



Studia Prawa Publicznego

Redakcja czasopisma

Naukowa Rada Doradcza

Rainer Arnold (Uniwersytet w Regensburgu, Niemcy),
Andrzej Bisztyga (Uniwersytet Zielonogórski, Polska),
Mária Bujňáková (Uniwersytet Pavla Jozefa Šafárika w Koszycach, Słowacja),
Gabriela Dobrovičová (Uniwersytet Pavla Jozefa Šafárika w Koszycach, Słowacja),
Tadeusz Jasudowicz (Uniwersytet Mikołaja Kopernika w Toruniu, Polska),
Jiří Jirásek (Uniwersytet Palackiego w Ołomuńcu, Czechy),
Zdzisław Kędzia (Uniwersytet im. Adama Mickiewicza w Poznaniu, Polska),
Mária Kiovská (Uniwersytet Pavla Jozefa Šafárika w Koszycach, Słowacja),
Cezary Kosikowski (Uniwersytet w Białymstoku, Polska),
Philip Langbroek (Uniwersytet w Utrechcie, Holandia)
M^a Cristina Hermida del Llano (Uniwersytet Króla Juana Carlosa w Madrycie, Hiszpania),
Gabiella Mangione (Uniwersytet Insubria Varese-Como, Włochy),
Luca Mezzetti (Uniwersytet w Bolonii, Włochy),
Tomasz Milej (Kenyatta University w Nairobi, Kenia),
Uliana Parpan (Narodowy Uniwersytet „Politechnika Lwowska” we Lwowie, Ukraina),
Soňa Skulová (Uniwersytet Masaryka w Brnie, Czechy),
Marek Wierzbowski (Uniwersytet Warszawski, Polska),
Wojciech Witkowski (Uniwersytet Marii Curie-Skłodowskiej w Lublinie, Polska),
Elżbieta Ura (Uniwersytet Rzeszowski, Polska)

Rada Redakcji

Redaktor naczelny: Krystyna Wojtczak
Sekretarz redakcji: Agnieszka Frydrychewicz
Redaktor wspomagający: Przemysław Wojtczak

Członkowie Rady Redakcji

Bartosz Kołaczkowski, Marzena Kordela, Daniel E. Lach, Małgorzata Materniak-Pawłowska,
Tomasz Nieborak, Aurelia Nowicka, Hanna Paluszkiewicz, Bożena Popowska,
Aleksandra Wiktorowska (przewodnicząca), Krystyna Wojtczak

Redaktor statystyczny

Mirosław Krzyśko

Redaktorzy językowi

Urszula Jagiełło (język polski)
Iwona Grenda (język angielski)
Rob Pagett (język angielski)

Adres Redakcji:

Wydział Prawa i Administracji UAM, Al. Niepodległości 53, 61-714 Poznań
Collegium Iuridicum Novum, budynek Dziekanatu, p. I, pok. 25
tel. +48 61 829 31 60, e-mail: spp@amu.edu.pl,
adres strony internetowej: <http://spp.amu.edu.pl>



Studia Prawa Publicznego

2020 • NR 1 (29)

UNIwersytet
IM. ADAMA MICKIEWICZA
W POZNANIU



WYDAWNICTWO
NAUKOWE

POZNAŃ 2020

Redakcja naukowa
KRYSTYNA WOJTCZAK

© Uniwersytet im. Adama Mickiewicza w Poznaniu,
Wydawnictwo Naukowe UAM, Poznań 2020

Tytuł i koncepcja czasopisma „Studia Prawa Publicznego”
KRYSTYNA WOJTCZAK

Projekt okładki
EWA WĄSOWSKA

Na okładce
X.A. Knesing, *Skazana, drzeworyt, 1886*
(*Meisterwerke Holzschneidekunst aus dem Gebiete der Architektur, Skulptur und Malerei,*
wyd. J.J. Weber, Leipzig 1891)

Redaktor
IZABELA BARAN

Redaktor techniczny
ELŻBIETA RYGIELSKA

Łamanie komputerowe
REGINALDO CAMMARANO

ISSN 2300-3936

Wersja podstawowa czasopisma: drukowana

WYDAWNICTWO NAUKOWE UNIwersytetu im. Adama Mickiewicza w Poznaniu
UL. FREDRY 10, 61-701 POZNAŃ
www.press.amu.edu.pl
Sekretariat: tel. 61 829 46 46, faks 61 829 46 47, e-mail: wyd nauk@amu.edu.pl
Dział sprzedaży: tel. 61 829 46 40, e-mail: press@amu.edu.pl

Ark. wyd. 13,50. Ark. druk. 13,875

DRUK I OPRAWA: VOLUMINA.PL DANIEL KRZANOWSKI, SZCZECIN, UL. KS. WITOLDA 7-9

SPIS TREŚCI

I. ARTYKUŁY

MONIKA URBANIAK, <i>Lex coronavirus. Włoskie prawo w walce z pandemią</i>	9
PAWEŁ SANCEWICZ, <i>Stosunek administracyjnoprawny w niemieckiej doktrynie prawa publicznego</i>	27
JACEK STOCHEL, <i>Odpowiedzialność za naruszenie międzynarodowego prawa humanitarnego przez siły pokojowe Organizacji Narodów Zjednoczonych</i>	49
DANUTA BINIASZ-CELKA, <i>Gminny Program Profilaktyki i Rozwiązywania Problemów Alkoholowych jako podstawowa forma realizacji zadań własnych gminy z zakresu profilaktyki i rozwiązywania problemów alkoholowych</i>	71
PAULINA JACHIMOWICZ-JANKOWSKA, <i>Prawo pacjenta do świadczeń zdrowotnych z zakresu leczenia uzdrowiskowego</i>	95

II. KOMENTARZE, OPINIE, POLEMIKI

PIOTR SZULC, <i>Best practices in real estate cross-border transactions</i>	153
---	-----

III. Z ORZECZNICTWA

PAWEŁ BORECKI, <i>W sprawie pojęcia wyznaniowej żydowskiej osoby prawnej. Uwagi na tle wyroku Sądu Najwyższego z 9 lutego 2007 r., sygn. III CSK 411/06</i> ...	163
AGATA LIZAK, <i>Zakres przedmiotowy tzw. uchwały krajobrazowej. Uwagi na tle wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Gdańsku z 18 września 2018 r., sygn. II SA/Gd 328/18</i>	181

IV. PRZEGLĄD PIŚMIENICTWA

Przegląd polskich opracowań naukowych

Rafał Stasikowski, <i>Pluralizm administracji publicznej</i> , seria Monografie Prawnicze, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2019 (opr. PAULINA JACHIMOWICZ-JANKOWSKA)	197
--	-----

Przegląd zagranicznych opracowań naukowych

- GOVERNANCE IV – *Hallintaa ja yhteistyötä. Hallintotieteiden valintakoeteos 2019. Vaasan yliopisto ja Tampereen yliopisto* (GOVERNANCE IV – *kontrola i współpraca. Materiały do egzaminu wstępnego z administracji w 2019 roku*), Kirsi Lehto, Niina Mäntylä, Ilari Karppi (eds), Vaasan yliopisto & Tampereen yliopisto, Vaasa–Tampere 2019 (opr. KAROL DĄBROWSKI) 211

Przegląd wybranych czasopism zagranicznych

- Maria João Mimoso, Maria do Rosário Anjos, *Administrative arbitration in public procurement: A look at Portuguese law* (Arbitraż administracyjny w zamówieniach publicznych: rozwiązania portugalskie), „Juridical Tribune” („Tribuna Juridica”) vol. 9(1), March 2019 (opr. Konrad Różowicz) 212
- Paola Solombrino, *The in house providing as a self-organization model for the public administration* (Zamówienia in-house jako element modelu samoorganizacji administracji publicznej), „The Juridical Current” („Le Courant Juridique”) vol. 79, December 2019 (opr. KONRAD RÓŻOWICZ) 214

V. SPRAWOZDANIA I INFORMACJE

- Sprawozdanie z Międzynarodowej Konferencji Naukowej „100 lat Policji – historia, tradycja i terażniejszość”, Iwonicz, 13–14 czerwca 2019 r. (opr. PAULINA ŹRA) 217

TABLE OF CONTENTS

I. PAPERS

MONIKA URBANIAK, <i>Lex coronavirus. Italian law in the fight with the pandemy</i>	9
PAWEŁ SANCEWICZ, <i>Administrative relationship in the German doctrine of public law</i>	27
JACEK STOCHEL, <i>The liability of the United Nations peace operations for violation of international humanitarian law</i>	49
DANUTA BINIASZ-CELKA, <i>The Municipality Programme for Preventing and Resolving Alcohol-related Problems as the basic form of implementing the municipality's own tasks in the field of preventing and resolving alcohol problems</i>	71
PAULINA JACHIMOWICZ-JANKOWSKA, <i>The patient's right to health services in the field of spa treatment</i>	95

II. COMMENTARIES, OPINIONS AND POLEMICS

PIOTR SZULC, <i>Best practices in real estate cross-border transactions</i>	153
---	-----

III. JUDICIAL DECISIONS AND CASE REPORTS

PAWEŁ BORECKI, <i>On the concept of a Jewish religious legal entity. Comments on the Supreme Court Judgment of 9 February 2007, ref. III CSK 411/06</i>	163
AGATA LIZAK, <i>The material scope of the "landscape resolution". Comments on the judgment of the Provincial Administrative Court in Gdańsk of 18 September 2018, ref. II SA/Gd 328/18</i>	181

IV. LITERATURE REVIEW

Review of Polish literature

Rafał Stasikowski, <i>Pluralizm administracji publicznej</i> (Pluralism of Public Administration), series Monografie Prawnicze, Wydawnictwo C.H. Beck, Warsaw 2019 (by PAULINA JACHIMOWICZ-JANKOWSKA)	197
---	-----

Review of foreign literature

- GOVERNANCE IV – *Hallintaa ja yhteistyötä. Hallintotieteiden valintakoeteos 2019. Vaasan yliopisto ja Tampereen yliopisto*, Kirsi Lehto, Niina Mäntylä, Ilari Karppi (eds), Vaasan yliopisto & Tampereen yliopisto, Vaasa–Tampere 2019 (by KAROL DĄBROWSKI) 211

Review of foreign law journals

- Maria João Mimoso, Maria do Rosário Anjos, *Administrative arbitration in public procurement: A look at Portuguese law*, "Juridical Tribune" ("Tribuna Juridica") vol. 9(1), March 2019 (by Konrad Różowicz) 212
- Paola Solombrino, *The in house providing as a self-organization model for the public administration*, "The Juridical Current" ("Le Courant Juridique") vol. 79, December 2019 (by KONRAD RÓŻOWICZ) 214

V. REPORTS AND INFORMATION

- Report on the International Scientific Conference entitled "100 Years of the Police – history, tradition, present day", Iwonicz, 13–14 June 2019 (by PAULINA URA) 217

I. ARTYKUŁY

MONIKA URBANIAK*

Lex coronavirus. Włoskie prawo w walce z pandemią

Wprowadzenie

Na świecie od początku 2020 r. trwa walka o powstrzymanie epidemii koronawirusa. Rozpoczęła się ona w mieście Wuhan w Chinach w grudniu 2019 r., a już po kilku tygodniach przypadki zachorowań rozprzestrzeniły się po całym świecie¹. Światowa Organizacja Zdrowia (WHO) 30 stycznia 2020 r. ogłosiła, że choroba COVID-19, która jest powodowana przez koronawirusa SARS-CoV-2, stanowi stan nagłego zagrożenia zdrowia publicznego². Następnie, w wyniku dalszego, szybkiego rozprzestrzeniania się choroby na całym świecie, 11 marca 2020 r. ogłosiła globalną pandemię. Największym ogniskiem koronawirusa jest Europa, w szczególności Włochy, Niemcy, Francja, Wielka Brytania i Hiszpania.

* Monika Urbaniak, prof. UM dr hab., Uniwersytet Medyczny im. Karola Marcinkowskiego w Poznaniu, e-mail: monikaba.urbaniak@ump.edu.pl, <https://orcid.org/0000-0002-1361-7750>.

¹ F. Jiang, L. Deng, L. Zhang, Y. Cai, C.W. Cheung, Z. Xia, *Review of the Clinical Characteristics of Coronavirus Disease 2019 (COVID-19)*, „Journal of General Internal Medicine” 2020, <https://doi.org/10.1007/s11606-020-05762-w> (dostęp: 26 III 2020).

² *Statement on the second meeting of the International Health Regulations (2005) Emergency Committee regarding the outbreak of novel coronavirus (2019-nCoV)*, [https://www.who.int/news-room/detail/30-01-2020-statement-on-the-second-meeting-of-the-international-health-regulations-\(2005\)-emergency-committee-regarding-the-outbreak-of-novel-coronavirus-\(2019-ncov\)](https://www.who.int/news-room/detail/30-01-2020-statement-on-the-second-meeting-of-the-international-health-regulations-(2005)-emergency-committee-regarding-the-outbreak-of-novel-coronavirus-(2019-ncov)) (dostęp: 18 III 2020).

Europejskim państwem, w którym obserwuje się jedną z największych, stale rosnącą liczbę zachorowań na koronawirusa, są Włochy. Rozwiązania prawne w Italii wprowadzane były sukcesywnie, za pomocą aktów prawnych różnej rangi. Artykuł w pierwszej części ma charakter deskryptywny – jest prezentacją zmieniającego się stanu prawnego we Włoszech na przestrzeni trzech miesięcy roku 2020, zarazem dla dalszych rozważań tworzącą podstawę do przeprowadzenia w oparciu o wdrożone rozwiązania prawne – analizy konstytucyjnych podstaw narzucanych ograniczeń. Celem opracowania jest ocena włoskich nadzwyczajnych rozwiązań prawnych wprowadzanych w celu zwalczania epidemii choroby COVID-19 powodowanej przez wirusa SARS-CoV-2. Jednocześnie prowadzi do wskazania kwestii, które budzą najwięcej wątpliwości natury konstytucyjnej.

W związku z epidemią zaobserwowaną w Chinach włoskie Ministerstwo Zdrowia od stycznia 2020 r. prowadzi akcje informacyjne dotyczące aktualnej sytuacji epidemicznej w Italii. Początkowo, w okresie od 5 do 15 marca 2020 r., prewencyjnie zamknięto szkoły i uniwersytety w całym państwie. W następnych dniach zagrożenie zdrowia ludności i jego rozmiary rosło. Z dniem 1 kwietnia 2020 r. zarejestrowano: 80 572 pacjentów zarażonych, 16 847 pacjentów wyleczonych i 13 155 zmarłych³. Sytuacja epidemiczna jest zatem bardzo poważna i zmienia się z każdym dniem. Narodowy Instytut Zdrowia prowadzi stały monitoring sytuacji zdrowotnej obywateli w czasie epidemii, w tym również akcję pozwalającą na poznanie przyczyn zgonów pacjentów.

1. Środki prawne w walce z pandemią

Państwa europejskie podejmują próbę walki z wirusem za pomocą coraz bardziej drastycznych środków prawnych. Polska⁴, Hiszpania⁵ i Włochy⁶ ogłosiły stan zagrożenia epidemicznego. Wprowadzono tam

³ Dane ogłoszone na stronie włoskiego Ministerstwa Zdrowia, <http://www.salute.gov.it/nuovocoronavirus> (dostęp: 2 IV 2020).

⁴ Rozporządzenie Ministra Zdrowia z dnia 13 III 2020 r. w sprawie ogłoszenia na obszarze Rzeczypospolitej Polskiej stanu zagrożenia epidemicznego (Dz.U. 2020, poz. 478 ze zm.).

⁵ Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, BOE num 67 de 14 de marzo de 2020.

⁶ Delibera del Consiglio dei Ministri 31 gennaio 2020, Dichiarazione dello stato di emergenza in conseguenza del rischio sanitario connesso all'insorgenza di

wiele szczególnych rozwiązań prawnych dotyczących walki z koronawirusem. Przepisy te są coraz bardziej restrykcyjne, ograniczające prawa i wolności gwarantowane w konstytucji, a ostatnie akty prawne we Włoszech praktycznie zakazały przemieszczania się po terytorium tego państwa. Dopuszczalne jest to wyłącznie z ważnych powodów, które uzasadnione są pracą, zdrowiem lub innymi potrzebami.

Włochy rozpoczęły walkę z wirusem, wykorzystując dwa instrumenty prawne. Pierwszy dotyczy ogłoszenia 31 stycznia 2020 r. na sześć miesięcy przez Radę Ministrów stanu wyjątkowego ze względu na ryzyko sanitarne dotyczące możliwości zainfekowania koronawirusem. W związku z tym Departament Obrony Cywilnej ma za zadanie koordynować konieczne działania zapobiegające rozszerzaniu się wirusa, polegające na pomocy osobom zagrożonym zakażeniem, wzmocnieniu kontroli na lotniskach i w portach. Akt ten przyznał możliwość podejmowania przez ministra zdrowia wszystkich innych koniecznych środków dotyczących powrotu obywateli Włoch z państw objętych ryzykiem epidemii, a także powrotu obywateli innych państw do krajów ich pochodzenia. Drugi rodzaj środków podejmowanych przez rząd włoski dotyczy wydawania przez Prezesa Rady Ministrów rozporządzeń z mocą ustawy ograniczających czasowo wolność poruszania się po terytorium całego państwa. W określonych, wyjątkowych sytuacjach, obwarowanych ograniczeniami, rząd ma prawo wydawania aktów normatywnych z mocą ustawy⁷. Funkcje ustawodawcze mogą zostać przekazane rządowi wyłącznie w sytuacji określenia kierunkowych zasad i wytycznych, dla wskazanych kategorii spraw i w określonym czasie. Konstytucja przewiduje w tym wypadku możliwość wydawania przez rząd rozporządzeń tymczasowych z mocą ustawy (*decreto legge*)⁸.

Początkowo środki podejmowane przez rząd dotyczyły ograniczeń w regionach, które były szczególnie zagrożone rozprzestrzenieniem się wirusa. Pierwsze rządowe rozporządzenie z mocą ustawy nr 6 z dnia 23 lutego 2020 r.⁹ przewiduje wprowadzenie określonych rozwiązań w celu ograniczenia rozprzestrzeniania się wirusa w gminach

patologie derivanti da agenti virali trasmissibili, <http://www.gazzettaufficiale.it/eli/gu/2020/02/01/26/sg/pdf>, Gazz. Uff. Serie Generale n.26 del 1 II 2020.

⁷ K. Doktor-Bindas, *Wpływ prawa Unii Europejskiej na system źródeł prawa Republiki Włoskiej*, Warszawa 2013, s. 41.

⁸ J. Zakrzewska, *Włochy. Zarys ustroju*, Wrocław–Warszawa–Kraków–Gdańsk 1974, s. 146.

⁹ Decreto-legge 23 febbraio 2020, n.6 Misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19, Gazz. Uff. nr 45, 23 II 2020.

i na obszarach, w których co najmniej jedna osoba jest zakażona i nie jest znane źródło jej zakażenia, a także w przypadku osób przybywających ze strefy, w której został stwierdzony wirus. Akt ten został wydany w celu wprowadzenia środków zaradczych na wydzielonych terytoriach, gdyż wprowadzał tzw. „czerwone strefy” w określonych regionach i prowincjach. Dopiero późniejszymi aktami rozszerzono te strefy na terytorium całego kraju. Rozporządzenie z mocą ustawy daje bardzo szerokie kompetencje, przyznaje bowiem właściwym władzom możliwość przyjęcia wszelkich środków zapobiegawczych proporcjonalnie do rozwoju sytuacji epidemicznej. Do środków tych zalicza się m.in. zakaz oddalania się z gminy lub narażonej strefy, skierowany zarówno do pojedynczych osób, jak i całej zbiorowości, zakaz wjazdu do takich stref, zawieszenie możliwości organizowania zgromadzeń o jakimkolwiek charakterze (w tym m.in. sportowych, religijnych, kulturalnych etc.), zawieszenie usług edukacyjnych w szkołach każdego stopnia, z wyjątkiem działalności prowadzonej na odległość, zawieszenie placówek publicznych, takich jak muzea i inne instytucje kultury, oraz możliwość wprowadzenia aktywnej nadzorowanej kwarantanny. W rozporządzeniu przewidziano również wiele rekomendacji, m.in. dla osób starszych, personelu medycznego, osób z widocznymi objawami przeziębienia. Należy podkreślić, że to rozporządzenie z mocą ustawy przewiduje sankcje karne za nieprzestrzeganie jego postanowień.

2 marca 2020 r.¹⁰ we Włoszech wydano kolejne rozporządzenie z mocą ustawy, mające charakter tymczasowy, wprowadzające pilne środki stanowiące wsparcie dla rodzin, pracowników i firm, a dotyczące nadzwyczajnych potrzeb związanych z wirusem COVID-19. Rozporządzenie to weszło w życie dzień po jego wydaniu, tj. 3 marca 2020 r. z mocą obowiązującą do dnia 25 marca 2020 r. Jak już wspomniano, w ściśle określonych sytuacjach, mających wyjątkowy charakter, rząd może wydawać akty z mocą ustawy. Podstawą do wydania wspomnianego wyżej rozporządzenia z mocą ustawy jest treść art. 77 Konstytucji Włoch¹¹, który przewiduje możliwość wydania przez rząd na swoją odpowiedzialność, w sytuacjach nadzwyczajnych, gdy jest taka konieczność i pilność działania, rozporządzenia tymczasowego z mocą ustawy. Procedura przewidziana w Konstytucji określa, że rząd musi

¹⁰ Decreto-legge 2 marzo 2020, n.9, Misure urgenti di sostegno per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19, Gazz. Uff. Serie Generale n.53 del 2 III 2020.

¹¹ Costituzione della Repubblica Italiana, Gazzetta Ufficiale n.298 del 27 XII 1947.

tego samego dnia przedstawić izbom parlamentu rozporządzenie w celu przekształcenia go w ustawę (jeśli natomiast są one rozwiązane, muszą być specjalnie zwołane w ciągu pięciu dni). Konstytucja przewiduje, że jeżeli dekret nie zostanie przekształcony w ustawę w terminie 60 dni od jego publikacji, to traci moc prawną już od dnia swojego wejścia w życie. Należy podkreślić, że wspomniany wyżej przepis reguluje postępowanie wyłącznie w przypadkach sytuacji nadzwyczajnych, kiedy istnieje konieczność i pilność podejmowania działań. W okresie zagrożenia epidemicznego to właśnie wspomniane rozporządzenia z mocą ustawy regulują codzienne życie Włochów, świadczenie pracy i poruszanie się po terytorium państwa.

W analizowanej sytuacji najdalej idącym aktem jest dekret Prezesa Rady Ministrów z 8 marca 2020 r.¹², który przewiduje pilne środki zapobiegające zakażeniom koronawirusem w Lombardii i prowincjach Modena, Parma, Piacenza, Reggio nell'Emilia, Rimini, Pesaro i Urbino, Alessandria, Asti, Novara, Verbano-Cusio-Ossola, Vercelli, Padwa, Treviso oraz Wenecja. Przepisy te wprowadzały zakaz wjazdu i wyjazdu osób fizycznych do tych prowincji oraz poruszania się wewnątrz wymienionych terytoriów, z wyjątkiem sytuacji umotywowanych pracą lub zdrowiem. Warto zauważyć, że w doktrynie poddaje się krytyce wydawanie w okresie pandemii dekretów przez Prezesa Rady Ministrów zamiast regulowania materii rozporządzeniem z mocą ustawy, który to akt jest następnie poddany kontroli parlamentarnej¹³. Dozwolony jest jedynie powrót do miejsca zamieszkania. Osobom z symptomami zakażenia dróg oddechowych i gorączką powyżej 37,5°C rekomendowano pozostanie w domu i ograniczenie kontaktów społecznych, a także pilne skontaktowanie się z lekarzem. Całkowicie zakazano opuszczania miejsca zamieszkania przez osoby poddane kwarantannie oraz te, u których wynik badania na koronawirusa okazał się pozytywny. Zakazano organizowania jakichkolwiek zawodów i aktywności sportowych w miejscach publicznych i prywatnych, z wyjątkiem wydarzeń, w których uczestniczą sportowcy będący członkami kadry olimpijskiej lub narodowej, zawodów krajowych i międzynarodowych, pod warunkiem trenowania lub

¹² Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 8 marzo 2020, Ulteriori disposizioni attuative del decreto-legge 23 febbraio 2020, n.6, recante misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19, Gazz. Uff. Serie Generale n.59 del 8 III 2020.

¹³ A. Venanzoni, *L'innominabile attuale. L'emergenza Covid-19 tra diritti fondamentali e stato di eccezione*, „Quaderni costituzionali” 2020, n.1, s. 502.

rozgrywania ich za zamkniętymi drzwiami lub bez obecności publiczności. W tych wszystkich przypadkach nałożono na związki sportowe obowiązek kontroli stanu zdrowia sportowców i wszystkich towarzyszących im osób. Rozporządzenie z mocą ustawy rekomenduje pracodawcom publicznym i prywatnym udzielenie pracownikom urlopu na czas obowiązywania rozporządzenia z mocą ustawy. Zamknięto wszystkie wyciągi narciarskie, zawieszono możliwość organizowania zgromadzeń, zamknięto wszystkie placówki oświatowe oraz uniwersytety. Otwarcie miejsc kultu jest uwarunkowane przyjęciem środków organizacyjnych pozwalających na unikanie skupisk ludzkich, biorąc pod uwagę cechy charakterystyczne tych miejsc i z zachowaniem odległości jednego metra pomiędzy osobami. Zawieszono organizowanie ślubów cywilnych i kościelnych oraz pogrzebów. Rozporządzenie z mocą ustawy pozwoliło na prowadzenie restauracji i barów jedynie w określonych godzinach od 6.00 do 18.00, z obowiązkiem nałożonym na zarządców tych miejsc, aby zagwarantować zachowanie odległości jednego metra pomiędzy klientami, pod sankcją zawieszenia działalności w przypadku naruszenia tego zakazu. Rozporządzenie z mocą ustawy zezwoliło na prowadzenie działalności handlowej innej niż działalność gastronomiczna pod warunkiem zagwarantowania przez zarządcę dostępu do tych miejsc w taki sposób, aby uniknąć gromadzenia się ludzi. W przypadku naruszenia zakazu przewidziano, podobnie jak przy działalności gastronomicznej, zawieszenie prowadzenia działalności.

Dekret Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 marca 2020 r.¹⁴, który wszedł w życie 10 marca 2020 r. i ma obowiązywać do 3 kwietnia 2020 r., wprowadził dalsze restrykcje, a także rozszerzył środki ochrony, o których mowa w dekrete z dnia 8 marca 2020 r., na terytorium całego państwa. Ponadto zakazano organizowania jakichkolwiek zgromadzeń w miejscach publicznych lub otwartych dla publiczności. Zawieszono działalność sportową w miejscach publicznych i prywatnych, dopuszczając aktywność sportową jedynie „za zamkniętymi drzwiami” lub na otwartej przestrzeni, bez udziału publiczności. Rozporządzenie z mocą ustawy zobowiązało związki sportowe do kontrolowania ryzyka rozprzestrzeniania się wirusa COVID-19 pomiędzy sportowcami, personelem technicznym i zarządzającym, a także wszystkimi osobami im

¹⁴ Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri Ulteriori disposizioni attuative del decreto-legge 23 febbraio 2020, n.6, recante misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19, applicabili sull'intero territorio nazionale Gazz. Uff. Serie Generale n.62 del 9 III 2020.

towarzyszającymi. Dopuszczalne jest uprawianie aktywności sportowej na zewnątrz pod warunkiem zachowania odległości interpersonalnej jednego metra. Na terytorium całego państwa wprowadzono zakaz poruszania się, z wyjątkiem przemieszczania się do pracy czy w celu dokonania zakupów spożywczych.

Istotny dekret, który został wydany przez Prezesa Rady Ministrów w dniu 11 marca 2020 r.¹⁵ (zwany też Decreto „*Io resto a casa*” – Ja zostaję w domu), stanowi uzupełnienie rozporządzenia z mocą ustawy z 23 lutego 2020 r. Akt ten wprowadza drastyczne środki ograniczające konstytucyjne prawa i wolności. W celu ograniczenia rozprzestrzeniania się wirusa COVID-19 na terytorium całego państwa zostały podjęte środki nadzwyczajne. Zawieszono działalność handlową, z wyjątkiem działalności spożywczej oraz sprzedaży artykułów pierwszej potrzeby. Otwarte pozostają jedynie kioski, sklepy tytoniowe i apteki, przy czym należy zagwarantować odległość jednego metra pomiędzy osobami. Rozporządzeniem z mocą ustawy ograniczono działalność branży gastronomicznej. Zawieszona została działalność restauracyjna, z wyjątkiem stołówek i usług cateringowych działających na podstawie stałych umów, pod warunkiem zagwarantowania bezpiecznej odległości interpersonalnej jednego metra. Dopuszcza się natomiast prowadzenie działalności gastronomicznej z dowozem, pod warunkiem zachowania norm higieniczno-sanitarnych przy transporcie. Wyjątkiem od zakazu jest możliwość pozostawienia otwartych miejsc sprzedaży artykułów spożywczych m.in. na dworcach kolejowych, lotniskach, w szpitalach i na stacjach benzynowych – wszystko to pod ogólnym warunkiem zachowania odległości jednego metra między kupującymi. Zakazano całkowicie działalności usługowej związanej z kontaktem interpersonalnym, do której zaliczono m.in. usługi fryzjerskie i kosmetyczne. Otwarte pozostają banki, instytucje finansowe i ubezpieczeniowe, a także działalność w sektorze rolniczym i zootechnicznym. Rozporządzenie z mocą ustawy przyznaje przewodniczącym regionu prawo do wydawania zarządzeń dotyczących usług transportowych ze względu na możliwość rozprzestrzeniania się wirusa. Minister infrastruktury i transportu w porozumieniu z ministrem zdrowia w tym samym celu może przyjąć program ograniczający lub zawieszający międzyregionalne usługi samochodowe oraz transportu

¹⁵ Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 11 marzo 2020, Ulteriori disposizioni attuative del decreto-legge 23 febbraio 2020, n.6, recante misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19, applicabili sull'intero territorio nazionale, Gazz. Uff. n.64 del 11 III 2020.

kolejowego, lotniczego i morskiego w zakresie podstawowym, gwarantowanym w tzw. podstawowych poziomach świadczeń. Administracja publiczna będzie prowadzić działalność poprzez swoich pracowników za pomocą elastycznego systemu pracy.

Elementem nowej sytuacji prawnej było wejście w życie zarządzenia Ministra Zdrowia z 20 marca 2020 r.¹⁶, które ma zastosowanie na terytorium całych Włoch. Zarządzenie (*ordinanza*) to jest instrumentem nadzwyczajnym, wydanym przez ministra zdrowia. Zakazano wstępu do parków, na place zabaw i do publicznych ogrodów, nie można prowadzić żadnej działalności rekreacyjnej, z wyjątkiem aktywności obok miejsca zamieszkania, pod warunkiem zachowania odległości jednego metra od innej osoby. Zamknięto wszystkie kioski z artykułami spożywczymi na stacjach kolejowych, stacjach benzynowych, z wyjątkiem tych, które położone są przy autostradach, a które sprzedają produkty na wynos. Kioski na lotniskach i w szpitalach pozostają otwarte, pod warunkiem sprzedaży produktów osobom, które zachowują odstęp jednego metra między sobą. W dniach świątecznych i przedświątecznych zakazano jakiegokolwiek przemieszczania się do innych domów, w tym domów wakacyjnych, odmiennych niż te, które stanowią główne miejsce zamieszkania.

Kolejnym aktem prawnym podpisanym przez premiera jest dekret Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2020 r.¹⁷, którym wprowadzono dalsze restrykcje dotyczące poruszania się po terytorium Italii. Zawieszono działalność produkcyjną i handlową, z określonymi wyjątkami obejmującymi przede wszystkim działalność rolniczą i działalność z zakresu szeroko pojętej ochrony zdrowia. Wykonywanie działalności zawodowej nie zostało zawieszono. Wprowadzono natomiast zakaz poruszania się środkami transportu publicznego lub transportu własnego do gminy innej niż ta, w której dana osoba przebywa, z wyjątkiem konieczności przemieszczania się ze względów zawodowych, nagłych przypadków lub ze względów zdrowotnych. Dozwolone jest prowadzenie działalności o charakterze użyteczności publicznej oraz działalności

¹⁶ Ordinanza Ministero della Salute 20 marzo 2020, Ulteriori misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19, applicabili sull'intero territorio nazionale, Gazz. Uff. Serie Generale n.73 del 20 III 2020.

¹⁷ Decreto del Presidente del consiglio dei ministri 22 marzo 2020 Ulteriori disposizioni attuative del decreto-legge 23 febbraio 2020, n.6, recante misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19, applicabili sull'intero territorio nazionale, Gazz. Uff. Serie Generale, n.76 del 22 III 2020.

produkcyjnej, transportowej, handlowej w zakresie dostarczania leków, środków sanitarnych, a także jakiegokolwiek innej działalności, która pomoże w walce z wirusem. Rozporządzenie dopuszcza prowadzenie działalności w przemyśle lotniczym, obrony oraz działalności strategicznej dla gospodarki krajowej, po uzyskaniu zgody prefekta prowincji, w której odbywa się ta działalność produkcyjna. Przedsiębiorstwa, których działalność zawiesza przedmiotowe rozporządzenie, mają obowiązek zakończyć działalność do dnia 25 marca 2020 r. Wskazać należy, że dekret podaje datę obowiązywania nowych przepisów na dzień 3 kwietnia 2020 r.

25 marca 2020 r. zostało wydane kolejne rozporządzenie z mocą ustawy¹⁸, które reguluje możliwość wprowadzenia dalszych ograniczeń na terenie Włoch, uszczegółowiając, że mogą one zostać zarządzane w określonych częściach państwa, na określony okres nie dłuższy niż 30 dni, aż do 31 lipca 2020 r., tj. do zakończenia stanu wyjątkowego, który został ogłoszony 31 stycznia 2020 r. Rozporządzenie przewiduje możliwość zastosowania określonych w nim środków z poszanowaniem zasady adekwatności i proporcjonalności w odniesieniu do obecnego na określonym terytorium ryzyka. Do środków tych rozporządzenie zalicza m.in. ograniczenie ruchu osób, w tym ograniczenie możliwości oddalania się z miejsca zamieszkania, z wyjątkiem sytuacji umotywowanych pracą, nagłym wypadkiem, względami zdrowotnymi lub innymi szczególnymi sytuacjami, zamknięcie miejskich tras, parków, placów zabaw, ogrodów i innych miejsc publicznych, całkowity zakaz oddalania się z miejsca zamieszkania osób poddanych kwarantannie lub zakażonych koronawirusem. W porównaniu z wcześniejszymi regulacjami, wprowadzono większe ograniczenie lub zawieszenie działalności gospodarczej, zawodowej i wykonywania funkcji publicznych, z wyłączeniem koniecznych usług publicznych, jednakże po przyjęciu protokołów bezpieczeństwa interpersonalnego oraz z zachowaniem odstępów pomiędzy osobami w celu uniknięcia zakażenia oraz z obowiązkiem stosowania właściwych środków indywidualnej ochrony. Wprowadzono ograniczenia w funkcjonowaniu podmiotów udzielających świadczeń zdrowotnych. Zaliczono do nich m.in. zakazy lub ograniczenia dla osób towarzyszących pacjentom w poczekalniach miejsc, w których prowadzony jest ostry dyżur i mieści się pogotowie ratunkowe, wprowadzono limity w dostępie rodziny

¹⁸ Decreto-legge 25 marzo 2020, n.19, Gazz. Uff. Serie Generale, n.79 del 25 III 2020.

i osób odwiedzających w szpitalach o pobycie długoterminowym, w hospicjach, ośrodkach rehabilitacyjnych, a także w domach pobytu dla seniorów, osób niesamowystarczalnych, jak również w więzieniach i w młodzieżowych ośrodkach wychowawczych. Na osoby, które przebywały w państwach o wysokim ryzyku epidemicznym, zgodnie z wytycznymi WHO, nałożono obowiązek zgłoszenia tego faktu do struktur Narodowej Służby Zdrowia.

1 kwietnia 2020 r.¹⁹ Prezes Rady Ministrów wydał kolejny dekret w celu ograniczenia rozprzestrzeniania się choroby. W tym akcie normatywnym rozszerzono czas obowiązywania poprzednich rozwiązań legislacyjnych do dnia 13 kwietnia 2020 r.

2. Legislacja nadzwyczajna a ochrona praw podstawowych

Konstytucja włoska w art. 2 uznaje i gwarantuje nienaruszalne prawa człowieka zarówno jako jednostki, jak i jako uczestnika grup społecznych²⁰. Prawo do ochrony zdrowia Konstytucja zalicza do kategorii stosunków moralno-społecznych. Prawo to jest zaliczane do katalogu praw podstawowych, stanowiących wartość nadrzędną nad innymi prawami, albowiem pozwala korzystać z pozostałych praw konstytucyjnych²¹. W art. 32 Konstytucji Republika gwarantuje ochronę zdrowia jako podstawowego prawa zarówno jednostki, jak i interesu zbiorowego oraz gwarantuje bezpłatną opiekę ubogim. Konstytucja uznaje prawo jednostki za prawo podstawowe, mające dwojaką naturę: z jednej strony traktowane jest jako prawo jednostki, a z drugiej jako prawo zbiorowości. Na państwo został nałożony obowiązek zapewnienia jednostce możliwości jego realizacji i prowadzenia takiej polityki socjalnej, która zapewni jego realizację²². Zdrowie rozumiane jest jako uprawnienie jednostki, gwarantowane przez państwo i przejawiające się m.in. poprzez prawo do otrzymywania usług i świadczeń

¹⁹ Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 1 aprile 2020, Disposizioni attuative del decreto-legge 25 marzo 2020, n.19, recante misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19, applicabili sull'intero territorio nazionale. Gazz. Uff. Serie Generale n.88 del 2 IV 2020.

²⁰ J. Zakrzewska, *Włochy*, w: *Konstytucje Finlandii, Włoch, Niemieckiej Republiki Federalnej, Francji*, Wrocław–Warszawa–Kraków–Gdańsk 1971, s. 141.

²¹ M. Urbaniak, *Prawo do ochrony zdrowia w Konstytucji Republiki Włoskiej*, „Prawo i Medycyna” 2009, nr 1, s. 45 i n.

²² *Ibidem*, s. 46.

pozwalających na efektywną ochronę dobra, jakim jest zdrowie²³. Należy przy tym podkreślić, że nie jest dopuszczalne naruszenie indywidualnego prawa do ochrony zdrowia w celu ochrony prawa zbiorowości. Natomiast w celu ochrony interesu zbiorowego dopuszcza się ograniczenie praw podmiotowych, stanowiących prawa podstawowe²⁴.

Akty prawne wydawane w ostatnim czasie we Włoszech bez wątpienia ograniczyły prawa podstawowe, przysługujące na mocy Konstytucji z 1947 r. Do tych ograniczonych praw należy m.in. prawo poruszania się, ale również wolność zgromadzeń, prawo do pracy, wolność działalności gospodarczej, wolność sumienia i wyznania, a także prawo do nauki. Należy zauważyć, że włoska Konstytucja nie zawiera regulacji przewidujących możliwość wprowadzenia stanu wyjątkowego. Nie zawiera też postanowień, które pozwoliłyby na zawieszenie lub ograniczenie praw podstawowych²⁵. W literaturze przedmiotu mowa jest nawet o sytuacji „konstytucji na kwarantannie”²⁶. Wyjątkiem jest stan wojny, o którym mowa w art. 78 Konstytucji Włoch, a o którym postanawiają Izby, udzielając rządowi koniecznych pełnomocnictw. Wskazać należy, że w rozporządzeniu z mocą ustawy z dnia 26 lutego 2020 r. przyznano władzom możliwość przyjęcia wszelkich środków zapobiegawczych proporcjonalnie do rozwoju sytuacji epidemicznej, co powoduje przyznanie władzy wykonawczej prerogatyw, które nie przysługują jej nawet w stanie wojny²⁷.

²³ S. Mabellini, V. Tamburrini, *La migrazione sanitaria nell'esperienza degli Stati composti*, w: *L'assistenza sanitaria transfrontaliera Verso un welfare state europeo?*, pod red. D. Morana, Napoli 2018, s. 109.

²⁴ B. Caravita, *L'Italia ai tempi del coronavirus: rileggendo la Costituzione italiana*, https://www.federalismi.it/ApplyOpenFilePDF.cfm?eid=548&dpath=editoriale&dfile=EDITORIALE%5F18032020223929%2Epdf&content=L%27Italia%2Bai%2Btempi%2Bdel%2Bcoronavirus%3A%2Brileggendo%2Bla%2BCostituzione%2Bitaliana&content_auth=%3Cb%3EBeniamino%2BCaravita%3C%2Fb%3E (dostęp: 29 III 2020).

²⁵ M. Olivetti, *Le misure di contenimento del Coronavirus, fra Stato e Regioni*, <https://www.quotidianogiuridico.it/documents/2020/04/10/le-misure-di-contenimento-del-coronavirus-fra-stato-e-regioni>, dostęp: 18 III 2020.

²⁶ M. Olivetti, *Coronavirus. Così le norme contro il virus possono rievocare il «dictator»*, <https://www.avvenire.it/opinioni/pagine/cos-le-norme-contro-il-virus-possono-rievocare-il-dictator>, dostęp: 18 III 2020.

²⁷ F. Bartelloni, *Coronavirus: la dialettica fra emergenza sanitaria ed emergenza normativa*, https://www.repubblica.it/solidarieta/diritti-umani/2020/03/25/news/coronavirus_la_dialettica_fra_emergenza_sanitaria_ed_emergenza_normativa-252294777/ dostęp: 4 III 2020.

Możliwość wprowadzenia we Włoszech stanu wyjątkowego została uregulowana w ustawie zwykłej z dnia 24 lutego 1992 r.²⁸ wprowadzającej służbę obrony cywilnej. Rada Ministrów na wniosek Prezesa Rady Ministrów, lub z jego upoważnienia ministra spraw wewnętrznych bądź sekretarza stanu, w porozumieniu z zainteresowanymi regionami uchwała stan wyjątkowy, określając długość jego trwania i zakres terytorialny, na którym obowiązuje, w ścisłym powiązaniu z rodzajem wydarzenia, które jest przyczyną wprowadzenia stanu nadzwyczajnego. Warto zauważyć, że w tej samej procedurze dokonuje się odwołania stanu nadzwyczajnego. Stan wyjątkowy nie może trwać co do zasady dłużej niż 60 dni. Stan wyjątkowy już ogłoszony uchwałą Rady Ministrów może zostać przedłużony nie dłużej niż o 40 dni.

Z treści art. 16 Konstytucji wynika, że każdy obywatel może swobodnie przemieszczać się i przebywać na jakiegokolwiek części terytorium kraju, z wyjątkiem ograniczeń ustanowionych przez ustawę, których przyczyną są względy zdrowotne albo bezpieczeństwo. Konstytucja zabrania ograniczeń prawa do poruszania się ze względów politycznych. Wolność poruszania się zostaje wzmocniona poprzez treść art. 120 ust. 1 Konstytucji, zakazującego regionom wydawania aktów prawnych w jakikolwiek sposób przeszkadzających swobodnemu poruszaniu się osób i przemieszczaniu towarów między regionami. Włoski sąd konstytucyjny, w historycznie drugim wydanym przez siebie orzeczeniu z dnia 14 czerwca 1956 r.²⁹, uznał, że słowo „bezpieczeństwo”, o którym mowa w art. 16 Konstytucji, odnosi się do sytuacji, w której gwarantuje się obywatelom, na poziomie, na którym jest to możliwe, korzystanie z praw i wolności gwarantowanych przez Konstytucję. Wskazać przy tym należy, że włoska Konstytucja, w odróżnieniu do wielu europejskich ustaw zasadniczych, nie reguluje podziału uprawnień pomiędzy poszczególne władze w stanach nadzwyczajnych. Należy zauważyć, że ograniczenie wolności przemieszczania się może zostać dokonane wyłącznie przez ustawę z przyczyn zdrowotnych lub bezpieczeństwa. Rozporządzenie z mocą ustawy z dnia 23 lutego 2020 r. przewidziało natomiast, w stosunku do określonej kategorii osób, zakaz opuszczania miejsca zamieszkania w sytuacji, w której zostali oni poddani kwarantannie lub zostali

²⁸ Legge 24 febbraio 1992, n.225 Istituzione del Servizio nazionale della protezione civile, Gazz. Uff. n.64 del 17 III 1992 – Suppl. Ordinario n.54. Ustawa ta została później zmieniona przez postanowienia rozporządzenia z mocą ustawy 2012/59, Decreto-legge 15 maggio 2012, n. 59, Gazz. Uff. nr 113 del 16 V 2012.

²⁹ Corte cost. 2/1956.

zakażeni wirusem. Konieczność zagwarantowania realizacji prawa do ochrony zdrowia powoduje zatem ograniczenie podstawowych praw i wolności, na podstawie wyjątkowych norm stanowionych przez rząd, które obowiązywać mają przez określony czas³⁰. Konieczne jest, aby uchwalane akty przewidywały okres ich obowiązywania, który jest ściśle związany z czasem trwania pandemii³¹. Przyjęte rozwiązania prawne budzą istotne wątpliwości konstytucyjne. Zakaz opuszczania miejsca zamieszkania dla określonej kategorii osób uderza w ich fundamentalne prawa i wolności.

Decret z dnia 11 marca 2020 r. zakazuje swobodnego poruszania się na terytorium Włoch. W art. 17 Konstytucji Włoch mowa jest o wolności zgromadzeń. Obywatele włoscy mają prawo gromadzenia się pokojowo i bez broni. O zgromadzeniach odbywanych w miejscu publicznym należy uprzednio powiadomić władze, które mogą zabronić ich odbycia z uzasadnionych powodów bezpieczeństwa albo w razie zagrożenia życia. Wskazać należy, że zakaz zgromadzeń musi być uzasadniony, co oznacza, że ogólny zakaz, bez wskazywania konkretnych powodów jest nielegalny³². Do powodów ograniczających wolność zgromadzeń należą powody bezpieczeństwa albo zagrożenia życia, do których z całą pewnością należy ochrona obywateli przed epidemią. Wydane przez rząd w dobie walki z koronawirusem akty normatywne ograniczają również konstytucyjne prawo do nauki. Z art. 33 Konstytucji wynika, że sztuka i nauka są wolne oraz wolne jest ich nauczanie. W obecnej sytuacji epidemicznej wyjątkowym i uprzywilejowanym prawem jest prawo do ochrony zdrowia, rozumiane zarówno jako prawo jednostki, jak i zbiorowości, którego ochrona pozwala na ograniczanie innych praw konstytucyjnych.

Z Konstytucji Włoch wynika autonomia regionalna. Wydzielone w państwie regiony są jednostkami autonomicznymi, posiadającymi własne władze i określone konstytucyjnie kompetencje³³. Konstytucja określa podział kompetencji pomiędzy państwem a innymi podmiotami, m.in. w zakresie ochrony zdrowia. Regionom (zwykłym i o statusie

³⁰ F.M. Storelli, *La graduale limitazione dei diritti e delle libertà fondamentali nella stagione del coronavirus*, <https://www.iusinitinere.it/la-graduale-limitazione-dei-diritti-e-delle-liberta-fondamentali-nella-stagione-del-coronavirus-26470> (dostęp: 23 III 2020).

³¹ G. Azzariti, *Le misure sono costituzionali a patto che siano a tempo determinato*, „La Repubblica”, 8 III 2020.

³² P. Perlingieri, *Commento alla Costituzione Italiana*, Napoli 1997, s. 96.

³³ Z. Witkowski, *Ustrój konstytucyjny współczesnych Włoch w aktualnej fazie jego przemian 1989–2004*, Toruń 2004, s. 414.

specjalnym) przyznano pozycję autonomiczną względem państwa³⁴. Artykuł 117 Konstytucji określa, że władzę ustawodawczą sprawują państwo i regiony zgodnie z Konstytucją, ograniczeniami wynikającymi z ustroju wspólnoty i zobowiązaniami międzynarodowymi. Państwu przysługuje wyłączna kompetencja ustawodawcza w określeniu podstawowego poziomu świadczeń wynikających z praw obywatelskich i socjalnych, obowiązujących na obszarze całego państwa (art. 117 ust. 2 lit. m Konstytucji). Państwo stanowi zatem przepisy ogólne w materii ochrony zdrowia, mające wpływ na cały system ochrony zdrowia, do jego kompetencji należy bowiem wskazywanie istotnych poziomów świadczeń i zasad podstawowych w tej dziedzinie³⁵. Z kolei regiony posiadają wyłączną kompetencję do ustalania zasad organizacji opieki zdrowotnej, wpływającą na realizację prawa do ochrony zdrowia³⁶. Istnieje również ustawodawstwo konkurencyjne pomiędzy państwem a regionami, które obejmuje sprawy wskazane w art. 117 ust. 3 Konstytucji. Ustawodawstwo konkurencyjne występuje w zakresie: działalności międzynarodowej i stosunków regionów z Unią Europejską; handlu zagranicznego; ochrony i bezpieczeństwa pracy; oświaty – z zachowaniem samodzielności placówek oświatowych i pominięciem szkolnictwa i kształcenia zawodowego; zawodów; badań naukowych, technologii i modernizacji produkcji; ochrony zdrowia, żywienia; prawa sportowego; obrony cywilnej; dużych sieci transportu i żeglugi; organizacji łączności; produkcji, przesyłania i rozdziału energii, ubezpieczeń dodatkowych i uzupełniających; harmonizacji wydatków publicznych oraz koordynacji finansów publicznych i systemu podatkowego; waloryzacji dóbr kultury i środowiska oraz promocji i organizacji działalności kulturalnej; banków, kas zapomogowych na wsi, regionalnych zakładów kredytowych; regionalnych instytucji kredytów ziemskich i wiejskich.

Konstytucja Włoch przewiduje możliwość zastępowania przez rząd, niezależnie od terytorialnych granic, władz lokalnych, organów regionów, miast metropolitalnych, prowincji i gmin w razie zaistnienia poważnego niebezpieczeństwa dla życia i dla porządku publicznego. Z art. 120 ust. 2 Konstytucji Włoch wynika możliwość zastąpienia przez rząd organów regionów, miast metropolitalnych, prowincji i gmin.

³⁴ M. Urbaniak, *Aspekty publicznoprawne organizacji i finansowania ochrony zdrowia w Republice Włoskiej*, Toruń 2014, s. 86.

³⁵ Ibidem, s. 90.

³⁶ Ibidem, s. 88.

Podkreślenia wymaga fakt, że ustawa określa procedury gwarantujące, aby wykonywane przez rząd kompetencje zastępcze były realizowane z poszanowaniem zasady subsydiarności i lojalnej współpracy. We włoskiej literaturze przedmiotu wskazuje się, że obecnie podstawowym źródłem prawa jest nie ustawa, czy też rozporządzenie z mocą ustawy, ale dekrety Prezesa Rady Ministrów. Dekrety te stanowią źródło prawa, które wydawane jest przez organ indywidualny, po wysłuchaniu podmiotów politycznych, niepodlegające żadnej kontroli ze strony innych władz, tak o charakterze prewencyjnym, jak i następczym³⁷. Działanie rządu w obecnej sytuacji jest legalne i trzeba mieć nadzieję, że pozwoli na ograniczenie największego od kilku stuleci kryzysu zdrowia publicznego we Włoszech. Dekret ustawodawczy z dnia 2 stycznia 2018 r.³⁸ określa zasady postępowania w przypadku stanów wyjątkowych. Rada Ministrów na wniosek Przewodniczącego Rady Ministrów ustanawia stan wyjątkowy na terenie państwa, określając czas jego trwania i zasięg terytorialny, biorąc pod uwagę rodzaj zdarzenia będącego podstawą jego wydania. Zgodnie z art. 25 dekretu 2018/1 w celu skoordynowania działań podczas stanu wyjątkowego dopuszczalne jest wprowadzanie nakazów ochrony ludności, w granicach wskazanych w postanowieniu o stanie wyjątkowym i z poszanowaniem ogólnych zasad wynikających z przepisów prawa powszechnego, a także norm Unii Europejskiej. Należy podkreślić, że przepisy te są wydawane w porozumieniu z regionami i zainteresowanymi ze względu na swoje położenie autonomicznymi prowincjami. W przypadku, kiedy nowe regulacje powodują derogację obowiązujących przepisów, muszą one wskazywać podstawowe normy, które podlegają uchyleniu, a także powinny być należycie uzasadnione. Na podstawie tego dekretu w dniu 31 stycznia 2020 r. włoski rząd ogłosił stan wyjątkowy. Następnym krokiem było wydanie analizowanego wyżej rozporządzenia z mocą ustawy z dnia 23 lutego 2020 r., które upoważniło Prezesa Rady Ministrów, na wniosek ministra zdrowia, po wysłuchaniu ministra spraw wewnętrznych, ministra obrony, ministra ekonomii i finansów oraz innych właściwych ministrów i odpowiednich władz, do podjęcia pilnych środków w celu ograniczenia rozprzestrzeniania się koronawirusa na terytorium Włoch.

³⁷ Ch. Tipodina, *La costituzione al. Tempo di coronavirus*, s. 83, <https://www.costituzionalismo.it/wp-content/uploads/6.-Fasc.1-2020-tripodina.pdf> (dostęp: 18 III 2020).

³⁸ Codice protezione civile, Decreto legislativo 2 gennaio 2018, n.1, Gazz. Uff. n.17 del 22 I 2018.

Podsumowanie

Podstawowe prawa człowieka, takie jak prawo do życia czy też wolność poruszania się, podlegają słusznym ograniczeniom w celu ochrony konstytucyjnie zagwarantowanego prawa zbiorowości do ochrony zdrowia. Wydanie i wejście w życie rozporządzeń z mocą ustawy regulujących na bieżąco sytuację epidemiczną w kraju na pewno stanowi najbardziej elastyczne rozwiązanie, pozwalające adekwatnie reagować w przypadku pogorszenia się stanu zdrowia mieszkańców Włoch. Wskazać przy tym należy, że wprowadzone ograniczenie prawa jest dopuszczalne, ale wyłącznie na określony czas. Niestety, pandemia wzmagą się, a dzienny wzrost liczby zakażeń we Włoszech pokazuje, że wirus rozwija się i prawdopodobnie konieczne będzie przedłużenie wprowadzonych regulacji. Obecnie wskazuje się na potrzebę przedłużenia okresu obowiązywania wprowadzonych na przełomie lutego i marca 2020 r. rozwiązań prawnych aż do opanowania epidemii. Podjęte działania prawne, jak wskazują doświadczenia włoskie, nie były wystarczające, stąd potrzeba ich codziennej zmiany. Być może rządzącym brakowało odwagi, aby od razu wprowadzić daleko idące ograniczenia. Jak się okazało, każda godzina, a nawet minuta miała tutaj znaczenie. Przykład włoski pokazuje, że należało podejmować szybkie i bardzo zdecydowane działania, pozwalające na nierozwinięcie się epidemii. Włosi nie podejmowali takich działań prewencyjnych, tylko podążali, uchwalając nowe akty prawne, za rozwojem epidemii. Doświadczenie to pokazuje, że przy zwalczaniu epidemii konieczne jest wprowadzanie szybkich i radykalnych rozwiązań prawnych wyprzedzających rozwój sytuacji. Włoski przykład uświadamia, że społeczeństwo, przyzwyczajone do korzystania z szerokiego katalogu praw i wolności, bardzo ciężko przystosowuje się do drastycznie nowej sytuacji i funkcjonowania w nadzwyczajnych warunkach, związanych z ograniczeniem podstawowych praw i wolności. W sytuacji zagrożeń epidemicznych zasadniczą sprawą jest jednak ochrona życia i zdrowia obywateli. Wszelkie ograniczenia praw i wolności służyć mają ochronie tych dóbr. Jakkolwiek głębokie będą te ograniczenia, w państwie demokratycznym działać się to musi pod ścisłą kontrolą i na czas oznaczony, związany z trwaniem stanu epidemii. Należy wskazać, że ograniczenia podstawowych praw i wolności wprowadzone w okresie pandemii wkraczają w istotę tych praw. Pomimo że Konstytucja Włoch nie przewiduje ekstraordynaryjnego trybu ograniczenia podstawowych praw i wolności, w okresie zagrożenia

epidemicznego dokonywane są daleko idące zmiany zakresu praw i wolności. *De lege ferenda* należy wskazać, że dużo lepszym i w sposób pełniejszy chroniącym prawa człowieka i obywatela byłoby rozwiązanie, w którym w sytuacjach nadzwyczajnych ograniczenie praw i wolności znajdowałoby wprost podstawę w Konstytucji. Rozwiązanie to powinno być powiązane także ze ściśle określonym zakresem takich ograniczeń oraz ich kontrolą.

LEX CORONAVIRUS. ITALIAN LAW IN FIGHT WITH THE PANDEMY

Summary

An epidemic caused by the coronavirus SARS-CoV-2 has been existed in Europe and worldwide for several weeks now. On 11 March 2020, the WHO declared it a global pandemic. At the time of writing, Europe, in particular Italy, is the largest outbreak of coronavirus. Italy is attempting to tackle the virus with increasingly drastic legal measures. On 31 January 2020, its Council of Ministers declared a state of emergency related to the sanitary risk of coronavirus infection. Italy has started the fight against the virus using two legal instruments: the first is the Council of Ministers' declaration of a six-month state of emergency on 31 January 2020, and the second is a decree-law (*decreto legge*) issued by the Prime Minister temporarily restricting the freedom of movement throughout the state. In exceptional cases, the Italian Government has the right to issue normative legal acts. Recent legislative acts issued in Italy have undoubtedly limited the fundamental rights granted by the Constitution of 1947. These limited rights include the right of movement, but also freedom of assembly, the right to work, freedom of economic activity and freedom of conscience and religion. As a result of the legal solutions introduced, fundamental human rights are subject to justifiable restrictions in order to protect the constitutionally guaranteed right of the community to health care. In situations of epidemiological threats, protecting the lives and health of citizens is essential. Any restrictions on rights and freedoms are intended to protect these goods. However extensive these restrictions may be, in a democratic state this must be introduced under strict control and for a specified period of time linked to the duration of an epidemic.

Keywords: Italy – right to health protection – coronavirus – Constitution

LITERATURA

- Azzariti G., *Le misure sono costituzionali a patto che siano a tempo determinato*, „La Repubblica” 8 III 2020.
- Doktor-Bindas K., *Wpływ prawa Unii Europejskiej na system źródeł prawa Republiki Włoskiej*, Warszawa 2013.

- Mabellini S., Tamburrini V., *La migrazione sanitaria nell'esperienza degli Stati composti, w: L'assistenza sanitaria transfrontaliera Verso un welfare state europeo?*, pod red. D. Morana, Napoli 2018.
- Perlingieri P., *Commento alla Costituzione Italiana*, Napoli 1997.
- Urbaniak M., *Aspekty publicznoprawne organizacji i finansowania ochrony zdrowia w Republice Włoskiej*, Toruń 2014.
- Urbaniak M., *Prawo do ochrony zdrowia w Konstytucji Republiki Włoskiej*, „Prawo i Medycyna” 2009, nr 1.
- Venanzoni A., *L'innominabile attuale. L'emergenza Covid-19 tra diritti fondamentali e stato di eccezione*, „Quaderni costituzionali” 2020, n.1.
- Witkowski Z., *Ustrój konstytucyjny współczesnych Włoch w aktualnej fazie jego przemian 1989–2004*, Toruń 2004.
- Zakrzewska J., *Włochy*, w: *Konstytucje Finlandii, Włoch, Niemieckiej Republiki Federalnej, Francji*, Wrocław–Warszawa–Kraków–Gdańsk 1971.
- Zakrzewska J., *Włochy. Zarys ustroju*, Wrocław–Warszawa–Kraków–Gdańsk 1974.

PAWEŁ SANCEWICZ*

Stosunek administracyjnoprawny w niemieckiej doktrynie prawa publicznego*

Wprowadzenie

Pojęcie stosunku administracyjnoprawnego jest jądrem dogmatyki polskiego prawa administracyjnego – dla nauki prawa i postępowania administracyjnego ma znaczenie centralne, ponadczasowe. Na przestrzeni lat zostały ustalone przez doktrynę prawa publicznego jego ramy doktrynalne. Równocześnie niezwykle owocna dyskusja dogmatyczna na temat tego pojęcia miała miejsce na gruncie prawa i praktyki niemieckiej. Dlatego też zasadna wydaje się próba przedstawienia odkryć niemieckiej doktryny prawa publicznego w tym zakresie. Tym samym może się wydawać, że artykuł ma charakter wyłącznie deskryptywny. Jednakże, oprócz przedstawienia najważniejszych poglądów na ten temat, zadane jest udzielenie odpowiedzi, lub przynajmniej zapoczątkowanie dyskusji, na kilka ważnych dla dogmatyki polskiego prawa administracyjnego pytań – o czym szerzej w dalszej części wprowadzenia.

Szczególnie, w obliczu pogłębionych rozważań w prawie i praktyce polskiej na tle umowy administracyjnej w systemie prawnych form działania administracji, istotnego znaczenia nabiera klaryfikacja podstawowych pojęć z zakresu prawa administracyjnego. Tym samym warto sięgnąć do zagadnienia stosunku administracyjnoprawnego. Nie można również przeoczyć faktu, że pojęcie stosunku administracyjnoprawnego (względnie prywatnoprawnego) jest w dogmatyce prawa podstawą kluczowego podziału na prawo publiczne oraz prywatne. Tym bardziej

* Paweł Sancewicz, dr, Universität Potsdam, e-mail: psancewicz@uni-potsdam.de, <https://orcid.org/0000-0001-5475-0956>. Artykuł powstał w ramach stypendium przyznanego przez fundację Fritz Thyssen Stiftung, w ramach postępowania o sygn. 40.18.0.011RE na pobyt badawczy w Kommunalwissenschaftliches Institut (KWI) der Universität Potsdam.

dalsze prace nad stosunkiem administracyjnoprawnym nie będą narażone na zarzut braku aktualności, lecz powinny wnieść istotny wkład w badania zmierzające do wprowadzenia umowy administracyjnej do polskiego systemu prawnego. Funkcjonowanie umowy administracyjnej w polskim porządku prawnym będzie wymagało zrewidowania pojęcia stosunku administracyjnoprawnego. Pojęcie to jest bowiem dostosowane do władczej i jednostronnej czynności, jaką jest indywidualny akt administracyjny, nie zaś do wielostronnej, konsensualnej i kooperacyjnej prawnej formy działania administracji, jaką jest umowa administracyjna.

Pojęcie stosunku administracyjnoprawnego występuje w nauce prawa publicznego licznych krajów, nie tylko Niemiec, lecz przykładowo także w nauce francuskiej, austriackiej lub rosyjskiej. Jednakże to nauka niemiecka wielokrotnie była inspiracją do formułowania poglądów na temat stosunku administracyjnoprawnego. Oprócz ograniczeń objętościowych jest to kolejny powód, dla którego doktryna niemiecka w omawianym zakresie stała się przedmiotem artykułu.

Celem podjętych badań jest ukazanie, czy doktryna niemieckiego prawa publicznego rozumie pojęcie stosunku administracyjnoprawnego w podobny sposób co doktryna polska, czy też widzi to pojęcie inaczej. Udzielenie odpowiedzi na powyższe pytanie wydaje się szczególnie interesujące, zważywszy na fakt, że w Niemczech obowiązuje inny system prawnych form działania administracji publicznej, którego częścią składową jest umowa administracyjna. Ponadto analiza pojęcia stosunku administracyjnoprawnego jest aktualna zarówno w Polsce, jak i w Niemczech, gdzie w obliczu postępujących procesów modernizacyjnych występuje powszechne dążenie w kierunku administracji bardziej kooperacyjnej, nastawionej na współpracę z podmiotami administrowanymi. Wreszcie należy się zastanowić, czy wprowadzaniu umowy administracyjnej do prawa niemieckiego towarzyszyła zmiana postrzegania pojęcia stosunku administracyjnoprawnego i czy ten sam proces będzie miał miejsce w polskiej doktrynie prawa publicznego.

1. Użyteczność pojęcia stosunku administracyjnoprawnego dla dogmatyki prawniczej

Tak jak wspomniano powyżej, pojęcie stosunku administracyjnoprawnego nie jest przebrzmiałe. Powyższe stwierdzenie dotyczy zarówno prawa polskiego, jak i niemieckiego. Duża przydatność teoretyczna

tego pojęcia jest potwierdzona w licznych podręcznikach do prawa administracyjnego¹. Również niemiecka doktryna prawa publicznego w artykułach naukowych i opracowaniach o charakterze monograficznym toczyła spory na temat użyteczności poznawczej analizowanego pojęcia². Stosunek administracyjnoprawny jest widziany przez niektórych badaczy jako podstawowe pojęcie, prawnicza świętość albo jako punkt archimedowski³. Reprezentujący przeciwny nurt przedstawiciele doktryny wskazują, że stosunek administracyjnoprawny jest pozbawiony konturów bądź treści⁴. Niektórzy podkreślają nawet, że pojęcie to nie ma większej wartości poznawczej⁵. W niemieckim prawie

¹ Por. R. Hauser, *Pojęcie i znaczenie stosunku administracyjnoprawnego*, w: *System prawa administracyjnego*, t. 1, *Instytucje prawa administracyjnego*, pod red. R. Hausera, Z. Niewiadomskiego, A. Wróbla, Warszawa 2015, s. 200. W polskim prawie administracyjnym np.: J. Boć, *Pojęcie stosunku administracyjnoprawnego*, w: idem, *Prawo administracyjne*, Wrocław 2010, s. 365 i n.; Z. Leoński, *Stosunek administracyjnoprawny*, w: idem, *Zarys prawa administracyjnego*, Warszawa 2006, s. 32 i n.; E. Ochendowski, *Prawo administracyjne. Część ogólna*, Toruń 2009, s. 45 i n.; Z. Cieślak, *Stosunek administracyjnoprawny*, w: *Prawo administracyjne*, pod red. Z. Niewiadomskiego, Warszawa 2007, s. 90 i n.; Z. Duniewska, *Stosunek administracyjnoprawny. Sytuacja administracyjnoprawna*, w: Z. Duniewska, B. Jaworska-Dębska, M. Kasiński, E. Olejniczak-Szałowska, M. Stahl, *Prawo administracyjne. Pojęcia, instytucje, zasady w teorii i orzecznictwie*, pod red. M. Stahl, Warszawa 2013, s. 77 i n.; J. Zimmermann, *Prawo administracyjne*, Warszawa 2018, s. 72 i n.; *Prawo administracyjne*, pod red. M. Wierzbowskiego, Warszawa 2013, s. 26. W niemieckim prawie administracyjnym np. H. Maurer, *Ogólne prawo administracyjne (Allgemeines Verwaltungsrecht)*, tłum. i red. K. Nowacki, Wrocław 2003, s. 110 i n.; E. Schmidt-Aßmann, *Ogólne prawo administracyjne jako idea porządku. Założenia i zadania tworzenia systemu prawnoadministracyjnego*, tłum. i red. A. Wasilewski, Warszawa 2011, s. 16 i n., 383 i n.; S. Detterbeck, *Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungsprozessrecht*, München 2016, s. 126 i n.; R. Stober, *Verwaltungsrecht I. Ein Studienbuch*, München 2017, Nb. 35 i n. Z zalem należy stwierdzić, że obecnie pojęcie stosunku administracyjnoprawnego rzadziej stanowi przedmiot zainteresowania niemieckiej doktryny prawa publicznego. Z najnowszych prac zob. J. Buchheim, *Das Vorrecht des Ersten Zugriffs auf das Verwaltungsrechtsverhältnis. Das französische „privilege de préalable“ als leistungsfähiger Begriff deutscher Verwaltungsrechtsdogmatik?*, „Die Verwaltung“ 2016, z. 1, s. 55–79; J. Ipsen, *Neue Entwicklungen im Allgemeinen Verwaltungsrecht – Rechtsverhältnislehre versus Steuerungswissenschaft?*, „AD LEGENDUM“ 2011, z. 2, s. 100–104; W. Kahl, W.L. Ohlendorf, *Das subjektive öffentliche Recht – Grundlagen und aktuelle Entwicklungen im nationalen Recht*, „Juristische Arbeitsblätter“ 2010, z. 12, s. 872–879; H. Schmitz, § 9 *Begriff des Verwaltungsverfahrens*, w: *Verwaltungsverfahrensgesetz. Kommentar*, Hrsg. von P. Stelkens, H.J. Bonk, M. Sachs, München 2018, Nb. 16–24.

² Por. obszerny przegląd literatury dokonany przez H. Bauera – H. Bauer, *Verwaltungsrechtslehre im Umbruch? Rechtsformen und Rechtsverhältnisse als Elemente einer zeitgemäßen Verwaltungsrechtsdogmatik*, „Die Verwaltung“ 1992, z. 1–4, s. 307 i n.

³ *Ibidem*, s. 307–308 i n.

⁴ *Ibidem*.

⁵ *Ibidem*.

administracyjnym stosunek administracyjnoprawny zdobył wszakże uznanie – pomógł ustrukturyzować miliony stosunków prawnych między administracją a obywatelem⁶. Klasyk niemieckiego prawa administracyjnego E. Schmidt-Aßmann wskazywał na generalnie pozytywną funkcję pojęcia stosunku administracyjnoprawnego, który skłania do całościowego ujmowania stosunków społeczno-gospodarczych (również w obszarze publicznego prawa gospodarczego)⁷. Stosunek administracyjnoprawny pozwala się skupić na wzajemnych prawach i obowiązkach, na wymiarze czasowym prawa administracyjnego, a także na szczególnych cechach danego stanu faktycznego i prawnego⁸. R. Gröschner stoi na stanowisku, że stosunek administracyjnoprawny jest użytecznym pojęciem zarówno z punktu widzenia dogmatycznego i teoretycznego, jak i praktyki stosowania prawa⁹. W Niemczech powszechne wydaje się dążenie do nowego uporządkowania dogmatyki prawa administracyjnego właśnie za pomocą pojęcia stosunku administracyjnoprawnego¹⁰. Sceptycznie do nauki o stosunku administracyjnoprawnym podchodzi S. Detterbeck – autor wskazuje, że jakkolwiek pozwala ona uporządkować złożone i wielostronne stosunki z zakresu prawa administracyjnego, to nie przyczynia się do rozwiązywania konkretnych problemów prawnych¹¹.

Zdaniem E. Schmidta-Aßmanna nie jest jednak możliwe budowanie systematyki całego prawa administracyjnego na podstawie samych tylko stosunków administracyjnoprawnych¹². Stosunek administracyjnoprawny może jedynie pewne problemy uwidaczniać, nie jest natomiast przeznaczony do ich rozwiązywania¹³. Nie może przy tym zastąpić

⁶ F. Hase, *Das Verwaltungsrechtsverhältnis. Überlegungen zu einem Grundbegriff des Öffentlichen Rechts*, „Die Verwaltung” 2005, z. 1–4, s. 456 i n.

⁷ E. Schmidt-Aßmann, *Die Lehre von den Rechtsformen des Verwaltungshandelns. Ihre Bedeutung im System des Verwaltungsrechts und für das verwaltungsrechtliche Denken der Gegenwart*, „Deutsches Verwaltungsblatt” 1989, s. 533, 539 i n., podaje za: J. Pietzcker, *Das Verwaltungsrechtsverhältnis – archimedischer Punkt oder Münchhausens Zopf?*, „Die Verwaltung” 1997, z. 1–4, s. 292.

⁸ E. Schmidt-Aßmann, *Die Lehre von den Rechtsformen...*, s. 533, 539 i n.

⁹ R. Gröschner, *Vom Nutzen des Verwaltungsrechtsverhältniss*, „Die Verwaltung” 1997, z. 1–4, s. 301 i n.

¹⁰ S. Detterbeck, op. cit., s. 127, Nb. 415.

¹¹ Ibidem.

¹² E. Schmidt-Aßmann, *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee und System: insbesondere zur Bedeutung von Rechtsform und Verfahren im Verwaltungsrecht*, Heidelberg 1982, s. 26 i n., podaje za: R. Stober, op. cit., Nb. 38a.

¹³ Ibidem.

takich dogmatycznie utrwalonych kategorii, jak prawne formy działania administracji czy publiczne prawa podmiotowe (*subjektive öffentliche Rechte*)¹⁴. Użyteczność tego pojęcia znajduje zaś egzemplifikację w toku analizy kooperacyjnych stosunków administracyjnoprawnych¹⁵.

Niezależnie od powyższego myślenie w kategoriach stosunku administracyjnoprawnego prowadzi do rozwoju nowych poglądów, a także do przezwyciężenia strukturalnych słabości prawa administracyjnego¹⁶. Powyższe pozwala w szczególności na uwzględnienie w analizie dogmatycznoprawnej praw i obowiązków o charakterze akcesoryjnym¹⁷.

Wydaje się przy tym, że przedstawiciele niemieckiej doktryny prawa publicznego są do analizowanego pojęcia, w kontekście stosowania go do wyjaśnienia bardziej złożonych konstrukcji prawnych niż indywidualny akt administracyjny, bardziej pozytywnie nastawieni niż badacze polscy. Nie budzi wątpliwości w niemieckiej nauce, że stosunek administracyjnoprawny występuje również w przypadku umowy administracyjnej. Ponadto, tak jak prawne formy działania stanowią „ujęcia momentalne” (*Momentaufnahmen*), tak stosunek administracyjnoprawny nadaje się do opisywania kompleksu czynności podejmowanych przez administrację, a także zespołu praw i obowiązków przysługujących obywatelom. Nie można jednak przeoczyć faktu, że w doktrynie niemieckiej miała miejsce ożywiona dyskusja, w ramach której w ogóle wyraźnie kwestionowano potrzebę stosowania pojęcia stosunku administracyjnoprawnego.

W polskiej doktrynie natomiast stosunek administracyjnoprawny *per se* nie jest kwestionowany, zwłaszcza powszechnie wykorzystuje się to pojęcie przy analizie indywidualnego aktu administracyjnego. W tym kontekście stosunek administracyjnoprawny znajduje wśród

¹⁴ Ibidem.

¹⁵ Ibidem. W doktrynie niemieckiej H. Bauer wskazuje na trend „państwa kooperującego”: „Der Staat steigt vom hoheitlich-hoheitsvollen Podest des einseitig Anweisen den herab, er tritt auf die Ebene des Austausches von Informationen und Leistungen und der Verbindung zu abgestimmten Handeln” (H. Bauer, *Entwicklungslinien der Vertragsrechtslehre*, w: *Grundlagen des Verwaltungsrecht*, Bd. 2: *Informationsordnung, Verwaltungsverfahren, Handlungsformen*, Hrsg. von W. Hoffmann-Riem, E. Schmidt-Assmann, A. Voßkuhle, München 2012, s. 1266 i n.; por. idem, *Zur notwendigen Entwicklung eines Verwaltungskooperationsrechts – Statement*, w: *Jenseits von Privatisierung und „schlankem” Staat: Verantwortungsteilung als Schlüsselbegriff eines sich verändernden Verhältnisses von öffentlichem und privatem Sektor*, Hrsg. von G.F. Schuppert, Baden-Baden 1999, s. 251 i n., podają za: R. Stober, op. cit., Nb. 38a).

¹⁶ R. Stober, op. cit., Nb. 39.

¹⁷ A. Peters, *Nebenpflichten im Verwaltungsrechtsverhältnis?*, „Die Verwaltung” 2002, s. 177–221, podają za: R. Stober, op. cit., Nb. 39.

przedstawiciele polskiej nauki powszechną akceptację. Podjęto jednak dyskusję na temat równoległego czy zastępczego stosowania innych pojęć, które lepiej ujmowałyby kompleksowe problemy prawne¹⁸. W polskiej doktrynie niekiedy postuluje się zastąpienie pojęcia stosunku administracyjnoprawnego¹⁹ pojęciem sytuacji administracyjnoprawnej²⁰ lub statusu administracyjnoprawnego²¹. Należy jednak podkreślić, że większość autorów nie przedstawia tutaj skrajnego stanowiska – autorzy wskazują tylko na możliwość dodatkowego stosowania innych pojęć, zwłaszcza w sytuacji administracyjnoprawnej²². Należy przy tym podkreślić, że sytuacja administracyjnoprawna wyraźnie odróżniana jest w nauce prawa administracyjnego od pojęcia stosunku administracyjnoprawnego²³.

¹⁸ R. Hauser, op. cit., s. 200 i n. „Jeśli sytuacja społeczna regulowana jest przez przepisy prawa administracyjnego, to będziemy mieli do czynienia z sytuacją administracyjnoprawną. Pojęcie sytuacji administracyjnoprawnej ma, zdaniem jej zwolenników, pozwolić na szersze spojrzenie na prawa i obowiązki podmiotów prawnych określane prawem administracyjnym” (R. Hauser, op. cit., s. 215); F. Geburczyk, *Zjawisko proceduralizacji w prawie administracyjnym a kierunki ewolucji procedury administracyjnej*, Warszawa 2019, s. 87 i n. „[...] rozwiązania ustawowe wpisujące się w proces proceduralizacji prawa administracyjnego wywierają presję strukturalną na pojęcie stosunku administracyjnoprawnego, nie zmieniając jego zasadniczej treści w całości, ale z pewnością ją modyfikując” (F. Geburczyk, op. cit., s. 104).

¹⁹ W. Dawidowicz, *Polskie prawo administracyjne*, Warszawa 1978, s. 49–50, podaje za: R. Hauser, op. cit., s. 200.

²⁰ J. Boć, op. cit., s. 365 i n. „Potrzeba szerszego spojrzenia na prawa i obowiązki podmiotów prawnych, określane prawem administracyjnym, mogłaby być zaspokojona lepiej, gdybyśmy obok pojęcia stosunku prawnego wprowadzili – dające dużo możliwości opisu – pojęcie sytuacji prawnej. Można by nawet pokusić się o wyeliminowanie pojęcia stosunku prawnego [...]. I nie idzie tu wcale o powrót do niektórych koncepcji z początków naszego wieku, odrzucających użyteczność pojęcia stosunku prawnego” (J. Boć, op. cit., s. 367); P. Ochmann, *Status administracyjnoprawny w prawie polskim*, „Edukacja Prawnicza” 2014, s. 19 i n.

