, niezależnie od siedziby³⁸. Instytucja może bowiem zapisać w swojej wewnętrznej procedurze, że klientom zajmującym eksponowane stanowiska polityczne, mającym miejsce zamieszkania w Polsce nadaje się podwyższony poziom ryzyka. Istnieje, więc możliwość stosowania wzmożonych środków bezpieczeństwa finansowego. Zatem ani dyrektywa UE ani polska ustawa nie zabraniają stosowania szczególnych środków wobec PEP krajowych celem walki z praniem brudnych pieniędzy. Co więcej, rekomendacja Financial Action Task Force i Banku Światowego pozwala traktować PEP krajowych tak samo jak zagranicznych³⁹. Definicja FATF ta przewiduje stosowanie środków wobec PEP krajowych⁴⁰. Gdyby zakazać takiej praktyki, oznaczałoby to, że polskie instytucje obowiązane nie mogłyby spełniać światowych standardów w przeciwdziałaniu praniu pieniędzy. Analizując procedurę związaną z PEP należy stwierdzić, iż jej zaletą jest właśnie fakt, że nie ogranicza się jedynie do badania klientów zagranicznych, ale jest dedykowana także klientom krajowym. Kolejną zaletą jest fakt, iż przy pomocy tej analizy poddaje się kontroli aktywa będące obciążone wysokim ryzykiem prania brudnych pieniędzy. Świadczy o tym fakt, iż są to aktywa prominentów, osób sprawujących eksponowane stanowiska często zaangażowanych w politykę oraz mających wpływ na prowadzone na wielką skalę transakcje finansowe.

7. Porównując poszczególne techniki bankowe można stwierdzić, iż wszystkie one są niezwykle ważne w walce z procederem prania brudnych pieniędzy. Usprawniają proces kontroli finansowej oraz ułatwiają pracę z wielkim wolumenem transakcji.

Dzięki wykorzystaniu metody tzw. *sanction screening* kontrola płatności staje się szybsza i bardziej efektywna. Ponadto dzięki tej metodzie rutynowe czynności podlegają automatyzacji i są wykonywane w krótszym czasie. Minimalizuje się także ryzyko przeoczenia podejrzonej transakcji. Wszystkie pozytywne dopasowania muszą być referowane do działu zajmującego się

³⁷ Instrukcja FATF, Osoby zajmujące Eksponowane stanowiska Polityczne, Rekomendacje 12 i 22, Annex 1 :PEPs red flag /indicators, www.Fatf-gafi.org.

³⁸ Red. Na ważnych stanowiskach publicznych, Rzeczpospolita z dnia 25 stycznia 2011 r.

³⁹ *Ibidem*.

⁴⁰ Definicja FATF: Domestic PEP individuals who are or have been entrusted with prominent public functions by a foreign country, for example Heads of state or Heads of government, senior politicians, senior government, judicial or military officials, senior executives of state owned corporations, political party officials.

sankcjami. System ten filtruje płatności w czasie rzeczywistym. Pozytywne trafienia są błyskawicznie raportowane. System ten jest bardzo pomocny w pracy z dużym wolumenem płatności, ponieważ nie pozwala usnąć czujności pracowników poprzez generowanie automatycznych ostrzeżeń jakie muszą być następnie poddane analizie. Ponadto dzięki tej metodzie możliwe jest wyeliminowanie nieuczciwych podmiotów z systemu finansowego. Aktywa takich podmiotów zostają bowiem zablokowane i uniemożliwia to prowadzenie z nimi jakichkolwiek transakcji. Oczywiście mogą pojawić się także trudności w realizacji tej metody w praktyce. Ma to na przykład miejsce, kiedy to osoba zlecająca transakcję próbuje maskować jej dane. Osoba taka może zaniechać podania detali transakcji lub ukrywać nazwę odbiorcy środków pieniężnych. W przeszłości zdarzało się, iż na daną instytucję finansową została nałożona kara za dokonywanie transakcji z krajem znajdującym się na liście krajów zabronionych. Tak na przykład w 2014 roku bank BNP Paribas zapłacił 8,9 miliarda dolarów za transakcje z Sudanem.

W mojej ocenie w walce z praniem pieniędzy kluczowa jest również rola KYC. Metoda ta zapewnia bezpieczeństwo finansowe banku. Realizacja zasady „poznaj swojego klienta” jest absolutnie niezbędną metodą identyfikacji klienta mającą na celu wykrycie podejrzanych operacji. Ma ona bardzo szeroki wymiar i obejmuje przede wszystkim konieczność rozpoznania charakteru prowadzonej przez niego działalności i typowych dla jego branży operacji finansowych⁴¹. Dzięki temu tworzy się w banku tzw. profil klienta. Z kolei zdefiniowany profil klienta ułatwia wychwytywanie podejrzanych transakcji, ponieważ każda transakcja dokonana przez klienta będąca w sprzeczności z tym profilem zostaje wykryta. Metoda ta zapewnia zgodność działania banku z obowiązującymi w zakresie przeciwdziałania praniu pieniędzy przepisami oraz regulacjami. Metoda ta jest dla banku buforem bezpieczeństwa. Jednocześnie KYC zmniejsza prawdopodobieństwo powstania w banku strat z tytułu prowadzenia operacji z nieznanym klientem⁴². Odzwierciedleniem tego jest fakt, iż przy otwieraniu konta dla nowego klienta, jakim może być na przykład osoba prawna, kontroli podlega beneficjent rzeczywisty jak i cały zarząd firmy. Ma to ustrzec przed zawieraniem umów z nieznanymi i podejrzаныmi klientami. Metoda ta pozwala także zidentyfikować wiarygodność dokumentów klienta. Zdarza się, iż oszuści próbują otworzyć rachunek bankowy za pomocą fałszywych dokumentów lub skradzionych autentycznych dokumentów tożsamości i wyrabiają na ich podstawie zezwolenia na prowadzenie działalności gospodarczej. Celem tej metody jest zawieranie transakcji jedynie z wiarygodnymi klientami. Bank kontroluje także zobowiązania finansowe klienta i jego bieżące długi. Metoda ta zapewnia bezpieczne

⁴¹ D. Chudzik, *Banki a problem...*, s. 55.

⁴² D. Chudzik, *Banki a problem...*, s. 56.

otwieranie rachunków bankowych oraz udzielanie kredytów, leasingu i gwarancji. W efekcie realizacja tej zasady służy ochronie dobrego imienia banku chroniąc przed utratą reputacji. Kolejną zaletą jest ciągłe monitorowanie rachunku bankowego klienta pod względem częstotliwości, skali, i kierunku przepływu środków pieniężnych, tytułów płatności pod kątem ewentualnego występowania operacji podejrzanych. Zwiększa także zaufanie klientów wobec danej instytucji finansowej. KYC ma także na celu zwiększenie zaufania do banku, który prowadzi interesy wiarygodnych klientów. Realizacja tego celu może natrafić na pewne przeszkody. Taką przeszkodą są „tajne konta”. O istnieniu tych kont często donoszą media przy wykryciu afery związanej z posiadaczami tajnych kont. W Szwajcarii w 1991 roku zakazano od adwokatów i powierników zamieszkałych w Szwajcarii przyjmowania tzw. Formularzy B, które podpisywali oni w imieniu znanej osoby w celu deponowania pieniędzy swoich klientów⁴³. Metoda KYC jest także stosowana w Szwajcarii w stosunku do klientów, którzy mają tam jedynie swoją siedzibę lub wpłacają znaczne sumy pieniędzy na konto. Kolejnym problemem na jaki natrafia stosowanie tej metody jest kwestia, jak daleko może posunąć się bank w weryfikacji wiarygodności swoich klientów⁴⁴. Przeszkodą może być też obowiązywanie tajemnicy bankowej w przypadku raportowania podejrzanych transakcji do odpowiednich władz. Klienci dążą do maksymalnego rozszerzenia obowiązywania tajemnicy bankowej jako jego prawa do zachowania prywatności. Wadami KYC jest czasochłonność kontroli oraz możliwość pojawienia się trudności w gromadzeniu informacji na temat kontrolowanych podmiotów. Na przykład kontrolowany klient może celowo unikać odpowiedzi na niektóre pytania związane z prowadzoną przez niego działalnością gospodarczą. Kolejną wadą tej metody jest fakt, iż jest dosyć kosztowna. Szacuje się, że najwięcej środków pochłania sporządzanie raportów transakcji podejrzanych. Jednak w dalszym horyzoncie czasowym prowadzenie dobrego oraz kosztownego programu przeciwdziałania procederowi prania pieniędzy staje się opłacalne dla banku. Koszty procesu KYC, zwłaszcza związane z pozyskaniem klienta oraz zarządzaniem jego kontem są bardzo wysokie. Instytucje muszą w tym celu inwestować znaczne zasoby w kapitał ludzki.

Kolejną wadą jest restrykcyjna eliminacja podejrzanych klientów, która prowadzi do utraty wielu z nich⁴⁵. Utrata klientów, to również utrata potencjalnych korzyści finansowych i wysokich prowizji dla banku. W krajach gospodarczo rozwiniętych dominuje jednak pogląd, iż dla dobra systemu finansowego i gospodarki ważniejsza jest selekcja obsługiwanych podmiotów niż

⁴³ J. Wójcik, *Pranie pieniędzy, Kryminologiczna i kryminalistyczna ocena transakcji podejrzanych* Dom Organizatora, Toruń 1997, s. 327.

⁴⁴ K. Wąsowski, *Pranie brudnych pieniędzy*, Biblioteka Menedżera i Bankowca, Warszawa 2001, s. 61.

⁴⁵ J. Wójcik, *Pranie pieniędzy...*, s. 327.

wysokie zyski pozyskane w krótkim okresie dzięki nierzetelnym klientom⁴⁶. Program KYC jest bardzo popularny w zachodnich bankach. W Polskich bankach nie jest jednak jeszcze tak dobrze rozwinięte jak na zachodzie i wymaga dopracowania.

