



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),
Gabriella 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 Krzyško

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 2 (30)

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 WAŚOWSKA

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. 14,00. Ark. druk. 13,75

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

SPIS TREŚCI

I. ARTYKUŁY

KRYSZYNA WOJTCZAK, <i>Tytuł profesora w pierwszych latach przemian ustrojowych Rzeczypospolitej Polskiej</i>	9
SŁAWOMIR PAWŁOWSKI, <i>Lex developer – analiza porównawcza projektu pierwotnego specustawy mieszkaniowej z ostatecznie uchwaloną ustawą</i>	49
MAGDALENA JAŚ-NOWOPOLSKA, DANIEL MENGELER, <i>The Federal Constitutional Court Decisions: „The Right to be Forgotten I” and „The Right to be Forgotten II” – The Expectation of Increased Cooperation with the Concurrent Need to Maintain Independence</i>	69
MARKÉTA BEDNÁŘOVÁ, EVA LÁSKOVÁ, <i>Long-Term Residence Permit in the Czech Republic, Slovak Republic and the Republic of Poland</i>	89
WALDEMAR WALCZAK, <i>Instrumentalne wykorzystywanie władzy sędziowskiej po wyroku TSUE – wieloaspektowa analiza legalnej korupcji</i>	107
ALEKSANDRA PYKA, <i>Ocena skutków dla ochrony danych</i>	161

II. KOMENTARZE, OPINIE, POLEMIKI

DANUTA BINIASZ-CELKA, <i>Rola Towarzystwa Budownictwa Społecznego w zaspokajaniu lokalnych potrzeb mieszkaniowych</i>	181
---	-----

III. PRZEGLĄD PIŚMIENNICTWA

Przegląd polskich opracowań naukowych

Mariusz Mamczarek, <i>Ochrona zbiorowych praw i interesów konsumentów, pacjentów oraz pasażerów w transporcie kolejowym. Komentarz praktyczny z orzecznictwem, seria Komentarze & Linia orzecznicza, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2019 (opr. PAULINA JACHIMOWICZ-JANKOWSKA)</i>	203
--	-----

Przegląd zagranicznych opracowań naukowych

Peter N. Salib, <i>The Law of Banksy: Who Owns Street Art? (Prawo Banksy’ego: Kto jest właścicielem street artu?)</i> , „University of Chicago Law Review” 2016, vol. 83, no. 4 (opr. PIOTR SZULC)	213
--	-----

- Geraint Ellis, *Discourses of Objection: Towards an Understanding of Third-party Rights in Planning* (W kierunku zrozumienia uprawnień podmiotów trzecich w planowaniu przestrzennym), „Environment and Planning A: Economy and Space” 2004, vol. 36 (opr. PIOTR SZULC) 214

IV. SPRAWOZDANIA I INFORMACJE

- Sprawozdanie z Ogólnopolskiej Konferencji Naukowej Prawniczych Zawodów Zaufania Publicznego „Odpowiedzialność dyscyplinarna osób wykonujących prawnicze zawody zaufania publicznego”, Toruń, 12 grudnia 2019 r. (opr. KAROLINA ROKICKA-MURSZEWSKA, TOMASZ KUCZYŃSKI) 217

TABLE OF CONTENTS

I. PAPERS

KRYSZYNA WOJTCZAK, <i>The Title of Professor in the First Years Following the Political Transformation in Republic of Poland</i>	9
SŁAWOMIR PAWŁOWSKI, <i>Lex Developer – a Comparative Analysis of the Project of the Original Special Housing Act with the Act Finally Passed</i>	49
MAGDALENA JAŚ-NOWOPOLSKA, DANIEL MENGELER, <i>The Federal Constitutional Court Decisions: “The Right to be Forgotten I” and „The Right to be Forgotten II” – The Expectation of Increased Cooperation with the Concurrent Need to Maintain Independence</i>	69
MARKÉTA BEDNÁŘOVÁ, EVA LÁSKOVÁ, <i>Long-Term Residence Permit in the Czech Republic, Slovak Republic and the Republic of Poland</i>	89
WALDEMAR WALCZAK, <i>Instrumental Use of Judicial Power After the Judgment of the TSUE – Multidimensional Analysis of Legal Corruption</i>	107
ALEKSANDRA PYKA, <i>Data Protection Impact Assessment</i>	161

II. COMMENTARIES, OPINIONS AND POLEMICS

DANUTA BINIASZ-CELKA, <i>The Role of Social Housing Society in Meeting Local Housing Needs</i>	181
--	-----

III. LITERATURE REVIEW

Review of Polish literature

Mariusz Mamczarek, <i>Protection of the Collective Rights and Interests of Consumers, Patients and Passengers in Rail Transport. Practical Commentary on Rulings, series Commentaries & Case-law, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2019 (by PAULINA JACHIMOWICZ-JANKOWSKA)</i>	203
---	-----

Review of foreign literature

Peter N. Salib, <i>The Law of Banksy: Who Owns Street Art?</i> , „University of Chicago Law Review” 2016, vol. 83, no. 4 (by PIOTR SZULC)	213
---	-----

Geraint Ellis, <i>Discourses of Objection: Towards an Understanding of Third-party Rights in Planning</i> , "Environment and Planning A: Economy and Space" 2004, vol. 36 (by PIOTR SZULC)	214
--	-----

IV. REPORTS AND INFORMATION

Report from the National Scientific Conference of Legal Professions of Public Trust devoted to "Disciplinary Liability of Persons Practising Legal Professions of Public Trust", Toruń, 12 December 2019 (by KAROLINA ROKICKA-MURSZEWSKA, TOMASZ KUCZYŃSKI)	217
---	-----

I. ARTYKUŁY

KRYSTYNA WOJTCZAK*

Tytuł profesora w pierwszych latach przemian ustrojowych Rzeczypospolitej Polskiej

Wprowadzenie

Okres transformacji ustrojowej nacechowany nadzieją wdrożenia w Polsce nowej rzeczywistości prawnej i społecznej budził w społeczeństwie emocje skierowane nie tylko na zmiany ustroju państwa i jego organów. W równym stopniu oczekiwano zmian w strukturach organizacyjnych innych podmiotów prawa i sferach ich aktywności, w tym także – w szkołach wyższych oraz instytutach naukowych i powierzonych im zakresach działania w dziedzinie badań naukowych oraz prowadzenia postępowań w sprawie nadania stopnia i tytułu naukowego. Ten entuzjazm, w ówczesnym czasie słuszny i uzasadniony, miał różną wagę. W odniesieniu do nauki potęgował potrzebę stworzenia warunków służących szerszemu pojmowaniu wolności prowadzenia badań naukowych. W odniesieniu zaś do awansów naukowych, w tym nadawania tytułu profesora, był propozycją wyraźnego odejścia od rozwiązań obowiązujących w tym zakresie przed rokiem 1990.

Dla oceny rzeczywistej wartości rozwiązań przyjętych Ustawą z dnia 12 września 1990 r. o tytule naukowym i stopniach naukowych¹ nie bez znaczenia pozostaje zatem odwołanie się do rozwiązań prawnych w zakresie warunków i trybu postępowań prowadzących do nadania

* Krystyna Wojtczak, prof. UAM dr hab., Uniwersytet im. Adama Mickiewicza w Poznaniu, e-mail: wojtczak@amu.edu.pl, <https://orcid.org/0000-0002-5425-5610>.

¹ Dz.U. Nr 65, poz. 386 ze zm.

tytułu profesora w brzmieniu obowiązującym przed ich uchyleciem. Jest to zabieg konieczny dla podkreślenia kierunku i zasięgu zmian zaproponowanych ustawą z 1990 r., zwłaszcza dla wskazania, w jakim stopniu i zakresie są to rozwiązania innowacyjne, nacechowane wolnością nauki i nowo ukształtowanymi warunkami postępowania o nadanie tytułu naukowego. Dla oceny zaś, czy rozwiązania przyjęte ustawą z 1990 r. były wystarczające i w istocie dobrze służyły jakości awansów naukowych, nie sposób pominąć treści aktu kolejnego, z 2003 r.², ustawę tę uchylającego. Dopiero opierając się na rozwiązaniach przyjętych w brzmieniu obowiązującym przed rokiem 1990 oraz tych wdrożonych ustawą z roku 2003 w jej brzmieniu pierwotnym, można ustalić i wywieść wnioski o znaczeniu i wadze rozwiązań dotyczących tytułu profesora obowiązujących pod rządami ustawy z 1990 r. Dla osiągnięcia celu rozważań objętych tytułem artykułu przyjęty układ badań jest szczególnie ważny także z innej przyczyny. Z jednej strony stawia zagadnienie nadawania tytułu profesora w okresie przejścia od rozwiązań obowiązujących w Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej do unormowań przyjętych w pierwszych latach przemian ustrojowych, z drugiej zaś strony podejmuje ocenę rozwiązań ustawy z 1990 r., z uwzględnieniem tła unormowań kolejnych (nowych), wprowadzonych w tym zakresie już w silniej ugruntowanej Rzeczypospolitej Polskiej³.

Nie może dziwić, że były to rozwiązania różne. Bez względu jednak na to, pod rządami której z ustaw objętych tu analizą obowiązywały, ich cechą wspólną wyznaczały etapy postępowania o nadanie tytułu naukowego, począwszy od jego wszczęcia, po zakończenie nadaniem tytułu profesora. Celem artykułu jest ich ukazanie i ustalenie, czy, a jeśli tak, to w jakim stopniu, ówczesne uwarunkowania prawne i faktyczne dyktowały potrzebę zmian w tym zakresie, przede wszystkim zaś, czy wprowadzone, począwszy od roku 1990, zmiany w istocie służyły podnoszeniu jakości wyników działalności naukowej kandydatów do tytułu naukowego, czy też przez zliberalizowanie ustawowo przyjętych rozwiązań w zakresie trybu i warunków postępowania o nadanie tego tytułu były propozycją prowadzącą do osłabienia tej wartości.

² Ustawa z dnia 14 III 2003 r. o stopniach naukowych i tytule naukowym (brzmienie pierwotne – Dz.U. Nr 65, poz. 595).

³ O społecznej stronie procesu przemian tych lat i jego wpływie na zmiany hierarchii prestiżu kadry naukowej zob. M. Kuniński, *Pracownik naukowy w otoczeniu społecznym. Status społeczny i powinności*, w: *Meandry kariery naukowej*, pod red. S. Bilińskiego, Kraków 2016, s. 15–16.

1. Uwarunkowania prawne prowadzące do nadania tytułu profesora przed 1990 r.⁴

Zgodnie z obowiązującym przed 1990 r. porządkiem prawnym zagadnienie tytułu profesora regulowała Ustawa z dnia 31 marca 1965 r. o stopniach naukowych i tytułach naukowych⁵. Jej wagę podkreślało odstąpienie po raz pierwszy, począwszy od roku 1920, od normowania spraw stopni i tytułów naukowych prawem szkolnictwa wyższego. To nowe na ówczesne czasy podejście do spraw szkolnictwa wyższego i nauki bez wątpienia było rewolucyjne. Z jednej strony uzasadniane dalej idącymi przeobrażeniami państwa socjalistycznego i jego potrzebami ukierunkowanymi na rozszerzenie potencjału odpowiednio wykwalifikowanej kadry naukowo-dydaktycznej w szkołach wyższych oraz kadry naukowej instytutów naukowych funkcjonujących poza tymi szkołami, z drugiej strony potrzebą uporządkowania odrębnym aktem ustawowym spraw awansów naukowych, w tym kadry profesorskiej. Nowatorski charakter tejże ustawy, mimo zachowania nią do roku 1990 wzorem rozwiązań wcześniejszych⁶ dwóch tytułów profesora (nadzwyczajnego i zwyczajnego), wybrzmiewał pozytywnie również odstąpieniem od nadawania innych, przewidzianych rozwiązaniami ustaw wcześniejszych, tytułów profesorskich, co wówczas było znaczące. Ale też upraszczał dotychczasowe rozwiązania, przez odstąpienie od niektórych z nich bądź przez wprowadzenie rozwiązań nowych, co jednak wyłącznie w stopniu nikłym minimalizowało ocenę o ich przeregulowaniu.