²¹ M. Kumela-Romańska, *Status administracyjnoprawny*, „Samorząd Terytorialny” 2009, nr 7, s. 28–37. „[...] ani stosunek administracyjno-prawny, ani sytuacja administracyjno-prawna nie mają wystarczająco ogólnego charakteru, aby spełnić zadanie polegające na wydobyciu cech położenia prawnego wybranego podmiotu. Jedynie posługiwanie się statusem administracyjno-prawnym pozwala na zachowanie wystarczająco wysokiego stopnia abstrakcyjności. Status administracyjno-prawny pozwala na przedstawienie całokształtu uprawnień i obowiązków podmiotu bez potrzeby sięgania do konstrukcji publicznych praw podmiotowych” (M. Kumela-Romańska, op. cit., s. 37).

²² J. Boć wskazuje, że stosunek administracyjnoprawny zyskał rangę wręcz niepodważalną, co jednak nie wyklucza, by dla szerszego spojrzenia na prawa i obowiązki podmiotów prawnych określanych prawem administracyjnym stosować pojęcie sytuacji administracyjnoprawnej (J. Boć, op. cit., s. 367).

²³ Zob. np. J. Zimmermann, op. cit., s. 86–87.

2. Pojęcie stosunku administracyjnoprawnego

2.1. Uwaga wprowadzająca

Za R. Hauserem, poszukując istotnych cech stosunku administracyjnoprawnego, określa się szczegółowe elementy tego stosunku, tj.: przedmiot stosunku, podmioty stosunku, układy stosunków między podmiotami, a także, jako element dodatkowy, dokonuje się porównań tego stosunku z innymi stosunkami prawnymi²⁴. Należy dokonać przeglądu stanowisk w literaturze niemieckiej w powyżej wskazanym zakresie.

2.2. Geneza pojęcia stosunku administracyjnoprawnego

Pojęcie stosunku administracyjnoprawnego wywodzi się w prawie niemieckim z dyskusji²⁵ na temat pojęcia publicznych praw podmiotowych²⁶. O. Mayer analizował stosunki prawne w prawie administracyjnym, wskazując, że takie stosunki powstają dopiero wtedy, gdy skutek prawny przewidziany w danym akcie normatywnym, lub nawet w akcie administracyjnym rzeczywiście już wystąpił w wyniku ziszczenia się

²⁴ R. Hauser, op. cit., s. 201.

²⁵ Bardzo szczegółową analizę tej dyskusji przedstawia J. Filipek, *Stosunek administracyjnoprawny*, Kraków 1968, s. 28–35. Autor cytuje m.in. prace O. Gierkego, C.F. v. Gerbera, G. Jellinka, P. Labanda, A. v. Gneista, a także klasyka niemieckiego prawa administracyjnego O. Mayera. Zob. zwłaszcza G. Jellinek, J. Kersten, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, durchgesehene und vermehrte Auflage von 1905, Tübingen 2011, a także F. Longchamps, *Poglądy nauki niemieckiej i austriackiej na publiczne prawa podmiotowe*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Wrocławskiego. Prawo” 1960, s. 57 i n.

²⁶ Warto też w tym miejscu przytoczyć krytyczne uwagi pod adresem tej dyskusji sformułowane przez J. Starościana, *Stosunek administracyjnoprawny*, w: *System prawa administracyjnego*, t. 3, pod red. T. Rabskiej, J. Łętowskiego, Warszawa 1978, s. 10: „Bardziej burzliwie, dyskusyjnie zarysowała się tematyka stosunku administracyjnoprawnego w kręgach austriackiej i niemieckiej kultury prawnej. Jako cechy charakteryzujące opracowanie w tym zakresie należy wymienić: a) powiązanie rozważań prawniczych z licznymi teoriami filozofii idealistycznej, powodujące skomplikowanie wywodów, i to wywodów omal wyłącznie z pozycji «obrony» wolnościowych praw obywatela; b) konsekwencja tego punktu wyjścia jest stworzenie konstrukcji «publicznych praw podmiotowych», tj. praw podmiotowych, które musiały być utworzone przez prawo publiczne jako wynik istnienia «naturalnych» praw obywateli; c) szerokie opracowanie tych publicznych praw podmiotowych, a w konsekwencji i stosunków administracyjnoprawnych wewnątrz administracji, jedynie w zakresie układu stosunków między organami scentralizowanej administracji państwa a samodzielnymi, niezależnymi jakoby od państwa, podmiotami administracji zdecentralizowanej”.

odpowiedniego stanu faktycznego²⁷. Autor ten dokonał też pierwszej próby klasyfikacji stosunków prawnych, jakie mogą zachodzić pomiędzy władzą publiczną a jednostkami²⁸. Po raz pierwszy natomiast pojęciem stosunku administracyjnoprawnego posługiwał się F. Fleiner²⁹. Nazywa on stosunki prawne związane z prawem administracyjnym już bezpośrednio stosunkami administracyjnoprawnymi (*Verwaltungsrechtsverhältnisse*) i w swoim systemie instytucji prawa administracyjnego podnosi pojęcie stosunku administracyjnoprawnego do rangi kluczowego pojęcia z zakresu prawa administracyjnego³⁰. Podstawowe znamiona tych stosunków autor sprecyzował przede wszystkim przez przeciwstawienie ich stosunkom prawa prywatnego – z tego punktu widzenia charakteryzuje je, według niego, nierówność podmiotów występujących w nich w charakterze stron stosunku prawnego (możliwość jednostronnego nakładania obowiązków na poddanych), a także bezwzględnie wiążący charakter norm, które je regulują³¹. K. Kormann natomiast wskazał, że stosunki administracyjnoprawne stanowią sumę, kompleks praw i obowiązków między określonymi podmiotami, dając tym samym asumpt do dyskusji prowadzonej w tym zakresie w okresach późniejszych³².

Pomimo dużego zróżnicowania poglądów w zakresie prawa publicznego nauka prawa administracyjnego rozwijająca się po II wojnie światowej w Niemczech nawiązuje, generalnie rzecz biorąc, do tradycyjnych poglądów rozwiniętych przez G. Jellinka, O. Mayera, F. Fleinera i innych autorów³³. Podobnie jak w poprzednim okresie, dyskusja ta w znacznym zakresie oparta była na pojęciu publicznych praw podmiotowych³⁴.

Ponadto nowym istotnym elementem stała się dyskusja związana z możliwością wprowadzenia do prawa niemieckiego formy prawnej umowy administracyjnej³⁵. Po uchwaleniu w 1949 r. niemieckiej Ustawy Zasadniczej (*Grundgesetz*)³⁶ zaprezentowano potrzebę zwrotu „ku

²⁷ W. Meger-Hesemann, *Die paradigmatische Bedeutung Otto Mayers für die Entwicklung der deutschen Verwaltungsrechtswissenschaft*, „Rechtstheorie” 1982, s. 496–497.

²⁸ O. Mayer, *Deutsches Verwaltungsrecht*, Bd. 1, Leipzig 1895, s. 105–110.

²⁹ J. Filipek, op. cit., s. 34–36, 55.

³⁰ F. Fleiner, *Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts*, Tübingen 1928, s. 149–164.

³¹ Ibidem, s. 145, 149 i n.

³² K. Kormann, *System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte*, Berlin 1910, s. 24 i n., 36–37.

³³ Filipek, op. cit., s. 55.

³⁴ Współcześnie o publicznych prawach podmiotowych zob. W. Jakimowicz, *Publiczne prawa podmiotowe*, Kraków 2002.

³⁵ H. Bauer, *Verwaltungsrechtslehre im Umbruch...*, s. 304 i n.

³⁶ Konstytucja Republiki Federalnej Niemiec (*Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*) z 23 V 1949 r. (Bundesgesetzblatt I, s. 1).

obywatelowi³⁷. Administracja miała poszukiwać możliwości kontaktu, negocjacji, kooperacji z obywatelem³⁸. Paradygmat podporządkowania w ramach hierarchii zastąpiono dążeniem do koncyliacyjnego załatwienia sprawy³⁹. Tym samym złamano proklamowaną przez O. Mayera zasadę, że „Państwo nie paktuje z poddanymi”, otwierając drogę do wprowadzenia umowy administracyjnej do niemieckiego systemu prawnych form działania administracji⁴⁰. Należy podkreślić, że zmiana postrzegania pojęcia stosunku administracyjnoprawnego w kierunku objęcia tym pojęciem takiej formy jak umowa administracyjna, była w Niemczech procesem długotrwałym. Ponadto, jak wynika z cytowanej obszernej literatury, towarzyszyła mu burzliwa i bardzo owocna dyskusja.

Przykładowo w tym okresie K.E. Turegg podniósł, że stosunki administracyjnoprawne stanowią określony rezultat prawny, zawarty z reguły w akcie administracyjnym, który określona norma prawna przywiązuje

³⁷ F. Hase, op. cit., s. 458.

³⁸ Ibidem.

³⁹ Ibidem.

⁴⁰ H. Bauer, § 36 *Verwaltungsverträge*, w: *Grundlagen des Verwaltungsrecht*, Bd. 2: *Informationsordnung, Verwaltungsverfahren, Handlungsformen*, Hrsg. von W. Hoffmann-Riem, E. Schmidt-Assmann, A. Voßkuhle, München 2012, s. 1255–1387; M. Bullinger, *Vertrag und Verwaltungsakt*, Stuttgart 1962; U. Di Fabio, *System der Handlungsformen und Fehlerfolgenlehre*, w: *Wandel der Handlungsformen im öffentlichen Recht. 31. Tagung der Wissenschaftlichen Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter der Fachrichtung „Öffentliches Recht“*, Hrsg. von K. Becker-Schwarze, Bremen 1991, s. 47 i n.; D. Ehlers, *Die Handlungsformen bei der Vergabe von Wirtschaftssubventionen*, „*Verwaltungsarchiv*“ 1983, s. 112–132; idem, *Verwaltung in Privatrechtsform*, Berlin 1984; E. Forsthoff, *Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Allgemeiner Teil*, Bd. 1, München 1973; E. Gurlit, *Verwaltungsvertrag und Gesetz. Eine vergleichende Untersuchung zum Verhältnis von vertraglicher Bindung und staatlicher Normsetzungsautorität*, Tübingen 2000; W. Henke, *Das Recht der Wirtschaftssubventionen als öffentliches Vertragsrecht*, Tübingen 1979; H.G. Henneke, *30 Jahre LVwG, 20 Jahre VwVfG – Stabilität und Flexibilität des Verwaltungshandelns*, „*Die Öffentliche Verwaltung*“ 1997, s. 768 i n.; F. Ossenbühl, *Die Handlungsformen der Verwaltung*, „*Juristische Schulung*“ 1979, s. 681–687; W. Rübner, *Formen öffentlicher Verwaltung im Bereich der Wirtschaft: Untersuchungen zum Problem der leistenden Verwaltung*, Berlin 1967; E. Schmidt-Assmann, *Die Lehre von den Rechtsformen...*, s. 533, 539 i n.; Z. Giacometti, *Allgemeine Lehren der rechtsstaatlichen Verwaltungsrecht*, Zürich 1960, s. 95; B. Tanneberg, *Die Zweistufentheorie*, Berlin 2011, s. 71 i n.; H. Schmitz, *Die Verträge sollen sicherer werden – zur Novellierung der Vorschriften über den öffentlich-rechtlichen Vertrag*, „*Deutsches Verwaltungsblatt*“ 2005, s. 18 i n.; H. Pünder, *Kooperation statt Konfrontation – Zur der Kontrakte zwischen Politik und Verwaltung im Rahmen des Neuen Steuerungsmodell*, „*Die Öffentliche Verwaltung*“ 1998, z. 2, s. 63–71; F. Mayer, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Stuttgart 1972, s. 96 i n.; T. Öhlinger, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Stuttgart 1972, s. 11 i n.; H.U. Erichsen, W. Martens, *Das Verwaltungshandeln*, w: idem, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Berlin–New York 1977, s. 212 i n.

do konkretnego stanu faktycznego⁴¹. W tym wypadku, według autora, publiczne prawa podmiotowe obywateli wynikają z obowiązujących przepisów prawnych i oznaczają uprawnienie, na podstawie którego dany podmiot, w interesie własnym lub cudzym, może dochodzić ochrony swojej pozycji prawnej: żądać od organów administracji publicznej określonych działań (np. świadczeń społecznych) lub zaniechań (np. unieważnienia obowiązku nałożonego bezpodstawnie) albo powodować zawiązanie lub współkształtowanie razem z władzą pewne stosunki prawne (przypadki wydawania aktów administracyjnych na wnioszek strony)⁴². Z kolei R. Nebinger stanął na stanowisku, że podstawową cechą stosunku administracyjnoprawnego jest nierówność stron, co wynika z faktu, że państwo dysponuje władczymi środkami działania⁴³. H.J. Wolff wskazał, że stosunki administracyjnoprawne dotyczą wzajemnych obowiązków i uprawnień stron związanych z określonym działaniem, znoszeniem lub zaniechaniem⁴⁴. H.H. Rupp z kolei wiele uwagi poświęcił administracyjnoprawnym stosunkom wewnętrznym, stając na stanowisku, że obejmują one stosunki łączące urzędników i organy państwa z państwem jako takim⁴⁵. Wreszcie klasyk prawa administracyjnego E. Forsthoff uznał, że w przypadku stosunku administracyjnoprawnego organy administracji publicznej występują wobec jednostek w charakterze władzy państwowej, jednostronnie rozkazującej⁴⁶. Jednocześnie uznał, że umowy administracyjne są dopuszczalne zawsze wtedy, gdy ustawa nie przewiduje wyraźnie władczych form działania administracji i gdy nie pozostają one w sprzeczności z istotą określonych funkcji państwa⁴⁷. Tym stwierdzeniem wniósł istotny wkład w kształtowanie się w niemieckiej doktrynie prawa publicznego zasady swobody wyboru prywatnoprawnej formy działania⁴⁸.

⁴¹ K.E. Turegg, *Lehrbuch des Verwaltungsrecht*, Berlin 1956, s. 89 i n., podaje za: J. Filipek, op. cit., s. 55–56.

⁴² K.E. Turegg, op. cit., s. 56 i n.

⁴³ R. Nebinger, *Verwaltungsrecht (Allgemeiner Teil)*, Stuttgart 1949, s. 254 i n.

⁴⁴ H.J. Wolff, O. Bachof, R. Stober, *Verwaltungsrecht I*, München 1994, s. 387 i n.

⁴⁵ H.H. Rupp, *Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre: Verwaltungsnorm und Verwaltungsrechtsverhältnis*, Tübingen 1965, s. 16, 19–101.

⁴⁶ E. Forsthoff, op. cit., s. 49, 124–141, 146–149 i n.

⁴⁷ Ibidem, s. 208 i n.

⁴⁸ Szerzej zob. P. Sancewicz, *Teoria dwóch stopni w doktrynie niemieckiego prawa publicznego*, „Studia Prawa Publicznego” 2013, nr 4, s. 142 i n.; idem, *Swoboda wyboru formy prawnej działania administracji w polskiej i niemieckiej doktrynie prawa publicznego*, „Studia Prawa Publicznego” 2019, nr 3, s. 93–116.

Na gruncie austriackim L. Adamovich opiera koncepcję stosunku administracyjnoprawnego również na prawach i obowiązkach uczestniczącej w nim każdorazowo administracji państwowej⁴⁹. Jej kompetencjom (*Befugnisse*) odpowiada, według niego, po stronie jednostek obowiązek podporządkowania się zarządzeniom, jakie administracja do nich kieruje⁵⁰. Autor wyodrębnia następnie wśród stosunków prawnych stosunki prawne dotyczące korzyści prawnych jednostki (*rechtliche Vorteile*) i stosunki prawne dotyczące ich obowiązków (*rechtliche Nachteile*)⁵¹.

Ponowne ożywienie dyskusji nad pojęciem stosunku administracyjnoprawnego można odnotować w okresie po 1989 r. – czasie przełomu społeczno-politycznego związanego ze zjednoczeniem Niemiec (*Wende*). Wtedy m.in. powstały cytowane powyżej prace H. Bauera, R. Gröschnera, J. Pietzckera, T. von Danwitz⁵², a także liczne prace habilitacyjne⁵³, które w większym lub mniejszym stopniu koncentrowały się na analizie różnorodnych stosunków administracyjnoprawnych w prawie niemieckim.

2.3. Poglądy współczesnej niemieckiej doktryny na temat pojęcia stosunku administracyjnoprawnego

Obecnie stosunek administracyjnoprawny stanowi ugruntowane pojęcie w doktrynie niemieckiego prawa publicznego⁵⁴. Jednakże ze względu na braki w kodyfikacji niemieckiego materialnego prawa administracyjnego jest on unormowany jedynie rudymenarnie⁵⁵. Co ciekawe, ogólne

⁴⁹ L. Adamovich, *Handbuch des österreichischen Verwaltungsrecht*, Wien 1954, s. 77 i n.

⁵⁰ Ibidem.

⁵¹ Ibidem.

⁵² T. von Danwitz, *Zu Funktion und Bedeutung der Rechtsverhältnislehre*, „Die Verwaltung” 1997, z. 1–4, s. 339–363.

⁵³ P.M. Huber, *Konkurrenzschutz im Verwaltungsrecht: Schutzanspruch und Rechtsschutz bei Lenkungs- und Verteilungsentscheidungen der öffentlichen Verwaltung*, Tübingen 1991; M. Schmidt-Preuß, *Kollidierende Privatinteressen im Verwaltungsrecht. Das subjektive öffentliche Recht im multipolaren Verwaltungsrechtsverhältnis*, Berlin 1992; H. Bauer, *Die Bundes-treue. Zugleich ein Beitrag zur Dogmatik des Bundesstaatsrechts und zur Rechtsverhältnislehre*, Tübingen 1991; R. Gröschner, *Das Überwachungsrechtsverhältnis – Wirtschaftsüberwachung in gewerbepolizeirechtlicher Tradition und wirtschaftsverwaltungsrechtlichem Wandel*, Tübingen 1992; M. Schulte, *Schlichtes Verwaltungshandeln. Verfassungs- und verwaltungsrechtsdogmatische Strukturüberlegungen am Beispiel des Umweltrechts*, Tübingen 1995.

⁵⁴ R. Stober, op. cit., Nb. 36.

⁵⁵ Ibidem.

unormowanie stosunku administracyjnoprawnego dotyczy wyłącznie stosunku prawnopodatkowego⁵⁶. W niemieckiej Ordynacji podatkowej uregulowano podmioty, przedmiot, powstanie i wygaśnięcie stosunku prawnopodatkowego. Tym samym rozważania obejmują nie tylko niemiecką doktrynę prawa administracyjnego, ale całą naukę prawa publicznego.

Stosunek administracyjnoprawny dotyczy stosunków z zakresu prawa administracyjnego i jest zawierany między co najmniej dwoma podmiotami prawa⁵⁷. Podstawę stosunku administracyjnoprawnego stanowią stosunki prawne między obywatelem a podmiotem administracji⁵⁸. Stosunki prawne muszą wynikać z zastosowania norm prawnych w odniesieniu do konkretnego stanu faktycznego⁵⁹.

W prawie niemieckim stosunek administracyjnoprawny może powstać na podstawie aktów prawnych powszechnie obowiązujących (ustawa, rozporządzenie, statut), na podstawie aktu administracyjnego, umowy administracyjnej, albo nawet czynności faktycznej⁶⁰. W podobny sposób stosunki administracyjnoprawne mogą być zmieniane albo znoszone⁶¹. Przykładowo podstawą stosunku administracyjnoprawnego nawiązanego w formie czynności faktycznej może być stosunek

⁵⁶ Ibidem.

⁵⁷ S. Detterbeck, op. cit., s. 126, Nb. 413.

⁵⁸ Ibidem.

⁵⁹ Ibidem; H. Maurer, *Verwaltungsrechtsverhältnis*, w: H. Maurer, Ch. Waldhoff, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, München 2017, s. 191, Nb. 18.

⁶⁰ H. Maurer, op. cit., s. 192, Nb. 20; podobnie H. Bauer, *Verwaltungsrechtslehre im Umbruch...*, s. 318–320 i n. Wątpliwości budzi powstanie stosunku administracyjnoprawnego na podstawie umowy administracyjnej. O powyższym przesądził jednak wprost ustawodawca niemiecki. Przykładów na powyższe dostarcza niemiecka definicja legalna umowy administracyjnej, wskazana w § 54 federalnej ustawy o postępowaniu administracyjnym (*Verwaltungsverfahrensgesetz*, ustawa z dnia 25 V 1976 r., *Bundesgesetzblatt I*, s. 153): „stosunek prawny z zakresu prawa publicznego może być w drodze umowy zawarty, zmieniony lub zniesiony (umowa publicznoprawna), o ile nie stoją temu na przeszkodzie przepisy prawa. W szczególności organ administracyjny może zamiast wydawania aktu administracyjnego zawrzeć umowę publicznoprawną z podmiotem, do którego kierowany byłby akt administracyjny” (*Ein Rechtsverhältnis auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts kann durch Vertrag begründet, geändert oder aufgehoben werden (öffentlich-rechtlicher Vertrag), soweit Rechtsvorschriften nicht entgegenstehen. Insbesondere kann die Behörde, anstatt einen Verwaltungsakt zu erlassen, einen öffentlich-rechtlichen Vertrag mit demjenigen schließen, an den sie sonst den Verwaltungsakt richten würde*), tłum. w: B. Dolnicki, *Umowa publicznoprawna w prawie niemieckim*, „Państwo i Prawo” 2001, z. 3, s. 79.

⁶¹ H. Maurer, op. cit., s. 193, Nb. 20.

korzystania z urządzeń o charakterze użyteczności publicznej (z prawami i obowiązkami zarówno po stronie gminy, jak i użytkownika)⁶².

Warto w tym miejscu zwrócić uwagę, że dla przedstawicieli współczesnej niemieckiej doktryny stosunek administracyjnoprawny nie jest definiowany jako w pierwszej kolejności zakładający władcze działanie przez administrację publiczną wobec podmiotów jej podporządkowanych. Taka definicja stosunku administracyjnoprawnego została utrwalona w polskiej doktrynie przez J. Starościa i J. Filipka⁶³ i do dzisiaj znajduje szerokie poparcie. Równocześnie jednak już J. Starościanek rozważał potrzebę odejścia od paradygmatu nierówności stron stosunku administracyjnoprawnego w każdym przejawie tego stosunku⁶⁴. Według autora nie oznacza to jednak nastąpienia sytuacji odwrotnej – całkowitego odwrócenia tej cechy stosunku administracyjnoprawnego we wszystkich jego przejawach, służy jednak do zróżnicowania poglądów na tę cechę w zależności od okoliczności, które stosunek ten obejmuje⁶⁵.

Jak wywodzi H. Bauer, stosunek administracyjnoprawny znajduje zastosowanie do stosunków prawnych między państwem a obywatelami⁶⁶. Równocześnie, w wielu miejscach, znajduje on podstawę prawną w niemieckiej Ustawie Zasadniczej (*Grundgesetz*)⁶⁷. Do istoty demokratycznego państwa prawnego należy to, że wszystkie stosunki między państwem i obywatelami mają formę stosunków prawnych⁶⁸. O nadrzędności w stosunkach między państwem, względnie administracją publiczną a obywatelem można mówić wyłącznie wtedy, gdy sytuacja ta wynika z powszechnie obowiązujących przepisów prawa⁶⁹. Dogmatyczna konstrukcja stosunku administracyjnoprawnego stawia obywatela w pozycji aktywnej w odniesieniu do administracji, aktywna pozycja obywatela wynika zaś bezpośrednio z wielu przepisów niemieckiej Ustawy Zasadniczej⁷⁰. Powyższe ułatwia ustanawianie kooperacyjnych struktur, nie tracąc jednocześnie z oczu klasycznych konstrukcji podporządkowania i nadrzędności⁷¹. H. Hase zakwestionował, że stosunek

⁶² Ibidem.

⁶³ J. Filipka, op. cit., s. 98–99 i n., 118 i n., 128 i n.

⁶⁴ J. Starościanek, op. cit., s. 14–15 i n.

⁶⁵ Ibidem.

⁶⁶ H. Bauer, *Verwaltungsrechtslehre im Umbruch...*, s. 317.

⁶⁷ Ibidem.

⁶⁸ Ibidem.

⁶⁹ Ibidem, s. 318 i n.

⁷⁰ Ibidem.

⁷¹ Ibidem; podobnie T. von Danwitz, op. cit., s. 341 i n.

administracyjnoprawny jest ściśle związany z autorytatywnym działaniem, podczas gdy, według niego, jest on właśnie szczególnie związany z pozbawionym władczości dyskursem i stoi w szczególnej bliskości do równoprawnych stosunków kooperacyjnych⁷².

Stosunki administracyjnoprawne to takie stosunki, które dotyczą norm prawa administracyjnego, jak doprecyzowuje F. Hase, które znajdują uzasadnienie w normach prawa administracyjnego⁷³. Według tego autora przykładami stosunków administracyjnoprawnych w prawie administracyjnym są kompleksowe relacje, które znajdują uzasadnienie w przepisach szczególnego prawa administracyjnego, w którym w centrum zainteresowania stoi uprawnienie lub obowiązek – przykładami są tu stosunek urzędniczy, stosunek przyznawania i udzielania pomocy publicznej, stosunek prawnopodatkowy, stosunek socjalny⁷⁴. H. Maurer z kolei określa zakres stosunku administracyjnoprawnego niezwykle szeroko: przedmiotem tego stosunku może być mianowicie wszystko, co jest prawem dozwolone⁷⁵.

Według H. Bauera stosunek administracyjnoprawny nie jest zdeteminowany poszczególnymi prawami i obowiązkami, lecz raczej przez więzkę praw i obowiązków, a także związkami między nimi⁷⁶. Połączenie poszczególnych praw i obowiązków w zbiorczą całość prowadzi do powstania złożonego stosunku administracyjnego (*Gesamtverhältnis*)⁷⁷. Tym samym pojęcie stosunku administracyjnoprawnego umożliwia złożoną analizę wszystkich zdarzeń wpływających na pozycję prawną jednostki, a mianowicie wszystkich „dodatkowych” praw i obowiązków, takich jak informowanie, doradzanie, współdziałanie⁷⁸.

Teoretyczna konstrukcja stosunku administracyjnoprawnego pozwala zastosować całościowe spojrzenie na stosunek administracyjnoprawny

⁷² F. Hase, op. cit., s. 459 i n.

⁷³ Ibidem; podobnie H. Maurer, op. cit., s. 191, Nb. 18.

⁷⁴ F. Hase, op. cit., s. 455 i n. Istnieją różne dalsze możliwości podziału stosunków administracyjnoprawnych – np. S. Detterbeck proponuje podział na stosunki krótkotrwałe i trwałe (S. Detterbeck, op. cit., s. 126–127, Nb. 414; podobnie H. Maurer, op. cit., s. 193, Nb. 21–23). Warto jednak w tym miejscu wskazać, że autorzy niemieccy, w przeciwieństwie do polskiej doktryny prawa, analizują rodzaje stosunków administracyjnoprawnych raczej na marginesie głównego toku rozważań.

⁷⁵ H. Maurer, op. cit., s. 193, Nb. 21.

⁷⁶ H. Bauer, *Verwaltungsrechtslehre im Umbruch...*, s. 318 i n.; podobnie H. Hase, op. cit., s. 461 i n.

⁷⁷ H. Bauer, *Verwaltungsrechtslehre im Umbruch...*; podobnie R. Gröschner, *Vom Nutzen...*, s. 333 i n.

⁷⁸ H. Bauer, *Verwaltungsrechtslehre im Umbruch...*

między administracją publiczną a obywatelem, nie koncentruje się zaś na poszczególnych zjawiskach prawnych (np. konkretnych prawnych formach działania administracji)⁷⁹.

Stosunek administracyjnoprawny dopuszcza ponadto możliwość ujęcia relacji wielostronnych, co oznacza takie stosunki prawne, w których uczestniczą nie dwa, lecz trzy lub więcej podmioty prawa⁸⁰.

3. Przyszłość pojęcia stosunku administracyjnoprawnego

Przedstawiciele niemieckiej doktryny zauważają pewien deficyt wpływający z faktu, że niemiecka administracja nie potrafi w zadowalający sposób sprostać zadaniom wynikającym zarówno z niemieckiej Ustawy Zasadniczej, jak i prawa unijnego⁸¹. Obecne podejście nie uwzględnia bowiem w stopniu wystarczającym tego, że współczesna administracja powinna być nastawiona na współpracę, współoddziaływanie, a także na działania na zasadach subsydiarności (współodpowiedzialności)⁸². Nie można przeoczyć faktu, że współczesna administracja nie koncentruje się na działaniach w formach władczych, lecz na efektywnej realizacji zadań publicznych, głównie z zakresu administracji świadczącej, co znajduje egzemplifikację szczególnie w prawie socjalnym oraz w prawie ochrony środowiska⁸³.

R. Stober uznaje stosunek administracyjnoprawny za instytucję, która zasługuje na to, aby uzyskać dominującą rolę w prawie administracyjnym – może stanowić podstawę nowej systematyki prawa administracyjnego⁸⁴. W niemieckiej doktrynie pojawiają się poglądy, zgodnie z którymi stosunek administracyjnoprawny stanowi „organizm”, który znaczy coś innego i coś więcej niż same odizolowane jego części, co w tym przypadku sprowadza się do możliwości całościowego ujmowania kompleksowych problemów prawnych⁸⁵. Tym samym pojawiają się też poglądy, zgodnie z którymi cały system prawny stanowi system stosunków prawnych⁸⁶.

⁷⁹ H. Bauer, *Verwaltungsrechtslehre im Umbruch...*; podobnie R. Gröschner, *Vom Nutzen...*, s. 336 i n.

⁸⁰ H. Bauer, *Verwaltungsrechtslehre im Umbruch...*; podobnie R. Gröschner, *Vom Nutzen...*, s. 333 i n.

⁸¹ R. Stober, op. cit., Nb. 37.

⁸² Ibidem.

⁸³ Ibidem.

⁸⁴ Ibidem, Nb. 38.

⁸⁵ Ibidem.

⁸⁶ Ibidem.

Niemiecka doktryna prawa publicznego rozważała nawet, czy stosunek administracyjnoprawny nie powinien zastąpić pojęcia aktu administracyjnego jako podstawa dogmatyki prawa publicznego⁸⁷. Wskazywano również na mankamenty pojęcia prawnych form działania. Zostały one słusznie określone jako ujęcia momentalne (*Momentaufnahmen*)⁸⁸, które nie nadają się do opisywania złożonych sytuacji prawnych. Stosunek administracyjnoprawny, jak już wskazano powyżej, obejmuje zaś zestaw praw i obowiązków podmiotu administrowanego, a także kompleks czynności podejmowanych przez organy administracji publicznej. Nasuwa się tu jednak wniosek, że niemiecka doktryna prawa publicznego nie wyróżnia pojęcia sytuacji administracyjnoprawnej, utożsamiając ją raczej właśnie z pojęciem stosunku administracyjnoprawnego.

W tym miejscu należy postawić pytanie, co wynika z ustaleń niemieckiej nauki dla nauki polskiej. Niemieccy uczeni zaakceptowali, że stosunek administracyjnoprawny może mieć zastosowanie do stosunków konsensualnych i że sama jego idea oparta jest na kooperacji, dialogu oraz współdziałaniu w realizacji zadań publicznych z podmiotami administrowanymi. Już od dawna natomiast niemiecka nauka odeszła od paradygmatu władczości, podporządkowania w tym zakresie. Nauka polska powinna z takiego podejścia wyciągnąć wnioski – zwłaszcza przy ostatnio wzmożonej dyskusji nad wprowadzeniem umowy administracyjnej do polskiego porządku prawnego⁸⁹. Przy wprowadzeniu ko-

⁸⁷ H. Maurer, op. cit., s. 195, Nb. 26.

⁸⁸ O. Bachof, *Die Dogmatik des Verwaltungsrechts vor den Gegenwartsaufgaben der Verwaltung, Berichte und Diskussionen auf der Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer in Regensburg vom 29. September bis 2. Oktober 1971*, Berlin 1972, s. 193–218.

⁸⁹ A. Krawczyk, *Umowa administracyjna w demokratycznym państwie prawnym – w poszukiwaniu modelu regulacji prawnej*, „Zeszyty Naukowe Sądownictwa Administracyjnego” 2017, nr 6, s. 7–25; A. Ostrowska, *Koncepcja umowy administracyjnej na przykładzie umowy o dotację w świetle polskich i zagranicznych regulacji*, „Prawo Budżetowe Państwa i Samorządu” 2018, nr 3, s. 9–27; J. Trzewik, B. Kuś, *Zastosowanie konstrukcji prawnej umowy w administracji publicznej*, „Studia Iuridica Lublinensia” 2017, nr 3, s. 65–76; Z.H. Stawińska, *Legitymacja skargowa na gruncie art. 50 § 1 p.p.s.a. w przypadku wprowadzenia do polskiego porządku prawnego umów administracyjnych, subordynacyjnych na wzór rozwiązań z prawa niemieckiego z § 54 VwVfG*, „Kwartalnik Prawo, Społeczeństwo, Ekonomia” 2019, nr 1, s. 29–38; *Reforma prawa o postępowaniu administracyjnym. Raport zespołu eksperckiego*, Warszawa 2016, s. 144–147, 458–464, <http://www.nsa.gov.pl/archiwum-aktualnosci/uzupelniony-raport-ekspercki-nt-reforma-prawa-o-postepowaniu-administracyjnym-news,27,327.php?p=7> (dostęp: 5 III 2020); L. Staniszevska, *Zagadnienia konstrukcyjne umów publicznoprawnych*, „Studia Prawa Publicznego” 2019, nr 3, s. 142–143 i n. Szerzej na ten temat zob. P. Sancewicz, *Umowa jako prawna forma działania administracji publicznej*

operacyjnej prawnej formy działania, jaką jest umowa administracyjna, utrzymanie obowiązującego paradygmatu jednostronnego działania może być bowiem problematyczne. Tym samym, gdy umowa administracyjna stanie się elementem polskiego systemu prawnego, pojęcie stosunku administracyjnoprawnego będzie musiało ulec pewnej ewolucji, tak aby zostały w nim ujęte stosunki kooperacyjne, wielostronne. Należy podkreślić, że w przypadku braku takiej rewizji pojęcie stosunku administracyjnoprawnego może utracić swoją podstawową funkcję, tj. przydatność w procesach poznawania, badania, stosowania i nauczania prawa.

Podsumowanie

Przeprowadzony przegląd niemieckiej literatury skłania do wniosku, że poglądy niemieckiej doktryny prawa publicznego na istotę stosunku administracyjnoprawnego są w zasadzie jednolite. Powyższe dotyczy okresu wcześniejszego, w którym powszechnie przyjmowano, że stosunek administracyjnoprawny charakteryzuje się nierównorzędnością stron tego stosunku. Potem, w związku z wprowadzeniem do niemieckiego systemu prawnego umowy administracyjnej, poglądy na istotę stosunku administracyjnoprawnego uległy ewolucji. Współcześnie, pomimo pewnych sporów, autorzy niemieccy uważają, że stosunek administracyjnoprawny stanowi użyteczne narzędzie do analizy ogółu praw i obowiązków w kompleksowych relacjach prawnych, a także podnoszą przydatność pojęcia stosunku administracyjnoprawnego w układach kooperacyjnych. Współcześni badacze niemieccy, inaczej niż polscy, nie wyróżniają pojęcia sytuacji administracyjnoprawnej, stoją na stanowisku, że w ramach procesów modernizacyjnych administracji pojęcie stosunku administracyjnoprawnego może służyć do rozwiązywania kompleksowych problemów prawnych.

Powyżej wskazane odkrycia niemieckich badaczy mogą stanowić istotną inspirację dla polskiej doktryny prawa publicznego, szczególnie w kontekście prac nad projektem umowy administracyjnej w prawie polskim. Być może trzeba będzie w przyszłości rozważyć, czy wprowadzenie do polskiego systemu prawnego umowy administracyjnej nie spowoduje konieczności rewizji zastanych w doktrynie prawa publicznego

pojęć, w szczególności stosunku administracyjnoprawnego. Powyższa kwestia wymaga z pewnością dalszych badań. Należy przy tym liczyć na to, że podobnie jak w Niemczech, dyskusja naukowa w tym zakresie będzie bardzo owocna.

Polscy badacze (np. J. Boć) upatrują możliwości opisywania kompleksowych konstrukcji prawnych za pomocą pojęcia stosunku administracyjnoprawnego w jednoczesnym lub uzupełniającym korzystaniu z koncepcji sytuacji administracyjnoprawnej – pamiętając przy tym, że oba pojęcia są wyraźnie oddzielane. Należy poddać pod rozwagę, czy tych samych lub lepszych efektów nie można osiągnąć znacznie prościej, a mianowicie poprzez modyfikację rozumienia w doktrynie pojęcia stosunku administracyjnoprawnego, bardziej odpowiedniego do analizy układów kooperacyjnych w administracji.

ADMINISTRATIVE RELATIONSHIP IN THE GERMAN DOCTRINE OF PUBLIC LAW

Summary

The notion of the administrative-legal relationship is the basis of the dogmatics of Polish administrative law. Over the years, the doctrinal framework of this concept has been established by the doctrine of public law. At the same time, an extremely fruitful dogmatics discussion about this concept both in German law and practice has taken place. Therefore, the article attempts to present discoveries of the German doctrine of public law in this area.

The review of the German literature conducted in the article shows that, despite some disputes, the German authors currently believe that the administrative-legal relationship is a useful tool for the analysis of rights and obligations in comprehensive legal relations, as well as cooperative frameworks. Contemporary German scholars, who do not distinguish the concept of a legal situation, unlike in Poland, believe that as part of the modernization processes in administration, the concept of the administrative-legal relationship can be used to solve complex legal issues.

The above-mentioned discoveries made by German scholars could act as significant inspiration for the Polish doctrine of public law, especially in the context of the draft to introduce an administrative agreement into Polish law. Of particular importance here is the fact that in Germany there is a different system of the legal forms of administration activity, of which an administrative agreement is a vital component.

It is indicated in the paper that Polish scholars see the possibility of describing complex legal constructions by the notion of the administrative-legal relationship in the simultaneous or complementary use of the concept of the administrative-legal situation. One should consider whether the same or better effects cannot be

achieved much more easily, namely by modifying the understanding in the doctrine of the notion of administrative-legal relationship, more appropriate to the analysis of cooperative frameworks in administration.

Keywords: administrative-legal relationship – legal forms of administrative activity – administrative procedure – public subjective rights – administrative contract

LITERATURA

- Adamovich L., *Handbuch des österreichischen Verwaltungsrecht*, Wien 1954.
- Bauer H., *Die Bundestreu. Zugleich ein Beitrag zur Dogmatik des Bundesstaatsrechts und zur Rechtsverhältnislehre*, Tübingen 1991.
- Bauer H., *Entwicklungslinien der Vertragsrechtslehre*, w: *Grundlagen des Verwaltungsrecht*, Bd. 2: *Informationsordnung, Verwaltungsverfahren, Handlungsformen*, Hrsg. von W. Hoffmann-Riem, E. Schmidt-Assmann, A. Voßkuhle, München 2012.
- Bauer H., *Verwaltungsrechtslehre im Umbruch? Rechtsformen und Rechtsverhältnisse als Elemente einer zeitgemäßen Verwaltungsrechtsdogmatik*, „Die Verwaltung” 1992, z. 1–4.
- Bauer H., *Zur notwendigen Entwicklung eines Verwaltungskooperationsrechts – Statement*, w: G.F. Schuppert (red.), *Jenseits von Privatisierung und „schlankem” Staat: Verantwortungsteilung als Schlüsselbegriff eines sich verändernden Verhältnisses von öffentlichem und privatem Sektor*, Baden-Baden 1999.
- Boć J., *Pojęcie stosunku administracyjnoprawnego*, w: *Prawo administracyjne*, pod red. J. Bocia, Wrocław 2010.
- Cieślak Z., *Stosunek administracyjnoprawny*, w: *Prawo administracyjne*, pod red. Z. Niewiadomskiego, Warszawa 2007.
- Danwitz von T., *Zu Funktion und Bedeutung der Rechtsverhältnislehre*, „Die Verwaltung” 1997, z. 1–4.
- Dawidowicz W., *Polskie prawo administracyjne*, Warszawa 1978.
- Detterbeck S., *Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungsprozessrecht*, München 2016.
- Dolnicki B., *Umowa publicznoprawna w prawie niemieckim*, „Państwo i Prawo” 2001, z. 3.
- Duniewska Z., *Stosunek administracyjnoprawny. Sytuacja administracyjnoprawna*, w: Z. Duniewska, B. Jaworska-Dębska, M. Kasiński, E. Olejniczak-Szałowska, M. Stahl, *Prawo administracyjne. Pojęcia, instytucje, zasady w teorii i orzecznictwie*, pod red. M. Stahl, Warszawa 2013.
- Filipek J., *Stosunek administracyjnoprawny*, Kraków 1968.
- Fleiner F., *Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts*, Tübingen 1920.
- Forsthoef E., *Lehrbuch des Verwaltungsrecht. Allgemeiner Teil*, Bd. 1, München–Berlin 1950.
- Geburczyk F., *Zjawisko proceduralizacji w prawie administracyjnym a kierunki ewolucji procedury administracyjnej*, Warszawa 2019.
- Gröschner R., *Das Überwachungsrechtsverhältnis – Wirtschaftsüberwachung in gewerbe-polizeirechtlicher Tradition und wirtschaftsverwaltungsrechtlichem Wandel*, Tübingen 1992.

- Gröschner R., *Vom Nutzen des Verwaltungsrechtsverhältnis*, „Die Verwaltung” 1997, z. 1–4.
- Hase F., *Das Verwaltungsrechtsverhältnis. Überlegungen zu einem Grundbegriff des Öffentlichen Rechts*, „Die Verwaltung” 2005, z. 1–4.
- Hauser R., *Pojęcie i znaczenie stosunku administracyjnoprawnego*, w: R. Hauser, Z. Niewiadomski, A. Wróbel (red.), *System prawa administracyjnego*, t. 1: *Instytucje prawa administracyjnego*, Warszawa 2015.
- Huber P.M., *Konkurrenzschutz im Verwaltungsrecht: Schutzanspruch und Rechtsschutz bei Lenkungs- und Verteilungsentscheidungen der öffentlichen Verwaltung*, Tübingen 1991.
- Jakimowicz W., *Publiczne prawa podmiotowe*, Kraków 2002.
- Jellinek G., Kersten J., *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, durchgesehene und vermehrte Auflage von 1905, Tübingen 2011.
- Kormann K., *System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte*, Berlin 1910.
- Kumela-Romańska M., *Status administracyjnoprawny*, „Samorząd Terytorialny” 2009, nr 7.
- Leoński Z., *Stosunek administracyjnoprawny*, w: idem, *Zarys prawa administracyjnego*, Warszawa 2006.
- Longchamps F., *Poglądy nauki niemieckiej i austriackiej na publiczne prawa podmiotowe*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Wrocławskiego. Prawo” 1960.
- Maurer H., *Ogólne prawo administracyjne (Allgemeines Verwaltungsrecht)*, tłum. i red. K. Nowacki, Wrocław 2003.
- Maurer H., *Verwaltungsrechtsverhältnis*, w: H. Maurer, Ch. Waldhoff, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, München 2017.
- Mayer O., *Deutsches Verwaltungsrecht*, Bd. 1, Leipzig 1895.
- Nebinger R., *Verwaltungsrecht (Allgemeiner Teil)*, Stuttgart 1949.
- Ochendowski E., *Prawo administracyjne. Część ogólna*, Toruń 2009.
- Ochmann P., *Stosunek administracyjnoprawny w prawie polskim*, „Edukacja Prawnicza” 2014.
- Peters A., *Nebenpflichten im Verwaltungsrechtsverhältnis?*, „Die Verwaltung” 2002, s. 177–221.
- Pietzker J., *Das Verwaltungsrechtsverhältnis – archimedischer Punkt oder Münchhausens Zopf?*, „Die Verwaltung” 1997, z. 1–4, s. 281–299.
- Rupp H.H., *Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre*, Tübingen 1965.
- Sancewicz P., *Swoboda wyboru formy prawnej działania administracji w polskiej i niemieckiej doktrynie prawa publicznego*, „Studia Prawa Publicznego” 2019, nr 3.
- Sancewicz P., *Teoria dwóch stopni w doktrynie niemieckiego prawa publicznego*, „Studia Prawa Publicznego” 2013, nr 4.
- Sancewicz P., *Umowa jako prawna forma działania administracji publicznej w polskiej i niemieckiej doktrynie prawa publicznego*, „Studia Prawa Publicznego” 2019, nr 1.
- Schmidt-Aßmann E., *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee und System: insbesondere zur Bedeutung von Rechtsform und Verfahren im Verwaltungsrecht*, Heidelberg 1982.
- Schmidt-Aßmann E., *Die Lehre von den Rechtsformen des Verwaltungshandelns. Ihre Bedeutung im System des Verwaltungsrechts und für das verwaltungsrechtliche Denken der Gegenwart*, „Deutsches Verwaltungsblatt” 1989.

- Schmidt-Aßmann E., *Ogólne prawo administracyjne jako idea porządku. Założenia i zadania tworzenia systemu prawnoadministracyjnego*, tłum. i red. A. Wasilewski, Warszawa 2011.
- Schmidt-Preuß M., *Kollidierende Privatinteressen im Verwaltungsrecht. Das subjektive öffentliche Recht im multipolaren Verwaltungsrechtsverhältnis*, Berlin 1992.
- Schulte M., *Schlichtes Verwaltungshandeln. Verfassungs- und verwaltungsrechtsdogmatische Strukturüberlegungen am Beispiel des Umweltrechts*, Tübingen 1995.
- Starościami J., *Stosunek administracyjnoprawny*, w: *System prawa administracyjnego*, t. 3, pod red. T. Rabskiej, J. Łętowskiego, Warszawa 1978.
- Stober R., *Verwaltungsrecht I. Ein Studienbuch*, München 2017.
- Turreg K.E., *Lehrbuch des Verwaltungsrecht*, Berlin 1956.
- Wolff H.J., Bachof O., Stober R., *Verwaltungsrecht I*, München 1994.
- Zimmermann J., *Prawo administracyjne*, Warszawa 2018.

JACEK STOCHEL*

Odpowiedzialność za naruszenie międzynarodowego prawa humanitarnego przez siły pokojowe Organizacji Narodów Zjednoczonych

Wprowadzenie

Fundamentalną zasadą operacji pokojowych Organizacji Narodów Zjednoczonych (ONZ) jest respektowanie trzech podstawowych reguł: (1) bezstronności – co nie oznacza neutralności, (2) użycia siły tylko w obronie własnej – co w późniejszym okresie zostało rozszerzone do możliwości użycia siły również w obronie mandatu, oraz (3) zgoda państwa goszczącego na obecność na swoim terytorium sił ONZ¹.

Zgodnie z rozdziałem VI Karty Narodów Zjednoczonych (NZ) operacje pokojowe to działania wielonarodowych sił wojskowych i cywilnych pod nadzorem ONZ, których celem jest rozwiązywanie konfliktów wewnętrznych lub międzynarodowych. Do niedawna do zadań mandatowych takich operacji należało między innymi: wprowadzanie lub nadzorowanie realizacji postanowień pokojowych, rozdzielanie wojsk, kontrolowanie stref buforowych czy zabezpieczanie pomocy humanitarnej.

Współczesne operacje pokojowe na podstawie rozdziału VI Karty NZ otrzymują mandaty, które znacznie wykraczają poza przyjęty dotychczas schemat ich działania, autoryzując je do bardziej aktywnej

* Jacek Stochel, dr, Uniwersytet Marii Curie-Skłodowskiej w Lublinie, e-mail: j.stochel@umcs.pl, <https://orcid.org/0000-0002-2685-4296>.

¹ *United Nations Principles and Guidelines*, Department of Peacekeeping Operations, 2008, https://peacekeeping.un.org/sites/default/files/capstone_eng_0.pdf (dostęp: 1 II 2020); M. Both, T. Dorschel, *The UN Peacekeeping Experience*, w: *The Handbook of the Law of Visiting Forces*, pod red. D. Flecka, Oxford 2001, s. 489.

działalności, dając uprawnienie do użycia wszelkich możliwych środków w celu ich realizacji². Choć prawo do użycia siły obejmuje także użycie jej w obronie mandatu, zadania sił pokojowych ONZ mogą w skrajnych przypadkach przekraczać minimalistyczne użycie siły, stawiając je w sytuacji uznania za stronę konfliktu.

Odrębną kategorią aktywności ONZ jest tworzenie operacji na mocy rozdziału VII Karty NZ – tzw. operacji wymuszania pokoju. W przeszłości operacje takie były przeprowadzane pod auspicjami ONZ, pod jej kontrolą, ale nie kierownictwem. Oznaczało to, że Rada Bezpieczeństwa autoryzowała użycie sił zbrojnych przez państwa, koalicje międzynarodowe czy inne organizacje międzynarodowe³. Wielość konfliktów, ich złożoność, niechęć bądź brak możliwości angażowania podmiotów zewnętrznych sprawiły, że organizacja zaczęła również wysyłać „swoje” misje na mocy rozdziału VII Karty NZ⁴. O ile w przypadku autoryzowania misji realizowanej przez podmioty zewnętrzne kwestia stosowania prawa, w tym norm międzynarodowego prawa humanitarnego (MPH), oraz ewentualna odpowiedzialność za jego naruszenie pozostawały w gestii państw, koalicji czy innych organizacji międzynarodowych, o tyle w przypadku misji będących pod bezpośrednią kontrolą i kierownictwem⁵ organizacji odpowiedzialność za złamanie norm prawa międzynarodowego przez te siły stała się kwestią problematyczną. Konsekwencją takiego zaangażowania ONZ było wysuwanie postulatu, że wojska ONZ mogą się stać stroną konfliktu, co oznacza konieczność respektowania przez nie MPH oraz ponoszenia odpowiedzialności za jego naruszenie⁶.

² Na przykład Rezolucja Rady Bezpieczeństwa Narodów Zjednoczonych (RB ONZ) 2149 z dnia 10 IV 2014 r., S/Res./2149, dotycząca zadań mandatowych misji MINUSCA w Republice Środkowej Afryki czy Rezolucja RB ONZ 2100 z dnia 24 IV 2013 r., S/Res./2100, dotycząca misji MINUSMA w Mali, www.undocs.org (dostęp: 1 II 2020).

³ Na przykład Rezolucja RB ONZ 1244 z dnia 10 VI 2002 r., S/Res./1244 (Annex 2) dotycząca zaangażowania NATO w Kosowie; Rezolucja RB ONZ 1386 z dnia 20 XII 2001 r., S/Res./1386, dotycząca powołania misji ISAF w Afganistanie; Rezolucja 1441 z dnia 8 XI 2002 r., S/Res./1441, dotycząca misji koalicyjnej w Iraku, www.undocs.org (dostęp: 1 II 2020).

⁴ Przykładem są misje: MONUSCO w Kongu MINUSCA w Republice Środkowej Afryki czy MINUSMA w Mali.

⁵ W kwestii interpretacji pojęć zob. § 7 komentarza do art. 17 *Artykułów o międzynarodowej odpowiedzialności państw*, „Yearbook of the International Law Commission” 2001, vol. 2, s. 66.

⁶ J.E. Fink, *From Peacemaking to Peace Enforcement: The Blurring of the Mandate for the Use of Force in Maintaining International Peace and Security*, „Maryland Journal of International Law and Trade” 1995, no. 19, s. 35.

Przypisanie organizacji międzynarodowej odpowiedzialności za naruszenie prawa międzynarodowego jest możliwe tylko wtedy, gdy zostaną spełnione następujące przesłanki: dana organizacja musi mieć podmiotowość międzynarodową (w analizowanym przypadku włączając także dorozumianą podmiotowość w zakresie stosowania względem sił pokojowych ONZ norm MPH), musi istnieć możliwość przypisania konkretnego działania lub zaniechania organizacji międzynarodowej, a także musi mieć miejsce naruszenie zobowiązania międzynarodowego wiążącego organizację⁷.

Celem artykułu jest udzielenie odpowiedzi na pytanie, czy ONZ jako organizacja może ponosić odpowiedzialność za naruszenie MPH za działania sił pokojowych, a jeśli tak, to jakie okoliczności powinny być spełnione, aby taką odpowiedzialność tej organizacji przypisać. Opracowanie nie udziela natomiast odpowiedzi na pytanie, w jaki sposób tę odpowiedzialność można względem organizacji wyegzekwować, co stanowi odrębny temat analiz.

1. Obowiązek ONZ do przestrzegania międzynarodowego prawa humanitarnego – aspekt podmiotowy

Podmiotowość organizacji międzynarodowych w prawie międzynarodowym charakteryzuje się między innymi ponoszeniem przez nie odpowiedzialności za działania lub zaniechania swoich funkcjonariuszy, jeśli szkoda powstała wskutek wykonywania przez nich działalności statutowej. W tej kwestii przywoływana z orzecznictwa Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości (MTS) w zakresie podmiotowości organizacji międzynarodowych była i nadal pozostaje opinia doradcza w sprawie odszkodowania za szkody poniesione w służbie Narodów Zjednoczonych. MTS w swej opinii doradczej wyraźnie stwierdził, że ONZ może być podmiotem praw i obowiązków wynikających z norm prawa międzynarodowego, jednak podkreślił przy tym, że nie należy traktować ONZ na tych samych zasadach co państwa, a tym bardziej uznawać ONZ za superpaństwo⁸. ONZ nie może zatem mieć takich praw i obowiązków, jakie można przypisać państwom ją tworzącym. Powinna

⁷ W. Czapliński, *Odpowiedzialność państwa członkowskiego za akty organizacji międzynarodowych*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2006, R. 68, z. 2, s. 106.

⁸ Advisory Opinion, *Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations*, I.C.J. 174 (Apr. 11, 1949).

raczej przyjmować na siebie obowiązki oraz korzystać z uprawnień, które są konieczne do wykonywania przez nią funkcji, do których została powołana⁹.

W odniesieniu do podlegania, a jednocześnie respektowania przez siły ONZ prawa humanitarnego stanowisko podlegało ewolucji. W przeszłości twierdzono, że ani siły pokojowe ONZ, ani też poszczególne państwa wydzielające siły nie są zaangażowane w konflikt zbrojny, a tym samym nie mogą być stroną konfliktu i konsekwentnie nie są związane MPH. Takie stanowisko, pozostające dziś w mniejszości, uzasadniano faktem, że misje są bezstronne, obiektywne, neutralne, działają w imieniu społeczności międzynarodowej, nie można ich więc traktować jako strony konfliktu w rozumieniu Konwencji genewskich (KG) z 1949 r.¹⁰

Współcześnie wydaje się kwestią oczywistą, że ONZ zaangażowana w operację wojskową lub biorąca udział w konflikcie zbrojnym musi stosować się do norm MPH¹¹. Implementacja MPH napotyka jednak na pewne trudności. MPH oparte jest na prawie traktatowym, a także na normach międzynarodowego prawa zwyczajowego. ONZ nie jest stroną żadnych norm traktatowych dotyczących MPH. Wynika to z wielu powodów. Oczywiście, wiele norm nie daje wyrażnie możliwości bycia stroną traktatu organizacji międzynarodowej, gdyż odnoszą się one tylko do państw jako podmiotów prawa międzynarodowego. Niektóre normy stanowią również, że pewne działania ze swej natury mogą być podejmowane wyłącznie przez państwa. Ponadto ONZ, podejmując się aktywności, która wymaga ze swej istoty stosowania MPH,

⁹ Omówienie opinii doradczej zob. B. Krzan, *Odpowiedzialność państwa członkowskiego z tytułu działalności organizacji międzynarodowych*, Wrocław 2013, s. 62. Zob. też S.P. Sheeran, *A Constitutional Moment?: United Nations Peacekeeping in the Democratic Republic of Congo*, „International Organizations Law Review” 2011, no. 1, s. 66; K.E. Sams, *IHL Obligations of the UN in International Missions*, w: *International Military Missions and International Law*, „International Humanitarian Law Series” 2011, t. 31, s. 45.

¹⁰ Konwencje genewskie (Dz.U. 1956 Nr 38, poz. 174); D. Shraga, R. Zacklin, *The Applicability of International Humanitarian Law to United Nations Peacekeeping Operations: Conceptual, Legal and Practical Issues*, Report to the Symposium on Humanitarian Action and Peacekeeping Operations, 22–24 June 1994, ICRC, Geneva 2004, s. 39–48, i zawarte tam wskazanie ewolucji poglądów.

¹¹ Niejednokrotnie mandat danej misji literalnie wskazuje, że siły pokojowe ONZ są zobowiązane w swych działaniach do przestrzegania MPH. Dodatkowo Sekretarz Generalny w celu zobowiązania sił pokojowych ONZ do stosowania MPH wydał instrukcje dla sił pokojowych ONZ, zobowiązując je pod pewnymi warunkami do respektowania MPH, zob. *Secretary-General's Bulletin on the Observance by United Nations Forces of International Humanitarian Law*, UN Doc. ST/SGB/1993/13, 6 August 1999, www.undocs.org (dostęp: 1 II 2020).

czego najlepszym przykładem jest kierowanie misji pokojowych na terytorium trwającego konfliktu zbrojnego, stara się unikać otwartego twierdzenia o jednostronnym stosowaniu MPH. Deklaruje jedynie, że w trakcie swojej działalności będzie postępować zgodnie z duchem i zasadami MPH¹², niejednokrotnie zastrzegając, że działając w imieniu międzynarodowej społeczności, nie powinna być utożsamiana z byciem stroną konfliktu, a tym bardziej władzą okupacyjną zgodnie z postanowieniami KG¹³.

Jeżeli przyjmiemy zatem, że ONZ na mocy międzynarodowego prawa zwyczajowego może być podmiotem prawa i obowiązków wynikających z prawa międzynarodowego, w tym MPH, powinna także na zasadzie *mutatis mutandis* respektować normy, które można z samej ich natury zastosować do organizacji i które pozostają w zgodzie z celem i zasadami funkcjonowania organizacji.

2. Definicja konfliktów zbrojnych i umiejscowienie w nich roli sił pokojowych ONZ

Rozważania na temat podlegania przez ONZ normom prawa międzynarodowego pod względem podmiotowym należy uznać za zasadne. Niemniej jednak w odniesieniu do MPH istotą podlegania tym normom jest przede wszystkim wypełnienie ich pod względem funkcjonalnym.

Punktem wyjścia do analizy jest rozdzielenie dwóch gałęzi prawa międzynarodowego: *ius in bello* i *ius ad bellum*¹⁴. Prawna podstawa stosowania MPH nie zależy bowiem od spełnienia przesłanek, które dają podstawę prawną do użycia siły, takich jak rezolucje RB ONZ, ale od wypełnienia warunków wynikających z postanowień MPH, w szczególności art. 2 i 3 KG. Praktyczne podejście do kwestii stosowania MPH sprowadza się zatem do określenia, czy siły międzynarodowe, które operują w danej misji, spełnią przesłanki do bycia podmiotem, wobec którego normy MPH mają zastosowanie.

¹² Przykładem mogą być również umowy o statusie misji podpisywane między ONZ a państwem gospodarzem, zob. D. Shraga, *The United Nations as an Actor Bound by International Humanitarian Law*, „International Peacekeeping” 1998, no. 5.

¹³ Zob. R. Murphy, *UN Peacekeeping in Lebanon, Somalia and Kosovo: Operations and Legal Issues in Practice*, Cambridge 2007, s. 248.

¹⁴ K. Okimoto, *The Distinction and Relationship between Jus ad Bellum and Jus in Bello*, Oxford 2011, s. 17; A. Orakhelashvili, *Overlap and Convergence: The Interaction Between Jus ad Bellum and Jus in Bello*, „Journal of Conflict and Security Law” 2007, no. 12, s. 167–170.

Tak też jest w przypadku sił pokojowych ONZ. To nie założenia wyrażone w mandacie operacji, ale konkretne działania sił w danej operacji powinny determinować stosowanie przez nie i względem nich MPH¹⁵. Przyjęcie założenia o wyłączeniu sił pokojowych ONZ z zakresu podmiotowego MPH, w tym z bycia stroną konfliktu zbrojnego, stworzyłoby dwuznaczną sytuację. Siły pokojowe ONZ spełniałyby określone w MPH warunki uznania za podmiot, przeciw któremu można prowadzić działania zbrojne, atak na takie siły mógłby być jednak uznany za złamanie prawa międzynarodowego. Statut rzymski wyraźnie bowiem stanowi, że zamierzone kierowanie ataków na personel, instalacje, materiały, oddziały lub pojazdy związane z pomocą humanitarną lub misjami pokojowymi (*peacekeeping missions*) działającymi na podstawie Karty NZ, tak długo, jak są one uprawnione do ochrony przysługującej osobom cywilnym i obiektom cywilnym na podstawie międzynarodowego prawa konfliktów zbrojnych, uznaje się za zbrodnię wojenną¹⁶. Chcąc dodatkowo wzmocnić ochronę personelu ONZ, z inicjatywy SG ONZ opracowano konwencję dotyczącą bezpieczeństwa członków personelu ONZ. Konwencja w swej treści podobnie nie ma zastosowania do misji wymuszania pokoju (*peace enforcement*) ustanowionych na mocy Rozdziału VII Karty NZ, w których personel misji jest zaangażowany w działania przeciwko zorganizowanym siłom zbrojnym, do których mają zastosowanie postanowienia prawa odnoszące się do międzynarodowych konfliktów zbrojnych¹⁷. Ponadto,

¹⁵ *The Interim Law of Armed Conflict Manual*, DM 112, Directorate of Legal Services, New Zealand Defence Force, Wellington, New Zealand 1992, § 1902, s. 19; *The Law of Land Warfare*, United States, FM 27-10, Department of the Army Field Manual, 1956.

¹⁶ Zgodnie z normami MPH ludność cywilna korzysta z ochrony, chyba że bierze bezpośredni udział w działaniach zbrojnych. Pomijając kwestie trudności oceny bezpośredniego udziału ludności cywilnej w działaniach zbrojnych, wielość definicji i przyjętych rozwiązań, oznacza to, że za zbrodnię wojenną uznaje się tylko atak na siły pokojowe ONZ wykonujące zadania w ramach rozdziału VI Karty NZ (*peacekeeping*), lecz tylko tak długo, jak są uprawnione do ochrony przysługującej osobom cywilnym. Statut nie ma zastosowania do innych działań, np. misji wymuszania pokoju (*peace enforcement missions*) w ramach rozdziału VII Karty NZ. Zob. Statut rzymski, art. 8 2(b) (iii) – dotyczący konfliktów zbrojnych o charakterze międzynarodowym i odpowiednio w art. 8 2(e)(iii) – dotyczący konfliktów niemiędzynarodowych.

¹⁷ W kwestiach szczegółowych zob. Konwencja o bezpieczeństwie personelu Organizacji Narodów Zjednoczonych i personelu współdziałającego sporządzona w Nowym Jorku 9 XII 1994 r. i tam wprowadzone rozszerzenia stosowania Konwencji na inne przypadki, co potęguje niezrozumiałość i chaotyczność ustanowionych norm. Obecnie stroną konwencji są 94 państwa, w tym Polska, https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsq_no=XVIII-8&chapter=18&clang=_en (dostęp: 1 II 2020).

w celu doprecyzowania regulacji prawnomiędzynarodowych i wyraźnego wskazania zakresu stosowania MPH przez siły pokojowe ONZ, Sekretarz Generalny opublikował biuletyn, w którym wskazano, że siły pokojowe ONZ zarówno w trakcie działań egzekucyjnych (*enforcement action*), jak i w operacjach pokojowych, gdzie użycie siły jest dozwolone w ramach obrony koniecznej, powinny stosować fundamentalne zasady i reguły MPH. Brzmienie art. 1.1 sugeruje, że „fundamentalne” zasady i reguły MPH mają zastosowanie do sił pokojowych ONZ w sytuacji istnienia konfliktu zbrojnego w przypadku, gdy siły pokojowe ONZ są w nim aktywnie zaangażowane jako strona walcząca, do czasu ustania tego zaangażowania. Zdanie drugie artykułu określa zakres funkcjonalny, który rozciąga się zarówno na akcje wymuszenia pokoju (rozdział VII Karty NZ), jak i misji pokojowych, kiedy dozwolone jest użycie sił w obronie koniecznej (Rozdział VI Karty NZ). W zdaniu tym zawarto jednak wyrażenie „odpowiednio” (*accordingly*), co sugeruje, że w tym przypadku mają zastosowanie również przesłanki, które określono w zdaniu pierwszym, czyli konieczność istnienia konfliktu zbrojnego oraz rozciągnięcie zasad MPH tylko na czas aktywnego zaangażowania jako strona walcząca. Takie brzmienie powoduje, że w przypadku misji pokojowej stabilizacyjnej, gdzie nie mamy do czynienia z konfliktem zbrojnym, np. misja UNIFIL czy UNDOF, normy MPH niekoniecznie muszą być przez siły pokojowe respektowane. Można by zatem wnioskować, że siły pokojowe zobowiązane są do stosowania MPH tylko w przypadku aktywnego zaangażowania jako strona walcząca. Brakuje doprecyzowania pojęcia aktywnego zaangażowania, wobec czego można to pojęcie rozpatrywać w sposób deklaracyjny. W takiej sytuacji to siły pokojowe ONZ miałyby decydujący głos w kwestii, czy ich działania należy traktować jako zaangażowanie w konflikt zbrojny, a takie działanie wprowadzałoby trudności w stosowaniu MPH w praktyce¹⁸.

¹⁸ Zob. United Nations, Secretary-General's Bulletin: Observance by United Nations Forces of International Humanitarian Law, UN Doc. ST/SGB/1999/13, August 6, 1999, a także: O. Engdahl, *A Rebuttal to Eric David*, „International Review Red Cross” 2014, no. 95, s. 669; S. Sheeran, S. Case, *The Intervention Brigade: Legal Issues for the UN in the Democratic Republic of the Congo*, International Peace Institute, November 2014, s. 11.

Wprawdzie koncepcja czasowego posiadania statusu kombatanta dla sił pokojowych ONZ była przedmiotem debat trybunałów międzynarodowych (zob. Decision on the Confirmation of Charges (*Prosecutor v. Abu Garda*), ICC 02/05–02/09, 8 February 2010, § 83, za: Y. Arai-Takahashi, *The Intervention Brigade. The Intervention Brigade Within The MONUSCO. The Legal Challenges of Applicability and Application of IHL*, „Questions of International Law” 2015, no. 5, s. 18), niemniej jednak zrównanie niezaangażowanych

Zakładając zatem, że siły pokojowe ONZ są kierowane w miejsca, gdzie trwa lub trwał konflikt zbrojny, należy w pierwszej kolejności ustalić, czy rzeczywiście mamy do czynienia z konfliktem zbrojnym i jakiego rodzaju, przyjmując stosowany w prawie międzynarodowym podział na konflikt zbrojny o charakterze międzynarodowym i niemiędzynarodowym, a następnie przeprowadzić analizę zaangażowania w nim sił pokojowych ONZ.

Do ustalenia istnienia konfliktu międzynarodowego nie jest konieczne prowadzenie poważnych walk czy działań zbrojnych. Istotne jest ustalenie stron konfliktu. Zgodnie z decyzją Międzynarodowego Trybunału Karnego ds. byłej Jugosławii (ICTY) konflikt zbrojny istnieje, ilekroć państwa uciekają się do użycia swoich sił zbrojnych¹⁹. Międzynarodowy Czerwony Krzyż w oficjalnym komentarzu interpretuje natomiast wspólny art. II Konwencji genewskich w sposób szerszy, twierdząc, że przyczynkiem do stosowania MPH są „różnice powstałe między dwoma państwami i prowadzące do interwencji sił zbrojnych”²⁰.

Nieco trudniej jest określić istnienie konfliktu o charakterze niemiędzynarodowym. Konieczne jest wypełnienie kryteriów ustanowionych w art. 1(2) Protokołu Dodatkowego II²¹ do Konwencji genewskich i art. 8(2)(d) Statutu rzymskiego²². Ze względu na brak klarownej definicji tego rodzaju konfliktu należy domniemywać, że istnieje on wtedy,

sił pokojowych ONZ w ramach konfliktu zbrojnego z uprawnieniami ludności cywilnej niebiorącej bezpośredniego udziału w konflikcie zbrojnym może wprowadzać pewien dysonans. Należy przyłączyć się do stanowiska większości przedstawicieli doktryny, że siły pokojowe ONZ są objęte MPH do czasu, kiedy przestaną być stroną konfliktu zbrojnego nie w jednostkowym działaniu, ale w operacji wojskowej jako całości.

¹⁹ Decision on Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction (*Prosecutor v. Tadic*), Case No. IT-94-I-AR72, 70 (Int'l Crim. Trib. for the Former Yugoslavia Oct. 2, 1995).

²⁰ J. Picket, *Commentary on the Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field*, Geneva 1952, s. 32.

²¹ Artykuł 2(1) Protokołu dodatkowego do Konwencji genewskich dotyczący ofiar niemiędzynarodowych konfliktów zbrojnych podaje definicję negatywną niemiędzynarodowego konfliktu zbrojnego: Niniejszy protokół nie ma zastosowania do takich wewnętrznych napięć i niepokojów, jak: rozruchy, odosobnione i sporadyczne akty przemocy oraz inne działania podobnego rodzaju, które nie są uważane za konflikty zbrojne, zob. Protokoły dodatkowe do Konwencji genewskich z dnia 12 VIII 1949 r.: Protokół I – dotyczący ochrony ofiar międzynarodowych konfliktów zbrojnych oraz dotyczący ochrony ofiar niemiędzynarodowych konfliktów zbrojnych – Protokół II (Dz.U. 1992 Nr 41, poz. 175).

²² Zgodnie ze Statutem MTK za konflikty zbrojne posiadające charakter niemiędzynarodowy nie można uznać konfliktów, które przejawiają się w postaci wewnętrznych zamieszek i napięć, takich jak bunty oraz odizolowane i sporadyczne akty przemocy lub

gdy działania osiągną pewien poziom intensywności, który wykracza poza uznanie ich za wewnętrzne niepokoje czy napięcia, które mogą być powszechnie obserwowane w czasie buntów i sporadycznych aktów przemocy²³. Można zatem przyjąć, że warunki do uznania konfliktu za międzynarodowy są trudniejsze do ustalenia niż postawione zgodnie z art. 2 Konwencji genewskich dla konfliktów międzynarodowych, gdzie nieistotne są kwestie intensywności i czasu prowadzenia działań zbrojnych, ale wyłącznie zakres podmiotowy²⁴.

Generalna tendencja zauważalna w praktyce prowadzi jednak do wniosku, że coraz częściej zaniża się próg intensywności konfliktu, co powoduje wątpliwości, czy mamy do czynienia z konfliktem międzynarodowym czy jeszcze z przypadkiem wewnętrznych niepokojów bądź napięć²⁵. Kwestię intensywności konfliktu, w szczególności na potrzeby międzynarodowego prawa zwyczajowego, w literaturze określa się na podstawie decyzji Trybunału ds. byłej Jugosławii w sprawie *Prokurator przeciwko Tadic*. Trybunał stwierdził, że za konflikt zbrojny o charakterze międzynarodowym należy uznać konflikt, który istnieje, kiedy dochodzi do konfrontacji lub przedłuża się zbrojna przemoc pomiędzy siłami rządowymi a zorganizowanymi grupami zbrojnymi lub między tymi grupami w obrębie państwa²⁶. Nie oznacza to jednak, że konflikt winien mieć charakter ciągły, nieprzerwany czy długotrwały²⁷. Może on objawiać się w powtarzających się bądź sporadycznych zbrojnych konfrontacjach przeplatanych okresem względnego spokoju²⁸. Intensywność konfliktu można oceniać przez wiele czynników, takich jak: liczba potyczek, czas trwania, intensywność indywidualnych konfrontacji,

inne działania o podobnym charakterze, zob. Rzymski Statut Międzynarodowego Trybunału Karnego sporządzony w Rzymie dnia 17 VII 1998 r. (Dz.U. 2003 Nr 78, poz. 708).

²³ Judgment (*Prosecutor v. Limaj et al.*), Case No. IT-03-66-T (Int'l Crim. Trib. for the Former Yugoslavia 30 XI 2005), § 90; zob. też ICRC, *Commentary on the First Geneva Convention: Convention (I) for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field*, pod red. J.M. Henckaerts, 2nd ed., 2016, § 387.

²⁴ T. Ferraro, *The Applicability and Application of International Humanitarian Law to Multinational Force*, „International Review of the Red Cross” 2013, vol. 95, s. 575–576.

²⁵ S. Vité, *Typology of Armed Conflicts in International Humanitarian Law: Legal Concepts and Actual Situations*, „International Review of the Red Cross” 2009, vol. 91, s. 76.

²⁶ Decision on Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction (*Prosecutor v. Tadic*), § 70.

²⁷ S. Boelaert-Suominen, *Commentary: The Yugoslav Tribunal and the Common Core of Humanitarian Law Applicable to All Conflicts*, „Leiden Journal of International Law” 2000, no. 13, s. 634–635.

²⁸ T. Ferraro, *op. cit.*, s. 579.

rodzaj używanego do walk uzbrojenia i sprzętu wojskowego, liczba ofiar, zakres szkód w mieniu, liczba osób, które zmuszone były do opuszczenia strefy walk ze względów bezpieczeństwa, czy analiza konfliktu wskazująca na jego rozprzestrzenianie się²⁹.

Pomimo że postanowienia Konwencji Genewskiej wyraźnie wskazują, iż uzbrojone grupy opozycyjne powinny mieć pewien poziom organizacji, aby móc dokonywać działań o charakterze zbrojnym³⁰, Protokół dodatkowy II wprowadza kolejne kryteria i stanowi, że takie grupy zbrojne powinny pozostawać pod dowództwem³¹ i sprawować kontrolę nad częścią terytorium tak, aby być zdolnymi do prowadzenia ciągłych i skoordynowanych operacji wojskowych, oraz przestrzegać prawa międzynarodowego, w tym niniejszego protokołu³². Każdy zatem konflikt, w celu uznania go za konflikt o charakterze niemiędzynarodowym, podlega stosownej ocenie w odniesieniu do jego stron, w szczególności niepaństwowych grup zbrojnych oraz zakresu działań.

Funkcjonowanie operacji pokojowej ONZ w miejscu, gdzie trwa konflikt zbrojny, spowodowało dyskusję dotyczącą tego, jak należy charakteryzować taki konflikt. W doktrynie i literaturze wyrażano pogląd, że zaangażowanie sił pokojowych ONZ w konflikt powoduje „internacjonalizację” konfliktu bez względu na to, kto jest stroną przeciwną³³. Powyższe stanowisko prezentowane było w szczególności na początku tworzenia misji pokojowych opartych na mandatach, które wymuszały konieczność prowadzenia pewnych działań operacyjnych, a nie tylko obserwacji. Zgodnie z tym poglądem ważne było źródło

²⁹ Judgment (Trial Chamber) (*The Prosecutor v. Boškoski*), Case No. IT-04-82-T (Int'l Crim. Trib. for the Former Yugoslavia 10 VII 2008), § 177–193.

³⁰ Judgment (*Prosecutor v. Limaj et al.*), Case No. IT-03-66-T (Int'l Crim. Trib. for the Former Yugoslavia 30 XI 2005), § 90; Judgment (*Prosecutor v. Haradinaj et al.*), Case No IT-04-84-T (Int'l Crim. Trib. for the Former Yugoslavia 3 IV 2008), § 60.

³¹ J. Pejic, *The Protective Scope of Common Article 3: More Than Meets the Eye*, „International Review of the Red Cross” 2011, vol. 93, s. 3–4, 11, 35.

³² W przeciwieństwie do art. 3 Konwencji genewskich Protokół II wyłącza konieczność istnienia konfrontacji pomiędzy niepaństwowymi siłami zbrojnymi. Niemniej jednak art. 1(1) protokołu wyraźnie stwierdza, rozwija i uzupełnia art. 3, wspólny dla Konwencji genewskich z dnia 12 VIII 1949 r., nie zmieniając warunków jego zastosowania.

³³ F. Seyersted, *United Nations Forces in the Law of Peace and War*, Leyden 1966, s. 213; D. Shraga, *The United Nations as an Actor...*, s. 74; R. Kolb, *Applicability of International Humanitarian Law to Forces Under the Command of an International Organization*, w: *Report: Expert Meeting on Multinational Peace Operations Applicability of International Humanitarian Law and International Human Rights Law to UN Mandated Forces*, pod red. A. Faite'a, J. Labbe Greniera, Geneva 2004, s. 62, <https://www.icrc.org/eng/resources/documents/publication/p0912.htm> (dostęp: 1 II 2020).

uprawnień wydanych siłom pokojowym ONZ, tj. oparte na prawie międzynarodowym i angażujące podmioty w ramach sił pokojowych, które pochodzą z różnych państw. Takie założenie powodowało jednak, że siły pokojowe ONZ zawsze uczestniczyłyby w międzynarodowym konflikcie zbrojnym, a tym samym były zobowiązane do stosowania postanowień odnoszących się tylko do międzynarodowych konfliktów zbrojnych.

Obecnie przyjmuje się, że w przypadku, gdy siły pokojowe ONZ prowadzą działania przeciw siłom zbrojnym innego państwa, mamy do czynienia z międzynarodowym konfliktem zbrojnym. Taki wniosek płynie z wcześniej przyjętego stanowiska dotyczącego stosowania MPH względem ONZ, a więc z faktu, że obie walczące strony są podmiotami prawa międzynarodowego posiadającymi zdolność prawnomiędzynarodową³⁴, a ONZ powinna respektować te normy *mutatis mutandis*. Oczywiście jest, że sił pokojowych ONZ nie można wprost utożsamiać z siłami jakiegokolwiek państwa albo siłami koalicyjnymi państw. ONZ zawsze akcentuje, że wydzielone siły pokojowe podlegają operacyjnej kontroli dowództwa misji, które jest organem pomocniczym organizacji, ich podmiotowość jest odrębna od narodowych kontyngentów misji, a w relacjach z innymi podmiotami niż państwa ich siły winny być postrzegane jako aktorzy niepaństwowi (choć złożone z sił zbrojnych państw), lecz nie o takim samym charakterze jak inne niepaństwowe grupy zbrojne. Jeżeli zatem siły pokojowe ONZ występują przeciw niepaństwowym grupom zbrojnym, należy stwierdzić, że mamy do czynienia z niemiędzynarodowym konfliktem zbrojnym i w tym przypadku siły pokojowe ONZ mają obowiązek respektowania norm odnoszących się do niemiędzynarodowych konfliktów zbrojnych *per analogiam*³⁵.

³⁴ T. Ferraro, op. cit., s. 596.