Kontrola transakcji nie byłaby efektywna, gdyby nie procedura *Customer Due Dilligence* (CDD), która to porównaniu z KYC jest bardziej wielopłaszczyznowa⁴⁷. Ocenie podlega sytuacja finansowa, prawna, podatkowa podmiotu. Ponadto dostarcza najbardziej aktualnych informacji o klientach. W porównaniu z zasadą KYC kontrola ta ma charakter wtórny. Prowadzi do ponownej kontroli klienta i przez to dostarcza bardziej precyzyjnych informacji. Jest odpowiedzią na potrzeby aktualizacji danych o kliencie w zmieniającym się środowisku biznesowym i prawnym. Dzięki temu umożliwia wychwycenie podejrzanych transakcji spośród tysięcy dokonywanych każdego dnia transakcji bankowych. Ponadto metoda ta przewiduje kontrolę beneficjentów rzeczywistych. Jest to bardzo istotny etap kontroli, ponieważ dotyczy osób najbardziej decyzyjnych w danej instytucji. Dodatkową zaletą tej metody jest fakt, iż oparta jest na kryterium ryzyka, dzięki czemu w pierwszej kolejności sprawdzani są klienci należący do najwyższej grupy ryzyka popełnienia przestępstwa związanego z praniem brudnych pieniędzy. Można powiedzieć, że metody KYC i CDD wzajemnie się uzupełniają. KYC jest prowadzone w stosunku do nowych klientów. CDD dostarcza dodatkowych i bardziej aktualnych informacji, bez których kontrola nie byłaby efektywna. Zaostrzona została kontrola bankowa. Instytucje te mają obowiązek badania i weryfikacji podejrzanych transakcji. Niewywiązywanie się z tego obowiązku grozi sankcjami administracyjnymi w postaci upomnienia a nawet cofnięcia licencji.

Opisane metody nabierają coraz większego globalnego znaczenia w kontekście rozpoznania brudnych pieniędzy i finansowania terroryzmu. Pozwalają oszacować ryzyko kontrahenta, a także chronić każdą ze stron od działań przestępczych, takich jak oszustwa tożsamości lub pranie brudnych pieniędzy. Służą do zidentyfikowania klientów i uzyskania pewnych, odpowiednich oraz trafnych informacji wymaganych do prowadzenia interesów ze stroną zainteresowaną. Metody te, obniżają prawdopodobieństwo, że dana instytucja finansowa stanie się ofiarą nielegalnej działalności prowadzonej przez nieuczciwych klientów. Ponadto, polityka taka winna pozwalać utrzymywać dobre imię i reputację instytucji, co w przypadku systemu finansowego ma niebagatelne znaczenie.

⁴⁶ J. Wójcik, Pranie pieniędzy..., s. 328.

⁴⁷ K. Kocemba, Due diligence..., s. 19.

Anti-money laundering efforts in financial institutions

Abstract

Currently financial institutions are exposed to the risk of money laundering. This practice is becoming more and more popular. For this reason, AML regulations, requiring identification of the customer, verification of the parties' identity, and registration of suspicious transactions, be applied to businesses operating in the area of money transfers. There are a lot of new tools and procedures helping detect where the money laundering is likely to occur.

Financial crime is often complex, multi-layered and difficult to spot.

In order to deter and detect financial crime financial institutions are obligated to identify high-risk indicators.

Below article describes practical techniques for managing money laundering and sanctions risks such as KYC (Know Your Customers), CDD (Customer Due Diligence) and sanctions screening. KYC allows acquiring the right information and knowledge about clients. CDD is the key to understanding who you are doing business with and how that relationship should work. Sanctions screening enables to detect suspicious transactions in payments environment. This article explains also the role of PEP (Politically Exposed Person) in money laundering. Most financial institutions view a PEP as a potential compliance risk.

There is no possibility to eliminate money laundering risk in everyday financial institution activities but we can minimize this risk. Implementation of this solution can be profitable for organization and customers.

Key words

Money laundering, sanctions, high-risk indicators, financial crime, SWIFT, SAR, the 4th AML Directive (the Act on Combating Money Laundering and Financing of Terrorism), suspicious transactions, CDD (Customer Due Diligence), KYC (Know Your Customer), PEP (Politically Exposed Person), USA Patriot Act, Bank Secrecy Act.

Wojciech Kotowski

Ograniczenie zakresu uprawnień budowlanych

Streszczenie

Autor, kanwie wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 7 lutego 2018 r., sygn. K 39/15 (Dz. U. z 2018 r., poz. 352), eksponuje wartość inicjatywy Polskiej Izby Inżynierów Budownictwa, której rzeczowa argumentacja zyskała aprobatę Trybunału, doprowadzając do słusznego rozstrzygnięcia w zakresie m.in. niezgodności art. 16 pkt 3 Prawa budowlanego z art. 65 ust. 1 w zw. z art. 31 ust. 3 Konstytucji. Wymienione w wyroku Trybunału przepisy utracą moc 12 lutego 2019 r.

Słowa kluczowe

Konstytucja, Prawo budowlane, ograniczenie zakresu uprawnień budowlanych, wyrok Trybunału Konstytucyjnego, Izba Inżynierów Budownictwa, jednogłośnie orzeczenie.

1. Wprowadzenie

Inicjatywa Polskiej Izby Inżynierów Budownictwa (dalej: Izba) okazała się z merytorycznego punktu widzenia niezwykle wartościową, wszak zyskała pełną aprobatę Trybunału Konstytucyjnego (dalej: Trybunał), który orzekł¹, że art. 16 pkt 3 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. – Prawo budowlane² (dalej: Prawo budowlane) w zakresie, w jakim upoważnia właściwego ministra do określenia „ograniczenia zakresu uprawnień budowlanych” oraz nie zawiera w tym zakresie wytycznych do treści rozporządzenia, jest niezgodny z art. 65 ust. 1 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej. Trybunał orzekł także, iż § 22 pkt 1 rozporządzenia Ministra Infrastruktury i Rozwoju z dnia 11 września 2014 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie³ (dalej: rozporządzenie) oraz Lp. 7 i 8 załącznika nr 2, a także Lp. 5 i 6 załącznika nr 3 do tego rozporządzenia są niezgodne

¹ Wyrok TK z dnia 7 lutego 2018 r., sygn. K 39/15.

² Tekst. jedn. Dz. U. z 2017 r., poz. 1332 ze zm.

³ Dz. U. poz. 1278.

z art. 14 ust. 1 pkt 3 lit. c i art. 16 ustawy powołanej w punkcie 1. Wymienione przepisy tracą moc obowiązującą z upływem 12 (dwunastu) miesięcy od dnia ogłoszenia wyroku w Dzienniku Ustaw Rzeczypospolitej Polskiej. Warto utrwalić, że orzeczenie zapadło jednogłośnie.

2. Wnioski Izby

18 marca 2015 r. Izba skierowała do Trybunału Konstytucyjnego (dalej: Trybunał) wniosek o zbadanie zgodności art. 16 pkt 3 prawa budowlanego w zakresie, w jakim upoważnia właściwego ministra do określenia „ograniczenia zakresu uprawnień budowlanych”, a także nie zawiera w tym zakresie wytycznych co do treści aktu, z art. 65 ust. 1 w związku z art. 31 ust. 3 oraz z art. 92 ust. 1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej (dalej: Konstytucji). Wniosek został złożony na podstawie uchwały Krajowej Rady Polskiej Izby Inżynierów Budownictwa nr 1/R/15 (dalej: Izby). W uzasadnieniu zarzutu niekonstytucyjności art. 16 pkt 3 prawa budowlanego w zaskarżonym zakresie, Izba podniosła, że przepis ten upoważnia ministra właściwego do spraw budownictwa, lokalnego planowania i zagospodarowania przestrzennego oraz mieszkalnictwa w porozumieniu z ministrem właściwym do spraw szkolnictwa wyższego, do określenia, w drodze rozporządzenia, ograniczenia zakresu uprawnień budowlanych. Stanowi to naruszenie art. 65 ust. 1 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji, ponieważ wyjątki od wolności wyboru i wykonywania zawodu może określać wyłącznie ustawa i tylko zgodnie z kryteriami wskazanymi w art. 31 ust. 3 Konstytucji. Niezgodność art. 16 pkt 3 prawa budowlanego z art. 92 ust. 1 Konstytucji wynika, zdaniem wnioskodawcy, z braku wytycznych do wydania rozporządzenia ograniczającego zakres uprawnień budowlanych. Tego, że minister powinien mieć na względzie zapewnienie przejrzystego i sprawnego przeprowadzania czynności związanych z nadawaniem uprawnień budowlanych, a także uznawaniem praktyk zawodowych, o których mowa w tym przepisie, nie można uznać za wytyczne spełniające kryteria określone w art. 92 ust. 1 Konstytucji.

Kolejnym pismem z 18 marca 2015 r. Izba wniosła o zbadanie zgodności: 1) § 10–15 rozporządzenia z art. 65 ust. 1 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji, 2) § 10, § 11 ust. 1, § 12 ust. 1, § 13 ust. 1, 2, 4, 6, 7, 10 i 12 rozporządzenia z art. 16 pkt 3 prawa budowlanego, 3) § 13 ust. 6–9 i § 22 pkt 1 rozporządzenia oraz załączników nr 2 i 3 do tego rozporządzenia w części, w jakiej odnoszą się do inżynierskiej specjalności kolejowej w zakresie kolejowych obiektów budowlanych oraz inżynierskiej specjalności kolejowej w zakresie sterowania ruchem kolejowym, z art. 14 ust. 1 pkt 3 lit. c oraz z art. 16 prawa budowlanego.

Wnioskodawca, podnosząc niezgodność § 10–15 rozporządzenia z art. 65 ust. 1 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji, wskazał, że w przepisach

tych zostały określone zakresy uprawnień budowlanych w poszczególnych specjalnościach budowlanych. Stanowią one daleko idące ograniczenie podejmowania i wykonywania zawodu. Dotyczą bowiem samej istoty uprawnień i zostały wprowadzone bez uwzględnienia kryteriów, o których mowa w art. 31 ust. 3 Konstytucji. Wprowadzanie tego typu ograniczeń w rozporządzeniu, zdaniem wnioskodawcy, narusza zasadę wyłączności ustawy w zakresie określania wyjątków od wolności wykonywania zawodu i nie jest uzasadnione kryteriami wymienionymi w art. 31 ust. 3 Konstytucji.

Nie zgodność § 10, § 11 ust. 1, § 12 ust. 1, § 13 ust. 1, 2, 4, 6, 7, 10 i 12 rozporządzenia z art. 16 pkt 3 prawa budowlanego, w ocenie Izby polega na przekroczeniu przez prawodawcę granic delegacji ustawowej. Art. 16 pkt 3 prawa budowlanego upoważnia właściwego ministra, aby w rozporządzeniu wykonawczym określił jedynie „ograniczenia zakresu uprawnień budowlanych”, natomiast w zaskarżonych przepisach rozporządzenia zostały wskazane zakresy uprawnień w poszczególnych specjalnościach budowlanych. Z uwagi na to, że stanowią one o istocie danej specjalności budowlanej powinny być uregulowane w ustawie, a tylko bardziej szczegółowe kwestie mogłyby zostać przekazane do unormowania w rozporządzeniu.