W okresie 25 lat obowiązywania ustawy z 1965 r. zmieniano ją ośmiokrotnie, nie wyłączając licznych (stu trzech) zmian aktów wykonawczych wydanych na jej podstawie. Koncentrując dalsze rozważania szczególnie na ustaleniu ich brzmienia w kształcie nadanym przed uchycieniem ustawą z 1990 r., można na gruncie ustawy zmieniającej z 1985 r.⁷ i obowiązujących wówczas aktów wykonawczych sprowadzić je do: (1) dziedzin nauki i dyscyplin naukowych, w zakresie których

⁴ Szerzej na ten temat zob. K. Wojtczak, *Tytuł profesora w Polsce w latach 1920–1990. Część 2. Warunki nadawania tytułu profesora w prawie o stopniach i tytułach naukowych*, „Studia Prawa Publicznego” 2018, nr 1(21), s. 31–52.

⁵ Dz.U. Nr 14, poz. 101 ze zm.

⁶ Chodzi tu o Ustawę z dnia 5 XI 1958 r. o szkołach wyższych (Dz.U. Nr 68, poz. 336 ze zm.).

⁷ Ustawa z dnia 25 VII 1985 r. o zmianie ustawy o stopniach naukowych i tytułach naukowych (Dz.U. Nr 36, poz. 168).

mogły być nadawane tytuły profesora; (2) jednostek organizacyjnych (szkół wyższych, placówek naukowych PAN, instytutów naukowych) uprawnionych do wystąpienia z wnioskiem o nadanie tytułu profesora; (3) warunków stawianych przed kandydatami do tytułów profesorskich; (4) przebiegu postępowania o nadanie tytułów profesora; (5) roli organów współuczestniczących w procesie prowadzącym do ich nadania.

W kwestii **pierwszej** ustawa z 1965 r. (począwszy od tego roku, a także w brzmieniu nadanym jej tekstem jednolitym w 1985 r.⁸) stała wyraźnie na stanowisku, że tytułami naukowymi są **tytuły profesora nadzwyczajnego i profesora zwyczajnego określonej dziedziny nauki lub dyscypliny naukowej albo dziedziny sztuki lub dyscypliny artystycznej**. Jednocześnie do bliższego ich określenia zobowiązała ministra nauki i szkolnictwa wyższego działającego w porozumieniu z sekretarzem naukowym Polskiej Akademii Nauk (PAN) oraz (od 1985 r.) z Centralną Komisją Kwalifikacyjną do Spraw Kadr Naukowych (CKK). I tę ustawową delegację minister wypełnił w drodze kolejno wydanych zarządzeń, siedmiokrotnie zmienianych, z czego pięć razy wprost w odniesieniu do tytułów profesora. Ostatecznie, na ich mocy, oba tytuły profesora mogły być nadawane w kolejno zmieniających się dziedzinach nauki (w 1965 r. – w dziedzinie 20 nauk; w 1970 r. – 22; w 1972 r. – 23; w 1974 r. – 24), od roku 1986⁹ przy niewielkiej ich zmianie obniżonej do 20 dziedzin¹⁰. I tego stanu prawnego nie zmieniono do czasu jego uchylecia, na mocy art. 45 ustawy z 1990 r., tj. do dnia 31 marca 1991 r.

W kwestii **drugiej** rozwiązania ustawy nie były dość jasne. Do roku 1985 zakładały **właściwość** w tym zakresie wyłączne tych **jednostek organizacyjnych**, które stworzyły środowisko naukowe o odpowiednio

⁸ Obwieszczenie Ministra Nauki i Szkolnictwa Wyższego z dnia 11 IX 1985 r. w sprawie ogłoszenia jednolitego tekstu ustawy z dnia 31 marca 1965 r. o stopniach naukowych i tytułach naukowych (Dz.U. Nr 42, poz. 202, zwł. art. 29).

⁹ Zarządzenie Ministra Nauki i Szkolnictwa Wyższego z dnia 18 VI 1986 r. w sprawie dziedzin nauki i dyscyplin naukowych, w zakresie których mogą być nadawane stopnie naukowe, oraz bliższego określenia stopni naukowych i tytułów naukowych (M.P. Nr 18, poz. 125).

¹⁰ Zarządzeniem Ministra Nauki i Szkolnictwa Wyższego z dnia 18 VI 1986 r. dla bliższego określenia tytułów naukowych profesora nadzwyczajnego i profesora zwyczajnego przewidziano dziedziny nauk: chemicznych, ekonomicznych, farmaceutycznych, fizycznych, humanistycznych, leśnych, matematycznych, medycznych, kultury fizycznej, prawnych, przyrodniczych, rolniczych, technicznych, weterynaryjnych, wojskowych, teologicznych, plastycznych, sztuki filmowej, sztuki muzycznej, sztuki teatralnej.

wysokim poziomie¹¹. Od roku 1985 warunek ten zastąpiono wymaganiami nowym, tzw. minimum kadrowym, koniecznym dla nabycia prawa do nadawania stopni naukowych¹². Wprawdzie wymagania w tym zakresie zróżnicowano stosownie do wyróżnionych stopni naukowych (doktora, doktora habilitowanego), poddając zarazem poziom

¹¹ Przed rokiem 1985, począwszy od 1966 r. (zob. Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 8 II 1966 r. w sprawie określenia warunków wymaganych do uzyskania prawa nadawania stopni naukowych (Dz.U. Nr 8, poz. 54), przy ocenie poziomu środowiska naukowego instytucji ubiegającej się o prawo nadawania wyższego stopnia naukowego należało wziąć pod uwagę: (1) jej osiągnięcia w pracy naukowej w zakresie określonej dziedziny nauki lub dyscypliny naukowej, ze szczególnym uwzględnieniem wartości oryginalnych prac publikowanych lub wykonanych i zastosowanych opracowań (technologicznych, konstrukcyjnych, projektowych) istotnych dla postępu w nauce i technice; (2) dorobek naukowy zatrudnionych w instytucji pracowników naukowo-dydaktycznych w zakresie dyscypliny naukowej lub pracowników naukowo-badawczych specjalizujących się w dziedzinie nauki lub w zakresie dyscypliny naukowej odpowiadającej uprawnieniu; (3) autorytet naukowy organu, mającego nadawać stopień naukowy docenta/doktora habilitowanego, uzasadniony jego składem osobowym – od którego odstąpiono w 1973 r. (zob. Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 8 V 1973 r. w sprawie określenia warunków wymaganych do uzyskania prawa nadawania stopni naukowych (Dz.U. Nr 25, poz. 144)); (4) zatrudnienie w pełnym wymiarze zajęć **co najmniej dziesięciu pracowników** (co w odniesieniu do roku 1959 było progiem zatrudnienia obniżonym z dwunastu do dziesięciu pracowników – zob. Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 12 VI 1959 r. w sprawie warunków uprawniających szkoły wyższe, placówki naukowe Polskiej Akademii Nauk i instytuty istniejące poza szkołami wyższymi do nadawania stopni naukowych – Dz.U. Nr 35, poz. 218) z tytułami naukowymi lub ze stopniami naukowymi docenta lub doktora habilitowanego, w tym **co najmniej sześciu** z tytułami profesora zwyczajnego lub profesora nadzwyczajnego, z równoczesnym **odstąpieniem od** przyjętego przed 1966 r. warunku, że **co najmniej jeden** z profesorów miał reprezentować dyscyplinę naukową lub gałąź nauki odpowiadającą tematowi rozprawy habilitacyjnej; (5) posiadanie odpowiednich środków niezbędnych do dalszego rozwijania prowadzonych badań naukowych (aparatura, zaplecze warsztatowe, księgozbiór).

Przyznanie jednostkom spełniającym warunek poziomu środowiska naukowego prawa do nadawania stopnia naukowego docenta/doktora habilitowanego (w każdym przypadku na ich wniosek) następowało w latach 1965–1985 w trybie i przez organy przewidziane do ustalania wykazów jednostek uprawnionych do nadawania tego stopnia naukowego.

¹² W myśl zmienionej w 1985 r. ustawy o stopniach naukowych i tytułach naukowych uprawnienie do nadawania wyższego stopnia naukowego mogła uzyskać jednostka organizacyjna spełniająca tzw. minimum kadrowe – tj. zatrudniająca co najmniej dwunastu pracowników z tytułem naukowym lub zajmujących stanowisko docenta ze stopniem naukowym doktora habilitowanego, reprezentujących dziedzinę nauki, w zakresie której jednostka miała uzyskać uprawnienie, z tym że pracowników z tytułem naukowym nie mogło być mniej niż sześciu – z zastrzeżeniem objęcia uprawnieniem dyscyplin nauki w danej jednostce reprezentowanych przez co najmniej pięciu pracowników z tytułem naukowym lub stopniem doktora habilitowanego (art. 2a ust. 1, 2 i 3).

działalności naukowej jednostki opinii Rady Głównej Szkolnictwa Wyższego (1965–1973)¹³, Centralnej Komisji Kwalifikacyjnej do Spraw Kadr Naukowych (1973–1982)¹⁴, rozstrzygnięciu przez Radę Główną Nauki i Szkolnictwa Wyższego w porozumieniu z CKK (1982–1985)¹⁵ oraz ocenie pozytywnej tejże Komisji (1985–1990)¹⁶ – w istocie ustawodawca nie formułował wyraźnie, której z jednostek organizacyjnych wyposażonych (na jej wniosek) w uprawnienie do nadawania stopni naukowych służyło również prawo wszczęcia procedury w sprawie nadania tytułu profesora. Prawo to pozostawiał w gestii ogólnie przywołanych rad wydziałów szkół wyższych oraz rad naukowych placówek naukowych PAN i instytutów naukowo-badawczych (od 1985 r. instytutów badawczo-rozwojowych¹⁷), objętych wykazem jednostek organizacyjnych uprawnionych do nadawania stopni naukowych¹⁸. Ich katalog nie był wąski. Można było więc przyjąć, że właściwymi spośród

¹³ Zob. art. 2 ust. 2 Ustawy z dnia 31 III 1965 r. o stopniach naukowych i tytułach naukowych.

¹⁴ Zob. art. 1 pkt 1 Ustawy z dnia 12 IV 1973 r. o zmianie przepisów dotyczących stopni naukowych i tytułów naukowych oraz organizacji instytutów naukowo-badawczych (Dz.U. Nr 12, poz. 89).

¹⁵ Zob. art. 21 ust. 1 pkt 4 Ustawy z dnia 4 V 1982 r. o szkolnictwie wyższym (Dz.U. Nr 14, poz. 113 ze zm.).

¹⁶ Zob. art. 1 pkt 2 (dodany art. 2a ust. 1 pkt 2, ust. 2 pkt 2) Ustawy z dnia 25 VII 1985 r. o zmianie ustawy o stopniach naukowych i tytułach naukowych.

¹⁷ Ustawa z dnia 25 VII 1985 r. o jednostkach badawczo-rozwojowych (Dz.U. Nr 36, poz. 170). Zob. też art. 1 pkt 5 Ustawy z dnia 29 V 1989 r. zmieniającej ustawę o stopniach naukowych i tytułach naukowych (Dz.U. Nr 34, poz. 183).