³⁵ Z taką sytuacją mamy do czynienia w misji MONUSCO w Kongu, gdzie część pododdziałów misji tworząca Brygadę Interwencyjną (*Intervention Force Brigade*, IFB), została upoważniona do przeprowadzania ukierunkowanych operacji ofensywnych, jednostronnie lub wspólnie z FARDC, w sposób zdecydowany, wysoce mobilny i wszechstronny, zgodnie z prawem międzynarodowym, w tym międzynarodowym prawem humanitarnym, oraz z należytą starannością w zakresie praw człowieka, aby zapobiec ekspansji grup zbrojnych, zneutralizować te grupy i rozbroić je, aby ograniczyć zagrożenia stwarzane przez zbrojne grupy wobec władzy państwowej i bezpieczeństwa we wschodniej części DRK oraz stworzyć przestrzeń dla działań stabilizacyjnych, zob. Rezolucja RB ONZ z dnia 28 VI 2013 r., S/Res./2098, § 9, www.undocs.org (dostęp: 1 II 2020). Zob. S. Sheeran, S. Case, *The Intervention Brigade...*; L. Muller, *The Force Intervention Brigade – United Nations Forces Beyond the Fine Line Between Peacekeeping and Peace Enforcement*, „Journal of Conflict & Security Law” 2015, vol. 20, no. 3, s. 359–381; F. Sperotto, *Hic*

Do uznania sił pokojowych ONZ za stronę konfliktu zbrojnego konieczne jest więc prowadzenie przez te siły działań przeciw siłom rządowym lub grupom zbrojnym, także tym, które walczą z siłami rządowymi³⁶. Takie działania sprawiają, że siły pokojowe nie tylko zobowiązane są do respektowania norm MPH, ale również stają się podmiotem, wobec którego normy te mogą być egzekwowane.

3. Utożsamianie działań misji pokojowych ONZ z działalnością organizacji – kwestia alokacji odpowiedzialności

Kwestia podziału i przyjęcia odpowiedzialności za naruszenie MPH między państwami a organizacją międzynarodową jest tematem szerokiej dyskusji. W odniesieniu do odpowiedzialności państw członkowskich za zobowiązania organizacji międzynarodowej ścierają się ze sobą trzy poglądy. Zgodnie z pierwszym odpowiedzialność państwa należy do podstawowych zasad prawa międzynarodowego i żadne państwo nie może się od niej uwolnić poprzez utworzenie organizacji międzynarodowej – odpowiedzialność organizacji ma jedynie charakter subsydiarny³⁷. Według drugiego poglądu państwa człon-

Abundant Leones: The UN Combat Mission in the Democratic Republic of the Congo, „Global Jurist” 2014, no. 14, s. 101–120; D. Whittle, *Peacekeeping in Conflict: The Intervention Brigade, MONUSCO, and the Humanitarian Law to United Nation Forces*, „Georgetown Journal of International Law” 2015, no. 46, s. 831–875; O. Spijkers, *The Evolution of United Nations Peacekeeping in the Congo*, „Journal of International Peacekeeping” 2015, no. 19, s. 88–117.

³⁶ Takie podejście do definiowania rodzaju konfliktu i roli sił pokojowych ONZ zgodne jest z zaproponowaną przez Międzynarodowy Czerwony Krzyż teorią stosowania tzw. *fragmented approach*, z wykorzystaniem orzeczenia *Nicaragua v. US*. Sprowadza się ona do analizy relacji między walczącymi stronami z uwzględnieniem norm MPH. Stanowisko to podzielają zarówno Międzynarodowy Trybunał Karny, jak i Międzynarodowy Trybunał Karny ds. byłej Jugosławii, a także spotykane jest w literaturze przedmiotu. Zob. *Decision on the Confirmation of Charges (Pre-Trial Chamber I) (The Prosecutor v. Lubanga Dyilo)*, Case No. ICC-01/04-01/06, 29 I 2007, § 209, *Judgment (Trial Chamber I) (The Prosecutor v. Lubanga Dyilo)*, Case No. ICC-01/04-01/06, 14 III 2012, § 536, 565; *Decision on Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction (Prosecutor v. Tadic)*, § 77, a także T. Ferraro, *op. cit.*, s. 596.

³⁷ T. Stein, *Kosovo and the International Community. The Attribution of Possible Internationally Wrongful Acts: Responsibility of NATO or of Its Member States*, w: *Kosovo and the International Community*, pod red. C. Tomuschat, The Hague 2002, s. 192 – autor publikacji przywołuje wspólną i solidarną (*joint and several*) odpowiedzialność państw członkowskich NATO za działania w Kosowie, opierając swoją opinię m.in. na ograniczonych możliwościach budżetu NATO.

kowskie nie mogą odpowiadać za działania organizacji ze względu na odrębną podmiotowość międzynarodową, chyba że traktat założycielski stanowi inaczej albo można znaleźć jakieś inne podstawy przypisania działania państwu³⁸. Według trzeciego poglądu nie można stwierdzić obowiązywania żadnej reguły w tym zakresie, a wszelkie rozstrzygnięcia powinny być podejmowane w odniesieniu do danego przypadku, biorąc pod uwagę szczególne okoliczności sprawy oraz wszelkie stosowne dokumenty międzynarodowe, zwłaszcza traktaty założycielskie organizacji³⁹.

Generalna zasada przyjęta w orzecznictwie międzynarodowym stanowi, że odpowiedzialność za działania, gdy w następstwie akcji wojσκowej nastąpi naruszenie prawa, powinno ponosić to państwo, które sprawuje efektywną kontrolę nad personelem na danym obszarze poza swoim terytorium⁴⁰. Nie ma zatem znaczenia sprawowanie ogólnej kontroli nad terytorium, gdyż jak stwierdził MTS, zbyt daleko rozciąga się więź, która musi istnieć między postępowaniem organu państwa a jego odpowiedzialnością międzynarodową⁴¹.

Problematyka odpowiedzialności organizacji międzynarodowej za działania personelu przekazanego przez państwa członkowskie do organizacji międzynarodowej, dokonane w trakcie wykonywania operacji porządkowania danej organizacji, była przedmiotem wielu rozstrzygnięć sądów międzynarodowych. O ile Międzynarodowy Trybunał Karny stał na stanowisku, że odpowiedzialność należy przypisać temu podmiotowi, który sprawuje kontrolę ogólną nad podmiotami biorącymi

³⁸ R. Higgins, *The Legal Consequences for Member States of the Non-Fullfilment by International Organizations of their Obligations Toward Third Parties*, „Annuaire de l'Institut de droit international” 1995, 66–1, s. 415.

³⁹ I. Seidl-Hohenveldern, *International Economic Law*, wyd. 2, Dordrecht–Boston–London 1992, s. 182–183, za: W. Czapliński, op. cit., s. 110; B. Krzan, op. cit., s. 168; UN Doc. A/CN.4/636, pkt II.B.29, s. 36. Zob też *Draft Articles on the responsibility of international organisation*, Report of the ICL, 2011, UN Doc.A/66/10.

⁴⁰ Wyrok ETPC w sprawie *Loizidou przeciwko Turcji* z 23 II 1995 r. (wstępne zastrzeżenia), nr skargi 15318/89, § 62.

⁴¹ *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Merits, Judgment, 27 VI 1986, ICJ Rep 1986. Trybunał podkreślił, że odpowiedzialność państwa za działania podmiotów niepaństwowych wchodzi w grę tylko w sytuacji ich całkowitej zależności od państwa albo pełnej kontroli państwa nad ich działaniami. Takie podejście można jednak uznać za nierealistyczne, gdyż spełnienie przesłanki całkowitej zależności czy pełnej kontroli nad podmiotami niepaństwowymi i przypisania odpowiedzialności państwu za ich działania może napotkać na trudności dowodowe, zob. J. Kranz, *Standardy przypisania w kontekście międzynarodowej odpowiedzialności za użycie siły zbrojnej*, „Kwartalnik Prawa Publicznego” 2009, nr 3–4, s. 26.

udział bezpośrednio w operacji⁴², o tyle stanowisko Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (ETPC) nie było już tak zasadnicze i ulegało zmianom w kolejnych orzeczeniach.

W sprawie *Banković i inni przeciwko Belgii i innym*⁴³ dotyczących nalotów NATO na Belgrad w 1999 r., opierając się na zasadzie tzw. ogólnej kontroli, ETPC uznał za niedopuszczalne rozszerzanie swojej jurysdykcji na organizację międzynarodową przeprowadzającą operację wojskową na danym terytorium. Oznaczało to pośrednio, że odpowiedzialność za działania przypisał organizacji, a nie państwom. Podobne rozstrzygnięcie zapadło w sprawie *Berić i inni przeciwko BiH*, w którym ETPC uznał, że efektywną pełną kontrolę nad operacją NATO w BiH sprawowała Rada Bezpieczeństwa, a zatem to ONZ, a nie NATO czy państwa członkowskie biorące udział w operacji winna ponosić odpowiedzialność za zabronione działania lub zaniechania personelu.

W kolejnych orzeczeniach zaczęto skłaniać się do przypisywania odpowiedzialności podmiotowi, który sprawuje faktyczną władzę nad jednostką w trakcie jego działania, uznając, że taką władzę sprawuje dane państwo pomimo wydzielenia swojego personelu do operacji nadzorowanej przez inny podmiot. Tak np. w sprawie *Al-Skeini i inni przeciwko Wielkiej Brytanii*⁴⁴ sąd zastosował model jurysdykcji personalnej nad funkcjonariuszem państwa, biorąc pod uwagę dwa czynniki, tj. kontrolę nad terytorium i jurysdykcję personalną. ETPC stwierdził, że za czyny objęte skargą odpowiedzialność ponosi nie ONZ, ale Wielka Brytania, która sprawowała w większym stopniu niż ONZ efektywną pełną kontrolę nad działaniami w południowym Iraku w ramach Międzynarodowych Sił Zadaniowych⁴⁵.

Wspomniane rozstrzygnięcia dotyczyły jednak sytuacji, gdy pod auspicjami ONZ i na podstawie rezolucji Rady Bezpieczeństwa inna

⁴² Decision on Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction (*Prosecutor v. Tadic*), § 137. Zob też A. Czaplińska, *Odpowiedzialność organizacji międzynarodowych jako element uniwersalnego systemu odpowiedzialności międzynarodowej*, Łódź 2014, s. 266.

⁴³ Decyzja ETPC z 12 XII 2001 r. w sprawie *Banković i inni przeciwko Belgii i innym*, skarga nr 52207/99.

⁴⁴ *Al-Skeini and Others v. United Kingdom*, Application no. 55721/07, Council of Europe: European Court of Human Rights, 7 VII 2011, <https://www.refworld.org/cases,ECHR,4e2545502.html> (dostęp: 1 II 2020).

⁴⁵ Zob. M. Szuniewicz, *Operacje wojskowe autoryzowane przez Radę Bezpieczeństwa ONZ a problem odpowiedzialności międzynarodowej*, VII Kolokwium Naukowe Praw Człowieka i Międzynarodowego Prawa Humanitarnego, Toruń, 4–5 XII 2014 r., s. 365, i zawarta tam analiza dotychczasowych ustaleń sądów międzynarodowych.

organizacja lub koalicja państw prowadziła operację, w skład której wchodziły siły konkretnych państw. Kwestia odpowiedzialności *stricto sensu* misji Narodów Zjednoczonych i państw wydzielających siły do nich nie była przedmiotem rozstrzygnięć sądowych.

Problematyką tą zajęła się Komisja Prawa Międzynarodowego⁴⁶. W swojej ocenie przyjęła do analizy dwie możliwe sytuacje. Pierwsza ma miejsce, gdy państwo całkowicie oddaje do dyspozycji organizacji międzynarodowej pewne podmioty (swoje siły czy też pojedynczy personel), co wiąże się z tym, że ich postępowanie utożsamiane jest z wykonywaniem funkcji organizacji. Oznacza to, że organizacja w takim przypadku ponosi odpowiedzialność za ich działania. Druga sytuacja ma miejsce wtedy, gdy podmioty państwa przekazane organizacjom międzynarodowym nadal pozostają w pewnym stopniu podległe państwu, co skutkuje przypisaniem organizacji międzyrządowej odpowiedzialności za ich działania lub zaniechania tylko wtedy, gdy sprawuje ona efektywną kontrolę nad ich postępowaniem, co jest zbieżne z orzecznictwem MTS.

Dowodzenie misją sprawuje głównodowodzący siłami misji ONZ. To on formułuje rozkazy operacyjne, które wpływają do podległych mu operacyjnie pododdziałów. Dowódca kontyngentu narodowego dostosowuje ten rozkaz do swoich potrzeb i możliwości. Treść zawarta w jego rozkazie, a także sposób jego wykonania mogą być uzależnione od stosownych instrukcji narodowych. Ponadto państwo wysyłające może wprowadzić ograniczenia w wykonywaniu mandatu. Zastrzeżenia takie są przekazywane do głównodowodzącego misją w momencie przystępowania do udziału w misji, ale mogą być uzupełniane również w jej trakcie. Mogą one spowodować, że dowódca kontyngentu narodowego ma uprawnienie do odmowy wykonania rozkazu głównodowodzącego misją.

Jeżeli zatem personel kontyngentu narodowego pozostający pod ogólną władzą ONZ podejmuje konkretne działania lub też wzbrania się przed ich podjęciem ze względu na instrukcje pochodzące z kraju, wówczas ich działania czy zaniechania powinny być przypisywane państwu, a nie organizacji⁴⁷. *A contrario* można przyjąć, że w przypadku

⁴⁶ General Assembly, International Law Commission, Second Report on the Responsibility of International Organizations, A/CN.4/541 (2.4.2004), § 9; UN, Report of the International Law Commission, A/66/10 (2011), s. 88.

⁴⁷ Tak też ustalenia sądów krajowych odnoszące się do udziału wojsk belgijskich i holenderskich w ramach misji w Ruandzie i Bośni: wyrok w sprawie *Mukeshimana-Ngulinzira i inni przeciwko Belgii i innym* z 8 XII 2010 r., R.g. nr 04/4807/A i 07/15547/A,

działań podejmowanych zgodnie z instrukcjami i rozkazami głównodowodzącego misją pokojową ONZ, które nie są działaniami *ultra vires*, pełną odpowiedzialność za takie działania i konsekwencje z nich wynikające winny spoczywać na organizacji międzynarodowej.

Ta trudność w ocenie, czy rozkaz został wykonany zgodnie z zaleceniami organizacji, czy też uwzględnił również narodowe instrukcje, nakazuje przyjąć pośrednie rozwiązanie. Odpowiedzialność za działania sił pokojowych ONZ powinna być subsydiarna i w zależności od konkretnego działania w większym lub mniejszym stopniu obciążać czy to organizację, czy państwo wydzielające siły do misji⁴⁸, co zgodne jest z opisaną wyżej teorią, która nakazuje wszelkie rozstrzygnięcia podejmować w odniesieniu do danego przypadku, biorąc pod uwagę szczególne okoliczności sprawy oraz wszelkie stosowne dokumenty międzynarodowe, zwłaszcza traktaty założycielskie organizacji, a także procedury krajowe danego kontyngentu i zastrzeżenia, które do sposobu wykonania mandatu zgłosiło dane państwo.

Podsumowanie

Rozdział VII Karty Narodów Zjednoczonych dał możliwość tworzenia sił zbrojnych przez ONZ, przy założeniu, że kontyngenty narodowe państw przekazane do misji pokojowej miały wejść w pełną jej podległość. W praktyce aktywność państw ograniczyła się do wydzielenia swoich sił na potrzeby danej operacji. Państwa, pomimo przekazania władzy, zachowują uprawnienia do kontroli nad pododdziałami swoich sił zbrojnych, co nie wyłącza odpowiedzialności państw za działania swoich sił zbrojnych w ramach danej organizacji. Za takim stanowiskiem przemawia fakt, że często organizacje międzynarodowe nie mają możliwości ustanowienia zasad kontroli i ich egzekwowania

ILDC 1604 (Be 2010), Court of First Instance of Brussels, Oxford Reports on International Law in Domestic Courts, vol. 1604; wyrok Sądu Apelacyjnego w Hadze w sprawie *Nuhanovic* z 5 VII 2011 r., LjN BR5388, ILDC 1742 (NL 2011), za: M. Szuniewicz, op. cit., s. 376.

⁴⁸ Istotny jest tu sposób realizacji mandatu. Ogólne postanowienie może brzmieć tak, że należy zrobić wszystko, co możliwe, do przywrócenia pokoju, a metody zastosowane przez dane siły mogą w praktyce oznaczać naruszenie norm MPH. Brak definicji neutralizacji i duża liczba pojęć niedookreślonych zawarta w mandacie sprawiły, że działania sił ONZ w Kongu zostały wykorzystane do walki o władzę w państwie, w celu wyeliminowania opozycyjnych przeciwników prowadzących działania zbrojne.

względem sił wydzielonych przez państwa wykonujące zadania w imieniu organizacji⁴⁹. Podlegają one kontroli operacyjnej, ale nie są pod dowództwem ONZ⁵⁰. Pełna kontrola nad siłami zbrojnymi pozostaje w kompetencji państw narodowych, co oznacza, że dalej działają jako organy konkretnego państwa. Powoduje to wątpliwość w ustaleniu, kto faktycznie sprawuje kontrolę nad ich działaniem i czyje polecenia (rozkazy) są wykonywane⁵¹.

Operacje ONZ, przeprowadzane na podstawie mandatu udzielonego zgodnie z rozdziałami VI i VII Karty ONZ, spełniają istotną rolę w przywracaniu i utrzymywaniu pokoju i bezpieczeństwa. Jako instytucje powszechnie akceptowane przez społeczność międzynarodową, powinny mieć zapewnioną ochronę w swoim działaniu. Niemniej jednak coraz częściej, pomimo zapewnień Rady Bezpieczeństwa, ze względu na swój mandat misje pokojowe ONZ nie respektują podstawowych reguł: bezstronności, użycia siły tylko w obronie własnej lub w obronie mandatu oraz zgody państwa goszczącego na obecność na swoim terytorium sił Narodów Zjednoczonych.

Konieczność konstruowania mandatów, które niejednokrotnie upoważniają do użycia siły, i to nie tylko w obronie własnej czy obronie mandatu, jest konsekwencją zmiany środowiska bezpieczeństwa, w którym przyszło funkcjonować misjom pokojowym ONZ. Takie działanie może jednak spowodować sytuację, w której siły pokojowe ONZ mogą zostać uznane za stronę konfliktu w rozumieniu MPH⁵². Choć Rada Bezpieczeństwa ONZ, jako organ polityczny społeczności międzynarodowej, jest w sposób nieskrępowany uprawniona do podejmowania decyzji w sprawie misji pokojowych ONZ i ich mandatu,

⁴⁹ M. Hirsch, *The Responsibility of International Organizations Towards Third Parties*, Dordrecht–Boston–London 1995, s. 107.

⁵⁰ *United Nations Peacekeeping Operations: Principles and Guidelines*, Department of Peacekeeping Operations, 2008, s. 68.

⁵¹ Misje pokojowe ONZ przez Komisję Prawa Międzynarodowego zostały zaliczone do kategorii organów, których postępowanie jest przypisywane państwu wysyłającemu lub organizacji międzynarodowej na podstawie testu efektywnej kontroli, zob. General Assembly, International Law Commission, Second Report on the Responsibility of International Organizations, s. 26.

⁵² Na przykład po uchwaleniu mandatu misji MONUSCO rzecznik ruchu M23 oświadczył, że ze względu na udzielony Brygadzie Interwencyjnej mandat, może ona być podmiotem ataku. Ponadto oświadczył, że wobec braku wyraźnego oddzielenia od pozostałych sił MONUSCO, również pozostałe siły potencjalnie powinny być uważane za stronę konfliktu zbrojnego i są narażone na atak, zob. *NGOs Concerned about New DRC Intervention Brigade*, IRIN News, s. 10.

pomimo sygnałów przekazywanych przez Sekretariat ONZ⁵³ zdaje się nie dostrzegać tej kwestii i dalej działa w przekonaniu, że każdy atak na siły pokojowe ONZ jest złamaniem prawa międzynarodowego, a jego sprawcy powinni zostać osądzeni⁵⁴.

Praktyka pokazuje, że granica między typowymi operacjami utrzymania pokoju a operacjami, w których ONZ prowadzi bardziej ofensywne działania ulega stopniowemu zatarciu⁵⁵. O tym, czy siły pokojowe ONZ mogą być podmiotem, wobec którego mają zastosowanie normy MPH, nie powinien decydować mandat ani inne wytyczne Sekretarza Generalnego ONZ, ale spełnienie przesłanek wynikających z MPH do uznania takich sił za stronę konfliktu.

W wielu przypadkach działalność misji pokojowych ONZ może prowadzić do naruszenia norm MPH. Pomimo uznawania misji pokojowych ONZ za organy pomocnicze organizacji, za które winna ona ponosić odpowiedzialność, kontyngenty narodowe nie są przekazywane pod wyłączną władzę organizacji i nie przestają działać jako organy państwa. W celu ustalenia odpowiedzialności za nieprzestrzeganie MPH konieczne jest w każdym przypadku dokonanie analizy zależności

⁵³ S. O'Brien, *Statement by the Under-Secretary-General for Legal Affairs and UN Legal Counsel Delivered to the International Law Commission*, Geneva 2013, <http://legal.un.org/ilc/sessions/65/Statement%20byTheLegal%20.Counsel.pdf> (dostęp: 1 II 2020). Zob. też wypowiedź szefa misji MONUSCO, który jedynie potępił ataki na siły pokojowe ONZ, powstrzymując się od kwalifikowania tego czynu jako zbrodni wojennej (M. Kobler, *Strongly Condemns the Killing of UN Peacekeeper by M23*, Press Release, August 28, 2013).

⁵⁴ Pomimo wydania oświadczenia dla prasy dotyczącego misji w Kongu, gdzie stwierdzono, że celowy, bezpośredni atak na personel, instalacje, zasoby, pododdziały czy pojazdy zaangażowane w misję pokojową, zgodnie z Kartą NZ, tak długo, jak są uprawnieni do korzystania z ochrony przysługującej osobom cywilnym czy cywilnym obiektom zgodnie z prawem międzynarodowych konfliktów zbrojnych, stanowi przestępstwo w rozumieniu prawa międzynarodowego, to jednak odnowienie rezolucji dotyczącej MONUSCO dalej zawierało sformułowanie, że jakiegokolwiek ataki na siły pokojowe ONZ, bez wskazywania jakichkolwiek wyłączeń, będą traktowane jako zbrodnia wojenna, a sprawcy powinni zostać osądzeni. Zob. odpowiednio UN Security Council, *Press Statement on Democratic Republic of Congo*, UN Doc. SC/11108, August 29, 2013; Security Council Report, *Democratic Republic of the Congo*, July 2013 Monthly Forecast, New York, www.securitycouncilreport.org/monthly-forecast/2013-07/democratic_republic_of_the_congo_2.php; Rezolucja RB ONZ 2147 z dnia 28 VI 2014 r. przedłużająca misję MONUSCO, S/RES/2147 (dostęp: 1 II 2020).

⁵⁵ Wiele misji nazywanych misjami pokojowymi zgodnie z rezolucją RB ONZ działa na podstawie mandatu z rozdziału VII Karty, zob. Y. Arai-Takahashi, *The Intervention Brigade...; Report Uniting Our Strengths for Peace: Politics, Partnership and People, High-Level Independent Panel on UN Peace Operations* (HIPPO Report), UN Doc. A/70/95-S/2015/446, 2015, www.undocs.org (dostęp: 1 II 2020).

między działaniami organizacji a działaniami sił danego państwa w ramach misji pokojowej oraz ustalenie systemu dowodzenia i „efektywnej” kontroli⁵⁶.

THE LIABILITY OF THE UNITED NATIONS PEACE OPERATIONS FOR VIOLATION OF INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW

Summary

Operations under the auspices of the Security Council mandate span over 70 years. Repeatedly involved in resolving armed conflicts, they have made a significant contribution to ensuring security and stability around the world. In practice, they have taken the form of operations by individual states, coalitions, other international organizations or simply as United Nations missions composed of contingents provided by Troop Contribution Countries (TCC).

While operations under the auspices of the United Nations have been involved on several occasions in offensive activities under Chapter VII of the Charter of the United Nations, and the question of responsibility for these actions has been the subject of many legal analyses and judgments, missions organized by the United Nations are always recognized as neutral, and their activities as conciliatory and focused on monitoring the cessation of hostilities, or supervising the disengagement between the parties of the conflict, with the use of force limited to self-defence. Thus, such operations benefited from legal protection, and any action against them was considered a violation of international law.

The current engagement of United Nations goes far beyond the traditional understanding of peacekeeping operations. UN missions are frequently authorized to employ all necessary means, up to and including the use of lethal force or even neutralization of the armed group. This creates a situation where in the light of International Humanitarian Law, such actions can be recognized as involvement in armed conflict.

This article is intended to show the problems that the international community will soon face to in using United Nations’ missions as an instrument for resolving armed conflicts and as a tool for restoring peace and providing stability and security in the area of operations.

It presents the processes of decision-making and subordination, which in some circumstances might result in the United Nations missions being deprived of legal protection and, in addition, made liable for non-compliance with the provisions of International Humanitarian Law.

Keywords: International Humanitarian Law – United Nations – Peacekeeping Operations – International Responsibility

⁵⁶ T.D. Gill, *Legal Aspects of the Transfer of Authority in UN Peace Operations*, „Netherlands Yearbook of International Law” 2011, vol. 42, s. 53.

LITERATURA

- Arai-Takahashi Y., *The Intervention Brigade. The Intervention Brigade Within The MONUSCO. The Legal Challenges of Applicability and Application of IHL*, „Questions of International Law” 2015, no. 5.
- Boelaert-Suominen S., *Commentary: The Yugoslav Tribunal and the Common Core of Humanitarian Law Applicable to All Conflicts*, „Leiden Journal of International Law” 2000, no. 13.
- Both M., Dorschel T., *The UN Peacekeeping Experience*, w: *The Handbook of the Law of Visiting Forces*, pod red. D. Flecka, Oxford 2001.
- Czaplińska A., *Odpowiedzialność organizacji międzynarodowych jako element uniwersalnego systemu odpowiedzialności międzynarodowej*, Łódź 2014.
- Czapliński W., *Odpowiedzialność państwa członkowskiego za akty organizacji międzynarodowych*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2006, R. 68, z. 2.
- Engdahl O., *A Rebuttal to Eric David*, „International Review Red Cross” 2014, no. 95.
- Ferraro T., *The Applicability and Application of International Humanitarian Law to Multinational Force*, „International Review of the Red Cross” 2013, vol. 95.
- Fink J.E., *From Peacemaking to Peace Enforcement: The Blurring of the Mandate for the Use of Force in Maintaining International Peace and Security*, „Maryland Journal of International Law and Trade” 1995, no. 19.
- Gill T.D., *Legal Aspects of the Transfer of Authority in UN Peace Operations*, „Netherlands Yearbook of International Law” 2011, vol. 42.
- Henckaerts J.M. (red.), ICRC, *Commentary on the First Geneva Convention: Convention (I) for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field*, pod red. J.M. Henckaerts, 2nd ed., 2016.
- Higgins R., *The Legal Consequences for Member States of the Non-Fullfilment by International Organizations of their Obligations Toward Third Parties*, „Annuaire de l’Institut de droit international” 1995, 66-1.
- Hirsch M., *The Responsibility of International Organizations Towards Third Parties*, Dordrecht–Boston–London 1995.
- Kolb R., *Applicability of International Humanitarian Law to Forces Under the Command of an International Organization*, w: *Report: Expert Meeting on Multinational Peace Operations Applicability of International Humanitarian Law and International Human Rights Law to UN Mandated Forces*, pod red. A. Faite’a, J. Labbe Greniera, Geneva 2004.
- Kranz J., *Standardy przypisania w kontekście międzynarodowej odpowiedzialności za użycie siły zbrojnej*, „Kwartalnik Prawa Publicznego” 2009, nr 3–4.
- Krzan B., *Odpowiedzialność państwa członkowskiego z tytułu działalności organizacji międzynarodowych*, Wrocław 2013.
- Muller L., *The Force Intervention Brigade – United Nations Forces Beyond the Fine Line Between Peacekeeping and Peace Enforcement*, „Journal of Conflict & Security Law” 2015, vol. 20, no. 3.
- Murphy R., *UN Peacekeeping in Lebanon, Somalia and Kosovo: Operations and Legal Issues in Practice*, Cambridge 2007.
- Okimoto K., *The Distinction and Relationship between Jus ad Bellum and Jus in Bello*, Oxford 2011.

- Orakhelashvili A., *Overlap and Convergence: The Interaction Between Jus ad Bellum and Jus in Bello*, „Journal of Conflict and Security Law” 2007, no. 12.
- Pejic J., *The Protective Scope of Common Article 3: More Than Meets the Eye*, „International Review of the Red Cross” 2011, vol. 93.
- Pickett J., *Commentary on the Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field*, Geneva 1952.
- Sams K.E., *IHL Obligations of the UN in International Missions*, w: *International Military Missions and International Law*, „International Humanitarian Law Series” 2011, t. 31.
- Seidl-Hohenveldern I., *International Economic Law*, wyd. 2, Dordrecht–Boston–London 1992.
- Seyersted F., *United Nations Forces in the Law of Peace and War*, Leyden 1966.
- Sheeran S., Case S., *The Intervention Brigade: Legal Issues for the UN in the Democratic Republic of the Congo*, International Peace Institute, November 2014.
- Sheeran S.P., *A Constitutional Moment?: United Nations Peacekeeping in the Democratic Republic of Congo*, „International Organizations Law Review” 2011, no. 1.
- Shraga D., *The United Nations as an Actor Bound by International Humanitarian Law*, „International Peacekeeping” 1998, no. 5.
- Shraga D., Zacklin R., *The Applicability of International Humanitarian Law to United Nations Peacekeeping Operations: Conceptual, Legal and Practical Issues*, Report to the Symposium on Humanitarian Action and Peacekeeping Operations, 22–24 June 1994, ICRC, Geneva 2004.

DANUTA BINIASZ-CELKA*

Gminny Program Profilaktyki i Rozwiązywania Problemów Alkoholowych jako podstawowa forma realizacji zadań własnych gminy z zakresu profilaktyki i rozwiązywania problemów alkoholowych

Wprowadzenie

Reaktywowany w 1990 r. samorząd terytorialny i przeprowadzony proces decentralizacji znalazły swoje odzwierciedlenie w przeniesieniu na szczebel gminy obowiązku prowadzenia profilaktycznej działalności w zakresie problemów alkoholowych oraz ich rozwiązywania. Oznacza to, że ustawodawca przywiązuje znaczącą wagę do kwestii działań o charakterze reglamentacyjnym, profilaktycznym oraz przeciwdziałania negatywnym skutkom spożywania alkoholu zarówno w życiu rodzinnym, jak i społecznym. Nie ulega wątpliwości, że problemy związane ze spożywaniem alkoholu należy analizować nie tylko na płaszczyźnie prawnej, lecz także medycznej, psychologicznej i społecznej¹.

Stosowany w Polsce system profilaktyki i rozwiązywania problemów alkoholowych sytuuje samorządy gminne jako jednostki terytorialne odgrywające w nim fundamentalną rolę. Każda rada gminy ma obowiązek uchwalania programów na podstawie ustawy o samorządzie

* Danuta Biniasz-Celka, mgr, Uniwersytet im. Adama Mickiewicza w Poznaniu, dan-kacelka@onet.pl, <https://orcid.org/0000-0001-6306-6152>.

¹ R. Romm, *Problemy związane z alkoholem – pojęcia i metodologia*, w: *Alkohol oraz związane z nim problemy społeczne i zdrowotne*, Warszawa 1986, s. 98 i n.

gminnym² (a także przepisów innych ustaw³), w tym również na podstawie Ustawy z dnia 26 października 1982 r. o wychowaniu w trzeźwości i przeciwdziałaniu alkoholizmowi⁴) Gminnego Programu Profilaktyki i Rozwiązywania Problemów Alkoholowych (dalej GPPiRPA lub „program”). Program uwzględnia obszary działań, które wymienia art. 4¹ ust. 1 u.w.t.p.a. oraz zalecenia zawarte w rekomendacjach opracowanych przez Państwową Agencję Rozwiązywania Problemów Alkoholowych (PARPA)⁵, do której organ wykonawczy gminy (wójt lub burmistrz) przesyła sprawozdanie⁶ z działalności samorządów lokalnych w zakresie profilaktyki i rozwiązywania problemów alkoholowych w terminie do dnia 15 kwietnia roku następującego po roku, którego dotyczy sprawozdanie.

W Polsce głównym aktem prawnym, który reguluje kwestie związane z problematyką wychowania w trzeźwości i przeciwdziałania alkoholizmowi, jest u.w.t.p.a. Co prawda, nie jest to jedyny akt prawny, lecz inne regulacje prawne⁷ tylko fragmentarycznie odnoszą się do kwestii alkoholowych. Ustawa ta formułuje zadania publiczne zmierzające do zminimalizowania negatywnych skutków spożywania alkoholu, a także przeciwdziałania jego niekontrolowanemu spożyciu⁸. Ponadto jej przepisy przewidują znaczącą rolę samorządu gminnego w realizowaniu działań w zakresie walki z nałogiem alkoholowym. Działania te podejmowane są na trzech płaszczyznach: (1) powołania gminnej komisji rozwiązywania problemów (art. 4¹ ust. 3 u.w.t.p.a.); (2) ustalania w drodze uchwał maksymalnej liczby

² Ustawa z dnia 8 III 1990 r. o samorządzie gminnym (tekst jedn. Dz.U. 2020, poz. 713), dalej „u.s.g.”.

³ Jest to np. Ustawa z dnia 29 VI 2005 r. o przeciwdziałaniu przemocy w rodzinie (tekst jedn. Dz.U. 2020, poz. 218), na podstawie której rada gminy uchwała Program przeciwdziałania przemocy w rodzinie, następnie Program wspierania rodziny, który rada gminy uchwała na podstawie Ustawy z dnia 9 VI 2011 r. o wspieraniu rodziny i systemie pieczy zastępczej (tekst jedn. Dz.U. 2019, poz. 1111 ze zm.).

⁴ Tekst jedn. Dz.U. 2019, poz. 2277 ze zm., dalej „u.w.t.p.a.”.

⁵ <https://www.parpa.pl> (dostęp: 13 III 2020).

⁶ https://www.parpa.pl/images/file/PARPA_G1_2019.pdf (dostęp: 13 III 2020).

⁷ Są to np. Ustawa z dnia 12 III 2004 r. o pomocy społecznej (tekst jedn. Dz.U. 2019, poz. 1507 ze zm.); Ustawa z dnia 11 IX 2015 r. o zdrowiu publicznym (tekst jedn. Dz.U. 2019, poz. 2365 ze zm.), dalej „u.z.p.”; Ustawa z dnia 29 VI 2005 r. o przeciwdziałaniu przemocy w rodzinie (tekst jedn. Dz.U. 2020, poz. 218); Ustawa z dnia 19 VIII 1994 r. o ochronie zdrowia psychicznego (tekst jedn. Dz.U. 2018, poz. 1878 ze zm.).

⁸ Por. J. Auleytner, K. Głabcicka, *Polityka społeczna pomiędzy opiekuńczością a pomocniczością*, Warszawa 2000, s. 16.

zezwoleń na sprzedaż napojów alkoholowych oraz zasad usytuowania miejsc sprzedaży i podawania napojów alkoholowych (art. 12 ust. 1–3 u.w.t.p.a.); (3) wydawania zezwoleń na sprzedaż alkoholu (art. 18 ust. 1 u.w.t.p.a.) i kontrolowania zasadności korzystania z tych zezwoleń (art. 18 ust. 8 u.w.t.p.a.).

GPPiRPA jest podstawową formą realizacji zadań własnych gminy w obszarze profilaktyki alkoholowej podejmowaną corocznie przez radę gminy. Nadto należy podkreślić, że realizacja zadań z zakresu profilaktyki i rozwiązywania problemów alkoholowych w ramach programu stanowi część strategii rozwiązywania problemów społecznych określonych w Narodowym Programie Zdrowia na lata 2016–2020⁹. Warunkiem *sine qua non* jest to, by gminny program pozostał zgodny z dyspozycją ustawy o wychowaniu w trzeźwości i przeciwdziałaniu alkoholizmowi oraz by zakres i sposób realizacji zadań odpowiadał lokalnym potrzebom środowisk, w zależności od skali poszczególnych zapotrzebowań i uzależnień występujących na terenie gminy, jak i możliwości ich wykonania.

W opracowaniu prezentowane będą następujące tezy:

1. zakres rzeczowy programu należy uznać za obligatoryjny, co oznacza, że podczas jego uchwalania żaden z obszarów wskazanych w art. 4¹ ust. 1 u.w.t.p.a. nie powinien zostać pominięty;

2. GPPiRPA nie jest aktem prawa powszechnie obowiązującego, jest natomiast wewnętrznym planem działania gminy w określonym zakresie;

3. wstępem do opracowania gminnego programu powinna być przeprowadzona diagnoza sytuacji społecznej, która zgodnie z art. 16b ust. 2 pkt 1 Ustawy z dnia 12 marca 2004 r. o pomocy społecznej¹⁰ stanowi element strategii rozwiązywania problemów społecznych, o której mowa w art. 16b ust. 1 u.p.s.;

4. Gminna Komisja Rozwiązywania Problemów Alkoholowych (dalej: GKRPA lub komisja) jest jednym z realizatorów programu, a zarazem najważniejszym podmiotem w zakresie rozwiązywania problemów alkoholowych. Jej powołanie jest obligatoryjne.

W artykule zwraca się uwagę na siłę obowiązujących unormowań prawnych w zakresie profilaktyki i rozwiązywania problemów alkoholowych. Możliwości, jakie stworzył ustawodawca organom gminy, tj.

⁹ Dz.U. 2016, poz. 1492.

¹⁰ Tekst jedn. Dz.U. 2019, poz. 1507 ze zm., dalej „u.p.s.”.

radzie gminy i wójtowi bądź burmistrzowi, pozwalają adekwatnie do potrzeb lokalnych mieszkańców kształtować politykę wobec alkoholu. W GPPiRPA ważne jest to, aby cele programu i efektywność ich wykonania stanowiły rzeczywistą pomoc w drodze do profilaktyki i rozwiązywania problemów alkoholowych.

1. Szczegółowe zadania gminy w zakresie wychowania w trzeźwości i przeciwdziałania alkoholizmowi

W myśl art. 18 ust. 2 pkt 15 u.s.g. do wyłącznej właściwości rady gminy należy stanowienie w innych sprawach zastrzeżonych ustawami. Powołany przepis ma istotne znaczenie w zakresie kompetencji organu stanowiącego gminy do podjęcia uchwały w sprawie Gminnego Programu Profilaktyki i Rozwiązywania Problemów Alkoholowych. GPPiRPA zobowiązuje gminę do prowadzenia działań z zakresu profilaktyki i rozwiązywania problemów alkoholowych oraz integracji społecznej osób uzależnionych od alkoholu (art. 4¹ ust. 1 i 2 u.w.t.p.a.). Zadania te realizuje samorząd poprzez realizatorów programu¹¹ z udziałem środków (dochodów), o których mowa w art. 18, art. 18¹ i art. 11¹ u.w.t.p.a. przeznaczonych na ten cel (art. 18² u.w.t.p.a.).

Istotą programu jest ograniczenie negatywnych konsekwencji społecznych, w tym szczególnie szkód zdrowotnych i zaburzeń życia rodzinnego, wynikających z używania alkoholu oraz zjawiska picia alkoholu i podejmowania innych zachowań ryzykownych przez dzieci i młodzież. Należy pamiętać, że choć ustawa posługuje się sformułowaniem „zadanie”, to mowa o obszarach, które dopiero w gminnym programie są wypełniane konkretnymi zadaniami adekwatnymi do potrzeb lokalnej społeczności. Ustawodawca, wymieniając je jako realizowane „w szczególności”, nadał im rangę pierwszeństwa oraz rekomendacji. Nadto zwrot „w szczególności” umożliwi organom gmin dookreślanie jeszcze innych zadań pożądaných w społeczności lokalnej. Planując zadania w poszczególnych obszarach, należy bezwzględnie przestrzegać ustawowego wymogu dotyczącego ich merytorycznego związku z profilaktyką i rozwiązywaniem problemów alkoholowych. Tylko takie przedsięwzięcia mogą bowiem

¹¹ Należą do nich np. Ośrodek Pomocy Społecznej, Gminna Komisja Rozwiązywania Problemów Alkoholowych, organizacje pozarządowe, szkoły, punkty konsultacyjno-informacyjne, policja, placówki wsparcia dziennego, poradnie psychologiczno-pedagogiczne, świetlice szkolne realizujące program profilaktyczny.

zostać wpisane do gminnego programu i sfinansowane ze środków pochodzących z opłat za korzystanie z zezwoleń na sprzedaż napojów alkoholowych¹². Potwierdza to także Uchwała Kolegium Regionalnej Izby Obrachunkowej w Rzeszowie z dnia 10 stycznia 2012 r. wskazująca, że „dochody z opłat za zezwolenia wydane na podstawie art. 18 lub art. 18¹ oraz dochody z opłat określonych w art. 11¹ wykorzystywane będą na realizację gminnych programów oraz zadań realizowanych przez placówkę wsparcia dziennego”¹³. Konsekwencją tego przepisu jest obowiązek gminy każdorazowego sprawdzania przy przeznaczaniu środków pieniężnych, czy określone zadanie jest przewidziane w programie¹⁴.

Ustawodawca w art. 4¹ ust. 1 u.w.t.p.a. wskazał, jakie konkretnie obszary należą do zadań własnych gminy. Są to:

„1) zwiększanie dostępności pomocy terapeutycznej i rehabilitacyjnej dla osób uzależnionych od alkoholu;

2) udzielanie rodzinom, w których występują problemy alkoholowe pomocy psychospołecznej i prawnej, a w szczególności ochrony przed przemocą w rodzinie;

3) prowadzenie profilaktycznej działalności informacyjnej i edukacyjnej w zakresie rozwiązywania problemów alkoholowych i przeciwdziałania narkomanii, w szczególności dla dzieci i młodzieży, w tym prowadzenie pozalekcyjnych zajęć sportowych, a także działań na rzecz dożywiania dzieci uczestniczących w pozalekcyjnych programach opiekuńczo-wychowawczych i socjoterapeutycznych;

4) (uchylony);

5) wspomaganie działalności instytucji, stowarzyszeń i osób fizycznych służącej rozwiązywaniu problemów alkoholowych;

6) podejmowanie interwencji w związku z naruszeniem przepisów określonych w art. 13¹ i 15 ustawy oraz występowanie przed sądem w charakterze oskarżyciela publicznego;

7) wspieranie zatrudnienia socjalnego poprzez organizowanie i finansowanie centrów integracji społecznej”.

Nadzór nad realizacją programu sprawuje organ uchwałodawczy (rada gminy), natomiast organ wykonawczy gminy (wójt lub burmistrz)

¹² Rozstrzygnięcie nadzorcze Wojewody Małopolskiego z dnia 12 IV 2002 r., sygn. PN II 0911/63/02, OwSS 2003/1/16.

¹³ Uchwała Kolegium Regionalnej Izby Obrachunkowej w Rzeszowie z dnia 10 I 2012 r., sygn. I/11/2012, LEX nr 1727480.

¹⁴ I. Skrzydło-Niżnik, *Komentarz do art. 2*, w: I. Skrzydło-Niżnik, G. Zalas, *Ustawa o wychowaniu w trzeźwości i przeciwdziałaniu alkoholizmowi. Komentarz*, Zakamycze 2002.

odpowiedzialny jest za realizację programu. Praktyka pokazuje, że choć nie wynika to bezpośrednio z u.w.t.p.a., to wójt lub burmistrz raportuje radzie sprawozdanie z realizacji programu zarówno w zakresie merytorycznym, jak i finansowym. Zazwyczaj jest to termin do dnia 31 marca¹⁵ roku następującego po roku, którego sprawozdanie dotyczy.

2. Kierunki polskiej polityki reglamentacyjnej i społecznej wobec alkoholu

Alkohol jako produkt jest legalnym towarem rynkowym, jednakże nie jest takim samym towarem rynkowym jak inne towary, ponieważ nie podlega zasadom wolnego rynku¹⁶. Państwo świadome szkód, jakie powoduje jego używanie, bierze na siebie odpowiedzialność ograniczenia negatywnych konsekwencji i ingeruje w kwestie związane z jego dostępnością¹⁷. Polityka wobec alkoholu kształtowana jest zatem głównie przez ustawodawcę, zaś realizacja jej założeń należy do organów administracji rządowej i samorządowej¹⁸ oraz pozapaństwowych podmiotów polityki społecznej¹⁹. Polityka ta wskazuje różne style jej realizacji, m.in. styl wyzwalający (liberalny), opiekuńczy, bodźcowy lub rygorystyczny, w zależności od kategorii adresatów polityki społecznej²⁰. Bezsprzecznie trzeba brać pod uwagę, że w sferze społecznej zadań samorządu terytorialnego w zakresie wychowania w trzeźwości i przeciwdziałania alkoholizmowi powinny być stosowane nie tylko instrumenty reglamentacyjne, ale także wszelkie inne skuteczne formy działań podmiotów realizujących politykę społeczną²¹, pamiętając, że w przypadku administracji publicznej obowiązuje konstytucyjna zasada

¹⁵ Jest to termin zawarty w Gminnym Programie Profilaktyki i Rozwiązywania Problemów Alkoholowych.

¹⁶ Przykładem środków reglamentacyjnych jest m.in. limitowanie punktów sprzedaży napojów alkoholowych, wydawanie zezwoleń na sprzedaż i pobieranie opłat, ograniczenia dotyczące reklamy oraz zasady usytuowania punktów sprzedaży alkoholu.

¹⁷ B. Szmulik, M. Żmigrodzki, *Wprowadzenie do nauki o państwie i polityce*, Lublin 2007, s. 14.

¹⁸ Por. E. Nowacka, *Polski samorząd terytorialny*, Warszawa 2006, s. 68 i n., 96 i n.

¹⁹ Por. J. Auleytner, K. Głębicka, op. cit., s. 79–115.

²⁰ J. Supińska, *Style i instrumenty polityki społecznej*, w: *Polityka społeczna*, pod red. G. Firlit-Fesnak, M. Szyłko-Skoczny, Warszawa 2007, s. 82 i n.

²¹ B. Jaworska-Dębska, *Prawo administracyjne wobec uzależnień, kierunki przemian, w: Ewolucja prawnych form administracji publicznej. Księga jubileuszowa z okazji 60. rocznicy urodzin Profesora Ernesta Knosali*, Warszawa 2008, s. 149–150.

legalności²² i podmioty te mogą stosować wyłącznie formy działania prawnie dopuszczone²³.

Polityka reglamentacyjna wobec alkoholu oznacza, że istnieją ograniczenia dostępności alkoholu (art. 2 ust. 4 u.w.t.p.a.). Ustawodawca wprowadził takie regulacje, jak:

1. zakaz spożywania alkoholu w miejscach publicznych, z wyjątkiem miejsc przeznaczonych do ich spożycia na miejscu, w punktach sprzedaży tych napojów (art. 14 ust. 2a);

2. zakaz sprzedaży, podawania i spożywania alkoholu we wskazanych miejscach, takich jak tereny szkół, placówki oświatowo-wychowawcze, zakłady pracy, domy wypoczynkowe i inne (art. 14 ust. 1–2, art. 14 ust. 4);

3. ograniczenia w zakresie sprzedaży napojów alkoholowych określonym kategoriom konsumentów, np. zakaz sprzedaży napojów alkoholowych osobom niepełnoletnim lub osobom, których zachowanie wskazuje, że są w stanie nietrzeźwości (art. 15 ust. 1 pkt 1 i 2);

4. ograniczenia sprzedaży, podawania i spożywania napojów alkoholowych do zawartości nie większej niż 3,5% alkoholu na imprezie masowej, z wyłączeniem imprezy masowej podwyższonego ryzyka, oraz zakaz sprzedaży w twardej opakowaniach, takich jak szkło czy metal, a także inne tworzywa sztuczne, które wykorzystane niezgodnie z ich przeznaczeniem mogą stanowić zagrożenie dla życia lub zdrowia ludzkiego (art. 8a Ustawy z dnia 20 marca 2009 r. o bezpieczeństwie imprez masowych)²⁴.

W polityce wobec alkoholu widoczna jest tzw. podwójna natura alkoholu, która polega na tym, że z jednej strony alkohol jest towarem konsumpcyjnym, czyli generuje zyski dla producentów i sprzedawców, umożliwia zatrudnianie sprzedawców oraz przynosi dochody dla rządu i samorządów, a z drugiej strony jest substancją toksyczną i psychoaktywną. Interdyscyplinarność wobec profilaktyki alkoholowej wymusza podejmowanie przez organy administracji publicznej, głównie samorząd terytorialny, szerokiego spektrum działań związanych ze społeczną

²² Artykuł 7 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 IV 1997 r. (Dz.U. Nr 78, poz. 483 ze zm.).

²³ E. Olejniczak-Szałowska, M. Stahl, *Prawo administracyjne: pojęcia, instytucje, zasady w teorii i orzecznictwie*, Warszawa 2004, s. 104 i n.; E. Olejniczak-Szałowska, M. Stahl, *Pojęcie i rodzaje prawnych form działania administracji*, w: Z. Duniewska, B. Jaworska-Dębska, R. Michalska-Badziak, E. Olejniczak-Szałowska, M. Stahl, *Prawo administracyjne: pojęcia, instytucje, zasady w teorii i orzecznictwie*, pod red. M. Stahl, Warszawa 2004, s. 377–381.

²⁴ Tekst jedn. Dz.U. 2017, poz. 1160 ze zm.

sferą w zakresie negatywnych skutków spożywania alkoholu²⁵. Gminy wpływają na ograniczenie dostępności alkoholu za pośrednictwem organu uchwałodawczego (rady gminy), który uchwała akty prawa miejscowego w zakresie:

1. ustalenia maksymalnej liczby zezwoleń na sprzedaż napojów alkoholowych dla terenu całej gminy z podziałem na poszczególne jednostki pomocnicze (sołectwa), dzielnice i osiedla (art. 12 ust. 1 i 2 u.w.t.p.a.);

2. ustalenia zasad usytuowania miejsc sprzedaży i podawania napojów alkoholowych (art. 12 ust. 3 u.w.t.p.a.);

3. możliwości wprowadzania przez radę gminy zakazu sprzedaży alkoholu w miejscach i obiektach lub na określonych obszarach innych niż wskazane w ustawie, ze względu na ich charakter (art. 14 ust. 6 u.w.t.p.a.);

4. możliwości regulacji godzin nocnej sprzedaży napojów alkoholowych w sklepach (art. 12 ust. 4 u.w.t.p.a.).

Wprawdzie gmina ma pewien zakres swobody w stanowieniu norm prawnych wynikających z delegowania uprawnień do samodzielnego określenia limitów zezwoleń na sprzedaż alkoholu oraz miejsc usytuowania, to jednak swoboda ta jest ograniczona m.in. celami, które przepisy prawa miejscowego dotyczące tego zagadnienia powinny realizować²⁶. W wyroku WSA w Olsztynie z dnia 15 października 2019 r. stwierdzono: „akty prawa miejscowego, w szczególności uchwały rady gminy podejmowane na podstawie art. 12 ust. 1–3 ustawy z 1982 r. o wychowaniu w trzeźwości i przeciwdziałaniu alkoholizmowi, powinny posiadać uzasadnienie. Wprawdzie, co do zasady, uregulowania u.s.g. nie wprowadzają obowiązku uzasadniania uchwał organów samorządu, jednak w świetle demokratycznego państwa prawnego i adresowanego do wszystkich organów władzy publicznej nakazu działania na podstawie i w granicach prawa, niedopuszczalne jest podejmowanie aktów władzy publicznej, w tym uchwał samorządu, bez ujawniania przyczyn przemawiających za konkretnym rozstrzygnięciem”²⁷.

Organ wykonawczy gminy wydający zezwolenie (decyzję administracyjną) na sprzedaż alkoholu musi więc uwzględnić, oprócz

²⁵ R. Budzisz, B. Jaworska-Dębska, K. Wlazlak, *Rola samorządu terytorialnego w zakresie wychowania w trzeźwości i przeciwdziałania alkoholizmowi (część druga)*, „Studia Prawno-Ekonomiczne” Łódź 2009, s. 55–87.

²⁶ Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego (WSA) w Szczecinie z 30 V 2018 r., sygn. II SA/Sz 366/18, LEX nr 2503112.

²⁷ Wyrok WSA w Olsztynie z 15 X 2019 r., sygn. II SA/OI 561/19, LEX nr 2736030.

przepisów rzeczony ustawy, również treść uchwał rady gminy wydawanych na podstawie art. 12 ust. 1–3 u.w.t.p.a. Uchwały te mają charakter przepisów prawa powszechnie obowiązującego (prawa miejscowego) i niewątpliwie przy wydawaniu zezwoleń na sprzedaż napojów alkoholowych wiążą zarówno jednostkę (przedsiębiorcę), jak i organy władzy publicznej²⁸. Wydanie decyzji administracyjnej zezwalającej na sprzedaż napojów alkoholowych musi zostać poprzedzone uzyskaniem pozytywnej opinii gminnej komisji²⁹, wydanej w trybie art. 106 Ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego³⁰. Pozytywna opinia jest warunkiem wstępnym uzyskania zezwolenia. Dopiero wówczas, gdy opinia komisji jest pozytywna, organ wykonawczy gminy rozważa całokształt okoliczności i wydaje decyzję merytoryczną, która nie zawsze musi być tożsama z opinią komisji. Podkreślenia wymaga, że w sytuacji, gdy opinia komisji jest negatywna, warunek wstępny nie jest spełniony i zezwolenie nie może zostać wydane³¹, gdyż pozytywna opinia komisji stanowi ustawową przesłankę warunkującą wydanie zezwolenia, o którym mowa w art. 18 ust. 1 u.w.t.p.a.³²

Nie ulega wątpliwości, że określony w art. 12 ust. 4 u.w.t.p.a. wymóg dotyczący liczby zezwoleń na sprzedaż alkoholu nie może być rozumiany inaczej niż jako upoważnienie do określenia limitu zezwoleń sprzedaży, poza którym nie jest dopuszczalne udzielenie innych zezwoleń na sprzedaż napojów alkoholowych, nie ma natomiast upoważnienia do określenia warunków udzielania zezwoleń³³. Przedsiębiorca, który naruszy jakikolwiek z ustawowych warunków sprzedaży napojów alkoholowych, musi wiedzieć, że naraża się na utratę zezwolenia na sprzedaż alkoholu. Sankcja ta jest nieunikniona, co wskazał WSA w Krakowie³⁴. Prowadzenie działalności gospodarczej polegającej na sprzedaży napojów alkoholowych bez zezwolenia właściwego organu administracji publicznej (wójta bądź burmistrza) nie jest możliwe. Zarówno doktryna, jak i orzecznictwo zgodne są co do charakteru zezwolenia udzielanego przedsiębiorcy. Przyjmuje się, że dotyczy ono indywidualnej sprawy

²⁸ Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego (NSA) z 18 IX 2014 r., sygn. II GSK 1158/13, LEX nr 1572610.

²⁹ Artykuł 18 ust. 3a u.w.t.p.a.

³⁰ Tekst jedn. Dz.U. 2020, poz. 256 ze zm., dalej „k.p.a.”.

³¹ Wyrok WSA w Szczecinie z 13 XII 2018 r., sygn. II SA/Sz 1037/18, LEX nr 2609798.

³² Postanowienie Samorządowego Kolegium Odwoławczego (SKO) w Gdańsku z 17 III 2009 r., sygn. 5106/08, LEX nr 5106/08.

³³ Wyrok NSA z 8 IX 2009 r., sygn. II GSK 42/09, LEX nr 596809.

³⁴ Wyrok WSA w Krakowie z 27 II 2018 r., sygn. III SA/Kr 1556/17, LEX nr 2458224.

z zakresu administracji publicznej, podlegającej załatwieniu w trybie postępowania administracyjnego i w formie decyzji administracyjnej³⁵.

Eksperti Światowej Organizacji Zdrowia do Spraw Problemów Związanych z Konsumpcją Alkoholu już w 1979 r. zwracali uwagę na to, że problemy związane z alkoholem nie są współmierne z uzależnieniem i obejmują wiele bardzo różnych szkód³⁶. To nie tylko uzależnienie od alkoholu, ale długa lista różnorodnych szkód, które mogą dotyczyć każdego mieszkańca gminy. Biorąc pod uwagę to, jak rozmaite i uciążliwe są problemy związane z alkoholem, ważne jest, aby rozumieć, że działania podejmowane przez gminy w zakresie rozwiązywania problemów alkoholowych są adresowane nie tylko do grup wysokiego ryzyka, ale do każdego mieszkańca gminy. Działania zaplanowane w programie wpisują się w zadania z zakresu Ustawy z dnia 12 marca 2004 r. o pomocy społecznej³⁷ oraz u.z.p., a wyliczenie w art. 2 u.z.p. zadań zakresu zdrowia publicznego należy zestawić z definicją przyjętą przez Światową Organizację Zdrowia, której treść brzmi: „zorganizowany wysiłek społeczny, realizowany głównie przez wspólne działania instytucji publicznych, mający na celu polepszenie, promocję, ochronę i przywracanie zdrowia ludności; obejmuje m.in. takie rodzaje działalności, jak analizę sytuacji zdrowotnej, nadzór zdrowotny, promocję zdrowia, zapobieganie, zwalczanie chorób zakaźnych, ochronę środowiska i sanitację, działania przygotowawcze na wypadek katastrof i nagłych zagrożeń zdrowotnych oraz medycynę pracy”³⁸.

W kwestii reglamentacji nie można pominąć zakazów w zakresie stosowania reklam napojów alkoholowych oraz ich promocji. Zgodnie z definicją zawartą w art. 2¹ u.w.t.p.a. za reklamę napojów alkoholowych uznaje się publiczne rozpowszechnianie znaków towarowych napojów alkoholowych lub symboli graficznych z nimi związanych, a także nazw i symboli graficznych przedsiębiorców produkujących napoje alkoholowe. Z kolei za promocję napojów alkoholowych uznaje się publiczną degustację napojów, rozdawanie rekwiizytów związanych

³⁵ Wyrok NSA z 4 X 2006 r., sygn. II GSK 139/06, Legalis nr 82990; R. Budzisz, B. Jaworska-Dębska, K. Właźlak, *Rola samorządu terytorialnego w zakresie wychowania w trzeźwości i przeciwdziałania alkoholizmowi (część pierwsza)*, „Studia Prawno-Ekonomiczne” Łódź 2009, s. 76.

³⁶ K. Łukowska, *Rozwiązywanie problemów alkoholowych oraz ograniczanie dostępności alkoholu w gminach i miastach. Przewodnik dla samorządowców*, Warszawa 2018, s. 21.

³⁷ Tekst jedn. Dz.U. 2019, poz. 1507 ze zm.

³⁸ H. Izdebski, *Komentarz do art. 2, w: Ustawa o zdrowiu publicznym. Komentarz*, pod red. M. Dercza, H. Izdebskiego, T. Reka, Warszawa 2016.

z napojami alkoholowymi oraz organizowanie premiowanej sprzedaży napojów alkoholowych i inne formy publicznego zachęcania do ich nabywania. WSA w Łodzi i NSA wskazują, że „każde działanie zmierzające do publicznego rozpowszechniania znaków towarowych napojów alkoholowych uznaje się za reklamę napojów alkoholowych”³⁹. Dodatkowo, zgodnie z tezą wyroku NSA z 13 lipca 2017 r., należy brać pod uwagę, że „eksponowanie w oszklonej witrynie sklepowej jako oknie wystawowym znaków towarowych napojów alkoholowych stanowi reklamę tych napojów w rozumieniu art. 2¹ ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 26 października 1982 r. o wychowaniu w trzeźwości i przeciwdziałaniu alkoholizmowi”⁴⁰. Powyższe zakazy nie obejmują reklamy i promocji napojów alkoholowych wewnątrz pomieszczeń hurtowni, wydzielonych stoisk lub punktów prowadzących wyłącznie sprzedaż napojów alkoholowych oraz na terenie punktów prowadzących sprzedaż napojów alkoholowych przeznaczonych do spożycia w miejscu sprzedaży⁴¹. Na uwagę zasługuje fakt, że istnieją dowody naukowe potwierdzające istnienie znaczącego wpływu reklamy alkoholu na wielkość problemów powodowanych przez alkohol. Kraje, które wprowadziły całkowity zakaz reklamy alkoholu odnotowały spadek liczby ofiar śmiertelnych wypadków samochodowych⁴².

Jak zaakcentowano już wcześniej, występowanie szkód społecznych, ekonomicznych i zdrowotnych niewątpliwie jest przedmiotem zainteresowania ustawodawcy, który poprzez stosowne regulacje prawne stara się ograniczać rozmiary tych szkód oraz przeciwdziałać ich powstawaniu. Zgodnie z przepisem art. 2 ust. 1 u.w.t.p.a. do najważniejszych kierunków polityki społecznej, oprócz ograniczenia dostępności alkoholu, należy:

1. tworzenie warunków sprzyjających realizacji potrzeb, których zaspokajanie motywuje powstrzymanie się od spożywania alkoholu;
2. działalność zarówno wychowawcza, jak i informacyjna;
3. ustalanie odpowiedniego poziomu i właściwej struktury produkcji napojów alkoholowych przeznaczonych do spożycia w kraju;

³⁹ Wyrok WSA w Łodzi z 18 XI 2015 r., sygn. ISA/Łd 862/15, LEX nr 1944757; wyrok NSA z 24 VII 2018 r., sygn. II FSK 38/18, LEX nr 2564692.

⁴⁰ Wyrok NSA z 13 VII 2017 r., sygn. II GSK 982/17, ONSAiWSA 2018/6/107, LEX nr 2333400.

⁴¹ Zespół redaktorów i recenzentów Państwowej Agencji Rozwiązywania Problemów Alkoholowych, *Rekomendacje do realizowania i finansowania gminnych programów profilaktyki i rozwiązywania problemów alkoholowych w 2020 roku*, Warszawa 2019, s. 182.

⁴² H. Saffer, *Alcohol advertising bans and alcohol abuse: An international perspective*, „Journal of Health Economics” 1991, vol. 10, no. 1, s. 65–79.

4. leczenie, rehabilitacja i reintegracja osób uzależnionych od alkoholu;
5. zapobieganie negatywnym następstwom nadużywania alkoholu i ich usuwanie;
6. przeciwdziałanie przemocy w rodzinie;
7. wspieranie zatrudnienia socjalnego poprzez finansowanie centrów integracji społecznej.

Treść art. 2 ust. 1 u.w.t.p.a. zawiera przykładowe zadania, w których ustawodawca oparł metodę zdefiniowania pojęcia przeciwdziałania alkoholizmowi na utożsamieniu tego pojęcia z odpowiednio kształtowaną polityką społeczną. Ustawodawca, wykorzystując różnorodne techniki legislacyjne, sformułował postaci „odpowiedniego kształtowania polityki społecznej”. Zróznicowany charakter zadań wymienionych w art. 2 ust. 1 u.w.t.p.a. pozwala stwierdzić, że ich wykonanie jest związane z podejmowaniem przez administrację publiczną działań reglamentacyjno-porządkowych odnoszących się do korzystania przez administrację z władztwa publicznoprawnego w takich sytuacjach, jak: podejmowanie przez rady gmin uchwał wykonawczych względem norm u.w.t.p.a. lub wydawanie, cofanie bądź stwierdzenie przez organy wykonawcze (wójta, burmistrza) wygaśnięcia lub nieważności zezwoleń na sprzedaż hurtową bądź detaliczną napojów alkoholowych, a także innych działań świadczących, np. usługi izby wytrzeźwień⁴³.

3. Gminny Program Profilaktyki i Rozwiązywania Problemów Alkoholowych i jego charakter prawny

Szczególne znaczenie wśród działań podejmowanych przez gminy⁴⁴ mają te zadania, które są realizowane zgodnie z uchwalanym przez radę gminy programem. Program musi być zgodny z dyspozycją art. 4¹ ust. 1 u.w.t.p.a. oraz stanowić część strategii rozwiązywania problemów społecznych uwzględniającej cele operacyjne dotyczące profilaktyki i rozwiązywania problemów alkoholowych określone w Narodowym Programie Zdrowia. Ponadto program powinien za punkt wyjścia

⁴³ I. Skrzydło-Niżnik, G. Zalas, op. cit.

⁴⁴ Mimo że prawodawca posługuje się w ustawie pojęciem jednostek samorządu terytorialnego, to w treści aktu jedynie incydentalnie wymienia szczegółowe zadania samorządu powiatowego, zasadniczy nacisk kładąc na zadania realizowane przez gminę i województwo.

przyjmować aktualną sytuację związaną ze spożywaniem alkoholu na terenie gminy oraz lokalizować najważniejsze problemy dotyczące zjawiska alkoholizmu w ujęciu lokalnym.

Nasuwa się zatem pytanie o charakter prawny programu, tj. o to, czy omawiany program jest aktem prawa miejscowego, czy też ma cechy aktu wewnętrznego. Jak zauważa D. Dąbek, „analiza materiału normatywnego i porównanie go z proponowanymi w doktrynie cechami aktu prawa miejscowego wyraźnie wskazują, że plan taki nie ma charakteru aktu powszechnie obowiązującego”⁴⁵. Poglądy doktryny w tym zakresie są jednolite⁴⁶. GPPiRPA nie ma waloru przepisów powszechnie obowiązujących, co znajduje potwierdzenie w orzeczeniu NSA z 23 czerwca 2003 r., w którym sąd stwierdził, że „Gminny program profilaktyki i rozwiązywania problemów alkoholowych nie ma waloru przepisów powszechnie obowiązujących. Jest to akt prawny wiążący w zasadzie organy gminy, określający sposób działania gminy w określonym zakresie. Program ten w rzeczywistości jest planem działania gminy”⁴⁷.

Program powinien równocześnie wskazywać środki i metody, które powinny być wykorzystane w realizacji celów i zadań. Nadto powinni być określone adresaci poszczególnych działań, a także podmioty odpowiedzialne za ich realizację. Na szczeblu gminy współpraca wielu samorządowych jednostek organizacyjnych jest ważna dla efektywności podejmowanych działań, gdyż tak jak już wcześniej zaznaczono – program powinien być uchwalany zgodnie z lokalnymi problemami dotyczącymi zjawiska alkoholizmu. Potwierdzeniem tego jest wyrok WSA w Lublinie, który uznał, że „rada gminy uchwalając program profilaktyki i przeciwdziałania alkoholizmowi dostosowuje jego treść do potrzeb społecznych i lokalnych na swoim terenie i to w taki sposób, aby jak najskuteczniej zapobiegać niebezpiecznemu zjawisku”⁴⁸.

⁴⁵ R. Budzisz, B. Jaworska-Dębska, K. Wlazlak, *Rola samorządu terytorialnego w zakresie wychowania w trzeźwości i przeciwdziałania alkoholizmowi (część druga)*, s. 59.

⁴⁶ Por. Z. Duniewska, M. Górka, B. Jaworska-Dębska, E. Olejniczak-Szałowska, M. Stahl, *Plany, strategie, programy i inne zbliżone formy prawne działania administracji*, w: *Podmioty administracji publicznej i prawne formy ich działania. Studia i materiały z konferencji jubileuszowej Profesora Eugeniusza Ochendowskiego*, Toruń 2005, s. 165–166, tak też cytowani tam autorzy.

⁴⁷ Wyrok NSA w Poznaniu z 23 VI 2003 r., sygn. II SA/Po 502/03, LEX nr 166967; Rozstrzygnięcie nadzorcze Wojewody Świętokrzyskiego z 9 IV 2009 r., sygn. NK-I-0911/50/2009, LEX nr 585549.

⁴⁸ Wyrok WSA w Lublinie z 29 VI 2008 r., sygn. III SA/Lu 175/08, LEX nr 499577.

4. Diagnoza społeczna punktem wyjścia dla działań prowadzonych przez gminę oraz monitorowania podejmowanych działań

Wstępem do działań w zakresie opracowania GPPiRPA powinna być przeprowadzona diagnoza społeczna. Wskazuje ona nie tylko rodzaje problemów, ale pozwala także określić zasoby i sprawdzić zapotrzebowanie na różnego rodzaju działania, natomiast prowadzona systematycznie pozwala na monitorowanie problemów alkoholowych i staje się punktem wyjścia dla ewaluacji. Wydaje się, że argumentem na rzecz przeprowadzania lokalnych diagnoz, oprócz treści art. 16b ust. 2 pkt 1 u.p.s., jest również art. 12 ust. 7 u.w.t.p.a., który wymaga, aby maksymalna liczba zezwoleń na sprzedaż napojów alkoholowych, usytuowanie miejsc sprzedaży, podawania i spożywania napojów alkoholowych oraz godziny sprzedaży napojów alkoholowych uwzględniały postanowienia gminnych programów, a te powinny być uzasadnione rozpoznaniem lokalnych problemów oraz oceną, czy problemy te mają charakter nasilający się czy słabnący.

Ponadto PARPA od wielu lat rekomenduje opracowywanie gminnego programu na podstawie lokalnej diagnozy. Ma ona na celu uzyskanie możliwie pełnego rozeznania w zakresie rozmiarów poszczególnych problemów oraz zbadanie reakcji społecznych i instytucjonalnych na ten problem⁴⁹. Jedną z podstawowych cech diagnozy powinna być użyteczność, czyli możliwość zastosowania wyników do prowadzenia lokalnej polityki. W ramach diagnozy zbierane są przede wszystkim dane z istniejących źródeł, takich jak dokumenty, raporty i statystyki instytucji zajmujących się problemem alkoholu. Nawet jeśli diagnozą nie uda się objąć wszystkich aspektów lokalnego zjawiska, to istotne jest zbieranie, gromadzenie i analizowanie wszystkich możliwych danych, by doskonalić zakres zbieranych informacji. W ramach lokalnej diagnozy można gromadzić informacje w następujących obszarach:

1. rozmiary problemów alkoholowych, w tym wzory spożywania alkoholu;
2. dostępność napojów alkoholowych;

⁴⁹ A. Malczewski, *Diagnoza problemów alkoholowych w gminach jako obowiązkowy punkt wyjścia dla działań prowadzonych przez samorząd*, Kraków 2017, s. 13.

3. zasoby w zakresie rozwiązywania problemów alkoholowych na poziomie lokalnym;

4. postawy wobec problemów alkoholowych i polityki wobec alkoholu⁵⁰.

W opracowaniu diagnozy stosuje się różne techniki badawcze. Jedną z najczęściej wykorzystywanych są metody ilościowe. Badania te mogą być prowadzone w różny sposób i dostarczać wielu cennych informacji. Należą do nich:

1. badania ankietowe wśród dorosłych, które mogą być źródłem wiedzy o rozpowszechnianiu picia alkoholu, wzorach picia, konsekwencjach zdrowotnych oraz rozpowszechnianiu picia ryzykownego lub szkodliwego;

2. badania ankietowe wśród młodzieży, które dostarczają informacji m.in. o rozpowszechnieniu picia, wieku inicjacji alkoholowej, sposobach zdobywania alkoholu przez osoby niepełnoletnie;

3. wywiady indywidualne i grupowe, które mogą znacząco pogłębić znajomość wzorów picia alkoholu, motywów picia i postaw wobec alkoholu i osób pijących;

4. obserwacyjne metody badawcze, które z kolei mogą służyć opracowaniu lokalnej mapy zagrożeń⁵¹.

Wykorzystanie wyników diagnozy do podejmowania działań pozwala na prowadzenie tzw. *evidence-based policy* (polityki opartej na dowodach). Strategie polityczne, w tym przypadku rozwiązywanie problemów alkoholowych, muszą odpowiadać na problemy, być długofalowe, perspektywiczne i oparte na sprawdzonych rozwiązaniach, nie mogą być natomiast reakcją na chwilowe, doraźne potrzeby. Oznacza to, że należy tworzyć strategie, które są odpowiedzią na przyczyny, a nie objawy⁵². W efekcie wyniki diagnozy mogą zostać wykorzystane do podniesienia jakości programów, a także mogą okazać się pomocne w mobilizacji lokalnych władz jako potwierdzenie skuteczności prowadzonych działań. Powtarzalna diagnoza zjawisk społecznych pozwala na szybkie i adekwatne do potrzeb modyfikowanie gminnych programów oraz na dokonanie porównań pomiędzy gminami.

⁵⁰ K. Łukowska, op. cit., s. 58 i n.

⁵¹ K. Łukowska, K. Okulicz-Kozaryn, *Budowa gminnych programów profilaktyki i rozwiązywania problemów alkoholowych z wykorzystaniem metody drzewa problemów – drzewa celów*, Warszawa 2016, s. 38 i n.

⁵² Odniesienie do działań z tego zakresu było jednym z elementów polityki rządu brytyjskiego Tony'ego Blaira, który chciał ograniczyć przede wszystkim działania oparte na ideologii.

5. Gminna Komisja Rozwiązywania Problemów Alkoholowych

GKRPA jest jednym z podmiotów programu, który odgrywa zasadniczą rolę w rozwiązywaniu problemów alkoholowych. Podmiot ten jest powołany przez wójta bądź burmistrza na mocy art. 4¹ pkt 3 u.w.t.p.a. do realizowania na terenie gminy określonych zadań z zakresu wychowania w trzeźwości i przeciwdziałania alkoholizmowi. GKRPA nie należy utożsamiać z wewnętrznymi stałymi komisjami rady gminy w rozumieniu art. 21 u.s.g. Zdaniem R. Budzisz, B. Jaworskiej-Dębskiej i K. Właźlak „nie do zaakceptowania jest pogląd, że gminna komisja rozwiązywania problemów alkoholowych jest organem gminy”⁵³. O kwestii tej jednoznacznie przesądza art. 11a u.s.g., wskazując, że organami gminy są: rada gminy oraz wójt, burmistrz bądź prezydent miasta. Niemniej jednak warto zauważyć, że GKRPA jest organem pomocniczym gminy i odpowiednio wójta w zakresie funkcjonalnym. Co prawda, nie działa w ramach struktur ustrojowych gminy, ale współdziała z organem gminy na zasadach określonych w art. 106 k.p.a. w zakresie własnych kompetencji. Innymi słowy nie może zastępować organu administracji publicznej właściwego do wydania decyzji w rozpatrywaniu oraz w merytorycznym rozstrzygnięciu sprawy⁵⁴. Kompetencje do wydania decyzji administracyjnej przysługują wyłącznie organowi administracji publicznej. Opinia wyrażona przez organ współdziałający (GKRPA) jest oceną faktów z użyciem ustawowych lub subiektywnych kryteriów opiniującego. Niezależnie od zakresu oddziaływania organów administracji publicznej zarówno organ współdziałający nie może zastępować organu właściwego do wydania decyzji, jak i nie jest dopuszczalne, aby organ upoważniony do wydania określonej decyzji zastępował organ współdziałający. Na każdym z organów (prowadzącym postępowanie główne i współdziałającym) ciąży obowiązek wynikający z przepisów procesowych⁵⁵.

Odnosząc powyższe ogólne konstatacje do treści przepisów art. 106 k.p.a., można stwierdzić, że współdziałanie organu, a uściślając – GKRPA, jest podejmowane przed załatwieniem sprawy w drodze decyzji administracyjnej. Organ współdziałający uczestniczy jedynie w czynnościach postępowania administracyjnego, biorąc udział

⁵³ R. Budzisz, B. Jaworska-Dębska, K. Właźlak, *Rola samorządu terytorialnego w zakresie wychowania w trzeźwości i przeciwdziałania alkoholizmowi (część druga)*, s. 64.

⁵⁴ Wyrok WSA w Warszawie z 16 II 2006 r., sygn. VS/Wa 2152/05, LEX nr 193340.

⁵⁵ Wyrok NSA w Warszawie z 13 I 2003 r., sygn. IV SA 2085/99, Legalis nr 94337.

w załatwieniu sprawy przez wyrażenie stanowiska (opinii) w zakresie swej właściwości. Postępowanie organu współdziałającego ma zatem charakter pomocniczy w sprawie załatwianej przez organ ustrojowy gminy (wójta bądź burmistrza) w drodze decyzji administracyjnej i jest elementem postępowania głównego, nie jest natomiast postępowaniem odrębnym.

Zgodnie z art. 4¹ ust. 3 u.w.t.p.a. do zadań GKRPA należy inicjowanie działań w zakresie realizacji zadań związanych z profilaktyką alkoholową i rozwiązywaniem problemów alkoholowych oraz podejmowanie czynności zmierzających do orzeczenia o zastosowaniu wobec osoby uzależnionej od alkoholu obowiązku poddania się leczeniu w zakładzie leczenia odwykowego. W obszarze tego zadania działalność GKRPA polega na skierowaniu osoby nadużywającej alkohol na badanie do biegłego w celu wydania opinii w przedmiocie uzależnienia od alkoholu i wskazanie rodzaju zakładu leczniczego. Postępowanie w tej sprawie GKRPA wszczyna z własnej inicjatywy lub na wniosek osoby zainteresowanej, a obejmuje ono osoby nadużywające alkohol i powodujące rozkład życia rodzinnego, demoralizację małoletnich bądź uchylające się od pracy albo systematycznie zakłócające spokój lub porządek publiczny (art. 24 u.w.t.p.a.). Ponadto komisja uprawniona jest do wystąpienia do sądu rejonowego z wnioskiem o wszczęcie postępowania w celu zobowiązania osoby nadużywającej alkoholu do poddania się leczeniu w stacjonarnym lub niestacjonarnym zakładzie leczenia odwykowego. Postępowanie dotyczące obowiązkowego leczenia nie dotyczy jednorazowych sytuacji, ale systematycznie występujących, powtarzających się zachowań. Z tego względu komisja jest wyposażona w legitymację formalną do złożenia wniosku o wszczęcie wskazanego postępowania, które toczy się przed sądem cywilnym w trybie nieprocesowym, zgodnie z art. 26 u.w.t.p.a. Członkowie gminnej komisji rozwiązywania problemów alkoholowych, jak zasygnalizowano już wcześniej, uczestniczą w procedurze opiniowania wydawanych przez wójta lub burmistrza zezwoleń na sprzedaż napojów alkoholowych oraz dokonują kontroli przestrzegania zasad i warunków korzystania z zezwolenia (art. 18 ust. 8 u.w.t.p.a.). Wobec tego zadania komisji można podzielić na kilka grup:

1. zadania inicjujące;
2. zadania zmierzające do orzeczenia obowiązku poddania się leczeniu;
3. zadania opiniodawcze;

4. zadania kontrolne;
5. pozostałe zadania⁵⁶.