Podobne zarzuty dotyczą § 13 ust. 6–9 i § 22 pkt 1 rozporządzenia oraz załączników nr 2 i 3 do tego rozporządzenia w części, w jakiej odnoszą się do specjalności inżynierskiej kolejowej w zakresie kolejowych obiektów budowlanych oraz specjalności inżynierskiej kolejowej w zakresie sterowania ruchem kolejowym. Zdaniem wnioskodawcy, w zaskarżonych przepisach rozporządzenia zostały wykreowane specjalności nieznane ustawie, na podstawie której zostało ono wydane. Art. 14 ust. 1 prawa budowlanego zawiera zamknięty katalog specjalności, który nie może być rozszerzany w akcie rangi rozporządzenia. Natomiast art. 16 prawa budowlanego zawiera jedynie upoważnienie do określenia specjalizacji w ramach ustawowych specjalności. Jak wskazał wnioskodawca, konsekwencją przekroczenia upoważnienia ustawowego będzie niezgodne z ustawą przeprowadzanie postępowania kwalifikacyjnego o nadanie uprawnień budowlanych. Zakres egzaminu zawodowego jest determinowany specjalnością (zakresem) uprawnień budowlanych, o nadanie których kandydat się ubiega. Będzie prowadzić także do nadawania uprawnień budowlanych w specjalnościach w ogóle nieznanymi ustawie.

3. Stanowisko Prokuratora Generalnego

Prokurator Generalny wniósł o stwierdzenie, że: 1) art. 16 pkt 3 prawa budowlanego jest niezgodny z art. 65 ust. 1 w związku z art. 31 ust. 3 oraz z art. 92 ust. 1 Konstytucji, 2) § 22 pkt 1 rozporządzenia, a także lp. 7 i 8 załącznika nr 2 do rozporządzenia oraz lp. 5 i 6 załącznika nr 3 do tego rozporządzenia są niezgodne z art. 14 ust. 1 pkt 3 lit. c oraz art. 16 prawa budowlanego.

Ustosunkowując się do zarzutu niezgodności art. 16 pkt 3 prawa budowlanego z art. 65 ust. 1 w związku z art. 31 ust. 3 oraz z art. 92 ust. 1 Konstytucji, Prokurator Generalny przeanalizował treść art. 12–14 prawa budowlanego, w których uregulowano uprawnienia budowlane. Wskazał, że żaden przepis prawa budowlanego nie wylicza czynności, które mogą wykonywać osoby posiadające uprawnienia budowlane bez ograniczeń. Nie określa też czynności w ramach uprawnień budowlanych w ograniczonym zakresie ani nie wskazuje, na czym ten ograniczony zakres ma polegać. Z ustawy nie wynika zatem, jaka jest różnica w statusie osób posiadających uprawnienia budowlane bez ograniczeń i osób posiadających uprawnienia budowlane w ograniczonym zakresie. Kwestie te zostały unormowane w zaskarżonych § 10–15 rozporządzenia. Na poziomie ustawy brak jakichkolwiek wytycznych ustawodawcy co do tego, jak minister ma w rozporządzeniu określić ograniczenia zakresu uprawnień budowlanych, czym ma się kierować przy wydawaniu aktu wykonawczego do ustawy w tym przedmiocie i jaka ma być jego treść. Jedynym wskazaniem zawartym w art. 16 pkt 3 prawa budowlanego, które uwzględnić powinien minister, ograniczając zakres uprawnień budowlanych, jest zapewnienie przejrzystego i sprawnego przeprowadzania czynności związanych z nadawaniem uprawnień budowlanych oraz uznawanie praktyk zawodowych. W ocenie Prokuratora Generalnego, nie może to być uznane za wytyczne ograniczenia zakresu uprawnień budowlanych, które ma w rozporządzeniu określić minister. Wytycznych nie można zrekonstruować również na podstawie pozostałych przepisów prawa budowlanego. Ustawodawca pozostawił tym samym ministrowi pełną dowolność i swobodę w określeniu ograniczenia zakresu uprawnień budowlanych. Z tego też powodu, zdaniem Prokuratora Generalnego, art. 16 pkt 3 prawa budowlanego jest niezgodny z art. 92 ust. 1 Konstytucji. Brak merytorycznych wskazówek w przepisach prawa budowlanego do uregulowania ograniczenia zakresu uprawnień budowlanych powoduje, że upoważnienie zawarte w art. 16 pkt 3 prawa budowlanego narusza także art. 65 ust. 1 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji.

Odnosząc się do pozostałych zaskarżonych przepisów, Prokurator Generalny wskazał, że w wypadku uznania przepisu ustawy upoważniającej do wydania rozporządzenia za niekonstytucyjny, moc obowiązującą traci również rozporządzenie. Ewentualne stwierdzenie niekonstytucyjności art. 16 pkt 3 prawa budowlanego spowoduje, że zaskarżone § 10–15 rozporządzenia utracą moc obowiązującą. W związku z powyższym, postępowanie w zakresie badania zgodności: 1) § 10–15 rozporządzenia z art. 65 ust. 1 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji, 2) § 10, § 11 ust. 1, § 12 ust. 1, § 13 ust. 1, 2, 4, 6, 7, 10, 12 rozporządzenia z art. 16 pkt 3 prawa budowlanego, 3) § 13 ust. 6–9 rozporządzenia z art. 14 ust. 1, pkt 3 lit. c i art. 16 prawa budowlanego, powinno być umorzone na podstawie art. 104 ust. 1 pkt usta-

wy z dnia 25 czerwca 2015 r. o Trybunale Konstytucyjnym (Dz. U. poz. 1064, ze zm.) z uwagi na zbędność wydania wyroku. Natomiast merytorycznym badaniem przez Trybunał powinien być objęty tylko § 22 pkt 1 wraz z załącznikami nr 2 i 3 do tego aktu w części, w jakiej odnoszą się do inżynierskiej specjalności kolejowej w zakresie kolejowych obiektów budowlanych oraz inżynierskiej specjalności kolejowej w zakresie sterowania ruchem kolejowym, z art. 14 ust. 1 pkt 3 lit. c oraz art. 16 prawa budowlanego. Prokurator Generalny podkreślił, że w art. 14 ust. 1 pkt 3 lit. c prawa budowlanego ustawodawca, wyliczając specjalności, w jakich mogą być udzielane uprawnienia budowlane, wymienił inżynierską specjalność kolejową. Nie wyodrębnił jednak w tej specjalności żadnych zakresów. Podziału inżynierskiej specjalności kolejowej na zakres kolejowych obiektów budowlanych oraz zakres sterowania ruchem kolejowym dokonał Minister Infrastruktury i Rozwoju w § 13 ust. 6, 7, 8 i 9 rozporządzenia. Dlatego też, zdaniem Prokuratora Generalnego, należy uznać, że § 22 pkt 1 rozporządzenia oraz załączniki nr 2 i 3 do tego aktu, w którym dokonano podziału uprawnień budowlanych w inżynierskiej specjalności kolejowej na dwa zakresy, to jest zakres sterowania ruchem kolejowym i zakres kolejowych obiektów budowlanych, są niezgodne z art. 14 ust. 1 pkt 3 lit. c i art. 16 prawa budowlanego. Określony podmiot dopuścił się bowiem ingerencji w materię ustawową. Prokurator Generalny podkreślił także, że ustawodawca w art. 16 prawa budowlanego nie przekazał Ministrowi właściwemu do spraw budownictwa, lokalnego planowania i zagospodarowania przestrzennego oraz mieszkalnictwa kompetencji do określania specjalności, w jakich mogą być udzielane uprawnienia budowlane, w sposób odmienny niż uczyniono to w ustawie. Wskazane przepisy zostały zatem wydane bez ustawowego upoważnienia. W konsekwencji, Prokurator Generalny wniósł o stwierdzenie, że § 22 pkt 1 rozporządzenia, a także lp. 7 i 8 załącznika nr 2 oraz lp. 5 i 6 załącznika nr 3 w części, w jakiej odnoszą się do inżynierskiej specjalności kolejowej w zakresie kolejowych obiektów budowlanych oraz inżynierskiej specjalności kolejowej w zakresie sterowania ruchem kolejowym, są niezgodne z art. 14 ust. 1 pkt 3 lit. c i art. 16 prawa budowlanego.

Równocześnie Prokurator Generalny zaznaczył, że z tych samych powodów niezgodne z art. 14 ust. 1 pkt 3 lit. c i art. 16 pkt 3 prawa budowlanego są § 13 ust. 6, 7, 8 i 9 rozporządzenia. W ocenie Prokuratora Generalnego, bez upoważnienia ustawowego zostały wydane także § 10, § 11 ust. 1, § 12 ust. 1 oraz § 13 ust. 1, 2, 4, 6, 7, 10 i 12 rozporządzenia. Zatem także są niezgodne z art. 16 pkt 3 prawa budowlanego, w którym ustawodawca nie upoważnił ministra właściwego do spraw budownictwa, lokalnego planowania i zagospodarowania przestrzennego oraz mieszkalnictwa do uregulowania zakresu uprawnień budowlanych, a tylko upoważnił go do określenia ich ograniczenia. Przepisy te powinny – co oczywiste – znaleźć się w ustawie.

Natomiast umieszczenie ich w akcie wykonawczym w rzeczy samej narusza art. 65 ust. 1 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji.

4. Stanowisko Rzecznika Praw Obywatelskich

Rzecznik Praw Obywatelskich wniósł o stwierdzenie, że: 1) art. 16 pkt 3 prawa budowlanego jest niezgodny z art. 65 ust. 1 w związku z art. 31 ust. 3 oraz art. 92 ust. 1 Konstytucji, 2) § 10–15 rozporządzenia są niezgodne z art. 65 ust. 1 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji, 3) § 13 ust. 6–9 i § 22 pkt 1 rozporządzenia wraz z załącznikami nr 2 i 3 w części, w której odnoszą się do inżynierskiej specjalności kolejowej w zakresie kolejowych obiektów budowlanych oraz inżynierskiej specjalności kolejowej w zakresie sterowania ruchem kolejowym, są niezgodne z art. 14 ust. 1 pkt 3 lit. c oraz art. 16 prawa budowlanego.