¹⁸ Zob. § 5 Rozporządzenia Ministra Nauki i Szkolnictwa Wyższego z dnia 26 XI 1985 r. w sprawie zasad i trybu zgłaszania wniosków o przyznanie uprawnienia do nadawania stopni naukowych (Dz.U. Nr 56, poz. 287) oraz Zarządzenie Ministra Edukacji Narodowej z dnia 28 VI 1988 r. w sprawie wykazu jednostek organizacyjnych do nadawania stopni naukowych (M.P. Nr 24, poz. 215 ze zm.), uchylone z dniem 31 III 1991 r. W efekcie licznych zmian wprowadzanych przed tą datą, do czasu wejścia w życie nowych przepisów wykonawczych na mocy Ustawy z dnia 12 IX 1990 r. o tytule naukowym i stopniach naukowych ustalających wykazy jednostek uprawnionych do nadawania stopnia doktora habilitowanego – prawem w tym zakresie ostatecznie dysponowało: 56 szkół wyższych oraz sześćdziesiąt sześć jednostek naukowych, z czego trzydzieści cztery placówki naukowe PAN i trzydzieści dwa instytuty naukowo-badawcze. Mierząc zaś liczbą uprawnień do nadawania stopnia doktora habilitowanego (także podlegających wielu zmianom), proporcje te były odmiennie. Zgodnie z wykazem z roku 1988 **szkoły wyższe dysponowały ogółem trzystu pięćdziesięcioma jeden uprawnieniami; placówki naukowe PAN – czterdziestoma trzema, instytuty badawczo-rozwojowe – trzydziestoma siedmioma.** Ta dysproporcja między liczbą jednostek organizacyjnych a ówczesnie przyjętą liczbą dziedzin nauki i dyscyplin naukowych, w których stopień naukowy doktora habilitowanego mógł być nadawany, wynika z liczby uprawnionych

ówczesnych jednostek organizacyjnych tworzących środowisko naukowe o odpowiednio wysokim poziomie były tylko te: (1) których prawo do nadawania stopni naukowych w określonych dziedzinach nauki korespondowało z dziedzinami nauki, w jakich mogły być nadawane tytuły profesora, przy założeniu, że (2) jednostki te objęto wykazem stosownego organu. Uprawnienie to mogło być cofnięte w całości lub ograniczone, a od 1985 r. także zawieszono z mocy prawa¹⁹.

W kwestii trzeciej przewidziane ustawą z 1965 r. **wymagania stawiane przed kandydatami do tytułu profesora** w kolejnych latach jej obowiązywania nie podlegały większym zmianom. Tytuł profesora nadzwyczajnego mógł być nadany osobie posiadającej stopień naukowy docenta²⁰ (od 1968 r. doktora habilitowanego²¹), która osiągnęła poważne wyniki w pracy naukowej i w kształceniu kadr naukowych (od 1968 r. pomnożyła swój dorobek naukowo-badawczy i dydaktyczno-wychowawczy). Z kolei od kandydata do tytułu naukowego profesora zwyczajnego wymagano posiadania tytułu profesora nadzwyczajnego oraz uzyskania po jego osiągnięciu wydatnie powiększonego dorobku w pracy naukowej i w kształceniu kadr naukowych (od 1968 r. wydatnie pomnożonego dorobku naukowo-badawczego i dydaktyczno-wychowawczego). Jednocześnie ustawą zmieniającą z 1968 r. zredefiniowano pojęcie dorobku dydaktyczno-wychowawczego²². Rok 1985 wprawdzie nie przyniósł zmian w zakresie wymagań stawianych przed kandydatami do obu tytułów profesora, miał jednak znaczący wpływ na nowe ukształtowanie drogi awansów naukowych. Zgodnie z ustawą nowelizującą z roku 1985 tytuły profesora (także stopnie naukowe)

wydziałów, placówek, instytutów, z których niektóre dysponowały więcej niż jednym uprawnieniem.

¹⁹ Zob. art. 5 ust. 1 Ustawy z dnia 31 III 1965 r. o stopniach naukowych i tytułach naukowych (tekst jedn. 1985 Nr 42, poz. 202).

²⁰ Artykuł 17 ust. 1 Ustawy z dnia 31 III 1965 r. o stopniach naukowych i tytułach naukowych. Zob. też art. 11 ust. 2 tego aktu oraz Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 8 II 1966 r. w sprawie warunków i trybu przeprowadzania przewodów doktorskich i habilitacyjnych (Dz.U. Nr 8, poz. 53 ze zm.).

²¹ Ustawa z dnia 20 XII 1968 r. o zmianie ustawy o stopniach naukowych i tytułach naukowych (Dz.U. Nr 46, poz. 335). Szerzej na temat przewodów habilitacyjnych i uzyskiwanych stopni naukowych zob.: K. Wojtczak, *Habilitacje w Polsce Ludowej. Część 1. Warunki i przebieg habilitacji w prawie szkół wyższych*, „Studia Prawa Publicznego” 2017, nr 1(17), s. 25–61; eadem, *Habilitacje w Polsce Ludowej. Część 2. Warunki i przebieg habilitacji w prawie o stopniach i tytułach naukowych*, „Studia Prawa Publicznego” 2017, nr 2(18), s. 43–81.

²² Objęto nim udział w zorganizowanym kształceniu i doskonaleniu kadr naukowych oraz kierowanie zespołami badawczymi.

mogły być nadane wyłącznie osobie w pełni akceptującej konstytucyjne zasady ustrojowe Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej i kierującej się nimi w swojej działalności²³. Można więc założyć, że pośrednio miały znaczący wpływ również na ocenę wartości dorobku naukowego i naukowo-dydaktycznego kandydata do tytułu profesora, przy uwzględnieniu przyjętego ustawą z 1982 r. o szkolnictwie wyższym założenia (obowiązującego do czasu jej uchylecia w 1990 r.²⁴) – kierowania się przez szkoły wyższe „zasadami wolności nauki i sztuki [...] przy poszanowaniu odrębności światopoglądowych zgodnych z dobrem Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej”²⁵. Ten wpływ na przebieg procesu awansowego kandydatów do tytułu naukowego (w szczególności w szkołach wyższych), potęgowała nadto silna kontrola ze strony ministerstwa oraz decydentów odpowiednich komórek centralnego i wojewódzkiego szczebla PZPR²⁶, zdecydowanie wzmocniona ustawowymi założeniami z lat 1968–1982 *a priori* zakładającymi, że „[w] sprawach działalności politycznej i ideowo-wychowawczej organy szkoły współdziałają z organizacjami uczelnianymi Polskiej Zjednoczonej Partii Robotniczej”²⁷. Wprawdzie wraz z wdrożeniem w roku 1982 nowej ustawy o szkolnictwie wyższym od założenia tak kategorycznie przyjętego odstąpiono, ustawą tą (podobnie jak rozwiązaniami ustawy z 1958 r. oraz ustawy z 1965 r. w brzmieniu przyjętym począwszy od roku 1968) nie odstąpiono od zapewnienia udziału przedstawiciela PZPR w składach: rady szkolnej, kolegium rektorskiego²⁸ (sekretarza komitetu uczelnianego

²³ Artykuł 1 pkt 14 Ustawy z dnia 25 VII 1985 r. o zmianie ustawy o stopniach naukowych i tytułach naukowych.

²⁴ Na mocy art. 209 Ustawy z dnia 12 IX 1990 r. o szkolnictwie wyższym (Dz.U. Nr 65, poz. 385).

²⁵ Zob. art. 2 ust. 2 i 3 Ustawy z dnia 4 V 1982 r. o szkolnictwie wyższym.

²⁶ Szerzej na ten temat zob. J.M. Brzeziński, *O poprawianiu (ale też i o psuciu) systemu przeprowadzania awansów naukowych w Polsce w latach 1990–2017*, „Nauka i Szkolnictwo Wyższe” 2017, nr 2(50), s. 149.

²⁷ Zob. art. 1 pkt 31 Ustawy z dnia 20 XII 1968 r. o zmianie ustawy o szkolnictwie wyższym (Dz.U. Nr 46, poz. 334); art. 1 pkt 31 Ustawy z dnia 3 XI 1958 r. o szkolnictwie wyższym, w brzmieniu nadanym Obwieszczeniem Ministra Oświaty i Szkolnictwa Wyższego z dnia 17 I 1969 r. (Dz.U. Nr 4, poz. 31); art. 29 Ustawy z dnia 3 XI 1958 r. o szkolnictwie wyższym, w brzmieniu nadanym Obwieszczeniem Ministra Nauki, Szkolnictwa Wyższego i Techniki z dnia 10 VII 1973 r. (Dz.U. Nr 32, poz. 191).

²⁸ Zob. art. 13 ust. 1 i 2 oraz art. 22 ust. 1 ustawy z dnia 5 XI 1958 r., w brzmieniu nadanym Obwieszczeniem Ministra Oświaty i Szkolnictwa Wyższego z dnia 17 I 1969 r.; art. 11 ust. 1 i 2 Ustawy z dnia 3 XI 1958 r. o szkolnictwie wyższym, w brzmieniu nadanym Obwieszczeniem Ministra Nauki, Szkolnictwa Wyższego i Techniki z dnia 10 VII 1973 r.

PZPR), także kolegium dziekańskiego/rady wydziału²⁹ (do 1982 r.) oraz od współtworzenia składu senatu (od 1982 r.)³⁰ i rady wydziału (od 1985 r.)³¹ przez trzech przedstawicieli delegowanych przez organy partii i stronnictw politycznych.

Szczegółowość ówczesnych unormowań i uwzględnienie nimi oczekiwań klasy politycznej tamtego okresu znajdowały odzwierciedlenie także w rozwiązaniu pozwalającym na nadanie tytułu profesora nadzwyczajnego lub tytułu profesora zwyczajnego osobie niespełniającej wymagań stawianych przed innymi kandydatami do każdego z tych tytułów. Ustawa z 1965 r. przewidywała bowiem prawo nadawania obu tytułów naukowych, w wyjątkowych przypadkach (od 1973 r. już bez tego zastrzeżenia³²), osobie nieposiadającej stopnia naukowego i tytułu naukowego oraz stażu pracy na stanowisku pracownika naukowo-dydaktycznego lub naukowo-badawczego, lecz posiadającej osiągnięcia w pracy naukowo-badawczej lub w twórczej pracy zawodowej oraz kwalifikacje w zakresie wymaganym od profesora do prowadzenia pracy naukowo-badawczej i kształcenia kadr naukowych (od 1973 r. pracy dydaktyczno-wychowawczej). Tej skali nierówności w prawie kandydata do tytułu profesora odpowiadało także inne, przewidziane ustawą z 1965 r., wyłączenie wprowadzające możliwość odstąpienia od wykazania się wynikami w kształceniu kadr naukowych przez osobę posiadającą stopień doktora habilitowanego lub tytuł naukowy oraz osiągnięciami w pracy naukowej, zatrudnionej w instytucji nieprowadzącej kształcenia kadr naukowych. Rozwiązania te bez zmiany obowiązywały do czasu ich uchylenia mocą ustawy z roku 1990.

²⁹ Zob. art. 1 pkt 24 ustawy z dnia 20 XII 1968 r. o zmianie ustawy o szkolnictwie wyższym; art. 22 ust. 1 ustawy z dnia 3 XI 1958 r. o szkolnictwie wyższym, w brzmieniu nadanym Obwieszczeniem Ministra Oświaty i Szkolnictwa Wyższego z dnia 17 I 1969 r.; art. 25 ust. 1 ustawy z dnia 3 XI 1958 r. o szkolnictwie wyższym, w brzmieniu nadanym Obwieszczeniem Ministra Nauki, Szkolnictwa Wyższego i Techniki z dnia 10 VII 1973 r.