Wśród pozostałych zadań, przewidzianych odrębnymi ustawami szczególnymi prawa administracyjnego, rozporządzeniami oraz aktami prawa wewnętrznego, można wyróżnić: zadania związane z procedurą „Niebieskiej Karty”, która uregulowana jest w rozporządzeniu Rady Ministrów z dnia 13 września 2011 r. w sprawie procedury „Niebieskiej Karty” oraz wzorów formularzy „Niebieska Karta”, wydanego na podstawie art. 9d ust. 5 Ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu przemocy w rodzinie⁵⁷, następnie działania podejmowane po uzyskaniu informacji od sędziego, jeżeli w toku czynności sądowych okaże się, że uzyskane informacje mogą stanowić podstawę do wszczęcia postępowania w stosunku do osób uzależnionych od alkoholu, środków odurzających lub psychotropowych, aż do współpracy z izbami wytrzeźwień.

Oznacza to, że działania komisji mają zróżnicowaną formę prawną, począwszy od działań technicznych, przez kampanie edukacyjne, aż po współdecydowanie. Dlatego też w skład komisji mogą być powołane osoby, które zostały przeszkolone w zakresie profilaktyki i rozwiązywania problemów alkoholowych (art. 4¹ ust. 4 u.w.t.p.a.). Innymi słowy skład komisji powinien mieć charakter wyspecjalizowany⁵⁸. Od kompetencji osób wchodzących w skład gminnej komisji zależy efektywność działań podejmowanych w ramach gminnych programów, ponieważ grono to wnosi znaczący wkład w opracowanie projektu programu. Jeśli członek komisji nie będzie rozróżniał skutecznych i nieskutecznych strategii profilaktycznych, to działania zawarte w programie będą o niskiej lub zerowej skuteczności⁵⁹. Ponadto, jeśli nie potrafi rozmawiać z osobami motywowanymi do podjęcia leczenia odwykowego, a w zamian poucza, ocenia i wywiera presję, to znikome są szanse na wizytę klienta w poradni odwykowej⁶⁰. Komisja działa jako ciało kolegialne, co należy interpretować w ten sposób, że każdy z jej członków wypowiada się na temat zawartości merytorycznej gminnego programu. Na uwagę zasługuje fakt, że ustawodawca,

⁵⁶ D. Lebowa, W. Maciejko, *Gminna komisja rozwiązywania problemów alkoholowych*, Warszawa 2011, s. 94 i n.

⁵⁷ Tekst jedn. Dz.U. 2015, poz. 1390 ze zm.

⁵⁸ Wyrok WSA w Łodzi z 12 V 2009 r., sygn. III SA/Łd 74/09, LEX nr 515022.

⁵⁹ K. Łukowska, op. cit., s. 154.

⁶⁰ Ibidem.

oprócz składu gminnej komisji i zasad wynagradzania (art. 4¹ ust. 5 u.w.t.p.a.), nie ujmuje żadnych wytycznych odnoszących się do zasad działania komisji i trybu pracy. Jednakże brak podstawy prawnej nie pozbawia możliwości uchwalenia przez komisję własnego regulaminu. Przyjęcie regulaminu mogłoby porządkować niektóre aspekty formalne. W regulaminie warto uregulować (1) kwestie związane ze sposobem podejmowania decyzji oraz (2) z realizacją procedury zobowiązania do leczenia odwykowego. W pierwszym przypadku warto odwołać się do postanowienia SKO z dnia 2 lutego 2011 r.⁶¹, w którym stwierdzono, że „Gminna komisja rozwiązywania problemów alkoholowych jako organ kolegialny w związku z brakiem przepisów prawa powszechnie obowiązującego regulujących tę kwestię podejmuje uchwały, o których mowa w art. 18 ust. 3a ustawy z 26.10.1982 r. o wychowaniu w trzeźwości i przeciwdziałaniu alkoholizmowi, większością głosów swojego składu. Zawsze bowiem w przypadku ciała kolegialnego wymaganych jest więcej głosów «za», by podjąć skuteczną uchwałę”. Powyższe postanowienie dotyczy opiniowania przez GKRPA zgodności lokalizacji punktu sprzedaży z uchwałami organu stanowiącego gminy. Natomiast w kwestii procedury zobowiązania do leczenia odwykowego zasadne jest przyjęcie pewnych standardów postępowania, w szczególności sporządzania protokołów z rozmów oraz wyłączenia z procedury tych członków komisji, którzy mogą pozostać w relacjach z osobami zobowiązanymi lub rozpoczynającymi leczenie.

Podsumowanie

Problem wychowania w trzeźwości i przeciwdziałania alkoholizmowi stanowi istotne zadanie gmin. Gmina ma bowiem najszerszą możliwość oddziaływania i reagowania na problemy spożywania i nadużywania alkoholu, choćby dlatego, że jest najbliżej tego problemu. Jednakże analizując gminne programy, daje się zauważyć, że zadania w nich zawarte są sformułowane w sposób zbyt ogólnikowy i niekiedy nie wiadomo, jakie konkretnie działania dana gmina zamierza podjąć. Z raportu Najwyższej Izby Kontroli wynika, że w piętnastu skontrolowanych jednostkach stwierdza się nierzetelność obowiązujących w nich programów ze względu na ogólnikowość i hasłowość

⁶¹ Postanowienie SKO z 2 II 2011 r., sygn. SKO 4221/1/11, LEX nr 786670.

zadań⁶². Dlatego też gminne komisje powinny rozpocząć pracę nad programem na tyle wcześniej, by mieć czas na analizę działań, jakie mogą zostać zrealizowane w danym roku. Odpowiedni czas przeznaczony na planowanie pozwala skonsultować projekty z podmiotami zewnętrznymi, w szczególności z przedstawicielami szkół, ośrodkami pomocy społecznej, placówkami lecznictwa odwykowego. *Last but not least*, często brakuje diagnozy, a to w niej jest miejsce nie tylko na przedstawienie najpilniejszych problemów do rozwiązania, ale także na pokazanie zasobów, jakimi gmina dysponuje, by rozwiązać problemy alkoholowe na jej terenie. Prowadzona przez gminę diagnoza jest najczęściej fragmentaryczna. Mimo że Narodowy Program Zdrowia wskazuje samorząd gminny jako realizatora „upowszechniania oraz wdrażania programów profilaktycznych rekomendowanych w ramach systemu rekomendacji programów profilaktycznych i promocji zdrowia psychicznego z obszaru profilaktyki uniwersalnej, selektywnej i wskazującej”, to nadal niewystarczająca liczba gmin realizuje programy rekomendowane przez PARPA. Jak zauważa K. Ostaszewski, miejsce profesjonalnych programów zajęły substytuty działań profilaktycznych, czyli imprezy, festyny, eventy, objazdowe teatry profilaktyczne, turnieje i konkursy. Popularność substytutów działań profilaktycznych spowodowała, że sukces działań mierzony jest poprzez atrakcyjność dla odbiorcy, atrakcyjność wizerunkową szkoły lub gminy, medialną widoczność oraz swoiście rozumianą opłacalność, czyli dużą frekwencję przy stosunkowo niskich kosztach⁶³.

Nie ulega wątpliwości, że w trakcie budowania lokalnych strategii i programów należy myśleć systemowo, gdyż tylko wtedy realizacja działań może odnieść pożądany skutek. Gminny program powinien być jak najlepszą odpowiedzią na występujące problemy związane ze spożywaniem alkoholu. Oznacza to, że musi być oparty na dokładnej analizie potrzeb oraz aktualnie występujących problemów. Ponadto w GPPiRPA zawarte są szczegółowe rozwiązania dotyczące form, sposobów i przedsięwzięć podejmowanych przez gminę, która jest najważniejszym ogniwem polityki alkoholowej dysponującym narzędziami

⁶² Informacja o wynikach kontroli pobierania i wykorzystywania przez samorządy województw od gmin opłat za zezwolenia na sprzedaż napojów alkoholowych w latach 2006–2008”, LPO-41025-00/08, nr ewid. 33/2009/PO8151/LPO.

⁶³ K. Ostaszewski, *Bariery i wyzwania profilaktyki zachowań ryzykownych młodzieży*, „Świat Problemów” 2015, nr 1, <http://www.swiatproblemow.pl/bariery-i-wyzwania-profilaktyki-zachowan-ryzykownych-mlodziezy/> (dostęp: 13 III 2020).

prawnymi i finansowymi dającymi możliwość realnego oddziaływania na życie określonej społeczności. Na uwagę zasługuje fakt, że to samorząd gminy (nie powiatu, nie województwa) w wyniku decentralizacji państwa otrzymał tak szerokie kompetencje do prowadzenia własnej polityki wobec problemów związanych z alkoholem, dlatego też rola władz lokalnych jest tak ważna i doniosła.

**THE MUNICIPALITY PROGRAMME FOR PREVENTING
AND RESOLVING ALCOHOL-RELATED PROBLEMS
AS THE BASIC FORM OF IMPLEMENTING THE MUNICIPALITY'S OWN TASKS
IN THE FIELD OF PREVENTING AND RESOLVING ALCOHOL PROBLEMS**

Summary

The system of preventing and resolving alcohol-related problems used in Poland gives municipalities (*gminas*), as territorial units, the fundamental role in it. The municipality council is obliged to establish a number of programmes on the basis of the act on municipality self-government, as well as the regulations of other acts, including the Act of 26th October 1982 on Upbringing in Sobriety and Counteracting Alcoholism (A.U.S.C.A.) of the Municipality Programme for Preventing and Resolving Alcohol-related Problems (LCPP&RAP). The programme takes into account the areas of action listed in Article 4¹ section 1 of the A.U.S.C.A. and the indications included in the recommendations developed by the National Agency for Resolving Alcohol-related Problems. It should be emphasized that the implementation of tasks in the field of preventing and resolving alcohol-related problems under the programme is part of the strategy for resolving social problems, and takes into account the operational objectives set out in the National Health Programme. The regulations of the A.U.S.C.A. also provide the municipality with a significant role in implementing actions to tackle alcohol addiction. The actions are taken on three levels by: (1) appointing a local community committee for resolving problems (Article 4¹ section 3), (2) determining within resolutions the maximum number of permits for the sale of alcoholic beverages and the rules of locating places of sale and serving alcoholic beverages (Article 12 sections 1–3), (3) issuing permits for the sale of alcohol (Article 18 section 1) and monitoring the legitimacy of using these permits (Article 18 section 8). In addition, the LCPP&RAP provides solutions regarding forms, methods and projects undertaken by the municipality. It is important to note that the municipality self-government, as a result of decentralization of the state, has received extensive competence to conduct its own policy on alcohol-related problems, which is why its role is crucial.

Keywords: alcohol – programme – prevention – health

LITERATURA

- Auleytner J., Głąbicka K., *Polityka społeczna pomiędzy opiekuńczością a pomocniczością*, Warszawa 2000.
- Budzisz R., Jaworska-Dębska B., Właźlak K., *Rola samorządu terytorialnego w zakresie wychowania w trzeźwości i przeciwdziałania alkoholizmowi (część pierwsza)*, „Studia Prawno-Ekonomiczne” Łódź 2009.
- Budzisz R., Jaworska-Dębska B., Właźlak K., *Rola samorządu terytorialnego w zakresie wychowania w trzeźwości i przeciwdziałania alkoholizmowi (część druga)*, „Studia Prawno-Ekonomiczne” Łódź 2009.
- Duniewska Z., Górski M., Jaworska-Dębska B., Olejniczak-Szałowska E., Stahl M., *Plany, strategie, programy i inne zbliżone formy prawne działania administracji*, w: *Podmioty administracji publicznej i prawne formy ich działania. Studia i materiały z konferencji jubileuszowej Profesora Eugeniusza Ochendowskiego*, Toruń 2005.
- Duniewska Z., Jaworska-Dębska B., Michalska-Badziak R., *Prawo administracyjne: pojęcia, instytucje, zasady w teorii i orzecznictwie*, pod red. M. Stahl, Warszawa 2004.
- Izdebski H., *Komentarz do art. 2*, w: *Ustawa o zdrowiu publicznym. Komentarz*, pod red. M. Dercza, H. Izdebskiego, T. Reka, Warszawa 2016.
- Jaworska-Dębska B., *Prawo administracyjne wobec uzależnień, kierunki przemian*, w: *Ewolucja prawnych form administracji publicznej. Księga jubileuszowa z okazji 60. rocznicy urodzin Profesora Ernesta Knosali*, Warszawa 2008.
- Lebowa D., Maciejko W., *Gminna komisja rozwiązywania problemów alkoholowych*, Warszawa 2011.
- Łukowska K., *Rozwiązywanie problemów alkoholowych oraz ograniczanie dostępności alkoholu w gminach i miastach. Przewodnik dla samorządowców*, Warszawa 2018.
- Łukowska K., Okulicz-Kozaryn K., *Budowa gminnych programów profilaktyki i rozwiązywania problemów alkoholowych z wykorzystaniem metody drzewa problemów – drzewa celów*, Warszawa 2016.
- Malczewski A., *Diagnoza problemów alkoholowych w gminach jako obowiązkowy punkt wyjścia dla działań prowadzonych przez samorząd*, Kraków 2017.
- Nowacka E., *Polski samorząd terytorialny*, Warszawa 2006.
- Olejniczak-Szałowska E., Stahl M., *Pojęcie i rodzaje prawnych form działania administracji*, w: Z. Duniewska, B. Jaworska-Dębska, R. Michalska-Badziak, E. Olejniczak-Szałowska, M. Stahl, *Prawo administracyjne: pojęcia, instytucje, zasady w teorii i orzecznictwie*, pod red. M. Stahl, Warszawa 2004.
- Ostaszewski K., *Bariery i wyzwania profilaktyki zachowań ryzykownych młodzieży*, „Świat Problemów” 2015, nr 1.
- Romm R., *Problemy związane z alkoholem – pojęcia i metodologia*, w: *Alkohol oraz związane z nim problemy społeczne i zdrowotne*, Warszawa 1986.
- Saffer H., *Alcohol advertising bans and alcohol abuse: An international perspective*, „Journal of Health Economics” 1991, vol. 10, no. 1.
- Skrzydło-Niżnik I., *Komentarz do art. 2*, w: I. Skrzydło-Niżnik, G. Zalas, *Ustawa o wychowaniu w trzeźwości i przeciwdziałaniu alkoholizmowi. Komentarz*, Zakamycze 2002.

Skrzydło-Niżnik I., Zalas G., *Ustawa o wychowaniu w trzeźwości i przeciwdziałaniu alkoholizmowi. Komentarz*, Zakamycze 2002.

Supińska J., *Style i instrumenty polityki społecznej*, w: *Polityka społeczna*, pod red. G. Firlit-Fesnak, M. Szyłko-Skoczny, Warszawa 2007.

Szmulik B., Żmigrodzki M., *Wprowadzenie do nauki o państwie i polityce*, Lublin 2007.

PAULINA JACHIMOWICZ-JANKOWSKA*

Prawo pacjenta do świadczeń zdrowotnych z zakresu lecznictwa uzdrowiskowego

Wprowadzenie

Lecznictwo uzdrowiskowe stanowi kontynuację leczenia szpitalnego lub ambulatoryjnego. Ta zorganizowana działalność polegająca na udzielaniu świadczeń zdrowotnych prowadzona jest bowiem jedynie na wydzielonym obszarze gminy – w uzdrowisku i specjalnie do tego przystosowanych podmiotach leczniczych – zakładach lecznictwa uzdrowiskowego. W trakcie korzystania z tej kuracji pacjenci są poddawani kompleksowym programom leczniczym. Dzięki nim umożliwia się leczenie chorób przewlekłych, które w obecnej dobie pochłaniają duże koszty na leczenie naprawcze, rehabilitację oraz opiekę socjalno-medyczną.

Celem artykułu jest analiza i ocena regulacji prawnych jednego z ustawowych katalogów praw pacjenta, jakim jest prawo do świadczeń zdrowotnych z zakresu lecznictwa uzdrowiskowego. Podjęte zagadnienie ze względu na swoją złożoność i wielość aktów normatywnych obowiązujących w tym zakresie pozwala na zbadanie ich wpływu na obecny status pacjenta zakładu lecznictwa uzdrowiskowego, określenie miejsca lecznictwa uzdrowiskowego w systemie ochrony zdrowia, zasad dostępności do świadczeń uzdrowiskowych, kwestii finansowania tej formy leczenia oraz barier i ograniczeń decydujących o dzisiejszym kształcie zagadnień uzdrowiskowych.

* Paulina Jachimowicz-Jankowska, mgr, Uniwersytet im. Adama Mickiewicza w Poznaniu, e-mail: janpkows@amu.edu.pl, <https://orcid.org/0000-0002-6061-1220>.

Nie ulega wątpliwości, że pacjenci stanowią szczególną kategorię osób (fizycznych). Nie powinno więc również dziwić wzmożone zainteresowanie prawami pacjentów, które powodowane jest gwałtownym postępowaniem medycyny¹ i pojawieniem się nowych technologii medycznych², a także upowszechnieniem dostępu do świadczeń zdrowotnych.

W różny sposób rysuje się jednak status prawny pacjenta kierowanego na leczenie uzdrowskie albo rehabilitację uzdrowską, a co za tym idzie – korzystającego z obejmujących te obszary gwarantowanych świadczeń zdrowotnych. Według dostępnych danych z roku na rok wzrasta zainteresowanie pacjentów tą formą leczenia³. Pomimo to stosowanie przepisów w tym zakresie budzi wiele wątpliwości interpretacyjnych, a dostęp pacjentów do świadczeń uzdrowskich w ramach Narodowego Funduszu Zdrowia (NFZ) jest nadal znacznie limitowany. Bariery w tym zakresie kreuje nieraz samo życie, co wiąże się z zaistnieniem zagrożenia dla bezpieczeństwa zdrowotnego społeczeństwa.

Zagadnienie praw pacjenta w powiązaniu z lecznictwem uzdrowskim tworzy szeroki obszar badawczy. Wspólnym mianownikiem bezsprzecznie jest zdrowie ludzkie będące najwyższą wartością dla każdego człowieka, z której wynikają wszystkie inne przysługujące mu prawa i wolności, w związku z czym podlega ono szczególnej ochronie⁴. Obywatelom przysługują zatem konstytucyjne podmiotowe prawa do należytej „ochrony zdrowia”, a władze publiczne mają obowiązek zorganizowania systemu „ochrony zdrowia”⁵.

W obowiązującym w Polsce porządku prawnym ustawodawca używa terminu „ochrona zdrowia” zarówno w Konstytucji Rzeczypospolitej⁶, jak i aktach prawa międzynarodowego ratyfikowanych przez Polskę oraz

¹ J. Bujny, *Prawa pacjenta. Między autonomią a paternalizmem*, Warszawa 2007, s. 3.

² Por. G. Hołub, *Pacjent jako osoba*, w: *Bioetyka w zawodzie lekarza*, pod red. W. Chańskiej, J. Hartmana, Warszawa 2010, s. 39; M. Sygit, *Zdrowie publiczne*, Warszawa 2010, s. 464–485.

³ *Działalność lecznicza zakładów lecznictwa uzdrowskiego i stacjonarnych zakładów rehabilitacji leczniczej w 2018 r.* Informacje sygnałowe z dnia 14 VI 2019 r., dalej GUS z 2018 r. – notka, s. 1–5.

⁴ R. Michalska-Badziak, *Ochrona zdrowia. Zagadnienia ogólne*, w: *Prawo administracyjne materialne*, pod red. Z. Duniewskiej, B. Jaworskiej-Dębskiej, M. Stahl, Warszawa 2014, s. 227–228.

⁵ M. Dercz, H. Izdebski, T. Rek, *Prawo publiczne ochrony zdrowia*, pod red. M. Dercza, Warszawa 2013, s. 41 n.

⁶ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 IV 1997 r. (Dz.U. Nr 78, poz. 483 ze zm.), dalej „Konstytucja RP”.

w licznych ustawach⁷. Żaden jednak akt prawny wpisany w obecnie obowiązujący system legislacyjny nie przedstawia uniwersalnej definicji tego pojęcia, mimo ewidentnej potrzeby praktycznej. Niemniej w ujęciu doktryny pojęcie „ochrona zdrowia” opiera się na kilku aspektach, a szczególnie znaczenie mają: promocja zdrowia i opieka zdrowotna⁸. Co więcej, można przyjąć, że ochrona zdrowia to suma wiedzy o obowiązujących standardach i zasadach zapobiegania oraz strategia postępowania diagnostyczno-terapeutycznego w zwalczaniu chorób trapiących ludzkość. Podstawowym zaś celem całego systemu ochrony zdrowia jest zapewnienie bezpieczeństwa zdrowotnego ludzi. Dokonuje się to poprzez zaspokajanie indywidualnych potrzeb medycznych, a także poprzez działania mające na celu zapewnienie odpowiednich warunków życia, pracy i innych aspektów życia, które zapobiegają lub zmniejszają ryzyko utraty zdrowia⁹.

Najważniejszym źródłem prawa do ochrony zdrowia są przepisy art. 68 Konstytucji RP. W nich została wskazana fundamentalna dla funkcjonowania całego systemu ochrony zdrowia zasada, zgodnie z którą każdemu przysługuje prawo do ochrony zdrowia i równy dostęp do świadczeń opieki zdrowotnej finansowanej ze środków publicznych. Postanowienia konstytucyjne korespondują z przepisami odrębnymi dotyczącymi pacjenta i lecznictwa uzdrowiskowego i w układzie chronologicznym są to następujące regulacje: Ustawa z dnia 5 grudnia 1996 r. o zawodach lekarza i lekarza dentystry¹⁰, Ustawa z dnia 27 sierpnia 2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych¹¹, Ustawa z dnia 28 lipca 2005 r. o lecznictwie uzdrowiskowym, uzdrowiskach i obszarach ochrony uzdrowiskowej oraz o gminach uzdrowiskowych¹², Ustawa z dnia 6 listopada 2008 r. o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta¹³ oraz Ustawa z dnia 11 kwietnia 2011 r. o działalności leczniczej¹⁴.

⁷ J. Nosko, *Promocja zdrowia i ochrona zdrowia jako zadania własne samorządu terytorialnego*, cz. 2, „Zdrowie Publiczne” 2000, nr 5, s. 187 i n. Wybór regulacji w zakresie ochrony zdrowia na poziomach: międzynarodowym, regionalnym i krajowym prezentuje K. Wojtczak, *Kompetencje i zadania jednostek samorządu terytorialnego w zakresie bezpieczeństwa zdrowia ludzi*, „Studia Prawa Publicznego” 2018, nr 3(23), s. 10–13.

⁸ J. Nosko, *Promocja zdrowia i ochrona zdrowia jako zadania własne samorządu terytorialnego*, cz. 1, „Zdrowie Publiczne” 2000, nr 4, s. 149.

⁹ R. Michalska-Badziak, op. cit., s. 227.

¹⁰ Tekst jedn. Dz.U. 2019, poz. 537 ze zm., dalej „u.z.l.”.

¹¹ Tekst jedn. Dz.U. 2019, poz. 1373 ze zm., dalej „u.ś.o.z.”.

¹² Tekst jedn. Dz.U. 2017, poz. 1056 ze zm., dalej „ustawa uzdrowiskowa” lub „ustawa”.

¹³ Tekst jedn. Dz.U. 2019, poz. 1127 ze zm., dalej „ustawa o prawach pacjenta” lub „u.p.p.”.

¹⁴ Tekst jedn. Dz.U. 2020, poz. 295 ze zm., dalej „u.d.l.”.

1. Pojęcie i rys historyczny praw pacjenta oraz definicja pacjenta

1.1. Pojęcie praw pacjenta

Pojęcie praw pacjenta stosowane w języku prawnym i prawniczym służy realizacji zamierzeń akceptowanych w polityce zdrowotnej kraju¹⁵. Rozwój tych praw wiąże się ze wzrostem liczby regulacji prawnych, szeroko rozumianej relacji zachodzącej między pacjentem a całą złożoną infrastrukturą instytucjonalną i różnymi podmiotami udzielającymi świadczeń zdrowotnych. W relacji tej zaciera się różnica między sferą publiczną i prywatną oraz tradycyjny stosunek lekarz – pacjent, gdyż obecnie udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej następuje przy udziale podmiotów leczniczych i wielu grup zawodów medycznych¹⁶.

W polskiej literaturze przedmiotu wskazuje się, że o prawach pacjenta można mówić w relacji (1) pacjent – władza publiczna (są to organy władzy właściwe w zakresie ochrony zdrowia¹⁷, do których należą: Minister Zdrowia¹⁸, wojewoda¹⁹ i organy jednostek samorządu terytorialnego²⁰) oraz (2) pacjent – konkretny podmiot uprawniony do udzielania świadczeń zdrowotnych²¹. W kontekście pierwszej relacji mowa jest o pacjencie–obywatelu, względem którego władza publiczna

¹⁵ D. Karkowska, *Ustawa o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta. Komentarz*, Warszawa 2012, s. 17.

¹⁶ Szerzej: D. Karkowska, *Prawa pacjenta*, Warszawa 2009, s. 194, dalej *Prawa pacjenta*. Potwierdza to art. 2 u.p.p.: podmiotami właściwymi do przestrzegania praw pacjenta są organy władzy publicznej właściwe w zakresie ochrony zdrowia, Narodowy Fundusz Zdrowia, podmioty udzielające świadczeń zdrowotnych, osoby wykonujące zawód medyczny i inne osoby uczestniczące w udzielaniu świadczeń zdrowotnych.

¹⁷ Por. wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 7 I 2004 r., sygn. K 14/03, sentencja wyroku ogłoszona 15 I 2004 r. (Dz.U. Nr 5, poz. 37).

¹⁸ Ustawa z dnia 4 IX 1997 r. o działach administracji rządowej (tekst jedn. Dz.U. 2019, poz. 1148 ze zm.). Por. art. 5 pkt 28 w zw. z art. 33 tego aktu, zgodnie z którymi Minister Zdrowia kieruje działem administracji rządowej – „zdrowie” – obejmującym sprawę m.in. lecznictwa uzdrowiskowego.

¹⁹ Ustawa z dnia 23 I 2009 r. o wojewodzie i administracji rządowej w województwie (tekst jedn. Dz.U. 2019, poz. 1464 ze zm.).

²⁰ Zob. w tym zakresie „ustawy samorządowe”: Ustawa z dnia 8 III 1990 r. o samorządzie gminnym (tekst jedn. Dz.U. 2019, poz. 506 ze zm.), Ustawa z dnia 5 VI 1998 r. o samorządzie powiatowym (tekst jedn. Dz.U. 2019, poz. 511 ze zm.), Ustawa z dnia 5 VI 1998 r. o samorządzie województwa (tekst jedn. Dz.U. 2019, poz. 512 ze zm.).

²¹ Na przykład M. Dercz, T. Rek, *Ustawa o zakładach opieki zdrowotnej. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 121 i n.

jest zobowiązana do podjęcia określonych działań w celu realizacji zobowiązań pozytywnych oraz negatywnych. Chodzi tu o urzeczywistnienie w ramach funkcjonowania państwa zarówno praw o charakterze społecznym, jak i obywatelskim, a prawa pacjenta mają charakter norm abstrakcyjnych i ogólnych. W kontekście drugiej relacji „prawa pacjenta mają charakter norm konkretnych, które z jednej strony wskazują na obowiązki podmiotów udzielających świadczeń zdrowotnych [...], z drugiej zaś na prawa pacjenta związane z ochroną ich dóbr osobistych”²².

Gwarancje dotyczące tego typu praw wynikają z obowiązujących aktów prawnych i pokazują relacje między świadczeniodawcami a pacjentami²³. Obecnie ustawodawca polski uregulował w jednym akcie prawnym (u.p.p.) prawa pacjenta o charakterze podstawowym²⁴. Celem praw pacjenta²⁵ zasadniczo jest ochrona autonomii (wolności) pacjenta przed ingerencją ze strony innych podmiotów, ale i prawo domagania się realizacji tych praw. Są to normy, które określają sposoby kontroli przestrzegania oraz dochodzenia (egzekwowania) praw pacjenta w stosunku do władz, podmiotów (podmiotu leczniczego, lekarza, personelu medycznego) i instytucji, które owych praw nie respektują²⁶.

1.2. Geneza praw pacjenta

Prawa pacjenta mają długą tradycję²⁷. Wskazując rys historycznych tego typu praw, warto wspomnieć, że ówczesny ustawodawca początkowo

²² Ibidem.

²³ Por. D. Karkowska, *Prawa pacjenta*, s. 20 i n.

²⁴ Zob. J. Bujny, op. cit., s. 237–326. Autor szeroko omawia prawa pacjenta w szczególnych sytuacjach prawnych – poza sferą ustawy o prawach pacjenta – takich jak np.: pacjenci szpitali psychiatrycznych, pacjenci chorzy na choroby zakaźne, dawcy i biorcy narządów, tkanek i komórek, osoby uzależnione, poddające się transplantacji czy eksperymentom medycznym.

²⁵ Zob. np. W. Jakimowicz, *Publiczne prawa podmiotowe*, Kraków 2002, s. 218, 221; J. Jończyk, *Strony i stosunki powszechne ubezpieczenia zdrowotnego*, „Prawo i Medycyna” 2005, nr 1, s. 36; J. Bujny, op. cit., s. 26 i n.

²⁶ Por. np. M. Dercz, T. Rek, *Prawa dziecka jako pacjenta*, Warszawa 2003, s. 7.

²⁷ W układzie chronologicznym istotne znaczenie w tym zakresie odgrywały m.in.: Ustawa z dnia 19 V 1920 r. o obowiązkowym ubezpieczeniu na wypadek choroby (Dz.U. Nr 44, poz. 272), Rozporządzenie z dnia 22 III 1928 r. o zakładach leczniczych (Dz.U. Nr 38, poz. 382), Ustawa z dnia 28 III 1933 r. o ubezpieczeniu społecznym (Dz.U. Nr 51, poz. 396), Ustawa z dnia 28 X 1948 r. o zakładach społecznych służby zdrowia i planowej gospodarce w służbie zdrowia (Dz.U. Nr 55, poz. 434 ze zm.),

nie posługiwał się pojęciem „pacjent”, ale „chory”. Przy czym: (1) w literaturze przyjmuje się, iż „pojęcie «pacjent» jest pojęciem o zakresie szerszym niż pojęcie «chory»”²⁸, (2) jednak żadne z tych dwóch pojęć, tj. „pacjent” i „chory”, nie zostało wówczas ustawowo zdefiniowane.

Pomimo że początek kształtowania się praw chorego (pacjenta) przypada na okres odzyskania niepodległości Polski²⁹, to przez wiele lat obowiązujący wówczas system opieki zdrowotnej ukazywał pacjenta w relacjach z osobami wykonującymi zawody medyczne jako „bierny podmiot”³⁰. Taki stan potwierdzały także przeprowadzone w tym zakresie badania socjologiczne z końca lat osiemdziesiątych XX w.³¹

Istotne zmiany polegające na zwiększeniu udziału obywateli w różnych dziedzinach funkcjonowania społeczeństwa, w tym w sferze polityki zdrowotnej³², były wynikiem procesów transformacji społeczno-gospodarczej zapoczątkowanej po 1989 r. Sprzyjały one bowiem stopniowemu wprowadzaniu (a także kolejno popularyzacji) praw pacjenta do uchwalanych w tym okresie ustaw³³ oraz stanowiły pewien wyznacznik postępowania wszystkich osób (lekarze, pielęgniarki i położne) i podmiotów (zakłady opieki zdrowotnej) działających w obrębie ochrony zdrowia. Warto zatem wskazać w układzie chronologicznym kilka regulacji odgrywających ważną rolę i tym samym mających istotny wpływ na proces kształtowania się praw pacjenta w polskim porządku prawnym.

Pierwszą z nich jest Ustawa z dnia 17 maja 1989 r. o izbach lekarskich³⁴, na której mocy reaktywowano samorząd lekarski i wydano nadzwyczajną uchwałę II Krajowego Zjazdu Lekarzy z dnia 14 grudnia

Rozporządzenie Ministra Zdrowia i Opieki Społecznej z dnia 18 VIII 1962 r. w sprawie bezpłatności niektórych świadczeń zakładów społecznych służby zdrowia (Dz.U. Nr 55, poz. 277 ze zm.).

²⁸ J. Bujny, op. cit., s. 9. Termin „chory” w ujęciu słownikowym oznacza dotknięty chorobą, chorujący, cierpiący (*Słownik języka polskiego*, t. 1, Warszawa 1978, s. 274).

²⁹ Zob. J. Fijałek, J. Indulski, *Opieka zdrowotna w Łodzi do roku 1845. Studium organizacyjno-prawne*, Łódź 1990, s. 298–300.

³⁰ J. Bujny, op. cit., s. 3; D. Karkowska, *Prawa Pacjenta*, Warszawa 2004, s. 388–389, dalej *Prawa Pacjenta*.

³¹ J. Halik, *Możliwości instytucjonalnej ochrony praw pacjenta w Polsce*, w: *Prawo do opieki zdrowotnej w systemie gospodarki rynkowej*, pod red. M. Safjana, Warszawa 1993, s. 81–82.

³² C. Włodarczyk, *Reforma opieki zdrowotnej w Polsce. Studium polityki zdrowotnej*, Kraków 1998, s. 163.

³³ Pomimo że ten przejaw demokratyzacji życia społecznego nie był odpowiedzią na potrzeby ogółu osób korzystających z usług zakładów opieki zdrowotnej – tak np. J. Indulski, L. Dawydzik, *Powszechnie ubezpieczenie zdrowotne – ograniczenia i problemy*, „Zdrowie Publiczne” 1997, nr 12, s. 290.

³⁴ Dz.U. Nr 30, poz. 158 ze zm.

1991 r. w sprawie Kodeksu Etyki Lekarskiej³⁵ (KEL), w którym zawarto rozdział „Prawa pacjenta”, co stanowiło *novum* w tym zakresie w porównaniu z treścią dotychczasowych kodeksów i odpowiadało tendencjom międzynarodowych kodeksów deontologicznych³⁶. Równie zasadnicze rozwiązania w tym zakresie normowała Ustawa z dnia 19 kwietnia 1991 r. powołująca po raz pierwszy w Polsce samorząd pielęgniarek i położnych³⁷.

Przepisy dotyczące użytkowników zakładów służby zdrowia wynikały także z Ustawy z dnia 30 sierpnia 1991 r. o zakładach opieki zdrowotnej³⁸, którą zniesiono monopol władz publicznych³⁹ na ich prowadzenie przez nieograniczony krąg podmiotów⁴⁰. Pozwoliło to na wprowadzenie zasad rynku regulowanego i rozszerzenie prawa do dokonywania wyboru świadczeniodawcy przez pacjentów oraz stworzono nowe: rozwiązania instytucjonalne, instrumenty regulacji, zasady gospodarki finansowej w sferze opieki zdrowotnej i rozwiązania w stosunkach zakład opieki zdrowotnej – pacjent⁴¹. Regulując pierwszy raz podmiotowe uprawnienia pacjenta jako użytkownika każdego zakładu opieki zdrowotnej, formalnie stworzono gwarancje ich respektowania, gdzie określone prawa podmiotowe mogła zmienić, znieść lub ograniczyć jedynie ustawa. Zgodnie z art. 19 tekstu pierwotnego u.z.o.z.: „[p]acjent ma prawo do: świadczeń zdrowotnych odpowiadających wymaganiom wiedzy medycznej, wyrażania zgody lub odmowy jej udzielenia na określone świadczenia – po uzyskaniu odpowiedniej informacji, uzyskania informacji o swoim stanie zdrowia, poszanowania jego intymności i godności w czasie udzielania mu świadczeń zdrowotnych, umierania w spokoju i godności”. Regulację tę, określaną w komentarzach przez

³⁵ M. Dercz, T. Rek, *Ustawa o zakładach...*, s. 123. KEL nie jest aktem prawnym powszechnie obowiązującym, lecz zbiorem reguł postępowania lekarza w życiu zawodowym, uwzględniającym jego relacje z pacjentem. Co więcej, są tam również zawarte inne reguły, wykraczające poza relację z pacjentem, np. relacje pomiędzy lekarzami lub relacje ze społeczeństwem.

³⁶ Por. np. J. Bujny, op. cit., s. 8; D. Karkowska, *Prawa pacjenta*, s. 202.

³⁷ Ustawa z dnia 19 IV 1991 r. o samorządzie pielęgniarek i położnych (Dz.U. Nr 41, poz. 178 ze zm.).

³⁸ Dz.U. Nr 9, poz. 408, dalej „u.z.o.z.”.

³⁹ Z. Leoński, *Komentarz do art. 1–19*, w: Z. Leoński, K. Wojtczak, *Komentarz do ustawy o zakładach opieki zdrowotnej*, Warszawa–Poznań 1993, s. 19.

⁴⁰ Dopuszczając funkcjonowanie publicznych zakładów w formie zakładów samodzielnych.

⁴¹ Zob. np. B. Kempieńska-Mirośławska, *Przekształcenia systemowe. Transformacja systemu ochrony zdrowia w Polsce*, Warszawa 1998, s. 20.

Z. Leońskiego⁴² oraz M. Dercza i T. Reka⁴³ jako „katalog praw pacjenta”, oceniono jako nieprecyzyjną, niepełną i niewyczerpującą ze względu na użycie nieostrych pojęć podlegających różnym ocenom oraz fakt, że inne ustawy zawierają normy wprost ustanawiające prawa pacjenta⁴⁴ i że katalog ten nie uwzględnia specyfiki poszczególnych typów zakładów (np. w zakresie psychiatrycznej opieki zdrowotnej⁴⁵), która to powinna być uregulowana w poszczególnych regulaminach porządkowych.

Wskazany w art. 19 u.z.o.z. katalog dotyczył pacjentów korzystających ze wszystkich form zakładów opieki zdrowotnej (publicznych i niepublicznych) z wyłączeniem indywidualnej praktyki lekarskiej. Stąd dla tworzenia przyszłego systemu ochrony interesów i uprawnień pacjenta szczególne znaczenie miało także wprowadzenie dwóch ustaw określających zasady wykonywania zawodów medycznych, tj. Ustawy z dnia 5 lipca 1996 r. o zawodach pielęgniarki i położnej⁴⁶ i już przytaczanej ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentystry – będących wyrazem tendencji do nowego uregulowania wykonywania „wolnych” zawodów, w literaturze definiowanych jako „osobiste i samodzielne wykonywanie wewnątrznie spójnego zespołu czynności o charakterze intelektualnym, wymagających wysokich kwalifikacji (wiedzy i praktyki), systematycznie, w zamian za honorarium bezinteresownie ustalone, służące zapewnieniu świadczeń lub usług klientom oraz ochronie istotnych wartości interesu ogólnego zgodnie z obowiązującymi normami prawnymi, zasadami etycznymi i deontologicznymi”⁴⁷.

W stosowanej w Polsce doktrynalnej klasyfikacji gałęzi prawa pacjenta przypisano zatem do prawa administracyjnego. Termin

⁴² Z. Leoński, *Komentarz do art. 1–19*, s. 34.

⁴³ M. Dercz, T. Rek, *Ustawa o zakładach...*, s. 123.

⁴⁴ Na przykład Ustawa z dnia 7 I 1993 r. o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży (Dz.U. Nr 17, poz. 78 ze zm.) – regulująca prawo kobiety do uzyskania informacji o diagnostyce prenatalnej i wyrażenia zgody na zabieg przerywania ciąży; Ustawa z dnia 26 X 1995 r. o pobieraniu i przeszczepianiu komórek, tkanek i narządów (Dz.U. Nr 138, poz. 682 ze zm.) – normująca zagadnienia transplantacji *ex mortuo* i *ex vivo* z uwzględnieniem prawa do pozostawania integralności osoby ludzkiej.

⁴⁵ Ustawa z dnia 19 VIII 1994 r. o ochronie zdrowia psychicznego (tekst jedn. Dz.U. 2018, poz. 1878) ustanowiła zagadnienia z zakresu ochrony zdrowia psychicznego, w tym ochronę praw pacjentów, choć ustawodawca nie posługuje się w niej bezpośrednio sformułowaniem „prawa pacjenta”.

⁴⁶ Dz.U. Nr 91, poz. 410 ze zm.

⁴⁷ K. Wojtczak, *Administracyjnoprawna reglamentacja wolnych zawodów*, w: *Rola materialnego prawa administracyjnego a ochrona praw jednostki*, pod red. Z. Leońskiego, Poznań 1998, s. 105.

„prawa pacjenta” i ich katalog uregulowany w obowiązującej wówczas u.z.o.z., z dniem 5 grudnia 1997 r. na mocy art. 1 pkt 20 Ustawy z dnia 20 czerwca 1997 r. o zmianie ustawy o zakładach opieki zdrowotnej oraz o zmianie niektórych innych ustaw⁴⁸ poszerzono w stosunku do wersji pierwotnej o trzy prawa. Zgodnie bowiem z art. 19 ust. 3 „[w] zakładach opieki zdrowotnej przeznaczonych dla osób wymagających całodobowych lub całodziennych świadczeń zdrowotnych pacjent ma również prawo do: (1) dodatkowej opieki pielęgnacyjnej sprawowanej przez osobę bliską lub inną wskazaną przez siebie; (2) kontaktu osobistego, telefonicznego lub korespondencyjnego z osobami z zewnątrz; (3) opieki duszpasterskiej”. Zakład zobowiązano do stworzenia warunków urzeczywistnienia i respektowania praw pacjenta, a podstawowy stosunek w ochronie zdrowia to relacja pacjent – zakład opieki zdrowotnej.

Nie ulega wątpliwości, że rozproszenie praw pacjenta w polskim porządku prawnym w wielu przepisach prawnych nakładających obowiązki na różne podmioty uczestniczące w udzielaniu świadczeń zdrowotnych sprawiło, iż (1) nie były one znane pacjentom lub w należyty sposób nie były rozumiane, a (2) zagadnienie praw pacjenta i ich ochrony wymagało kompleksowego unormowania w jednym akcie prawnym – ustawie⁴⁹. Potrzebę ujednoczenia praw pacjenta częściowo zrealizował Minister Zdrowia i Opieki Społecznej w formie komunikatu z dnia 11 grudnia 1998 r., zlecając wszystkim świadczeniodawcom⁵⁰ przekazanie do publicznej informacji Karty Praw Pacjenta⁵¹ (tj. zbioru (pozbawionego waloru aktu normatywnego) praw pacjenta wynikającego z obowiązujących aktów prawnych⁵²). Zgodnie z Kartą „[p]rawem pacjenta jest uprawnienie przysługujące w równym stopniu każdemu człowiekowi z tytułu korzystania ze świadczeń zdrowotnych. [...] Każdy pacjent powinien znać swoje prawa i umieć z nich korzystać”.

⁴⁸ Dz.U Nr 104, poz. 661. Zob. dodany rozdział 1a ustawy.

⁴⁹ Podstawowej krytyce poddawano bowiem stosowanie regulaminu porządkowego zakładu opieki zdrowotnej jako narzędzia wprowadzania praw pacjenta do tych podmiotów.

⁵⁰ Były to: zakłady opieki zdrowotnej, lekarze, pielęgniarki, położne wykonujące indywidualną praktykę oraz inne osoby i podmioty udzielające czy uczestniczące w sprawowaniu opieki zdrowotnej.

⁵¹ Komunikat MZiOS z dnia 11 XII 1998 r., <http://www.zdrowie.med.pl> (dostęp: 10 III 2020).

⁵² Pomimo uaktualnienia Karty w 2007 r. nadal brakowało ustawy całościowo regulującej prawa pacjenta.

Inne mankamenty towarzyszące kształtującym się prawom pacjenta wynikały także ze zmian w ustawodawstwie w zakresie systemu ubezpieczeń, gdzie pod wpływem uwarunkowań polityczno-ekonomicznych wprowadzono ograniczenia w dotychczasowych zasadach państwa opiekuńczego, umożliwiając oficjalną partycypację społeczeństwa w części kosztów funkcjonowania opieki zdrowotnej⁵³, co wiązało się z trudnościami finansowymi państwa poprzez ograniczanie realizacji formalnego prawa obywateli do powszechnych, bezpłatnych świadczeń zdrowotnych⁵⁴. Dlatego Ministerstwo Zdrowia i Opieki Społecznej przygotowało projekt ustawy o zakresie świadczeń zdrowotnych gwarantowanych przez państwo ze środków publicznych⁵⁵, mającej uporządkować zasady dostępu do świadczeń zdrowotnych, m.in. poprzez wprowadzenie opłat za niektóre rodzaje świadczeń zdrowotnych bądź usługi związane z przebiegiem leczenia. Projektowana ustawa nie weszła jednak w życie, choć jej podstawowe założenia stały się częścią Ustawy z dnia 6 lutego 1997 r. o powszechnym ubezpieczeniu zdrowotnym⁵⁶, której istota polegała na próbie przekształcenia stosunku obywatel – państwo w trójstronny stosunek ubezpieczony – kasa powszechnego ubezpieczenia zdrowotnego (kasa chorych⁵⁷) – świadczeniodawca. Kasy odpowiadały za finansowanie świadczeń, a nie za ich dostarczanie. Ustawa nie zawierała sformułowania „prawa pacjenta”, choć regulowała prawo osób ubezpieczonych do opieki zdrowotnej, prawo wyboru kasy chorych i świadczeniodawcy (art. 60), prawo odwołania się od decyzji kasy do sądu pracy i ubezpieczeń zdrowotnych (art. 147) i sądu cywilnego (art. 150). W kasach chorych powołano tymczasowo stanowiska Rzeczników Praw Pacjenta, które mimo potrzeby nie stanowiły w praktyce skutecznej ochrony pacjenta⁵⁸. Spowodowało to, że w celu powołania

⁵³ Na przykład J. Halik, *Społeczeństwo polskie wobec opłat za niektóre świadczenia służby zdrowia*, „Antidotum” 1992, nr 4, s. 37.

⁵⁴ Zob. M. Maśkiewicz, *Spojrzenie na budżet ochrony zdrowia*, „Zdrowie Publiczne” 1993, nr 8; E. Kulesza, *Uwagi do projektu ustawy o zasadach świadczeń gwarantowanych przez państwo ze środków publicznych*, „Antidotum” 1994, nr 11, s. 9.

⁵⁵ Druk sejmowy nr 1168/II kadencja z dnia 19 VII 1995 r.

⁵⁶ Dz.U. Nr 28, poz. 153 ze zm. Ustawa ta weszła w życie w dniu 1 I 1999 r.

⁵⁷ Funkcjonowanie kas chorych oparto na samorządności i samofinansowaniu, a gwarancje instytucjonalne miały zapewnić ubezpieczonym właściwy poziom i jakość świadczeń zdrowotnych.

⁵⁸ Rola rzeczników objęła wskazanie pacjentom drogi składania skargi na podstawie jej analizy, możliwość zwrócenia uwagi dyrektorów kas chorych na świadczeniodawców rażąco naruszających prawa pacjenta.

wyspecjalizowanej instytucji działającej na rzecz ochrony praw pacjentów Minister Zdrowia wydał dwa zarządzenia: z dnia 28 grudnia 2001 r. w sprawie utworzenia Biura Rzecznika Praw Pacjenta⁵⁹ i z dnia 27 października 2005 r. w sprawie Biura Praw Pacjenta⁶⁰.

Należy nadmienić, że w wyniku dalszej reformy systemu ubezpieczeń uchwalono Ustawę z dnia 23 stycznia 2003 r. o powszechnym ubezpieczeniu w Narodowym Funduszu Zdrowia⁶¹, którą po uznaniu podstawowych jej przepisów za niezgodne z Konstytucją RP, zastąpiła przytaczana już Ustawa z dnia 27 sierpnia 2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych, stanowiąca obecnie podstawową formę ochrony zdrowia i finansowania ze środków publicznych świadczeń opieki zdrowotnej w Polsce.

1.3. Prawa pacjenta – stan obecny

Podstawowe prawa pacjenta określa ustawa o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta⁶². Zgodnie z założeniem ustawodawcy regulacja ta odgrywa ważną rolę w uporządkowaniu i stworzeniu nowych gwarancji dotyczących praw pacjenta, wpływa na poprawę warunków leczenia i zwiększenia świadomości społecznej w zakresie prawnej ochrony pacjentów, tj. szczególnej kategorii osób.

Wejście w życie ustawy o prawach pacjenta wyznacza katalog praw pacjenta, który odnosi się do pacjentów korzystających ze świadczeń zdrowotnych udzielanych przez każdy podmiot udzielający świadczeń zdrowotnych i przez każdą osobę wykonującą zawód medyczny. Przepisy prawa wprowadzają określone obowiązki (zakazy, nakazy⁶³) lub dozwolenia w celu ochrony praw i wolności człowieka podczas „zwracania się o” lub „korzystania z” świadczeń zdrowotnych. Regulacje te

⁵⁹ Dz.Urz. MZ Nr 13, poz. 83.

⁶⁰ Dz.Urz. MZ Nr 17, poz. 89.

⁶¹ Dz.U. Nr 45, poz. 391 ze zm.

⁶² Ustawa ta wprowadziła także instytucję Rzecznika Praw Pacjenta, będącego centralnym organem administracji rządowej właściwym w sprawach ochrony praw pacjentów. Rzecznik jest powoływany i odwoływany przez Prezesa Rady Ministrów spośród osób wyłonionych w drodze otwartego i konkurencyjnego naboru. Prezes Rady Ministrów sprawuje nadzór nad działalnością Rzecznika, który to wykonuje swoje zadania przy pomocy Biura Rzecznika Praw Pacjenta.

⁶³ Chodzi tu o możliwość ograniczenia korzystania z praw pacjenta (art. 5 u.p.p.) czy wprowadzenie ponoszenia opłat za realizację określonych praw (art. 28 i 35 u.p.p.).

powinny być formułowane za pomocą zwrotów na tyle precyzyjnych, żeby nie dochodziło do ich różnej interpretacji⁶⁴.

Konstrukcja praw pacjenta ma charakter administracyjnoprawny⁶⁵. Przy czym stosunki łączące pacjenta z podmiotami udzielającymi świadczeń zdrowotnych mogą już mieć różnorodny charakter. Jeżeli świadczenie jest udzielane przez zakład – obecnie podmiot leczniczy – to stosunek między pacjentem a świadczeniodawcą ma charakter administracyjnoprawny. Gdy pacjent korzysta ze świadczeń zdrowotnych udzielanych przez innego świadczeniodawcę, to ów stosunek jest nawiązywany pomiędzy pacjentem, świadczeniodawcą i NFZ. W sytuacji gdy świadczeniodawca nie zawarł umowy z NFZ, to udzielanie świadczeń zdrowotnych odbywa się na podstawie umowy cywilnoprawnej.

Ustawa o prawach pacjenta, konkretyzując konstytucyjne prawo do ochrony zdrowia, normuje rozbudowany katalog praw pacjenta, wyodrębniając aktualnie czternaście praw⁶⁶, z których w kontekście niniejszego opracowania najistotniejsze znaczenie ma prawo pacjenta do świadczeń zdrowotnych uregulowane w art. 6 i 8 u.p.p.⁶⁷ Dokonując analizy tych przepisów, nie sposób nie odwołać się do innych regulacji mających swoje „lustrzane odbicie” w u.p.p., a dotyczących zawodów medycznych (przede wszystkim zawodu lekarza), warunków udzielania i zakresu świadczeń opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych czy ogólnych zasad wykonywania działalności

⁶⁴ D. Karkowska, *Prawa pacjenta*, s. 210.

⁶⁵ Szerzej zob. J. Bujny, op. cit., s. 27–32. Autor jednocześnie wskazuje, że prawa pacjenta regulowane są przez akty prawa administracyjnego w zakresie korzystania z rzeczy powszechnego użytku bądź reglamentacji wolnych zawodów, do których należy zawód lekarza.

⁶⁶ Są to: (1) prawo pacjenta do świadczeń zdrowotnych, (2) prawo pacjenta do informacji, (3) prawo pacjenta do zgłaszania działań niepożądanych produktów leczniczych, (4) prawo pacjenta do tajemnicy informacji z nim związanych, (5) prawo pacjenta do wyrażenia zgody na udzielenie świadczeń zdrowotnych, (6) prawo do poszanowania intymności i godności pacjenta, (7) prawo pacjenta do dokumentacji medycznej, (8) prawo pacjenta do zgłoszenia sprzeciwu wobec opinii albo orzeczenia lekarza, (9) prawo pacjenta do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego, (10) prawo pacjenta do opieki duszpasterskiej, (11) prawo pacjenta do przechowania rzeczy wartościowych w depozycie, (12) prawo wystąpienia do Rzecznika Praw Pacjenta, (13) prawo do ochrony zbiorowych praw pacjenta, (14) prawo pacjenta do wystąpienia z wnioskiem do wojewódzkiej komisji orzekającej do spraw orzekania o zdarzeniach medycznych.

⁶⁷ Omięty tu art. 7 ust. 1–2 u.p.p. stanowi, że pacjent ma prawo do natychmiastowego udzielenia świadczeń zdrowotnych ze względu na zagrożenie zdrowia lub życia. W przypadku porodu pacjentka ma prawo do uzyskania świadczeń związanych z porodem.

lecniczej. Zgodnie z art. 6 ust. 1 u.p.p. pacjent ma prawo do świadczeń zdrowotnych odpowiadających wymaganiom aktualnej wiedzy medycznej. Przepis ten pozwala pacjentowi oczekiwać, że metody leczenia wobec niego zastosowane będą aktualne i sprawdzone, oraz wyłącza możliwość stosowania metod zdezaktualizowanych o charakterze pozamedycznym. Poza tym dotyczy niekwestionowanego warunku podejmowania czynności zgodnie z prawem (*lege artis*). Podejmowanie czynności zawodowych odpowiadających wymaganiom aktualnej wiedzy medycznej wynika także z innych przepisów, w których ujęte jest jako obowiązek danego zawodu medycznego. Zgodnie bowiem z fragmentem art. 4 u.z.l. lekarz ma obowiązek wykonywać zawód zgodnie ze wskazaniem aktualnej wiedzy medycznej⁶⁸, dostępnymi mu metodami i środkami zapobiegania, rozpoznawania i leczenia chorób. Warto wskazać w tym zakresie również przyrzeczenie lekarskie stanowiące wstęp do KEL, zawierające przepis: „przyrzekam [...] stale poszerzać swą wiedzę lekarską”⁶⁹. Co więcej, zgodnie z art. 56 KEL powinnością każdego lekarza jest stałe uzupełnianie i doskonalenie swej wiedzy i umiejętności zawodowych, a także przekazywanie ich swoim współpracownikom.

Według art. 6 ust. 2 u.p.p. pacjent ma prawo w sytuacji ograniczonych możliwości udzielenia odpowiednich świadczeń zdrowotnych do przejrzystej, obiektywnej, opartej na kryteriach medycznych procedury ustalającej kolejność dostępu do tych świadczeń. W tym zakresie Sąd Apelacyjny w Warszawie w wyroku z dnia 29 czerwca 2004 r. podniósł, że m.in. z powodu ograniczoności środków finansowych ustawodawca wprost przewidział istnienie kolejki medycznej, w przypadku gdy jest to możliwe ze względu na stan zdrowia⁷⁰. Zasada ta ma charakter ogólny i musi być stosowana niezależnie od sposobu finansowania oraz miejsca udzielania świadczenia. Szczegółowe zasady regulujące wypełnianie procedury ustalającej kolejność dostępu do świadczeń dotyczą świadczeń szpitalnych i specjalistycznych świadczeń w ambulatoryjnej opiece zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych. Zasady

⁶⁸ Co do szczegółowej interpretacji pojęcia „aktualna wiedza medyczna” zob. np. M. Boratyńska, Z. Konieczniak, *Prawa pacjenta*, Warszawa 2001, s. 173; *Ustawa o zawodach lekarza i lekarza dentystry. Komentarz*, pod red. E. Zielińskiej, Warszawa 2008, s. 344.

⁶⁹ Ten obowiązek kodeksy etyczne formułowały zawsze dla zawodu lekarza. Więcej odnośnie do kodeksów etycznych samorządów zawodów medycznych zob. D. Karkowska, *Ustawa o prawach pacjenta...*, s. 103–107.

⁷⁰ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 29 VI 2004 r., sygn. I ACa 1/04, Legalis nr 69009.

prowadzenia list oczekujących regulują art. 20–24 u.ś.o.z. Warto tu dodać, że listy te prowadzi się w sposób zapewniający poszanowanie zasady sprawiedliwego, równego, niedyskryminującego i przejrzystego dostępu do świadczeń opieki zdrowotnej oraz zgodnie z kryteriami medycznymi (art. 20 ust. 5 u.ś.o.z.). Ponadto Minister Zdrowia określił w drodze rozporządzenia kryteria medyczne, jakimi powinni się kierować świadczeniodawcy, umieszczając świadczeniobiorców na listach oczekujących⁷¹. Regulacje tego typu wynikają także z art. 22 KEL, zgodnie z którym w przypadkach wymagających szczególnych form diagnostyki, terapii lub działań zapobiegawczych, które nie mogą być zastosowane równocześnie u wszystkich potrzebujących, lekarz ustalający kolejność pacjentów powinien opierać się na kryteriach medycznych.

Pacjent ma także prawo żądać, aby udzielający mu świadczeń zdrowotnych (a) lekarz zasięgnął opinii innego lekarza lub zwołał konsylium lekarskie; (b) pielęgniarka/położna zasięgnęła opinii innej pielęgniarki/położnej (art. 6 ust. 3 u.p.p.). Adresatem przepisu jest każdy pacjent znajdujący się w różnych sytuacjach zdrowotnych. Jest to pierwsza tego typu regulacja w Polsce umożliwiająca żądanie weryfikacji dotychczasowej decyzji lekarza⁷² i wpływająca na poprawę jakości wykonywanej usługi zdrowotnej. Możliwość zasięgnięcia dodatkowej opinii lub zwołania konsylium reguluje także art. 37 u.z.l. W świetle tych przepisów w razie wątpliwości diagnostycznych lub terapeutycznych lekarz z własnej inicjatywy bądź na wniosek pacjenta lub jego przedstawiciela ustawowego, jeżeli uzna to za uzasadnione w świetle wymagań wiedzy medycznej, powinien zasięgnąć opinii właściwego lekarza specjalisty lub zorganizować konsylium lekarskie. Podobne rozwiązanie dotyczące konsultacji innego lekarza wynika z art. 54 KEL, przy czym opinia konsultanta ma charakter tylko doradczy, za całość postępowania odpowiada lekarz prowadzący leczenie.

Poza tym zgodnie z art. 8 u.p.p. zd. 1 pacjent ma prawo do świadczeń zdrowotnych udzielanych z należytą starannością przez podmioty udzielające świadczeń zdrowotnych w warunkach odpowiadających określonym w odrębnych przepisach wymaganiom fachowym i sanitarnym. Podobna regulacja dotycząca obowiązku zachowania należytej staranności podczas wykonywania zawodu lekarza wynika z art. 4 u.z.l. oraz z art. 8 KEL, zgodnie z którym lekarz powinien

⁷¹ Zob. Rozporządzenie Ministra Zdrowia z dnia 26 IX 2005 r. (Dz.U. Nr 200, poz. 1661).

⁷² Przepis ten stosuje się również do pielęgniarki (położnej).

przeprowadzać wszelkie postępowanie diagnostyczne, lecznicze i zapobiegawcze z należytą starannością, poświęcając im niezbędny czas. Ciekawy jest w tym kontekście pogląd M. Nesterowicza, który podnosi, że „od lekarzy wymaga się staranności wyższej niż przeciętna z uwagi na przedmiot zabiegów, którym jest człowiek i skutki, które często są nieodwracalne”⁷³. Jeżeli chodzi natomiast o warunki, w jakich udzielane są świadczenia zdrowotne, to warto tu uwzględnić regulacje dotyczące działalności leczniczej⁷⁴. Stosownie bowiem do art. 2 pkt 5 u.d.l. „podmiot wykonujący działalność leczniczą” oznacza podmiot leczniczy przyjmujący różne formy organizacyjne w zakresie, w jakim wykonują one działalność leczniczą⁷⁵, oraz lekarza, pielęgniarkę lub fizjoterapeutę wykonujących zawód w ramach działalności leczniczej jako praktykę zawodową⁷⁶. Co więcej, zgodnie z art. 17 u.d.l. podmiot leczniczy jest obowiązany spełniać następujące warunki: (1) posiadać pomieszczenia lub urządzenia odpowiadające określonym wymaganiom⁷⁷; (2) używać i utrzymywać wyroby medyczne; (3) zapewniać udzielanie świadczeń zdrowotnych wyłącznie przez osoby wykonujące zawód medyczny oraz spełniające wymagania zdrowotne określone w odrębnych przepisach; (4) zawrzeć umowę ubezpieczenia – w zakresie odpowiedzialności cywilnej. Bez wątpienia, tak określone standardy będące pomocnym narzędziem w procesie podejmowania decyzji o udzieleniu świadczenia zdrowotnego pacjentowi mają istotny wpływ na jakość tych świadczeń. Należy zwrócić jednak uwagę, że podmiot udzielający świadczeń

⁷³ M. Nesterowicz, *Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 1 grudnia 1998 r., III KKN 741/98, OSN 6/1999, poz. 112. Glosa, „Prawo i Medycyna” 2000, nr 6–7, s. 168.*

⁷⁴ Przepis art. 1 u.d.l. określa: (1) zasady wykonywania działalności leczniczej; (2) zasady funkcjonowania podmiotów wykonujących działalność leczniczą niebędących przedsiębiorcami; (3) zasady prowadzenia rejestru podmiotów wykonujących działalność leczniczą; (4) normy czasu pracy pracowników podmiotów leczniczych; (5) zasady sprawowania nadzoru nad wykonywaniem działalności leczniczej oraz podmiotami wykonującymi działalność leczniczą.

⁷⁵ Zamknięty katalog tych podmiotów wynika z art. 4 u.d.l.

⁷⁶ Stosownie do art. 5 ust. 1 i 3 u.d.l. lekarze, pielęgniarki i fizjoterapeuci mogą wykonywać swój zawód w ramach działalności leczniczej na zasadach określonych w ustawie oraz w przepisach odrębnych, po wpisaniu do rejestru podmiotów wykonujących działalność leczniczą. Przy czym wykonywanie zawodu w ramach praktyki zawodowej nie jest prowadzeniem podmiotu leczniczego.

⁷⁷ Zgodnie z art. 22 ust. 1–2 u.d.l. pomieszczenia i urządzenia podmiotu wykonującego działalność leczniczą odpowiadają wymaganiom odpowiednim do rodzaju wykonywanej działalności leczniczej oraz zakresu udzielanych świadczeń zdrowotnych. Wymagania te dotyczą w szczególności warunków: (1) ogólnoprzestrzennych; (2) sanitarnych; (3) instalacyjnych.

zdrowotnych jest zobowiązany do starannego działania, a nie do wyleczenia. Przy czym „[p]rawo do leczenia to nie to samo co do bycia wyleczonym”⁷⁸.

Zgodnie z art. 8 u.p.p. zd. 2 przy udzielaniu świadczeń zdrowotnych osoby wykonujące zawód medyczny kierują się zasadami etyki zawodowej określonymi przez właściwe samorzady zawodów medycznych. Regulacja ta jest kolejnym przykładem „lustrzanego odbicia” wynikającego zarówno z u.z.l., jak i samego KEL. Potwierdza ponadto, że istotny wpływ na sytuację prawną pacjenta wywierają tradycja prawna i kodeksowe zasady etyki samorządów zawodów medycznych.

1.4. Definicja pacjenta

Poza samym katalogiem praw pacjenta u.p.p. zawiera definicję legalną pacjenta. Uwaga jest o tyle istotna, że do czasu wejścia w życie przedmiotowej ustawy przepisy polskie nie zawierały pojęcia „pacjent”⁷⁹. Termin ten wywodzi się od łacińskiego słowa *patiens* i oznacza cierpiącego⁸⁰. Słownikowa definicja pojęcia wskazuje, że pacjentem jest chory zgłaszający się do lekarza lub pozostający pod jego opieką⁸¹. Wydaje się, że pierwotne rozumienie tego pojęcia byłoby współcześnie zbyt wąskie, ograniczałoby bowiem krąg podmiotów, którym przysługują prawa pacjenta, do osób mniej lub bardziej dotkniętych chorobą bądź innym zaburzeniem stanu zdrowia. Tymczasem pacjentem może być (i często jest) osoba w pełni zdrowa. W ujęciu doktryny odnosi się do tego stanowiska np. D. Ponczek, wskazując na osoby zdrowe zwracające się do lekarza po poradę w celach profilaktycznych, dawców komórek, tkanek i narządów pobieranych w celach transplantacyjnych za ich życia, którzy dopiero po dokonaniu transplantacji doznają trwałego uszczerbku na zdrowiu⁸². Wąskie rozumienie tego pojęcia ogranicza możliwe relacje do typu pacjent – lekarz, co zdecydowanie nie wyczerpuje zakresu możliwych stosunków, których pacjent jest stroną⁸³.

⁷⁸ M. Nesterowicz, *Prawo medyczne*, Toruń 2007, s. 37.

⁷⁹ Szerzej: J. Bujny, op. cit., s. 9.

⁸⁰ W. Kopaliński, *Słownik wyrazów obcych i zwrotów obcojęzycznych z almanachem*, Warszawa 1999, s. 368.

⁸¹ *Słownik języka polskiego*, t. 2, Warszawa 1979, s. 578.

⁸² D. Ponczek, *Prawa pacjenta w Polsce*, Łódź 1999, s. 7. Podobnie M. Boratyńska, P. Konieczniak, op. cit., s. 12–13.

⁸³ M. Dercz, T. Rek, *Ustawa o zakładach...*, s. 121.

W literaturze prawniczej K. Wojtczak poddała przyjęte pojęcie gruntownej analizie i zaproponowała zdefiniowane pojęcie „pacjent”⁸⁴ oparte na kategorii zdrowia rozumianego jako stan zupełnej pomysłowości fizycznej, umysłowej i społecznej, a nie jedynie jako brak choroby lub ułomności⁸⁵. Zgodnie z koncepcją tej autorki pacjentem może być zarówno osoba chora, jak i zdrowa, ponieważ ze świadczeń zdrowotnych korzystać może nie tylko osoba hospitalizowana, czyli ewidentnie dotknięta chorobą pojmowaną jako proces patologiczny wywołujący zaburzenia czynności organizmu⁸⁶, ale także osoba zdrowa profilaktycznie badająca własny stan zdrowia. Motywem korzystania ze świadczeń zdrowotnych przez zdrową osobę może być zarówno troska o własne zdrowie bądź obawa o jego uszczerbek. Według K. Wojtczak pacjentem można zostać niezależnie od tego, jaka forma świadczenia zdrowotnego jest udzielona i jaki jest jego rezultat, oraz bez względu na to, jaki jest rzeczywisty cel osoby oczekującej takiego świadczenia, i to niezależnie od tego, czy prawodawca terminu „pacjent” używa, czy też tego nie czyni⁸⁷. Pojęcie „pacjent” składa się przynajmniej z trzech elementów i odnosi się: (1) wyłącznie do osoby fizycznej, (2) otrzymującej świadczenie zdrowotne bez względu na prawo do jego otrzymania, jak i do osoby, która oczekuje świadczenia zdrowotnego, zgodnie z opartą na kryteriach medycznych procedurą ustalającą kolejność dostępu do tych świadczeń, (3) zawsze do osoby pozostającej z tytułu oczekiwanego lub udzielanego świadczenia zdrowotnego w relacji z osobą wykonującą zawód medyczny, bez względu na to, czy jest ona pracownikiem z.o.z. – obecnie podmiotu leczniczego – czy wykonuje zawód poza nim. Zamknięty zbiór podmiotów uprawnionych do udzielania świadczeń zdrowotnych oznacza, że pacjentem nie jest osoba korzystająca w celu poprawy zdrowia z usług np. bioenergoterapeuty lub radiestety.

Podstawą przedstawionej przez K. Wojtczak definicji pacjenta jest założenie korzystania ze świadczeń zdrowotnych⁸⁸, ponadto pozostaje ona w relacji z propozycją Światowej Organizacji Zdrowia. W deklaracji o Promocji Praw Pacjenta w Europie⁸⁹ zdefiniowano pacjenta jako osobę

⁸⁴ K. Wojtczak, *Rozważania nad pojęciem pacjenta*, w: *Jednostka w demokratycznym państwie prawa*, pod red. J. Filipka, Bielsko-Biała 2003, s. 744–750.

⁸⁵ Definicja „zdrowia” za Konstytucją Światowej Organizacji Zdrowia z dnia 22 VII 1946 r. (Dz.U. 1948 Nr 61, poz. 477 ze zm.).

⁸⁶ *Słownik języka polskiego*, t. 1, Warszawa 1978, s. 273.

⁸⁷ K. Wojtczak, *Rozważania...*, s. 746–747, 750.

⁸⁸ *Ibidem*, s. 745.

⁸⁹ Przyjęto ją w dniach 28–30 III 1994 r. w Amsterdamie.

korzystającą ze świadczeń medycznych niezależnie od tego, czy jest to osoba chora czy zdrowa⁹⁰. Do tej definicji nawiązują również M. Dercz i T. Rek, którzy twierdzą, że „pacjentem” jest każda osoba – niezależnie od tego, czy jest dotknięta chorobą czy też w pełni zdrowa – korzystająca z usług (konsultacji) medycznych lub wobec której podejmuje się jakąkolwiek interwencję medyczną, nawet niemającą charakteru leczniczego⁹¹.

Obecnie pojęcie to uregulowano w art. 3 ust. 1 pkt 4 u.p.p. Zgodnie z tym unormowaniem pacjent to osoba zwracająca się o udzielenie świadczeń zdrowotnych lub korzystająca ze świadczeń zdrowotnych udzielanych przez podmiot udzielający świadczeń zdrowotnych lub osobę wykonującą zawód medyczny. Ustawodawca, definiując pojęcie „pacjent”, tym samym uporządkował zakres podmiotów udzielających świadczeń zdrowotnych. Ze względu na możliwość uzyskania przez pacjenta opieki od wielu podmiotów omawiane pojęcie należy rozumieć szeroko, jako każdą osobę korzystającą z opieki zdrowotnej bez względu na to, kto tę opiekę świadczy⁹².

Przyjęta legalna definicja pozwala na wyodrębnienie kilku elementów. Pojęcie „pacjent” odnosi się wyłącznie do osoby fizycznej, co oznacza, że pacjentem jest „każda osoba”, „każdy człowiek”. Ta osoba „zwraca się o możliwość skorzystania” lub „już korzysta” ze świadczeń zdrowotnych bez względu na posiadanie lub nie uprawnień do świadczeń opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych. Pojęcie „pacjent” odnosi się do osoby pozostającej z tytułu oczekiwanego lub udzielanego świadczenia zdrowotnego w relacji do podmiotu udzielającego świadczeń zdrowotnych lub osoby wykonującej zawód medyczny.

Ustawa o prawach pacjenta, używając terminu „pacjent”, dokonuje pewnego zróżnicowania tej szczególnej kategorii osób. Wskazuje na określone grupy pacjentów, w odniesieniu do których posługuje się takimi określeniami, jak: „pacjent małoletni” (art. 9, 17), „pacjent ubezwłasnowolniony” (art. 17, 22), „pacjent niezdolny do świadomego wyrażenia zgody” (art. 17, 22), „pacjent znajdujący się w stanie terminalnym” (art. 20) czy „pacjentka w warunkach ciąży, porodu i położu” (art. 34). Co ważne, reguluje tylko legalną definicję pojęcia „pacjent” i co do zasady odnosi się do pełnoletniego pacjenta. Niektóre z podanych kategorii wskazują zaś na sytuację, w jakiej pacjent się znajduje,

⁹⁰ Promotion of the Rights of patients in Europe, Kluwer Law International 1995, s. 44 (*Patient(s): user(s) of health care services, whether healthy or sick*).

⁹¹ M. Dercz, T. Rek, *Prawa dziecka...*, s. 7.

⁹² D. Karkowska, *Prawa Pacjenta*, s. 253.

nie podając legalnej definicji tych pojęć. Należy ponadto zauważyć, że ustawa ta przytacza definicje opiekuna faktycznego⁹³ i osoby bliskiej⁹⁴. Inne określenia ukazujące zróżnicowanie pacjentów uregulowane są w przepisach odrębnych (np. termin „pacjent małoletni” stosowany jest do uregulowania ochrony praw dziecka: w rozumieniu art. 2 ust. 1 Ustawy z dnia 6 stycznia 2000 r. o Rzeczniku Praw Dziecka⁹⁵ „dzieckiem jest każda istota ludzka od poczęcia do osiągnięcia pełnoletności”, poza tym dla ustalenia kryterium wieku i zdolności do czynności prawnych istotne znaczenie mają regulacje prawa cywilnego, takie jak Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny⁹⁶, Ustawa z dnia 25 lutego 1964 r. – Kodeks rodzinny i opiekuńczy⁹⁷, pozwalające na wyodrębnienie pacjentów małoletnich i ubezwłasnowolnionych oraz osób z nimi powiązanych, czyli przedstawiciela ustawowego i opiekuna prawnego.

2. Podstawowe pojęcia związane z zagadnieniami uzdrowiskowymi

Znając definicje praw pacjenta oraz samego pacjenta, warto poddać analizie podstawowe pojęcia związane z zagadnieniami uzdrowiskowymi. Chodzi tu o następujące pojęcia, takie jak: lecznictwo uzdrowiskowe, ochrona zdrowia, świadczenie zdrowotne, gmina uzdrowiskowa, uzdrowisko oraz zakład lecznictwa uzdrowiskowego i urzędnika lecznictwa uzdrowiskowego.

2.1. Lecznictwo uzdrowiskowe

Stosownie do art. 2 pkt 1 ustawy uzdrowiskowej lecznictwo uzdrowiskowe oznacza zorganizowaną działalność polegającą na udzielaniu świadczeń

⁹³ Opiekun faktyczny oznacza osobę sprawującą, bez obowiązku ustawowego, stałą opiekę nad pacjentem, który ze względu na swój wiek, stan zdrowia albo stan psychiczny opieki takiej wymaga (art. 3 ust. 1 pkt 1).

⁹⁴ Ustawa pierwszy raz zdefiniowała pojęcie osoby bliskiej: zgodnie z art. 3 ust. 1 pkt 2 u.p.p. osoba bliska oznacza małżonka, krewnego lub powinowatego do drugiego stopnia w linii prostej, przedstawiciela ustawowego, osobę pozostającą we wspólnym pożyciu lub osobę wskazaną przez pacjenta.

⁹⁵ Tekst jedn. Dz.U. 2020, poz. 141.

⁹⁶ Tekst jedn. Dz.U. 2019, poz. 1145 ze zm., dalej „k.c.”; zob. art. 12, art. 13 § 1 i art. 15 k.c.

⁹⁷ Tekst jedn. Dz.U. 2019, poz. 2086, dalej „k.r.o.”; zob. art. 10 § 1, art. 93 § 2, art. 94 § 3, art. 175 k.r.o.

opieki zdrowotnej z zakresu leczenia uzdrowiskowego albo rehabilitacji uzdrowiskowej, prowadzoną w uzdrowisku przez zakłady lecznictwa uzdrowiskowego albo poza uzdrowiskiem w szpitalach i sanatoriach znajdujących się w urządzonych podziemnych wyrobiskach górniczych, przy wykorzystaniu warunków naturalnych, takich jak: (1) właściwości naturalnych surowców leczniczych, (2) właściwości lecznicze klimatu, w tym talassoterapia i subterraneoterapia, oraz właściwości lecznicze mikroklimatu – a także towarzyszące zabiegi z zakresu fizjoterapii.

Ustawodawca, uwzględniając uwagi przesyłane przez podmioty prowadzące lecznictwo uzdrowiskowe, wojewodów i władze gmin uzdrowiskowych, znowelizował⁹⁸ ustawę uzdrowiskową, doprecyzowując niektóre jej przepisy i wdrażając nowe brzmienie definicji lecznictwa uzdrowiskowego. Uszczegółowiono ją poprzez wskazanie dwóch charakterystycznych świadczeń opieki zdrowotnej udzielanych przez zakłady lecznictwa uzdrowiskowego – leczenia albo rehabilitacji uzdrowiskowej. Rehabilitacja uzdrowiskowa oznacza zorganizowaną działalność prowadzoną w uzdrowisku przez zakłady lecznictwa uzdrowiskowego, mającą na celu przywrócenie pacjentowi zdrowia lub możliwej do osiągnięcia dla danego stanu samodzielności ruchowej i społecznej, prowadzoną za pomocą naturalnych surowców leczniczych. Uzupełnienie ustawy o to pojęcie jest związane ze wzrostem zainteresowania programami rehabilitacyjnymi realizowanymi w zakładach lecznictwa uzdrowiskowego. Powyższą definicję rozszerzono, zaliczając do lecznictwa uzdrowiskowego zabiegi z zakresu fizjoterapii. Obowiązujące do tej pory brzmienie przepisu uwzględniało jedynie zabiegi fizykalne, które są jednym z rodzajów zabiegów z zakresu fizjoterapii, które obejmują zespół metod leczniczych wykorzystujących zjawisko reaktywności na bodźce, a do jej działań zalicza się m.in. balneoterapię, kinezyterapię, fizykoterapię i hydroterapię. Wprowadzono ponadto możliwość prowadzenia lecznictwa uzdrowiskowego także poza uzdrowiskiem, w podziemnych, urządzonych wyrobiskach górniczych. Rozwiązanie to umożliwia wykorzystanie naturalnego mikroklimatu podziemnych komór solnych do prowadzenia leczenia albo rehabilitacji uzdrowiskowej. Przedmiotowa regulacja ma na celu rozwój metod leczenia układu oddechowego i alergii.

⁹⁸ Zob. Ustawa z dnia 4 III 2011 r. o zmianie ustawy o lecznictwie uzdrowiskowym, uzdrowiskach i obszarach ochrony uzdrowiskowej oraz o gminach uzdrowiskowych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. Nr 73, poz. 390), dalej „uzdrowiskowa ustawa zmieniająca”.

W lecznictwie uzdrowiskowym wykorzystywany jest zespół naturalnych bodźców klimatycznych odpowiednio dawkowanych (klimatoterapia) pod kontrolą lekarza, w połączeniu z różnymi formami wysiłku fizycznego (kinezyterapia) i innymi tworzywami leczniczymi, naturalnymi, jak wody mineralne i borowiny (balneoterapia i peloidoterapia). Kierunek lecznictwa uzdrowiskowego dyktuje szerszy niż dotąd rozwój profilaktyki uzdrowiskowej w celu prowadzenia działalności zapobiegającej powstawaniu schorzeń cywilizacyjnych, będących często ubocznymi skutkami działalności człowieka i rozwijającej się działalności technicznej⁹⁹, a bogactwo różnorodnych elementów kulturowych, obok walorów naturalnych, odgrywa, przy odpowiedniej organizacji lecznictwa, ważną i cenną rolę.