Zdaniem Rzecznika Praw Obywatelskich, zarzut niezgodności art. 16 pkt 3 prawa budowlanego z art. 65 ust. 1 w związku z art. 31 ust. 3 oraz art. 92 ust. 1 Konstytucji zasługuje na uwzględnienie. W świetle przepisów prawa budowlanego, wykonywanie zawodu w ramach uprawnień budowlanych, co do zasady, polega na projektowaniu lub kierowaniu robotami budowlanymi. Ograniczenia tak określonego zakresu uprawnień budowlanych znacząco limitują możliwość wykonywania zawodów związanych z samodzielnymi funkcjami technicznymi w budownictwie, w szczególności zawodów architekta i inżyniera budownictwa. Dlatego też muszą być oceniane jako ograniczenie wolności wykonywania zawodu. Przekazanie do uregulowania w akcie rangi rozporządzenia materii ograniczenia zakresu uprawnień budowlanych narusza określoną w art. 65 ust. 1 i art. 31 ust. 3 Konstytucji zasadę ustawowego określania wyjątków od wolności wykonywania zawodu. Art. 16 pkt 3 prawa budowlanego jest również niezgodny z art. 92 ust. 1 Konstytucji. Nie zawiera bowiem żadnych wytycznych co do zasad ograniczania zakresu uprawnień budowlanych. Treść zaskarżonego przepisu nie dotyczy istoty ograniczeń uprawnień budowlanych. Wytycznych takich nie zawierają także inne przepisy ustawy.

Rzecznik Praw Obywatelskich wskazał, że stwierdzenie niekonstytucyjności art. 16 pkt 3 prawa budowlanego skutkuje zbędnością orzekania w zakresie badania zgodności § 10–15 rozporządzenia z art. 65 ust. 1 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji. Niezgodność z Konstytucją części przepisu upoważniającego do wydania rozporządzenia pociąga za sobą – co do zasady – utratę mocy obowiązującej odpowiedniej części obejmującego to upoważnienie przepisu i ściśle z nim powiązanej jednostki redakcyjnej rozporządzenia. Niezależnie od powyższego, Rzecznik Praw Obywatelskich zwrócił uwagę, że zaskarżone przepisy rozporządzenia są niezgodne z art. 65 ust. 1 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji. Przepisy te zawierają wyliczenie okre-

ślonych działań w ramach samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie bądź klas i wielkości obiektów budowlanych, wobec których takie działania są dopuszczalne, oraz zakres uprawnień budowlanych w poszczególnych specjalnościach budowlanych.

Analizując zarzuty podniesione wobec § 13 ust. 6–9 i § 22 pkt 1 rozporządzenia oraz załączników nr 2 i 3 do tego rozporządzenia w części, w której odnoszą się do inżynierskiej specjalności kolejowej w zakresie kolejowych obiektów budowlanych i inżynierskiej specjalności kolejowej w zakresie sterowania ruchem kolejowym, Rzecznik Praw Obywatelskich stwierdził, że są one niezgodne z art. 14 ust. 1 pkt 3 lit. c oraz art. 16 prawa budowlanego. Specjalności, w jakich udzielane są uprawnienia budowlane, zostały określone w art. 14 ust. 1 prawa budowlanego. W § 13 ust. 7 i 9 rozporządzenia określa się uprawnienia budowlane (bez ograniczeń i z ograniczeniami) w inżynierskiej specjalności kolejowej w zakresie kolejowych obiektów budowlanych i sterowania ruchem kolejowym, które traktowane są jako odrębne specjalności, a nie specjalizacje techniczno-budowlane. Potwierdzają to zarówno załączniki nr 2 i nr 3 do rozporządzenia, jak i jego § 22 pkt 1. Zaskarżone przepisy w zakresie, w jakim normują dwie odrębne specjalizacje inżyniersko-kolejowe, naruszają w oczywisty sposób art. 14 ust. 1 pkt 3 lit. c oraz wykraczają poza zakres upoważnienia ustawowego zawartego w art. 16 prawa budowlanego.

5. Stanowisko Marszałka Senatu

Marszałek Sejmu wniósł o stwierdzenie, że art. 16 pkt 3 prawa budowlanego jest niezgodny z art. 65 ust. 1 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji. W pozostałym zakresie postępowanie podlega umorzeniu ze względu na zbędność wydania wyroku.

W ocenie Marszałka Sejmu, ograniczenie uprawnień budowlanych, o którym mowa w art. 16 pkt 3 prawa budowlanego, stanowi ingerencję w konstytucyjną wolność wykonywania zawodu. Wykonywanie zawodu inżyniera budownictwa (samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie) uwarunkowane jest zakresem posiadanych uprawnień. Ograniczenie zakresu uprawnień budowlanych w drodze rozporządzenia oznacza, że ramy prawne ograniczeń wykonywania zawodu inżyniera budownictwa są regulowane w akcie podstawowym. Obecnie zagadnieniom tym poświęcony jest rozdział 4 rozporządzenia, pod nazwą „Zakres uprawnień budowlanych, określający dla poszczególnych specjalności, na czym polegają uprawnienia budowlane „bez ograniczeń” oraz uprawnienia budowlane „w ograniczonym zakresie”. Jednakże sama ustawa nie zawiera stosownych postanowień w tym zakresie, nie wynika z niej, na czym mają polegać – ani jak głęboko mogą sięgać – owe ograniczenia.

Powierzenie w całości określenia tej materii organowi wydającemu rozporządzenia narusza zasadę wyłączności ustawy przy ustanawianiu ograniczeń w zakresie korzystania z konstytucyjnej wolności wykonywania zawodu. Ewentualne stwierdzenie niezgodności art. 16 pkt 3 prawa budowlanego z art. 65 ust. 1 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji realizuje podstawowy cel wnioskodawcy, polegający na wyeliminowaniu niekonstytucyjnej normy z porządku prawnego. Skłania to do przyjęcia, że w odniesieniu do kontroli zgodności z art. 92 ust. 1 Konstytucji zachodzi ujemna przesłanka procesowa w postaci zbędności orzekania.

6. Stanowisko Ministra Inwestycji i Rozwoju

Minister Inwestycji i Rozwoju wniósł o stwierdzenie, że: 1) art. 16 pkt 3 prawa budowlanego jest zgodny z art. 65 ust. 1 w związku z art. 31 ust. 3 oraz z art. 92 ust. 1 Konstytucji, 2) § 10–15 rozporządzenia są zgodne z 65 ust. 1 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji, 3) § 10, § 11 ust. 1, § 12 ust. 1, § 13 ust. 1, 2, 4, 6, 7, 10 i 12 rozporządzenia są zgodne z art. 16 pkt 3 prawa budowlanego, 4) § 13 ust. 6–9 i § 22 pkt 1 rozporządzenia oraz załączniki nr 2 i nr 3 do tego rozporządzenia w części, w jakiej odnoszą się one do inżynierskiej specjalności kolejowej w zakresie kolejowych obiektów budowlanych oraz inżynierskiej specjalności kolejowej w zakresie sterowania ruchem kolejowym są zgodne z art. 14 ust. 1 pkt 3 lit. c. oraz z art. 16 prawa budowlanego.

Wniósł także o przeprowadzenie, na podstawie art. 69 ust. 2 i art. 97 ust. 1 ustawy z dnia 30 listopada 2016 r. o organizacji i trybie postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym (Dz. U., poz. 2072) w związku z art. 9 ust. 1 ustawy z dnia 13 grudnia 2016 r. – Przepisy wprowadzające ustawę o organizacji i trybie postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym oraz ustawę o statusie sędziów Trybunału Konstytucyjnego (Dz. U., poz. 2074) dowodu z dokumentów: 1) pisma Komitetu Transportu Polskiej Akademii Nauk z dnia 21 lipca 2014 r., 2) pisma Stowarzyszenia Inżynierów i Techników Komunikacji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 21 lipca 2014 r., 3) pisma Naczelnej Organizacji Technicznej z dnia 21 lipca 2014 r. – dla wykazania istotnej i koniecznej dla prawidłowego funkcjonowania rynku budowlanego, w zakresie inwestycji kolejowych, potrzeby uregulowania w przepisach rozporządzenia inżynierskiej specjalności kolejowej w zakresie kolejowych obiektów budowlanych oraz inżynierskiej specjalności kolejowej w zakresie sterowania ruchem kolejowym. W pismach wskazano, że brak regulacji prawnej w powyższym zakresie spowodował powstanie tzw. luki pokoleniowej wśród osób mających uprawnienia budowlane o takich specjalnościach. Wywołało to niepożądane zjawisko firmowania przez osoby posiadające ta-

kie uprawnienia, nadane przed wieloma laty, ale będące w podeszłym wieku, projektów budowlanych wykonanych przez kogoś innego.

Minister złożył także wniosek o odroczenie utraty obowiązującej zaskarżonych przepisów prawa budowlanego o 18 miesięcy, a przepisów rozporządzenia o 12 miesięcy w wypadku uwzględnienia zarzutów podniesionych we wnioskach.

Minister nie zgodził się z zarzutem, że art. 16 pkt 3 prawa budowlanego jest niezgodny z art. 65 ust. 1 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji. Upoważnienie do wydania rozporządzenia, o którym mowa w tym przepisie należy bowiem interpretować w kontekście całego rozdziału prawa budowlanego. Wskazał, że przepis ten nie prowadzi do ograniczenia konstytucyjnej wolności wykonywania zawodu, o której mowa w art. 65 ust. 1 Konstytucji. W Jego ocenie, ustawa definiuje uprawnienia zawodowe. Zgodnie bowiem z art. 12 ust. 2 prawa budowlanego, uprawnieniami zawodowymi nazwano decyzję administracyjną, wydawaną przez organ samorządu zawodowego architektów lub inżynierów budownictwa. Decyzja ta stwierdza posiadanie przez daną osobę odpowiedniego wykształcenia technicznego i praktyki zawodowej, dostosowanych do rodzaju, stopnia skomplikowania działalności i innych wymagań związanych z wykonywaną samodzielną funkcją techniczną w budownictwie. Warunkiem uzyskania uprawnień budowlanych jest przede wszystkim zdanie egzaminu ze znajomości procesu budowlanego oraz umiejętności praktycznego zastosowania wiedzy technicznej. Potwierdza to również art. 13 ust. 2 prawa budowlanego, wskazujący na kolejne elementy decyzji orzekającej o uprawnieniach budowlanych. Są nimi, określenie specjalności i ewentualnej specjalizacji techniczno-budowlanej oraz zakresu prac projektowych lub robót budowlanych objętych danym uprawnieniem. Rodzaj wykształcenia technicznego i praktyki zawodowej związany z danym rodzajem, stopniem skomplikowania działalności i innymi wymaganiami dotyczącymi wykonywanej samodzielnej funkcji technicznej w budownictwie, określone są przede wszystkim w art. 14 ust. 3–4b prawa budowlanego. W związku z powyższym Minister wskazał, że uprawnienia budowlane i ograniczenia z nimi związane zawarte są w przytoczonych przepisach ustawy. Nie można zatem uznać, że doszło do naruszenia art. 65 ust. 1 Konstytucji. Ponadto podkreślił, że celem upoważnienia zawartego w art. 16 pkt 3 prawa budowlanego nie jest ograniczenie, lecz zwiększenie dostępu poszczególnych osób do wykonywania samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie. Upoważnienie do określenia zakresu ograniczeń uprawnień budowlanych należy zatem traktować jako umocowanie do określenia ram prawnych służących nadaniu, w drodze wyjątku, uprawnień osobom, które nie posiadają kwalifikacji wymaganych dla pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie bez ograniczeń. Wyraził pogląd, że art. 16 pkt 3 prawa budowlanego nie narusza także art. 92 Konstytucji. Wytyczne do