³⁰ Zgodnie z art. 36 ust. 1 pkt 5 Ustawy z dnia 4 V 1982 r. o szkolnictwie wyższym w skład senatu wchodził: „po jednym przedstawicielu delegowanym przez organy partii i stronnictw politycznych działających w szkole”. Rozwiązanie to zachowano do 1990 r.

³¹ Ustawą z dnia 4 V 1982 r. odstąpiono od upolitycznienia rad wydziałów. Do rozwiązania z 1973 r. (mocą art. 25 ust. 1 przewidującego w ich składzie udział przedstawiciela organizacji PZPR) w roku 1985 powrócono (art. 1 pkt 24). Odtąd, w myśl dodanego art. 44 pkt 6, skład rady wydziału współtworzyły (tak jak w senacie) „osoby wydelegowane po jednym przedstawicielu przez organy partii, stronnictw politycznych [...] działających na wydziale”. Podobnie jak w odniesieniu do senatu rozwiązanie to zachowano do 1990 r.

³² Zob. art. 1 pkt 9 Ustawy z dnia 12 IV 1973 r. o zmianie przepisów dotyczących stopni naukowych i tytułów naukowych oraz organizacji instytutów naukowo-badawczych.

W kwestii czwartej, przy konstatacji dość stabilnych rozwiązań prawnych przewidujących wieloetapowe **postępowanie prowadzące do nadania tytułów profesora**, zmiany nie były znaczące. Począwszy od 1965 r., inicjowała je uchwała rady (wydziału, naukowa) podjęta z własnej inicjatywy lub na podstawie wniosku złożonego: (1) w szkołach wyższych i w samodzielnych placówkach typu naukowo-dydaktycznego – przez dziekana wydziału lub kierownika innej jednostki organizacyjnej szkoły wyższej³³ (od 1986 r. z wyłączeniem jednostek działających w ramach wydziałów³⁴) albo samodzielnej placówki naukowo-dydaktycznej; (2) w placówkach naukowych PAN – kierownika placówki, a w instytutach naukowo-badawczych – dyrektora instytutu (od 1985 r. w jednostkach badawczo-rozwojowych – na wniosek dyrektora jednostki). W efekcie podjęcia stosownej uchwały właściwa rada była zobowiązana do: (1) wyboru składu komisji oraz (2) wyznaczenia recenzentów.

W zakresie pierwszego z obowiązków, początkowo wyznaczonego mocą zarządzenia z 1965 r., właściwa rada wybierała z grona swych członków³⁵ trzyosobową komisję (bez wskazania prawem stawianych jej wymagań w zakresie kwalifikacji). Wprawdzie w latach następnych powołanie trzyosobowej komisji zachowano, dopiero jednak od roku 1986 bliżej określono (w drodze kolejnego zarządzenia³⁶) jej skład. Odtąd komisję mogły tworzyć osoby wybrane spośród członków danej rady mające tytuł profesora, ale także osoby zajmujące stanowisko docenta i mające stopień naukowy doktora habilitowanego (co nie pozostawało bez znaczenia dla wyróżnionej ówczesnie hierarchii stanowisk³⁷).

³³ Zarządzenie Ministra Szkolnictwa Wyższego i Sekretarza Naukowego Polskiej Akademii Nauk z dnia 13 XII 1965 r. w sprawie trybu składania przez rady wydziału i rady naukowej wniosków o przedstawienie kandydatów do tytułu naukowego (M.P. Nr 1, poz. 11).

³⁴ Zarządzenie Ministra Nauki i Szkolnictwa Wyższego oraz Sekretarza Naukowego Polskiej Akademii Nauk z dnia 11 VIII 1986 r. w sprawie trybu składania przez rady wydziału i rady naukowej wniosków o przedstawienie kandydatów do tytułu naukowego (M.P. Nr 28, poz. 202).

³⁵ Zarządzenie Ministra Szkolnictwa Wyższego i Sekretarza Naukowego Polskiej Akademii Nauk z dnia 13 XII 1965 r. w sprawie trybu składania przez rady wydziału i rady naukowej wniosków o przedstawienie kandydatów do tytułu naukowego.

³⁶ Paragraf 3 Zarządzenia Ministra Nauki i Szkolnictwa Wyższego oraz Sekretarza Naukowego Polskiej Akademii Nauk z dnia 11 VIII 1986 r. w sprawie trybu składania przez rady wydziału i rady naukowej wniosków o przedstawienie kandydatów do tytułu naukowego.

³⁷ Zgodnie z art. 46 ustawy o stopniach naukowych i tytule naukowym, w brzmieniu nadanym Ustawą z dnia 20 XII 1968 r. o zmianie ustawy o szkolnictwie wyższym, na stanowisko docenta mogła być powołana osoba mająca co najmniej stopień naukowy

W tym okresie zmieniał się też zakres działania komisji. W 1965 r. jej zadaniem było ustalenie wykazu osób, do których należało zwrócić się o opinie o kandydacie, i na ich podstawie, a także na podstawie oceny recenzentów – sporządzenie ogólnego sprawozdania. W latach 1969–1990³⁸ jej rolę sprowadzono tylko do zapoznania się z ocenami recenzentów i wyłącznie na ich podstawie sporządzenia sprawozdania ogólnego.

Podobnie, częstotliwość zmian nie była większa w odniesieniu do ówczesnie przyjętych rozwiązań w zakresie **wyznaczenia recenzentów**. W istocie rozwiązania te sprowadzono do: (1) liczby powoływanych recenzentów oraz (2) wyznaczonej im roli w ocenie kandydata do tytułu profesora. Ustawa z 1965 r. nie wypowiedziała się co do liczby recenzentów. Obowiązek wyznaczenia przez właściwą radę (wydziału, naukową), w drodze uchwały, **dwóch recenzentów** wprowadzono zarządzeniem z dnia 13 grudnia 1965 r. Mocą zarządzenia zmieniającego z 1969 r. liczbę tę zwiększono do **trzech**³⁹. I tego stanu rzeczy nie zmieniono do czasu wejścia w życie rozwiązań wprowadzonych na mocy ustawy z roku 1990. To natomiast, co w tym okresie podlegało zmianom, dotyczyło wskazania, spośród których osób właściwa rada mogła recenzentów wyznaczyć. Zarządzenie pierwsze (z 1965 r.) stanowiło tylko tyle, że recenzentem mógł być profesor zwyczajny albo profesor nadzwyczajny. Kolejne zarządzenie (z 1969 r.) wprowadziło od tego postanowienia nie odstępowało, lecz w jego przypadku wymagano już dochowania warunku nowego, właściwą radę obligującego do wyznaczenia dwóch (z trzech) recenzentów spoza instytucji zatrudniającej kandydata. Z kolei zarządzeniem

doktora w zakresie danej lub pokrewnej dziedziny nauki oraz odpowiedni dorobek naukowy lub zawodowy osiągnięty po uzyskaniu tego stopnia, która wykazała się przygotowaniem do prowadzenia samodzielnej pracy naukowej, dydaktycznej i wychowawczej. Stopień naukowy doktora habilitowanego świadczył natomiast o posiadaniu dorobku naukowego wymaganego do zajęcia stanowiska docenta.

³⁸ Zarządzenie Ministra Szkolnictwa Wyższego i Sekretarza Naukowego Polskiej Akademii Nauk z dnia 13 XII 1965 r. w sprawie trybu składania przez rady wydziału i rady naukowej wniosków o przedstawienie kandydata do tytułu profesora; Zarządzenie Ministra Oświaty i Szkolnictwa Wyższego i Sekretarza Naukowego Polskiej Akademii Nauk z dnia 17 IV 1969 r. zmieniające zarządzenie w sprawie trybu składania przez rady wydziału i rady naukowej wniosków o przedstawienie kandydata do tytułu profesora (M.P. Nr 20, poz. 169); Zarządzenie Ministra Nauki i Szkolnictwa Wyższego oraz Sekretarza Naukowego Polskiej Akademii Nauk z dnia 11 VIII 1986 r. w sprawie trybu składania przez rady wydziału i rady naukowej wniosków o przedstawienie kandydata do tytułu profesora.

³⁹ O przedstawienie recenzji zwracał się do recenzentów dziekan wydziału lub przewodniczący rady naukowej.

trzecim (z 1986 r.⁴⁰) ustanowiono szerszą regułę postępowania w tym zakresie. Recenzentem mogła być osoba posiadająca tytuł naukowy profesora przy założeniu, że co najmniej dwóch z recenzentów należało powołać spoza grona pracowników i emerytowanych pracowników szkoły wyższej, placówki naukowej PAN, samodzielnej jednostki typu naukowo-dydaktycznego, jednostki badawczo-rozwojowej, w której wszczęto postępowanie w sprawie wysunięcia kandydata do tytułu naukowego, oraz spoza grona członków rady⁴¹. Recenzje miały być odpowiedzią na pytanie, czy oceniony przez recenzenta dorobek kandydata uzasadnia wystąpienie z wnioskiem o nadanie mu tytułu naukowego. Mimo jasno wyznaczonego celu oceny zakres materii nią objęty był jednak różnie określany. Recenzentom powierzono bowiem ocenę: dorobku naukowego kandydata (1965), całego dorobku naukowo-badawczego (w zakresie sztuki i dyscyplin artystycznych – dorobku w pracy artystycznej) i dydaktyczno-wychowawczego (1969), dorobku naukowo-badawczego ze szczególnym uwzględnieniem dorobku powstałego po ostatnim awansie naukowym (1986).

Złożenie przez komisję opinii i ocen otwierało drogę do dalszych prac właściwej rady, dziekana, rektora i senatu (w szkołach wyższych), sekretarza naukowego PAN, kierownika placówki naukowej PAN, dyrektora instytutu (jednostki). I w tym zakresie nie było także stabilnych rozwiązań. Rady (wydziału, naukowe) na podstawie sprawozdania komisji wraz z jej stanowiskiem i uzasadnieniem na swym posiedzeniu podejmowały uchwałę (w głosowaniu tajnym) o wystąpieniu (bądź o odmowie wystąpienia) z wnioskiem o przedstawienie kandydata do tytułu profesora. W razie podjęcia przez radę uchwały pozytywnej dla kandydata dziekan (kierownik innej jednostki) uchwałę tę (wraz z załącznikami⁴²) przekazywał rektorowi, a ten senatowi uczelni do zatwierdzenia⁴³. Od 1969 r. w szkołach wyższych odstąpiono od obowiązku

⁴⁰ Zarządzenie Ministra Nauki i Szkolnictwa Wyższego oraz Sekretarza Naukowego Polskiej Akademii Nauk z dnia 11 VIII 1986 r. w sprawie trybu składania przez rady wydziału i rady naukowej wniosków o przedstawienie kandydatów do tytułu naukowego.

⁴¹ Ponadto po raz pierwszy wyraźnie ustanowiono zakaz łączenia funkcji recenzenta z członkostwem w komisji.

⁴² Do uchwały rady należało dołączyć: wszystkie materiały, sprawozdania i opinie oraz protokół posiedzenia rady wydziału lub rady naukowej innej jednostki organizacyjnej szkoły wyższej obejmujący wyniki głosowania.