Do najważniejszych wyzwań dla lecznictwa uzdrowiskowego¹⁰⁰ należą: (1) kompleksowa opieka medyczna (w tym zapewnienie ciągłości i kompleksowości leczenia, optymalizacja sposobu wykorzystania całego potencjału opieki rehabilitacyjnej w Polsce, optymalizacja sposobu finansowania całego systemu opieki rehabilitacyjnej w Polsce); (2) trendy demograficzne – wzrost długości życia; (3) choroby cywilizacyjne; (4) zapobieganie najczęstszym problemom zdrowotnym oraz zaburzeniom rozwoju fizycznego i psychospołecznego dzieci i młodzieży; (5) ograniczanie skutków zdrowotnych spowodowanych czynnikami szkodliwymi w środowisku pracy i zamieszkania.

2.2. Ochrona zdrowia i świadczenie zdrowotne

Zgodnie z art. 4 ust. 1 ustawy uzdrowiskowej „[l]ecznictwo uzdrowiskowe jest integralną częścią ochrony zdrowia”¹⁰¹. Nie ulega wątpliwości, że regulacja ta koresponduje z art. 68 Konstytucji RP normującym fundamentalną dla funkcjonowania całego systemu ochrony zdrowia

⁹⁹ Zob. S. Tyczka, I. Ponikowska, *Człowiek, pogoda, klimat*, Warszawa 1978, s. 77; A. Fiałkiewicz, M. Starzewska, *Uzdrowiska dolnośląskie i ich okolice*, Wrocław 1975, s. 12.

¹⁰⁰ *Raport końcowy Zespołu do spraw opracowania koncepcji zmian w zakresie systemu lecznictwa uzdrowiskowego*, Warszawa, 11 XII 2017, s. 16, dalej *Raport*.

¹⁰¹ Lecznictwo uzdrowiskowe prowadzi się w zakładach lecznictwa uzdrowiskowego zlokalizowanych w strefie „A” ochrony uzdrowiskowej (art. 4 ust. 2 ustawy uzdrowiskowej). Zgodnie zaś z art. 2 pkt 6 ustawy uzdrowiskowej strefy ochrony uzdrowiskowej to części obszaru uzdrowiska określone w statucie uzdrowiska, wydzielone w celu ochrony czynników leczniczych i naturalnych surowców leczniczych, walorów środowiska i urządzeń uzdrowiskowych.

zasadę, zgodnie z którą każdemu przysługuje prawo do ochrony zdrowia (ust. 1), a także z normą określającą w sposób ogólny kwestię dostępu do świadczeń opieki zdrowotnej finansowanej ze środków publicznych, który ma być równy niezależnie od sytuacji materialnej obywatela (ust. 2). Ustawodawca konstytucyjny (ustrojodawca) potraktował „ochronę zdrowia”¹⁰² wielokierunkowo i w taki sposób ustalił zadania dla właściwych władz publicznych, co oznacza, że obejmują one zapewnienie świadczeń opieki zdrowotnej, promocję zdrowego trybu życia, a także eliminowanie zagrożeń dla zdrowia. Ze wskazanych norm programowych¹⁰³ wynika obowiązek władz publicznych stworzenia rozwiązań umożliwiających należytą realizację prawa do ochrony zdrowia¹⁰⁴.

Sąd Najwyższy (SN), dokonując interpretacji art. 68 Konstytucji RP, w wyroku z dnia 21 grudnia 2004 r.¹⁰⁵ stwierdził, że treścią prawa do ochrony zdrowia jest realna możliwość korzystania z systemu ochrony zdrowia, funkcjonalne ukierunkowanie na zapobieganie chorobom, urazom i niepełnosprawności. Oznacza to, że: (1) system opieki zdrowotnej powinien działać, opierając się na środkach publicznych; (2) świadczenia finansowane ze środków publicznych mają być dostępne dla obywateli; (3) dostęp do świadczeń zdrowotnych finansowanych ze środków publicznych powinien być równy, co nie oznacza powszechnej dostępności do wszystkich znanych świadczeń opieki¹⁰⁶.

Jak podkreśla M. Dercz, „norma konstytucyjna zawierająca prawo do ochrony zdrowia odwołuje się jednocześnie do pojęcia świadczeń opieki zdrowotnej”¹⁰⁷. Pojęcie świadczenia zdrowotnego jest od lat powszechnie używane w wielu ustawach. Definicja zawarta w u.d.l. jest najistotniejsza, gdyż ma szczególne znaczenie systemowe. Określa zasady funkcjonowania podmiotów leczniczych jako instytucji prowadzących działalność leczniczą polegającą na udzielaniu świadczeń

¹⁰² Por. A. Wojtczak, *Zdrowie publiczne wyzwaniem dla systemów zdrowia XXI wieku*, Warszawa 2009, s. 19–20.

¹⁰³ D.E. Lach, *Zasada równego dostępu do świadczeń opieki zdrowotnej*, Warszawa 2011, s. 130–148.

¹⁰⁴ M. Dercz, H. Izdebski, *Organizacja ochrony zdrowia Rzeczypospolitej Polskiej w świetle obowiązującego ustawodawstwa*, Warszawa–Poznań 2001, s. 10–18.

¹⁰⁵ Wyrok SN z dnia 21 XII 2004 r., sygn. I CK 320/04, LEX nr 369249.

¹⁰⁶ G. Machulak, *Komentarz do ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych*, Warszawa 2010, s. 46–50.

¹⁰⁷ M. Dercz, T. Rek, *Ustawa o działalności leczniczej. Komentarz*, Warszawa 2014, s. 39.

zdrowotnych (art. 3 u.d.l.)¹⁰⁸. Istotę świadczeń zdrowotnych określono w dwóch płaszczyznach: w sposób opisowy (abstrakcyjny) i przez wyliczenie podstawowych typów świadczeń. Określenie opisowe, bardziej uniwersalne, wskazuje dwa elementy: cel wykonywania świadczeń zdrowotnych oraz zawodowy charakter ich wykonywania¹⁰⁹. Zgodnie z art. 2 ust. 1 pkt 10 u.d.l. świadczeniem zdrowotnym są „działania służące zachowaniu, ratowaniu, przywracaniu lub poprawie zdrowia oraz inne działania medyczne wynikające z procesu leczenia lub przepisów odrębnych regulujących zasady ich wykonywania”. W procesie udzielania świadczeń zdrowotnych nie zawsze konieczne jest poprawianie stanu zdrowia, ale konieczne jego: zachowanie, ratowanie i przywracanie, poprawianie zaś tylko wtedy, gdy są do tego odpowiednie możliwości i warunki medyczne. W przepisie tym nie zawarto wyliczenia podstawowych typów świadczeń zdrowotnych, wzorem art. 3 u.ś.o.z.¹¹⁰ Definicję legalną tego pojęcia zawiera także art. 5 pkt 40 u.ś.o.z.: świadczenie zdrowotne to „działanie służące profilaktyce, zachowaniu, ratowaniu, przywracaniu lub poprawie zdrowia oraz inne działanie medyczne wynikające z procesu leczenia lub przepisów odrębnych regulujących zasady ich udzielania”. Obie definicje są zbliżone, ale ta z u.ś.o.z., w porównaniu z definicją w art. 2 ust. 1 pkt 10 u.d.l., stawia na pierwszym miejscu działanie służące profilaktyce, a brak tego elementu w u.d.l. powoduje, zdaniem M. Dercza¹¹¹, że podmioty wykonujące działalność leczniczą nie mają formalnej możliwości wpisania takiej działalności do rejestrów działalności leczniczej i nie mają formalnoprawnych podstaw jej wykonywania. Świadczenia profilaktyczne w ramach świadczeń zdrowotnych w świetle u.ś.o.z. można wykonywać także w innej formie niż poprzez prowadzenie działalności leczniczej. Należy zatem zunifikować obydwie definicje. Właściwym rozumieniem pojęcia świadczenia zdrowotnego zajmował się również Naczelny Sąd Administracyjny (NSA)¹¹².

¹⁰⁸ Mogą być one udzielane na zasadach określonych w odrębnych przepisach także przez osoby fizyczne wykonujące dany zawód medyczny, w ramach grupowej praktyki: lekarskiej bądź pielęgniariek lub położnych.

¹⁰⁹ Por. Z. Leoński, *Komentarz do art. 1–19*, s. 11–12.

¹¹⁰ Pomimo że nie było to poprzez użycie sformułowania „w szczególności” wyliczenie wyczerpujące (czternaście typów świadczeń zdrowotnych), pozwalało się lepiej zorientować w rodzajach świadczeń zdrowotnych.

¹¹¹ M. Dercz, T. Rek, *Ustawa o działalności...*, 2014, s. 45.

¹¹² Szerzej zob. uzasadnienie wyroku NSA z 27 VI 2006 r., sygn. II FSK 1005/05, LEX nr 243005.

2.3. Gmina uzdrowiskowa i uzdrowisko

Bezwzględnym warunkiem prowadzenia lecznictwa uzdrowiskowego na danym obszarze jest obowiązek posiadania przez gminę jako podstawową jednostkę samorządu terytorialnego statusu gminy uzdrowiskowej, co oznacza gminę, której obszarowi lub jego części został nadany status uzdrowiska. Należy tu wskazać, że gmina uzdrowiskowa jest gminą o szczególnym¹¹³ charakterze prawnym i reżimie, co wynika z zachowania funkcji leczniczej uzdrowiska. Cechuje się ona odrębnościami, do których należą ich następujące rodzaje: ustrojowe (obowiązek powołania komisji uzdrowiskowej), zadaniowo-kompetencyjne (realizacja dodatkowych zadań własnych), finansowe (możliwość pobierania opłaty uzdrowiskowej), planistyczne (obowiązek utworzenia stref ochrony uzdrowiskowej).

W trybie określonym w ustawie uzdrowiskowej uzdrowisko to, według art. 2 pkt 3 tego aktu, obszar, na terenie którego prowadzone jest lecznictwo uzdrowiskowe, wydzielony w celu wykorzystania i ochrony znajdujących się na jego obszarze naturalnych surowców leczniczych, któremu został nadany status uzdrowiska. Zarówno z powyższych analiz, jak i przyjętej konstrukcji ustawowej definicji wynika, że uzdrowisko jest ograniczonym obszarem terytorium gminy, prowadzącym specyficzną działalność – lecznictwo uzdrowiskowe, które jest integralną częścią systemu zdrowia. Obecnie w Polsce wydzielono 45 uzdrowisk położonych na obszarze 42 gmin uzdrowiskowych, znajdujących się na terenie 13 województw¹¹⁴. Według Normy Polskiej ze względu na rodzaje warunków leczniczych uzdrowiska dzieli się¹¹⁵ na: klimatyczne, zdrojowiska, borowinowe, nadmorskie (thalassoterapeutyczne). Podział na te cztery rodzaje owocuje odmiennymi wymaganiami odnośnie do kształtowania przestrzeni tych założeń, wynikającymi z kierunków, profili leczniczych i ochrony naturalnych surowców leczniczych. Przy tym w literaturze podnosi się, że w rzeczywistości często funkcjonują założenia nie tylko jednego typu, i ze względu na kombinacje tworzyw leczniczych są to zdrojowiska: borowinowe, klimatyczne,

¹¹³ Por. P. Jankowska, *Szczególny charakter gmin uzdrowiskowych*, w: *Prawo i Administracja*, t. 9, pod red. K. Wojtczak, Piła 2010.

¹¹⁴ *Zdrowie i ochrona zdrowia w 2017 r.*, Główny Urząd Statystyczny, Warszawa–Kraków 2018, s. 64, <https://www.gov.pl/web/zdrowie-wykaz-uzdrowisk-wraz-z-kierunkami-leczniczymi> (dostęp: 10 III 2020).

¹¹⁵ Polska Norma PN-71/Z-11000.

klimatyczno-borowinowe, a także thalassoterapeutyczne czy klimatyczno-borowinowe¹¹⁶.

Z kolei zarówno według danych Ministerstwa Zdrowia¹¹⁷, jak i opracowanych przez Najwyższą Izbę Kontroli (NIK)¹¹⁸ – z uwzględnieniem liczby uzdrowisk oraz udziału procentowego w skali wszystkich 45 uzdrowisk – generalnie polskie uzdrowiska można podzielić, biorąc pod uwagę:

– położenie geograficzne: uzdrowiska nizinne położone do 200 m n.p.m. (17 uzdrowisk, co stanowi 38%); uzdrowiska nadmorskie, położone w odległości nie większej niż 3 km od brzegu morza (6 uzdrowisk, 13%); uzdrowiska podgórskie, położone od 200 do 400 m n.p.m. (14 uzdrowisk, 31%); uzdrowiska górskie, położone od 400 do 800 m n.p.m. (8 uzdrowisk, 38%).

– występujące naturalne surowce lecznicze: zdrojowiska – uzdrowiska posiadające wody lecznicze (33 uzdrowisk, 73%); uzdrowiska borowinowe – zajmujące się leczeniem borowiną (5 uzdrowisk, 11%); uzdrowiska mieszane – posiadające wody lecznicze i borowinę (7 uzdrowisk, 16%).

2.4. Zakład lecznictwa uzdrowiskowego i urzędnienia lecznictwa uzdrowiskowego

Ze względu na to, że lecznictwo uzdrowiskowe w uzdrowiskach jest prowadzone w zakładach lecznictwa uzdrowiskowego, aktualnie pojęcie tego zakładu reguluje art. 2 pkt 10 ustawy uzdrowiskowej, zgodnie z którym jest to zakład leczniczy, w którym podmiot leczniczy wykonuje działalność leczniczą w rodzaju ambulatoryjne lub stacjonarne i całodobowe świadczenia zdrowotne w rozumieniu przepisów o działalności leczniczej¹¹⁹, działający na obszarze uzdrowiska, utworzony w celu udzielania świadczeń zdrowotnych z zakresu lecznictwa uzdrowiskowego albo rehabilitacji uzdrowiskowej, w ramach kierunków leczniczych i przeciwwskazań ustalonych dla danego uzdrowiska, w szczególności

¹¹⁶ Zob. E. Węclowicz-Bilska, *Uzdrowiska polskie. Zagadnienia programowo-przestrzenne*, Kraków 2008, s. 24.

¹¹⁷ <http://mz.gov.pl/> (dostęp: 10 III 2020).

¹¹⁸ Kontrola NIK, *Spełnianie wymogów określonych dla uzdrowisk* (P/16/091), Nr ewid. 179/2016/P/16/091/LSZ, LSZ.430.003.2016, s. 6.

¹¹⁹ Aktualnie według art. 2 ust. 1 pkt 14 u.d.l. zakład leczniczy oznacza zespół składników majątkowych, za pomocą którego podmiot leczniczy wykonuje określony rodzaj działalności leczniczej.

wykorzystujących warunki naturalne uzdrowiska przy udzielaniu świadczeń zdrowotnych.

Oprócz zakładów lecznictwa uzdrowiskowego ważne znaczenie dla procesu leczenia uzdrowiskowego mają także urządzenia lecznictwa uzdrowiskowego. Zgodnie z art. 2 pkt 8 ustawy uzdrowiskowej są to urządzenia służące do leczniczego wykorzystania naturalnych surowców leczniczych oraz właściwości leczniczych klimatu.

3. Typologia zakładów lecznictwa uzdrowiskowego i urządzeń lecznictwa uzdrowiskowego oraz warunki, jakim one powinny odpowiadać

Zgodnie z art. 4 ust. 2 w zw. z art. 5 ust. 1 ustawy uzdrowiskowej w uzdrowiskach lecznictwo uzdrowiskowe jest prowadzone: (1) w zakładach lecznictwa uzdrowiskowego zlokalizowanych w strefie „A” ochrony uzdrowiskowej; (2) przy wykorzystaniu urządzeń lecznictwa uzdrowiskowego.

Ustawa uzdrowiskowa w art. 6 określa zamknięty katalog zakładów lecznictwa uzdrowiskowego, do którego zalicza: (1) szpitale uzdrowiskowe; (2) sanatoria uzdrowiskowe; (3) szpitale uzdrowiskowe dla dzieci i sanatoria uzdrowiskowe dla dzieci; (4) przychodnie uzdrowiskowe; (5) zakłady przyrodolecznicze; (6) szpitale i sanatoria w urządzonych podziemnych wyrobiskach górniczych. Podstawą tak przyjętego podziału jest¹²⁰: (1) zróżnicowana intensywność środków oddziaływania leczniczego w poszczególnych zakładach lecznictwa uzdrowiskowego; (2) zróżnicowany reżim wewnętrzny; (3) odmienne zasady kwalifikowania do leczenia uzdrowiskowego.

Jak wynika z danych Głównego Urzędu Statystycznego (GUS)¹²¹, w końcu 2018 r. funkcjonowało 49 szpitali uzdrowiskowych (w tym 6 dla dzieci), 192 sanatoria uzdrowiskowe (w tym 3 dla dzieci i jedno sanatorium w urządzonym podziemnym wyrobisku górniczym), 11 przychodni i 19 zakładów przyrodoleczniczych obsługujących kompleksy uzdrowiskowe. Łącznie 271 zakładów w ciągu roku przyjęło 838,5 tys. pacjentów, w tym 759,8 tys. leczonych stacjonarnie.

Tym, co łączy te wszystkie typy zakładów, jest sformułowanie: „zapewnienie pacjentowi”. Oznacza to, że przyjęta w u.p.p. jednolita

¹²⁰ Z. Kruczek, A. Weseli, *Uzdrowiska karpackie*, Kraków 1987, s. 30.

¹²¹ GUS z 2018 r. – notka, s. 1.

definicja¹²² tej szczególnej kategorii osób znajduje zastosowanie w ustawie uzdrowiskowej w stosunku do korzystających ze świadczeń opieki zdrowotnej z zakresu lecznictwa uzdrowiskowego. Potwierdza to art. 15 ustawy uzdrowiskowej, który stanowi, że w sprawach w niej nieuregulowanych do zakładów lecznictwa uzdrowiskowego mają zastosowanie przepisy ustawy o prawach pacjenta. W regulacji tej znajduje się też odesłanie do ustawy o działalności leczniczej, co oznacza, że wszystkie rodzaje zakładów lecznictwa uzdrowiskowego spełniają kryteria podmiotu prowadzącego działalność leczniczą¹²³.

Tym, co odróżnia poszczególne rodzaje zakładów, są zadania przez nie wykonywane. Przy czym można przyjąć, że „[p]odstawowe zadania zakładów lecznictwa uzdrowiskowego to leczenie, rehabilitacja, prewencja pierwotna i wtórna oraz edukacja zdrowotna, a wskazania obejmują także choroby przewlekłe, w szczególności choroby cywilizacyjne”¹²⁴. Z analizy art. 8–12 ustawy uzdrowiskowej wynika, że ze względu na to, iż szpital uzdrowiskowy przeznaczony jest dla osób, których stan zdrowia wymaga udzielania całodobowych świadczeń zdrowotnych, podlega on szczególnemu reżimowi. Przejawia się to w obowiązku realizowania szerokiego zakresu usług (nie tylko świadczeń zdrowotnych), a także w szczególnych prawach (i obowiązkach) przebywających w szpitalach pacjentów¹²⁵. Warto dodać, że szpital zapewnia przyjętym pacjentom przede wszystkim świadczenia zdrowotne, ale – co oczywiste – nie wszystkie. Zindywidualizowany szpital nie udziela wszelkich świadczeń zdrowotnych, lecz tylko te, których rodzaje i zakres określa statut. Jak słusznie zauważa K. Wojtczak, świadczenia te powinny odpowiadać wymaganiom wiedzy medycznej¹²⁶. Obowiązkiem każdego szpitala jest ponadto zapewnienie przyjętemu pacjentowi pomieszczenia (tzw. zakwaterowania) i wyżywienia odpowiedniego do stanu zdrowia. Usługi z tego zakresu często nazywa się „hotelarskimi”. Element ten wyróżnia szpitale wśród innych tzw. otwartych zakładów opieki zdrowotnej udzielających świadczeń zdrowotnych w warunkach ambulatoryjnych. Należy zauważyć, że przepis nie rozstrzyga kwestii

¹²² Zob. D. Karkowska, *Ustawa o prawach pacjenta...*, s. 76.

¹²³ Zob. art. 6 art. 6 u.d.l., w którym ustawodawca określił formy organizacyjno-prawne podmiotu prowadzącego działalność leczniczą, dokonując ich podziału na publiczne i niepubliczne – będące i niebędące przedsiębiorcami.

¹²⁴ *Raport*, s. 19.

¹²⁵ M. Dercz, T. Rek, *Ustawa o działalności leczniczej. Komentarz*, Warszawa 2011, s. 136 i n.

¹²⁶ K. Wojtczak, *Komentarz do art. 20–26*, w: Z. Leoński, K. Wojtczak, *Komentarz do ustawy...*, s. 36.

odpłatności bądź bezpłatności usług realizowanych przez szpital. Jak zauważa K. Wojtczak, „oznacza jedynie obowiązek zagwarantowania przez szpitale [...] ich spełnienia w stosunku do każdej osoby już przyjętej [...] do szpitala”¹²⁷. Wymienione w przepisie cechy (obowiązki) szpitala stanowią w pewnym sensie jego charakterystykę, składając się na jego definicję. Pacjent nie może jednak na tej podstawie żądać zapewnienia mu nieodpłatnego pobytu w szpitalu¹²⁸. W kontekście użytego przez ustawodawcę uzdrowskiego pojęcia „szpital uzdrowski” rysuje się problem braku jego legalnej definicji, a w konsekwencji rodzi się też pytanie, czy „szpital uzdrowski” jest „szpitalem” w rozumieniu art. 2 ust. 1 pkt 9 u.d.l., przez który rozumie się zakład leczniczy, w którym podmiot leczniczy wykonuje działalność leczniczą w rodzaju świadczenia szpitalne. Mankamenty te potęguje zagadnienie pobierania opłaty uzdrowskiej „od osób przebywających w szpitalach” uregulowanej w przepisach odrębnych¹²⁹.

Z chwilą przyjęcia do zakładu lecznictwa uzdrowskiego pacjent poddaje się dobrowolnie prawu zakładowemu i jego sytuacja prawna kształtowana jest wówczas przez porządek prawny oraz normy prawa wewnętrznego. Osoba, która stała się pacjentem (użytkownikiem zakładu lecznictwa uzdrowskiego), będąc od tej chwili podporządkowana organom zakładu i jego pracownikom, stała się adresatem norm wydawanych właśnie przez te organy. Stosunki administracyjne tego typu Z. Leoński określa stosunkami występującymi w układach zależności organizacyjnej¹³⁰. Przepisami prawa zakładowego, które kształtują sytuację pacjenta, są statut i regulaminy zakładowe. Zakres uzdrowskiego władztwa zakładowego wynika z charakteru zakładu lecznictwa uzdrowskiego, jego celów i zadań.

Specjalizację poszczególnych typów zakładów lecznictwa uzdrowskiego określa zwykle profil leczniczy uzdrowsiska. Specjalizacja taka pociąga za sobą konieczność lokalizowania gabinetów do badań

¹²⁷ Ibidem, s. 37.

¹²⁸ Zob. M. Dercz, T. Rek, *Ustawa o zakładach...*, s. 154.

¹²⁹ Zob. art. 17 ust. 1a Ustawy z dnia 12 I 1991 r. o podatkach i opłatach lokalnych (tekst jedn. Dz.U. 2019, poz. 1170 ze zm., dalej „u.p.o.l.”), zgodnie z którym opłatę uzdrowską pobiera się od osób fizycznych przebywających dłużej niż dobę w celach zdrowotnych, turystycznych, wypoczynkowych lub szkoleniowych w miejscowościach znajdujących się na obszarach, którym nadano status uzdrowsiska na zasadach określonych w ustawie uzdrowskiej – za każdą rozpoczętą dobę pobytu. Z kolei art. 17 ust. 2 u.p.o.l. określa sytuacje, w których nie pobiera się opłaty uzdrowskiej.

¹³⁰ Z. Leoński, *Zarys prawa administracyjnego*, Warszawa 2000, s. 28.

i zabiegów specjalistycznych, wyposażenia ich w specjalną aparaturę, dobór kwalifikowanych kadr¹³¹. W odniesieniu do uzdrowisk aktualnie przyjęto siedemnaście głównych kierunków leczniczych charakteryzujących w sposób ogólny możliwości terapeutyczne poszczególnych miejscowości¹³². Rodzaj i zakres udzielanych świadczeń opieki zdrowotnej wynikających z dostępnych naturalnych surowców leczniczych i warunków klimatycznych określa statut zakładu lecznictwa uzdrowiskowego¹³³.

Zakłady lecznictwa uzdrowiskowego przeznaczone do leczenia chorób zawodowych powinny być lokalizowane w uzdrowiskach o odpowiednim profilu leczniczym. W ramach określonych kierunków leczniczych uzdrowisk należy w szczególności uwzględniać leczenie uzdrowiskowe osób, u których wystąpiły choroby zawodowe (art. 13 ust. 2 ustawy uzdrowiskowej). Dotyczy to obecnie osób zatrudnionych przy produkcji wyrobów zawierających azbest. W tym zakresie obowiązuje Rozporządzenie Ministra Zdrowia z dnia 9 sierpnia 2004 r. w sprawie leczenia uzdrowiskowego osób zatrudnionych przy produkcji wyrobów zawierających azbest¹³⁴. Jeżeli chodzi o urządzenia lecznictwa uzdrowiskowego, to ustawodawca w art. 5 ust. 1 ustawy uzdrowiskowej tylko je wymienia, i należą do nich: pijalnie uzdrowiskowe, tężnie, parki, ścieżki ruchowe, urządzone odcinki wybrzeża morskiego, lecznicze i rehabilitacyjne baseny uzdrowiskowe, urządzone podziemne wyrobiska górnicze. Według zaś ust. 2 ustawy urządzenia te są udostępniane użytkownikom zgodnie z regulaminem korzystania¹³⁵ z tych urządzeń, sporządzonym przez podmiot posiadający te urządzenia.

¹³¹ Zob. Z. Kruczek, A. Weseli, op. cit., s. 22.

¹³² Zgodnie z art. 13 ust. 1 ustawy uzdrowiskowej ustala się następujące kierunki lecznicze uzdrowisk: (1) choroby ortopedyczno-urazowe; (2) choroby układu nerwowego; (3) choroby reumatologiczne; (4) choroby kardiologiczne i nadciśnienie; (5) choroby naczyń obwodowych; (6) choroby górnych dróg oddechowych; (7) choroby dolnych dróg oddechowych; (8) choroby układu trawienia; (9) cukrzyca; (10) otyłość; (11) choroby endokrynologiczne; (12) osteoporoza; (13) choroby skóry; (14) choroby kobiece; (15) choroby nerek i dróg moczowych; (16) choroby krwi i układu krwionośnego; (17) choroby oka i przydatków oka.

¹³³ Zob. art. 13 ust. 3 ustawy uzdrowiskowej. Por. np. uchwałę Nr V/76/2019 Rady Miasta Sopotu z dnia 28 III 2019 r. w sprawie nadania statutu Samodzielnemu Publicznemu Zakładowi Opieki Zdrowotnej „Uzdrowisko Sopot” w Sopocie (Dz.Urz. Woj. Pomorskiego, poz. 2429).

¹³⁴ Dz.U. Nr 185, poz. 1920 ze zm.

¹³⁵ Na przykład uchwała Nr XVI/79/2011 Rady Miasta Świeradów-Zdrój z dnia 26 X 2011 r. w sprawie ustanowienia regulaminu korzystania z kompleksu parków uzdrowiskowych na terenie Gminy Miejskiej Świeradów-Zdrój (Dz.Urz. Woj. Dolnośląskiego, Nr 265, poz. 5056). Regulamin ten to akt prawa miejscowego wydany w formie uchwały

Zgodnie z art. 5 ust. 3 ustawy uzdrowiskowej Minister Zdrowia określił, w drodze rozporządzenia, wymagania eksploatacyjne, funkcjonalne i techniczne, jakim powinny odpowiadać urządzenia lecznictwa uzdrowiskowego, kierując się wymaganiami określonymi dla tych obiektów oraz standardami przyjętymi w celu zapewnienia efektywności zabiegów i warunków sanitarnohigienicznych oraz uwzględniając ochronę dóbr kultury, a także zagrożenia geologiczne i górnicze w odniesieniu do wyrobisk górniczych. W tej materii obecnie obowiązuje Rozporządzenie Ministra Zdrowia z dnia 2 kwietnia 2012 r. w sprawie określenia wymagań, jakim powinny odpowiadać zakłady i urządzenia lecznictwa uzdrowiskowego¹³⁶. Warto tu podać, że ten akt wykonawczy, ustalając wymagania dla poszczególnych typów zakładów i urządzeń, w ramach których prowadzone jest lecznictwo uzdrowiskowe, uwzględnia ich typologię, jaka wynika z ustawy uzdrowiskowej.

Według art. 41 ust. 2a ustawy uzdrowiskowej wykaz zakładów lecznictwa uzdrowiskowego, urządzeń lecznictwa uzdrowiskowego i kierunków leczniczych ustalonych przez Ministra Zdrowia zawiera statut uzdrowiska będący aktem prawa miejscowego¹³⁷.

4. Kierowanie i kwalifikowanie pacjentów do zakładów lecznictwa uzdrowiskowego

4.1. Podstawa przyjęcia do zakładu lecznictwa uzdrowiskowego i jej wpływ na status prawny pacjenta tego zakładu

Zgodnie z art. 14 ustawy uzdrowiskowej świadczenia zdrowotne w zakładach lecznictwa uzdrowiskowego są udzielane na podstawie wystawionych przez lekarza:

przez radę gminy w zakresie zasad i trybu korzystania z gminnych obiektów urządzeń użyteczności publicznej.

¹³⁶ Tekst jedn. Dz.U. 2018, poz. 496 ze zm. Stosownie do § 1 rozporządzenie szczegółowo określa: (1) wymagania, jakim powinny odpowiadać zakłady lecznictwa uzdrowiskowego; (2) wymagania eksploatacyjne, funkcjonalne i techniczne, jakim powinny odpowiadać urządzenia lecznictwa uzdrowiskowego.

¹³⁷ Na przykład uchwała Nr XXXVIII/375/2017 z dnia 28 VI 2017 r. w sprawie uchwalenia Statutu Uzdrowiska Połczyn-Zdrój (Dz.Urz. Woj. Zachodniopomor., poz. 3312). Por. wyrok NSA z 19 V 2015 r., sygn. II OSK 2528/13, <http://orzeczenia.nsa.gov.pl/doc/D26B355D48> (dostęp: 10 III 2020).

- skierowania na leczenie uzdrowiskowe albo rehabilitację uzdrowiskową albo
- zaświadczenia o braku przeciwwskazań do korzystania z danego rodzaju świadczeń zdrowotnych w danym uzdrowisku.

Przepis ten oznacza, że podstawą przyjęcia do zakładu lecznictwa uzdrowiskowego jest nie tylko skierowanie na leczenie, lecz zaświadczenie o braku przeciwwskazań do korzystania z danego rodzaju świadczeń zdrowotnych (tzw. pobyty komercyjne). Jak podnosi się w piśmiennictwie¹³⁸, nie ma tutaj znaczenia, czy dana osoba przebywa w przedmiotowo określonych zakładach na podstawie skierowania NFZ czy za pełną odpłatnością. Ważne jest jedynie to, czy przebywa w owym zakładzie i czy ten pobyt jest świadczeniem zdrowotnym.

Z kolei sądy administracyjne¹³⁹, uwzględniając te dwie formy przyjęcia na leczenie uzdrowiskowe, w powiązaniu z analizą zakresu zwolnienia z opłaty uzdrowiskowej, wypowiedziały się także odnośnie do zrównania statusu pacjenta na podstawie skierowania lekarskiego i na zasadzie tzw. „pobytów komercyjnych”. Pacjenci samodzielnie opłacający (finansujący) pobyt w szpitalach uzdrowiskowych należących do uzdrowisk są zatem traktowani tak samo jak ci kierowani na leczenie przez NFZ. Żadna z ustaw regulujących zasady funkcjonowania szpitali uzdrowiskowych ani u.p.o.l. nie daje podstawy do takiego rozróżnienia między pacjentami obu kategorii. Potwierdził to także NSA w wyroku z 30 sierpnia 2011 r., który zważył, że „nieuzasadnione jest różnicowanie pacjentów [...] w zależności od tego, czy korzystają z leczenia na zasadach określonych w przepisach u.ś.o.z., czy jako pacjenci, którzy nie uzyskali skierowania na podstawie tych przepisów (odpłatnie)”¹⁴⁰. Stanowisko to spotkało się z dezaprobatą niektórych organów podatkowych w gminach uzdrowiskowych, zdaniem których zasadą przyjęcia do szpitala uzdrowiskowego jest skierowanie na leczenie uzdrowiskowe i tylko skierowanie lekarskie jest podstawą przyjęcia pacjenta,

¹³⁸ M. Cienkowski, T. Wołowicz, *Opłata miejscowa i uzdrowiskowa jako daniny pobierane w miejscowościach turystycznych i uzdrowiskowych*, „Zeszyty Naukowe Uczelni Warszawskiej im. Marii Skłodowskiej-Curie” 2014, nr 4(45), s. 229–249. Zob. także T. Wołowicz, *Pobyt w szpitalu uzdrowiskowym a obowiązek poboru opłaty uzdrowiskowej*, „Przegląd Prawa Publicznego” 2016, nr 1, s. 68.

¹³⁹ Na przykład wyrok WSA we Wrocławiu z 24 XI 2009 r., sygn. I SA/Wr 1439/09, <http://orzeczenia.nsa.gov.pl/doc/14FB5F5F01> (dostęp: 10 III 2020); wyrok NSA Ośrodek Zamiejscowy w Gdańsku z 25 VIII 1994 r., sygn. SA/Gd 858/94, Legalis nr 38759.

¹⁴⁰ Wyrok NSA z 30 VIII 2011 r., sygn. II FSK 408/10, LEX nr 896063.

a pozostałe osoby, przebywające w szpitalach na turnusach uzdrowiskowych czy na tzw. pobytach komercyjnych, są obowiązane do uiszczenia tej opłaty.

4.2. Świadczenioborca a pacjent

Artykuł 14 ustawy uzdrowiskowej koresponduje z art. 33 ust. 1 i 2 zd. 1 u.ś.o.z., które stanowią: leczenie uzdrowiskowe albo rehabilitacja uzdrowiskowa przysługuje świadczenioborcy – są to dwie kategorie osób uprawnionych: ubezpieczeni¹⁴¹ i osoby inne niż ubezpieczeni¹⁴², spełniające kryteria określone przepisami¹⁴³ – na podstawie skierowania wystawionego przez lekarza ubezpieczenia zdrowotnego. Skierowanie to wymaga potwierdzenia przez oddział wojewódzki NFZ właściwy ze względu na miejsce zamieszkania świadczenioborcy, a jeżeli nie można ustalić miejsca jego zamieszkania – oddział wojewódzki NFZ właściwy dla siedziby świadczeniodawcy, który je wystawił.

Zasygnalizowania w tym miejscu wymaga, że nawiązanie stosunku (zakładowego) następuje w drodze administracyjnej, a udzielanie świadczeń zdrowotnych na podstawie skierowań. Ustawodawca w u.ś.o.z. nie definiuje pojęć: „skierowanie” czy „skierowanie lekarza ubezpieczenia zdrowotnego lub felczera ubezpieczenia zdrowotnego”, lecz określa, w przypadku jakich świadczeń zdrowotnych finansowanych ze środków publicznych wymagane jest uprzednie posiadanie przez pacjenta dokumentu potwierdzającego potrzebę uzyskania określonego świadczenia uprawniającego do korzystania z leczenia uzdrowiskowego albo rehabilitacji.

Jak podnosi się w doktrynie¹⁴⁴, treść powyższej regulacji (art. 33 u.ś.o.z.) może zatem statuować ogólne prawo pacjenta do mającego ustawowy status świadczenioborcy do świadczeń zdrowotnych finansowanych ze środków publicznych. Podmiotem uprawnionym do

¹⁴¹ Do korzystania ze świadczeń opieki zdrowotnej na zasadach określonych w u.ś.o.z. mają prawo: osoby objęte obowiązkowym i dobrowolnym ubezpieczeniem zdrowotnym, zwane „ubezpieczonymi” (art. 2 ust. 1 pkt 1).

¹⁴² Osoby inne niż ubezpieczeni zwane są „świadczenioborcami” – zob. art. 2 ust. 1 pkt 2–4 u.ś.o.z.

¹⁴³ Przepisy odrębne regulują tu jednak pewien wyjątek. Zob. art. 73 Ustawy z dnia 13 VI 2003 r. o udzielaniu cudzoziemcom ochrony na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej (tekst jedn. Dz.U. 2019, poz. 1666).

¹⁴⁴ M. Paszkowska, *Uzdrowiska w systemie ochrony zdrowia*, Warszawa 2017, s. 215–217.

realizacji tego prawa – tj. korzystającym ze świadczeń zdrowotnych z zakresu lecznictwa uzdrowiskowego – nie jest każdy pacjent, lecz tylko świadczeniobiorca w systemie publicznego ubezpieczenia zdrowotnego, czyli podmiot określony w art. 2 u.ś.o.z. Innymi słowy w dużym uproszczeniu świadczeniobiorcą są ubezpieczeni (obligatoryjnie i dobrowolnie), obywatele polscy do 18. roku życia, kobiety w okresie ciąży, porodu lub połoгу posiadające miejsce zamieszkania na terytorium RP i cudzoziemcy w ściśle określonych przypadkach związanych z ich statusem. W ślad za M. Paszkowską¹⁴⁵ należy zatem przyjąć, że „[ś]wiadczeniobiorcy w rozumieniu normatywnym to w praktyce pacjenci. Jednakże nie są to pojęcia tożsame. Bowiern pojęcie «pacjent» jest pojęciem szerszym niż świadczeniobiorca czy też ubezpieczony. Pacjent to generalnie każda osoba korzystająca ze świadczeń zdrowotnych”.

4.3. Tryb (procedura) kierowania na leczenie uzdrowiskowe

Ogólny tryb kierowania na leczenie uzdrowiskowe albo rehabilitację uzdrowiskową reguluje przytoczony już art. 33 u.ś.o.z. Na podstawie delegacji z ust. 5 tego aktu Minister Zdrowia wydał Rozporządzenie z dnia 7 lipca 2011 r. w sprawie kierowania na leczenie uzdrowiskowe albo rehabilitację uzdrowiskową¹⁴⁶. Rozporządzenie określa sposób wystawiania skierowania¹⁴⁷ na leczenie uzdrowiskowe albo rehabilitację uzdrowiskową przez lekarza ubezpieczenia zdrowotnego, tryb potwierdzania i wzór tego skierowania (§ 1). Obecnie¹⁴⁸ według zmienionego § 2 ust. 1 rozporządzenia lekarz ubezpieczenia zdrowotnego wystawia skierowanie na leczenie uzdrowiskowe albo rehabilitację uzdrowiskową, zwane dalej „skierowaniem”, biorąc pod uwagę: (1) wskazania i przeciwwskazania do leczenia uzdrowiskowego albo rehabilitacji uzdrowiskowej; (2) w przypadku dorosłych: (a) okres, jaki upłynął od dnia zakończenia przez świadczeniobiorcę ostatniego leczenia uzdrowiskowego albo rehabilitacji uzdrowiskowej – nie wcześniej niż przed upływem 12 miesięcy od tej daty, (b) zalecaną częstotliwość korzystania

¹⁴⁵ Ibidem, s. 217.

¹⁴⁶ Dz.U. Nr 142, poz. 835 ze zm., dalej „rozporządzenie”.

¹⁴⁷ Zgodnie z § 3 rozporządzenia obowiązujący wzór skierowania określa załącznik do rozporządzenia.

¹⁴⁸ Rozporządzenie Ministra Zdrowia z dnia 4 VI 2019 r. zmieniające rozporządzenie w sprawie kierowania na leczenie uzdrowiskowe albo rehabilitację uzdrowiskową (Dz.U. poz. 1136), dalej „rozporządzenie zmieniające”.

z leczenia uzdrowiskowego albo rehabilitacji uzdrowiskowej, nie częściej niż raz na 18 miesięcy¹⁴⁹. Odnośnie do tej regulacji Prezydium Naczelnej Rady Lekarskiej, już po zapoznaniu się z projektem analizowanego rozporządzenia zmieniającego, zgłosiło, że „wątpliwości budzi zmiana zaproponowana w § 2 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia, zgodnie z którą lekarz będzie zobowiązany do stwierdzania, kiedy pacjent po raz ostatni korzystał z leczenia uzdrowiskowego lub rehabilitacji uzdrowiskowej. W ocenie Prezydium Naczelnej Rady Lekarskiej pacjent powinien składać oświadczenie w przedmiotowym zakresie lub mieć obowiązek dostarczenia karty z leczenia uzdrowiskowego”¹⁵⁰.

Kolejno lekarz wystawiający skierowanie jest obowiązany do prawidłowego i czytelnego wypełnienia skierowania (§ 2 ust. 5 rozporządzenia). Aktualnie¹⁵¹ skierowanie, w terminie 30 dni od dnia jego wystawienia przez lekarza, pod rygorem utraty ważności skierowania, przesyła się do oddziału wojewódzkiego NFZ w zamkniętej kopercie opatrzonej napisem „skierowanie na leczenie uzdrowiskowe” albo „skierowanie na rehabilitację uzdrowiskową”. Skierowanie może być przesłane przez świadczeniobiorcę wskazanego w skierowaniu (§ 2 ust. 6 rozporządzenia)¹⁵².

Po otrzymaniu skierowania przez oddział wojewódzki NFZ komórka organizacyjna właściwa w zakresie lecznictwa uzdrowiskowego i rehabilitacji uzdrowiskowej dokonuje jego rejestracji poprzez wpis na listę skierowań oraz oznacza skierowanie numerem wpisu, pod którym skierowanie zostało wpisane na listę skierowań. Po dokonaniu rejestracji skierowania lekarz specjalista w dziedzinie balneologii i medycyny fizykalnej lub rehabilitacji medycznej zatrudniony w komórce organizacyjnej dokonuje aprobaty skierowania pod względem celowości leczenia uzdrowiskowego albo rehabilitacji uzdrowiskowej. Lekarz specjalista może zażądać od lekarza ubezpieczenia zdrowotnego,

¹⁴⁹ Zgodnie z § 2 ust. 2 rozporządzenia przepisu tego nie stosuje się do leczenia uzdrowiskowego w szpitalu uzdrowiskowym i leczenia uzdrowiskowego w formie rehabilitacji uzdrowiskowej w szpitalu uzdrowiskowym oraz w uzdrowiskowym leczeniu ambulatoryjnym. Zob. także art. 19 ust. 3 ustawy uzdrowiskowej.

¹⁵⁰ Stanowisko Nr 74/18/P-VIII Prezydium Naczelnej Rady Lekarskiej z dnia 23 XI 2018 r. w sprawie projektu rozporządzenia Ministra Zdrowia zmieniającego rozporządzenie w sprawie kierowania na leczenie uzdrowiskowe albo rehabilitację uzdrowiskową – pkt 1, dalej „Stanowisko Prezydium NRL”.

¹⁵¹ Zmiana wynika z § 1 pkt 1 lit. c rozporządzenia zmieniającego.

¹⁵² A. Iwiński, *Zmiany w leczeniu w uzdrowiskach*, „Gazeta dla Pacjenta”. Dwumiesięcznik Porozumienia Pracodawców Ochrony Zdrowia, Rok IX, 2019, nr 2, s. 20–21.

który wystawił skierowanie, dostarczenia w wyznaczonym terminie dokumentacji medycznej niezbędnej do ustalenia rodzaju i zakresu leczenia uzdrowiskowego albo rehabilitacji uzdrowiskowej, uzupełnienia lub aktualizacji tej dokumentacji oraz przeprowadzenia dodatkowych badań (§ 3 ust. 1–3).

Oceny przesłanek uznania zwrotu potwierdzonego skierowania na leczenie uzdrowiskowe za nieuzasadniony podjął się WSA w Warszawie w wyroku z 13 lutego 2014 r.¹⁵³ Zdaniem sądu zwrot potwierdzonego skierowania przez świadczeniobiorcę traktowany jest jako złożenie nowego skierowania, które przekazywane jest do ponownej rejestracji i oceny celowości leczenia zgodnie z art. 33 ust. 2 u.ś.o.z. (w zw. z § 3 ust. 2 analizowanego rozporządzenia Ministra Zdrowia). Czynność uznania zwrotu skierowania za nieuzasadnioną ingeruje w przyznane świadczeniobiorcy prawo do świadczenia zdrowotnego, prowadząc w istocie do zanegowania celowości samego skierowania na leczenie. Powtórnie otwiera zasadniczy etap realizacji uprawnienia do świadczenia opieki zdrowotnej, o którym mowa w art. 15 ust. 2 pkt 8 w zw. z art. 33 ust. 1 u.ś.o.z., który następuje po etapie wystawienia skierowania na leczenie przez lekarza ubezpieczenia zdrowotnego, a mianowicie etap jego weryfikacji, który wieńczony jest jego potwierdzeniem albo odmową aprobaty przez oddział wojewódzki NFZ. Ponadto czynność uznania zwrotu skierowania na leczenie uzdrowiskowe za nieuzasadnione jest podejmowana przez organ administracji. Charakteryzuje się cechą jednostronności, ma charakter indywidualny w tym sensie, że jej przedmiotem jest konkretne uprawnienie konkretnego świadczeniobiorcy do konkretnego świadczenia zdrowotnego z zakresu lecznictwa uzdrowiskowego (art. 33 u.ś.o.z.). Czynność tę należy więc zakwalifikować jako czynność określoną w art. 3 § 2 pkt 4 Ustawy z dnia 30 sierpnia 2002 r. Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi¹⁵⁴. Skarga dotycząca uznania zwrotu skierowania za nieuzasadnione nie może ulec odrzuceniu na podstawie art. 58 § 1 pkt 1 p.p.s.a., dotyczy bowiem sprawy z zakresu administracji publicznej, w której podejmowana jest czynność objęta właściwością sądu administracyjnego.

Rozporządzenie w § 4 ust. 1–8 reguluje procedurę potwierdzania skierowania przez oddział wojewódzki NFZ. Następuje to w sytuacji, gdy: (1) lekarz specjalista aprobował celowość skierowania;

¹⁵³ Wyrok WSA w Warszawie z 13 II 2014 r., sygn. VI SA/Wa 2367/13, <http://orzeczenia.nsa.gov.pl/doc/DAC1C6260F> (dostęp: 10 III 2020).

¹⁵⁴ Obecnie tekst jedn. Dz.U. 2019, poz. 2325 ze zm., dalej „p.p.s.a.”.

(2) w odpowiednich zakładach lecznictwa uzdrowiskowego albo rehabilitacji uzdrowiskowej są wolne miejsca, przewidziane w umowach z tymi zakładami.

Należy tu wskazać, że rozporządzeniem zmieniającym¹⁵⁵ wprowadzono zmianę wzoru skierowania poprzez usunięcie części, w której to lekarz ubezpieczenia zdrowotnego, wystawiający skierowanie, mógł określić miejsce i rodzaj leczenia uzdrowiskowego albo rehabilitacji uzdrowiskowej. Tym bardziej uwagę zwraca stanowisko Prezydium NRL, w ocenie którego „należy pozostawić lekarzowi ubezpieczenia zdrowotnego możliwość wpisania na skierowaniu miejsca i rodzaju leczenia uzdrowiskowego. Lekarz ubezpieczenia zdrowotnego posiada więcej informacji o swoim pacjencie, którymi nie dysponuje lekarz NFZ, np. o złej tolerancji pobytu pacjenta w konkretnym miejscu leczenia”¹⁵⁶. Obecnie, potwierdzając skierowanie, oddział wojewódzki NFZ określa: rodzaj leczenia uzdrowiskowego albo rehabilitacji uzdrowiskowej oraz ich tryb; odpowiedni zakład lecznictwa uzdrowiskowego albo rehabilitacji uzdrowiskowej; datę rozpoczęcia leczenia albo rehabilitacji uzdrowiskowej; w przypadku leczenia uzdrowiskowego w warunkach stacjonarnych – czas trwania; okres leczenia, w przypadku leczenia uzdrowiskowego w warunkach ambulatoryjnych albo rehabilitacji uzdrowiskowej. W kontekście § 4 ust. 2 badanego rozporządzenia, NSA w wyroku z 23 stycznia 2018 r.¹⁵⁷ zważył, że w ustawie uzdrowiskowej oraz u.ś.o.z. i w przepisach wykonawczych nie ma podstaw prawnych do domagania się przez świadczeniobiorcę skierowania na leczenie w terminie i w miejscu przez niego wnioskowanym. Sąd dodał, że zarówno aprobatą celowości skierowania, jak i ustalenie warunków leczenia sanatoryjnego należy do organu. Przepis ten był także przedmiotem kontroli Trybunału Konstytucyjnego (TK), który w wyroku z 26 kwietnia 2016 r.¹⁵⁸ orzekł, że § 4 ust. 2 rozporządzenia Ministra

¹⁵⁵ Zob. § 1 pkt 4 rozporządzenia zmieniającego (Dz.U. 2019, poz. 1136), zgodnie z którym załącznik (wzór skierowania na leczenie uzdrowiskowe/rehabilitację uzdrowiskową) do rozporządzenia otrzymuje brzmienie określone w załączniku do niniejszego rozporządzenia.

¹⁵⁶ Zob. Stanowisko Prezydium NRL – pkt 2.

¹⁵⁷ Wyrok NSA z 23 I 2018 r., sygn. II GSK 4944/16, <http://orzeczenia.nsa.gov.pl/doc/DAC1C6260F> (dostęp: 10 III 2020).

¹⁵⁸ Wyrok TK z 26 IV 2016 r., sygn. TK U 1/15, Dz.U. 2016, poz. 1236. Ponadto TK podniósł, że § 5 ust. 3 rozporządzenia powołanego w punkcie 1 (czyli Rozporządzenia Ministra Zdrowia z dnia 7 VII 2011 r. w sprawie kierowania na leczenie uzdrowiskowe albo rehabilitację uzdrowiskową) jest zgodny z art. 78 zd. 2 i art. 31 ust. 3 Konstytucji RP.

Zdrowia jest zgodny z art. 33 ust. 5 pkt 2 u.ś.o.z. oraz z art. 92 ust. 1 zd. 1 i art. 68 ust. 2 zd. 2 Konstytucji RP. Oznacza to, że tryb potwierdzania skierowania na leczenie uzdrowiskowe (rehabilitację) może obejmować wskazanie przez oddział wojewódzki NFZ rodzaju leczenia uzdrowiskowego, daty jego rozpoczęcia czy właściwego zakładu lecznictwa uzdrowiskowego. Sposób postępowania dotyczący potwierdzenia skierowania na leczenie uzdrowiskowe może i powinien prowadzić do pełnej konkretyzacji warunków, na jakich świadczeniobiorca skorzysta z tego typu świadczeń opieki zdrowotnej.

W przypadku skierowania na leczenie uzdrowiskowe w warunkach ambulatoryjnych, potwierdzonego przez właściwy oddział wojewódzki NFZ, świadczeniobiorca uzgadnia termin rozpoczęcia leczenia uzdrowiskowego z zakładem lecznictwa uzdrowiskowego, do którego otrzymał skierowanie, nie później niż 14 dni przed dniem rozpoczęcia leczenia. Zakład lecznictwa uzdrowiskowego potwierdza świadczeniobiorcy uzgodniony termin rozpoczęcia leczenia uzdrowiskowego w warunkach ambulatoryjnych w formie pisemnej lub elektronicznej. Oddział wojewódzki NFZ doręcza wówczas świadczeniobiorcy potwierdzone skierowanie nie później niż 14 dni przed dniem rozpoczęcia leczenia. Doręczając skierowanie na leczenie w sanatorium uzdrowiskowym, oddział wojewódzki NFZ informuje o zasadach odpłatności za pobyt w sanatorium, w tym, jeżeli dotyczy, o całkowitych kosztach za pobyt opiekuna. W przypadkach szczególnie uzasadnionych, po uzgodnieniu ze świadczeniobiorcą, może mu zostać doręczone potwierdzone skierowanie, za zgodą świadczeniodawcy wyrażoną w formie pisemnej lub elektronicznej, w terminie innym niż 14 dni, jednak nie krótszym niż 3 dni przed dniem rozpoczęcia leczenia. Uzgodnienie ze świadczeniobiorcą polega na uzyskaniu jego zgody w rozmowie telefonicznej, w formie pisemnej lub elektronicznej.

Rozporządzenie w § 5 ust. 1–3 reguluje natomiast procedurę niepotwierdzenia skierowania. Następuje to w sytuacji, gdy oddział wojewódzki NFZ nie potwierdził, w przypadku gdy lekarz specjalista nie zaaprobował celowości skierowania. Wówczas jest ono zwracane lekarzowi, który je wystawił, wraz z podaniem przyczyny odmowy potwierdzenia skierowania. Oddział wojewódzki NFZ zawiadamia świadczeniobiorcę o niepotwierdzeniu skierowania wraz z podaniem przyczyny odmowy potwierdzenia skierowania, nie później niż 30 dni od dnia otrzymania skierowania. Jak słusznie zauważa D. Karkowska, „[s]amo zagadnienie ograniczania prawa pacjenta do świadczenia uzdrowiskowego na

podstawie jednostronnego działania funduszu budzi spore wątpliwości¹⁵⁹. Na niepotwierdzenie skierowania przez oddział wojewódzki NFZ nie przysługuje odwołanie. Jak podnoszą J. Nowak-Kubiak i B. Łukasik, „przepis dotyczący braku prawa do odwołania od odmowy potwierdzenia nie przesądza jednak o braku prawa do kontroli takiej odmowy”¹⁶⁰.

Skierowanie, którego oddział wojewódzki NFZ nie potwierdził z powodu braku miejsc w odpowiednich zakładach lecznictwa uzdrowiskowego, jest składane do dokumentacji prowadzonej przez ten oddział, który to zawiadamia świadczeniobiorcę o przyczynie niepotwierdzenia, nie później niż 30 dni od otrzymania skierowania (§ 6 ust. 1–3 rozporządzenia). Skierowanie powinno być rozpatrzone przez oddział wojewódzki NFZ w terminie 30 dni od dnia jego wpływu do tego oddziału. Termin ten może być przedłużony, nie więcej jednak niż o 14 dni (§ 7 rozporządzenia). Obecnie uchylono procedurę weryfikacji skierowania co 18 miesięcy¹⁶¹.

Oddział wojewódzki NFZ prowadzi listę świadczeniobiorców, którzy nie uzyskali potwierdzenia skierowania¹⁶². Świadczeniobiorca powinien być poinformowany pisemnie o swojej kolejności na liście świadczeniobiorców. Oddział potwierdza skierowanie wystawione świadczeniobiorcy, który znajduje się na liście, w pierwszej kolejności, jeżeli są miejsca w odpowiednich zakładach lecznictwa uzdrowiskowego, przewidziane w umowach z tymi zakładami (§ 8 rozporządzenia). Zdaniem K. Celińskiej-Grzegorzczak¹⁶³, choć lista oczekujących na leczenie uzdrowiskowe nie mieści się w dyspozycji art. 20 u.ś.o.z. – regulującego ogólne kwestie tzw. kolejki w dostępie do świadczeń¹⁶⁴ – w szczególności zaś jest prowadzona przez oddział NFZ, a nie przez świadczeniodawcę, to wpis na nią ma charakter czynności faktycznej.

Biorąc pod uwagę problem kolejności w dostępie do świadczeń zdrowotnych z zakresu lecznictwa uzdrowiskowego, „[k]onieczne jest wdrożenie systemu umożliwiającego oczekiwanie (wg PESEL) na realizację

¹⁵⁹ D. Karkowska, *Prawa pacjenta*, s. 293.

¹⁶⁰ J. Nowak-Kubiak, B. Łukasik, *Ustawa o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych. Komentarz*, Warszawa 2010, s. 109.

¹⁶¹ Zob. § 1 pkt 2 rozporządzenia zmieniającego Ministra Zdrowia z dnia 4 VI 2019 r.

¹⁶² Pomocnym narzędziem w celu ułatwienia dostępu do informacji o procesie potwierdzenia skierowania na leczenie uzdrowiskowe jest przeglądarka skierowań. Zob. <https://skierowania.nfz.gov.pl> (dostęp: 10 III 2020).

¹⁶³ K. Celińska-Grzegorzczak, *Glosa do uchwały z dnia 16 grudnia 2013 r., II GPS/13*, „Zeszyty Naukowe Sądownictwa Administracyjnego” 2014, nr 5, s. 176–182.

¹⁶⁴ J. Nowak-Kubiak, B. Łukasik, op. cit., s. 57.

świadczenia wyłącznie jednego rodzaju (rehabilitacja lecznicza lub lecznictwo uzdrowiskowe) oraz wyłącznie u jednego świadczeniodawcy, a zatem likwidację «sztucznych» kolejek w rehabilitacji przewlekłej. Wskazane jest utworzenie elektronicznej «bazy» pacjentów poddawanych różnym formom rehabilitacji, w celu monitorowania i koordynowania przebiegu rehabilitacji pacjenta w ramach całego systemu opieki rehabilitacyjnej¹⁶⁵.

4.4. Charakter prawny skierowania na leczenie uzdrowiskowe

Z przeprowadzonych badań wynika, że o ile zasadniczo największy zasięg władztwa zakładowego jest w jednym z rodzajów zakładów lecznictwa uzdrowiskowego – w szpitalu uzdrowiskowym, o tyle w aktualnym stanie prawnym nie należy wiązać instytucji skierowania wyłącznie ze stosunkiem zakładowym. Przedmiotem skierowania jest stan pacjenta, który kwalifikuje go, zdaniem osoby uprawnionej (lekarza), do orzekania o przyjęciu i pobycie w zakładzie lecznictwa uzdrowiskowego. W orzecznictwie przyjęto, że skierowanie lub odmowa skierowania jest aktem wiedzy osoby wydającej takie skierowanie¹⁶⁶, a jednocześnie uznano, że skierowanie jest aktem kończącym określoną procedurę medyczną, który tym samym umożliwia rozpoczęcie kolejnego etapu postępowania. Wydanie każdego skierowania wymaga od podmiotu uprawnionego zachowania należytej staranności, kierowania się odpowiednimi wymaganiami aktualnej wiedzy medycznej i zasadami etyki zawodowej. Wola pacjenta wyrażana jest poprzez osobiste złożenie oświadczenia pacjenta, jego przedstawiciela ustawowego bądź opiekuna faktycznego w formie wymaganej przez odrębne przepisy. Charakter prawny oświadczenia nie powinien budzić wątpliwości. Zgodnie z art. 60 k.c. wola osoby dokonującej czynności prawnej może być wyrażona przez każde zachowanie się tej osoby, które ujawnia wolę w sposób dostateczny. Złożenie oświadczenia o wyrażeniu zgody na przyjęcie do przedmiotowego zakładu zawiera w sobie w sposób dostateczny uzewnętrznienie zamiarów tej osoby, w konsekwencji przyszłego użytkownika.

Skierowanie jest zaświadczeniem lekarskim, o którym mówi KEL¹⁶⁷. Wydawanie zaświadczeń lekarskich jest dozwolone jedynie na podstawie aktualnego badania lub odpowiedniej dokumentacji. Bez zgody osoby

¹⁶⁵ *Raport*, s. 137.

¹⁶⁶ Wyrok WSA w Warszawie z 27 IX 2005 r., sygn. VI SA/Wa 828/05, LEX nr 195027.

¹⁶⁷ Por. np. M. Nesterowicz, *Prawo medyczne*, Toruń 2000, s. 40.

skierowanej nie jest możliwe przyjęcie do zakładu lecznictwa uzdrowiskowego. Niektóre zaświadczenia lekarskie są klasycznymi dokumentami potwierdzającymi, zawierającymi element oceny, wystawianymi przez niektóre podmioty zaliczone do organów administracji w szerokim znaczeniu (organy administrujące, organy administracji w znaczeniu funkcjonalnym)¹⁶⁸. Zaświadczenia lekarskie nie są zaświadczeniami w rozumieniu Kodeksu postępowania administracyjnego¹⁶⁹, mają bowiem niejednolity charakter prawny. Mogą to być orzeczenia lekarskie oraz tzw. stwierdzenia lekarskie. Jak się przyjmuje¹⁷⁰, orzeczenia lekarskie obejmują nie tylko stwierdzenia, ale i oceny, do jakich upoważnia aktualna wiedza medyczna, przeprowadzane pod kątem potrzeb wynikających z celu wydania danego orzeczenia, czynności o charakterze stwierdzenia mogą zaś dotyczyć wszystkich okoliczności, które dadzą się ustalić w sposób niebudzący wątpliwości w świetle nauk medycznych.

W doktrynie i w orzecznictwie sądów administracyjnych nie budzi wątpliwości charakter tego środka: skierowanie nie jest aktem administracyjnym¹⁷¹, ponieważ nie jest skierowane na wywołanie konkretnych, indywidualnie oznaczonych skutków prawnych. Skierowanie nie jest decyzją administracyjną, gdyż nie stwierdza o nabyciu przez użytkownika prawa podmiotowego, lecz powoduje tylko udzielanie świadczeń przez właściwą jednostkę organizacyjną. Skierowanie jest zatem czynnością materialno-techniczną, sporządzoną w postaci dokumentu urzędowego – potwierdzającego określone fakty lub stan prawny¹⁷² – przez uprawniony podmiot w zakresie spraw poruczonych z mocy prawa. Wydaje się, że „przyjęcie” i „wypisanie” „do” i „z” zakładu lecznictwa uzdrowiskowego nie dotyczy sfery zewnętrznej administracji, ale raczej sfery wewnętrznej, wobec czego nie istnieje prawna możliwość wydania decyzji administracyjnej w tym zakresie. Decyzja według SN jest

¹⁶⁸ K. Chorąży, Z. Kmiecik, *Zaświadczenia według kodeksu postępowania administracyjnego a inne akty potwierdzające*, w: *Administracja publiczna u progu XXI wieku. Prace dedykowane prof. zw. dr. hab. Janowi Szreniawskiemu z okazji Jubileuszu 45-lecia pracy naukowej*, Przemysł 2000, s. 143.

¹⁶⁹ Ustawa z dnia 14 VI 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (tekst jedn. Dz.U. 2020, poz. 256), dalej „k.p.a.”.

¹⁷⁰ K. Chorąży, Z. Kmiecik, *Zaświadczenia...*, s. 144.

¹⁷¹ R. Kędziora, *Ogólne postępowanie administracyjne*, Warszawa 2008, s. 402; K. Chorąży, Z. Kmiecik, *Wydawanie zaświadczeń – kwestie nie rozstrzygnięte w literaturze*, „Samorząd Terytorialny” 2000, nr 6, s. 71.

¹⁷² J. Bukowska, *Prawne formy działania administracji*, w: *Nauka administracji*, pod red. Z. Cieślaka, Warszawa 2017, s. 114–116.

kwalifikowanym przejawem woli organu, wydawanym na podstawie powszechnie obowiązujących przepisów prawa, władczym, zewnętrznym, rozstrzygającym konkretną sprawę co do konkretnej osoby, wydanym w postępowaniu o prawnie unormowanej procedurze¹⁷³, natomiast „[s]twierdzenie zawarte w art. 104 § 1 k.p.a., że załatwienie sprawy następuje przez wydanie decyzji, odnosi się tylko do sytuacji, gdy z mocy przepisów prawa materialnego lub innych załatwienie sprawy powinno nastąpić w tej formie prawnej”¹⁷⁴.

Wobec zarysowania się w ocenie sądów administracyjnych dwóch przeciwstawnych stanowisk odnośnie do przyjmowanego kierunku interpretacji – kwestia sporna dotyczy tego, czy przedmiotowe skierowanie jest to czynność z zakresu administracji publicznej dotycząca uprawnień lub obowiązków wynikających z przepisów prawa. Naczelny Sąd Administracyjny w składzie 7 sędziów w uchwale z 16 grudnia 2013 r.¹⁷⁵ zważył, że potwierdzenie skierowania na leczenie uzdrowiskowe wydane na podstawie art. 33 ust. 2 u.ś.o.z. jest czynnością, o której mowa w art. 3 § 2 pkt 4 p.p.s.a., czyli czynnością z zakresu administracji publicznej dotycząca uprawnień lub obowiązków wynikających z przepisów prawa, natomiast odmowa potwierdzenia skierowania taką czynnością nie jest. Obecnie zgodnie z art. 33 ust. 2 zd. 2 u.ś.o.z. do potwierdzenia oraz odmowy potwierdzenia skierowania nie stosuje się przepisów k.p.a. Zmiana ta¹⁷⁶ pozwala stwierdzić, że właśnie przywołana uchwała NSA determinowała ingerencję ustawodawcy w dotychczasowe brzmienie art. 33 ust. 2 u.ś.o.z. – „[o]znacza to, że organ rozpatrując wniosek o potwierdzenie skierowania na leczenie uzdrowiskowe nie jest również związany zasadami ogólnymi postępowania administracyjnego, które m.in. nakładają na niego obowiązek załatwienia sprawy z uwzględnieniem słusznego interesu strony (art. 7 k.p.a.), a także do prowadzenia postępowania w sposób budzący zaufanie jego uczestników do władzy publicznej (art. 8 k.p.a.)”¹⁷⁷.

¹⁷³ Uchwała ICiA SN z 5 II 1988 r., sygn. III AZP 1/88, OSPiKA 1989, nr 5, poz. 59.

¹⁷⁴ Wyrok NSA z 17 XII 1985 r., sygn. III SA 988/85, OSPiKA 1987, nr 5–6, poz. 116, z głosem J. Borkowskiego, ONSA 1985, z. 2, poz. 38.

¹⁷⁵ Uchwała 7 sędziów NSA z 16 XII 2013 r., sygn. II GSP 2/13, <http://orzeczenia.nsa.gov.pl/doc/A315C34C26> (dostęp: 10 III 2020), i zawarty tam szeroki wybór orzecznictwa.

¹⁷⁶ Zob. art. 1 pkt 26 Ustawy z dnia 22 VII 2014 r. o zmianie ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. poz. 1138), której przepisy weszły w życie z dniem 1 I 2015 r. Zob. także K. Celińska-Grzegorzcyk, op. cit., s. 176–182.

¹⁷⁷ Zob. przywoływany już wyrok NSA z 23 I 2018 r., sygn. II GSK 4944/16.

4.5. Zasady kierowania i kwalifikowania pacjentów do zakładów lecznictwa uzdrowiskowego

Zgodnie z art. 19 ust. 13 ustawy uzdrowiskowej Minister Zdrowia określił, w drodze rozporządzenia, zasady kierowania i kwalifikowania pacjentów do zakładów lecznictwa uzdrowiskowego, kierując się bezpieczeństwem pacjenta, a także wskazaniem nauki i praktyki. W tym zakresie obowiązuje Rozporządzenie Ministra Zdrowia z dnia 5 stycznia 2012 r. w sprawie zasad kierowania i kwalifikowania pacjentów do zakładów lecznictwa uzdrowiskowego¹⁷⁸. Określa ono wskazania i przeciwwskazania do leczenia uzdrowiskowego (rehabilitacji) stanowiące podstawę kwalifikowania pacjenta (§ 1). Według § 4 tego aktu przy kwalifikowaniu pacjenta do zakładu lecznictwa uzdrowiskowego lekarz ocenia: (1) stan zdrowia pacjenta; (2) możliwość leczenia uzdrowiskowego przy wykorzystaniu właściwości naturalnych surowców leczniczych; (3) przebieg choroby będącej wskazaniem do leczenia uzdrowiskowego lub rehabilitacji uzdrowiskowej, w ramach kierunków leczniczych uzdrowisk; (4) efekty przebytego w przeszłości leczenia uzdrowiskowego lub rehabilitacji uzdrowiskowej, jeżeli pacjent korzystał z tej formy leczenia lub rehabilitacji; (5) zdolność pacjenta do samoobsługi i samodzielnego poruszania się lub zdolność pacjenta do samoobsługi i samodzielnego przemieszczania się na wózku inwalidzkim. Zwłaszcza ta ostatnia przesłanka według Rzecznika Praw Obywatelskich (RPO) stanowi problem związany z dostępnością świadczeń z zakresu leczenia uzdrowiskowego dla pacjentów z niepełnosprawnościami i seniorów wymagających w codziennym funkcjonowaniu wsparcia osoby bliskiej. Jak wynika z oświadczenia, „RPO zgadza się, że pacjent może być w takim stanie, że nie powinno się go kierować do sanatorium. Jednak niepełnosprawność nie może być jedynym czynnikiem decydującym o niemożności skorzystania z uzdrowiska”¹⁷⁹. Rozwiązaniem problemu mogłoby być powiązanie leczenia uzdrowiskowego z wprowadzeniem usług asystenckich dla tego typu pacjentów, tak by nie byli oni wykluczeni z możliwości korzystania z tej formy leczenia ze względu np. na niepełnosprawność czy zaawansowany wiek.

¹⁷⁸ Tekst jedn. Dz.U. poz. 14.

¹⁷⁹ Zob. <https://www.politykazdrowotna.com/45818,osoby-niesamodzielne-dyskryminowane-przy-leczeniu-uzdrowiskowym>, 10 VI 2019 r. (dostęp: 10 III 2020).

Przeciwwskazania określono dla wszystkich rodzajów leczenia uzdrowiskowego i rehabilitacji¹⁸⁰. Z grupy ogólnych przeciwwskazań do leczenia uzdrowiskowego usunięto m.in. upośledzenie umysłowe i choroby psychiczne. Przeciwwskazania dotyczą pacjentów, u których leczenie finansowane jest ze środków publicznych i tych korzystających z niego odpłatnie. Na mocy § 6 ust. 4–6 rozporządzenia wprowadzono dodatkowy warunek kwalifikowania do zakładu – konieczność przedstawienia opinii lekarza specjalisty – dotyczący pacjentów po przeszczepie: (1) narządu (biorców narządu); (2) szpiku kostnego; (3) poddawanych dializoterapii. Jednoznaczna ocena wymogu przedstawienia takiej opinii nie jest prosta. Z jednej strony może się wydawać, że rodzi ona powód do ograniczenia możliwości korzystania przez pacjenta z leczenia uzdrowiskowego w ramach NFZ. Z drugiej jednak strony przepis ten może mieć na celu uchronienie pacjenta o obniżonej odporności na zachorowanie, trudno więc byłoby w tym miejscu zarzucać ryzyko arbitralnej limitacji.

5. Leczenie uzdrowiskowe jako gwarantowane świadczenie opieki zdrowotnej

5.1. Model ubezpieczenia zdrowotnego

Zgodnie z art. 16 ust. 1–3 ustawy uzdrowiskowej świadczeniobiorcy w rozumieniu przepisów u.ś.o.z. korzystają z lecznictwa uzdrowiskowego na zasadach określonych w przepisach o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych (ust. 1). Osoby inne niż świadczeniobiorcy oraz świadczeniobiorcy, którzy nie uzyskali skierowania na leczenie uzdrowiskowe albo rehabilitację uzdrowiskową na zasadach określonych w przepisach ustawy, mogą korzystać z lecznictwa uzdrowiskowego za odpłatnością w wysokości ustalonej przez zakład lecznictwa uzdrowiskowego, po przedstawieniu zaświadczenia o braku przeciwwskazań do korzystania z danego rodzaju świadczeń

¹⁸⁰ Do przeciwwskazań obecnie należą (§ 5): stan chorobowy, w którym leczenie uzdrowiskowe albo rehabilitacja uzdrowiskowa przy wykorzystaniu właściwości naturalnych surowców leczniczych mogłyby spowodować pogorszenie stanu zdrowia pacjenta; choroba zakaźna w fazie ostrej; ciąża i połóg; czynna choroba nowotworowa oraz okres przed upływem: 5 lat w przypadku: czerniaka złośliwego, białaczki, ziarnicy złośliwej, chłoniaków złośliwych, nowotworów nerki, 12 miesięcy w przypadku innych nowotworów złośliwych – od zakończenia leczenia operacyjnego, chemioterapii lub radioterapii, z wyłączeniem leczenia hormonalnego.

zdrowotnych w danym uzdrowisku (ust. 2). Osoby te mogą korzystać z lecznictwa uzdrowiskowego, jeżeli zapewniono korzystanie z tego lecznictwa świadczeniobiorcom korzystającym z lecznictwa uzdrowiskowego na zasadach określonych w u.ś.o.z. (ust. 3).

Obecny model opieki zdrowotnej doktryna prawa zalicza do prawa zabezpieczenia społecznego – jako ubezpieczeniowej części¹⁸¹, natomiast „[z]abezpieczenie społeczne to całokształt środków i działań (instytucji) publicznych, przy których pomocy społeczeństwo stara się zabezpieczyć swych obywateli przed groźbą niezaspokojenia podstawowych potrzeb, społecznie uznanych za ważne”¹⁸². W Polsce zakres ryzyka ubezpieczeniowego określa art. 15 u.ś.o.z., obejmując także prewencję. Ustawodawca opowiedział się za ubezpieczeniową formą zabezpieczenia przed ryzykiem „braku zdrowia” lub „niezdrowia”¹⁸³. Jak już wiadomo, głównym źródłem finansowania systemu ochrony zdrowia¹⁸⁴ jest obowiązkowa składka na ubezpieczenie zdrowotne, odprowadzana do NFZ. Uczestnikami systemu są: świadczeniobiorcy (pacjenci), płatnik (NFZ) i świadczeniodawcy (podmioty lecznicze).

Podstawową formą ochrony zdrowia w Polsce jest powszechne ubezpieczenie zdrowotne. Zdaniem D. Karkowskiej ustawodawca dopuszcza funkcjonowanie modelu ubezpieczeniowo-zaopatrzeniowego¹⁸⁵. Metoda ubezpieczeniowa jest zasadniczą, ale nie jedyną formą, co wynika już z samego tytułu u.ś.o.z. Ustawodawca, w porównaniu z wcześniejszymi uregulowaniami, odstąpił od pojęcia „ubezpieczenie” i przyjętych rozwiązań organizacyjno-finansowych na rzecz zbiorczego terminu „świadczeniobiorcy”, które oznacza podmiot uprawniony do świadczeń opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych i nie jest jednoznaczne z „osobą ubezpieczoną” (art. 2 u.ś.o.z.)¹⁸⁶. Rozróżnienie świadczeniobiorców na osoby ubezpieczone i nieubezpieczone jest istotne ze względu na podmiot finansujący leczenie. W przypadku osób ubezpieczonych ich leczenie jest finansowane ze środków pochodzących ze składek na ubezpieczenie zdrowotne z dyspozycji NFZ. Leczenie

¹⁸¹ J. Jończyk, *Prawo zabezpieczenia społecznego*, Kraków 2006, s. 250 i n.

¹⁸² J. Piotrowski, *Zabezpieczenie społeczne*, Warszawa 1966, s. 28.

¹⁸³ J. Jończyk, *Prawo zabezpieczenia...*, s. 250 i n.

¹⁸⁴ P. Lenio, *Publicznoprawne źródła finansowania ochrony zdrowia*, Warszawa 2018, s. 141–157, 211 i n.

¹⁸⁵ D. Karkowska, *Prawa Pacjenta*, s. 226.

¹⁸⁶ K. Orzechowski, *Uwagi w sprawie ubezpieczeniowego charakteru ubezpieczenia zdrowotnego*, w: *Finansowanie ochrony zdrowia po reformie – ujęcie regionalne*, pod red. M. Węgrzyn, Wrocław 2003, s. 137 n.

pozostałych świadczeniobiorców uprawnionych do bezpłatnych świadczeń zdrowotnych niebędących osobami ubezpieczonymi odbywa się na koszt budżetu państwa poprzez przyznanie na ten cel dotacji z budżetu państwa dla NFZ (art. 97 u.ś.o.z.).

Orzecznictwo SN utrwała pogląd, że regulacja prawa ubezpieczenia zdrowotnego w Polsce ma charakter mieszany, czyli publiczno-prywatny¹⁸⁷. Ubezpieczenia zdrowotne obejmują trzy typy stosunków prawnych jako współzależne i niezbędne do realizacji prawa do świadczeń z ubezpieczenia zdrowotnego¹⁸⁸. Podstawowym stosunkiem jest stosunek ubezpieczenia łączący ubezpieczonego z NFZ, choć jego charakter nie jest jednolity¹⁸⁹. Przyjęto, że to stosunek o charakterze zobowiązaniowym, mający swoje źródło w ustawie¹⁹⁰. Przy czym wiele elementów tego stosunku ma charakter publicznoprawny ze względu na obowiązek podlegania ubezpieczeniu, sposób ustalania i pobierania składek oraz pozycję ustrojową NFZ, co wskazuje, że jest to stosunek o charakterze administracyjnoprawnym¹⁹¹.

Według art. 15 u.ś.o.z. świadczeniobiorcy mają, na zasadach określonych w ustawie, prawo do świadczeń opieki zdrowotnej, których celem jest zachowanie zdrowia, zapobieganie chorobom i urazom, wczesne wykrywanie chorób, leczenie, pielęgnacja oraz zapobieganie niepełnosprawności i jej ograniczanie. Oznacza to, że na tej podstawie przysługują im świadczenia gwarantowane z zakresu lecznictwa uzdrowiskowego (ust. 2 pkt 8 u.ś.o.z.).

5.2. Umowa pomiędzy świadczeniodawcą a NFZ

Przepisy art. 15 u.ś.o.z. gruntownie znowelizowano, wprowadzając fundamentalne zmiany w systemie finansowania świadczeń ze środków publicznych dotyczące tzw. koszyka świadczeń, zmieniając tzw. koszyk negatywny w koszyk pozytywny¹⁹². Tym samym obecne brzmienie art. 15

¹⁸⁷ Por. uchwała SN z 24 I 2007 r., sygn. III UZP 4/06, OSNP 2007/15–16, poz. 226.

¹⁸⁸ Por. J. Jończyk, *Strony i stosunki...*, s. 22 i n.

¹⁸⁹ Zob. W. Sanetra, *Stosunki z zakresu ubezpieczenia zdrowotnego – jedność w różnorodności*, „Przegląd Ubezpieczeń Społecznych i Gospodarczych” 2001, nr 3.

¹⁹⁰ T. Zimna, *Zawieranie umów o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej*, Warszawa 2007, s. 22.

¹⁹¹ Por. wyrok SN z 7 VIII 2003 r., sygn. IV CKN 393/01, LEX nr 279804.