wydania rozporządzenia można bowiem zrekonstruować na podstawie innych przepisów ustawy. Zostały one określone w art. 14 ust. 3 prawa budowlanego, wskazującym kryteria dotyczące wykształcenia i praktyki zawodowej, cel uzyskania uprawnień budowlanych, jakim jest wykonywanie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie. Z art. 12 ust. 2 prawa budowlanego dodatkowo wynika, że funkcje te mogą wykonywać wyłącznie osoby posiadające odpowiednie wykształcenie techniczne i praktykę zawodową, dostosowane do rodzaju, stopnia skomplikowania działalności i innych wymagań związanych z wykonywaną funkcją. Należy mieć na uwadze również i to, że wykonywanie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie ma polegać na działalności związanej z koniecznością fachowej oceny zjawisk technicznych lub samodzielnego rozwiązania zagadnień architektonicznych i technicznych oraz techniczno-organizacyjnych, o której mowa w art. 12 ust. 1 prawa budowlanego.

Minister nie podzielił zarzutu niezgodności § 10–15 rozporządzenia z art. 65 ust. 1 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji. Nie prowadzą one bowiem do ograniczenia wolności wyboru i wykonywania zawodu. Obowiązująca ustawa – jak wskazał – wprowadziła szereg ułatwień, polegających w szczególności na: 1) umożliwieniu uzyskania uprawnień do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń osobom, które ukończyły studia pierwszego stopnia na kierunku odpowiednim dla danej specjalności, po odbyciu 3 letniej praktyki na budowie (w poprzednim stanie prawnym uprawnienia do kierowania bez ograniczeń mogły uzyskać wyłącznie osoby, które ukończyły studia magisterskie na kierunku odpowiednim dla danej specjalności), 2) umożliwieniu dostępu do wykonywania samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie osobom posiadającym tytuł zawodowy technika lub mistrza albo dyplom potwierdzający kwalifikacje zawodowe w zawodzie nauczonym na poziomie technika, w zakresie odpowiednim dla danej specjalności, po odbyciu 4 letniej praktyki na budowie, 3) umożliwieniu zdawania egzaminu na uprawnienia budowlane do projektowania i kierowania robotami w danej specjalności łącznie, 4) skróceniu okresu praktyk wymaganych do zdobycia uprawnień budowlanych, 5) wprowadzeniu możliwości zwolnienia z egzaminu na uprawnienia budowlane absolwentów studiów wyższych prowadzonych na podstawie umowy uczelni z właściwym samorządem zawodowym, 6) wprowadzeniu zasady, że przy ubieganiu się o uprawnienia budowlane w innej specjalności lub innym zakresie niż posiadane, egzamin jest przeprowadzany w zakresie ograniczonym do zagadnień nieobjętych zakresem egzaminu, obowiązującym przy ubieganiu się o posiadane uprawnienia budowlane.

W ocenie Ministra, niezasadny jest również zarzut wydania § 10 ust. 1, § 12 ust. 1, § 13 ust. 1, 2, 4, 6, 7, 10 i 12 rozporządzenia z przekroczeniem granic delegacji ustawowej zawartej w art. 16 pkt 3 prawa budowlanego.

Wskazał, że samo określenie zakresu uprawnień budowlanych jest jednocześnie ich ograniczeniem, a zatem jest zgodne z delegacją ustawową. Minister nie zgodził się także z zarzutem niezgodności § 13 ust. 6–9 i § 22 pkt 1 rozporządzenia oraz załączników nr 2 i nr 3 do rozporządzenia z art. 14 ust. 1 pkt 3 lit. c oraz z art. 16 prawa budowlanego. Art. 14 ust. 2 w związku z art. 16 pkt 1 lit. c. prawa budowlanego zezwalają na utworzenie w ramach istniejących specjalizacji technicznobudowlanych w drodze rozporządzenia. W konkluzji wyraził pogląd, że zarówno uprawnienia w zakresie kolejowych obiektów budowlanych, jak i w zakresie sterowania ruchem kolejowym mają za przedmiot kolejowe obiekty budowlane. Dlatego też uznał, iż są one specjalizacjami w ramach tej samej specjalności, a nie odrębnymi specjalnościami. Wskazał również, że w trakcie konsultacji prowadzonych w związku z pracami nad rozporządzeniem sygnalizowano potrzebę wydzielenia specjalizacji w zakresie sterowania ruchem kolejowym.

7. Rozstrzygnięcie Trybunału Konstytucyjnego

Trybunał Konstytucyjny sprawę urzeczywistnioną wnioskiem Izby Inżynierów Budownictwa zbadał kompleksowo i równocześnie z najwyższą starannością, obejmując rozpoznaniem trzy podstawowe zagadnienia.

Legitymacja wnioskodawcy

Wnioskodawcą inicjującym postępowanie przed Trybunałem Konstytucyjnym była Polska Izba Inżynierów Budownictwa, podmiot – natury rzeczy – o ograniczonej legitymacji procesowej. Izba może zatem wystąpić z wnioskiem o kontrolę konstytucyjności prawa jedynie wówczas, jeżeli kwestionowany akt normatywny dotyczy spraw objętych zakresem jej działania. Z tego względu Trybunał w pierwszym rzędzie dokonał ustalenia, czy Izba spełnia wymagania określone dyspozycją art. 191 ust. 1 pkt 4 Konstytucji. W myśl tego przepisu z wnioskiem do Trybunału – w sprawach: 1) zgodności ustaw i umów międzynarodowych z Konstytucją, 2) zgodności ustaw z ratyfikowanymi umowami międzynarodowymi, których ratyfikacja wymagała uprzedniej zgody wyrażonej w ustawie, 3) zgodności przepisów prawa, wydawanych przez centralne organy państwowe, z Konstytucją, ratyfikowanymi umowami międzynarodowymi i ustawami, 4) zgodności z Konstytucją celów lub działalności partii politycznych, 5) skargi konstytucyjnej – mogą wystąpić m.in. ogólnokrajowe organy związków zawodowych oraz ogólnokrajowe władze organizacji pracodawców i organizacji zawodowych. Skarga konstytucyjna (pkt 5 katalogu spraw) została określona dyspozycją art. 79 ust. Konstytucji, w myśl którego każdy, czyje konstytucyjne wolności lub prawa zostały naruszone, ma prawo, na zasadach określonych w ustawie, wnieść skargę do Trybunału w sprawie zgodności z Konstytucją ustawy lub innego aktu normatywnego, na podstawie

którego sąd lub organ administracji publicznej orzekł ostatecznie o jego wolnościach lub prawach albo o jego obowiązkach określonych w Konstytucji.

Trybunał w swoim orzecznictwie podkreślał, że przedmiot zaskarżenia objęty wnioskiem takiej organizacji musi być bezpośrednio związany z jej interesem prawnym lub z interesem prawnym członków tej organizacji, do którego reprezentowania dana organizacja jest powołana⁴. Należy podkreślić, że Izba określone wnioski złożyła na podstawie uchwały nr 1/R/15 i nr 2/R/15 Krajowej Rady Polskiej Izby Inżynierów Budownictwa z dnia 4 marca 2015 r. w sprawie wniosków do Trybunału Konstytucyjnego. Wnioskodawca zaznaczył – wykazując tym samym swoją legitymację do zainicjowania postępowania przed Trybunałem – że Krajowa Izba Inżynierów Budownictwa nosi nazwę Polskiej Izby Inżynierów Budownictwa i ma status ogólnokrajowej władzy organizacji zawodowej. Zgodnie z art. 9 ust. 1 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o samorządach zawodowych architektów oraz inżynierów budownictwa⁵ (dalej: ustawa o samorządach), jednostkami organizacyjnymi samorządu zawodowego inżynierów budownictwa są Krajowa Izba Inżynierów Budownictwa oraz okręgowe izby inżynierów budownictwa. Nie ma zatem najmniejszych wątpliwości, że Instytucji tej przysługuje zdolność do zainicjowania postępowania w sprawie hierarchicznej kontroli norm. Nie budzi także wątpliwości legitymacja Polskiej Izby Inżynierów Budownictwa do złożenia wniosku w niniejszej sprawie. W świetle bowiem art. 8 pkt 1, 2 i 4 ustawy o samorządach, do zadań samorządu zawodowego zaliczono: 1) sprawowanie nadzoru nad należytym i sumiennym wykonywaniem zawodu przez członków izb, 2) reprezentowanie i ochronę interesów zawodowych swoich członków, 3) nadawanie i pozbawianie uprawnień budowlanych, uznawanie kwalifikacji zawodowych oraz nadawanie i pozbawianie tytułu rzeczoznawcy budowlanego. Statut samorządu zawodowego inżynierów budownictwa poprawiony i uzupełniony przez II Nadzwyczajny Krajowy Zjazd Polskiej Izby Inżynierów Budownictwa 20 sierpnia 2015 r. (dalej: statut), w zakresie zadań Izby jako samorządu zawodowego przewiduje reprezentowanie i ochronę interesów zawodowych członków oraz realizowanie innych celów ustawowych i statutowych, a w szczególności realizację zadań określonych w ustawie (§ 7 ust. 1 pkt 1 statutu).

Z powyższego jednoznacznie wynika, że zaskarżone we wnioskach przepisy pozostają w bezpośrednim i ścisłym zarazem związku z ustawowymi zadaniami samorządu zawodowego inżynierów budownictwa. Dotyczą one ograniczania zakresu uprawnień budowlanych, które odnoszą się do ochrony interesów zawodowych członków samorządu inżynierów budownictwa, w szczególności w zakresie nadawania i pozbawiania uprawnień budowlanych. Argumentacja

⁴ Por. np. postanowienie TK z dnia 3 września 1998 r., sygn. U 1/98, OTK ZU 1998, nr 5, poz. 66 oraz wyrok z dnia 5 października 1999 r., sygn. U 4/99, OTK ZU 1999, nr 6, poz. 118.