⁴³ Uchwała senatu w tym przedmiocie zapadała większością 2/3 głosów obecnych na posiedzeniu osób wchodzących w skład senatu, przy udziale co najmniej połowy

zatwierdzania przez senat uchwały rady wydziału. Odtąd rektor mógł przedstawić senatowi uchwałę rady wydziału (lub rady naukowej jednostki organizacyjnej szkoły wyższej) w sprawie wysunięcia kandydata do tytułu naukowego w celu jej zaopiniowania, i to tylko wtedy, gdy wysunięcie kandydata do tytułu naukowego miało nastąpić w związku z zamierzonym powołaniem go na stanowisko profesora w danej szkole wyższej. Zarządzenie z 1986 r. przyniosło w tym zakresie pewne zmiany, dotyczące w szczególności: (1) ustalenia członków rady (wydziału, naukowej) uprawnionej do głosowania w postępowaniu o nadanie tytułów profesora (również w wyższych szkołach artystycznych), w tym tytułów naukowych w dziedzinie nauk wojskowych lub specjalistycznych dyscyplin naukowych o bezpieczeństwie państwa i porządku publicznym oraz ochronie przeciwpożarowej⁴⁴; (2) sentencji podejmowanych uchwał rady (wydziału, naukowej) w sprawie wystąpienia z wnioskiem o przedstawienie kandydata do tytułu naukowego profesora⁴⁵; (3) określenia obowiązku rektora w zakresie prowadzonego postępowania⁴⁶.

Innej z kolei oceny wymaga **kwestia piąta – dotycząca procedury w sprawie wniosku o nadanie tytułu profesora** (nadzwyczajnego, zwyczajnego) po zakończeniu postępowania w szkołach wyższych, placówkach naukowych PAN oraz instytutach naukowo-badawczych (badawczo-rozwojowych) i nadania tych tytułów. Podjęcie przez radę wydziału lub radę naukową stosownej w tym zakresie uchwały, przy odpowiednim stosowaniu w szkołach wyższych przepisów odnoszonych do obowiązków rektora i senatu, **wymagało** przekazania podjętych przez

ogólnej liczby członków uprawnionych do głosowania (§ 7 ust. 2 w zw. z § 6 ust. 2 zarządzenia z dnia 13 XII 1965 r.).

⁴⁴ Zgodnie z zarządzeniem Ministra Nauki i Szkolnictwa Wyższego oraz Sekretarza Naukowego Polskiej Akademii Nauk z dnia 11 VIII 1986 r. uprawnieniem do głosowania objęto: członków właściwej rady (wydziału, naukowej) mających tytuł naukowy lub tytuł docenta ze stopniem naukowym doktora habilitowanego, a w wyższych szkołach artystycznych również docentów niemających stopnia naukowego (§ 6 ust. 1 zarządzenia), natomiast w odniesieniu do tytułów naukowych w dziedzinie nauk wojskowych bądź specjalistycznych dyscyplin naukowych uprawnieniami w tym zakresie objęto także członków rady wydziału będących oficerami w stopniu generała/admirała (§ 6 ust. 2).

⁴⁵ Tu z kolei prawodawca odstąpił od podejmowania przez właściwą radę uchwały w sprawie niewystąpienia z wnioskiem o nadanie kandydatowi tytułu naukowego, co nie pozostawało bez znaczenia, zważywszy, że ustawa nie przewidywała środków ochrony prawnej od negatywnej uchwały rady w tym przedmiocie.

⁴⁶ Po otrzymaniu uchwały właściwej rady, rektora na powrót zobowiązano do przedstawienia senatowi opinii o kandydacie – wyłącznie zatrudnionym w szkole wyższej.

rady tych jednostek uchwał w sprawie wysunięcia kandydata do tytułu naukowego profesora⁴⁷, i to wyłącznie zatrudnionego w danej jednostce – odpowiednio: (1) ministrowi sprawującemu nadzór nad szkołą wyższą lub samodzielną jej placówką typu naukowo-dydaktycznego, (2) sekretarzowi naukowemu PAN w placówkach naukowych Akademii, (3) ministrowi, któremu podlegał dany instytut naukowo-badawczy, a w sytuacji niemieszczącej się w powyższym podziale (4) ministrowi właściwemu do spraw szkolnictwa wyższego – działającemu w porozumieniu z sekretarzem naukowym PAN (z prawnie dopuszczonym odstępianiem od tego trybu⁴⁸). Przyjęte wnioski w powyższym zakresie właściwy minister oraz sekretarz naukowy PAN przedstawiał prezesowi Rady Ministrów – po uprzednim zasięgnięciu opinii odpowiednio: Rady Głównej Szkolnictwa Wyższego⁴⁹, Centralnej Komisji do Spraw Kadr Naukowych (w latach 1973–1982 i 1985⁵⁰–1990⁵¹, w sytuacji pierwszej

⁴⁷ Wraz z pełną dokumentacją, złożoną z: uchwały senatu oraz wszystkich materiałów, sprawozdania i oceny, a także protokołów z przebiegu każdego posiedzenia rady wydziału (rady naukowej) wraz z wynikami głosowania.

⁴⁸ Zgodnie z art. 18 ust. 4 ustawy z 1965 r. w uzasadnionych przypadkach (bez ich podania), art. 18 ust. 4 ustawy zmieniającej z 1973 r. (już bez tego zastrzeżenia) oraz art. 31 ust. 4 ustawy zmieniającej z 1985 r. minister sprawujący nadzór nad szkołą wyższą (do 1973 r. po zasięgnięciu opinii Rady Głównej Szkolnictwa Wyższego) lub Sekretariat Naukowy PAN albo minister, któremu podlegał instytut naukowo-badawczy (do 1973 r. po zasięgnięciu opinii Głównej Komisji Kwalifikacyjnej działającej przy PAN), mogli szefowi rządu przedstawić wniosek o nadanie tytułu profesora zwyczajnego lub profesora nadzwyczajnego z pominięciem wniosku właściwej rady wydziału, rady naukowej, co oznaczało możliwość nadania tytułu profesora także osobie niezatrudnionej w szkole wyższej lub w placówce naukowej PAN, w instytucie naukowo-badawczym.

⁴⁹ Radę tę jako organ doradczy i opiniodawczy ministra ustawa z dnia 31 III 1965 r. zachowała do 1973 r. (tekst jedn. Dz.U. 1973 Nr 32, poz. 192). Do niej, już jako Rady Głównej Nauki i Szkolnictwa Wyższego, Ustawa z dnia 4 V 1982 r. o szkolnictwie wyższym powróciła, przekazując jej kompetencje ministra nauki, szkolnictwa wyższego i techniki w odniesieniu do jednostek organizacyjnych szkół wyższych (zob. art. 2 ust. 3 ustawy z 1965 r. o stopniach naukowych i tytułach naukowych, w brzmieniu nadanym art. 214 Ustawy z dnia 4 V 1982 r. o szkolnictwie wyższym). Od 1985 r. zawężono jej zakres działania na rzecz Centralnej Komisji Kwalifikacyjnej do Spraw Kadr Naukowych. Niezależnie od niej działały: Rada Wyższa Szkolnictwa Artystycznego, Rada Wyższa Szkolnictwa Wojskowego, od 1982 r. także Rada Wyższa Szkolnictwa Medycznego oraz Rada Wyższego Szkolnictwa Kultury Fizycznej (art. 16 ust. 2 Ustawy z dnia 4 V 1982 r. o szkolnictwie wyższym).

⁵⁰ Zob. art. 3 Ustawy z dnia 25 VII 1985 r. o zmianie ustawy o stopniach naukowych i tytułach naukowych.

⁵¹ Działanie CKK zachowano do końca kadencji, na którą została powołana (art. 3 Ustawy z dnia 11 IX 1985 r. o stopniach naukowych i tytułach naukowych).

i czwartej), a także Rady Wyższego Szkolnictwa Artystycznego⁵², Rady Wyższego Szkolnictwa Wojskowego⁵³ lub Rady Wyższego Szkolnictwa Resortu Spraw Wewnętrznych (od 1985 r.⁵⁴) oraz Głównej Komisji Kwalifikacyjnej działającej przy PAN⁵⁵ (od 1965 do 1990 r., w sytuacji drugiej i trzeciej).

Tytuł profesora nadzwyczajnego oraz tytuł naukowy profesora zwyczajnego na wniosek Prezesa Rady Ministrów nadawała Rada Państwa. I były to tytuły naukowe nadane dożywotnio, co nie wyłączało prawnej drogi pozbawienia tego tytułu⁵⁶.

⁵² Do tej Rady zgodnie z art. 4 Ustawy z dnia 29 III 1962 r. o wyższych szkołach artystycznych (Dz.U. Nr 20, poz. 88 ze zm.) miały zastosowanie odpowiednio przepisy ustawy o szkołach wyższych dotyczące Rady Głównej Szkolnictwa Wyższego. Obowiązek zasięgania opinii Rady Wyższej Szkolnictwa Artystycznego w razie przedstawienia kandydata do tytułu naukowego w zakresie dyscyplin artystycznych obu tych rad wprowadzono od 1967 r. na mocy art. 5 Ustawy z dnia 14 lutego 1967 r. o zmianie ustawy o wyższych szkołach artystycznych. Wraz z uchynieniem ustawy z dnia 29 III 1962 r. mocą art. 232 pkt 2 Ustawy z dnia 4 V 1982 r. o szkolnictwie wyższym instytucję Rady Wyższej Szkolnictwa Artystycznego ustawą tą zachowano z prawem do przedstawienia opinii o kandydacie do tytułu naukowego w zakresie dyscyplin artystycznych.

⁵³ Od 1987 r. Rady Wyższej Szkolnictwa Wojskowego i Nauki (art. 5 Ustawy z dnia 31 III 1965 r. o wyższym szkolnictwie wojskowym (Dz.U. Nr 14, poz. 102 ze zm.), w brzmieniu nadanym art. 1 pkt 3 Ustawy z dnia 16 VII 1987 r. o zmianie ustawy o wyższym szkolnictwie wojskowym (Dz.U. Nr 22, poz. 128). Przysługujące tej Radzie oraz Radzie Wyższego Szkolnictwa Spraw Wewnętrznych i Nauki uprawnienia w tym zakresie wygasły z dniem wejścia w życie ustawy z 1990 r. o tytule naukowym i stopniach naukowych.

⁵⁴ Artykuł 31 ustawy o stopniach i tytułach naukowych, w brzmieniu nadanym jej tekstem jednolitym w 1985 r.

⁵⁵ Pierwotnie Komisja Kwalifikacyjna działająca przy PAN na mocy Ustawy z dnia 17 II 1960 r. o Polskiej Akademii Nauk (Dz.U. Nr 10, poz. 64 ze zm.), od 1965 r. – Główna Komisja Kwalifikacyjna, zgodnie z art. 72 ust. 1 pkt 1, w brzmieniu nadanym Ustawą z dnia 31 III 1965 r. o zmianie ustawy o Polskiej Akademii Nauk (Dz.U. Nr 17, poz. 119).

⁵⁶ Profesor mógł być przez Radę Państwa pozbawiony tego tytułu w razie skazania na karę więzienia za przestępstwo popełnione z chęci zysku lub z innych niskich pobudek bądź też wymierzenia kary dyscyplinarnej wydalenia ze służby, przewidzianej w ustawach o: szkolnictwie wyższym, Polskiej Akademii Nauk, instytutach naukowo-badawczych. Oficera zawodowego również w przypadku pozbawienia stopnia oficerskiego w przepisach o dyscyplinie wojskowej oraz o odpowiedzialności żołnierskiej. Profesor mógł nabyty tytuł naukowy utracić także z mocy prawa – w razie skazania na karę pozbawienia praw publicznych, a w przypadku profesora ze stopniem oficerskim – w razie skazania go na karę degradacji (art. 32 ustawy z dnia 31 III 1965 r. w brzmieniu nadanym tekstem jednolitym w 1985 r.).