¹⁹² Zob. Ustawa z dnia 25 VI 2009 r. o zmianie ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych oraz ustawy o cenach (Dz.U. Nr 118,

ust. 2 u.ś.o.z. współgra z przedmiotami umów o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej określonymi aktualnie w Rozporządzeniu Ministra Zdrowia z dnia 8 września 2015 r. w sprawie ogólnych warunków umów o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej¹⁹³ i wyraźnie wskazuje, że świadczeniobiorcom przysługują tylko świadczenia gwarantowane, których wykaz określono w rozporządzeniach Ministra Zdrowia wydanych na podstawie art. 31d u.ś.o.z., a zatem m.in. z zakresu lecznictwa uzdrowiskowego¹⁹⁴. Świadczeniodawca udziela świadczeń przez cały okres obowiązywania umowy zawartej z NFZ – na podstawie umowy zawartej w specjalnym ustawowym trybie¹⁹⁵ (art. 132–161b u.ś.o.z.) – zgodnie z określonym w umowie harmonogramem pracy i planem rzeczowo-finansowym. Oznacza to, że świadczeniobiorca ma prawo do ciągłości udzielania tych świadczeń, co wiąże się z obowiązkiem świadczeniodawcy do ich udzielania przez cały okres obowiązywania umowy. Zapewniając pacjentowi (świadczeniobiorcy) ciągłość świadczeń opieki zdrowotnej, Prezes NFZ w drodze zarządzenia¹⁹⁶ określił obowiązki poszczególnych świadczeniodawców. Ze względu na ograniczone ramy opracowania nie można poddać szczegółowej analizie zawierania umów w rodzaju lecznictwo uzdrowiskowe. Niemniej na podstawie tych przepisów można stwierdzić, że podstawowe źródło finansowania z tytułu prowadzonej działalności leczniczej dla zdecydowanej większości uzdrowisk i poszczególnych zakładów lecznictwa uzdrowiskowego stanowią środki publiczne otrzymywane od NFZ¹⁹⁷. Zgodnie z art. 132 ust. 1–2 u.ś.o.z. zasadniczo podstawą udzielania świadczeń

poz. 989); A. Pietraszewska-Macheta, *Komentarz do art. 15, w: Ustawa o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych. Komentarz*, pod red. A. Pietraszewskiej-Machety, Warszawa 2016, LEX/el. Odnośnie do braku precyzyjności poszczególnych procedur medycznych w kontekście art. 15 u.ś.o.z. wypowiedział się NSA w wyroku z 21 I 2015 r., sygn. II GSK 2054/13, <http://orzeczenia.nsa.gov.pl/doc/D2D76EC0C4> (dostęp: 10 III 2020).

¹⁹³ Tekst jedn. Dz.U. 2016, poz. 1146, dalej „r.o.w.u.”. Por. art. 137 ust. 2 u.ś.o.z.

¹⁹⁴ Zgodnie z art. 31a ust. 1 u.ś.o.z. podstawą zakwalifikowania świadczenia opieki zdrowotnej jako świadczenia gwarantowanego jest jego ocena. Organem uprawnionym do wprowadzania świadczeń do wykazu świadczeń gwarantowanych jest Minister Zdrowia. Wykaz danego świadczenia określa poziom i sposób ich finansowania (w sposób kwotowy lub procentowy), w tym limity cen oraz warunki jego realizacji.

¹⁹⁵ M. Paszkowska, op. cit., s. 259 i n.

¹⁹⁶ Zarządzenie nr 63/2016/DSM Prezesa NFZ z dnia 29 VI 2016 r. w sprawie określenia warunków zawierania i realizacji umów w rodzaju lecznictwo uzdrowiskowe (tekst jedn. Biul. Inf. NFZ 2018, poz. 13).

¹⁹⁷ M. Paszkowska, op. cit., s. 259.

opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych przez NFZ jest umowa o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej zawarta pomiędzy świadczeniodawcą a NFZ. Umowa o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej może być zawarta wyłącznie ze świadczeniodawcą, który został wybrany do udzielania świadczeń opieki zdrowotnej na zasadach określonych w VI dziale zatytułowanym „Postępowanie w sprawie zawarcia umów ze świadczeniodawcami”. Ta regulacja daje podstawy do stwierdzenia, że umowy z zakresu lecznictwa uzdrowiskowego są w dużym stopniu podporządkowane NFZ. Umowa o udzielenie świadczeń opieki zdrowotnej ma charakter umowy wzajemnej, odpłatnej, dwustronnie obowiązującej, w której każda ze stron jest jednocześnie wierzycielem i płatnikiem. Pomędzy NFZ a świadczeniodawcą istnieje więź prawna o charakterze cywilnoprawnym, znajdująca swoje źródło w umowie o udzielenie świadczeń zdrowotnych¹⁹⁸. Stosownie do art. 155 u.ś.o.z. do umów o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej stosuje się przepisy k.c., jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Warto tu ponadto zaznaczyć, że według art. 139 u.ś.o.z. zawieranie przez Fundusz umów o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej odbywa się po przeprowadzeniu postępowania w trybie konkursu ofert albo rokowań. Natomiast w świetle art. 146 u.ś.o.z. Prezes NFZ określa: (1) przedmiot postępowania w sprawie zawarcia umowy o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej; (2) szczegółowe warunki umów o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej, obejmujące w szczególności obszar terytorialny, dla którego jest przeprowadzane postępowanie w sprawie zawarcia umów ze świadczeniodawcami, z uwzględnieniem taryfy świadczeń w przypadku jej ustalenia w danym zakresie oraz biorąc pod uwagę konieczność stosowania ułatwień w obiegu dokumentacji, w tym ich elektronicznej.

5.3. Świadczenia gwarantowane z zakresu lecznictwa uzdrowiskowego

Istotne regulacje dla pacjentów zawiera Rozporządzenie Ministra Zdrowia z dnia 23 lipca 2013 r. w sprawie świadczeń gwarantowanych z zakresu lecznictwa uzdrowiskowego¹⁹⁹, określające: wykaz oraz warunki

¹⁹⁸ T. Zimna, op. cit., s. 27.

¹⁹⁹ Tekst jedn. Dz.U. 2019, poz. 168. Na potrzeby rozporządzenia w słowniczku wyjaśniono także następujące określenia: lekarz specjalista (§ 2 pkt 1), dzień (§ 2 pkt 2), kierunek leczniczy (§ 2 pkt 3).

realizacji świadczeń gwarantowanych z zakresu lecznictwa uzdrowiskowego oraz poziom i sposób finansowania świadczeń gwarantowanych. Zgodnie z § 3 ust. 2–5 tego aktu świadczenia gwarantowane są realizowane w warunkach ambulatoryjnych i stacjonarnych. Zróżnicowany jest czas trwania tego świadczenia, który w zależności od rodzaju zakładu lecznictwa uzdrowiskowego i wieku pacjenta wynosi: (1) 27 dni – dla uzdrowiskowego leczenia szpitalnego dzieci w wieku od 3 do 18 lat; (2) 21 dni – dla uzdrowiskowego leczenia sanatoryjnego dzieci: w wieku od 7 do 18 lat; w wieku od 3 do 6 lat pod opieką dorosłych; uzdrowiskowego leczenia szpitalnego dorosłych; uzdrowiskowego leczenia sanatoryjnego dorosłych; (3) 28 dni – dla uzdrowiskowej rehabilitacji dla dorosłych: w szpitalu uzdrowiskowym; w sanatorium uzdrowiskowym; (4) od 6 do 18 dni – dla uzdrowiskowego leczenia ambulatoryjnego dorosłych i dzieci. Czas leczenia może być przedłużony jednokrotnie na okres nieprzekraczający określonego czasu za zgodą oddziału wojewódzkiego NFZ, który potwierdził skierowanie na leczenie uzdrowiskowe. W zakresie koniecznym do wykonania świadczeń gwarantowanych świadczeniodawca zapewnia świadczeniobiorcy nieodpłatnie: badania diagnostyczne; leki i wyroby medyczne (§ 5). Rozporządzenie w § 6–7 szczegółowo ustala poziomy warunków zakwaterowania w sanatorium uzdrowiskowym, ze względu na standard pokoju²⁰⁰. Świadczeniobiorca dokonuje jego wyboru, biorąc pod uwagę możliwości świadczeniodawcy. W jednej z tez przytaczanego wcześniej wyroku podniesiono: „[b]rak możliwości zakwaterowania podczas leczenia uzdrowiskowego w pokoju jednoosobowym, jeśli taka konieczność nie wynika z udokumentowanych wskazań medycznych, nie może być uznana za okoliczność uzasadniającą zwrot potwierdzonego skierowania przez świadczeniobiorcę”²⁰¹. Rozporządzenie określa także poziom finansowania przez świadczeniobiorcę kosztów wyżywienia i zakwaterowania w sanatorium uzdrowiskowym za jeden dzień pobytu²⁰².

²⁰⁰ Gradację komfortu pokoi uwzględnia klasyfikacja od poziomu I (najwyższy) do poziomu VI (najniższy).

²⁰¹ Przywoływany już wyrok WSA w Warszawie z 13 II 2014 r., sygn. VI SA/Wa 2367/13.

²⁰² Odpłatność stanowi iloczyn liczby dni pobytu i poziomu finansowania przez świadczeniobiorcę częściowych kosztów wyżywienia i zakwaterowania w sanatorium uzdrowiskowym za jeden dzień pobytu.

Jak wynika z informacji NFZ²⁰³, na podstawie stanowiska Ministerstwa Zdrowia, wprowadzenie dodatkowych (wyższych) dopłat do zakwaterowania i wyżywienia dla pacjentów korzystających z leczenia uzdrowiskowego w sanatorium uzdrowiskowym w ramach potwierdzonego przez NFZ skierowania jest niezgodne z obowiązującymi przepisami.

Ustawodawca, określając zasady finansowania świadczeń gwarantowanych, realizuje zasadę terytorialnej właściwości wojewódzkiej²⁰⁴. Koszty leczenia uzdrowiskowego świadczeniobiorcy ponosi oddział wojewódzki NFZ właściwy ze względu na miejsce jego zamieszkania, a jeżeli nie można ustalić miejsca zamieszkania – oddział właściwy ze względu na miejsce wystawienia skierowania (art. 108 ust. 2 u.ś.o.z.). Przy czym NFZ pokrywa tylko koszty tych świadczeń, które są związane z bezpośrednią przyczyną skierowania na leczenie uzdrowiskowe. Niezależnie od objęcia powszechnym ubezpieczeniem zdrowotnym pacjent – świadczeniobiorca finansuje we własnym zakresie i ponosi koszty: przejazdu na leczenie uzdrowiskowe i powrotu z niego, częściową odpłatność za wyżywienie i zakwaterowanie w sanatorium uzdrowiskowym. Dzieci i młodzież do ukończenia lat 18, a jeżeli kształcą się dalej – do ukończenia lat 26, dzieci niepełnosprawne w znacznym stopniu – bez ograniczenia wieku, a także dzieci uprawnione do renty rodzinnej nie ponoszą odpłatności za koszty wyżywienia i zakwaterowania w szpitalu i sanatorium uzdrowiskowym dla dzieci (art. 33 ust. 3–4 u.ś.o.z.).

Uwagę zwraca to, że żaden przepis u.ś.o.z. nie przyznaje osobom objętym jej działaniem prawa do żądania zwrotu środków poniesionych na opiekę zdrowotną poza systemem tej ustawy. W tym zakresie nie istnieje stosunek administracyjnoprawny pomiędzy osobą domagającą się refundacji a którymkolwiek z organów wymienionych w ustawie²⁰⁵.

Według najnowszych danych GUS²⁰⁶ z 2018 r. udział cudzoziemców wśród kuracjuszy leczonych stacjonarnie wyniósł ponad 6%. Większość (89,7%) cudzoziemców przebywała w uzdrowiskach zlokalizowanych

²⁰³ <https://www.nfz.gov.pl/dla-pacjenta/leczenie-uzdrowiskowe1/> (dostęp: 10 III 2020).

²⁰⁴ Por. J. Nowak-Kubiak, B. Łukasik, op. cit., s. 281–282.

²⁰⁵ Zob. wyrok WSA w Warszawie z 21 V 2008 r., sygn. VII SA/Wa 2131/08, LEX nr 558759.

²⁰⁶ GUS z 2018 r. – notka, s. 1–3.

na terenach dwóch województw: zachodniopomorskiego i dolnośląskiego. Średni czas pobytu kuracjusza w opiece stacjonarnej wyniósł 16,4 dnia. W stosunku do 2017 r. nieznacznie zmieniła się struktura form dofinansowania pobytu kuracjuszy stacjonarnych w zakładach lecznictwa uzdrowiskowego. Ponad połowa pacjentów leczonych w opiece stacjonarnej korzystała z dofinansowania pobytu ze środków NFZ, pacjenci pełnopłatni stanowili natomiast ponad 1/3 kuracjuszy.

W 2018 r. w zakładach lecznictwa uzdrowiskowego wykonano 37,1 mln różnorodnych zabiegów leczniczych (o 1,6% więcej niż przed rokiem). Podobnie jak w roku poprzednim najczęściej udzielano zabiegów przyrodoleczniczych (26,4%), wśród których dominowały zabiegi borowinowe (10,7%) oraz kąpiele mineralne (8,2%). Popularne były również zabiegi kinezyterapii (20,3%) i elektrolecznictwo (12,9%) oraz masaże (10,2%).

6. Problemy związane z dostępem do leczenia uzdrowiskowego

Jedynie posiadanie statusu uzdrowiska pozwala na uzyskanie prawa do zawierania umów z NFZ przez zakłady lecznictwa uzdrowiskowego na świadczenie zdrowotne z zakresu lecznictwa uzdrowiskowego. Jak wynika z dostępnych informacji²⁰⁷, NFZ zgodnie z rocznym planem finansowym na 2020 r. przeznaczył na ten cel 799 mln zł, w 2019 r. przeszło 716 mln zł, a w 2018 r. prawie 684 mln zł. Nakłady na leczenie uzdrowiskowe to dziś niespełna 1% ogólnych kosztów budżetu NFZ. Na efekty nie trzeba długo czekać: wydłużył się czas oczekiwania na przyjęcie do leczenia i lista oczekujących oraz walka przez zakłady o klientów komercyjnych. Sytuacja ta może doprowadzić do zachwiania relacji ceny do jakości i standardu świadczonych usług uzdrowiskowych, podczas gdy te ostatnie są czynnikiem przetargowym decydującym o uzyskaniu odpowiedniego kontraktu.

Nieco inne wyniki w zakresie dostępności do leczenia uzdrowiskowego podała jednak NIK w swojej najnowszej kontroli pt. „Realizacja zadań Narodowego Funduszu Zdrowia w 2018 roku”²⁰⁸, wskazując, że w procesie planowania zakupu świadczeń NFZ uwzględnił priorytety

²⁰⁷ Z badań własnych planów finansowych NFZ, <http://www.nfz.gov.pl/bip/finanse-nfz/> (dostęp: 10 III 2020).

²⁰⁸ KZD.430.006.2019 Nr ewid. 169/2019/P/19/058/KZD, s. 20.

ogólnopolskie na rok 2018 i lata następne i odnośnie do świadczeń opieki zdrowotnej z zakresu lecznictwa uzdrowiskowego obejmowały one „sukcesywne skracanie czasu oczekiwania na potwierdzenie skierowania na leczenie uzdrowiskowe, docelowo do okresu krótszego niż 18 miesięcy od daty złożenia skierowania do oddziału wojewódzkiego NFZ (okres realizacji: lata 2018–2019). Wszystkie oddziały rozpoczęły realizację zadania i w większości przypadków sprawozdały, że liczba osób oczekujących na udzielenie świadczenia zmniejszyła się przy rosnącej liczbie zabiegów”.

Niewątpliwie, lecznictwo uzdrowiskowe finansowane na odpowiednim poziomie zwiększy możliwość wykorzystania tej formy leczenia jako znakomitego elementu kompleksowej opieki i leczenia pacjenta w systemie ochrony zdrowia. Stąd rekomenduje się „sukcesywne i pilne zwiększanie w planie finansowym NFZ środków finansowych na lecznictwo uzdrowiskowe do poziomu minimum 1,4% planowanych ogółem kosztów świadczeń opieki zdrowotnej, a przez to urealnienie stawki (ceny za tzw. osobodzień) w szpitalach i sanatoriach uzdrowiskowych oraz zwiększenie dostępności pacjentów do tej formy leczenia poprzez skrócenie kolejki na leczenie uzdrowiskowe”²⁰⁹.

Wady dotyczą także ścieżki kwalifikacji i potwierdzania skierowań. Wśród nich można podać następujące: (1) obciążenie płatnika kosztami prowadzenia list oczekujących, potwierdzania skierowań, rozpatrywania zwrotów czy rezygnacji; (2) duży odsetek rezygnacji i zwrotów skierowań uzależniony od ustalonego terminu i miejsca leczenia; (3) brak możliwości reagowania na późno dokonane zwroty i „niedojazdy”, „pustostany” oraz niewykorzystany potencjał leczniczy w systemie opieki zdrowotnej; (4) niewykorzystany potencjał leczniczy powodujący straty dla zakładów lecznictwa uzdrowiskowego²¹⁰.

Brak systemowych rozwiązań regulujących lecznictwo uzdrowiskowe dotyczy również barier prawnych odnoszących się do procedury zawierania umów pomiędzy NFZ a poszczególnymi świadczeniodawcami. Bez wątpienia, ma to wpływ na niepewną sytuację zakładów lecznictwa uzdrowiskowego w zakresie kontraktowania lecznictwa uzdrowiskowego oraz zbiurokratyzowane zasady przygotowywania ofert kontraktów dla NFZ. Trudności wiążą się też z wieloma obligatoryjnymi dla świadczeniodawców elementami samej umowy, a także z tym, że może

²⁰⁹ *Raport*, s. 45.

²¹⁰ *Ibidem*, s. 58.

ona zawierać zastrzeżenie o karze umownej w razie stwierdzenia niewykonania lub nienależytego wykonania umowy z przyczyn leżących po stronie świadczeniodawcy (przede wszystkim zakładu lecznictwa uzdrowiskowego).

Wśród problemów, z jakimi borykają się pacjenci, którzy chcą skorzystać bądź już korzystają ze świadczeń zdrowotnych z zakresu lecznictwa uzdrowiskowego – w kontekście potwierdzenia skierowania na leczenie uzdrowiskowe – jest brak możliwości wyboru: (1) rodzaju zakładu lecznictwa uzdrowiskowego (szpital uzdrowiskowy czy sanatorium uzdrowiskowe bądź przychodnia uzdrowiskowa); (2) miejscowości uzdrowiskowej – konkretnego z nazwy uzdrowiska; (3) terminu leczenia – gdyż decyduje o tym NFZ. Inny mankament wynika z oceny celowości skierowania na leczenie uzdrowiskowe, której obecnie dokonuje lekarz specjalista balneologii i medycyny fizykalnej lub rehabilitacji medycznej zatrudniony we właściwej komórce organizacyjnej oddziału wojewódzkiego NFZ, a nie lekarz rodzinny – i ta ocena dotyczy: (1) stwierdzenia, czy ta forma leczenia jest wskazana; (2) wyboru uzdrowiska ze względu na położenie geograficzne; (3) określenia rodzaju świadczenia (uzdrowiskowe leczenie szpitalne, sanatoryjne, ambulatoryjne lub rehabilitacja uzdrowiskowa) i kierunku leczniczego uzdrowiska, do którego pacjent ma być skierowany. Minusem są także koszty związane z przyjazdem na leczenie uzdrowiskowe i z powrotem oraz możliwość pobierania przez zakład dość wysokich opłat za dodatkowe zabiegi niezwiązane bezpośrednio ze schorzeniem lub zabiegi współistniejące w trakcie leczenia, których nie zalecił w skierowaniu lekarz NFZ.

Problemy te potęguje powszechna praktyka wykorzystywania w leczeniu uzdrowiskowym zamienników (tj. pasta borowinowa, plastry borowinowe, żel borowinowy, płyn siarczkowy, techniczny dwutlenek węgla) zamiast naturalnych surowców leczniczych²¹¹.

Istotnym ograniczeniem dla pacjenta w dostępie do leczenia uzdrowiskowego jest ogłoszenie od dnia 14 marca 2020 r. do odwołania na obszarze Rzeczypospolitej Polskiej stanu zagrożenia epidemicznego w związku z zakażeniami wirusem SARS-CoV-2²¹². W związku z tym we wskazanym okresie ustanawia się czasowe ograniczenie działalności

²¹¹ Kontrola NIK, *Wykorzystywanie naturalnych surowców leczniczych w lecznictwie uzdrowiskowym*, Nr ewid. 170/2018/P/18/098/LSZ, LSZ.430.003.2018, s. 11.

²¹² Rozporządzenie Ministra Zdrowia z dnia 13 III 2020 r. w sprawie ogłoszenia na obszarze Rzeczypospolitej Polskiej stanu zagrożenia epidemicznego (Dz.U. poz. 433) – zob. § 5 ust. 1 pkt 3 oraz § 10 ust. 2 tego aktu.

w zakresie lecznictwa uzdrowiskowego. Przy czym ograniczenia tego nie stosuje się w przypadku, gdy udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej danemu pacjentowi rozpoczęło się przed dniem 14 marca 2020 r. Oznacza to, że pacjenci, którzy zostali skierowani na leczenie uzdrowiskowe lub rehabilitację, odbędą swój pobyt w uzdrowisku w terminie późniejszym. Konsekwencją tego mogą być zwiększone kolejki oczekujących. Będzie to znajdować odzwierciedlenie również w zmniejszeniu wpływów do budżetu gmin uzdrowiskowych z tytułu pobieranej opłaty uzdrowiskowej w uzdrowisku i w redukcji atrakcyjności tego obszaru.

Jeżeli chodzi o możliwe sposoby ochrony praw pacjenta w kontekście korzystania ze świadczeń opieki zdrowotnej z zakresu lecznictwa uzdrowiskowego, to służy temu tryb skargowy. Jak wynika z najnowszego sprawozdania Rzecznika Praw Pacjenta²¹³, w 2018 r. łącznie do oddziałów wojewódzkich NFZ wpłynęło 3915 skarg, które dotyczyły głównie realizacji umów o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej przez świadczeniodawców i działalności oddziałów, przede wszystkim zaniedbań lub nienależytego wykonywania zadań przez pracowników. W ramach leczenia uzdrowiskowego odnotowano 121 skarg. Stosownie zaś do informacji podanych do wiadomości publicznej wśród wszystkich skarg rozpatrzonych w 2018 r. w NFZ²¹⁴ – dotyczących lecznictwa uzdrowiskowego – jako zasadne uznano skargi odnoszące się m.in. do: (1) sposobu rozpatrzenia i kwalifikacji skierowania na leczenie uzdrowiskowe: (a) niezasadna odmowa potwierdzenia skierowania na leczenie uzdrowiskowe, (b) odesłanie skierowania do weryfikacji na niewłaściwy adres świadczeniodawcy, (c) nieterminowe potwierdzenia skierowania na leczenie uzdrowiskowe; (2) nieuzasadnionej dyskwalifikacji pacjenta z leczenia uzdrowiskowego; (3) wprowadzenia pacjenta w błąd przy przekazywaniu informacji dotyczącej terminu odesłania dokumentacji w związku z rezygnacją z leczenia uzdrowiskowego; (4) zachowania pracownika Działu Lecznictwa Uzdrowiskowego, Działu Współpracy Międzynarodowej, Wydziału Spraw Świadczeniobiorców (sala obsługi Interesariuszy), Działu ds. Wyrobów Medycznych; (5) zastrzeżeń do pracy delegatury w zakresie możliwości uzyskania informacji drogą telefoniczną; (6) przewlekłego postępowania dotyczącego zwrotu kosztów leczenia poza granicami kraju.

²¹³ *Sprawozdanie dotyczące przestrzegania praw pacjenta na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej*. Obejmuje okres od 1 I do 31 XII 2018 r., s. 45.

²¹⁴ Zob. <https://www.nfz.gov.pl/o-nfz/skargi-i-wnioski/> (dostęp: 10 III 2020).

Podsumowanie

Pacjenci stanowią szczególną kategorię osób. Konstytucja RP i ustawodawstwo zwykle co do zasady zapewniają prawo i równy dostęp do świadczeń z zakresu lecznictwa uzdrowiskowego będącego integralną częścią systemu ochrony zdrowia. Specyfika leczenia uzdrowiskowego opartego na wykorzystaniu naturalnych surowców leczniczych i klimatu sprawia, że działalność ta może być prowadzona tylko w gminie uzdrowiskowej na obszarze uzdrowiska i w specjalnie do tego przystosowanych zakładach lecznictwa uzdrowiskowego.

Świadczenia zdrowotne w zakładach lecznictwa uzdrowiskowego udzielane są na podstawie skierowania na leczenie uzdrowiskowe bądź rehabilitację uzdrowiskową lub zaświadczenia o braku przeciwwskazań do korzystania z danego rodzaju świadczeń zdrowotnych w danym uzdrowisku. Jeśli chodzi o podstawę przyjęcia do tych zakładów, nie ma znaczenia, czy dany pacjent przebywa w nich na podstawie skierowania NFZ czy za pełną odpłatnością (pobyty komercyjne). Ważne jest jedynie to, że przebywa w określonym typie zakładu w uzdrowisku i że ten pobyt jest świadczeniem zdrowotnym.

Przeprowadzone badania dowodzą, że to, co potencjalnie powinno być dostępne dla zainteresowanych, czyli pacjentów korzystających ze świadczeń zdrowotnych z zakresu lecznictwa uzdrowiskowego, jest utrudnione m.in. przez bariery w postaci nadmiaru biurokracji, podporządkowania NFZ, złożonego modelu ubezpieczenia zdrowotnego. Ograniczenia, a w ślad za tym nierówny dostęp nierzadko wynikają także z samej procedury kierowania pacjenta na to leczenie. Dotyczy to zwłaszcza osób niesamodzielnych ze względu np. na niepełnosprawność czy zaawansowany wiek (seniorów). Inne mankamenty to kolejki oczekujących, brak wyboru przez pacjenta miejsca i czasu leczenia, stosowanie zamienników naturalnych surowców leczniczych czy ograniczenie dostępu do zakładu lecznictwa uzdrowiskowego poprzez wystąpienie w kraju zagrożenia epidemicznego.

Wydaje się, że aby stworzyć rzeczywiste gwarancje wynikające z prawa do świadczeń zdrowotnych, należałoby najpierw ukierunkować działania państwa na przemiany strukturalne w samym lecznictwie uzdrowiskowym, żeby mogło ono pełnić swoją podstawową rolę jako część systemu opieki zdrowotnej. Chodzi tu o dofinansowanie tego leczenia i przez to świadczenie usług zdrowotnych na wysokim poziomie, o odpowiedniej jakości.

THE PATIENT'S RIGHT TO HEALTH SERVICES IN THE FIELD OF SPA TREATMENT

Summary

The right to use health services, including spa treatment, is one of the basic patient rights. The specificity of the issues undertaken stems from at least two sources. First of all, patients are a special category of people, because human health, as the highest value possessed by every human being, is subject to legal protection and requires their rights and freedoms are guaranteed. Secondly, spa treatment, which is an integral part of the health care system, corresponds to art. 68 of the Polish Constitution, assuming the fundamental principle according to which every citizen has the right to health care. On the other hand, this treatment means providing health services, which are conducted only in a separate area of the spa commune – a spa and in specially adapted medical entities – spa treatment centers.

The study covers the concise genesis of patient rights and the notion of the patient in terms of doctrine and legislation. Moreover, it contains the basic concepts related to spas. Recognition of the health needs of society is associated with a presentation of the individual types of spa treatment centers and spa treatment facilities, as well as the necessary conditions that they should meet. Due to the existing different status of patients in spa treatment institutions, the analysis covers the basis for admission, for referring and qualifying patients to these centers, and also the rules for using services guaranteed in the field of spa treatment. The patient's right to health services is also examined in the context of using these services. Despite the fact that patients' interest in this form of treatment increases every year, as is shown by the available data, there are a number of legal and organizational problems related to access to treatment as part of spa services.

Keywords: patient and patient's rights – health protection – health service – spa treatment – spa treatment center in a health resort

LITERATURA

- Boratyńska M., Konieczniak P., *Prawa pacjenta*, Warszawa 2001.
- Bujny J., *Prawa pacjenta. Między autonomią a paternalizmem*, Warszawa 2007.
- Bukowska J., *Prawne formy działania administracji*, w: *Nauka administracji*, pod red. Z. Cieślaka, Warszawa 2017.
- Celińska-Grzegorzczak K., *Glosa do uchwały z dnia 16 grudnia 2013 r., II GPS/13, „Zeszyty Naukowe Sądownictwa Administracyjnego” 2014, nr 5.*
- Choraży K., Kmiecik Z., *Wydawanie zaświadczeń – kwestie nie rozstrzygnięte w literaturze*, „Samorząd Terytorialny” 2000, nr 6.
- Choraży K., Kmiecik Z., *Zaświadczenia według kodeksu postępowania administracyjnego a inne akty potwierdzające*, w: *Administracja publiczna u progu XXI wieku. Prace dedykowane prof. zw. dr. hab. Janowi Szreniawskiemu z okazji Jubileuszu 45-lecia pracy naukowej*, Przemysł 2000.

- Cienkowski M., Wołowicz T., *Oplata miejscowa i uzdrowiskowa jako daniny pobierane w miejscowościach turystycznych i uzdrowiskowych*, „Zeszyty Naukowe Uczelni Warszawskiej im. Marii Skłodowskiej-Curie” 2014, nr 4(45).
- Dercz M., Izdebski H., *Organizacja ochrony zdrowia Rzeczypospolitej Polskiej w świetle obowiązującego ustawodawstwa*, Warszawa–Poznań 2001.
- Dercz M., Izdebski H., Rek T., *Prawo publiczne ochrony zdrowia*, pod red. M. Dercza, Warszawa 2013.
- Dercz M., Rek T., *Prawa dziecka jako pacjenta*, Warszawa 2003.
- Dercz M., Rek T., *Ustawa o działalności leczniczej. Komentarz*, Warszawa 2011.
- Dercz M., Rek T., *Ustawa o działalności leczniczej. Komentarz*, Warszawa 2014.
- Dercz M., Rek T., *Ustawa o zakładach opieki zdrowotnej. Komentarz*, Warszawa 2007.
- Fiałkiewicz, M. Starzewska, *Uzdrowiska dolnośląskie i ich okolice*, Wrocław 1975.
- Fijałek J., Indulski J., *Opieka zdrowotna w Łodzi do roku 1845. Studium organizacyjno-prawne*, Łódź 1990.
- Halik J., *Możliwości instytucjonalnej ochrony praw pacjenta w Polsce*, w: *Prawo do opieki zdrowotnej w systemie gospodarki rynkowej*, pod red. M. Safjana, Warszawa 1993.
- Halik J., *Spółczesność polskie wobec opłat za niektóre świadczenia służby zdrowia*, „Antidotum” 1992, nr 4.
- Hołub G., *Pacjent jako osoba*, w: *Bioetyka w zawodzie lekarza*, pod red. W. Chańskiej, J. Hartmana, Warszawa 2010.
- Indulski J., Dawydzik L., *Powszechne ubezpieczenie zdrowotne – ograniczenia i problemy*, „Zdrowie Publiczne” 1997, nr 12.
- Iwiński, *Zmiany w leczeniu w uzdrowiskach*, „Gazeta dla Pacjenta”. Dwumiesięcznik Porozumienia Pracodawców Ochrony Zdrowia, Rok IX, 2019, nr 2.
- Jakimowicz W., *Publiczne prawa podmiotowe*, Kraków 2002.
- Jankowska P., *Szczególny charakter gmin uzdrowiskowych*, w: *Prawo i Administracja*, t. 9, pod red. K. Wojtczak, Piła 2010.
- Jończyk J., *Prawo zabezpieczenia społecznego*, Kraków 2006.
- Jończyk J., *Strony i stosunki powszechne ubezpieczenia zdrowotnego*, „Prawo i Medycyna” 2005, nr 1.
- Karkowska D., *Prawa Pacjenta*, Warszawa 2004.
- Karkowska D., *Prawa pacjenta*, Warszawa 2009.
- Karkowska D., *Ustawa o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta. Komentarz*, Warszawa 2012.
- Kempińska-Miroslawska B., *Przekształcenia systemowe. Transformacja systemu ochrony zdrowia w Polsce*, Warszawa 1998.
- Kędziora R., *Ogólne postępowanie administracyjne*, Warszawa 2008.
- Kopaliński W., *Słownik wyrazów obcych i zwrotów obcojęzycznych z almanachem*, Warszawa 1999.
- Kruczek Z., Weseli A., *Uzdrowiska karpackie*, Kraków 1987.
- Kulesza E., *Uwagi do projektu ustawy o zasadach świadczeń gwarantowanych przez państwo ze środków publicznych*, „Antidotum” 1994, nr 11.
- Lach D.E., *Zasada równego dostępu do świadczeń opieki zdrowotnej*, Warszawa 2011.
- Lenio P., *Publicznoprawne źródła finansowania ochrony zdrowia*, Warszawa 2018.
- Leoński Z., *Komentarz do art. 1–19*, w: Z. Leoński, K. Wojtczak, *Komentarz do ustawy o zakładach opieki zdrowotnej*, Warszawa–Poznań 1993.

- Leoński Z., *Zarys prawa administracyjnego*, Warszawa 2000.
- Machulak G., *Komentarz do ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych*, Warszawa 2010.
- Maśkiewicz M., *Spojrzenie na budżet ochrony zdrowia*, „Zdrowie Publiczne” 1993, nr 8.
- Michalska-Badziak R., *Ochrona zdrowia. Zagadnienia ogólne*, w: *Prawo administracyjne materialne*, pod red. Z. Duniewskiej, B. Jaworskiej-Dębskiej, M. Stahl, Warszawa 2014.
- Nesterowicz M., *Prawo medyczne*, Toruń 2000.
- Nesterowicz M., *Prawo medyczne*, Toruń 2007.
- Nesterowicz M., *Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 1 grudnia 1998 r., III CKN 741/98, OSN 6/1999, poz. 112. Glosa*, „Prawo i Medycyna” 2000, nr 6–7.
- Nosko J., *Promocja zdrowia i ochrona zdrowia jako zadania własne samorządu terytorialnego*, cz. 1, „Zdrowie Publiczne” 2000, nr 4.
- Nosko J., *Promocja zdrowia i ochrona zdrowia jako zadania własne samorządu terytorialnego*, cz. 2, „Zdrowie Publiczne” 2000, nr 5.
- Nowak-Kubiak J., Łukasik B., *Ustawa o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych. Komentarz*, Warszawa 2010.
- Orzechowski K., *Uwagi w sprawie ubezpieczeniowego charakteru ubezpieczenia zdrowotnego*, w: *Finansowanie ochrony zdrowia po reformie – ujęcie regionalne*, pod red. M. Węgrzyn, Wrocław 2003.
- Paszkowska M., *Uzdrowiska w systemie ochrony zdrowia*, Warszawa 2017.
- Pietraszewska-Macheta, *Komentarz do art. 15*, w: *Ustawa o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych. Komentarz*, pod red. A. Pietraszewskiej-Machety, Warszawa 2016, LEX/el.
- Piotrowski J., *Zabezpieczenie społeczne*, Warszawa 1966.
- Ponczek D., *Prawa pacjenta w Polsce*, Łódź 1999.
- Promotion of the Rights of patients in Europe*, Kluwer Law International 1995.
- Sanetra W., *Stosunki z zakresu ubezpieczenia zdrowotnego – jedność w różnorodności*, „Przegląd Ubezpieczeń Społecznych i Gospodarczych” 2001, nr 3.
- Słownik języka polskiego*, t. 1 Warszawa 1978.
- Słownik języka polskiego*, t. 2, Warszawa 1979.
- Sygit M., *Zdrowie publiczne*, Warszawa 2010.
- Tyczka S., Ponikowska I., *Człowiek, pogoda, klimat*, Warszawa 1978.
- Ustawa o zawodach lekarza i lekarza dentystry. Komentarz*, pod red. E. Zielińskiej, Warszawa 2008.
- Węclowicz-Bilska E., *Uzdrowiska polskie. Zagadnienia programowo-przestrzenne*, Kraków 2008.
- Włodarczyk C., *Reforma opieki zdrowotnej w Polsce. Studium polityki zdrowotnej*, Kraków 1998.
- Wojtczak A., *Zdrowie publiczne wyzwaniem dla systemów zdrowia XXI wieku*, Warszawa 2009.
- Wojtczak K., *Administracyjnoprawna reglamentacja wolnych zawodów*, w: *Rola materialnego prawa administracyjnego a ochrona praw jednostki*, pod red. Z. Leońskiego, Poznań 1998.
- Wojtczak K., *Komentarz do art. 20–26*, w: Z. Leoński, K. Wojtczak, *Komentarz do ustawy o zakładach opieki zdrowotnej*, Warszawa–Poznań 1993.

- Wojtczak K., *Kompetencje i zadania jednostek samorządu terytorialnego w zakresie bezpieczeństwa zdrowia ludzi*, „Studia Prawa Publicznego” 2018, nr 3(23).
- Wojtczak K., *Rozważania nad pojęciem pacjenta*, w: *Jednostka w demokratycznym państwie prawa*, pod red. J. Filipka, Bielsko-Biała 2003.
- Wołowicz T., *Pobyty w szpitalu uzdrowiskowym a obowiązek poboru opłaty uzdrowiskowej*, „Przegląd Prawa Publicznego” 2016, nr 1.
- Zimna T., *Zawieranie umów o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej*, Warszawa 2007.

II. KOMENTARZE, OPINIE, POLEMIKI

PIOTR SZULC*

Best Practices in Real Estate Cross-border Transactions

Introduction

Transactions on real estate markets have several aspects that make them highly complex, mostly due to their individual nature – each property is unique in terms of its location, structure and history. Real estate has historically been viewed as a local phenomenon, but nowadays real estate firms and investors have extended their area of operations beyond local markets to a world-wide base.¹

The rise of global real estate investment in the late 1990s and the first decade of the twenty-first century make buyers increasingly look beyond their own borders for lucrative investments. JLL (Jones Lang LaSalle) reported that in 2018, of the \$733 billion direct investment in commercial property, \$212 billion – 30 percent – was cross-border, an increase from the 29 percent share of 2017.² Data on cross-border real-estate investment flows show that they obey gravity, but this relationship is rendered insignificant by controlling for the presence of counterparties

* Piotr Szulc, mgr, Adam Mickiewicz University, Poznań, e-mail: ps16371@st.amu.edu.pl, <https://orcid.org/0000-0002-5443-1012>.

¹ A. Bardhan, C.A. Kroll, *Globalization and the Real Estate Industry: Issues, Implications, Opportunities*, Sloan Industry Studies Annual Conference (April 2007), 1–36. Retrieved from <http://web.mit.edu/sis07/www/kroll.pdf> (accessed: 5th of March 2020).

² JLL, *Global Market Perspective*, February 2019.

from origin countries in destination countries.³ Nonetheless, buyers of commercial real estate still have an unusually strong tendency to transact with sellers from their own country of origin.⁴ Same-country matching rates rise substantially in locations in which the rule of law is weak, suggesting that contracting frictions and trust are the principal drivers of this tendency.

International real estate investment is broadly classified as either public or private. Public real estate, referred to as Real Estate Investment Trusts (REITs), uses the pooled capital of numerous investors to purchase, manage and develop income-generating properties. REITs are required to distribute at least 90 percent of their income to shareholders annually in the form of dividends. Private real estate investment funds, such as real estate private equity funds, have a specified exit timeline, typically six to eight years.⁵

In view of the above, the challenges faced by a lawyer dealing with real estate transactions change significantly. In his article, *Value Creation by Business Lawyers: Legal Skills and Asset Pricing*, in the Yale Law Journal, Professor Ronald Gilson suggests that business lawyers are transaction cost engineers. On that basis, he proposes sweeping changes for the training of business lawyers in law schools.⁶ In the face of the increasing number of transactions with cross-border elements, lawyers also become a transaction coordinators, who must anticipate possible risks and cooperate with fellows from other jurisdictions (often many) so as to be able to bring the transaction to a satisfactory conclusion without prejudice to the client.

In order to properly carry out an international transaction in the real estate market, it is necessary to comply with the specific rules that are applicable in international trade. We can distinguish various guidelines that will help us achieve the intended goal. This article presents most important of them.

³ C. Badarınza, T. Ramadorai, Ch. Shimizu, *Gravity, Counterparties, and Foreign Investment* (March 25, 2019). Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3141255> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3141255> (accessed: 5th of March 2020).

⁴ T. Chaney, *The network structure of international trade*, "The American Economic Review" 2014, vol. 104(11), 3600.

⁵ L. Phalippou, *Hilton Hotels: A Case Study in Real Estate Private Equity* (April 5, 2014). Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2429357> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2429357> (accessed: 5th of March 2020).

⁶ R.J. Gilson, *Value Creation by Business Lawyers: Legal Skills and Asset Pricing*, 94 YALE LJ. 1984, 239, 241.

1. Why you need local counsel

A cross-border real estate transaction may be extremely complicated, requiring the establishment of local companies or, for tax reasons, a company in a third jurisdiction, and multiple agreements among several parties in multiple jurisdictions. In practice, there are no typical transactions and there are huge differences in the manner of execution and scale.

Parties to such deals often come from diverse cultural backgrounds and sensitivities, language experience, and business practices. Local counsel will help avoid offending cultural sensitivities and miscommunications. Even inside supposedly uniform jurisdictions, such as the European Union or United States, local rules on property rights vary enormously from state to state. In countries external to the US/EU, rules involving property ownership can be even more obscure.⁷

The heavily repetitive nature of real estate market creates high barriers to entry for many lawyers. While they may have substantial reputations in their own jurisdiction, unless they have been part of a law firm that has traditionally done cross-border real estate transactions or been mentored by a lawyer who so engaged, it is very difficult to break into the international real estate market, as banks and clients are risk-averse.⁸ Identifying them is relatively straightforward, as legal directories, e.g. *Legal 500* and *Chambers* provide information and data for the international legal community. This puts the real estate lawyer in a key position: it is up to the lawyer to create a structure that will satisfy not merely the immediate needs of investors and funders, but accommodate local jurisdictional needs without compromising the essential aspects of the transaction. Having a network of law firms that can adopt an international mentality when required is a necessary part of the lawyer's armory. Despite rapid globalization, it should be noted that real estate is still primarily influenced by local factors. Local knowledge, local economies, local actors and local institutions will continue to play the significant role.

⁷ For example, in Indonesia no person other than a resident can acquire any immovable property in Indonesia, whereas in the Philippines, only Filipino citizens and Filipino-controlled corporations are entitled to own or acquire land. In China, the requirements for the acquisition of residential properties vary slightly from one city to another. In Thailand, foreign individuals or companies can own land in limited situations only.

⁸ J.A. Flood, E. Skordaki, *Structuring Transactions: The Case of Real Estate Finance* (Revised Version: March 2008), CONTRACTUAL CERTAINTY IN INTERNATIONAL TRADE, V. Gessner (ed.), 2008. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1540615> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1540615> (accessed: 5th of March 2020).

2. How important is due diligence

The proper conduct of the due diligence process is one of the most important good practices in the course of real estate transactions. International surveys show that 90% of foreign investors decide to have due diligence conducted. Such research makes it possible not only to know the acquired real estate, but also to identify potential risks in detail. Due diligence is an essential and regular part of the pre-acquisition process.

Legal due diligence seeks to provide legal security and to create the background for a business decision. Moreover, it forms a basis for conducting other research, i.e. financial, technical and tax. It involves the examination of all legal aspects relevant to the transaction and is based on data which have been made available by the seller, or which are made public in various types of registers and records, or which have been made available and disclosed by private companies collecting and aggregating data from the market.

While it is always important to carry out a proper due diligence process, it is of particular importance for clients from other countries and cultures. The scope of the research and the topics it will involve will vary depending on the region, its legal culture or the local specifics, e.g. the political or environmental risk. Due diligence is increasingly essential in all dimensions as pressure mounts, from international sanctions and extraterritorial legislation on conducting business abroad. Due diligence methods must take into account the target jurisdiction's legal rules, local customs and traditions.

Performing a proper search requires i.a. the lawyer to review ownership and title to the real property, zoning plan and building permits, lease agreements, restrictions on foreign ownership.⁹ The experience shows that a number of issues spotted during due diligence can be remedied during the process.

A common law *caveat emptor* maxim warning a purchaser that he could not claim that his purchases were defective unless he protected himself by obtaining express guarantees from the vendor shall be taken into account. In civil law jurisdictions, the practice of courts deciding on the scope of liability is relevant for determining the consequences

⁹ IBA Corporate and M&A Law Committee Legal Due Diligence Guidelines, September 2018.

and importance of due diligence. The general trend indicates that the fact that the buyer acquires knowledge on the basis of his own research affects the primary limitation of the seller's liability.

3. Think about the legal structure of transaction

Most people think in terms of location as the prime attribute of the transaction. For lawyers, however, the transaction structure is of paramount importance. There are three major types of legal structure that come into play: an asset deal, a share deal or an enterprise deal. Whether the share deal, asset deal or enterprise deal is more attractive is to be determined by the respective tax and entrepreneurial basis.

Secondly, legal counsel should assist in deciding in which legal form the special purpose vehicle (or entity) should be framed. An SPV very often operates as a limited liability company. The legal framework also depends on the type of financing to be used in the transaction. In the EU, mortgage-backed loans (Germany and Belgium), joint venture or bonds (UK) are most commonly employed mechanisms.

In a cross-border context, lawyers are required to create structures that address both real estate and corporate issues. This means that a decision as to the structure or vehicle to be used for purchases should be based on both legal and investment factors (e.g. relative political and economic stability, strong market fundamentals, access to capital, the potential for advantageous regulatory and tax reform).

4. Title insurance as a mitigating risk tool

Most businesses buy insurance against a variety of hazards. When a firm takes out insurance, it is simply transferring the risk to the insurance company. Insurance companies have numerous advantages in bearing the risk. Firstly, they may have experience in insuring similar risks, so they are well placed to estimate the probability of loss. Secondly, they may have knowledge about the methods of reducing the risk by providing advice to companies.¹⁰

Title insurance is purchased for a one-time fee at closing and is valid for as long as the owner has an interest in the property. Insurance is

¹⁰ R. Brealey, S. Myers, F. Allen, *Principles of corporate finance*, International edition 2008.

designed to protect the buyer and should help to cover the title when a problem regarding the title that was not identified during the title search arises. Based on that, title insurance is a popular tool to mitigate the possible risk when investing in a foreign jurisdiction, reducing the uncertainty of property rights.¹¹ However, there is some misperception of the title insurance by the buyers originating from outside the US/EU jurisdictions on how title insurance works. They tend to think that all the issues are covered, as they have a title policy. However, title policies have many exceptions and hidden risks which we, as legal advisors, should take into consideration.

5. Consider cultural approach

The physical and cultural distance between the parties may possibly cause differences, which obviously could be easily avoided. In many societies, there are more untypical forms of law, like customary law, indigenous law, religious law, or law connected to distinct ethnic or cultural groups¹² which we should always be aware of to avoid any misunderstandings. One example of a cultural approach that should be taken into account in respect of a real estate transaction is the growth in Sharia-compliant transactions.¹³ The structure of participating funds allows investors to benefit from western-style bank financing without violating Sharia law. There are country-specific guides available¹⁴, which

¹¹ M. Boyer, Ch. Nyce, *Market Growth, Barriers to Entry, and Banks as Insurance Referral Agents: Evidence from the Title Insurance Industry* (February 2005). Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=886505> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.886505> (accessed: 5th of March 2020).

¹² Z.B. Tamanaha, *Understanding Legal Pluralism: Past to Present, Local to Global*, "Sydney Law Review" 2007, vol. 29; St. John's Legal Studies Research Paper No. 07-0080. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1010105> (accessed: 5th of March 2020).

¹³ N. Mersadi Tabari, *Islamic Finance and the Modern World: The Legal Principles Governing Islamic Finance in International Trade*, "The Company Lawyer" 2010, vol. 31, no. 8, pp. 249–254. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1740669> (accessed: 5th of March 2020).

¹⁴ India: Cross-Cultural Business Behavior for Business People, Expatriates and Scholars. 3 Moreover, there are others that address the issue of dealing with negotiators from different countries, such as "Part 2: Country-by-Country Guide to International Business Negotiations" of *The ABA Guide to International Business Negotiations: A Comparison of Cross-Cultural Issues and Successful Approaches*, 3rd Edition, 4 and "Part Two: Forty Negotiator Profiles" in *Cross-Cultural Business Behavior: Negotiating, Selling, Sourcing and Managing Across Cultures*.

may be helpful in understanding the cultural discrepancies between the countries. Cultures differ enormously when it comes to decision making, particularly in how quickly decisions should be made and how much analysis is required beforehand.¹⁵ Both lawyers and business leaders were found to have a distinctive national style depending on their origins: the US/EU decision style reflects a comparatively higher need for achievement, while Asian decision styles reflect comparatively high needs for affiliation and personal power.¹⁶

Conclusions

Cross-border transactions on the real estate market are becoming more and more popular as the world becomes more globalized. The increasing volume of this type of transaction poses a challenge for the modern real estate lawyer. The key to determining the risks and structure of the transaction is to identify the client and the nature of the project. It is impossible to create an exhaustive guide setting out all the hazards occurring in this type of transaction. The specificity of the real estate market make sit all the more difficult to develop universal guidelines. There is, however, a certain list of steps that a professional lawyer should follow in order to avoid potential difficulties and to provide the client with legal security. This article addresses this difficult challenge by pointing out the most important of these steps.

It is essential and extremely helpful to enter into cooperation with a local counsel who will help us to explain the local specificity and who will take legal differences into account. In addition, other helpful tools, such as a legal due diligence report or a title insurance Policy, should be carefully considered. One cannot forget about the importance of local culture and customs, which may prove decisive at the crucial moment of the transaction. Finally, to be effective in working with cross-border clients, lawyers must have a good understanding of how people think and make decisions, and must possess good people skills.

¹⁵ V. Misra, *Management of Cross Cultural Teams: Problems and Effective Management of Cross-Cultural Teams* (November 30, 2012). Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2183174> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2183174> (accessed: 5th of March 2020).

¹⁶ M.G. Martinsons, *Comparing the Decision Styles of American, Chinese and Japanese Business Leaders*. Best Paper Proceedings of Academy of Management Meetings, Washington, DC, August 2001. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=952292> (accessed: 5th of March 2020).

Being open-minded, patient, far-sighted and sometimes prudent can be helpful in dealing with the majority of cross-border transactions. Respect for local customs and traditions, as well as understanding the local legal system, while securing clients' interests, is the key to a successful transaction.

BEST PRACTICES IN REAL ESTATE CROSS-BORDER TRANSACTIONS

Summary

The article presents reflections on the best practices in real estate cross border transactions. Transactions on real estate markets have several aspects that make them highly complex, mostly due to their individual nature – each property is unique in terms of its location, structure and history. Cross-border transactions on the real estate market are becoming increasingly popular as the world becomes more globalized. The growing volume of this type of transaction presents a challenge for the modern real estate lawyer. It is impossible to create an exhaustive guide setting out all the hazards occurring in such transactions. This article addresses this difficult challenge by indicating the most important of them.

It is essential and extremely helpful to enter into cooperation with a local counsel who will help us to explain the local specificity and who will take the legal differences into account. In addition, other helpful tools, such as a legal due diligence report or a title insurance Policy, should be carefully considered. One cannot forget about the importance of the local culture and customs, which may prove decisive at the crucial moment of the transaction. Finally, to be effective in working with cross-border clients, lawyers must have a good understanding of how people think and make decisions, and must possess good people skills. Respect for local customs and traditions, as well as understanding the local legal system while securing clients' interests, is the key to a successful transaction.

Keywords: best practices – cross-border transactions – real estate transactions

LITERATURE

Badarinza C., Tarun R., Shimizu Ch., *Gravity, Counterparties, and Foreign Investment*, March 2019.

Bardhan A., Kroll C.A., *Globalization and the Real Estate Industry: Issues, Implications, Opportunities*, Sloan Industry Studies Annual Conference, pp. 1–36, April 2007.

Boyer M., Nyce Ch., *Market Growth, Barriers to Entry, and Banks as Insurance Referral Agents: Evidence from the Title Insurance Industry*, February 2005.

Brealey R., Myers S., Allen F., *Principles of corporate finance*, International edition 2008.

-
- Chaney T., *The network structure of international trade*. "The American Economic Review" 2014, vol. 104(11), 3600.
- Flood J., Skordaki E., *Structuring Transactions: The Case of Real Estate Finance*, in: *Contractual Certainty in International Trade*, Gessner V., 2008.
- Gilson R.J., *Value Creation by Business Lawyers: Legal Skills and Asset Pricing*, "Yale Law Journal" 1984, 239–241.
- Martinsons G., *Comparing the Decision Styles of American, Chinese and Japanese Business Leaders*, "Best Paper Proceedings of Academy of Management Meetings", Washington, DC, August 2001.
- Mersadi N.T., *Islamic Finance and the Modern World: The Legal Principles Governing Islamic Finance in International Trade*, "The Company Lawyer" 2010, vol. 31, no. 8, pp. 249–254.
- Phalippou L., *Hilton Hotels: A Case Study in Real Estate Private Equity*, April 2014.
- Tamanaha Z.B., *Understanding Legal Pluralism: Past to Present, Local to Global*, "Sydney Law Review" 2007, vol. 29.
- Vaibhav M., *Management of Cross Cultural Teams: Problems and Effective Management of Cross-Cultural Teams*, November 2012.

III. Z ORZECZNICTWA

PAWEŁ BORECKI*

W sprawie pojęcia wyznaniowej żydowskiej osoby prawnej. Uwagi na tle wyroku Sądu Najwyższego z 9 lutego 2007 r., sygn. III CSK 411/06

Wprowadzenie

Reprywatyzacja nieruchomości na rzecz gmin wyznaniowych żydowskich w Rzeczypospolitej Polskiej oraz skupiającego je Związku Gmin Wyznaniowych Żydowskich (ZGWŻ), prowadzona za pośrednictwem Komisji Regulacyjnej do Spraw Gmin Wyznaniowych Żydowskich, trwa już ponad 22 lata¹. Relatywnie ograniczona efektywność tego procesu to rezultat wielu czynników². Należy wśród nich wymienić zwłaszcza

* Paweł Borecki, dr hab., Uniwersytet Warszawski, e-mail: pborecki@wpia.uw.edu.pl, <https://orcid.org/0000-0002-1921-8291>.

¹ Zob. Zarządzenie Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 10 X 1997 r. w sprawie szczegółowego trybu działania Komisji Regulacyjnej do Spraw Gmin Wyznaniowych Żydowskich (M.P. Nr 77, poz. 730 ze zm.); szerzej P. Borecki, *Reprywatyzacja nieruchomości na rzecz gmin wyznaniowych żydowskich*, „Państwo i Prawo” 2011, z. 9, s. 61–73, oraz D. Walencik, *Regulacja spraw majątkowych gmin wyznaniowych żydowskich*, w: *Prawo wyznaniowe w Polsce (1989–2009). Analizy–dyskusje–postulaty*, pod red. D. Walencika, Katowice–Bielsko-Biała 2009, s. 371–389.

² W wyznaczonym terminie pięciu lat od dnia wejścia w życie Ustawy z dnia 20 II 1997 r. o stosunku Państwa do gmin wyznaniowych żydowskich w RP, tzn. do 11 V 2002 r., złożono 5544 wnioski (z czego 40 wniosków zostało odrzuconych przez Komisję Regulacyjną jako złożonych przez podmioty nieuprawnione). Według stanu na 30 XI 2019 r. wszczęto 5504 postępowania, odbyło się 7698 rozpraw. 2854 postępowania

zawężającą wykładnię zasadniczego pojęcia – wyznaniowej żydowskiej osoby prawnej, ustaloną, jak się okazało, w sposób trwały w orzecznictwie sądowym, w wyroku trzyosobowego składu Sądu Najwyższego (SN) z dnia 9 lutego 2007 r. (sygn. III CSK 411/06). Została ona następnie podtrzymana w wyroku także składu trzyosobowego SN z dnia 19 marca 2009 r. (sygn. III CSK 265/08). W rezultacie formalistycznej i wąskiej interpretacji rzeczzonego pojęcia przez Sąd Najwyższy, zasadniczo odmiennej od interpretacji wypracowanej wcześniej, tzn. w czerwcu 1999 r., przez samą Komisję Regulacyjną, zakres przedmiotowy postępowania regulacyjnego w sprawach gmin wyznaniowych żydowskich i ich Związku uległ istotnemu zawężeniu przedmiotowemu. Interpretacja SN prowadzi bowiem do generalnego wniosku, że wszelkie roszczenia w postępowaniu regulacyjnym dotyczące innych osób prawnych niż były gminy wyznaniowe żydowskie są bezzasadne³. Należy podkreślić, że taka wykładnia pojęcia wyznaniowej żydowskiej osoby prawnej nie odpowiada również historycznym formom samoorganizacji judaizmu na ziemiach polskich. Tymczasem doktryna prawa wyznaniowego podkreśla, że interpretacja przepisów dotyczących postępowania regulacyjnego wymaga uwzględnienia ich uwarunkowań historycznych i konfesyjnych⁴.

Naczelny organ judykatury w orzeczeniu z 2007 r. sformułował zwłaszcza tezę, że wyznaniowymi żydowskimi osobami prawnymi w rozumieniu Ustawy z dnia 20 lutego 1997 r. o stosunku Państwa do

zostały całkowicie lub częściowo zakończone. Z tego **669** postępowań zakończyło się ugodą, **539** zakończono orzeczeniem (całkowicie lub częściowo) uwzględniającym wniosek, **1018** – wydaniem orzeczenia o umorzeniu postępowania regulacyjnego, **553** postępowań zakończono orzeczeniem o oddaleniu bądź odrzuceniu wniosku, w **107** przypadkach nie uzgodniono orzeczenia, natomiast zawieszono **71** postępowań regulacyjnych. Ugody zawarte przed Komisją Regulacyjną przewidywały dla ZGWŻ oraz gmin wyznaniowych żydowskich rekompensatę pieniężną w wysokości ogółem **28 269 059** zł. Ponadto przyznano wnioskodawcom na mocy 189 orzeczeń i 9 ugód odszkodowanie w wysokości ogółem **60 091 795** zł **18** gr (*Działalność Komisji Regulacyjnej do Spraw Gmin Wyznaniowych Żydowskich, funkcjonującej na podstawie ustawy z dnia 20 lutego 1997 r. o stosunku Państwa do gmin wyznaniowych żydowskich w Rzeczypospolitej Polskiej. Stan na dzień 30 listopada 2019 r.*, mps powiel. w zbiorach autora; por. M. Krawczyk, *Status prawny własności żydowskiej i jej wpływ na stosunki polsko-żydowskie*, w: *Następstwa zagłady Żydów. Polska 1944–2010*, pod red. F. Tycha, M. Adamczyk-Garbowskiej, Lublin 2011, s. 711.

³ A. Czohara, T.J. Zieliński, *Ustawa o stosunku Państwa do gmin wyznaniowych żydowskich w Polsce. Komentarz*, Warszawa 2012, s. 204.

⁴ D. Walencik, *Rewindykacja nieruchomości Kościoła katolickiego w postępowaniu przed Komisją Majątkową*, Lublin 2008, s. 172.

gmin wyznaniowych żydowskich w Rzeczypospolitej Polskiej⁵ są tylko osoby, które zostały wymienione w art. 5, 6 i 22 tej ustawy. Charakter działalności, nawet pokrywający się z celami realizowanymi przez wyznaniowe, żydowskie osoby prawne, nie ma znaczenia.

Doniosłość kwestii zakresu pojęcia wyznaniowej żydowskiej osoby prawnej wiąże się z faktem, że jest ono jedną z istotnych przesłanek reprivatyzacji. Przepisy ustawy z dnia 20 lutego 1997 r. określiły warunki przenoszenia na rzecz gmin wyznaniowych żydowskich względnie Związku Gmin własności wymienionych w tej ustawie nieruchomości. Z art. 30 ust. 1 wspomnianej ustawy wynika, że przekazaniu podlegają nieruchomości lub ich części przejęte przez Państwo, które w dniu 1 września 1939 r. były własnością gmin wyznaniowych żydowskich lub innych wyznaniowych żydowskich osób prawnych, działających na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej. Dodatkowym warunkiem przeniesienia własności jest, aby na takiej nieruchomości w dniu 1 września 1939 r. znajdowały się cmentarze żydowskie lub synagogi albo w dniu wejścia w życie ustawy z 20 lutego 1997 r. (czyli 11 maja 1997 r.) na takiej nieruchomości znajdowały się budynki stanowiące uprzednio siedziby gmin żydowskich lub innych wyznaniowych żydowskich osób prawnych oraz budynki służące uprzednio celom kultu religijnego, działalności oświatowo-wychowawczej i charytatywno-opiekuńczej. Powyższe kryteria określają zakres przedmiotowy procesu reprivatyzacji nieruchomości na rzecz gmin wyznaniowych żydowskich i Związku Gmin na obszarze tzw. Starego Kraju, czyli na terenach dawnej II RP, które weszły ostatecznie w skład powojennej Polski. Szacuje się, że od 50% do nawet 70% wniosków regulacyjnych złożonych do właściwej Komisji dotyczy właśnie nieruchomości należących w przeszłości do owych „innych wyznaniowych żydowskich osób prawnych”.

Wątpliwości i uwagi krytyczne w odniesieniu do judykatury i ustawodawstwa

1

Sąd Najwyższy oparł się w swoich rozważaniach przede wszystkim na wykładni językowej. Uznał, że tego rodzaju wykładnia art. 30 ustawy z dnia 20 lutego 1997 r. swoim zakresem obejmuje gminy żydowskie

⁵ Dz.U. Nr 41, poz. 251 ze zm.

oraz osoby prawne mające charakter zarówno żydowski, jak i wyznaniowy. Nie przesądza to jednak, według jakich kryteriów należy ustalać charakter takich osób prawnych. SN opowiedział się za kryterium formalnym. Uznał, że kryterium to przyjęła ustawa o stosunku Państwa do gmin wyznaniowych żydowskich, podobnie jak inne ustawy o stosunku Państwa do Kościołów i innych związków wyznaniowych. Mają one przy ustalaniu kościelnych (wyznaniowych) osób prawnych także posługiwać się kryterium formalnym. Osobowość prawną wiąże się z jednostkami uznanymi za osoby prawne wprost w ustawie lub tymi, które uzyskują osobowość prawną w wyniku rozporządzenia odpowiedniego ministra. Takie podejście do ustalenia kategorii osób prawnych wyznaniowo-żydowskich wyraźnie wynika, zdaniem Sądu Najwyższego, również z art. 5 i 6 oraz 22 ustawy z 20 lutego 1997 r. Powyższe stanowisko wzbudza zastrzeżenia. Należy chociażby zwrócić uwagę, że Konkordat między Stolicą Apostolską i Rzeczpospolitą Polską podpisany 28 lipca 1993 r.⁶, a zatem akt mający pierwszeństwo przed postanowieniami Ustawy z dnia 17 maja 1989 r. o stosunku Państwa do Kościoła Katolickiego w Rzeczypospolitej Polskiej⁷, jako umowa międzynarodowa ratyfikowana za zgodą wyrażoną w ustawie, w sprawach osób prawnych nie określa jednoznacznie, które szczegółowe kategorie jednostek organizacyjnych Kościoła mają osobowość prawną. W tym zakresie na mocy art. 4 ust. 2 dokonuje szerokiej recepcji norm prawa kanonicznego do polskiego porządku prawnego. Stanowi bowiem, że Państwo polskie ogólnie uznaje osobowość prawną wszystkich instytucji kościelnych terytorialnych i personalnych, które uzyskały taką osobowość na podstawie przepisów prawa kanonicznego. W sumie to prawo kanoniczne, czyli prawo obce, określa, które jednostki organizacyjne Kościoła katolickiego terytorialne i personalne mają w polskim systemie prawnym osobowość prawną. W obecnym stanie prawnym katalog kościelnych osób prawnych zawarty w artykułach od 5 do 10 Ustawy z dnia 17 maja 1997 r. o stosunku Państwa do Kościoła Katolickiego w RP należy uznać za przykładowy⁸. Kwestia ta nie jest powszechnie znana i może budzić istotne wątpliwości w praktyce obrotu⁹. Z tego stanu rzeczy wynika postulat stworzenia

⁶ Dz.U. 1998 Nr 51, poz. 318.

⁷ Tekst jedn. Dz.U. 2019, poz. 1153.

⁸ A. Mezglewski, H. Misztal, P. Stanisławski, *Prawo wyznaniowe*, Warszawa 2011, s. 141.

⁹ Już po wejściu w życie Konkordatu nowymi kategoriami kościelnych osób prawnych powołanymi do życia na mocy prawa kanonicznego okazały się: prałatury personalne, prałatury terytorialne, opactwa terytorialne oraz Konsulta Wyższych Przełożonych Zakonów Kontemplacyjnych.

oficjalnego rejestru wyznaniowych osób prawnych. Reasumując, trzeba zauważyć, że to samemu wyznaniu większościowemu w Polsce pozostawiono wskazanie, które jego jednostki organizacyjne będą miały osobowość prawną. Podważa to w istocie zasadę, do której odwołuje się SN, że o przyznaniu osobowości prawnej danej jednostce organizacyjnej decyduje uznanie jej za osobę prawną przez ustawodawcę.

2

Zastrzeżenia budzi uznanie przez SN za wyznaniową żydowską osobę prawną przewidzianej w art. 22 ust. 2 ustawy o stosunku Państwa do gmin wyznaniowych żydowskich w RP fundacji z udziałem innych niż gminy żydowskie i ZGWŻ krajowych osób prawnych i fizycznych oraz zagranicznych organizacji Żydów pochodzących z Polski oraz Światowej Żydowskiej Organizacji Restytucji jako podmiotu, za pośrednictwem którego gminy wyznaniowe żydowskie oraz Związek Gmin mogłyby realizować swoje prawa majątkowe. Tego rodzaju fundacja pod nazwą „Fundacja Ochrony Dziedzictwa Żydowskiego” została utworzona 14 czerwca 2000 r., a następnie zarejestrowana w Krajowym Rejestrze Sądowym 22 marca 2002 r. (KRS nr 0000101821)¹⁰. Szczegółową podstawą prawną jej działania nie są przepisy ustawodawstwa wyznaniowego, lecz całkowicie „świeckiej”, generalnej ustawy z dnia 6 kwietnia 1984 r. o fundacjach¹¹. Zarówno gminy wyznaniowe żydowskie, jak i ZGWŻ nie mają wobec fundacji żadnych ustawowych kompetencji nadzorczych ani praw do majątku po jej ewentualnej likwidacji. Cele działania Fundacji mają charakter niekonfesyjny¹². Również Światowa Żydowska Organizacja Restytucji ma charakter świecki¹³. Zaliczenie fundacji, o której mowa w art. 22 ust. 2 ustawy z 20 lutego 1997 r., do kategorii wyznaniowych żydowskich osób prawnych przez SN należy uznać za nieadekwatne.

¹⁰ A. Czohara, T.J. Zieliński, op. cit., s. 161.

¹¹ Tekst jedn. Dz.U. 1991 Nr 46, poz. 203 ze zm.

¹² Obejmują one w szczególności: ochronę tradycji i kultury żydowskiej, w tym odzyskiwanie i opiekę nad materialnymi pozostałościami tej kultury w postaci mienia żydowskich osób prawnych, ochronę dziedzictwa żydowskiego, prowadzenie badań naukowych dotyczących dziedzictwa Żydów polskich, upowszechniania i pogłębiania wiedzy o Holokauście, rozwijania żydowskiej działalności kulturalnej, edukacyjnej, religijnej i w dziedzinie pomocy społecznej czy pomoc potrzebującym Żydom polskim, którzy przeżyli Holokaust, niezależnie od miejsca ich zamieszkania – szerzej zob. A. Czohara, T.J. Zieliński, op. cit., s. 162–163.

¹³ Szerzej zob. ibidem, s. 154–158.

3

Za szerszą – funkcjonalną – wykładnią pojęcia wyznaniowej żydowskiej osoby prawnej niż tylko ograniczającą się do podmiotów wskazanych w art. 5, 6 i 22 ustawy z 20 lutego 1997 r., przemawia użycie pojęcia innej wyznaniowej żydowskiej osoby prawnej w art. 30 ust. 1 tejże regulacji w kontekście szerokiego zakresu celów, jakim miały służyć budynki znajdujące się w dniu wejścia w życie ustawy o stosunku państwa do gmin wyznaniowych żydowskich w RP na nieruchomościach będących własnością tych osób prawnych w dniu 1 września 1939 r. i mogące podlegać w związku z tym restytucji. To cele: kultu religijnego, działalność oświatowo-wychowawcza i charytatywno-opiekuńcza. Tymczasem zgodnie odpowiednio z art. 3 i 32 rozporządzenia Prezydenta z 14 października 1927 r.¹⁴ tak szeroko zakrojonej działalności nie prowadziły przedwojenne gminy wyznaniowe żydowskie oraz stowarzyszenia wyznaniowe. O ile zatem art. 30 ust. 1 ma stanowić sensowną całość, to pojęciu innej wyznaniowej żydowskiej osoby prawnej w odniesieniu do okresu międzywojennego należy nadawać sens szerszy niż tylko obejmujący kategorię stowarzyszeń wyznaniowych w rozumieniu art. 32 wspomnianego rozporządzenia z 1927 r. Skądinąd był to akt normatywny niedoskonały pod względem legislacyjnym i społecznym, ponieważ w szczególności nie zawierał przepisów przejściowych dotyczących fundacji i stowarzyszeń związanych z żydowskimi gminami wyznaniowymi, a utworzonych na mocy aktów prawnych byłych państw zaborczych¹⁵.

4

Stanowisko SN, zgodnie z którym odpowiednie postanowienia ustawy o stosunku Państwa do gmin wyznaniowych żydowskich w RP należy interpretować w kontekście innych indywidualnych ustaw wyznaniowych, trzeba ocenić jako nieuwzględniające specyfiki organizacyjnej judaizmu oraz życia żydowskiego w ogóle. Judaizmowi obca jest scentralizowana struktura wyznaniowa. Podstawową jednostką organizacyjną judaizmu

¹⁴ Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 14 X 1927 r. o uporządkowaniu stanu prawnego w organizacji gmin wyznaniowych żydowskich na obszarze Rzeczypospolitej Polskiej z wyjątkiem województw: poznańskiego, pomorskiego i śląskiego (Dz.U. Nr 91, poz. 818 ze zm.).

¹⁵ Por. A. Czohara, T.J. Zieliński, op. cit., s. 198.

od wieków była i jest gmina wyznaniowa (kahał). W nich i wokół nich koncentrowało się życie wspomnianej mniejszości etniczno-wyznaniowej, zwłaszcza na ziemiach polskich¹⁶. Istniały kraje, w których nie powoływano żadnych struktur nadrzędnych, nawet mających wobec gmin wyznaniowych charakter jedynie koordynacyjny, niewładczy. Nie można odnosić zatem bezpośrednio scentralizowanych i niejednokrotnie zhierarchizowanych w różnym stopniu struktur kościelnych do wyznaniowych struktur żydowskich. Judaizm ma zdecydowanie spłaszczoną formę organizacyjną. Limitowane jest znaczenie osób duchownych (rabinów, podrabinów) w życiu gmin. Są oni ich funkcjonariuszami, nie zaś kierownikami. Odróżnia to judaizm od sklerykalizowanych struktur największych i najstarszych wyznań chrześcijańskich w Polsce. Należy podkreślić w związku z tym, że decyzje na forum gminy wyznaniowej podejmowane są w drodze procedur demokratycznych. W zasadzie nie ma funkcji czy urzędów dożywotnich. Są one często kadencyjne. W gminach i wokół nich istnieje wiele struktur sprzyjających aktywizacji i samorealizacji zwykłych wyznawców. Są to jednostki organizacyjne w postaci różnego rodzaju bractw, stowarzyszeń czy fundacji. Wspierają one funkcje gmin wyznaniowych w zakresie zaspokojenia potrzeb religijnych (np. bractwa pogrzebowe), zapewnienia wykształcenia religijnego, świadczenia pomocy społecznej, zapewnienia koszernej żywności itp. Taki stan rzeczy odpowiada indywidualistycznej mentalności żydowskiej. Zarazem trzeba zaznaczyć, że w ten sposób żydowskie gminy wyznaniowe wraz z całym otoczeniem wspierających i współpracujących z nimi jednostek organizacyjnych stały się dla żyjących od wieków Żydów w diasporze surogatem własnego państwa. Funkcjonując niejednokrotnie w nieprzychylnym sobie otoczeniu społecznym i politycznym, mogli oni przeciwstawić mu przede wszystkim własną samoorganizację i przedsiębiorczość. Polskiemu ustawodawcy nie udało się dokonać w pełni adekwatnej do wspomnianych realiów historyczno-społecznych regulacji normatywnej w omawianym zakresie¹⁷. Może

¹⁶ Zob. szerzej P. Borecki, *Uwagi o statusie wyznawców judaizmu na ziemiach polskich*, „Czasopismo Prawno-Historyczne” 2010, z. 2, s. 49–90.

¹⁷ Jak przyznał 30 I 2020 r. w rozmowie z autorem dr Andrzej Czohara, uczestnik z ramienia Rządu RP prac legislacyjnych nad ustawą o stosunku Państwa do gmin wyznaniowych żydowskich w RP, przedstawiciele strony żydowskiej zwracali uwagę, że proponowany katalog ustawy wyznaniowych osób prawnych nie uwzględnia różnorodności życia społeczno-religijnego szczególnie społeczności żydowskiej na ziemiach polskich przed 1 IX 1939 r. Ze względu na trudności w kompleksowym zdefiniowaniu wszystkich właściwych podmiotów porzeczano zwłaszcza w art. 30 ust. 1 ustawy na

on być zinterpretowany jako krok nieprzychylny wobec kolektywnej wolności religijnej wyznawców judaizmu w naszym kraju. Godzi to bowiem w fundamentalne prawo społeczności religijnej do określenia własnej struktury organizacyjnej. Niestety, Sąd Najwyższy w swoich orzeczeniach z lat 2007 i 2009 ową niedoskonałą percepcję powtórzył.

5

O pewnej historycznej ignorancji składu orzekającego SN w 2007 r. świadczy stanowisko, że stan prawny podobny do tegoż nakreślonego przez ustawę z 20 lutego 1997 r. o stosunku Państwa do gmin wyznaniowych żydowskich w RP istniał na obszarze Rzeczypospolitej Polskiej z wyjątkiem województwa śląskiego przed 1 września 1939 r. Sąd Najwyższy, opierając się tylko na literze obowiązującego wówczas prawa, tzn. na rozporządzeniu Prezydenta z dnia 14 października 1927 r. o uporządkowaniu stanu prawnego w organizacji gmin wyznaniowych żydowskich na obszarze Rzeczypospolitej Polskiej z wyjątkiem województwa śląskiego¹⁸, uznał, że prawa korporacyjne i osobowość prawną miał Żydowski Związek Religijny, poszczególne gminy żydowskie oraz stowarzyszenia wyznaniowe, tworzone za zgodą naczelnej władzy nadzorującej, którą był Minister Wyznań Religijnych i Oświecenia Publicznego (MWRiOP). Nie zwrócono jednak uwagi w komentowanym orzeczeniu, że Żydowski Związek Religijny istniał jedynie formalnie – „na papierze”¹⁹. Faktycznie jako korporacja Związek nigdy się nie ukonstytuował. Rada Religijna nigdy nie została powołana. Stało się tak zapewne ze względu na politykę wyznaniowo-narodowościową władz państwowych, tzn. ze względu na dążenie do sprawowania możliwie daleko posuniętej kuratelii nad ponad trzymilionową społecznością żydowską w Polsce²⁰. Zgodnie z art. 54 rozporządzenia Prezydenta

wskazaniu gmin wyznaniowych żydowskich oraz „innych wyznaniowych żydowskich osób prawnych”.

¹⁸ Dz.U. 1928 Nr 52, poz. 500 ze zm.

¹⁹ J. Tomaszewski, *Zarys dziejów Żydów w Polsce w latach 1918–1939*, Warszawa 1990, s. 38.

²⁰ Zgodnie ze spisem powszechnym z 1931 r. w Polsce 9,8% populacji, czyli ok. 3,1 mln osób stanowili wyznawcy judaizmu. Wśród wyznawców religii mojżeszowej język żydowski (tzn. hebrajski lub jidysz) jako język macierzysty podało 73,8% spośród nich, czyli ok. 8,6% populacji – zob. J. Tomaszewski, *Żydzi*, w: *Encyklopedia Historii Drugiej Rzeczypospolitej*, Warszawa 1999, s. 542.

z 14 października 1927 r. do chwili wyboru Rady Religijnej jej czynności miała sprawować naczelną władzę nadzorczą, czyli MWRiOP. W okresie międzywojennym nie powołano także żadnego stowarzyszenia wyznaniowego w rozumieniu art. 32 wspomnianego wyżej rozporządzenia. Jedynymi realnie istniejącymi przed 1 września 1939 r. korporacjami mającymi osobowość prawną w myśl przywołanego rozporządzenia Prezydenta były żydowskie gminy wyznaniowe. Ogółem w 1939 r. istniało 81 gmin większych i aż 737 gmin mniejszych²¹. Z przytoczonych okoliczności historycznych wynika, że społeczność żydowska w II RP nie cieszyła się pełną samorządnością.

6

Formalistyczne stanowisko SN przytoczone na wstępie w konfrontacji z faktami historycznymi prowadzi do wniosku, że użyty w art. 30 ust. 1 ustawy o stosunku Państwa do gmin wyznaniowych żydowskich w RP termin „inne wyznaniowe żydowskie osoby prawne” jest pozbawiony desygnatów, ma zatem jedynie pozorne znaczenie normatywne. Musi to skutkować konstatacją, że ustawodawca, formułując powyższy przepis, dopuścił się naruszenia wynikających z zasady demokratycznego państwa prawnego (art. 2 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r.²²) zasady poprawnej legislacji oraz zasady zaufania obywateli do państwa. Zarazem skoro SN przyjmuje taką wąską wykładnię, to także w swoim właściwym orzecznictwie neguje wspomniane zasady konstytucyjne.

6A

Zgodnie z zasadą poprawnej legislacji treść ustawy nie powinna zawierać terminów, które pozbawione są realnego znaczenia. Tekst prawny interpretowany jest bowiem jako całość. Zarówno użyte wyrażenia, jak i dokonane przemilczenia mają swoją wymowę. Jedną z zasadniczych funkcji tekstu prawnego jest wszakże funkcja normatywna. Tymczasem analizowany termin przy zawężającej interpretacji przedstawionej

²¹ *Polski słownik judaistyczny. Dzieje, kultura, religia, ludzie*, t. 1, oprac. Z. Borzymińska, R. Żebrowski, Warszawa 2003, s. 493.