⁵ Dz. U. z 2016 r., poz. 1725.

wnioskodawcy zaowocowała potwierdzeniem przez Trybunału uprawnień Izby do skutecznego zainicjowania postępowania w prezentowanej sprawie.

Poziom zgodności art. 16 pkt 3 prawa budowlanego z art. 65 ust. 1 w związku z art. 31 ust. 3 oraz z art. 92 ust. 1 Konstytucji

Zgodnie z brzmieniem art. 65 ust. 1 Konstytucji „każdemu zapewnia się wolność wyboru i wykonywania zawodu oraz wyboru miejsca pracy, przy czym „wyjątki określa ustawa”. Z kolei, w myśl dyspozycji art. 31 ust. 3 Konstytucji „ograniczenia w zakresie korzystania z konstytucyjnych wolności i praw mogą być ustanawiane tylko w ustawie i tylko wtedy, gdy są konieczne w demokratycznym państwie dla jego bezpieczeństwa lub porządku publicznego, bądź dla ochrony środowiska, zdrowia i moralności publicznej, albo wolności i praw innych osób, jednak „ograniczenia te nie mogą naruszać istoty wolności i praw”.

W świetle utrwalonej linii orzeczniczej TK, wolność pracy uregulowana w art. 65 ust. 1 Konstytucji obejmuje trzy rodzaje praw pozostających w funkcjonalnym związku: 1) prawo do wyboru i wykonywania zawodu, 2) prawo do wyboru miejsca pracy, 3) prawo do ochrony przed pracą przymusową. Treścią wolności wykonywania zawodu jest stworzenie sytuacji prawnej, w której po pierwsze, każdy mieć będzie swobodny dostęp do wykonywania zawodu, warunkowany tylko talentem i kwalifikacjami, po drugie mieć będzie rzeczywistą możliwość wykonywania swojego zawodu oraz po trzecie – w odniesieniu do tzw. wolnych zawodów – nie będzie przy wykonywaniu zawodu poddany rygorom podporządkowania, które charakteryzują świadczenie pracy⁶. Jednakże pełna wolność pracy to nie tylko brak przymusu, lecz także brak ograniczeń, polegających na uniemożliwieniu podmiotom prawnym wykonywania określonego zawodu czy zatrudnienia, bez przymuszania ich jednocześnie do robienia czegoś innego⁷. Art. 65 ust. 1 Konstytucji zawiera nakaz skierowany do ustawodawcy zapewnienia możliwości wyboru zawodu i miejsca pracy oraz możliwości wykonywania zawodu w sposób wolny od zewnętrznej ingerencji, w możliwie najszerszym zakresie. Z drugiej strony, oznacza generalny zakaz adresowany do władz publicznych wprowadzania ograniczeń swobodnego decydowania przez jednostkę o podjęciu, kontynuowaniu i zakończeniu pracy określonego rodzaju, w wybranym zawodzie, miejscu oraz dla konkretnego pracodawcy⁸. Trybunał Konstytucyjny wskazywał przy tym, że wolność wykonywania zawodu nie może mieć charakteru absolutnego i może być poddana reglamentacji

⁶ Zob. wyrok TK z dnia 27 marca 2008 r., sygn. SK 17/05, OTK ZU 2008, nr 2/A, poz. 29.

⁷ A. Patulski, Wolność pracy, prawo do pracy, zakaz pracy przymusowej, *Studia z zakresu prawa pracy i polityki społecznej* 1995, nr 1, s. 37.

⁸ Por. wyrok TK z dnia: 19 marca 2001 r., sygn. K 32/00, OTK ZU 2001, nr 3, poz. 50; 27 marca 2008 r., sygn. SK 17/05; 27 czerwca 2013 r., sygn. K 12/10, OTK ZU 2013, nr 5/A, poz. 65.

prawnej. Ustawowa reglamentacja wykonywania poszczególnych zawodów na obecnym etapie rozwoju społeczeństwa i gospodarki jest niezbędna i nie może być postrzegana jako naruszenie art. 65 ust. 1 Konstytucji. Dotyczy to w szczególności uzyskiwania praw do wykonywania określonego zawodu, wyznaczania sposobów i metod (ram) wykonywania zawodu, a także określania powinności wobec państwa czy samorządu zawodowego⁹.

Wszelkie ograniczenia muszą jednak uwzględniać kryteria określone w art. 31 ust. 3 Konstytucji¹⁰. Oznacza to, że wyrażona w art. 65 ust. 1 Konstytucji wolność pracy może być ograniczona tylko w akcie rangi ustawy. Musi istnieć funkcjonalny związek ograniczenia z realizacją wskazanych wartości, to znaczy bezpieczeństwa państwa, porządku publicznego, ochrony środowiska, zdrowia i moralności publicznej, wolności i praw innych osób. Ponadto w państwie demokratycznym powinna istnieć konieczność wprowadzenia takiego ograniczenia (tzw. zasada proporcjonalności) z uwzględnieniem jednak zakazu naruszania istoty danego prawa lub wolności.

W świetle wskazanych przepisów Konstytucji, ingerencja w wolność wykonywania zawodu dopuszczalna jest tylko po spełnieniu powyższych wymagań. Niedopuszczalne jest zatem przekazywanie przez ustawodawcę tak istotnych kwestii do regulowania w aktach rangi podustawowej¹¹.

Nie oznacza to jednocześnie generalnego zakazu uregulowania kwestii ograniczeń w zakresie wolności wykonywania zawodu w rozporządzeniu. Trybunał w odniesieniu do ograniczania wolności gospodarczej, wyrażonej w art. 22 Konstytucji, wskazał, że wymaganie zupełności ustawowej powinno być egzekwowane z pełnym rygoryzmem w odniesieniu do ograniczenia praw i wolności o charakterze politycznym i osobistym. Natomiast unormowanie praw i wolności ekonomicznych i socjalnych może pozostawiać pewne miejsce dla regulacji wykonawczych. Niemniej jednak zasadnicze elementy regulacji prawnej dotyczącej ograniczeń praw i wolności ekonomicznych i socjalnych musi określać ustawa. Zakres materii pozostawionych do unormowania w rozporządzeniu musi być węższy niż zakres ogólnie dozwolony na tle art. 92 Konstytucji. Regulacja podustawowa może mieć zatem jedynie charakter techniczny, szczegółowy, uzupełniający materię ustawową¹². Brak w ustawie jakichkolwiek przepisów regulujących zakres ograniczeń czyni niedopuszczalnym delegowanie tej materii do unormowania w akcie rangi podustawowej.

Przechodząc do zbadania art. 16 pkt 3 prawa budowlanego, w świetle powyższego wzorca kontroli, należało przeanalizować nie tylko treść zaskarżo-

⁹ Por. wyroki TK z dnia 2 grudnia 2002 r., sygn. SK 20/01, OTK ZU 2002, nr 7/A, poz. 89 oraz 7 maja 2002 r., sygn. SK 20/00, OTK ZU 2002, nr 3/A, poz. 29).

¹⁰ Zob. np. wyroki TK z dnia 10 lipca 2007 r., sygn. SK 50/06, OTK ZU 2007, nr 7/A/, poz. 75; 25 lipca 2012 r., sygn. K 14/10, OTK ZU 2012, nr 7/A, poz. 83.

¹¹ Zob. wyrok TK z dnia 18 lutego 2004 r., sygn. P 21/02, OTK ZU 2004, nr 2/A, poz. 9.

¹² Zob. wyrok TK z dnia 10 kwietnia 2001 r., sygn. U 7/00, OTK ZU 2001, nr 3, poz. 56.

nego przepisu, ale także poszczególne unormowania prawa budowlanego. Ustalenia wymagało przede wszystkim, czy w ustawie znajdują się przepisy określające czynności, które mogą wykonywać osoby posiadające uprawnienia budowlane bez ograniczeń albo uprawnienia w ograniczonym zakresie, a także, czy zawiera ona ograniczenia odnoszące się do obu rodzajów uprawnień. Niedopuszczalne jest bowiem przekazanie do uregulowania w akcie rangi podstawowej kwestii ograniczania praw lub wolności konstytucyjnych.

Dopiero w drugiej kolejności należało zbadać, czy w treści art. 16 pkt 3 prawa budowlanego określono wytyczne do wydania rozporządzenia normującego ograniczenie zakresu uprawnień budowlanych i czy ewentualnie nie wynikają one z pozostałych przepisów ustawy. Zgodnie z utrwaloną linią orzeczniczą Trybunału, wytyczne do wydania rozporządzenia mogą wynikać nie tylko z przepisu będącego delegacją do jego wydania, lecz także z innych przepisów ustawy¹³.

Rozdział 2 prawa budowlanego określa samodzielne funkcje techniczne w budownictwie. W świetle art. 12 ust. 1 „za samodzielną funkcję techniczną w budownictwie uważa się działalność związaną z koniecznością fachowej oceny zjawisk technicznych lub samodzielnego rozwiązania zagadnień architektonicznych i technicznych oraz techniczno-organizacyjnych, a w szczególności działalność obejmującą: 1) projektowanie, sprawdzanie projektów architektoniczno-budowlanych i sprawowanie nadzoru autorskiego; 2) kierowanie budową lub innymi robotami budowlanymi; 3) kierowanie wytwarzaniem konstrukcyjnych elementów budowlanych oraz nadzór i kontrolę techniczną wytwarzania tych elementów; 4) wykonywanie nadzoru inwestorskiego; 5) sprawowanie kontroli technicznej utrzymania obiektów budowlanych”. Funkcje te, zgodnie z art. 12 ust. 2, mogą wykonywać wyłącznie osoby posiadające odpowiednie wykształcenie techniczne i praktykę zawodową, dostosowane do rodzaju, stopnia skomplikowania działalności i innych wymagań związanych z wykonywaną funkcją, które posiadają uprawnienia budowlane. Uprawnienia te stwierdzone są w decyzji wydanej przez organ samorządu zawodowego. Warunkiem ich nabycia jest zdanie egzaminu ze znajomości procesu budowlanego oraz umiejętności praktycznego zastosowania wiedzy technicznej (art. 12 ust. 3). Zgodnie z art. 13 ust. 1 „uprawnienia budowlane mogą być udzielane do projektowania lub kierowania robotami budowlanymi”. Natomiast art. 14 określa specjalności w ramach uprawnień budowlanych (art. 14 ust. 1) i wymagania kwalifikacyjne, które muszą być spełnione do ich uzyskania, przy czym ustawodawca różnicuje uprawnienia w zależności od spełnionych wymagań. Mianowicie, są to uprawnienia do projektowania bez ograniczeń i uprawnienia do projektowania w ograniczonym zakresie (art. 14 ust. 3 pkt 1 i 2), do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń oraz do kierowania

¹³ Por. wyrok TK z dnia 26 października 1999 r., sygn. K 12/99, OTK ZU 1999. nr 6, poz. 120.

robotami budowlanymi w ograniczonym zakresie (art. 14 ust. 3 pkt 3 i 4), do projektowania i kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń oraz do projektowania i kierowania robotami budowlanymi w ograniczonym zakresie (art. 14 ust. 3 pkt 5 i 6). W ustawie nie wskazano jednak zakresu uprawnień w ramach wymienionych wyżej kategorii zarówno tych nadawanych bez ograniczeń, jak i tych w ograniczonym zakresie. Zostały one określone w § 10–15 rozdziału 4 rozporządzenia „zakres uprawnień budowlanych”.