2. Tytuł profesora na gruncie ustawy z 1990 r.

Ustawa z 1990 r. o stopniach naukowych i tytule naukowym uchyliliła ustawę z 1965 r. z dniem 27 września 1990 r., w okresie szczególnie ważnym dla procesu przemian państwa (zmiany Konstytucji i na jej mocy przywrócenia urzędu Prezydenta Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej, wprowadzenia dwuizbowego parlamentu⁵⁷, nadania państwu nowej nazwy – Rzeczpospolita Polska⁵⁸, oraz istotnej zmiany wizerunku godła państwowego⁵⁹, reformowania systemu administracji publicznej na szczeblu centralnym i lokalnym) – tworzenia od nowa zrębów ustrojowych III Rzeczypospolitej Polskiej⁶⁰, instytucjonalnie wolnej od wpływu socjalistycznych idei i ich organizacji⁶¹. W żadnym razie nie był to proces prostych przemian, ale i w ich granicach nie zamykał się zakres ówczesnie proponowanych zmian. Objęto nimi m.in. ustrój i funkcjonowanie innych instytucji państwa, w tym szkolnictwa wyższego i nauki, wykraczając poza zakres publicznoprawny. Nic więc dziwnego, że nowe, wprowadzone ustawami z roku 1990, uregulowania dotyczące szkolnictwa wyższego i nauki oraz awansów naukowych są różne od rozwiązań ustaw w brzmieniu obowiązującym przed ich uchyleniem.

⁵⁷ Zmiany wprowadzone mocą Ustawy z dnia 7 IV 1989 r. o zmianie Konstytucji Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej (Dz.U. Nr 19, poz. 101). O zastąpieniu Rady Państwa urzędem Prezydenta Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej zob. też art. 1 pkt 4 Ustawy z dnia 29 V 1989 r. zmieniającej ustawę o stopniach naukowych i tytule naukowym (Dz.U. Nr 34, poz. 183).

⁵⁸ Odtąd także urzędu Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej. Zob. też Ustawa z dnia 27 IX 1990 r. o zmianie Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej (Dz.U. Nr 67, poz. 397).

⁵⁹ Zmiana dokonana mocą art. 1 pkt 1 i 19 Ustawy z dnia 29 XII 1989 r. o zmianie Konstytucji Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej (Dz.U. Nr 75, poz. 444).

⁶⁰ O przełomowym charakterze zmian w tym zakresie zob. m.in. w: H. Izdebski, M. Kulesza, *Administracja publiczna. Zagadnienia ogólne*, Warszawa 1998; Z. Leoński, *Ustrój samorządu terytorialnego w RP*, Poznań 1993; idem, *Zarys prawa administracyjnego*, Warszawa 2000; A. Wiktorowska, *Prawne determinanty samodzielności gminy. Zagadnienia administracyjnoprawne*, Warszawa 2002.

⁶¹ Zob. art. 1 pkt 4 Ustawy z dnia 29 XII 1989 r. o zmianie Konstytucji Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej. W myśl art. 2 ust. 2 Ustawy z dnia 28 VII 1990 r. o partiach politycznych (Dz.U. Nr 54, poz. 312), zgodnie z którym „Partia polityczna nie może posiadać jednostek organizacyjnych w zakładach pracy ani w Siłach Zbrojnych”, odpolityczniono szkoły wyższe oraz instytucje (placówki) naukowe (badawcze). Ustawa ta weszła w życie z dniem 17 VIII 1990 r. Wprawdzie uchylił ją nowy akt, tj. Ustawa z dnia 27 VI 1997 r. o partiach politycznych (tekst jedn. Dz.U. 2018, poz. 580 ze zm.), lecz dotychczasowej treści art. 2 ust. 2 w zakresie dotyczącym zakazu obecności partii politycznych w zakładach pracy nie zmieniono. Zmiana dotyczyła natomiast wyłączenia z dotychczasowej treści przypisu słów „w Siłach Zbrojnych” oraz umiejscowienia treści tego zakazu w nowej jednostce redakcyjnej ustawy (art. 7).

Ustawa z 1990 r. o szkolnictwie wyższym zapowiadała szerokie ramy organizowania szkół wyższych (bez względu na formę ich własności), działających na zasadzie wolności badań naukowych (wolności twórczości artystycznej)⁶², siedem lat później wzmocnionych art. 73 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r.⁶³ zapewniającym poza wolnością nauczania wolność badań naukowych oraz ogłaszania ich wyników⁶⁴. Jednocześnie ustawa z roku 1990 o stopniach naukowych i tytule naukowym znacznie zliberalizowała prawo szkół wyższych w zakresie nabywania uprawnień do nadawania stopni naukowych i tytułu naukowego. Nie oznacza to, że od każdego z wcześniejszych rozwiązań obie ustawy z roku 1990 odstępowały w pełni. Nie od razu też uchylono przepisy wykonawcze wydane na ich podstawie. W odniesieniu do rozwiązań dotyczących nadawania stopni naukowych oraz tytułu profesora przewidzianych ustawą z dnia 12 września 1990 r. w mocy zachowano przepisy dotychczasowych aktów wykonawczych, o ile z ustawą tą nie były sprzeczne, nie dłużej jednak niż do dnia 31 marca 1991 r. Tym samym założono dwutorowość rozwiązań – wprowadzenie i stosowanie rozwiązań nowych z dniem wejścia w życie ustawy z 1990 r., z uwzględnieniem nią przewidzianych rozwiązań przejściowych, oraz ewolucyjną drogę zmian w zakresie unormowania przepisami aktów wykonawczych.

To, co w ustawie z 1990 r. było rozwiązaniem całkowicie nowym, to: odstąpienie od dwóch tytułów profesora (nadzwyczajnego i zwyczajnego) na rzecz jednego tytułu naukowego oraz nadanie nowej bądź zmienionej treści postanowieniom wyznaczającym tryb i warunki postępowania w sprawie prowadzącej do jego nadania. Odtąd nadanie tytułu profesora zarezerwowano dla Prezydenta RP (w miejsce Rady Państwa), z uwzględnieniem istotnych zmian w zakresie organów współuczestniczących w tym postępowaniu. Wraz ze zmianą w 1985 r.⁶⁵ ustawy z 1965 r. odstąpiono od udziału w nim dotychczasowej Rady Głównej Nauki i Szkolnictwa Wyższego w sprawie awansów naukowych,

⁶² Artykuł 2 ust. 1 Ustawy z dnia 12 IX 1990 r. o szkolnictwie wyższym (Dz.U. Nr 65, poz. 385).

⁶³ Dz.U. Nr 78, poz. 483 ze zm.

⁶⁴ Szerzej na temat tego konstytucyjnego prawa zob. m.in.: B. Banaszak, J. Boć, M. Jabłoński, *Komentarz do art. 73*, w: *Konstytucja Rzeczypospolitej oraz komentarz do Konstytucji RP z 1997 r.*, pod red. J. Bocia, Wrocław 1998, s. 133–135; W. Brzozowski, *Konstytucyjna wolność badań naukowych i ogłaszania ich wyników*, w: *Prawo nauki. Zagadnienia podstawowe*, pod red. A. Wiktorowskiej, A. Jakubowskiego, Warszawa 2014, s. 25 i n.

⁶⁵ Artykuł 1 pkt 16 Ustawy z dnia 25 VII 1985 r. o zmianie ustawy o stopniach naukowych i tytułach naukowych.

rezerwując kompetencje w tym zakresie wyłącznie dla przywróconej Centralnej Komisji, przy jej zmienionej od 1990 r. nazwie – do Spraw Tytułu Naukowego i Stopni Naukowych⁶⁶ (CK).

Bez zmian zachowano natomiast etapy i ich sekwencję w postępowaniu prowadzącym do nadania tytułu profesora. Nadal, co dziwić nie powinno, wyznaczały je: (1) dziedziny nauki i dziedziny sztuki, w których tytuł ten mógł być nadany; (2) jednostki organizacyjne uprawnione do przeprowadzania czynności w postępowaniu o nadanie tytułu naukowego; (3) wymagania stawiane przed kandydatami do tego tytułu; (4) warunki wszczęcia, przebiegu i trybu postępowania w sprawach o nadanie tytułu profesora; (5) nadanie tytułu naukowego.

W kwestii pierwszej – inaczej niż przed 1990 r., gdy tytuły naukowe profesora nadzwyczajnego i profesora zwyczajnego nadawano w dziedzinach nauki (sztuki) oraz w dyscyplinach naukowych (artystycznych), po tej dacie **tytuł profesora wiązano z określoną dziedziną nauki i dziedziną sztuki**. Nadanie tytułu profesora nie byłoby jednak możliwe bez postępowania o nadanie tytułu profesora. Jego przeprowadzenie ustawa powierzyła wyłącznie właściwym radom (wydziału, naukowej) uprawnionym do nadawania stopnia doktora habilitowanego w zakresie dziedzin nauki (sztuki) i dyscyplin naukowych (artystycznych)⁶⁷, objętych stosownymi wykazami. Ich sporządzenie w formie zarządzenia przed 1990 r. powierzano właściwemu ministrowi. Wejście w życie ustawy z 1990 r. przyniosło w tym zakresie zmianę. Odtąd określenie dziedzin nauki (dziedzin sztuki) oraz dyscyplin naukowych (dyscyplin artystycznych), i to w drodze uchwały, należało do kompetencji

⁶⁶ Poza zmianą jej nazwy dużo większe znaczenie miało nowe usytuowanie i stworzenie diametralnie odmiennych od dotychczasowych warunków kształtujących pozycję CK. Centralna Komisja nadal działała przy Prezesie Rady Ministrów, lecz już z większą samodzielnością – jako pełniąca funkcję centralnego organu administracji państwowej w zakresie wydawanych przez siebie decyzji. Inne przyjęto także rozwiązania dotyczące kształtowania składu CK. Przewodniczącego CK wprawdzie nadal powoływał Prezes Rady Ministrów (z wyłączeniem obsady stanowiska zastępców przewodniczącego CK oraz sekretarza – na wniosek Ministra Nauki i Szkolnictwa Wyższego, uzgodniony z Sekretarzem Naukowym PAN – art. 37 ust. 1 ustawy z 1985 r.), ale już wyłącznie spośród dwóch kandydatów przedstawionych przez CK z grupy jej członków (art. 31 ust. 2 ustawy z 1990 r.).

⁶⁷ Podobnie jak przed 1990 r., także później stopnie naukowe doktora habilitowanego **nadawano w dziedzinach nauki i w dyscyplinach naukowych**. Również wzorem rozwiązań wcześniejszych, mocą art. 23 ust. 1 w zw. z art. 2 ust. 2 zd. 2 ustawy o tytule naukowym i stopniach naukowych, przyjęto, że „[d]yscyplina naukowa (artystyczna) może być tożsama z dziedziną nauki (sztuki)”.

Centralnej Komisji do Spraw Tytułu Naukowego i Stopni Naukowych (art. 1 ust. 2), a ogłoszenie ich wykazów do przewodniczącego tejże Komisji (art. 5 ust. 1).

Rok 1990 r. nie przyniósł nowych wykazów dziedzin nauki i dyscyplin naukowych, co nie znaczy, że nie stworzono warunków w tym zakresie. Ustawa zachowała w mocy obowiązującej przepisy dotychczasowego aktu wykonawczego z nią niesprzeczne (art. 45), co wówczas oznaczało prawo nadawania tytułu profesora w dwudziestu dziedzinach nauki, przed 1990 r. zarządzeniem ówczesnego ministra z 1986 r.⁶⁸ zastrzeżonych dla obu tytułów profesora.