²² Dz.U. Nr 78, poz. 483 ze zm., dalej „Konstytucja RP”.

przez SN staje się swoistą prawną atrapą. Jego obecność niczemu w praktyce nie służy. Świadczy natomiast o niezdolności ustawodawcy do skutecznego uregulowania określonej sfery życia, jeśli nie wręcz o złej woli części historycznych uczestników procesu prawotwórczego nad ustawą o stosunku Państwa do gmin wyznaniowych żydowskich w RP. Rzeczony termin w warunkach dokonania opisanej wykładni jawi się jako zbędny. Przytoczony stan rzeczy przeczy zasadzie racjonalności działań ustawodawcy²³. Nie powinien on wprowadzać adresatów norm prawnych w błąd czy zmuszać do interpretacyjnej ekwilibrystyki. W ustawie o stosunku państwa do gmin wyznaniowych żydowskich zabrakło adekwatnej historycznie oraz społecznie definicji legalnej pojęcia wyznaniowej żydowskiej osoby prawnej. Takiej definicji nie było także w prawie polskim okresu międzywojennego.

6B

Zasada zaufania obywatela do państwa oraz stanowionego przez nie prawa miałyby zostać naruszona poprzez nadanie w istotnej mierze fikcyjnego, deklaratywnego charakteru reprivatyzacji nieruchomości na rzecz gmin wyznaniowych żydowskich i Związku Gmin. Ograniczona reprivatyzacja nieruchomości żydowskiego na rzecz gmin wyznaniowych żydowskich i ZGWŻ ma służyć zwłaszcza ochronie spuścizny kulturowej polskich Żydów oraz odbudowie wyznaniowej społeczności żydowskiej poprzez jej uposażenie w niezbędny majątek i dostarczenie środków finansowych na bieżącą działalność. Tymczasem Państwo Polskie poprzez swoje organy zachowuje się niekonsekwentnie²⁴. Z jednej strony stwarza ekspektatywę długofalowego przysporzenia majątkowego grupie społecznej gruntownie poszkodowanej przez procesy historyczne i decyzje polityczne, a z drugiej wyraźnie owo przysporzenie ogranicza, w niektórych aspektach wręcz uniemożliwia. Jest to zachowanie ustawodawcy co najmniej nielojalne w stosunku do części obywateli²⁵. Tym bardziej zasługujące na krytykę, że w prze-

²³ Zob. B. Banaszak, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2009, s. 32.

²⁴ Por. *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, pod red. P. Tulei, Warszawa 2019, s. 29 i n.

²⁵ Por. *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. 1, pod red. L. Garlickiego, M. Zubika, Warszawa 2016, s. 127–131.

szłości państwo, wykorzystując pozycję suwerena, przejęło praktycznie cały majątek nieruchomości gmin wyznaniowych żydowskich. W tym kontekście należy również rozważyć zarzut naruszenia przez polskiego ustawodawcę oraz naczelny organ wymiaru sprawiedliwości zasady sprawiedliwości społecznej (art. 2 Konstytucji RP). Trzeba bowiem przyznać, że po II wojnie światowej państwo oraz znaczna część społeczeństwa uwłaszczyła się na majątku żydowskim. Wobec praktycznej i prawnej niemożliwości kompleksowego cofnięcia następstw tego procesu jawi się jako obowiązek Rzeczypospolitej okazanie realnego wsparcia dla wyznaniowej społeczności żydowskiej.

7

Państwu polskiemu powinno szczególnie zależeć na budowie zaufania ze strony obywateli polskich wyznania mojżeszowego. Poszanowanie wolności i praw owej wąskiej grupy etniczno-wyznaniowej jest w ogóle miarą efektywności systemu ochrony wolności i praw człowieka i obywatela w naszym kraju. Wobec tej grupy społecznej państwo dopuściło się w przeszłości dyskryminacji. W okresie II RP wyznanie mojżeszowe zostało poddane daleko idącemu nadzorowi ze strony władz, szczególnie w sprawach finansowo-majątkowych²⁶. Jego status został uregulowany w sposób niezgodny z przepisami Konstytucji RP z dnia 17 marca 1921 r.²⁷, dotyczącymi wolności sumienia i wyznania obywateli oraz zasad odnoszących się do relacji między państwem a związkami wyznaniowymi. Żydowski Związek Religijny (ŻZR) zgodnie z art. 2 rozporządzenia Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 14 października 1928 r. stanowił korporację wyznaniową o charakterze przymusowym – skupiał wszystkich żydów (wyznawców judaizmu) zamieszkujących Rzeczpospolitą Polską z wyjątkiem województwa śląskiego. Stanowiło to naruszenie gwarantowanej każdemu obywatelowi w art. 111 Konstytucji wolności sumienia i wyznania w zakresie swobody przynależności do korporacji religijnej. Ponadto ustrój ŻZR oraz gmin wyznaniowych żydowskich został określony m.in. we wspomnianym rozporządzeniu Prezydenta z 14 października 1927 r. w szczegółowy sposób arbitralnie przez władze państwowe, bez porozumienia z przedstawicielami

²⁶ Zob. *Przepisy o organizacji gmin wyznaniowych żydowskich*, oprac. J. Grynsztein, I. Kerner, Warszawa 1931, s. 119–128, 147–160, 179–190, 192–196.

²⁷ Dz.U. Nr 44, poz. 267 ze zm.

wyznania mojżeszowego w Polsce. Tym samym wyraźnie naruszono art. 115 Konstytucji, który stanowił m.in., że stosunek Państwa do prawnie uznanych mniejszościowych związków religijnych będzie ustalony w drodze ustawowej po porozumieniu się z ich prawnymi reprezentacjami. W przypadku wyznania mojżeszowego odstąpiono od utrwalonego w okresie międzywojnia trybu polegającego na tym, że aktu uznania związku religijnego państwo dokonywało w drodze ustawodawczej, po czym w drodze rozporządzenia Rady Ministrów ustanawiane było prawo wewnętrzne danej konfesji (statut). Projekt owego prawa wewnętrznego był opracowywany przez przedstawicieli określonego związku religijnego²⁸. W przypadku wyznania judaistycznego nic takiego nie miało miejsca.

7A

Po zakończeniu II wojny światowej z Zagłady ocalało nawet ok. 425 tys. polskich Żydów²⁹, istniały zatem, jak się wydaje, warunki społeczne (demograficzne) do reaktywowania działalności przynajmniej niektórych gmin wyznaniowych żydowskich³⁰. Władze państwowe nie wyraziły jednak na to zgody. Można przypuszczać, że jednym z motywów było dążenie władz do przejęcia majątku ruchomego i nieruchomego pozostałego po byłych gminach wyznaniowych żydowskich³¹. Powstałe po II wojnie światowej żydowskie kongregacje religijne nie zostały uznane za następców prawnych przedwojennych gmin wyznaniowych żydowskich. Nie uzyskały w związku z tym żadnych praw do pozostałego po owych gminach majątku³². Ów majątek przejęło przede wszystkim państwo.

²⁸ T. Langer, *Państwo a nierzymskokatolickie związki wyznaniowe w Polsce Ludowej*, Poznań 1967, s. 150–151.

²⁹ A. Stankowski, P. Weiser, *Demograficzne skutki Holokaustu*, w: *Następstwa zagłady Żydów...*, s. 37.

³⁰ Por. K. Kuberska, *Wybrane aspekty organizacyjno-prawne i majątkowe statusu społeczności żydowskiej w II Rzeczypospolitej i w Polsce Ludowej*, „Przeгляд Prawa Wyznaniowego” 2015, t. 7, s. 86–89.

³¹ Zob. Okólnik nr 3 Ministra Administracji Publicznej z dnia 6 II 1945 r. (Dep. Wyzn. 911/45) o tymczasowym uregulowaniu spraw wyznaniowych ludności żydowskiej (Dz.Urz. MAP 1945, nr 1, s. 21). Zob. zwłaszcza Dekret z dnia 8 III 1946 r. o majątkach opuszczonych i ponemieckich (Dz.U. Nr 13, poz. 87 ze zm.).

³² Zob. postanowienie SN z 13 X 1960 r. (sygn. 3 CC 27/60) w sprawie Skarb Państwa c/a Żydowska Kongregacja Religijna w Krakowie, odpis z odpisu – mps powiel. w zbiorach autora.

7B

Obecnie również członkowie gmin wyznaniowych żydowskich skupionych w ZGWŻ mają podstawy, aby czuć się gorzej traktowani przez Państwo polskie niż wyznawcy wielu innych konfesji. Trzeba bowiem zwrócić uwagę, że ustawa o stosunku Państwa do gmin wyznaniowych żydowskich w niektórych istotnych aspektach przewiduje mniej korzystne regulacje niż ustawy indywidualne o stosunku Państwa do niektórych Kościołów, wydane począwszy od 1989 r. Współczesne gminy wyznaniowe żydowskie nie zostały uznane przez ustawodawcę za następców prawnych odpowiednich miejscowo gmin wyznaniowych żydowskich z okresu II Rzeczypospolitej. Stało się tak, pomimo że ich członkowie to w znakomitej większości nie imigranci czy konwertyci, lecz polscy Żydzi ocalali z Zagłady oraz ich potomkowie – w sumie potomkowie członków przedwojennych gmin wyznaniowych żydowskich. Wszakże jako kuriozum o ksenofobicznej wymowie należy ocenić ograniczenie członkostwa w gminach wyznaniowych żydowskich działających na podstawie ustawy z 20 lutego 1997 r. jedynie do pełnoletnich osób wyznania mojżeszowego, posiadających obywatelstwo polskie i zamieszkałych na terenie Rzeczypospolitej Polskiej³³. Ustawa z 20 lutego 1997 r. nie przewiduje tworzenia mających szczególny reżim prawny tzw. fundacji kościelnych, na zasadach analogicznych, jak przewidują to indywidualne ustawy wyznaniowe o stosunku Państwa do wybranych Kościołów chrześcijańskich³⁴. Gminy wyznaniowe żydowskie oraz ZGWŻ nie mają

³³ Zob. wyrok SN z 15 IX 2017 r. (sygn. III CSK 241/16) oraz krytycznie uwagi na jego temat: P. Borecki, *Przyjęcie w poczet członków gminy wyznaniowej żydowskiej. Glosa do wyroku SN z dnia 15 września 2017 r., III CSK 241/16*, „Radca Prawny” 2018, nr 1, s. 127–140, a także W. Brzozowski, *Członkostwo w związku wyznaniowym. Glosa do wyroku SN z dnia 15 września 2017 r., III CSK 241/16*, „Przegląd Sądowy” 2018, nr 4, s. 96–103.

³⁴ Zob. art. 48 Ustawy z dnia 17 V 1989 r. o stosunku Państwa do Kościoła Katolickiego w Rzeczypospolitej Polskiej (tekst jedn. Dz.U. 2019, poz. 1347), art. 43 Ustawy z dnia 4 VII 1991 r. o stosunku Państwa do Polskiego Autokefalicznego Kościoła Prawosławnego (tekst jedn. Dz.U. 2014, poz. 1726), art. 29 Ustawy z dnia 20 II 1997 r. o stosunku Państwa do Kościoła Starokatolickiego Mariawitów w Rzeczypospolitej Polskiej (tekst jedn. Dz.U. 2015, poz. 14), art. 27 Ustawy z dnia 20 II 1997 r. o stosunku Państwa do Kościoła Katolickiego Mariawitów w Rzeczypospolitej Polskiej (tekst jedn. Dz.U. 2015, poz. 44), art. 30 Ustawy z dnia 30 VI 1995 r. o stosunku Państwa do Kościoła Polskokatolickiego w Rzeczypospolitej Polskiej (tekst jedn. Dz.U. 2014, poz. 1599), art. 31 Ustawy z dnia 30 VI 1995 r. o stosunku Państwa do Kościoła Adwentystów Dnia Siódmego w Rzeczypospolitej Polskiej (tekst jedn. Dz.U. 2014, poz. 1889), art. 36 Ustawy z dnia 30 VI 1995 r. o stosunku Państwa do Kościoła Chrześcijan Baptystów w Rzeczypospolitej Polskiej (tekst jedn. Dz.U. 2015, poz. 169), art. 32 Ustawy z dnia 30 VI 1995 r. o stosunku Państwa do

prawa korzystać ze szczególnych preferencji prawnych w odniesieniu do darowizn na działalność charytatywno-opiekuńczą prowadzoną przez wyznaniowe osoby prawne. Ich status jest wyraźnie gorszy w tym zakresie niż położenie Kościołów chrześcijańskich działających na podstawie indywidualnych ustaw wyznaniowych z lat 1989–1997, a przede wszystkim Kościoła katolickiego i Polskiego Autokefalicznego Kościoła Prawosławnego³⁵. W porównaniu ze wspomnianymi dwoma Kościołami gminy wyznaniowe żydowskie nie są uprawnione do korzystania ze zwolnień od podatku od spadków i darowizn³⁶. W przeciwieństwie do niektórych Kościołów działających na podstawie szczegółowego ustawodawstwa wyznaniowego z lat 1989–1997 gminom wyznaniowym żydowskim istniejącym na Ziemiach Zachodnich i Północnych nie stworzono nawet ograniczonej czasowo możliwości uzyskania nieodpłatnie, na podstawie decyzji wojewody lub innego organu wykonującego w imieniu Skarbu Państwa prawo własności albo organu jednostek samorządu terytorialnego wedle ich właściwości, własności nieruchomości lub ich części w celu utworzenia lub powiększenia gospodarstwa rolnego o powierzchni do 15 ha użytków rolnych łącznie dla jednej gminy³⁷. Biorąc pod uwagę tylko zróżnicowane normy obszarowe

Kościoła Ewangelicko-Methodystycznego w Rzeczypospolitej Polskiej (tekst jedn. Dz.U. 2014, poz. 1712), art. 32 Ustawy z dnia 20 II 1997 r. o stosunku Państwa do Kościoła Zielonoświątkowego w Rzeczypospolitej Polskiej (tekst jedn. Dz.U. 2015, poz. 13).

³⁵ W przypadku darowizn na kościelną działalność charytatywno-opiekuńczą Kościoła katolickiego oraz Polskiego Autokefalicznego Kościoła Prawosławnego mogą być one odliczone od podstawy opodatkowania podatkiem dochodowym zarówno w przypadku podatników będących osobami fizycznymi, jak i osobami prawnymi bez żadnych ograniczeń. Na takich samych zasadach, tzn. bez ograniczeń, podatnicy będący osobami fizycznymi mogą odliczać od podstawy opodatkowania podatkiem dochodowym darowizny na kościelną działalność charytatywno-opiekuńczą: Kościoła Ewangelicko-Augsburskiego w RP, Kościoła Ewangelicko-Reformowanego w RP, Kościoła Ewangelicko-Methodystycznego w RP, Kościoła Chrześcijan-Baptystów w RP, Kościoła Adwentystów Dnia Siódmego w RP, Kościoła Polskokatolickiego w RP, Kościoła Starokatolickiego Mariawitów w RP, Kościoła Katolickiego Mariawitów w RP oraz Kościoła Zielonoświątkowego w RP.

³⁶ Por. art. 55 ust. 6 Ustawy z dnia 17 V 1989 r. o stosunku Państwa do Kościoła Katolickiego w RP i art. 40 ust. 6 Ustawy z dnia 4 lipca 1991 r. o stosunku Państwa do Polskiego Autokefalicznego Kościoła Prawosławnego.

³⁷ Por. przede wszystkim art. 70A Ustawy z dnia 17 V 1989 r. o stosunku Państwa do Kościoła Katolickiego w RP, a ponadto: art. 48E ust. 1 pkt 2 Ustawy z 4 VII 1991 r. o stosunku Państwa do Polskiego Autokefalicznego Kościoła Prawosławnego, art. 45A ust. 1 pkt 2 Ustawy z dnia 13 V 1994 r. o stosunku Państwa do Kościoła Ewangelicko-Augsburskiego w RP, art. 26B ust. 1 pkt 2 Ustawy z dnia 13 V 1994 r. o stosunku Państwa do Kościoła Ewangelicko-Reformowanego w RP, art. 37 ust. 1 pkt 2 Ustawy z dnia 30 VI

użytków rolnych, które mogły względnie jeszcze mogą być przekazywane z zasobów państwowych lub samorządowych poszczególnym konfesjom na Ziemiach Zachodnich i Północnych, można dojść do wniosku, że ustawodawca wciąż kieruje się stereotypem rzymskiego katolicyzmu jako ostoji polskości, a nie konstytucyjną zasadą równouprawnienia Kościołów i innych związków wyznaniowych³⁸. W sumie nasuwa się refleksja, że postawę Rzeczypospolitej Polskiej wobec jej obywateli wyznania mojżeszowego znamionuje pewna ambiwalencja.

8

Przeprowadzając interpretację pojęcia wyznaniowej żydowskiej osoby prawnej, Sąd Najwyższy mógł skorzystać z dorobku Komisji Regulacyjnej do Spraw Gmin Wyznaniowych Żydowskich. Komisja w dniu 14 czerwca 1999 r. przyjęła jednomyślną, jedyną w swoim rodzaju uchwałę³⁹, w której określiła stanowisko w sprawie tegoż pojęcia, o którym mowa w art. 30 ust. 1 ustawy o stosunku Państwa do gmin wyznaniowych żydowskich w RP. Uznała, że obejmuje ono stowarzyszenia i fundacje ustanowione przez byłe gminy wyznaniowe żydowskie w Polsce. Ponadto pod definiowanym pojęciem należy rozumieć również stowarzyszenia i fundacje tworzone przez osoby prawne i fizyczne w celu realizowania działalności statutowej byłych gmin wyznaniowych żydowskich, a w szczególności organizowanie i utrzymywanie synagog, cmentarzy i innych obiektów kultu religijnego oraz działalności oświatowo-wychowawczej i charytatywno-opiekuńczej, wykazujące związek organizacyjny lub zależność majątkową z określoną byłą gminą wyznaniową żydowską. W uchwale zastrzeżono, że cele i działalność wyznaniowych osób prawnych, o których

1995 r. o stosunku Państwa do Kościoła Ewangelicko-Methodystycznego w RP, art. 43 ust. 1 pkt 2 Ustawy z dnia 30 VI 1995 r. o stosunku Państwa do Kościoła Chrześcijan Baptystów w RP, art. 35 ust. 1 pkt 2 Ustawy z dnia 30 VI 1995 r. o stosunku Państwa do Kościoła Adwentystów Dnia Siódmego w RP, art. 34 ust. 1 pkt 2 Ustawy z dnia 30 VI 1995 r. o stosunku Państwa do Kościoła Polskokatolickiego w RP oraz art. 36 ust. 1 pkt 2 Ustawy z dnia 20 II 1997 r. o stosunku Państwa do Kościoła Zielonoświątkowego w RP.

³⁸ Zob. P. Borecki, *Równouprawnienie kościołów i innych związków wyznaniowych*, w: *Leksykon prawa wyznaniowego. 100 podstawowych pojęć*, pod red. A. Mezglewskiego, Warszawa 2014, s. 378–386.

³⁹ Podobnej uchwały nie podjęły w toku swej wieloletniej działalności ani Komisja Majątkowa, orzekająca w sprawach Kościoła katolickiego, ani żadna z trzech pozostałych komisji regulacyjnych.

mowa wyżej, wymagają od wnioskodawcy w postępowaniu regulacyjnym udowodnienia poprzez przedstawienie właściwego statutu bądź innych urzędowych dokumentów i innych środków dowodowych w myśl zasad określonych w obowiązujących przepisach⁴⁰. Wykładnia dokonana przez Komisję Regulacyjną znamionuje się historycznym oraz społecznym realizmem. Trudno w związku z tym uznać ją za interpretację rozszerzającą. Pod pojęciem wyznaniowej żydowskiej osoby prawnej rozumie nie tylko stowarzyszenia i fundacje o celach realizowanych przez gminy wyznaniowe żydowskie, ale także realnie z tymi gminami związane, stanowiące niejako ich ekspozytury, a tym samym dopełnienie, rozwinięcie.

Podsumowanie

Sąd Najwyższy, dokonując wykładni pojęcia wyznaniowej żydowskiej osoby prawnej, stanął w obliczu realnego konfliktu zasad prawnych – z jednej strony zasady bezpieczeństwa obrotu prawnego, a z drugiej strony zasady zaufania obywatela do państwa i stanowionego przez nie prawa oraz zasady poprawnej legislacji. Niestety, w orzeczeniach z lat 2007 i 2009 nie dostrzeżono tego stanu rzeczy. Tymczasem SN winien dokonać ważenia zasad prawnych. Biorąc pod uwagę całokształt okoliczności nie tylko prawnych, ale i historycznych oraz społecznych, a także, co trzeba otwarcie zaznaczyć – politycznych, również w wymiarze międzynarodowym, w tym przypadku pierwszeństwo należy się zwłaszcza zasadzie zaufania obywatela do państwa i stanowionego przez nie prawa. Ową zasadę winien respektować nie tylko ustawodawca, ale także w swojej bieżącej działalności organy wymiaru sprawiedliwości, zwłaszcza sądy, na czele z Sądem Najwyższym. W konsekwencji składy orzekające SN powinny opowiedzieć się za szerszą – celowościowo-funkcjonalną – interpretacją pojęcia wyznaniowej żydowskiej osoby prawnej. Jako odpowiadającą powyższym zasadom należy ocenić wykładnię wypracowaną zgodnie przez Komisję Regulacyjną do Spraw Gmin Wyznaniowych Żydowskich w RP w czerwcu 1999 r. W zaistniałej sytuacji Sąd Najwyższy nie powinien obawiać się podjęcia funkcji

⁴⁰ *Stanowisko Komisji Regulacyjnej do Spraw Gmin Wyznaniowych Żydowskich w RP w sprawie pojęcia „wyznaniowe żydowskie osoby prawne”, o których mowa w art. 30 ust. 1 ustawy z dnia 20 lutego 1997 r. o stosunku Państwa do gmin wyznaniowych żydowskich w RP, mps powiel. w zbiorach własnych autora.*

niejako prawotwórczej, co w przeszłości już w sprawach wyznaniowych czynił, i zniwelowania w drodze swego orzecznictwa niedoskonałości legislacyjnej parlamentu⁴¹.

**ON THE CONCEPT OF A JEWISH RELIGIOUS LEGAL ENTITY.
COMMENTS ON THE SUPREME COURT JUDGMENT
OF 9 FEBRUARY 2007, REF. III CSK 411/06**

Summary

In its judgment of February 9, 2007 (Ref. No. III CSK 411/06), the Supreme Court formulated a narrow interpretation of the concept of a Jewish religious legal entity based on a formal criterion. In practice, the position of the Court has limited on a permanent basis the reprivatization of real estate to the benefit of Jewish communities and the Association of Communes. This reprivatization has been conducted in a narrow scope for over twenty years by the Regulatory Commission for Jewish Religious Communities. The restrictive interpretation that was adopted for the concept of a Jewish religious legal entity is inconsistent with the principle of correct legislation, with the principle of public trust in the state and its law, and in fact with the principle of social justice. Jewish religious communities in a number of areas are treated worse than the largest or oldest Christian churches. This applies in particular to the issue of membership of Jewish religious communities, tax matters or religious foundations. In addition, the interpretation of the Supreme Court does not take into account the historical forms of the organization of Judaism in Poland. On the other hand, the interpretation adopted on a consensus basis by the Regulatory Commission for Jewish Religious Communities in June 1999 is correct. It is functional. The Supreme Court should weigh constitutional principles and opt for this functional interpretation, instead of adopting a formal interpretation.

Keywords: Supreme Court – Jewish religious legal entity – reprivatization – Regulatory Commission – Jewish religious community

LITERATURA

- Banaszak B., *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2009.
Borecki P., *Prawotwórcza i porządkująca funkcja Sądu Najwyższego w sprawach wyznaniowych*, „Przegląd Sądowy” 2020, nr 1.
Borecki P., *Przyjęcie w poczet członków gminy wyznaniowej żydowskiej. Glosa do wyroku SN z dnia 15 września 2017 r., III CSK 241/16*, „Radca Prawny” 2018, nr 1.

⁴¹ Por. P. Borecki, *Prawotwórcza i porządkująca funkcja Sądu Najwyższego w sprawach wyznaniowych*, „Przegląd Sądowy” 2020, nr 1, s. 23–37.

- Borecki P., *Reprywatyzacja nieruchomości na rzecz gmin wyznaniowych żydowskich*, „Państwo i Prawo” 2011, z. 9.
- Borecki P., *Równouprawnienie kościołów i innych związków wyznaniowych*, w: *Leksykon prawa wyznaniowego. 100 podstawowych pojęć*, pod red. A. Mezglewskiego, Warszawa 2014.
- Borecki P., *Uwagi o statusie wyznawców judaizmu na ziemiach polskich*, „Czasopismo Prawno-Historyczne” 2010, z. 2.
- Brzozowski W., *Członkostwo w związku wyznaniowym. Glosa do wyroku SN z dnia 15 września 2017 r., III CSK 241/16*, „Przegląd Sądowy” 2018, nr 4.
- Czohara A., Zieliński T.J., *Ustawa o stosunku Państwa do gmin wyznaniowych żydowskich w Polsce. Komentarz*, Warszawa 2012.
- Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. 1, pod red. L. Garlickiego, M. Zubika, Warszawa 2016.
- Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, pod red. P. Tulei, Warszawa 2019.
- Krawczyk M., *Status prawny własności żydowskiej i jej wpływ na stosunki polsko-żydowskie*, w: *Następstwa zagłady Żydów. Polska 1944–2010*, pod red. F. Tycha, M. Adamczyk-Garbowskiej, Lublin 2011.
- Kuberska K., *Wybrane aspekty organizacyjno-prawne i majątkowe statusu społeczności żydowskiej w II Rzeczypospolitej i w Polsce Ludowej*, „Przegląd Prawa Wyznaniowego” 2015, t. 7.
- Langer T., *Państwo a nierzymskokatolickie związki wyznaniowe w Polsce Ludowej*, Poznań 1967.
- Mezglewski A., Misztal H., Stanisław P., *Prawo wyznaniowe*, Warszawa 2011.
- Polski słownik judaistyczny. Dzieje, kultura, religia, ludzie*, t. 1, oprac. Z. Borzymińska, R. Żebrowski, Warszawa 2003.
- Przepisy o organizacji gmin wyznaniowych żydowskich*, oprac. J. Grynsztejn, I. Kerner, Warszawa 1931.
- Stankowski A., Weiser P., *Demograficzne skutki Holokaustu*, w: *Następstwa zagłady Żydów. Polska 1944–2010*, pod red. F. Tycha, M. Adamczyk-Garbowskiej, Lublin 2011.
- Tomaszewski J., *Żydzi*, w: *Encyklopedia Historii Drugiej Rzeczypospolitej*, Warszawa 1999.
- Walencik D., *Regulacja spraw majątkowych gmin wyznaniowych żydowskich*, w: *Prawo wyznaniowe w Polsce (1989–2009). Analizy–dyskusje–postulaty*, pod red. D. Walencika, Katowice–Bielsko-Biała 2009.
- Walencik D., *Rewindykacja nieruchomości Kościoła katolickiego w postępowaniu przed Komisją Majątkową*, Lublin 2008.

AGATA LIZAK*

Zakres przedmiotowy tzw. uchwały krajobrazowej. Uwagi na tle wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Gdańsku z 18 września 2018 r., sygn. II SA/Gd 328/18

Wprowadzenie

Możliwość uchwalania przez rady gmin tzw. uchwał krajobrazowych na podstawie art. 37a Ustawy z dnia 27 marca 2003 r. o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym¹ wprowadzona została w 2015 r. w wyniku wejścia w życie Ustawy z dnia 24 kwietnia 2015 r. o zmianie niektórych ustaw w związku ze wzmocnieniem narzędzi ochrony krajobrazu². Zgodnie z dodanym wówczas art. 37a ust. 1 u.p.z.p. uchwała ta określa zasady i warunki sytuowania obiektów małej architektury, tablic reklamowych i urządzeń reklamowych oraz ogrodzeń, ich gabaryty, standardy jakościowe oraz rodzaje materiałów budowlanych, z jakich mogą być wykonane. W art. 37a ust. 2 u.p.z.p. uwzględniono zaś specyfikę szyldów, wskazując, że uchwała krajobrazowa może ustalać zasady i warunki ich sytuowania, gabaryty oraz liczbę szyldów, które mogą być umieszczone na danej nieruchomości przez podmiot prowadzący na niej działalność. Wskazano również na możliwość ustalenia całkowitego zakazu sytuowania ogrodzeń oraz tablic reklamowych i urządzeń reklamowych, z wyłączeniem szyldów (art. 37a ust. 3 u.p.z.p.). Warto wspomnieć, że przyjęcie uchwały krajobrazowej powinno być poprzedzone licznymi konsultacjami

* Agata Lizak, mgr, Uniwersytet Rzeszowski, e-mail: agata_lizak@interia.pl, <https://orcid.org/0000-0002-0450-1828>.

¹ Tekst jedn. Dz.U. 2018, poz. 1945 ze zm., dalej „u.p.z.p.”.

² Dz.U. 2015, poz. 774 ze zm., dalej „u.k.”.

przeprowadzanymi na mocy art. 37b u.p.z.p. zarówno z organami administracji publicznej, jak i innymi podmiotami, np. mieszkańcami. Co więcej, nieprzebranie przepisów tego typu uchwały obwarowane zostało sankcją w postaci kary pieniężnej, o której mowa w art. 37d u.p.z.p.

Mimo kilkuletniego okresu obowiązywania wyżej wymienionych przepisów na przyjęcie uchwały krajobrazowej zdecydowało się mniej niż 1% wszystkich gmin³, co dowodzi iluzoryczności instrumentów ochronnych w skali krajowej. Podejmowaniu decyzji w sprawie uchwał krajobrazowych nie sprzyja niejasność postanowień ustawy o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym, a także wątpliwości co do konstytucyjności samych uchwał w zakresie, w jakim nie przewidują one ochrony prawnej (mechanizmów kompensacyjnych) dla podmiotów, które w efekcie ich wejścia w życie tracą prawo do umieszczania reklam na dotychczasowych zasadach⁴. Problemem może być również potencjalne ryzyko naruszenia zasad konkurencji⁵ czy niepewność co do samego prawa, pojawiająca się wobec na razie bardzo wstępnych planów uchwalenia nowego prawa planowania i zagospodarowania przestrzennego⁶.

O trudnościach w odpowiednim ukształtowaniu treści uchwały krajobrazowej świadczą długotrwałe spory sądowe, jakie niejednokrotnie są

³ Zob. <https://jetline.pl/aktualnosci/08-gmin-w-polsce-ma-uchwale-krajobrazowa-raport-na-dzien-28-lutego-2019-r>, stan na 28 II 2019 r. (dostęp: 9 II 2020).

⁴ Zob. postanowienie Naczelnego Sądu Administracyjnego (NSA) z 6 VI 2019 r., sygn. II OSK 166/18, LEX nr 2715853, dotyczące skierowania w tej sprawie pytania do Trybunału Konstytucyjnego. Jak podkreślił NSA w postanowieniu, „wątpliwości konstytucyjne budzi w niniejszej sprawie nie sama dopuszczalność ingerencji polegającej na odebraniu wynikającego z uzyskanej zgody budowlanej prawa do korzystania z nieruchomości poprzez konieczność likwidacji tablic i urządzeń reklamowych, która jest uzasadniona dbaniem o dobro wspólne, tj. wspólną przestrzeń urbanistyczną, i wynika przede wszystkim z art. 1 i art. 5 Konstytucji RP oraz unormowań Europejskiej Konwencji Krajobrazowej sporządzonej we Florencji dnia 20 października 2000 r. (Dz. U. z 2006 r. Nr 14, poz. 98). Przedmiotem wątpliwości jest brak odpowiedniego mechanizmu kompensacyjnego z tytułu pozbawienia prawa do korzystania z mienia oraz wyrządzonej tym samym szkody legalnej”.

⁵ Zob. <https://www.prawo.pl/samorzad/reklamy-w-warszawie-zbada-uokik-pod-katem-stworzenia-monopolu,497734.html> (dostęp: 9 II 2020).

⁶ Dnia 27 V 2019 r. do tzw. prekonsultacji przekazano projekt ustawy – Prawo planowania i zagospodarowania przestrzennego. Zgodnie z projektem uchwały krajobrazowe miałyby zostać zastąpione przez gminne standardy urbanistyczne o szerszym zakresie przedmiotowym (choć w zakresie sytuowania obiektów małej architektury, tablic reklamowych i urządzeń reklamowych oraz ogrodzeń powielono treść obecnego art. 37a ust. 1 u.p.z.p.). W związku z projektem wciąż nie rozpoczęto oficjalnego procesu legislacyjnego.

konsekwencją zaskarżania tego typu uchwał przez uprawnione podmioty⁷. Kwestia prawidłowości ustalenia zakresu przedmiotowego uchwały krajobrazowej była rozważana w wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego (WSA) w Gdańsku z dnia 18 września 2018 r., sygn. II SA/Gd 328/18⁸, którego tezy stanowią podstawę dalszych analiz. Orzeczenie to należy uznać za o tyle ciekawe, że dotyczy ono trzech konkretnych, a jednocześnie, jak się wydaje, powszechnie występujących problemów, jakie mogą pojawić się w gminach w związku z uchwałami krajobrazowymi. Po pierwsze, w wyroku przeanalizowano, czy uchwała krajobrazowa może dotyczyć materiałów wyborczych lub referendalnych, po drugie – rozważono, w jaki sposób uchwała ta może ingerować w umieszczanie reklam i urządzeń reklamowych przy skrzyżowaniach, przejazdach kolejowych, mostach, wiaduktach, estakadach oraz tunelach, po trzecie zaś – przesądzono, czy istnieje możliwość nakładania na adresatów uchwały obowiązku utrzymania reklam w należytym stanie. Co interesujące, w orzeczeniu odniesiono się także do kwestii relacji postanowień u.p.z.p. i wydawanych na ich podstawie uchwał krajobrazowych do innych aktów prawnych. Należy dodać, że wyrok ma charakter prawomocny.

1. Podstawowe informacje na temat przebiegu sprawy

Przed przejściem do analizy problemów poruszonych w wyroku warto nakreślić istotę stanu faktycznego. W dniu 22 lutego 2018 r. Rada Miasta G. podjęła uchwałę w sprawie ustalenia zasad i warunków sytuowania obiektów małej architektury, tablic reklamowych oraz ogrodzeń, ich gabarytów, standardów jakościowych oraz rodzajów materiałów budowlanych, z jakich mogą być wykonane, na terenie miasta G. Uchwała ta stała się przedmiotem rozstrzygnięcia nadzorczego wojewody, który stwierdził nieważność części jej postanowień. W pierwszej kolejności wojewoda stwierdził, że Rada Miasta G. działała z naruszeniem art. 7

⁷ Przykładem mogą być spory wokół uchwały krajobrazowej przyjętej przez Łódź. Zaskarżona przez Wojewodę Łódzkiego w 2016 r., była przedmiotem wyroku WSA w Łodzi z 11 VIII 2017 r., sygn. II SA/Łd 523/17, LEX nr 2353893, w którym stwierdzono jej nieważność. Wyrok ten ponad dwa lata później uchylił NSA w wyroku z 15 X 2019 r., sygn. II OSK 2880/17, LEX nr 2759132, przekazując sprawę do ponownego rozpoznania (które na dzień sporządzania niniejszego tekstu, tj. 9 II 2020 r., jeszcze nie nastąpiło).

⁸ Wyrok WSA w Gdańsku z 18 XII 2018 r., sygn. II SA/Gd 328/18, LEX nr 2556366.

Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej⁹ w zakresie, w jakim uchwałą krajobrazową objęła reklamy wyborcze. Zdaniem wojewody kwestia ich sytuowania wyczerpująco uregulowana została w Ustawie z dnia 5 stycznia 2011 r. – Kodeks wyborczy¹⁰, a więc akcie wyższej rangi aniżeli uchwała krajobrazowa, stanowiąca jedynie akt prawa miejscowego. Kolejno, zanegowana została możliwość określenia odległości reklam i urządzeń reklamowych od elementów infrastruktury drogowej – również w tym przypadku uznano, za regułą *lex superior derogat legi inferiori*, że postanowienia uchwały krajobrazowej bezprawnie ingerują w kwestię uregulowaną w Ustawie z dnia 21 marca 1985 r. o drogach publicznych¹¹. Ponadto uznano, że poza delegację ustawową wykracza nałożenie na adresatów uchwały obowiązku utrzymywania urządzeń reklamowych, obiektów małej architektury i ogrodzeń – zdaniem wojewody obowiązek ten nie jest związany ani z sytuowaniem wyżej wskazanych elementów, ani z wyznaczeniem ich standardów jakościowych, a co więcej – został już wyrażony w Ustawie z dnia 7 lipca 1994 r. – Prawo budowlane¹².

Na rozstrzygnięcie nadzorcze skargę wniosła Rada Miasta G., zarzucając naruszenie art. 91 ust. 1 i 3 Ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym¹³, wskazując na wadliwość uzasadnienia rozstrzygnięcia, a także art. 37a u.p.z.p. w związku z odpowiednimi przepisami kodeksu wyborczego, ustawy o drogach publicznych i prawa budowlanego oraz art. 7 Konstytucji RP, poprzez błędne uznanie, że przyjmując uchwałę krajobrazową w zanegowanym brzmieniu, Rada Miasta G. przekroczyła delegację ustawową.

Z argumentacją strony zgodził się Sąd, który, uznawszy, że zakwestionowane przepisy uchwały krajobrazowej nie stoją w sprzeczności z prawem, uchylił zaskarżone rozstrzygnięcie nadzorcze. Przedmiotowy wyrok, jak również tok rozumowania przedstawiony w jego uzasadnieniu co do zasady zasługują na aprobatę, aczkolwiek warto bardziej szczegółowo przyjrzeć się podniesionym przez sąd argumentom, odnosząc je do przepisów ustawy o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym, a także konfrontując z dotychczasowym dorobkiem orzecznictwym w zbliżonych stanach faktycznych.

⁹ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 IV 1997 r. (Dz.U. Nr 78, poz. 48 ze zm.), dalej „Konstytucja RP”.

¹⁰ Tekst jedn. Dz.U. 2019, poz. 684 ze zm., dalej „k.w.”.

¹¹ Tekst jedn. Dz.U. 2018, poz. 2068 ze zm., dalej „u.d.p.”.

¹² Tekst jedn. Dz.U. 2019, poz. 1186 ze zm., dalej „p.b.”.

¹³ Tekst jedn. Dz.U. 2019, poz. 506 ze zm., dalej „u.s.g.”.

2. Uchwała krajobrazowa a kwestia reklam wyborczych

W będącej przedmiotem wyroku uchwale krajobrazowej Rada Miasta G. sformułowała własną definicję reklamy wyborczej, uznając, że jest nią „materiał wyborczy, referendalny lub reklama kandydatów do Rad Jednostek Pomocniczych sytuowana na potrzeby kampanii wyborczych (parlamentarnych, prezydenckich, do jednostek samorządu terytorialnego lub do Rad Jednostek Pomocniczych)”. W ocenie Sądu tak ustalona definicja reklamy wyborczej mieści się w zakresie pojęcia „reklama”, zdefiniowanego w art. 2 pkt 16a u.p.z.p. jako upowszechnianie w jakiejkolwiek wizualnej formie informacji promującej osoby, przedsiębiorstwa, towary, usługi, przedsięwzięcia lub ruchy społeczne, a przez to nie stanowi wykroczenia poza delegację ustawową. Odnosząc się do tego argumentu, w istocie wskazać należy, że w typowym przypadku plakaty wyborcze mają na celu promocję konkretnych osób; brak jest zatem powodów, by traktować je odmiennie od reklam w rozumieniu u.p.z.p.

Więcej wątpliwości może nasunąć się w kontekście pominiętego przez Sąd faktu, że sformułowana przez Radę Miasta G. definicja obejmuje materiały wyborcze i referendalne, mogące przecież dotyczyć kwestii szerszych aniżeli agitacja za konkretnym kandydatem¹⁴. Do wyobrażenia jest bowiem sytuacja, gdy dany komitet wyborczy publikuje materiały wyłącznie informujące o terminie głosowania lub o liście kandydatów, bez elementów ich promocji. Specyficzne są również kampanie referendalne, których przedmiot nie tylko zazwyczaj nie wiąże się z promocją osoby, ale w których też niejednokrotnie, przynajmniej *prima facie*, trudno mówić o promocji jakiegokolwiek przedsięwzięcia czy ruchu społecznego (np. w przypadku referendum w sprawie odwołania wójta). Niemniej jednak w literaturze można znaleźć postulaty możliwie szerokiej wykładni pojęcia przedsięwzięcie, które miałyby być rozumiane jako każde zamierzenie, zarówno o charakterze komercyjnym, jak

¹⁴ Można również znaleźć stanowiska, zgodnie z którymi materiały wyborcze, ze względu na definicję z art. 109 k.w., stanowiącą, że ich istotą jest przekaz informacji, są pojęciem całkowicie rozłącznym od agitacji, polegającej według art. 105 k.w. na publicznym nakłanianiu i zachęcaniu do głosowania w określony sposób. Niemniej podejście takie uznaje się za zbyt restrykcyjne, także w orzecznictwie, zgodnie z którym materiałami wyborczymi są plakaty, ulotki, billboardy, napisy, komunikaty, apele (wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z 6 XII 2012 r., sygn. I ACz 1253/12, LEX nr 1216305). Zob. też: B. Banaszak, *Kodeks wyborczy. Komentarz*, Warszawa 2020.

i niekomercyjnym¹⁵. Ponadto, na mocy przepisów odrębnych, zarówno materiały wyborcze, jak i referendalne powinny zawierać oznaczenie, od kogo pochodzą. W tym kontekście można uznać, że umieszczenie na materiałach logo konkretnego komitetu/podmiotu jest automatycznie promocją jego samego¹⁶.

Jak zatem widać, istnieją także nieprzytoczone wprost przez Sąd argumenty, że definicja reklamy wyborczej sformułowana w uchwale krajobrazowej miasta G. mieści się w zakresie pojęcia „reklama” z art. 2 ust. 16a u.p.z.p. Jak słusznie stwierdził WSA w Gdańsku, definicja materiałów wyborczych, rozumianych jako każdy pochodzący od komitetu wyborczego upubliczniony i utrwalony przekaz informacji mający związek z zarządzonymi wyborami, nie wyklucza uznania ich jednocześnie za reklamę w rozumieniu u.p.z.p. W tym aspekcie rozstrzygnięcie Sądu należy zresztą uznać za spójne z innymi orzeczeniami sądów administracyjnych, zgodnie z którymi materiał wyborczy w rozumieniu art. 109 k.w. może spełniać ustawowe definicje sformułowane w innych aktach prawnych¹⁷.

W swojej argumentacji Sąd słusznie uznał również, że problematyki sytuowania materiałów wyborczych nie wyczerpuje art. 110 § 1 k.w., zgodnie z którym na ścianach budynków, przystankach komunikacji publicznej, tablicach i słupach ogłoszeniowych, ogrodzeniach, latarniach, urządzeniach energetycznych, telekomunikacyjnych i innych można umieszczać plakaty i hasła wyborcze wyłącznie po uzyskaniu zgody właściciela lub zarządcy nieruchomości, obiektu albo urządzenia. Rozwijając tę tezę, należy zauważyć, że celem wskazanego przepisu jest sformułowanie obowiązku uzyskania zgody od konkretnych podmiotów, a nie uregulowanie zasad sytuowania materiałów pod względem ich rozmieszczenia.

Więcej wątpliwości może budzić art. 110 § 2 zd. 1 k.w., zgodnie z którym przy ustawianiu własnych urządzeń ogłoszeniowych w celu

¹⁵ A. Fogel, G. Goleń, A. Staniewska, *Komentarz do art. 7 ustawy krajobrazowej*, w: *Ustawa krajobrazowa. Komentarz do przepisów wprowadzonych w związku ze wzmocnieniem narzędzi ochrony krajobrazu*, pod red. A. Fogel, Warszawa 2016.

¹⁶ W odniesieniu do komitetu wyborczego należy zauważyć, że nie ma on statusu osoby fizycznej, prawnej ani jednostki organizacyjnej nieposiadającej osobowości prawnej. Niemniej trzeba pamiętać, że komitety wyborcze nie funkcjonują w próżni, a zatem ich promocja może być *in concreto* tożsama chociażby z promocją partii politycznej (osoby prawnej), przy której funkcjonują. Zob. też wyrok WSA w Gdańsku z 12 IX 2018 r., sygn. I SA/Gd 682/18, w którym uznano, że samo logo czy nazwa firmy stanowią reklamę, albowiem niewątpliwie reklamują konkretne przedsiębiorstwo.

¹⁷ Zob. wyrok NSA z 21 VII 2017 r., sygn. II GSK 2937/15, LEX nr 2364671, w którym uznano, że materiał wyborczy może być jednocześnie reklamą w rozumieniu u.d.p.

prowadzenia kampanii wyborczej należy stosować obowiązujące przepisy porządkowe. Powstaje w tym zakresie pytanie: skoro ustawodawca wprost odwołał się wyłącznie do przepisów porządkowych, to czy można dodatkowo ustalać reguły dotyczące sytuowania materiałów wyborczych w aktach prawnych o innej specyfice, w tym – w uchwale krajobrazowej. Wskazać jednak należy, że po pierwsze, art. 110 § 2 zd. 1 k.w. dotyczy ograniczonego zakresu materiałów (tj. wyłącznie tych prezentowanych na własnych urządzeniach ogłoszeniowych), a po drugie – przepisy porządkowe regulować mają inną aniżeli estetyka przestrzeni publicznej materię¹⁸. Na marginesie, art. 110 § 2 zd. 1 k.w. można uznać za *superfluum*, gdyż przepisy porządkowe zasadniczo powinny być stosowane niezależnie od tego, czy nakazuje to ustawa – mają samoistną moc powszechnie obowiązującą, a więc mogą dotyczyć sytuowania jakichkolwiek urządzeń, także „typowych” urządzeń reklamowych niezwiązanych z kampanią wyborczą. Sam obowiązek stosowania przepisów porządkowych nie powinien zatem wykluczać możliwości jednoczesnego stosowania innych regulacji.

Niemniej, analizując omawiane regulacje w szerszym kontekście, widać, że intencją ustawodawcy było umożliwienie władzom lokalnym ustalanie szczegółowych zasad sytuowania materiałów wyborczych. Powyższe dostrzegł także sąd, powołując się na art. 114 k.w., zgodnie z którym wójt niezwłocznie po rozpoczęciu kampanii wyborczej zapewni na obszarze gminy odpowiednią liczbę miejsc przeznaczonych na bezpłatne umieszczanie urzędowych obwieszczeń wyborczych i plakatów wszystkich komitetów wyborczych oraz poda wykaz tych miejsc do publicznej wiadomości w sposób zwyczajowo przyjęty oraz w Biuletynie Informacji Publicznej. Należy jednak podkreślić, że, chcąc pozostać konsekwentnym w twierdzeniu, iż regulacje kodeksu wyborczego są niezależne od postanowień uchwał krajobrazowych, przepis ten można powoływać jako argument jedynie pomocniczo. Na poparcie zasługuje jednocześnie systemowa i funkcjonalna argumentacja WSA w Gdańsku, zgodnie z którą za objęciem zakresem uchwały krajobrazowej reklam wyborczych przemawia fakt, że przepisy kodeksu wyborczego dotyczą zupełnie odrębnej materii, celem uchwał krajobrazowych jest zaś ograniczenie zagrożeń dla estetyki przestrzeni publicznej, na którą reklamy wyborcze – na równi z innymi reklamami – mogą wpływać negatywnie.

¹⁸ Na mocy art. 40 ust. 3 u.s.g. rada gminy może wydawać przepisy porządkowe, jeżeli jest to niezbędne dla ochrony życia lub zdrowia obywateli oraz dla zapewnienia porządku, spokoju i bezpieczeństwa publicznego.

Zdaniem WSA w Gdańsku za możliwością uregulowania kwestii reklam wyborczych w uchwale krajobrazowej przemawia także art. 37c u.p.z.p., zgodnie z którym przepisów dotyczących reklam nie stosuje się do upowszechniania informacji wyłącznie trwale upamiętniającej osoby, instytucje lub wydarzenia bądź informacji o charakterze religijnym, związanych z działalnością Kościołów lub innych związków wyznaniowych, jeżeli tablica reklamowa czy urządzenie reklamowe sytuowane są w granicach terenów użytkowanych jako miejsca kultu i działalności religijnej oraz cmentarzy. Źródłem tego argumentu należy poszukiwać w zasadzie *exceptiones non sunt extendae* (mimo że Sąd wprost się na nią nie powołał). Uzupełniająco do rozważań Sądu warto zauważyć, że wskazany przepis daje podstawy do szerokiej wykładni definicji reklamy z art. 2 ust. 16a u.p.z.p., a ściślej – pojęcia „promowanie”, które, jak się zdaje, może być rozumiane także jako po prostu rozpowszechnianie¹⁹. Przepis ten dotyczy materiałów o charakterze raczej informacyjnym, przy czym wyłącza je nie spod definicji samej reklamy, co ze stosowania przepisów jej dotyczących²⁰. Potwierdza to jedynie, że również te materiały wyborcze i referendalne, w których element promocji rozumianej jako propagowanie niekoniecznie występuje, mogą zostać uznane za reklamy w rozumieniu ustawy o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym.

3. Uchwała krajobrazowa a kwestia sytuowania reklam przy elementach infrastruktury drogowej

Kolejnym dylematem, przed jakim stanął WSA w Gdańsku w analizowanej sprawie, była kwestia relacji pomiędzy przepisami ustawy o drogach publicznych określającymi minimalne wymogi w zakresie odległości od zewnętrznej krawędzi jezdni obiektów budowlanych oraz reklam niebędących obiektami budowlanymi (w szczególności mowa

¹⁹ Zob. *Słownik języka polskiego*, gdzie wyrażenie „promować” uznaje się za tożsame z „czynić coś powszechnym, popularnym; upowszechniać, rozpowszechniać”, <https://sjp.pl/promować> (dostęp: 9 II 2020).

²⁰ Według niektórych komentujących wyłączenie to stanowi nieporozumienie właśnie ze względu na brak elementów promujących na wskazanych w nim kategoriach „reklam”. Zob. A. Plucińska-Filipowicz, A. Kosicki, *Komentarz do art. 37c ustawy o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym*, w: *Ustawa o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym. Komentarz aktualizowany*, pod red. A. Plucińskiej-Filipowicz, M. Wierzbowskiego, Warszawa 2019.

o postanowieniach art. 43 ust. 1 u.d.p.) a przepisami uchwały krajobrazowej. Przypomnieć należy, że w uchwale będącej przedmiotem orzeczenia ustalono zakaz sytuowania określonych reklam w odległości mniejszej niż 50 m od skrzyżowań, przejazdów kolejowych, mostów, wiaduktów, estakad i tuneli, dopuszczając ich usytuowanie w odległości do 14 m od krawędzi jezdni. Według wojewody skarżącego to postanowienie uchwała krajobrazowa nie powinna ingerować w ustalone już na poziomie ustawowym zasady sytuowania reklam przy drogach. Sąd uznał natomiast, że „[o]czywistym jest, iż adresaci obu wskazanych regulacji winni przestrzegać zawartych w nich norm. Przy czym zakładane skutki takich zachowań są odmienne. Dla uchwały krajobrazowej jest to ochrona krajobrazu, dla ustawy o drogach publicznych zapewnienie bezpieczeństwa ruchu drogowego”. Za przesądzające uznano zatem *ratio legis* obu aktów prawnych.

Z powyższą argumentacją należy się zgodzić. W istocie, nawet gdyby zdarzyło się, że wymogi ustalone w uchwale krajobrazowej są mniej restrykcyjne aniżeli wymogi z u.d.p., nie znosi to samo w sobie mocy obowiązującej przepisu ustawowego²¹. Zwrócić należy również uwagę na to, że w praktyce odmienne przepisy uchwały i ustawy o drogach publicznych nie powinny być ze sobą w kolizji – w u.d.p. zawarto bowiem odległości minimalne, a zatem jak najbardziej dopuszczalne jest ich przekroczenie. Nie zmienia to faktu, że w uchwale krajobrazowej ingeruje się w uprawnienia jednostek, które już raz ograniczono w przepisach u.d.p. – to może rodzić pytanie o zgodność z zasadą proporcjonalności, wyrażoną w art. 31 ust. 3 Konstytucji RP²². Należy jednak wskazać, że problem, z jakim docelowo mają się uporać przepisy uchwał krajobrazowych, w dużej mierze dotyczy reklam usytuowanych nieopodal infrastruktury drogowej, gdyż to właśnie wzdłuż jej elementów najczęściej umieszczane są różnorakie materiały promocyjne. Uznanie,

²¹ W praktyce sytuacja taka nie powinna być jednak powszechna. Należy zaznaczyć, że uchwała krajobrazowa będąca przedmiotem orzeczenia obowiązuje na terenie gminy miejskiej, będącej – jak można przypuszczać – w dominującej mierze obszarem zabudowanym według przepisów u.d.p., przez który przebiegają przede wszystkim drogi inne aniżeli autostrada czy droga ekspresowa. Dla dróg ogólnodostępnych – czy to wojewódzkich, czy krajowych, czy gminnych – minimalne odległości dla obiektów budowlanych i reklam od krawędzi jezdni wahają się w przedziale 6–8 m (zgodnie z art. 43 ust. 1 u.d.p.), a zatem mniejszym aniżeli określony w uchwale krajobrazowej.

²² Na temat potrzeby uwzględniania tego przepisu przy sporządzaniu uchwał krajobrazowych zob. T. Bąkowski, *Zakres swobody i władztwa planistycznego gminy w kształtowaniu treści uchwały krajobrazowej*, „Gdańskie Studia Prawnicze” 2017, nr 2, s. 67.

że kwestia ta została wyczerpująco uregulowana w ustawie o drogach publicznych, czyniłoby bezprzedmiotowym przyznanie radom gmin uprawnienia do określania warunków sytuowania tablic reklamowych i urządzeń reklamowych, co z kolei w świetle brzmienia art. 37a ust. 1 u.p.z.p. jest nie do pogodzenia z racjonalnością ustawodawcy.

Jednocześnie należy stwierdzić, że stanowisko WSA w Gdańsku można uznać za reprezentatywne dla linii orzeczniczej, zgodnie z którą określenie większych odległości poszczególnych obiektów od krawędzi jezdni aniżeli normowane ustawowo należy do władztwa gminy. Jak uznał NSA w wyroku z dnia 27 września 2017 r.²³ w kontekście postanowień miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego²⁴, w świetle art. 43 ust. 1 u.d.p. sprzeczność planu z wyżej przytoczonym przepisem zachodziłaby wyłącznie wtedy, gdyby plan ten ustalał mniejszą odległość, niż została przewidziana w ustawie, lub gdyby przepis ustawy ustalał bezwzględnie jedną obowiązującą odległość w sposób sztywny. Dalej uznano, że przepisy aktów prawa miejscowego (a zatem również uchwał krajobrazowych) należy uznać za *lex specialis* wobec przepisów ustawowych, przy czym reguła kolizyjna, zgodnie z którą norma wyższa (ustawowa) uchylałaby niższą (prawo miejscowe) mogłaby zostać zastosowana w procesie stosowania przedmiotowych przepisów jedynie w razie ustalenia sprzeczności między zapisami planu²⁵.

4. Uchwała krajobrazowa a ustalenie obowiązku utrzymania obiektów małej architektury, tablic reklamowych i urządzeń reklamowych oraz ogrodzeń

Istotą trzeciego problemu, o którym mowa w omawianym orzeczeniu, jest potrzeba rozstrzygnięcia, czy za pomocą uchwał krajobrazowych można ingerować wyłącznie w cechy i umiejscowienie obiektów

²³ Wyrok NSA z 27 IX 2017 r., sygn. II OSK 156/16, LEX nr 2379250.

²⁴ Należy w tym miejscu przypomnieć, że przed wejściem w życie przepisów dotyczących uchwały krajobrazowej, na mocy ówczesnego art. 15 ust. 3 pkt 9 u.p.z.p., zasady i warunki sytuowania obiektów małej architektury, tablic i urządzeń reklamowych oraz ogrodzeń, ich gabaryty, standardy jakościowe oraz rodzaje materiałów budowlanych, z jakich mogą być wykonane, regulowane mogły być w miejscowych planach zagospodarowania przestrzennego.

²⁵ Stanowisko, zgodnie z którym określanie większych odległości aniżeli wynikające z u.d.p. należy do władztwa gminy, wyrażono także w prawomocnych wyrokach WSA w Poznaniu z 2 II 2017 r., sygn. IV SA/Po 930/16, LEX nr 2230001, oraz WSA w Gorzowie Wielkopolskim z 28 I 2015 r., sygn. II SA/Go 895/14, LEX nr 1643873.

małej architektury, tablic reklamowych i urządzeń reklamowych oraz ogrodzeń na moment ich umieszczania w przestrzeni publicznej, czy też uchwały te mogą zawierać również wymogi, których spełnienie ze swej istoty rozciągnięte jest w czasie. Spór w tym zakresie dotyczył konkretnie dopuszczalności ustalenia przez Radę Miasta G. warunku utrzymywania obiektów małej architektury, tablic reklamowych i urządzeń reklamowych oraz ogrodzeń. Wojewoda uznał, że stanowi to przekroczenie kompetencji wskazanych w art. 37a u.p.z.p., a ponadto jest niecelowe ze względu na to, iż problem utrzymywania urządzeń reklamowych, obiektów małej architektury i ogrodzeń jest materią innego aktu prawnego, jakim jest ustawa Prawo budowlane.

Z argumentami tymi nie zgodził się jednak Sąd. W pierwszej kolejności w wyroku uznano, że pojęcie utrzymywania można zawrzeć w zakresie pojęcia „sytuowanie”, które Sąd rozumie jako istnienie obiektów w określonym krajobrazie w czasie. Podejście to może jednak budzić kontrowersje, gdyż językowo wyrażenie to tożsame jest z umiejscawianiem, lokowaniem, umieszczeniem lub rozmieszczaniem czegoś²⁶, co jest czynnością zasadniczo jednorazową, a ponadto wiąże się wyłącznie z miejscem, w którym dany przedmiot ma funkcjonować (a nie z cechami tego przedmiotu jako takiego).

W dalszej części orzeczenia odniesiono się z kolei do jakości materiałów, których rodzaj wskazano w art. 37a ust. 1 u.p.z.p. *expressis verbis* jako okoliczność możliwą do ujęcia w uchwale krajobrazowej. Sąd zauważa w tym zakresie, że na ich jakość wpływa erozja postępująca w czasie, mając wpływ na estetykę krajobrazu. Stanowisko to również można uznać za kontrowersyjne, dostrzegając w nim pewną sprzeczność z regułami życiowego doświadczenia – nie ma bowiem materiałów, które zagwarantowałyby brak zniszczeń, a tym samym niemożliwe jest określenie ich rodzaju w taki sposób, by zapewniały, że dany obiekt będzie „dobrze utrzymany” przez cały czas jego istnienia. Ponadto, co wynika z analizy art. 37a ust. 1 u.p.z.p. pod kątem językowym, spełnienie wymogu co do rodzaju zastosowanych materiałów także ma miejsce w chwili umiejscowienia danego obiektu. Skupiając się natomiast na tym, czy utrzymanie może być wyrazem spełnienia przesłanki co do standardów jakościowych (co jednak według art. 37a u.p.z.p. jest odrębną kwestią regulowaną w uchwałach aniżeli rodzaj materiałów, do którego nawiązał Sąd), należy podkreślić, że w doktrynie definiowane są

²⁶ *Słownik współczesnego języka polskiego*, t. 2, pod red. B. Dunaja, Warszawa 1998, s. 374.

one podobnie, jak uczynił to wojewoda w rozstrzygnięciu nadzorczym, tj. jako zespół cech danego obiektu²⁷. Wbrew podejściu organu (czego z kolei Sąd wystarczająco nie zaakcentował) wydaje się jednak, że zarówno językowo, jak i funkcjonalnie właśnie w możliwości ustalenia standardów jakościowych można by się dopatrywać podstaw do wprowadzenia w uchwale krajobrazowej przepisów określających obowiązek dbania o obiekt małej architektury, tablicę reklamową, urządzenie reklamowe czy ogrodzenie w dłuższym przedziale czasowym – o ile bowiem samo umiejscowienie, rodzaj materiałów czy gabaryty pozostają stałe przez cały czas ekspozycji obiektu, tablicy, urządzenia czy ogrodzenia, o tyle cechy stanowią kategorię, którą można utracić z upływem czasu. Należy dodać, że jest to jednocześnie zgodne z *ratio legis* art. 37a u.p.z.p., a także postanowień samej uchwały krajobrazowej. Biorąc pod uwagę możliwość długiego ekspozycji reklam czy posadowienia w danym miejscu obiektów małej architektury, w przypadku braku możliwości ingerencji „na przyszłość” możliwe byłoby osiągnięcie jedynie doraźnych, a nie długofalowych skutków.

Wątpliwości pozostają natomiast, jeśli wziąć pod uwagę *argument a coherentia* i treść art. 37d ust. 1 u.p.z.p., zawierającego normę sankcjonującą względem przepisów uchwały krajobrazowej – według tej regulacji karę pieniężną wymierza się za umieszczenie tablicy reklamowej lub urządzenia reklamowego niezgodnego z przepisami uchwały. Brak byłoby zatem podstaw do sankcjonowania zachowania polegającego na braku właściwego utrzymywania wspomnianych obiektów, tablic, urządzeń lub ogrodzeń, które ma miejsce już po umieszczeniu. Choć nie wydaje się, by był to wystarczający argument do kwestionowania postanowień uchwały krajobrazowej, dowodzi on istnienia pewnej luki w prawie, przez którą wprowadzone regulacje co do utrzymania infrastruktury stanowią przepisy martwe.

W pełni zaś należy podzielić stanowisko Sądu, że do niemożności uregulowania w uchwale krajobrazowej kwestii utrzymania obiektów małej architektury, tablic reklamowych, urządzeń reklamowych czy ogrodzeń nie prowadzi postanowienia art. 66 ust. 1 pkt 4 p.b., według którego w przypadku stwierdzenia, iż obiekt budowlany powoduje swoim wyglądem oszpecenie otoczenia, właściwy organ (którym zgodnie z art. 83 ust. 1 p.b. jest powiatowy inspektor nadzoru budowlanego) nakazuje, w drodze decyzji, usunięcie stwierdzonych nieprawidłowości, określając

²⁷ A. Fogel, op. cit.

termin wykonania takiego obowiązku. Argumentacja WSA w Gdańsku wydaje się jednak w tym zakresie nieco lakoniczna. Co więcej, nie do końca trafnie Sąd powołał się na fragmenty uzasadnienia projektu ustawy wprowadzającej przepisy o uchwale krajobrazowej²⁸, dotyczące nikłej skuteczności art. 66 ust. 1 pkt 4 p.b. Należy bowiem wskazać, że za pomocą przepisów u.k. znowelizowano także przepisy innych aniżeli ustawy o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym aktów prawnych, a przytoczony przez WSA fragment nie został w uzasadnieniu umieszczony w kontekście wdrożenia przepisów o uchwale krajobrazowej, ale w kontekście zmian przepisów dotyczących wprost oszpecania, o którym mowa w art. 66 ust. 1 pkt 4 p.b. (m.in. w zakresie ustanowienia możliwości nakładania wielokrotnej grzywny)²⁹.

Uzasadnienie wyroku w tym zakresie można by natomiast rozwinąć poprzez podkreślenie, że – na co słusznie zwracała uwagę strona w skardze – tablica reklamowa czy urządzenie reklamowe, aby mogły być uznane za obiekt budowlany, muszą być trwale związane z gruntem. Tym samym zakres przepisów prawa budowlanego oraz uchwały krajobrazowej może być zupełnie rozłączny, co już samo w sobie dowodzi, że regulacje p.b. nie są wyczerpujące. Ponadto należy zwrócić uwagę, że utrzymanie obiektów małej architektury, tablic reklamowych, urządzeń reklamowych czy ogrodzeń ma chronić nie tylko przed oszpeceniem krajobrazu, które jest uznawane za skutek zaniedbań o charakterze skrajnym³⁰, ale też przed mniej drastycznymi, ale również negatywnymi dla krajobrazu zmianami. Co więcej, zarówno w doktrynie, jak i w orzecznictwie zauważa się, że pojęcie oszpecenia każdorazowo należy interpretować w kontekście otoczenia – innymi słowy, jeżeli dany obiekt umiejscowiony jest wśród innych zaniedbanych obiektów, uważa się, że do oszpecenia nie dochodzi³¹. Trudno

²⁸ Uzasadnienie do przedstawionego przez Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej projektu ustawy o zmianie niektórych ustaw w związku ze wzmocnieniem narzędzi ochrony krajobrazu z dnia 28 VI 2013 r., <http://orka.sejm.gov.pl/Druki7ka.nsf/0/E0EC31AF25E44523C1257BA4002A90F4/%24File/1525.pdf> (dostęp: 9 II 2020).

²⁹ W tym zakresie znowelizowano art. 121 § 4 Ustawy z dnia 17 VI 1966 r. o postępowaniu egzekucyjnym w administracji, zgodnie z którym jeżeli egzekucja dotycząca spełnienia przez zobowiązanego obowiązku wynikającego z przepisów prawa budowlanego, grzywna w celu przymuszenia jest jednorazowa, chyba że dotyczy obowiązku utrzymania obiektu budowlanego w stanie nieoszpecającym otoczenia.

³⁰ Wyrok NSA – Ośrodek Zamiejscowy w Szczecinie z 19 XI 2003 r., sygn. SA/Sz 2255/01.

³¹ Zob. J. Murzydło, *Prawo budowlane a budynki oszpecające otoczenie*, „Państwo i Prawo” 2007, z. 4, s. 95–99. W artykule tym autor powołuje następujący przykład: „Kamienica

zaś uznać, by w zakresie ochrony krajobrazu mechanizm taki uznać za wystarczający – uniemożliwiłby on bowiem ingerencję, w sytuacji gdy naruszona jest estetyka wszystkich elementów krajobrazu.

Podsumowanie

Stanowisko WSA w Gdańsku wyrażone w wyroku z 18 września 2018 r., sygn. II SA/Gd 328/18, należy uznać za słuszne, choć nie zawsze argumentacja za danym podejściem została przez sąd przeprowadzona w sposób w pełni przekonujący i wyczerpujący.

Podsumowując najważniejsze aspekty omawianego wyroku, należy zauważyć, po pierwsze, że brak jest wystarczających podstaw, by z zakresu przedmiotowego uchwał krajobrazowych wyłączyć materiały publikowane w ramach kampanii wyborczych lub referendalnych. Wręcz przeciwnie – jak słusznie uznał sąd, uregulowanie kwestii ich sytuowania, gabarytów, standardów jakościowych czy też rodzaju materiałów, z jakich mają być wykonane, znajduje uzasadnienie językowe w przepisach ustawy o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym, a także systemowe w zestawieniu z przepisami kodeksu wyborczego oraz funkcjonalne przy uwzględnieniu specyfiki tego typu reklam oraz *ratio legis* uchwał krajobrazowych.

Po drugie, na aprobatę zasługuje stanowisko, zgodnie z którym władztwo gmin w zakresie kształtowania postanowień uchwał krajobrazowych obejmuje kwestie ustalania minimalnej odległości tablic czy urządzeń reklamowych od elementów infrastruktury drogowej, nie powodując sprzeczności z przepisami u.d.p. Podejście Sądu w tej materii, oparte głównie na argumentacji funkcjonalnej, należy uznać za prawidłowe, a jednocześnie zgodne z ugruntowaną linią orzecniczą w podobnych sprawach.

Wreszcie, po trzecie, zgodzić się należy z Sądem, że uchwała krajobrazowa nie musi się ograniczać do regulowania warunków, jakie mają spełniać obiekty małej architektury, tablice czy urządzenia reklamowe na moment ich sytuowania, a może dotyczyć także i stanu

z opadającym tynkiem i złuszczącą się farbą będzie spełniała powyższą przesłankę [art. 66 ust. 1 pkt 3 ustawy z 1994 r. – Prawo budowlane], o ile pozostałe kamienice, sąsiadujące z nią, będą zadbane, estetyczne. Odmienna sytuacja zaistnieje, jeśli znajdować się ona będzie w sąsiedztwie innych, zniszczonych kamienic. Ocena konkretnego budynku uzależniona byłaby więc od stanu innych budynków znajdujących się w jego otoczeniu”.

w późniejszym czasie. Choć argumentacja Sądu w tym zakresie nie zawsze jest wystarczająca i trafna, sama istota problemu wydaje się prawidłowo rozstrzygnięta. Choć znów przesądzające w tym zakresie są, jak się zdaje, argumenty natury funkcjonalnej, nie jest niemożliwe znalezienie oparcia dla nich również w wykładni językowej czy systemowej.

Na koniec warto podkreślić, że choć omawiane orzeczenie zapadło w konkretnej sprawie i dotyczyło postanowień konkretnej uchwały, przedstawione w nim tezy mogą mieć znaczenie dla szerszego grona podmiotów. Problemy, do jakich odniesiono się w wyroku, nie są bowiem niszowe i z dużą dozą prawdopodobieństwa można stwierdzić, że dotyczą krajobrazu w każdej z gmin, która zdecydowała się bądź zamierza w przyszłości zdecydować się na przyjęcie uchwały, o której mowa w art. 37a u.p.z.p. Pozytywne rozstrzygnięcie (zgodne z intencją gminy, a także *ratio legis* u.p.z.p. oraz samej uchwały) rodzi zatem nadzieję na efektywniejszą ochronę krajobrazu.

**THE MATERIAL SCOPE OF THE “LANDSCAPE RESOLUTION”.
COMMENTS ON THE JUDGMENT OF THE PROVINCIAL
ADMINISTRATIVE COURT IN GDAŃSK OF 18 SEPTEMBER 2018,
REF. II SA/GD 328/18**

Summary

The text concerns an analysis of theses and justification for the judgment of Province Administrative Court in Gdańsk dated 18 September 2018 (case no. II SA/Gd 328/18). Although the judgment is based on particular factual state of affairs, its conclusions seem to be connected with common problems in the area of so-called ‘landscape acts’ adopted at the municipal level.

Firstly, the judgment states that landscape acts may refer to campaign materials presented in connection with elections or referendum. In the commentary, this approach is approved, although the reasoning is developed via a detailed interpretation of the spatial management and planning act and electoral code. Later in the judgment it is claimed that landscape acts may cover rules of locating advertisements nearby elements of the road infrastructure. Moreover, this standpoint is shared in the gloss, detailed relations between landscape act and act on public roads as well as judgments in similar cases have been additionally presented.

The last issue raised in the judgment was the problem of the legal grounds of imposing an obligation to maintain small architecture objects, advertisement boards / units and fences in the proper condition. As the court claimed, this is possible, because maintenance of the object is the element of its location, and this is also connected with the obligation to use high-quality materials. Moreover, it is stated

that the problem of maintaining these objects has not been fully regulated in building law. This approach is accepted in the gloss, although attention is drawn to some inconsistencies in the justification, as well as to the possibility of raising other, more accurate arguments by the court.

Keywords: landscape act – protection of landscape – advertisement – advertisement board – advertisement unit

LITERATURA

- Banaszak B., *Kodeks wyborczy. Komentarz*, Warszawa 2020.
- Bąkowski T., *Zakres swobody i władztwa planistycznego gminy w kształtowaniu treści uchwały krajobrazowej*, „Gdańskie Studia Prawnicze” 2017, nr 2.
- Fogel A., Goleń G., Staniewska A., *Komentarz do art. 7 ustawy krajobrazowej*, w: *Ustawa krajobrazowa. Komentarz do przepisów wprowadzonych w związku ze wzmocnieniem narzędzi ochrony krajobrazu*, pod red. A. Fogel, Warszawa 2016.
- Murzydło J., *Prawo budowlane a budynki oszczędzające otoczenie*, „Państwo i Prawo” 2007, z. 4.
- Plucińska-Filipowicz B., Kosicki A., *Komentarz do art. 37c ustawy o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym*, w: *Ustawa o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym. Komentarz aktualizowany*, pod red. A. Plucińskiej-Filipowicz, M. Wierzbowskiego, Warszawa 2019.
- Słownik współczesnego języka polskiego*, t. 2, pod red. B. Dunaja, Warszawa 1998.

IV. PRZEGLĄD PIŚMIENICTWA

Przegląd polskich opracowań naukowych

Rafał Stasikowski, *Pluralizm administracji publicznej*,
seria *Monografie Prawnicze*, Wydawnictwo C.H. Beck,
Warszawa 2019, ss. 312, ISBN 978-83-8158-503-3

W rozbudowanym wstępie liczącym trzynaście stron autor monografii zwraca uwagę, że „[d]zieje administracji państwowych na przestrzeni dwóch ostatnich wieków to pasmo nieustannych zmian i procesów dostosowywania struktur, zakresów i form działania do oczekiwań politycznych władców i rządzących elit reagujących na bieżące potrzeby społeczne czy gospodarcze. Zjawiska te przybierały odmienny zakres i rytm w poszczególnych państwach europejskich i nie dają się zakwalifikować w jeden uniwersalny model organizacyjny, czy też funkcjonalny. Same zmiany wprowadzane były na różne sposoby” (s. XI). Pomysłodawca książki podkreśla także, iż „[z]jawisko administracji publicznej jest zogniskowane dzisiaj wokół sfery normatywnej. Z istoty zasady państwa prawnego wyrażonej w art. 2 Konstytucji RP wynika oparcie organizacji państwa, stosunków społecznych, gospodarczych i politycznych na obowiązującym prawie. W całej złożoności państwa, jego administracja jawi się jako jego element kluczowy, będący nośnikiem państwowości. Państwo wyrażane, a jego obecność w życiu indywidualnym i zbiorowym unaoczniata jest poprzez strukturę organizacyjną administracji publicznej i całokształt jej działalności” (s. XI–XII).

System administracji publicznej jest systemem funkcjonującym w otaczającej go rzeczywistości. Powiązany jest on wieloma różnymi więzami z pozostałymi podstawowymi systemami tworzącymi pełny obraz warunków, w których bytuje człowiek. Systemy te to: system polityczny państwa, system społeczny i system gospodarczy. W pracy przyjęto wąskie rozumienie systemu społecznego i w konsekwencji wydzielono z niego system polityczny, administracyjny i gospodarczy, wskazując, że „[z]abieg ten służy wyodrębnieniu powiązań i interakcji zachodzących pomiędzy systemami i ich przyczyn. Założeniem podstawowym jest także, iż wszystkie systemy są pluralistyczne, otwarte i bazujące na demokracji i wolności” (s. XIII).

Celem pracy będącej studium z zakresu nauki prawa administracyjnego i nauki administracji jest przedstawienie spójnej i całościowej teorii pluralizmu współczesnej administracji publicznej. Środkiem do określenia rzeczywistej jego istoty

i przyczyn pojawienia się tak rozumianego pluralizmu jest określenie i zbudowanie teorii zadania publicznego, zasad lokowania zadań w strukturze administracji publicznej, charakterystyki struktury organizacyjnej administracji publicznej oraz zasad organizowania wykonywania zadań publicznych, zasad i przyczyn współpracy systemu administracyjnego z systemami politycznym, społecznym i gospodarczym. Przy czym „[s]ystem administracyjny jest dla tych systemów źródłem racjonalności określanej kategorią dobra wspólnego” (s. XVII).

Prezentowana monografia składa się z ośmiu rozbudowanych rozdziałów, z których każdy zamyka się wnioskami końcowymi. Rozdział pierwszy stanowi zarys przemian administracji publicznej i ich przyczyny. W ramach fragmentu poświęconego czynnikom rozwoju historycznego autor podnosi, że „[r]ozwojowi cywilizacji ludzkiej towarzyszy równoległy rozwój administracji publicznej. Stałą cechą historii administracji jest jej postęp, czyli proces w zasadzie nieustających przemian prowadzących w dłuższej perspektywie czasu zawsze do jej udoskonalania” (s. 1). Wśród czynników, które od zawsze determinowały administrację i jej rozwój, wskazuje się na środowisko naturalne (czynnik geograficzny) i środowisko kulturowe (człowiek). Do innych czynników wprowadzonych do badań, a mających wpływ na dzieje administracji należą zaś religia (system wierzeń), postęp techniczny oraz prawa i wolności człowieka i obywatela. Kolejno w książce poddano analizie modele państwa. Ze względu na ich odmienności w opracowaniu przedstawiono cechy charakterystyczne każdego z wymienionych modeli.

Itak państwo stanowe to narodziny i zaczątki nowoczesnej administracji ukształtowanej w państwie nowożytnym. Okres ten cechuje się przemożnym wpływem religii na życie społeczne i gospodarcze. Administrację podzielono na administrację centralną z władcą i administrację lokalną. Co więcej, „[z]aangażowanie władcy skoncentrowane było na krzewieniu wiary katolickiej, utrzymaniu własnej osoby oraz jego dynastii przy władzy, co osiągnęte było poprzez organizację i utrzymanie dwóch typów aparatu: wojskowego oraz skarbowego” (s. 4). Inną cechą tego typu państwa był brak podziału władzy państwowej i wyróżnienia pośród niej sądownictwa i administracji. Ówczesne organy zajmowały się wykonywaniem obu tych funkcji. Autor wskazuje także na pewne modyfikacje władzy państwowej w tym modelu.

Z kolei państwo liberalne (ze wskazaniem na Rewolucję Francuską jako wydarzenie bez precedensu w dziejach Francji i Europy, otwierające drzwi kolejnej epoki w rozwoju państwa, prawa i społeczeństw) zostało ukształtowane przez ideę podziału władzy, praw i wolności jednostki, zjawisko sekularyzacji oraz rozwój techniki. Autor, omawiając te cztery czynniki, wskazuje także na ich wpływ na ówczesny kształt administracji. I tak idea podziału władzy polegała m.in. na przejmowaniu przez reprezentacje społeczeństw zgromadzone w ciałach parlamentarnych funkcji ustawodawczych oraz delimitacji administracji od sądownictwa, wraz ze zjawiskiem uniezależniania się administracji od władzy sądowniczej. Sekularyzacja ówczesnych państw na skutek wybicia tysięcy duchowieństwa i zakonników oznaczała, że pewnych zadań Kościoła nie miał po prostu kto wykonywać i tym samym nastąpiło ich przejęcie przez administrację (urzędy państwowe, czyli świeckie – niekościelne). Z kolei „[r]ozwój idei praw i wolności jednostki, zakładający jej upodmiotowienie w stosunku do państwa i jego organów (prawo administracyjne od tego momentu staje się prawem dwustronnie obowiązującym), jak również zrównanie czysto

formalne w prawach z klasami społecznymi dotychczas uprzywilejowanymi doprowadził do uczynienia z państwa «stróża nocnego», a rdzeniem zadań wykonywanych przez administrację państw liberalnych stały się sprawy policyjne” (s. 6–7). Ostatnią z determinant rozwojowych była technika (tj. środki, sposoby i czynności związane z wytwarzaniem dóbr materialnych), która stała się synonimem postępu (w tym postępu technicznego).