Ograniczanie uprawnień budowlanych, o których mowa w art. 16 pkt 3 prawa budowlanego, niewątpliwie stanowi ingerencję w konstytucyjną wolność wykonywania zawodu (art. 65 ust. 1 Konstytucji). Dla takiej materii Konstytucja zastrzega wyłączność ustawy. Rozporządzenie nie może w tym zakresie zastępować prawa budowlanego. W ustawie powinien zostać wskazany nie tylko pozytywny zakres czynności w ramach uprawnień budowlanych, ale również muszą być określone wszelkie jego ograniczenia, które są konieczne i uzasadnione w świetle kryteriów wymienionych w art. 31 ust. 3 Konstytucji. Brak jakichkolwiek regulacji w tym przedmiocie w ustawie oznacza niedopuszczalność delegowania kompetencji organom wykonawczym do ich unormowania w rozporządzeniu. Władza wykonawcza nie może zastępować władzy ustawodawczej. Zakres uprawnień budowlanych i ewentualne ich ograniczenia to materia zastrzeżona wyłącznie dla ustawy. Dlatego też przepis upoważniający do wydania rozporządzenia nie może przekazywać uregulowania istoty danej kwestii w akcie podustawowym. W porządku prawnym, w którym podstawowym źródłem prawa powszechnie obowiązującego, oprócz Konstytucji, jest ustawa, ustawodawca nie może w dowolnym zakresie i w dowolny sposób cedować funkcji prawodawczych na organy władzy wykonawczej.

Odnosząc do prezentowanej sprawy tezy wyroku Trybunału z wyroku z dnia 23 kwietnia 2008 r., sygn. SK 16/07¹⁴, podkreślić należy, że wprawdzie zasada wyłączności ustawy w odniesieniu do wolności wykonywania zawodu nie powinna być odczytywana nadmiernie rygorystycznie i nie jest *a limine* wykluczone regulowanie ograniczeń uprawnień budowlanych na poziomie podustawowym, to rozwiązanie takie należałoby uznać za dopuszczalne, gdyby w ustawie znalazły się wszystkie istotne (kierunkowe) rozstrzygnięcia w tej materii, a do unormowania w rozporządzeniu pozostawiono jedynie zagadnienia ściśle techniczne, o znacznym stopniu szczegółowości lub podlegające częstym zmianom. W takim wypadku ograniczenia uprawnień budowlanych wynikałyby z ustawy, a regulacja podustawowa miałaby jedynie charakter uzupełniający, niestwarzający zagrożenia konstytucyjnej wolności wykonywania zawodu.

¹⁴ OTK ZU 2008, nr 3/A, poz. 45.

Trybunał Konstytucyjny podkreślił, że organy władzy wykonawczej nie mogą wydawać aktów prawnych normujących kwestie ograniczania praw i wolności. Dla materii tej Konstytucja wymaga aktów rangi ustawy. To w ustawie powinny być zamieszczone wszystkie zasadnicze elementy regulacji prawnej. Obowiązkiem ustawodawcy było określenie czynności, które mogą wykonywać osoby posiadające uprawnienia budowlane bez ograniczeń albo uprawnienia w ograniczonym zakresie, a także wskazanie ograniczeń w ramach powyższych kategorii. Ustawodawca może jedynie w wąskim zakresie przekazać kompetencje w tym przedmiocie organom władzy wykonawczej, uwzględniając jednak standardy konstytucyjne wskazane w utrwalonej linii orzeczniczej Trybunału Konstytucyjnego. Oznacza to, że zakres materii pozostawionej do unormowania w rozporządzeniu może dotyczyć tylko kwestii technicznych, szczegółowych, podlegających częstym zmianom, które uzupełniają materię ustawową, ale nie są związane z istotą samego ograniczenia. W żadnym wypadku rozporządzenie nie może samoistnie zastępować w tym zakresie ustawy. Zakres delegacji ustawowej w takim wypadku musi być węższy niż dozwolony w sposób generalny na podstawie art. 92 Konstytucji.

Brak w ustawie jakichkolwiek przepisów regulujących zakres uprawnień budowlanych i ewentualnych jego ograniczeń czyni niedopuszczalnym delegowanie tej materii do unormowania w akcie rangi podustawowej. Narusza zasadę wyłączności ustawy przy ustanawianiu ograniczeń w zakresie korzystania z konstytucyjnej wolności wykonywania zawodu, przez co czyni art. 16 pkt 3 prawa budowlanego niezgodnym z art. 65 ust. 1 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji. Zgodnie ze słusznym poglądem Trybunału, stwierdzenie niekonstytucyjności art. 16 pkt 3 prawa budowlanego w zakresie, w jakim powierza kompetencje do uregulowania ograniczeń uprawnień budowlanych organom wykonawczym w sytuacji, gdy w ustawie brak przepisów odnoszących się do istoty takiego ograniczenia, czyni zbędnym badanie zaskarżonego przepisu z art. 92 ust. 1 Konstytucji. Zgodnie bowiem z dyspozycją art. 92 ust. 1 Konstytucji „rozporządzenia są wydawane przez organy wskazane w Konstytucji, na podstawie szczegółowego upoważnienia zawartego w ustawie i w celu jej wykonania. Upoważnienie powinno określać organ właściwy do wydania rozporządzenia i zakres spraw przekazanych do uregulowania oraz wytyczne dotyczące treści aktu”. Upoważnienie powinno mieć zatem charakter szczegółowy pod względem podmiotowym (określać organ właściwy do wydania rozporządzenia), przedmiotowym (określać zakres spraw przekazanych do uregulowania) oraz treściowym (określać wytyczne dotyczące treści aktu). Zakres spraw przekazanych do uregulowania w rozporządzeniu musi być identyczny co do rodzaju ze sprawami regulowanymi w ustawie¹⁵. Im silniej dana regulacja dotyczy kwestii podstawowych

¹⁵ Por. wyrok TK z dnia 16 lipca 2009 r., sygn. K 36/08, OTK ZU 2009, nr 7/A, poz. 111.

dla pozycji jednostki, tym węższy może być zakres spraw przekazanych do unormowania w drodze rozporządzenia i tym bardziej szczegółowo ustawa musi wyznaczać treść rozporządzeń. Rozporządzenie ma charakter aktu wykonawczego, wydawanego na podstawie ustawy i w celu jej wykonania. Trybunał podkreślał również, że ustawowe upoważnienie do wydania aktu wykonawczego nie może mieć charakteru blankietowego i nie może pozostawiać normodawcy zbyt daleko idącej swobody kształtowania merytorycznych treści rozporządzenia¹⁶.

Słusznym zdaniem Trybunału, stwierdzenie niekonstytucyjności art. 16 pkt 3 prawa budowlanego czyni również zbędnym merytoryczne badanie § 10–15 rozporządzenia z art. 65 ust. 1 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji, a także § 10, § 11 ust. 1, § 12 ust. 1, § 13 ust. 1, 2, 4, 6, 7, 10 i 12 rozporządzenia z art. 16 pkt 3 prawa budowlanego oraz § 13 ust. 6–9 rozporządzenia z art. 14 ust. 1 pkt 3 lit. c i art. 16 prawa budowlanego.

Zgodnie z utrwaloną linią orzecniczą Trybunału Konstytucyjnego, uznanie przepisu ustawy upoważniającej do wydania rozporządzenia za niekonstytucyjny skutkuje utratą mocy obowiązującej odpowiedniej części aktu wykonawczego wprowadzonego na jego podstawie¹⁷.

Stopień zgodności § 22 pkt 1 rozporządzenia wraz z załącznikami nr 2 i 3 w części, w jakiej odnoszą się do inżynierskiej specjalności kolejowej w zakresie kolejowych obiektów budowlanych oraz inżynierskiej specjalności kolejowej w zakresie sterowania ruchem kolejowym, z art. 14 ust. 1 pkt 3 lit. c i art. 16 prawa budowlanego

Trybunał Konstytucyjny, analizując treść zaskarżonych przepisów, stwierdził zasadność zarzutów wnioskodawcy. Specjalności, w jakich udzielane są uprawnienia budowlane, zostały uregulowane w art. 14 prawa budowlanego. Wśród nich wymieniona została inżynierska specjalność kolejowa (art. 14 ust. 1 pkt 3 lit. c). Sposób redakcji art. 14 ust. 1 wskazuje, że w zakresie określonych w nim specjalności stanowi on katalog zamknięty. Jedynie w ramach tych specjalności mogą być wyodrębniane specjalizacje techniczno-budowlane (art. 14 ust. 2). W badanych przepisach rozporządzenia normodawca wprowadził nowe, nieznane ustawie rodzaje specjalności: inżynierska kolejowa w zakresie kolejowych obiektów budowlanych i inżynierska kolejowa w zakresie sterowania ruchem kolejowym. Nie stanowią one specjalizacji techniczno-budowlanych, o których mowa w art. 14 ust. 2, lecz są to odrębne specjalności.

¹⁶ Por. orzeczenie TK z dnia 19 października 1988 r., sygn. Uw 4/88, OTK 1988, poz. 5). W orzeczeniu TK z dnia 22 września 1997 r., sygn. K 25/97 (OTK ZU 1997, nr 3–4, poz. 35).

¹⁷ Zob. wyrok TK z dnia 24 września 2013 r., sygn. K 35/12, OTK ZU 2013, nr 7/A, poz. 94 i powołane w nim orzecznictwo.