Na ówczesny czas z pewnością było to rozwiązanie legislacyjnie najprostsze i możliwe do wdrożenia, tym bardziej że zarządzenie to zawierało katalog dziedzin nauki wspólny dla obu tytułów profesora (nadzwyczajnego i zwyczajnego). Toteż w nowych warunkach – jednego tytułu naukowego – postępowanie o jego nadanie w prawem przewidzianej dziedzinie nauki nie budziło zastrzeżeń i wątpliwości ani ze strony właściwej rady (wydziału, naukowej), ani kandydatów wnoszących o nadanie tytułu profesora. I tak było do czasu obowiązywania tego zarządzenia, tj. do dnia 31 marca 1991 r.

Po tym terminie dla obu stron postępowania – właściwej rady i kandydatów wnoszących o nadanie tytułu naukowego – problem, w jakiej dziedzinie nauki tytuł profesora mógł być nadany, nie był już błahy. Stało się tak nie dlatego, że ogłoszenie wykazu dziedzin nauki i sztuki oraz dyscyplin naukowych i artystycznych (w Dzienniku Urzędowym „Monitor Polski”) po raz pierwszy pozostawiono w gestii przewodniczącego CK, i to w takim zakresie, w jakim mogły być nadawane wyższe stopnie naukowe (już nie tytuł naukowy), lecz z powodu późniejszego terminu wymaganego dla jego ogłoszenia. Pierwszy z wykazów, rozszerzający z dwudziestu do **dwudziestu jeden dziedzin nauki i dyscypliny naukowe**⁶⁹, określony uchwałą CK z dnia 16 grudnia

⁶⁸ Zob. załącznik nr 2 do Zarządzenia Ministra Nauki i Szkolnictwa Wyższego z dnia 18 VI 1986 r. w sprawie dziedzin nauki i dyscyplin naukowych, w zakresie których mogą być nadawane stopnie naukowe, oraz bliższego określenia stopni naukowych i tytułów naukowych.

⁶⁹ Wykazem tym objęto dziedziny nauki i sztuki oraz dyscypliny naukowe i artystyczne objęte wcześniej załącznikiem nr 2 do zarządzenia Ministra Nauki i Szkolnictwa Wyższego z dnia 18 VI 1986 r., przy czym z dotychczasowych dwudziestu dziedzin wyłączono nauki przyrodnicze oraz dodano dwie nowe dziedziny nauki: nauki biologiczne oraz nauki o ziemi. Dziedzinom nauki jednocześnie odpowiednio podporządkowano dyscypliny naukowe, z wyłączeniem dziewięciu z nich.

1991 r.⁷⁰, przewodniczący CK ogłosił obwieszczeniem z dnia 25 lutego 1992 r.⁷¹, z datą jego wejścia w życie z dniem 11 czerwca 1992 r., a zatem znacznie później, aniżeli przewidywała to ustawa. W tym interwale czasowym stworzono więc lukę prawną, wzbudzającą istotne pytanie o dziedzinę nauki i sztuki, w jakich tytuł naukowy mógł być po tej dacie nadawany. Pragmatycznie można założyć, że w każdej z tych dziedzin nauki, dla której dana jednostka organizacyjna uzyskała uprawnienie do habilitowania. Domniemanie to, choć logiczne, nie znajdowało jednak umocowania prawnego. Prawodawca nie przedłużył terminu ważności dotychczasowych aktów wykonawczych, w tym aktu określającego dziedzinę nauki i dyscypliny naukowe, co nie pozostawało bez znaczenia dla prowadzenia postępowania habilitacyjnego, a w konsekwencji również postępowania o nadanie tytułu naukowego⁷².

Powstaje pytanie, co legło u podstaw tego opóźnienia – złe prawo, czy raczej inne uwarunkowania, czy może jedno i drugie. Trudno na nie odpowiedzieć jednoznacznie. Z analizy ustawy z 1990 r. można jednak wywieść pewne wnioski, jeśli weźmie się pod uwagę rozwiązanie ustawy dotyczące zmiany statusu prawnego Centralnej Komisji funkcjonującej na podstawie przepisów obowiązujących zarówno przed 1990 r., jak i po wejściu w życie ustawy z tego roku. Inaczej formułując pytanie, chodzi o ustalenie, czy kadencyjność tej Komisji w podjęciu stosownych działań w tym zakresie stała na przeszkodzie dochowaniu ustawowego terminu. Kadencyjność Centralnej Komisji jako taka z pewnością nie. Upływ kadencji CKK (Centralnej Komisji Kwalifikacyjnej do Spraw Kadr Naukowych) z końcem roku wdrożenia ustawy⁷³, a zarazem nadanie nią CK (Centralnej Komisji do Spraw Tytułu

⁷⁰ Uchwała niepublikowana.

⁷¹ M.P. Nr 16, poz. 123. Zob. też Obwieszczenie Przewodniczącego Rady Wyższego Szkolnictwa Artystycznego z dnia 20 VII 1991 r. w sprawie wykazu dziedzin nauki i dyscyplin artystycznych, w zakresie których mogą być przeprowadzane przewody kwalifikacyjne I i II stopnia (M.P. Nr 27, poz. 198 ze zm.), uchylone Obwieszczeniem Przewodniczącego Rady Wyższego Szkolnictwa Artystycznego z dnia 17 XII 2002 r. w sprawie wykazu dziedzin sztuki i dyscyplin artystycznych, w zakresie których mogą być przeprowadzane przewody kwalifikacyjne I i II stopnia (M.P. Nr 13, poz. 197).

⁷² Tego problemu w żadnym razie nie rozwiązywał art. 44 ustawy. Zezwalał on bowiem radom naukowym oraz radom wydziałów lub senatom uczelni w ciągu jednego roku od dnia wejścia w życie ustawy na wniosek osób zainteresowanych lub z urzędu na wystąpienie z wnioskiem o wznowienie postępowania w sprawach, w których właściwa (przed i po 31 XII 1990 r.) CK wydała opinię negatywną co do przedstawienia kandydata do tytułu profesora.

⁷³ Ustawa z 1990 r. weszła w życie z dniem 27 września 1990 r.

Naukowego i Stopni Naukowych) nowego statusu prawnego mogły tu stać na przeszkodzie. Mogły wyznaczać główną oś niepokojącej oceny, dającej się wykazać, po pierwsze, rozwiązaniami ustawy z 1990 r., po drugie, czasowym dystansowaniem się członków CK kadencji rozpoczynającej się z dniem 1 stycznia 1991 r.⁷⁴ W sytuacji pierwszej art. 43 ust. 1 ustawy z 1990 r. zawęził kompetencje CKK kończącej kadencję z dniem 31 grudnia 1990 r. wyłącznie do zatwierdzania stopni naukowych. Dla określenia dziedzin nauki i dyscyplin naukowych nie miało to jednak znaczenia. Określił je przed 1990 r. minister nauki i szkolnictwa wyższego. W sytuacji drugiej z kolei wątpliwość zawiera się w pytaniu, czy rzeczywiście CK potrzebowała blisko roku dla podjęcia uchwały i jej obwieszczenia przez przewodniczącego tejże Komisji, skoro przy zachowaniu wykazu dotychczasowych dziedzin nauki i dyscyplin naukowych rozszerzyła go wyłącznie o jedną dziedzinę nauki.

Dylemat tej natury stracił znaczenie po kolejnym roku, kiedy to zgodnie z art. 5 ust. 1 ustawy oraz niepublikowanymi uchwałami Centralnej Komisji do Spraw Tytułu Naukowego i Stopni Naukowych z dnia 25 stycznia i 22 lutego 1993 r. Przewodniczący tejże Komisji swym obwieszczeniem z dnia 23 lutego 1993 r. ogłosił zmianę wcześniej przyjętego wykazu⁷⁵. Nie zmieniono nim liczby dotychczasowych dziedzin nauki, jedynie w obrębie niektórych z nich dodano dyscypliny naukowe. Obwieszczenie Centralnej Komisji z dnia 25 lutego 1992 r. uchylono 14 sierpnia 2003 r.

W kwestii drugiej ustawa z 1990 r. **prawo wszczęcia postępowania o nadanie tytułu profesora** już wyraźnie zarezerwowała dla jednostek organizacyjnych posiadających uprawnienie do nadawania stopnia naukowego doktora habilitowanego (art. 26 ust. 2), tzn. dla jednostek organizacyjnych, których (1) uprawnienie do habilitowania obejmowało dyscypliny naukowe reprezentowane przez co najmniej pięć osób z tytułem naukowym lub stopniem naukowym doktora habilitowanego zatrudnionych w pełnym wymiarze czasu oraz które (2) spełniały

⁷⁴ Tym bardziej że zgodnie z art. 43 ust. 3 ustawy wyboru pierwszego składu CK należało dokonać nie później niż przed dniem 1 I 1991 r. na zasadach określonych Rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 23 XI 1990 r. w sprawie liczby członków Centralnej Komisji do Spraw Tytułu Naukowego i Stopni Naukowych oraz zasad i trybu ich wyboru na kadencję 1991–1993 (Dz.U. Nr 82, poz. 479).

⁷⁵ Obwieszczenie Przewodniczącego Centralnej Komisji do Spraw Tytułu Naukowego i Stopni Naukowych z dnia 23 II 1993 r. w sprawie zmiany wykazu dziedzin nauki i sztuki oraz dyscyplin naukowych i artystycznych, w zakresie których mogą być nadawane stopnie naukowe (M.P. Nr 10, poz. 71). Obwieszczenie to weszło w życie z dniem 13 III 1993 r.

warunek tzw. minimum kadrowego. Minimum to, w ślad za ustawą zmieniającą z 1985 r., oznaczało zatrudnienie (od 1990 r. w pełnym wymiarze czasu pracy) co najmniej dwunastu osób posiadających tytuł naukowy lub stopień naukowy doktora habilitowanego, przy założeniu, że pracowników z tytułem naukowym reprezentujących dziedzinę nauki nie mogło być mniej niż sześciu⁷⁶.

Nabycie uprawnienia do habilitowania wymagało wniosku zainteresowanej jednostki organizacyjnej⁷⁷. Problem w tym, że trybu i warunków jego złożenia ustawodawca nie określił. Stanowił jedynie, że z wnioskiem mogły wystąpić szkoły wyższe oraz inne placówki naukowe, przed którymi stawał wąskie wymagania. Wystarczyło jedynie (w zakresie wyznaczonym ustawą) ich wykazanie przez daną jednostkę. Nadanie uprawnienia do habilitowania wiązano z uprzednim pozytywnym rozstrzygnięciem wniosku przez Przewodniczącego CK⁷⁸ (po ocenie poziomu działalności naukowej lub artystycznej – prawem zdefiniowanego tzw. progiem kadrowym)⁷⁹, w odniesieniu do szkolnictwa wyższego także po zasięgnięciu opinii Rady Głównej Szkolnictwa Wyższego i objęciu uprawnionej jednostki stosownym wykazem⁸⁰. Tego

⁷⁶ Zob. też art. 3 ust. 4 i 5 ustawy, zgodnie z którym w zakresie sztuki i dyscyplin artystycznych uprawnienie do nadawania stopnia naukowego doktora habilitowanego mogła otrzymać jednostka zatrudniająca w pełnym wymiarze czasu pracy co najmniej siedem osób posiadających tytuł naukowy lub stopień naukowy doktora habilitowanego, w tym co najmniej pięć osób posiadających tytuł naukowy, przy założeniu objęcia uprawnieniem tylko tych dyscyplin naukowych, które w jednostce są reprezentowane przez co najmniej trzy osoby w niej zatrudnione w pełnym wymiarze posiadające tytuł naukowy profesora.