Kolejny z modeli „[p]aństwo świadczące było odpowiedzią na niedostatki życia jednostki wynikające z naiwnej wiary w samoregulację gospodarczą i wolność jako wystarczające źródło pomyślności człowieka” (s. 8). Na nowe zadania, jakie stanęły przed ówczesną administracją, wpływ miały dwa czynniki katalizujące, tj. procesy urbanizacji i industrializacji, przy czym „[a]dministracja, będąc warunkiem postępu, sama podlegała postępowym przekształceniom, wynikiem których była nowa jej postać – administracja świadcząca (socjalna)” (s. 9). Autor w ramach państwa świadczącego omawia takie zagadnienia, jak zakład administracyjny i administracja gospodarcza, zwraca uwagę na nową dziedzinę prawa – ubezpieczenia społeczne, a ponadto na ideę państwowego interwencjonizmu gospodarczego. W książce nie umyka uwadze problematyka powstania przedsiębiorstw użyteczności publicznej dysponujących pozycją monopolistyczną w określonych obszarach gospodarki, jako instytucji prawnie uprzywilejowanych wobec przedsiębiorstw prywatnych, oraz ustawodawstwa antymonopolowego mającego zapewnić prawidłowe działanie wolnego rynku czy zadań z zakresu gospodarki komunalnej. Procesom przekształceń podlegała też tradycyjna administracja policyjna, koncentrująca się na ochronie przed zagrożeniami, z wyodrębnieniem policji wyspecjalizowanych (gospodarcza, sanitarna, budowlana, polityczna). Autor podkreśla przy tym: „[w]ażne jest to, iż w państwie socjalnym administracja świadcząca stanęła na pierwszym planie przed administracją policyjną, która zajmowała tę pozycję w państwie liberalnym. Świadczenie usług zajęło więc miejsce orzekania” (s. 11).

Ostatni model to państwo regulacyjne. Jak podnosi autor, „[z]akłóceniem dla budowania państw socjalnych stała się II wojna światowa. Jej zakończenie umożliwiło kontynuację tych procesów na Zachodzie Europy i w Ameryce Północnej. W Europie Środkowej i Wschodniej rozwijano tragiczny, jak się później okazało, w skutkach eksperyment społeczno-gospodarczy oparty na ideologii socjalizmu, który przewidywał w swych założeniach rozwój idei dobrobytu mas. Na Zachodzie Europy przejście z formy państwa liberalnego do państwa socjalnego nie było jednorazowym aktem, lecz procesem ścierania się obu idei rozłożonym na całe dziesięciolecia. Zwiastuny zmian funkcjonalnych widoczne były już na przełomie wieków. Dopiero jednak po 1945 r. stworzony został rozbudowany system administracji państwowej zajmującej się spełnianiem rozmaitych świadczeń (usług) na rzecz ludności” (s. 12). Państwo dobrobytu cechowało się nadzwyczajną i niespotykaną ekspansją prawa administracyjnego, a także rozrostem jednostek organizacyjnych egzekutywy. Co więcej, „[c]elami państwa pomyślności społecznej była [...] realizacja praw wolnościowych jednostki przez socjalny dobrobyt, stwarzający jednostce szanse samorealizacji” (s. 13). Administracja przekształciła się w aparat świadczący i kierujący. Zwiększenie zaś liczby zadań publicznych i ich charakteru zmieniło funkcje administracji publicznej względem społeczeństwa, ponieważ oprócz odpowiedzialności za porządek publiczny znacząca była odpowiedzialność

za bezpieczeństwo socjalne, koniunkturę i prosperity społeczno-gospodarcze. Założenia ideologiczne państwa dobrobytu uległy weryfikacji w latach osiemdziesiątych XX w., co było związane z wykonywaniem coraz nowszych zadań publicznych, a w ślad za tym z ograniczeniem zasobów finansowych państwa i zdolności administracyjnych. Ratunku przed bankructwem państwa upatrywano w prywatyzacji, z którą wiązano nadzieję m.in. na odciążenie budżetu państwa z części wydatków. Prywatyzacja jako początek przekształceń funkcjonalnych (i kolejno organizacyjnych) administracji publicznej oznaczała przesunięcie spraw, które dotąd sprawowane były przez podmioty publiczne, do sfery prywatnej. Istotne przeobrażenia wywołane procesami prywatyzacyjnymi są następujące: (1) państwo świadczące stopniowo przeobraziło się w państwo regulujące (sterujące); (2) państwo produkujące – w państwo gwarantujące; (3) nastąpiła redukcja zadań, a część z nich „wepchnięto” na „wolny” rynek; (4) stworzono „regulowaną konkurencję” (odnośnie do zadań objętych monopolami naturalnymi) oraz (5) kontrolowaną konkurencję („sztuczną konkurencję”) w sferach określonych usług (świadczenie ich było deficytowe i nie istniał dla nich nigdy wolny rynek). Ukształtowana w tych sferach nowa funkcja – regulacyjna (w swojej istocie najbliższa nadzorowi) – stała się sercem funkcji sprawowanych przez nowoczesne państwo. We wnioskach końcowych (s. 15 i n.) autor zwraca uwagę, że pomimo różnicowania płaszczyzny funkcjonalnej oddającej istotę administracji w każdej epoce „[s]fera aktywności administracji była i jest zdominowana przez trzy determinanty: bezpieczeństwa, wolność jednostki i jej dobrobyt”.

Rozdział drugi, bardzo rozbudowany treściowo, to nauka o zadaniach publicznych i jej współczesne problemy. W uwagach wstępnych autor stwierdza, że „[c]elem tego rozdziału będzie uchwycenie istoty zadania publicznego, jego źródeł, systemu, w którym formułowane są zadania publiczne, czynników oddziałujących na procesy ich formułowania. Zadania państwa i jego administracji nie stanowią problemu wyizolowanego, lecz są związane z koncepcjami polityki społeczno-gospodarczej państwa w danej epoce. W tym sensie historia zadań publicznych jest częścią historii społeczno-gospodarczej. Stąd zachodzi potrzeba uwzględniania w ich badaniach m.in. takich czynników, jak: religia, koncepcje prawa naturalnych myśli i nurtów polityczno-gospodarczych, czy wreszcie programów politycznych partii politycznych oraz toczącej się konkurencji i walki politycznej partii politycznych funkcjonujących w demokratycznych państwach (ta bowiem oddziałuje wzajemnie na programy konkurentów)” (s. 17–18). Inne problemy poddane analizie to określenie czynników przesądzających o rozlokowaniu zadań administracyjnych w aparacie administracyjnym państwa, wyodrębnienie abstrakcyjnych zasad lokowania zadań w różnych podsystemach administracji, ich rodzajach, szczeblach, czy też wpływ typu zadania na strukturę, przez którą może bądź powinno być ono wykonywane.

Odnosząc się do definiowania zadania publicznego, inicjator książki podnosi, że „[p]ojęcie zadania jest wieloznaczne już na gruncie semantyki. Oznaczać może ono problem do rozwiązania, sprawę, obowiązek, zlecenie lub misję. Może ono być traktowane jako pewne zachowanie istotne życiowo, a więc także jako treść pewnego działania” (s. 19). Poza tym dodaje, że pojęcie zadania może być rozumiane jako cel działania lub funkcja (dokonując przy tym analizy tych pojęć), a czasami jest określane zamiennie z kompetencją czy formą działania. Kolejno wyodrębnia

trzy współczesne, różne znaczeniowo kategorie: zadania publiczne, zadania państwowe oraz zadania administracyjne. W tym kontekście zauważa się, że „[t]o, jakie zadania administracja wykonywać musi, może albo jak to w rzeczywistości robi, nie jest konsekwencją li tylko woli politycznej kształtowanej w systemie politycznym (tj. woli partii politycznej sterującej pracą parlamentu, Rady Ministrów, poszczególnych samorządów), ale także wypadkową czynników prawnych (np. Konstytucji RP), społecznych, kulturowych i historycznych” (s. 21 i n.).

Następny fragment rozdziału stanowią definicje zadań publicznych rozpatrywane w kontekście: (1) teorii „naturalnych” zadań administracyjnych oraz (2) kolejno w następujących ujęciach: (a) definicji formalnej, (b) definicji aksjologicznej, (c) definicji typologicznej i (d) definicji politycznej. W ramach rozważań dotyczących formalnych źródeł zadań publicznych autor czyni uwagi do Konstytucji RP i ustaw oraz relacji pomiędzy administracją publiczną a katalogiem zadań publicznych. Trzeba tu podkreślić, że według autora regulacja konstytucyjna z jednej strony ze względu na swoją ogólność zmierza w kierunku oznaczenia systemu celów i wartości, które powinna realizować administracja, choć z drugiej strony rozstrzyga o rozdzieleniu zadań pomiędzy administrację rządową i administrację samorządową, bez precyzyjnego określenia poszczególnych zakresów zadań. Toteż „[r]ola systemu politycznego, przemawiającego ustami ustawodawcy zwykłego, staje się doprecyzowanie celów i wartości konstytucyjnych oraz rozpisanie ich na konkretne zadania publiczne (państwowe)” (s. 27). W tym przypadku wskazuje się na katalog zadań publicznych wykonywanych przez gminy. Kolejna poruszana kwestia to rozdział zadań w strukturze administracji publicznej, gdzie autor stoi na stanowisku, że „[d]ecyzja o przyporządkowaniu zadania do jakiejś płaszczyzny organizacji współkształtuje [...] struktury administracji publicznej” (s. 31 i n.).

Lektura opracowania zaciekawi ze względu na wyodrębnienie struktury administracyjnej na: (1) administracje lokalne (tj. jednostki podstawowe podziału terytorialnego państwa, zazwyczaj zdecentralizowane), (2) administrację regionalną (może być ona ulokowana w strukturze administracji rządowej lub samorządowej, administracja regionalna może też być dualistyczna – rządowo-samorządowa) i (3) administrację centralną (obejmującą zakresem swojej właściwości miejscowej obszar całego państwa, zbudowaną według zasady centralizmu) z uwzględnieniem poszczególnych ich zadań oraz sprawowanych funkcji przez te struktury. Równie zajmująco zaprezentowano formy wykonywania zadań publicznych, dla tego rodzaju aktywności administracji sformułowano bowiem pojęcie „produktów administracyjnych”, a na potrzeby opracowania przyjęto, że „produktami będą pewne wyodrębnione spośród innych, «zmaterializowane» przejawy działalności administracji, takie jak rozporządzenie wykonawcze do ustawy, akt prawa miejscowego, akt administracyjny, decyzje administracyjne, umowy, czy też świadczenia (z zakresu administracji świadczącej) pozyskiwane bezpośrednio od administracji przez system społeczny i gospodarczy, a także system polityczny” (s. 37).

W dalszej kolejności autor dokonuje typologii zadań publicznych z próbą dokonania ich systematyzacji oraz skrupulatnego wyodrębnienia i omówienia następujących kompleksów tych zadań: (1) bezpieczeństwo publiczne, (2) administracja świadcząca, (3) nadzór, (4) rozstrzyganie sporów przez administrację publiczną, (5) jawność działania administracji oraz środki komunikacji i relacje, (6) utrzymanie

systemu. Co ważne, „[p]odział ten został zbudowany według skutku, który będzie osiągnięty po wykonaniu zadania w systemie społecznym i gospodarczym. Wystąpienie skutku, skala zmian wywołanych w obu systemach będą z kolei determinować kształt i treść działań systemu politycznego na płaszczyźnie normotwórczej oraz oddziaływania systemu politycznego na system administracyjny” (s. 41–42). Autor podejmuje ponadto zagadnienie racjonalizacji zadań publicznych, które to „wiąże się [...] z opracowaniem mechanizmów odnoszących się do podejmowania decyzji co do zakresu i sposobów realizacji zadań publicznych (w praktyce ograniczania ich liczby), czynników, które winny być uwzględniane lub dostrzegane w tych procesach, oraz okoliczności, które wiążą się z wykonywaniem zadań, a które są dostrzegalne z dłuższej perspektywy historycznej. Zagadnienie to jest przejawem najszerzej współpracy poszczególnych systemów pomiędzy sobą. Wykonywanie określonych zadań jest konsekwencją decyzji zapadłych w systemie politycznym. Decyzje te nie są jednakże zatowiszowane, bo są wynikiem oddziaływania pozostałych systemów na system polityczny, ale też przebiegu zjawisk wewnątrz systemu politycznego” (s. 60 i n.). Autor odnosi się także do problemów teorii i praktyki zadań publicznych ze szczególnym uwzględnieniem takich problemów, jak teoria krytyki zadań publicznych i teoria cyklicznego rozwoju tych zadań oraz ich planowania, gdzie „[p]lanowanie zadań publicznych sprowadza się do prostego połączenia planowania wykonywania zadań administracyjnych z planowaniem zasobów koniecznych do ich wykonania. Pokazuje ono, jakie są możliwości realizacji danego planu” (s. 68–69). Wnioski końcowe (s. 69 i n.) stanowią podsumowanie rozważań ujętych w rozdziale i pozwalają na określenie pewnych tendencji w zakresie rozwoju zadań administracji. W ostatnim zdaniu podniesiono: „[t]ym samym wydaje się, iż sformułowanie kategorii zadania publicznego stało się podstawą do włączenia systemu społecznego i gospodarczego w zakresy przedmiotowe objęte do tej pory monopolem systemu administracyjnego i realizacji dobra publicznego przy zastosowaniu racjonalności ekonomicznej i aksjologicznej”.

Rozdział trzeci stanowią współczesne zasady organizacji wykonywania zadań publicznych. W uwagach ogólnych autor stwierdza, że „[w]ybór zasady organizacji danej struktury wywiera bezpośredni wpływ na rozlokowanie zadań w strukturach administracyjnych i na sposób wykonywania zadania publicznego przez struktury administracji publicznej. Programowanie sposobów wykonywania zadania następuje w ustawie lub w łonie samej administracji w związku z ustawową delegacją. Wykonywaniem zadań publicznych może zajmować się sama administracja” (s. 75). Nawiązuje także do nowego zjawiska określonego w nauce policentrycznością, które sprowadza się do działania w państwie kilku samodzielnych względem siebie ośrodków centralnych, podejmujących najważniejsze decyzje odnośnie do najistotniejszych procesów rozgrywających się we wszystkich systemach. W kontekście wykonywania zadań publicznych zwraca również uwagę na: (1) tzw. trzeci sektor (jego rdzeniem są organizacje pozarządowe – głównie organizacje pożytku publicznego – i wolontariat); (2) zjawisko zadaniowości struktur jako przejaw delegowanego, na administrację publiczną, szerokiego i wcześniej nieznanego zakresu władztwa organizacyjnego, opierając się na którym może ona kreować nowe podmioty administracyjne lub inne dedykowane pod konkretne zadania; (3) zjawisko modelowania organizacyjnego, któremu towarzyszy zjawisko dostosowywania katalogu zadań

publicznych do społecznych oczekiwań – modelowanie zadań. Kolejno analizuje wykonywanie zadań publicznych z oparciem organizacji administracji na zasadach centralizacji i decentralizacji oraz koncentracji i dekoncentracji. Omawia także koordynację i kooperację poprzez ukazanie powiązań wewnątrz administracji, gdzie zjawiska te należą do zasad wykonywania zadań publicznych, będących konsekwencją podziału pracy ze względu na wielość podmiotów je wykonujących.

Przedmiotem rozważań w tym rozdziale autor czyni również rynek i konkurencję, są to bowiem obszary nabywania przez administrację zasobów w postaci towarów i usług, co jest konieczne dla zapewnienia wewnętrznych i zewnętrznych procesów administrowania, a ponadto stanowią możliwy mechanizm wykonywania określonych zadań publicznych. Następnym zagadnieniem to uspołecznienie i partycypacja – jak pisze autor: „[z]jawiska te polegają na włączeniu systemu społecznego w procesy administrowania. W ten sposób następuje aktywizacja osób prywatnych w sferach zastrzeżonych uprzednio dla państwa. Administracja ta zapewnia powstanie nowych więzi społecznych” (s. 86 i n.). Wnioski końcowe (s. 89 i n.) zawierają ustalenia, że „zasady organizacji wykonywania zadań muszą zapewniać równowagę między: (1) «widocznym» udziałem systemu administracyjnego w wykonywaniu zadań a włączeniem systemów społecznego i gospodarczego w wykonywanie zadań publicznych, (2) przyznaniem niższemu szczeblom administracji większego zakresu samodzielności, w tym władztwa organizacyjnego oraz możliwości prywatyzowania zadań publicznych, i zachowaniem generalnej kompetencji kierowania po stronie rządu, (3) wzmocnieniem odpowiedzialności politycznej rządu za sprawy lokalne bez osłabienia skuteczności i gospodarności działalności szczebli administracji lokalnej, (4) różnorodnością a jednolitością warunków życia, (5) wzmocnieniem autonomii i osłabieniem atomizacji, (6) specjalizacją a bliskością i wrażliwością”. Autor wskazuje zmiany i problemy związane z wykonywaniem zadań publicznych.

W rozdziale czwartym przedstawiono teoretyczne aspekty podmiotów wykonujących zadania publiczne. W pierwszej kolejności dokonano rozróżnienia pojęcia podmiotu administracji od pojęcia podmiotu wykonującego zadania publiczne. W kontekście podjętej w książce problematyki wydaje się, że jest to zagadnienie niezwykle istotne, bo „[w]ykonywanie różnorodnych zadań publicznych wymaga rozbudowanego aparatu administracyjnego wyposażonego w personel i środki rzeczowe. W literaturze przyjmuje się, że pojęcie aparatu administracyjnego rozumiane jest bardzo szeroko, ponieważ obejmuje różne jednostki organizacyjne wykonujące funkcje administracji publicznej, takie jak organy administracji publicznej (rządowej i samorządowej), zakłady publiczne, przedsiębiorstwa, organizacje społeczne, a nawet upoważnione osoby prywatne” (s. 93). Autor, porządkując bogaty obraz jednostek organizacyjnych składających się na organizację owego aparatu, wskazuje, że przez pojęcie podmiotu administracji należy rozumieć podmiot prawa uprawniony i zobowiązany do sprawowania administracji, a zatem taki podmiot, który jest powołany do realizacji dobra publicznego. Zwraca uwagę na podział podmiotów administracji, wyróżniając: (1) podmioty prawa publicznego i (2) podmioty prawa prywatnego, a dalsze rozważania ukierunkowuje na problemy dotyczące posiadania przez te podmioty osobowości publicznoprawnej i/lub prywatnoprawnej, czy też podmiotowości administracyjnoprawnej i osobowości cywilnoprawnej. Z poczynionych badań wynika, że „[n]adanie podmiotowości publicznoprawnej związkom

publicznoprawnym, zakładom administracyjnym i fundacjom prawa publicznego odnosi się wyłącznie do sfery wykonywania zadań i kompetencji administracyjnych. [...] Z podmiotowości publicznoprawnej nie wynika nigdy osobowość prywatnoprawna. Osobowość prawna na gruncie prawa prywatnego musi być zawsze nadana mocą szczegółowej normy prawnej. [...] Z podmiotowości administracyjnoprawnej nie wynika więc osobowość cywilnoprawna. [...] Z kolei pojęcie podmiotu wykonującego zadania publiczne zastrzec należy dla podmiotu ulokowanego w systemie gospodarczym lub społecznym, dla którego strukturami macierzystymi są podmioty będące częścią tych systemów” (s. 93 i n.).

Kolejne zagadnienie to teorie o podmiotach wykonujących zadania publiczne. Autor szczegółowo analizuje: (1) teorię wyodrębniania (dehierarchizacji) – w tym system biurokratyczny i władzę biurokratyczną; (2) teorię samoorganizacji społeczeństwa (partnerstwa publiczno-społecznego) – w tym pojęcia: „trzeci sektor, społeczeństwo obywatelskie, organizacje pozarządowe, organizacje non-profit, działalność pożytku publicznego, organizacje pożytku publicznego, inicjatywa obywatelska, sektor obywatelski” (s. 106); (3) filozofię nowego publicznego zarządzania, której istota sprowadza się do zaszczepienia w tradycyjnym systemie administracyjnym zasad racjonalności rządzącej systemem gospodarczym; (4) teorię władztwa organizacyjnego i jej przekształcania, w której istotą owego władztwa jest kompetencja do tworzenia, przekształcania i znoszenia podmiotów administracyjnych, jak urzędy, organy administracyjne, zakłady administracyjne, korporacje publicznoprawne i fundacje publicznoprawne; (5) administrację sieciową organów – jej istotą jest to, że w ramach sieci nie dochodzi do współpracy państw członkowskich, lecz organów poszczególnych państw Unii Europejskiej; (6) teorię nietypowych podmiotów administracyjnych – opartą na różnicowaniu czy pluralizacji podmiotów wykonujących zadania publiczne, które ze względu na posiadanie przez nie struktury hybrydowej, trudno zakwalifikować do tradycyjnych kategorii pojęciowych nauki prawa administracyjnego (np. szkoły wyższe, Poczta Polska, Narodowy Bank Polski, Narodowy Fundusz Zdrowia, Otwarte Fundusze Emerytalne). We wnioskach końcowych (s. 120 i n.) autor stwierdza, że „[p]ierwotnym podmiotem administracji jest państwo. Posiada ono osobowość publicznoprawną (jako jedyne), której elementem jest podmiotowość administracyjnoprawna oraz podmiotowość na gruncie prawa prywatnego. Państwo w stosunkach cywilnych uosabiane jest przez abstrakcyjno-teoretyczną konstrukcję Skarbu Państwa. Z kolei wykonywaniem zadania państwa o charakterze administracyjnym zajmuje się rozbudowany system jednostek organizacyjnych wyodrębnionych przez przepisy prawa. Wykonywane one są przez: (1) organy administracyjne działające *de iure* w imieniu państwa, co do zasady, w ramach układów scentralizowanych; (2) podmioty prawa publicznego, tj. jednostki posiadające podmiotowość na gruncie prawa publicznego w postaci związków publicznoprawnych, zakładów administracyjnych, fundacji prawa publicznego, przedsiębiorstwa użyteczności publicznej lub podmioty mieszane zawierające cechy powyższych konstrukcji, zdecentralizowane względem administracji rządowej; (3) podmioty prawa prywatnego, dla których strukturą macierzystą jest system administracyjny”. Autor zwraca także uwagę, że powstałe przekształcenia organizacyjne wiązały się z potrzebą zwiększenia racjonalności i skuteczności działania systemu administracyjnego (m.in. ze względu

na zapotrzebowanie: zwiększenia stopnia autonomii, uelastycznienia organizacji, demonopolizacji i kooperacji systemu administracyjnego w wykonywaniu zadań administracji, zwiększenia specjalizacji tego systemu przez kreację nowych organów, wyłączenia pewnych sfer administracji spod reżimu prawa administracyjnego (np. spółki prawa prywatnego tworzone przez administrację).

Tematem rozdziału piątego jest administracja rządowa (scentralizowana) jako najbardziej jednolity i spójny organizacyjnie fragment w obrębie pluralistycznej administracji. W ramach ogólnej charakterystyki administracji rządowej autor zauważa, że: (1) organizację tej administracji oparto na zasadzie specjalizacji (resortowości); (2) proces różnicowania w centralnym ośrodku dyspozycji administracyjnej (rząd) wymaga instrumentów integracyjnych, gdyż przenosi się on też na szczebel regionalny (województwo), a zachowanie jedności aparatu administracji rządowej wymaga funkcjonowania mechanizmów integracyjnych na dwóch poziomach: pionowym (zapewnia to zasada hierarchiczności) i poziomym (zasada kolegialności, zespolenie i funkcja koordynacyjno-informacyjna); (3) struktura resortu w warunkach państwa zdecentralizowanego traci na znaczeniu; (4) swoistą cechą administracji rządowej jest formalne nałożenie się na system administracyjny części systemu politycznego. Kolejno omawia Radę Ministrów i jej zadania, zwracając uwagę na trzy elementy, jakie można wyodrębnić w ramach całej administracji rządowej, a mianowicie podsystemy: (1) polityczny – efektem działania owego systemu są decyzje polityczne; (2) rządowy – efektem działania tego systemu są głównie plany i programy; (3) administracyjno-operacyjny – efektem działania tego systemu są decyzje administracyjne (akty indywidualno-konkretne). Pomysłodawca książki dodatkowo rozpoznaje bardziej szczegółowe zakresy aktywności Rady Ministrów oraz podkreśla zupełnie wyjątkową funkcję sprawowaną przez rząd, czyli kierowanie gospodarką, odróżniając tę funkcję od nadzoru gospodarczego. Równie ciekawie analizuje rozdział kompetencji gospodarczych pomiędzy Radą Ministrów a Narodowym Bankiem Polskim i Radą Polityki Pieniężnej, wskazując przy opisie tych relacji na najsilniejszy przykład zjawiska policentryczności w strukturze polskiej administracji publicznej. W tym kontekście odnosi się także do poziomego podziału zadań publicznych, zjawiska koordynacji (współdziałania) oraz występujących w tym układzie zależności. Następnie zwraca uwagę na zwiększenie elastyczności struktur administracji rządowej. Pomimo że „[s]truktura organizacyjna oparta na zasadzie hierarchicznego podporządkowania z natury rzeczy jest mało elastyczna”, to – zdaniem autora – „[d]ynamika współczesnych procesów administrowania spowodowała konieczność zmian polegających na umożliwieniu łatwiejszego dostosowywania struktur organizacyjnych do zmieniających się warunków. Wyposażenie systemu administracyjnego w kompetencję do kształtowania w pewnym stopniu swoich struktur jest również przejawem pluralizmu administracji” (s. 130). Kolejnym zagadnieniem jest modernizacja hierarchicznych struktur administracji rządowej. Z lektury monografii wynika, że „[c]entralizacja w ujęciu modelowym w aspekcie strukturalnym oznacza taką strukturę organizacyjną administracji, która składa się wprawdzie z kilku stopni, ale w której decyzje podejmowane są jedynie przez organ (organy w układzie wieloresortowym) centralny” (s. 132). Autor, dostrzegając, że centralizacja w modelowym ujęciu jest systemem w istocie niesprawnym i mało skutecznym ze względu na wmontowany mechanizm blokowania decyzji, wskazuje,

iz „[d]o istotnych elementów prawnych współczesnej centralizacji należy [...] zaliczyć: (1) ściśle wyodrębnienie prawne zadań i kompetencji na każdym stopniu organizacyjnym struktury scentralizowanej; (2) możliwość ich dekoncentrowania na organy niższego stopnia; (3) zachowanie hierarchicznego podporządkowania w sferze realizacji tych kompetencji” (s. 132 i n.). Czytelnika bez wątpienia zainteresuje punkt dotyczący pogłębiania specjalizacji wiążącej się z rozczłonkowaniem organizacji, co prowadzi do podziału zadań i wyodrębniania się celów częściowych. Co więcej, zjawisko specjalizacji „[s]prowadza się [...] do potrzeby legitymowania się przez urzędnika, mającego ustalić stan faktyczny w jakiejś sprawie administracyjnej, szczególną wiedzą, wykraczającą poza ogólną wiedzę administracyjną, którą dysponują urzędnicy administracji ogólnej” (s. 141 i n.). Wśród jej następstw należy wskazać: (1) generalnie pozytywnie ocenianą strukturyzację, która wymaga podziału zadań, co oznacza przyporządkowanie pewnym strukturom określonych zadań w ramach pewnego układu kompetencyjnego (właściwości), (2) ale i wady, takie jak (a) naruszenie pewnej jednolitości administracji, (b) fakt, że prowadzi ona do problemów we współpracy pomiędzy wyseparowanymi strukturami poszczególnych administracji specjalnych, jak i z administracją ogólną. Wśród innych instrumentów zapewniających integralność (jednolitość) całego aparatu administracji rządowej wskazuje się integrację: (1) pionową (zapewniają zasadą hierarchiczności) i (2) poziomą (zbudowaną za zasadach kolegalności i zespolenia). Ponieważ administracja rządowa z dużym powodzeniem od wielu lat wykonuje zadania publiczne w formach prawa prywatnego, w monografii podnosi się, że „[w] przypadku zadań sprawowanych w ten sposób chodzi o wyeliminowanie mechanizmu hierarchicznego podporządkowania z procesu ich wykonywania oraz oparcia go również o reguły racjonalności ekonomicznej, rzadziej aksjologicznej” (s. 146). W ramach przykładów opisujących to zjawisko autor podaje spółki prawa handlowego (w tym spółki akcyjne typu *non profit*), rządowe agencje gospodarcze czy spółki specjalnego przeznaczenia. Wśród wniosków końcowych (s. 149 i n.) będących częściowym podsumowaniem rozważań podjętych w tym rozdziale pracy, szczególną uwagę zwraca to, że „[c]echy współczesnej administracji rządowej sprowadzają się do zwiększenia jej elastyczności i autonomii wewnątrz jej organizacji przez: (1) tworzenie się na jej bazie nowych struktur o wyższym stopniu niezależności, a nawet struktur niezawisłych oraz bardziej wyspecjalizowanych; (2) ściśle wyodrębnienie prawne zadań i kompetencji na każdym stopniu organizacyjnym struktury scentralizowanej; (3) przeniesienie przez system polityczny części władztwa organizacyjnego na poziom systemu administracyjnego; (4) modernizację tradycyjnych zależności hierarchicznych przez ich osłabienie; (5) wyodrębnianie się z niej nowych struktur, które uzyskują od niej niezależność, prowadząc do policentryczności ośrodków decyzyjnych w Polsce; (6) szerokie stosowanie form prawa prywatnego lub współpracy z systemem gospodarczym przy wykonywaniu zadań administracji rządowej, prowadzących do ograniczenia lub wyeliminowania mechanizmu hierarchicznego podporządkowania z procesu ich wykonywania i oparcia ich wykonywania o racjonalność ekonomiczną lub aksjologiczną. Dokonywane w ten sposób przekształcenia w obrębie administracji rządowej służą mają zapewnić większej racjonalności wykonywania zadań, za które odpowiedzialny jest rząd”.

Rozdział szósty poświęcono samorządowi terytorialnemu. Już w uwagach wstępnych autor podkreśla, że „[d]ecentralizacja jest przejawem najszerszej współpracy systemu administracyjnego z systemem społecznym oraz systemem gospodarczym. W przypadku samorządu terytorialnego współpraca polega na włączeniu wyodrębnionych części systemu społecznego (wyczerpujących cały system) zwanych wspólnotami, ukształtowanych według miejsca zamieszkania, w procesy samoadministrowania, które w ten sposób i w zakresie zadań administracyjnych określonych ustawami stają się częścią systemu administracyjnego” (s. 153). Kolejno dokonując przeglądu doktryny, autor prowadzi bardziej szczegółowe rozważania nad decentralizacją. Następnie w krótkim rysie historycznym przedstawia rozwój instytucji samorządu terytorialnego, który obecnie stanowi jedną z podstawowych form organizacyjnych administracji pluralistycznej. W dalszej części rozdziału autor opisuje status prawny tego samorządu będącego korporacją prawa publicznego poprzez charakterystykę takich elementów, jak: (1) osobowość publicznoprawna (z zaznaczeniem, że charakteryzują ją cztery istotne cechy: określony tryb tworzenia, obowiązkowa przynależność, wykonywanie zadań publicznych, sprawowanie władzy publicznej), (2) terytorium (gdzie zwraca się uwagę na: (a) pojęcie geografii administracyjnej dotyczącej określenia wielkości jednostek terytorialnych, wyznaczenia ich granic, siedzib władz administracyjnych, (b) racjonalność i emocje, jakie utrwalają się w świadomości społeczności lokalnych, (c) relatywizm decyzji przestrzennych, każda bowiem decyzja dotycząca terytorialnej organizacji administracji uzależniona jest od wielu często przeciwnych czynników, (d) optymalną wielkość jednostki terytorialnej, gdzie „[p]unktem wyjścia do ustalania wielkości jednostki podstawowej jest ilość szczebli (poziomów) w danym aparacie administracyjnym” (s. 161 i n.), (e) zdolność do wykonywania zadań publicznych, co oznacza, że „[k]ażda jednostka podziału terytorialnego musi posiadać odpowiednie środki do wykonywania powierzonych jej zadań publicznych, w sposób ciągły i na wymaganym przez ustawę poziomie jakości. Zdolności administracyjne są w pierwszym rzędzie uzależnione od ilości oddanych do jej dyspozycji środków finansowych” (s. 162), (f) przejrzystość, która umożliwia bezpośredni i bliski wgląd w stosunki społeczne podlegające zarządzaniu przy szybkiej reakcji na zachodzące zmiany, (g) dostępność, gdyż „[p]odział terytorialny winien zapewniać dostępność obywatela do władz administracyjnych” (s. 164), (h) mechanizm elastycznego kształtowania zadań w jednostkach terytorialnych, oznaczający przesuwanie zadań w ramach samej jednostki i pomiędzy nimi, co pozwala wpływać na wielkość jednostek podziału terytorialnego (autor wskazuje tu jednostki pomocnicze), (i) instrumenty podnoszenia zdolności do wykonywania zadań publicznych przez jednostki samorządu terytorialnego, „tj. instrumenty, za pomocą których można zwiększać potencjał jednostek samorządu terytorialnego do wykonywania zadań publicznych bez zmiany ich wielkości. Temu celowi służą takie formy współpracy międzykomunalnej, jak porozumienia publicznoprawne oraz związki celowe” (s. 165), (j) aglomeracje – jako nowe zjawisko administracyjno-przestrzenne – które „stanowią konsekwencję koncentracji działalności gospodarczej na stosunkowo niewielkim terenie, która pociągnęła za sobą skupienie ludności” (s. 165).

Kolejny fragment poświęcono organizacji administracji samorządowej. Autor podnosi, że „[o]gólny kształt organizacyjny administracji samorządowej wyznacza

zasadniczy podział terytorialny państwa. Samorządowe gminy, powiaty i województwa są ustrojowymi formami organizacji lokalnego życia publicznego. Administracja samorządowa – w przeciwieństwie do administracji rządowej, zorganizowanej o hierarchiczne podporządkowanie, zbudowana jest wedle zasady pomocniczości” (s. 166). Czyni też drobne uwagi do ustroju jednostek samorządu terytorialnego, głównie gminy. Następną kwestia to zadania administracji samorządowej z uwzględnieniem art. 16 Konstytucji RP i stwierdzenie, że „[z]adania publiczne – rządowe i samorządowe – są wzajemnie powiązane, tworząc pewien system” (s. 168 i n.), wskazanie konstrukcji zadań publicznych gminy, powiatu i województwa przy zwróceniu szczególnej uwagi na otwarty system zadań gminy, która może podejmować zadania wykraczające poza te wyraźnie określone przez ustawy. Czytelnika zainteresują prawne formy współdziałania w administracji samorządowej – autor charakteryzuje tu: (1) związek międzygminny (komunalny) i porozumienie komunalne jako publicznoprawne formy współdziałania międzygminnego (powiatowego) powoływane/zawierane w celu wspólnego wykonywania zadania/zadań publicznych czy (2) umowę lub spółkę prawa handlowego jako prywatnoprawne formy współdziałania międzygminnego. We wnioskach końcowych (s. 175 i n.) autor przypomina, że „[s]amorząd terytorialny stanowi podstawową formę organizacyjną administracji pluralistycznej”. Aparat administracji samorządowej jest zintegrowany z systemem społecznym i politycznym, zaś „zadania samorządowe są sprawowane tak, aby zaspokoić lokalne oczekiwania i potrzeby, a ich wykonywanie może prowadzić do różnicowania sytuacji w poszczególnych wspólnotach. Samodzielność samorządu terytorialnego w zakresie wykonywania zadań samorządowych wiąże się ze swobodnym kształtowaniem sposobu realizacji oraz osiąganych celów (efektów), a w prawie ograniczonym stopniu – także z samodzielnym ustalaniem wolumenu zadań (nie dotyczy to zadań obowiązkowych)”.

W rozdziale siódmym poddano krótkiej charakterystyce pozostałe formy decentralizacji administracji publicznej. W uwagach wstępnych twórca książki przytacza określone formy organizacyjnoprawne będące przedmiotem podjętych rozważań. Należą do nich omówione: (1) samorząd zawodowy jako korporacja prawa publicznego (ze szczególnym uwzględnieniem jego zadań, organizacji i nadzoru), (2) samorząd gospodarczy, (3) zakład administracyjny, (4) fundacja publiczna, (5) przedsiębiorstwo użyteczności publicznej. Warto podkreślić, że formy te są kolejnym elementem pluralistycznej administracji, różnicując ją, zarówno w zakresie organizacyjnym, jak i zasad funkcjonowania oraz racjonalności, którymi kierują się w swoim działaniu. Autor poddaje tu analizie rodzaj i charakter wykonywanych zadań publicznych, zakres ich autonomii i przyczyny jego przyznania, system nadzoru i kontroli nad ich działalnością oraz zakres związania ich zasadą legalizmu. Wszystkie zbadane formy decentralizacji wiążą się z nałożeniem się systemu społecznego lub gospodarczego na system administracyjny, co bez wątpienia służy wykorzystywaniu racjonalności kryjących się we wskazanych obu systemach w procesach administrowania. We wnioskach końcowych (s. 193 i n.) podkreśla się, że „[H]ażnikami tych różnorodnych form organizacyjnoprawnych jest wykonywanie zadań publicznych (w przypadku samorządów gospodarczych jest to fakultatywne), szeroki zakres autonomii w zakresie ich wykonywania i ich organizacji wewnętrznej, system nadzoru i kontroli nad ich działalnością oraz ograniczone do pewnych sfer

związanie zasadą legalizmu". Co więcej, formy te wiążą się z zasadą specjalizacji i funkcjonalności.

Ostatni, ósmy rozdział stanowi omówienie podmiotów niepublicznych wykonujących zadania publiczne. W przytoczonych uwagach wstępnych interesujące są zwłaszcza dwie kwestie: „[w]ykonywanie zadań przez podmioty niepubliczne łączyć należy z dwoma tendencjami: zbliżania się jednostki do administracji bądź zbliżania się administracji do jednostki. [...] Wykonywanie zadań publicznych przez podmioty prywatne prowadzi do zmiany roli administracji. Funkcją administracji staje się wówczas nadzorowanie i kontrolowanie, regulowanie sprywatyzowanych sfer oraz motywowanie podmiotów prywatnych do aktywności w sektorze publicznym” (s. 197). Bez wątpienia, wykonywanie zadań publicznych przez podmioty systemu społecznego lub gospodarczego nie jest zjawiskiem wewnątrznie jednorodnym, gdyż wiąże się z istnieniem kilku odrębnych grup zagadnień z tym związanych. Pomysłodawca opracowania w dalszych punktach rozdziału w logicznym porządku opisuje takie zagadnienia, jak: (1) prywatyzacja a wykonywanie zadań publicznych; w ramach tego (a) omawia pojęcie prywatyzacji i jej rodzaje, tj. prywatyzację majątkową, formalną (organizacyjną) i materialną (zadaniową) wraz z ich charakterystyką, (b) prezentuje poglądy nauki polskiej na istotę prywatyzacji, (c) przedstawia na podstawie analizy przepisów prawnych stanowiących podstawy prywatyzacji, które są rozproszone w różnych ustawach i aktach wykonawczych, przykłady obszarów objętych prywatyzacją, np. bezpieczeństwo publiczne (mistrzowie kominarscy, prywatne zakłady weterynaryjne, notariusze), oceny techniczne (np. stacje diagnostyczne, stowarzyszenia techniczne, prywatne biura architektoniczne), działalność normalizacyjna – ustanawianie norm technicznych (np. prywatne stowarzyszenia techniczne i zakłady naukowe), szeroko pojęta administracja świadcząca (np. różne gałęzie gospodarki komunalnej, organizacje społeczne, Kościoły i związki wyznaniowe prowadzące działalność charytatywno-filantropijną czy prywatna oświata bądź media elektroniczne), (d) określa cele prywatyzacji i wskazuje, że decyzje prywatyzacyjne powinny zmierzać do: odciążenia budżetu publicznego, konkurencji, efektywności i pożyteczności oraz usamodzielniania systemu społecznego i gospodarczego, (e) ograniczenia prywatyzacyjne dzieli zaś na: polityczne, ekonomiczne i prawne. Kolejne zagadnienie (2) to partnerstwo publiczno-prywatne (PPP) będące przykładem współpracy systemu administracyjnego z systemem gospodarczym, gdzie w odniesieniu do tego pojęcia, pomimo braku ogólnie akceptowanej definicji, „można przyjąć, że jego istotą jest równoprawność partnerów, którzy w równym stopniu partycypują w efektach oraz ryzyku i odpowiedzialności. Partnerstwo implikuje pewną trwałość (długookresowość) współdziałania. [...] Z samego pojęcia PPP wynika, że jego uczestnikami są z jednej strony podmioty publiczne, a z drugiej zaś prywatne przedsiębiorstwa. Obie strony koncentrują się również na «produkcje końcowym» swojej współpracy” (s. 211 i n.). Następne zagadnienie stanowią (3) osoby fizyczne, co jest związane z tym, że aktywność jednostki na polu sprawowania zadań publicznych jest zjawiskiem znanym od dawna, a współcześnie zjawisko to zyskuje nowe oblicza i oznacza, że wykonywanie zadań publicznych przez osoby fizyczne ma postać: samorzutnych, wolnych inicjatyw osób prywatnych, wolontariatu czy wykonywania zadań publicznych w formie zlecenia zadań lub funkcji administracyjnych. Ostatnią kategorię podmiotów pozostających poza

strukturą administracji publicznej, a dopuszczoną przez państwo do sprawowania administracji publicznej, są (4) organizacje społeczne, tj. osoby fizyczne i kryjące się pod innymi określeniami „organizacje pożytku publicznego, organizacje pozarządowe, organizacje non-profit, organizacje nieochodowe, organizacje trzeciego sektora, organizacje ekologiczne, zrzeszenia, związki” (s. 217 i n.). Autor omawia też (a) problemy legitymizacji organizacji społecznych do sprawowania funkcji administracyjnych i wykonywania zadań publicznych (parlamentarna legitymacja demokratyczna) oraz (b) zakres wsparcia publicznego dla organizacji społecznych (dążenie przez te organizacje do zapewnienia sobie jedynie płynności finansowej, przy czym podstawową formą wsparcia jest przekazywanie środków publicznych w formie dotacji), ponadto (c) charakteryzuje organizacje społeczne jako podmioty administracji świadczącej przy wskazaniu, że „[p]owierzenie organizacji pożytku publicznego wykonywania zadania publicznego oznacza poddanie go w tym zakresie regułom postępowania charakterystycznego dla podmiotu administracyjnego, wiążących się z przestrzeganiem: zasad legalizmu; prowadzenia swojej «administracji» w sposób uporządkowany, bezstronny, w sposób ciągły, oszczędny i gospodarny, skuteczny, przejrzysty (transparentny)” (s. 230). Ostatni problem to (5) zakres odpowiedzialności administracji publicznej oraz podmiotów niepublicznych za wykonywanie zadań publicznych: „[z]delegowanie wykonawstwa zadania publicznego przez administrację na podmiot niepubliczny prowadzi do odciążenia administracji od odpowiedzialności za wszelkie działania operacyjne związane z realizacją danego zadania podejmowane przez wykonawcę, za czasowy brak rezultatu lub jego niewłaściwą jakość. W tym zakresie odpowiedzialność przejmuje podmiot, który podjął się wykonania zadania publicznego” (s. 233 i n.). We wnioskach końcowych (s. 238) istotne znaczenie ma zdanie: „[p]aradoksalnie stałe zbliżanie się, współpraca, współdziałanie, przekazywanie sobie zadań, wiedzy, własnych potencjałów i zasobów, jak i poszerzanie sieci powiązań i zależności doprowadziło do wzrostu autonomii wszystkich systemów, partnerstwa, potencjałów i wzajemnego znaczenia względem siebie poszczególnych systemów”. Z kolei w zakończeniu monografii (s. 243 i n.) autor podnosi: „[z]miana roli administracji w procesach wykonywania zadań publicznych wzmocniła społeczne oczekiwania co do jej odpowiedzialności politycznej za wykonywanie zadań na wszystkich szczeblach administracji”.

Umieszczony w monografii wykaz skrótów jest rozbudowany i tworzą go: (1) źródła prawa, (2) organy i instytucje, (3) publikatory i czasopisma oraz (4) inne skróty. Równie okazały jest wykaz literatury. Uwagę czytelnika zwróca pogrubione fragmenty tekstu, które bez wątpienia są niezwykle pomocne w uporządkowaniu zebranego materiału badawczego. Dodatkową pomoc w tym zakresie stanowi także, zawarty na końcu książki, indeks rzeczowy.

*Paulina Jachimowicz-Jankowska**
DOI: 10.14746/spp.2020.1.29.9

* Paulina Jachimowicz-Jankowska, mgr, Uniwersytet im. Adama Mickiewicza w Poznaniu, e-mail: janpkows@amu.edu.pl, <https://orcid.org/0000-0002-6061-1220>.

Przegląd zagranicznych opracowań naukowych

GOVERNANCE IV – *Hallintaa ja yhteistyötä. Hallintotieteiden valintakoeteos 2019. Vaasan yliopisto ja Tampereen yliopisto* (GOVERNANCE IV – kontrola i współpraca. Materiały do egzaminu wstępnego z administracji w 2019 roku), Kirsi Lehto, Niina Mäntylä, Ilari Karppi (eds), Vaasan yliopisto & Tampereen yliopisto, Vaasa–Tampere 2019, ss. 118, ISBN 978-952-476-842-9¹.

W Polsce zrezygnowano z egzaminów wstępnych na studia, ale do opinii publicznej przedostają się co jakiś czas projekty ich przywrócenia. Warto zatem przyglądać się rozwiązaniom, jakie w tym zakresie przyjęte zostały w innych państwach. Egzaminy wstępne na studia są przeprowadzane na przykład na fińskich uczelniach. Tak jest na uniwersytetach w Tampere i Vaasa, których pracownicy przygotowują materiały dla kandydatów na studia administracyjne. Obie uczelnie prowadzą taki sam egzamin i po jego ukończeniu dana osoba może się ubiegać o przyjęcia na studia albo do Tampere, albo do Vaasa. Tym samym ułatwiono proces rekrutacji i umocniono mobilność w tym fragmencie fińskiego systemu szkolnictwa wyższego.

W 2019 r. ukazało się czwarte wydanie skryptu w serii „Governance” pod redakcją Kirsi Lehto, Niiny Mäntylä oraz Ilarego Karppi. Jest ono wspólną inicjatywą akademików z obu wymienionych uczelni i zasługuje na uwagę od strony dydaktycznej. Kandydaci na studia zapoznają się z ośmioma tematami, dotyczącymi: rozwoju myśli administracyjnej w zakresie teorii kierownictwa, prawnego statusu administracji publicznej, praw człowieka i kultury prawnej, finansów publicznych, zarządzania publicznego, rozwoju regionalnego oraz polityki ochrony środowiska. Rozdziały poprzedzono wprowadzeniem przybliżającym specyfikę studiów administracyjnych i sylwetkę absolwenta obu uniwersytetów. Teksty zostały dobrane nie tylko pod kątem egzaminu, ale również oferowanych modułów zajęć, a autorzy do ich opracowania wykorzystali swój dotychczasowy dorobek naukowy. Skrypt stanowi więc udany przykład połączenia dydaktyki z nauką.

Co istotne, redaktorzy przedstawili także własną wizję nauk administracyjnych, a przypomnieć należy, że studia z zakresu administracji prowadzone są tam na wydziałach zarządzania. Nauki administracyjne, według twórców opracowania, przynależą do stosowanych nauk społecznych. Odnoszą się do nauki administracji, prawa administracyjnego, finansów publicznych, samorządu lokalnego, polityki regionalnej, ochrony środowiska, zarządzania pracą socjalną i w ochronie zdrowia. Ich rozwój notuje się w Finlandii od lat sześćdziesiątych XX w., co wynikało z budowy struktur państwa opiekuńczego. Specyfiką fińską było przeniesienie ciężaru realizacji zadań publicznych w tym zakresie na gminy, które poważnie zwiększyły zakres zadań własnych i poruczonych.

Administracja publiczna ma, zdaniem redaktorów, zapewniać obywatelom stabilność, bezpieczeństwo i dobrobyt, czym zaakcentowali służebną rolę administracji.

¹ Za wyjaśnienia, które ułatwiły mi przygotowanie przedłożonej noty, dziękuję dr Kirsi Lehto z Uniwersytetu w Vaasa.

Podkreślili różnice między sektorami publicznym a prywatnym (np. w zakresie odpowiedzialności politycznej, prawnej, biznesowej), przy jednoczesnym zacieraniu się granic między nimi (dzięki partnerstwu publiczno-prawnemu) i pojawianiu się „hybrydowych” podmiotów administrujących (różnego rodzaju agencji). Spojrzeli na administrację przez pryzmat nauk o zarządzaniu: tworzeniu wartości, relacji z interesariuszami, sieciowości, zarządzania zmianą, zrównoważonego rozwoju, innowacyjności, cyfryzacji, gospodarki opartej na wiedzy, ze świadomością znaczenia tradycyjnej hierarchii. Wytypowali pola badawcze swoiste dla administracji i zarządzania, jak kierownictwo i legalizm, a ponadto status klienta administracji, rozwój regionalny, obszary metropolitalne i restrukturyzacja rejonów przemysłowych.

Omawiana praca została przejrzysto wydana i jest dostępna bezpłatnie online w repozytorium DSpace. Wyodrębnione zostały nagłówki, akapity, cytaty, tabele i wykresy. Spis treści zawiera wbudowane odsyłacze. Dzięki temu książka jest wygodna do lektury na nośnikach elektronicznych, co dla przyszłych studentów ma znaczenie. Rozdziały zostały wyposażone w aparat naukowy, do każdego dodano bibliografię zawierającą także akty normatywne i orzecznictwo przywołane w tekście. Kandydaci już przed egzaminem wstępnym stykają się z publikacją mającą charakter naukowy. Zadanie, które postawili przed sobą redaktorzy, aby zainteresowanym osobom podać przykłady sposobów interpretacji zjawisk ze sfery administracji publicznej, zostało zatem wykonane.

Karol Dąbrowski*
DOI: 10.14746/spp.2020.1.29.10

Przegląd wybranych czasopism zagranicznych

Maria João Mimoso, Maria do Rosário Anjos, *Administrative arbitration in public procurement: A look at Portuguese law* (Arbitraż administracyjny w zamówieniach publicznych: rozwiązania portugalskie), „Juridical Tribune” („Tribuna Juridica”) vol. 9(1), March 2019, s. 196–205

Dopuszczalność korzystania przez portugalskie podmioty publiczne z alternatywnych metod rozwiązywania sporów od dawna nie budzi wątpliwości prawnych. Niemniej jednak Portugalia z niesłabnącą intensywnością propaguje rozwój arbitrażu administracyjnego, w tym w sferze zamówień publicznych. Wraz z implementowaniem do portugalskiego systemu prawa rozwiązań przyjętych w unijnym pakiecie dyrektyw zamówieniowych z 2014 r. rozszerzono spektrum wykorzystania arbitrażu administracyjnego w sferze zamówień publicznych. Asumpt do szerokiej otwartości na ARD dały przede wszystkim: przewlekłość postępowań sądowych toczących się przed sądami publicznymi oraz specjalizacja arbitrów w zakresie zamówień publicznych.

* Karol Dąbrowski, dr, Uniwersytet Marii Curie-Skłodowskiej w Lublinie, e-mail: karol.dabrowski@umcs.edu.pl, <https://orcid.org/0000-0002-4513-3873>.

Wyraz normatywny zachęcania do korzystania z ADR stanowi art. 476 portugalskiej ustawy o zamówieniach publicznych. Syntetyzując wskazany przepis:

1. *expressis verbis* dozwala na rozstrzygnięcie sporów powstałych na etapie realizacji zamówienia z wykorzystaniem ADR (ust. 1);

2. wyraża związanie stron umowy decyzją zamawiającego co do poddania przyszłego sporu rozstrzygnięciu sądu arbitrażowego, wyartykułowaną w dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Jak wskazują autorzy, decyzja zamawiającego wiąże wykonawców, którzy nie tylko nie dysponują analogicznym uprawnieniem, ale nie mają również możliwości wzruszenia decyzji podjętej (*de facto* jednostronnie narzuconej) przez zamawiającego (ust. 2);

3. formułuje regułę prymatu poddawania rozstrzygnięcia sporów stałym sądom arbitrażowym – zinstytucjonalizowanym centrom arbitrażowym (ust. 3). Autorzy jako przykład takich instytucji wskazują Centrum Arbitrażowe ds. cywilnych, handlowych i sporów administracyjnych utworzone przez Radę Regionalną Izby Adwokackiej w Lizbonie czy Centrum Arbitrażu Administracyjnego (CAAD). Uzupełniając w artykule wskazano na powołanie przez Portugalskie Stowarzyszenie ds. zamówień publicznych (Associação Portuguesa dos Mercados Públicos – APMEP) zinstytucjonalizowanego centrum arbitrażowego wyspecjalizowanego w sporach powstałych na gruncie realizacji umów w sprawie zamówień publicznych;

4. nakłada na zamawiającego obowiązek, którego realizacja warunkowana jest poddaniem rozstrzygnięcia sporu sądowi arbitrażowemu niepozostającym w zinstytucjonalizowanym ośrodku arbitrażowym. Obowiązek ten polega na konieczności analizy kosztów wynikających z poddania sprawy rozstrzygnięciu takiemu sądowi arbitrażowemu (ust. 4). Powyższe wynika z zasadniczo wyższych kosztów sądownictwa arbitrażowego, określonego mianem sądownictwa *ad hoc*;

5. wyraża uprawnienie do zaskarżenia orzeczenia sądu arbitrażowego do sądu administracyjnego warunkowane wartością sporu. Próg ustawowy został wyznaczony na kwotę 500 000 euro (ust. 5), a więc stosunkowo wysoką kwotę nominalną. Powyższe istotnie ogranicza zakres zastosowania wspomnianego uprawnienia.

Autorzy wskazują na wątpliwości prawne ujawniające się w przyjętych przez ustawodawcę rozwiązaniach w szczególności w zakresie ust. 2 i 5 art. 476 portugalskiej ustawy o zamówieniach publicznych. W pierwszym zakresie autorzy podkreślają odstąpienie od reguły dobrowolności poddania rozstrzygnięcia sądowi arbitrażowemu. Pomimo że arbitraż w sferze zamówień publicznych nie jest obligatoryjny, to skorzystanie przez zamawiającego z uprawnienia do apriorycznego poddania przyszłych sporów pod rozstrzygnięcie sądu arbitrażowego wiąże każdego wykonawcę ubiegającego się o uzyskanie zamówienia. W konsekwencji podmioty ubiegające się o uzyskanie zamówienia zmuszone są, pod wpływem decyzji zamawiającego, zrezygnować z prawa do kierowania środkami ochrony prawnej do sądów państwowych. Decyzja zamawiającego wiąże wykonawcę nie tylko w zakresie samego skorzystania z ADR, lecz również reguł, na jakich powyższe następuje. Zamawiający zyskuje zatem władztwo nad sposobem rozstrzygnięcia przyszłych sporów zarówno w warstwie instytucjonalnej, jak i proceduralnej.

Przyjęte w portugalskiej ustawie o zamówieniach publicznych rozwiązania ukazuje ewolucję arbitrażu w prawie publicznym (od dobrowolności do obligatoryjności). Jak wskazują autorzy, rozwiązanie to uprzednio zostało już zastosowane

w sprawach podatkowych, w których to słabsza strona – podatnik – dokonuje wyboru pomiędzy drogą sądową a drogą arbitrażową. Dokonany przez podatnika wybór wiąże organ podatkowy.

Autorzy wskazują także na wątpliwości natury konstytucyjnej rodzące się wobec kwotowej limitacji prawa do kwestionowania orzeczeń wydanych przez sądy arbitrażowe oraz relacji, jaka zachodzi pomiędzy art. 476 ust. 5 portugalskiej ustawy o zamówieniach publicznych a pozostałymi przepisami dotyczącymi wyroków sądów arbitrażowych. Ograniczenie kwotowe prawa do podważenia orzeczenia sądu arbitrażowego przed sądem publicznym, w szczególności w świetle reguły przyjętej w art. 476 ust. 2 przywoływanego aktu, może naruszać prawo do sądu i godzić w interesy wykonawców kontraktów publicznych.

Konrad Różowicz

DOI: 10.14746/spp.2020.1.29.11

Paola Solombrino, *The in house providing as a self-organization model for the public administration (Zamówienia in-house jako element modelu samoorganizacji administracji publicznej)*, „The Juridical Current” („Le Courant Juridique”) vol. 79, December 2019, s. 74–90

Działania podmiotów publicznych w sferze gospodarczej, w tym przejawiające się w nabywaniu towarów lub usług, stanowią istotny element procesu integracji europejskiej. Jak wskazuje Paola Solombrino, ze względu na doniosłą rolę oddziaływania podmiotów publicznych na kształtowanie unijnej gospodarki sposób nabywania towarów lub usług każdorazowo musi pozostawać w zgodności z Traktatem o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (TFUE), który z jednej strony kładzie nacisk na kwestie rynkowe, a z drugiej na prawa państw członkowskich do samoorganizowania administracji publicznej. Z powyższym korespondują regulacje zamówieniowe, które ograniczając wpływają na swobodę podmiotów publicznych w nabywaniu dostaw, usług lub robót budowlanych. Niemniej jednak, zdaniem autorki, nie uchylają one prawa podmiotów publicznych do wyboru pomiędzy eksternalizacją a internalizacją realizacji zadań publicznych, a także nie ustanawiają paradygmatu zamówień publicznych.

W unijnym prawie zamówień publicznych dopuszczalność stosowania zamówień in-house (art. 12 dyrektywy 2014/24/UE) stanowi wyraz próby pogodzenia otwartości na konkurencję oraz prawa państw członkowskich do samoorganizowania administracji publicznej. Powyższe autorka zestawia z regulacjami prawa włoskiego oraz orzecznictwem włoskich sądów, które zamówienia in-house postrzegają jako wyjątek od realizacji zadań publicznych poprzez eksternalizację ich wykonania. Przyjęta przez ustawodawcę oraz judykaturę optyka ma bezpośrednie przełożenie na praktykę realizacji zadań publicznych, wobec istnienia we Włoszech wielu spółek publicznych, w tym spółek komunalnych, powołanych do realizacji zadań publicznych, np. w sektorze odpadów komunalnych, transportu, usług cmentarnych czy utrzymania dróg. Autorka szczegółowo odnosi kwestię zamówień wewnętrznych do branży IT, która zyskuje na coraz większym znaczeniu w dobie informatyzacji administracji publicznej. Jej rozwój, w połączeniu z konieczno-

ścią dbałości o przestrzeganie m.in. regulacji dotyczących ochrony danych osobowych, otwiera nową przestrzeń dla rozważań dotyczących zamówień wewnętrznych.

Regulacje art. 12 dyrektywy 2014/24/UE zostały przeniesione do art. 5 włoskiej ustawy o zamówieniach publicznych (Code of public contracts). W swojej konstrukcji nie odbiegają one od unijnego pierwowzoru, tj. wyrażają wyłączenie stosowania przepisów dotyczących zamówień publicznych. Zostały one uzupełnione regulacjami swoistymi dla prawa włoskiego (specjalnym reżimem dla udzielania zamówień wewnętrznych). Przepis art. 192 ust. 1 włoskiej ustawy o zamówieniach publicznych ustanawia obowiązek zgłoszenia udzielania zamówienia in-house włoskiemu urzędowi antykorupcyjnemu (The Italian Anticorruption Authority). Obowiązek ten ma charakter informacyjny, a dokonywany na jego podstawie wpis do rejestru instytucji zamawiających i podmiotów zamawiających działających w formule in-house ma charakter deklaratoryjny. Nie warunkuje on dopuszczalności udzielenia zamówienia in-house w sposób, w jaki czynią to przesłanki wyrażone w art. 5 włoskiej ustawy o zamówieniach publicznych. Realizacja obowiązku rejestracyjnego nie rodzi domniemania zgodności udzielenia zamówienia wewnętrznego z przepisami włoskiej ustawy o zamówieniach publicznych. Spełnienie obowiązku ma służyć zwiększeniu transparentności współpracy bezpośredniej pomiędzy członkami struktury administracji publicznej. Podobne znaczenie ma obowiązkowe ujawnienie poprzez opublikowanie w ogólnodostępnym formacie danych oraz w sposób transparentny aktów regulujących materię współpracy publiczno-publicznej z wyjątkiem sklasyfikowanych jako poufne (art. 192 ust. 3 włoskiej ustawy o zamówieniach publicznych). Obowiązek ustawowy obejmuje również konieczność aktualizowania opublikowanych informacji. Rozpowszechnieniu ulegają zatem także akty modyfikujące sposób wykonania zadania publicznego.

Limitująco na możliwość udzielenia zamówienia in-house wpływa art. 192 ust. 2 omawianego aktu. Wskazany przepis wyraża obowiązek przeprowadzenia analizy ekonomicznej, porównującej koszt realizacji zamówienia wewnętrznego z kosztem powstałym w przypadku udzielenia zamówienia publicznego (test zasadności wysokości wynagrodzenia podmiotu wewnętrznego). Wskazany obowiązek ma sprzyjać efektywności wydatkowania środków publicznych i niedoprowadzeniu do sytuacji, w której wybrany sposób realizacji zadania będzie generował po stronie podmiotu wewnętrznego nieuzasadnione zyski. Analiza musi ponadto określić przyczyny odstąpienia od nabycia towarów lub usług w warunkach wolnorynkowych oraz wykazać korzyści wynikające z wyboru zinternalizowanej metody realizacji zadania publicznego w celu udowodnienia wyboru optymalnej metody zarządzania procesem nabywczym.

Pomimo że regulacje ustawowe nie formułują pierwszeństwa zamówień publicznych nad innymi formami realizacji zadań, w tym – jak podkreśla autorka – zamówieniami wewnętrznymi czy partnerstwem publiczno-prywatnym, to jednak wprowadzając dodatkowe wymogi względem zamówień in-house, ograniczają zakres stosowania form alternatywnych.

*Konrad Różowicz**

DOI: 10.14746/spp.2020.1.29.12

* Konrad Różowicz, mgr, Uniwersytet im. Adama Mickiewicza w Poznaniu, e-mail: kr25863@amu.edu.pl, <https://orcid.org/0000-0001-5885-4859>.

V. SPRAWOZDANIA I INFORMACJE

Sprawozdanie z Międzynarodowej Konferencji Naukowej „100 lat Policji – historia, tradycja i terażniejszość”, Iwonicz, 13–14 czerwca 2019 r.

W dniach 13–14 czerwca 2019 r. w Międzynarodowym Centrum Edukacji Ekologicznej Zespół Pałacowo-Parkowy Uniwersytetu Rzeszowskiego w Iwoniczu odbyła się Międzynarodowa Konferencja Naukowa „100 lat Policji – historia, tradycja i terażniejszość” zorganizowana przez Katedrę Prawa Publicznego i Katedrę Prawa Policyjnego Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Rzeszowskiego¹, przy współpracy z Katedrą Prawa i Administracji Wydziału Zarządzania Politechniki Rzeszowskiej, Stowarzyszeniem Ius Publicum, Komendą Wojewódzką Policji w Rzeszowie oraz Zarządem Wojewódzkim Niezależnego Samorządnego Związku Zawodowego Policjantów w Rzeszowie. Udział w niej wzięli wybitni przedstawiciele nauki z ośrodków naukowych w Polsce, a także goście ze Słowacji i Ukrainy oraz liczni przedstawiciele Policji (komendanci miejscy i powiatowi z województwa podkarpackiego) i związków zawodowych. Obecni na Konferencji byli też studenci Wydziału Prawa i Administracji UR, którzy w dalszej części Konferencji obradowali wraz z przedstawicielami nauki i praktyki w odrębnym panelu dyskusyjnym.

Uroczystego otwarcia konferencji i przywitania przybyłych gości dokonali prof. zw. dr hab. Elżbieta Ura – kierownik Katedry Prawa Publicznego oraz prof. zw. dr hab. Stanisław Pieprzny – kierownik Katedry Prawa Policyjnego. W powitaniu wskazano, że przedmiotowe wydarzenie stało się okazją do włączenia się w cykl jubileuszowych przedsięwzięć podejmowanych z okazji 100-lecia odzyskania niepodległości przez Polskę i 100-lecia Policji. Wskazano, że celem konferencji jest retrospektywne spojrzenie na działalność Policji z uwzględnieniem aktualnych realiów społeczno-politycznych. W tej części głos zabrali też dr hab. Marta Pomykała, prof. PRz, nadinsp. Henryk Moskwa – Komendant Wojewódzki Policji, i asp. szt. Józef Bąk – Przewodniczący Zarządu Wojewódzkiego NZZZP w Rzeszowie. Część inauguracyjną zakończyła swoim wystąpieniem Dziekan Wydziału Prawa i Administracji UR prof. dr hab. Elżbieta Feret, która podkreśliła, jak ważną rolę w rozwoju polskiej nauki odgrywa współpraca pomiędzy poszczególnymi ośrodkami akademickimi i praktykami. Zwróciła również uwagę na to, że temat konferencji jest niezwykle aktualny, zwłaszcza w roku jubileuszowym.

¹ Od 1 X 2019 r. w wyniku reformy nastąpiło przekształcenie Katedry Prawa Publicznego w Zakład Prawa i Postępowania Administracyjnego, a Katedry Prawa Policyjnego w Zakład Prawa Policyjnego. W miejsce Wydziału utworzono Instytut Nauk Prawnych.

Konferencja składała się z trzech sesji. Sesję pierwszą prowadził prof. zw. dr hab. Bronisław Sitek. Pierwszy z referatów dotyczył ewolucji pojęcia „formacja” w polskim prawie policyjnym. Temat został przedstawiony przez dra hab. Jarosława Dobkowskiego, prof. UWM w Olsztynie. Referent stwierdził, że użycie przez ustawodawcę pojęcia „formacja” na określenie istoty pewnego podmiotu administracyjnego oznacza paramilitarny sposób jego organizacji wewnętrznej. Podkreślił także, że zakres tego pojęcia nie obejmuje jednak cech często towarzyszących, jak określony sposób wykonywania czynności zewnętrznych, np. przez funkcjonariuszy, a także umundurowanie i uzbrojenie.

Kolejny referat „Modele administracji policyjnej w zmieniających się uwarunkowaniach istnienia Polski” został wygłoszony przez dra hab. Piotra Dobosza, prof. UJ. W wystąpieniu referent prowadził rozważania koncentrujące się na problematyce policyjnej okresu od odzyskania niepodległości przez Polskę w 1918 r. aż do dnia dzisiejszego.

W dalszej części głos zabrał dr hab. Marek Mączyński, prof. UJ, który wygłosił referat „Samorząd terytorialny a policja w II RP”. Przedstawił w ujęciu historycznym zagadnienia związane z organizowaniem i uruchomieniem po odzyskaniu niepodległości własnego aparatu bezpieczeństwa publicznego i tworzeniem podstaw prawnych jego funkcjonowania.

Kolejny referat, również w kontekście historycznym, „Powstanie Policji Państwowej w powiecie rzeszowskim (1919–1920)” wygłosił m. insp. dr Mariusz Skiba z KWP w Rzeszowie. Zwrócił m.in. uwagę, że proces organizowania struktur Policji Państwowej w powiecie rzeszowskim przebiegał w specyficznych warunkach wynikających z wypracowanego w pierwszym roku niepodległości systemu zapewnienia bezpieczeństwa, opierającego się na funkcjonowaniu w powiecie i współpracy trzech formacji: żandarmerii, policji wojskowej i policji miejskiej.

Dr Andrzej Pakuła z Uniwersytetu Wrocławskiego przedstawił problematykę związaną z pozycją prawną Komendanta Głównego Policji w ustroju administracji rządowej III RP. W tej części obrad referat „Władztwo organów Policji w multicytrycznym systemie źródeł prawa” wygłosiła prof. dr hab. Iwona Niżnik-Dobosz (UJ). Zwróciła uwagę na to, że członkostwo Polski w Unii Europejskiej stawia nowe wyzwania w zakresie bezpieczeństwa i porządku publicznego na terenie państwa członkowskiego UE, w tym jako elementu wspólnej przestrzeni europejskiej. Istotnego znaczenia nabiera tu Ustawa z dnia 7 lutego 2014 r. o udziale zagranicznych funkcjonariuszy lub pracowników we wspólnych operacjach lub wspólnych działaniach ratowniczych na terytorium RP.

Ostatni referat w pierwszej sesji został wygłoszony przez dra hab. Jerzego Korczaka, prof. UW. W swoim wystąpieniu zwrócił on uwagę, że Policja wykonuje zadania nie tylko przy użyciu władczych form działania, ale również, o czym często się zapomina, w formach niewładczych. Są to działania, które nie opierają się na przymusie, a skutecznie oddziałują na społeczeństwo w zakresie bezpieczeństwa i porządku publicznego.

Sesję drugą prowadził prof. zw. dr hab. Jerzy Stelmasiak. Pierwszy referat „Odpowiedzialność Skarbu Państwa za działalność Policji” wygłosił prof. zw. dr hab. Bronisław Sitek, zwracając uwagę, że w trakcie wykonywania powierzonych Policji zadań może dochodzić i dochodzi do powstania szkody lub krzywdy, co stanowi

podstawę do dochodzenia przez poszkodowanych odszkodowania lub zadośćuczynienia. Policja korzysta z zastępstwa procesowego, jakie daje Prokuratoria Generalna Rzeczypospolitej Polskiej. Analiza danych statystycznych pozwala stwierdzić, że procesów, w których Prokuratoria zastępuje Policję, tak naprawdę nie jest wiele i liczba ta od lat kształtuje się w granicach 110 spraw rocznie. Referent wskazał, iż wnioskiem finalnym jego wystąpienia jest stwierdzenie, że istnieje potrzeba znowelizowania ustawy o Policji i wprowadzenia do niej wyraźnego przepisu, z którego wynikałaby odpowiedzialność Skarbu Państwa za działania Policji, oraz nakazania obowiązkowego udziału radców Prokuraturii w tych sprawach.

Kolejna prelegentka, dr hab. Barbara Jaworska-Dębska, prof. UŁ, poruszyła temat „Policja a nietrzeźwość publiczna”. Autorka ukazała zmieniające się na przestrzeni prawie stu lat sposoby ujmowania zjawiska nietrzeźwości na gruncie normatywnym oraz przeobrażającej się w tym czasie roli Policji w tym zakresie.

Referat „Rola Policji w zwalczaniu przestępczości gospodarczej” wygłosił mł. insp. dr Bartłomiej Kowalski z KWP w Rzeszowie. W swoim wystąpieniu wskazał, że ze względu na to, iż przestępczość gospodarcza jest zjawiskiem, które godzi zarówno w bezpieczeństwo podmiotów prowadzących działalność gospodarczą, jak i w każdego obywatela, poszczególne obszary związane z tego rodzaju przestępczością winny być w stałym zainteresowaniu organów Policji. Ewolucja charakteru i rodzaju przestępstw zaliczanych do przestępstw gospodarczych oraz ich coroczny wzrost w porównaniu ze spadkiem liczby przestępstw pospolitych powinny być podstawą do dokonania zmian kadrowych i organizacyjnych w ramach Policji. Utrzymujący się od kilkunastu lat proces zmniejszania się liczby przestępstw *stricte* kryminalnych oraz rozwój poszczególnych obszarów przestępczości gospodarczej, w tym zorganizowanej przestępczości ekonomicznej, wskazuje na konieczność doetatowania pionu odpowiedzialnego za walkę z przestępczością gospodarczą.

Dr hab. Magdalena Sitek, prof. WSGE, przedstawiła natomiast interesujące rozważania na temat „Prawa człowieka w działalności Policji”, wskazując, że konieczne jest budowanie świadomości u policjantów znaczenia praw człowieka w toku ich służby i kształtowania zdolności podejmowania trafnych decyzji, niekiedy w bardzo trudnych sytuacjach. Ich działania są oceniane przez społeczeństwo, polityków, ale ostatecznie przez sądy.

Kolejny referat został wygłoszony przez prof. zw. dra hab. Stanisława Pieprznego, który przedstawił relatywizm wartości etyczno-moralnych funkcjonariuszy służb policyjnych. Prelegent podkreślił, że jubileuszowy rok jest okazją do refleksji, iż funkcjonariusze służb policyjnych w całym stuleciu ponosili liczne ofiary związane z codzienną walką z przestępczością oraz utrzymaniem bezpieczeństwa i porządku publicznego. Ofiarność ta w kalkulowana jest w ryzyko policyjnej służby i stanowi najwyższy akt poświęcenia dla społeczeństwa i państwa. Oprócz tej szlachetnej ofiarności funkcjonariusze formacji policyjnych ponosili też ofiary związane z wojną, zmianami ustrojowymi i historycznymi zakrętami. Funkcjonariusze tych służb doznawali i doznają też często wykluczenia i skazywani są na społeczną banicję nie za własne czyny, ale za niemoralność ówczesnej władzy politycznej, której przedstawiciele zazwyczaj nie ponoszą odpowiedzialności.

Przedostatni referat w tej sesji „O potrzebie zmian regulacji odpowiedzialności dyscyplinarnej funkcjonariuszy Policji” wygłosiła dr Monika Kapusta (UŁ),

podkreślając, że zaufanie do osób pełniących służbę w Policji powinno być priorytetem dla organów państwa. Z tego względu sposób prowadzenia postępowań dyscyplinarnych wymaga przemyślenia. W pierwszej kolejności należałoby zwerfikować, czy bardziej restrykcyjne traktowanie obwinionych nie doprowadziłoby do zmniejszenia liczby przewinień dyscyplinarnych. Nie jest bowiem dopuszczalne, by osoby, które winny stać na straży prawa, swymi działaniami prowadziły do niweczenia jego wartości. W państwie prawnym siła i prestiż Policji muszą być oparte na fundamentach prawa stanowionego i stosowanego dla dobra wspólnego i wszystkich tych, którzy je tworzą.

Na zakończenie panelu drugiego wystąpiła kom. dr Bogusława Sebastianka z KWP w Rzeszowie, przedstawiając „Funkcjonowanie Funduszu Wsparcia Policji w Komendzie Wojewódzkiej Policji w Rzeszowie”. Prelegentka podkreśliła, że obecnie faktem niepodważalnym jest to, iż Fundusz Wsparcia Policji odgrywa niebagatelną rolę w kreowaniu polityki finansowej wielu jednostek Policji, która bezsprzecznie przekłada się na jakość realizacji ustawowych zadań formacji w zakresie troski o bezpieczeństwo obywateli.

Trzeciej sesji w panelu studenckim przewodniczył dr hab. Piotr Szreniawski. Pierwszy referat „Kompania 10 („I”) Rezerwy policyjnej w Jarosławiu (1938–1939)” został wygłoszony przez podkom. dra Marcina Dziubaka z KWP w Rzeszowie. Zwrócona została uwaga, że Kompania ta istniała zaledwie przez szesnaście miesięcy, od maja 1938 do pierwszych dni września 1939 r., lecz realizując stawiane jej zadania, w istotny sposób wpływała na stan bezpieczeństwa i porządku publicznego zarówno na terenie ówczesnego województwa lwowskiego, jak i innych obszarów, na które była delegowana. Pełniący służbę w jej szeregach funkcjonariusze niejednokrotnie narażali swoje zdrowie i życie, służąc i pomagając mieszkańcom II Rzeczypospolitej.

W dalszej kolejności występowali: dr Bogdan Jaworski (UR) z referatem na temat kształtowania stosunków w Policji poprzez akty prawa administracyjnego; dr hab. Marian Liwo, prof. WSH w Sosnowcu, prezentując referat „Bezpieczeństwo i higiena służby w Policji jako jednej ze służb mundurowych”, dr Adam Pietrzkie-wicz z Akademii Humanistyczno-Ekonomicznej w Łodzi z referatem na temat roli i miejsca Policji Państwowej w zapobieganiu i ściganiu przestępstw i wykroczeń.

Interesujące referaty przygotowali studenci Wydziału Prawa i Administracji UR, co świadczy o ich zainteresowaniu problematyką policyjną oraz bezpieczeństwa i porządku publicznego: Katarzyna Kloc i Patrycja Bosowska przedstawiły „Rys historyczny policji państwowej oraz komparatystyczne ujęcie zadań policji na przestrzeni lat w Polsce”, Andżelika Pokrywka wygłosiła referat „Polska Policja a Policja Niemiecka – wybrane zagadnienia”, a Ewa Prokop przedstawiła problematykę związaną ze strukturą i zadaniami służb policyjnych w Polsce i we Włoszech.

Konferencja zakończyła się wspólnymi obradami podsumowującymi. W dyskusji uczestnicy konferencji podkreślili, że prawo musi szybko reagować na wszelkie zmiany społeczne, ekonomiczne, polityczne itd. Natomiast tego typu spotkania naukowe pomagają zrozumieć i przeanalizować te przekształcenia. Zaznaczyli, że konferencja dała okazję do zaprezentowania różnorodnych spojrzeń na rzeczywistość policyjną w ramach obchodzonego jubileuszu. Jej charakter stanowił oryginalny wkład w obchody 100-lecia Policji i 100-lecia odzyskania przez Polskę niepodległości. Treść poszczególnych referatów dotyczyła w głównej mierze

zagadnień ustrojowo-organizacyjnych i funkcjonowania Policji na różnych etapach historii Polski liczonej od odzyskania niepodległości w 1918 r., a także prawnych form działania. Dyskutanci podkreślili też, że wielość i różnorodność tematyczna ukazana podczas wygłaszania referatów jest z jednej strony jubileuszowym akordem poświęconym temu wydarzeniu, a z drugiej – stanowi cenne źródło wiedzy o formacjach policyjnych odpowiedzialnych za bezpieczeństwo i porządek publiczny w minionym 100-leciu.

Paulina Ura

* Paulina Ura, dr, Uniwersytet Rzeszowski, e-mail: urapaulina@op.pl, <https://orcid.org/0000-0001-6665-5761>.