Trybunał nie miał wątpliwości, że w redakcji § 13 ust. 6–9 rozporządzenia normodawca wykreował nowe rodzaje specjalności w ramach uprawnień budowlanych, wskazując pozytywny zakres uprawnień zarówno dla uprawnień budowlanych w inżynierskiej specjalności kolejowej bez ograniczeń w zakresie kolejowych obiektów budowlanych i uprawnień budowlanych w inżynierskiej specjalności kolejowej bez ograniczeń w zakresie sterowania ruchem kolejowym, jak i uprawnień budowlanych w inżynierskiej specjalności kolejowej w ograniczonym zakresie, w zakresie kolejowych obiektów budowlanych oraz uprawnień budowlanych w ograniczonym zakresie specjalności sterowania ruchem kolejowym.

Podobne zastrzeżenia budzi § 22 pkt 1 rozporządzenia, umożliwiające przeprowadzenie postępowania kwalifikacyjnego dla osób, które rozpoczęły praktykę pod rządami wcześniej obowiązującego rozporządzenia Ministra Transportu i Budownictwa z dnia 28 kwietnia 2006 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie¹⁸. W myśl tego przepisu „osoby, które przed dniem wejścia w życie niniejszego rozporządzenia uzyskały wymagane wykształcenie określone w załączniku nr 1 do rozporządzenia Ministra Transportu i Budownictwa z dnia 28 kwietnia 2006 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie¹⁹ i przed dniem wejścia w życie niniejszego rozporządzenia rozpoczęły praktykę zawodową w trybie określonym w przepisach rozdziału 2 rozporządzenia Ministra Transportu i Budownictwa z dnia 28 kwietnia 2006 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie, po odbyciu praktyki zawodowej mogą przystąpić do postępowania kwalifikacyjnego na podstawie przepisów niniejszego rozporządzenia bez konieczności spełnienia wymagań dotyczących wykształcenia określonych w załączniku nr 2 do niniejszego rozporządzenia w odniesieniu do uprawnień budowlanych, o które się ubiegają, przy czym: 1) osoby, które rozpoczęły praktykę zawodową w celu uzyskania uprawnień budowlanych w specjalności kolejowej uznaje się – w zależności od zakresu odbytej praktyki zawodowej – za uprawnione do przystąpienia do postępowania kwalifikacyjnego w celu uzyskania uprawnień budowlanych w inżynierskiej specjalności kolejowej w zakresie urządzeń sterowania ruchem kolejowym lub kolejowych obiektów budowlanych”. Konsekwencją wprowadzenia dwóch nowych specjalności, jest także określenie w lp. 7 i 8 załącznika nr 2 wykazu kierunków studiów wyższych odpowiednich i pokrewnych dla danej specjalności oraz w lp. 5 i 6 załącznika nr 3 wykazu zawodów związanych z budownictwem w ramach tych specjalności. Powyższe regulacje pozostają w sprzeczności z art. 14 ust. 1 pkt 3 lit. c prawa budowlanego. Wykonawczy charakter rozporządzeń i ich ścisły związek z ustawą, na podstawie której są

¹⁸ Dz. U. Nr 83, poz. 578, ze zm.

¹⁹ Dz. U. Nr 83, poz. 578, z 2007 r., Nr 210, poz. 1528 oraz z 2011 r., Nr 99, poz. 573.

wydawane, sprzeciwiają się możliwości samoistnego regulowania w akcie rangi podustawowej materii nieunormowanej w ustawie. Rozporządzenie, które samodzielnie kreuje przedmiot regulacji, traci związek z ustawą, wkraczając w kompetencje zastrzeżone wyłącznie dla ustawodawcy.

Upoważnienia do określenia nieznanymi w ustawie specjalności nie zawiera i nie może zawierać art. 16 prawa budowlanego, stanowiący delegację dla wskazanych tam organów wykonawczych do wydania rozporządzenia. Nie-dopuszczalne jest wydawanie rozporządzeń, które samodzielnie regulowałyby zagadnienia, co do których w tekście ustawy nie ma żadnych bezpośrednich unormowań bądź wskazówek²⁰. Rozporządzenie w tym zakresie przestaje być aktem wykonawczym do ustawy, a staje się aktem o charakterze samoistnym. Nie służy bowiem wykonaniu ustawy, ale samodzielnie reguluje materię, co do której brak jakichkolwiek dyrektyw w ustawie.

Rozporządzenia wydawane są na podstawie ustaw i w celu ich wykonania. Taki charakter rozporządzenia determinuje i ogranicza ich treść przynajmniej w trzech płaszczyznach. Po pierwsze, w drodze delegacji ustawowej do prawotwórstwa administracyjnego nie może zostać przekazane uprawnienie do zmiany przepisów rangi ustawowej. Po drugie, upoważnienia ustawowe nie mogą delegować prawa do wkraczania do materii zastrzeżonej wyłącznie dla regulacji ustawowej. Po trzecie, wydane na podstawie delegacji ustawowej przepisy prawne o charakterze wykonawczym powinny być wyraźnie treścią dyspozycji ustawowych i służyć ich realizacji. Jeśli wymagania takie nie są spełnione, wówczas przepisy podustawowe należy uznać za niekonstytucyjne²¹. Przepisy aktu wykonawczego muszą pozostawać w związku merytorycznym i funkcjonalnym z rozwiązaniami ustawowymi²². Wydawanie rozporządzenia w celu wykonania ustawy i na podstawie udzielonego w ustawie szczegółowego upoważnienia oznacza, że zadaniem rozporządzenia jest konkretyzacja norm ustawowych. Natomiast nakaz zamieszczenia wszystkich zasadniczych elementów regulacji prawnej bezpośrednio w ustawie dotyczy zwłaszcza materii odnoszącej się do praw i wolności jednostki lub do władczych form działania władzy publicznej wobec obywateli²³. Wynika stąd, że w wypadku, gdy rozporządzenie zostaje wydane na podstawie blankietowego upoważnienia ustawowego i samodzielnie reguluje materię zastrzeżoną dla ustawy, nie ma ono cech aktu wykonawczego. Rzeczowa argumentacja w określonym zakresie skłoniła Trybunał do

²⁰ Por. wyroki TK z dni: 22 września 1997 r., sygn. K 25/97 oraz 8 grudnia 1998 r., sygn. U 7/98, OTK ZU 1998, nr 7, poz. 118.

²¹ Por. wyrok TK z dnia 5 listopada 2001 r., sygn. U 1/01, OTK ZU 2001, nr 8, poz. 247.

²² Por. wyrok TK z dnia 12 lipca 2007 r., sygn. U 7/06, OTK ZU 2007, nr 7/A, poz. 76.

²³ Por. wyrok TK z dnia 26 kwietnia 2004 r., sygn. K 50/02, OTK ZU 2004, nr 4/A, poz. 32 i orzeczenia z dni: 5 listopada 1986 r., sygn. U 5/86, OTK 1986, poz. 1, 30 listopada 1988 r., sygn. K 1/88, OTK 1988, poz. 6, 25 lutego 1997 r., sygn. K 21/95, OTK ZU 1997, nr 1, poz. 7 oraz wyrok TK z dnia 22 września 1997 r., sygn. K 25/97.

stwierdzenia, że rozporządzenie w badanym zakresie wydane zostało z przekroczeniem udzielonych kompetencji. W świetle orzecznictwa Trybunału, brak stanowiska ustawodawcy w danej sprawie, przejawiający się m.in. w nieprecyzyjności upoważnienia lub pominięciu treści istotnych do prawidłowego wykonania ustawy, musi być interpretowany – co oczywiste – *stricto*, jako niedzielenie kompetencji normodawczej w oznaczonym zakresie. Odstępstwa od upoważnienia nie mogą być usprawiedliwione względami praktycznymi ani też potrzebami związanymi z rozstrzygnięciem konkretnych problemów²⁴. W związku z powyższym Trybunał stwierdził, że § 22 pkt 1 rozporządzenia oraz lp. 7 i 8 załącznika nr 2, a także lp. 5 i 6 załącznika nr 3 do tego rozporządzenia są niezgodne z art. 14 ust. 1 pkt 3 lit. c i art. 16 prawa budowlanego.

8. Zamiast zakończenia

Zaprezentowana sprawa w kontekście jej rozstrzygnięcia prowadzi do konstatacji, że tylko wnikliwość organu rozstrzygającego może należycie zinterpretować argumentację podmiotu zobowiązanego do stosowania prawa opartą na wiedzy, doświadczeniu i umiejętnościach, a w konsekwencji doprowadzić do pełnej korelacji treści ustawy z Konstytucją.

Limitation of the scope of building rights

Abstract

On the basis of the judgment of the Constitutional Tribunal of 7 February 2018, ref. nb. K 39/15 (Journal of Laws of 2018, item 352), the author exposes the value of the initiative of the Polish Chamber of Civil Engineers, whose substantive argumentation has received the approval of the Tribunal, leading to a fair decision in the field of incompatibility art. 16 point 3 of the Construction Law with art. 65 ust. 1 and art. 31 para. 3 of the Constitution. The provisions referred to in the Court's judgment will expire on February 12, 2019.

Key words

Constitution, Construction – administrative law, limitation of the scope of building rights, judgment of the Constitutional Tribunal, Chamber of Civil Engineers, unanimous ruling.

²⁴ Zob. wyrok TK z dnia 31 maja 2010 r., sygn. U 4/09, OTK ZU 2010, nr 4/A, poz. 36.

Warunki publikacji

Redakcja prosi o nadsyłanie artykułów i innych materiałów przeznaczonych do publikacji (głos, recenzji komentarzy i monografii, sprawozdań z konferencji mających istotny walor praktyczny) wyłącznie w formie elektronicznej w edytorze Word 97, dla następujących ustawień: strona niestandardowa (szerokość 17 cm, wysokość 24 cm), marginesy: górny 2 cm, boczne (lewy i prawy) 2,5 cm i dolny 1,5 cm, czcionka Times New Roman w rozmiarze 11 (dla przypisów dolnych 9) oraz pojedynczy odstęp między wierszami.

Jednocześnie informujemy, że ramy artykułu nie powinny przekraczać 30 stron znormalizowanego tekstu, a pozostałych opracowań – 20 stron.

Na pierwszej stronie należy zamieścić: imię i nazwisko autora (autorów), tytuł pracy, krótkie (kilkudzaniowe) streszczenie ujmujące główne tezy opracowania oraz kluczowe słowa. Tytuł artykułu, streszczenie i kluczowe słowa powinny być powtórzone w języku angielskim.

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.

Wszystkie prace przed publikacją są opiniowane przez stałych recenzentów współpracujących z redakcją.

Materiały należy przysyłać na adres e-mail:
marketing@wsp-inow.pl.

Redakcja zastrzega sobie prawo dokonywania w nadesłanych materiałach zmian tytułów, skrótów, poprawek stylistyczno-językowych oraz innych przeróbek technicznych. Redakcja przyjmuje prace dotychczas niedrukowane.