⁷⁷ Ustawa z 1990 r. mocą art. 4 wprawdzie wymagała złożenia stosownego w tym zakresie wniosku do CK przez zainteresowaną jednostkę organizacyjną, lecz określenie trybu zgłoszenia wniosków o przyznanie uprawnienia do nadawania stopni naukowych (w tym stopnia doktora habilitowanego) pozostawiła w gestii przewodniczącego CK (art. 5 ust. 2).

⁷⁸ Szerzej na ten temat zob. K. Wojtczak, *Habitacja jako warunek awansu naukowego w Polsce w latach 1990–2018*, „Studia Prawa Publicznego” 2019, nr 3(27), s. 40 i n.

⁷⁹ Przed 1990 r. ustawa z 1965 r. o stopniach naukowych i tytułach naukowych, w brzmieniu nadanym jej tekstem jednolitym w 1985 r., od jednostek organizacyjnych ubiegających się o uprawnienia do nadawania stopnia naukowego doktora habilitowanego wymagała ponadto wykazania się: (1) osiągnięciami w pracy naukowej w zakresie określonej dziedziny nauki lub dyscypliny naukowej, ze szczególnym uwzględnieniem wartości oryginalnych prac publikowanych lub wykonanych i zastosowanych opracowań istotnych dla postępu w nauce i technice; (2) dorobkiem naukowym zatrudnionych w jednostce pracowników naukowo-dydaktycznych w zakresie dyscypliny naukowej lub pracowników naukowo-badawczych specjalizujących się w dziedzinie nauki lub w zakresie dyscypliny naukowej odpowiadającej uprawnieniu.

⁸⁰ Zob. art. 5 ust. 1 ustawy z 1990 r.

stanu prawnego nie zmieniono do czasu wdrożenia kolejnej ustawy z 2003 r.

Założenie, że przeprowadzenie czynności w postępowaniu o nadanie tytułu naukowego zastrzeżono wyłącznie dla rady (wydziału, naukowej) jednostki uprawnionej do habilitowania, bez wątplenia było rozwiązaniem trafnym. Przy tym nie chodziło tu jedynie (i słusznie) o uprawnienie danej jednostki organizacyjnej do habilitowania w ogóle, lecz i o to, by wszczęte i prowadzone przez nią postępowanie o nadanie tytułu profesora korespondowało z działalnością tejże jednostki w danej dziedzinie nauki lub sztuki. Ich działanie w tych granicach wraz z wejściem w życie ustawy z 1990 r. tym samym upoważniało daną jednostkę organizacyjną do prowadzenia obu postępowań, przy uwzględnieniu zmian liczby i proponowanych dziedzin nauki i sztuki wprowadzanych w kolejnych latach. Nie był to proces szybkich zmian. W czasie trzynastoletniego obowiązywania ustawy z 1990 r. postępowania o nadanie stopnia naukowego doktora habilitowanego oraz o nadanie tytułu naukowego mogły być prowadzone w dwudziestu jeden dziedzinach nauki i sztuki. Którym jednostkom organizacyjnym i w zakresie jakich prawem przewidzianych dziedzin uprawnienia te rzeczywiście przysługiwały, łatwo ustalić w okresie obowiązywania do dnia 31 marca 1991 r. na podstawie dotychczasowego aktu wykonawczego – w sprawie wykazu jednostek organizacyjnych uprawnionych do nadawania stopni naukowych⁸¹. Po tej dacie ustawa nie dawała podstaw do ustaleń w tym zakresie. Powody tego stanu rzeczy były przynajmniej dwa. Po pierwsze, brak podjęcia przez przewodniczącego CK działań prowadzących do ogłoszenia w Monitorze Polskim wykazu jednostek organizacyjnych uprawnionych do nadawania stopni naukowych wraz z określeniem nazw nadawanych stopni naukowych, zgodnie z założeniem ustawowym najpóźniej do wygaśnięcia przepisów aktów wykonawczych obowiązujących dotychczas w tym zakresie (art. 5 ust. 1 w zw. z art. 45 ustawy), po drugie, jego późne, bo dopiero w 1996 r.⁸²,

⁸¹ Zob. Zarządzenie Ministra Edukacji Narodowej z dnia 28 czerwca 1988 r. w sprawie wykazu jednostek organizacyjnych uprawnionych do nadawania stopni naukowych (M.P. Nr 24, poz. 215 ze zm.) – wydane na podstawie art. 4 ust. 3 ustawy z dnia 31 III 1965 r. o stopniach i tytułach naukowych, w brzmieniu nadanym ustawą z dnia 25 VII 1985 r. o zmianie ustawy o stopniach naukowych i tytułach naukowych.

⁸² Obwieszczenie Przewodniczącego Centralnej Komisji do Spraw Tytułu Naukowego i Stopni Naukowych z dnia 26 I 1996 r. w sprawie wykazu jednostek organizacyjnych uprawnionych do nadawania stopni naukowych, wraz z określeniem nazw nadawanych stopni naukowych (M.P. Nr 17, poz. 219).

ogłoszenie. Do tego roku trudno było pewnie odpowiedzieć na pytanie, którym z jednostek organizacyjnych, zarówno tym sprzed, jak i po 31 marca 1991 r., wyposażonych w prawo habilitowania przysługiwało uprawnienie do wystąpienia z wnioskiem o nadanie tytułu profesora w określonej dziedzinie nauki (sztuki). Ogłoszenie pierwszego wykazu podlegało zmianom w kolejnych latach (1998, 2002). Z ich uwzględnieniem z końcem roku obowiązywania ustawy z 1990 r. prawo do nadawania stopnia naukowego doktora habilitowanego posiadało osiemdziesiąt siedem szkół wyższych, pięćdziesiąt siedem placówek naukowych PAN oraz sześćdziesiąt jeden instytutów naukowo-badawczych, z łączną liczbą uprawnień do nadawania stopnia naukowego doktora habilitowanego – trzysta dwadzieścia cztery (szkoły wyższe), czterdzieści dziewięć (placówki naukowe PAN), trzydzieści sześć (instytuty naukowo-badawcze).

W kwestii trzeciej – wymagań stawianych przed kandydatami do tytułu naukowego – wyraźnie założono, że tytuł naukowy mógł być nadany osobie posiadającej stopień naukowy doktora habilitowanego, która od chwili jego uzyskania **wydatnie powiększyła swój dorobek naukowy** (lub posiadała wybitne zrealizowane osiągnięcia projektowe, konstrukcyjne lub technologiczne – co w odniesieniu do tytułu profesora było rozwiązaniem nowym⁸³) oraz miała **poważne osiągnięcia dydaktyczne** (bądź znaczący udział w zorganizowanym kształceniu kadr naukowych i kierowaniu zespołami badawczymi – co rozwiązaniem nowym nie było⁸⁴). Ustawa z 1990 r. zachowała zatem, przyjętą prawem lat wcześniejszych, dwutorowość oceny osiągnięć kandydata do tytułu naukowego, plasując je, najogólniej rzecz ujmując, w podziale: prace naukowe – prace dydaktyczne. Rzeczą nie bez znaczenia pozostaje więc ustalenie, w jakim stopniu i zakresie odstąpienie od dwóch tytułów profesora na rzecz jednego tytułu naukowego miało wpływ na: (1) status prawny osób, które tytuły naukowe nabyły przed 1990 r., oraz (2) na ile odstąpienie od dwóch tytułów profesora na rzecz jednego tytułu naukowego służyło, począwszy od wejścia w życie ustawy z 1990 r., innowacyjności w określeniu nowych wymagań w tym zakresie.

W odpowiedzi na pierwsze pytanie, przy różnicach w zakresie wówczas stawianych przed kandydatami do każdego z dwóch tytułów

⁸³ Artykuł 25 ust. 2 ustawy z 1990 r. o tytule naukowym i stopniach naukowych.

⁸⁴ Ocenę warunku kierowania zespołami badawczymi po raz pierwszy wprowadzono w 1968 r. ustawą z dnia 20 XII 1968 r. o zmianie ustawy o stopniach naukowych i tytułach naukowych.

profesora wymagań oraz trybu i warunków prowadzonych postępowań w sprawie nadania każdego z nich, można było założyć, że jedynym rozsądnym rozstrzygnięciem te różnice łągoddającym będzie: (1) uznanie wcześniej nadanych tytułów profesora (nadzwyczajnego i zwyczajnego) za tytuł naukowy profesora w rozumieniu ustawy z 1990 r., z jednoczesnym prawem (nie obowiązkiem) osoby posiadającej jeden z tytułów profesora – do jego dalszego używania w dotychczasowym brzmieniu⁸⁵. Ustawa z 1990 r. tym samym postawiła znak równości między tytułem naukowym profesora zwyczajnego i tytułem profesora nadzwyczajnego – nabytymi przed wejściem w życie tej ustawy, co posiadaczowi dotychczasowego tytułu profesora nadzwyczajnego w znaczącym stopniu skróciło drogę prowadzącą do osiągnięcia najwyższego progu w awansie naukowym; (2) poddanie postępowań o nadanie tytułu profesora wyłącznie ustawie z 1990 r. (z możliwością kontynuowania wszczętego przed jej wejściem w życie postępowania o nadanie tytułu profesora nadzwyczajnego na podstawie odwzorowanych przepisów dotychczasowych⁸⁶).

Trudniejsza w ocenie jest natomiast odpowiedź na drugie pytanie. Doszukanie się innowacyjności w określeniu nowych wymagań przyjętych ustawą z 1990 r. nie jest łatwe. Zgodnie z nią w sferze podziału pierwszego od kandydata do tytułu profesora wymagano spełnienia warunku o treści niemal dosłownie przejętej za ustawą z 1965 r. w jej brzmieniu pierwotnym, wtedy zastrzeżonego dla kandydata do tytułu profesora zwyczajnego (wydatnie powiększony dorobek w pracy naukowej). W sferze drugiej natomiast rozwiązania poszły w innym kierunku: zbliżenia stawianych ustawą z 1990 r. wymagań „poważnych

⁸⁵ Zob. art. 41 ust. 3 ustawy z 1990 r.

⁸⁶ Zob. art. 42 ust. 2 i 3 ustawy z 1990 r., w myśl którego uchwały rad jednostek organizacyjnych o powołaniu komisji i o wyznaczeniu recenzentów w sprawie o nadanie tytułu profesora nadzwyczajnego oraz wnioski tychże rad o nadanie tego tytułu podjęte przed dniem wejścia w życie ustawy z 1990 r., stały się z mocy prawa odpowiednio (w obu przypadkach) uchwałami w rozumieniu tejże ustawy, nawet przy braku spełnienia przez radę jednostki organizacyjnej wymagań określonych ustawą z 1990 r. To rewolucyjne rozwiązanie, w prawie dotyczącym awansów naukowych dotąd nieistniejące, dowodziło zarazem znacznego obniżenia ustawą z 1990 r. progu wymagań stawianych przed radami jednostek organizacyjnych dla nabycia uprawnienia do nadawania stopnia naukowego doktora habilitowanego. W pozostałych przypadkach (niespełniających powyższych warunków) postępowanie o nadanie tytułu profesora nadzwyczajnego podlegało umorzeniu z mocy prawa. Z mocy prawa umorzeniu podlegało także to postępowanie o nadanie tytułu profesora nadzwyczajnego, w którym CKK przekazała organom właściwym przed 1990 r. negatywną opinię w sprawie o nadanie tego tytułu.

osiągnięć dydaktycznych” do przyjętych w 1965 r. „poważnych wyników w kształceniu kadr naukowych” wymaganych od kandydata do tytułu profesora nadzwyczajnego⁸⁷.

Wyrazem nawiązania do regulacji wcześniejszych było także zachowanie innego rozwiązania. W myśl ustawy z 1990 r. CK mogła na wniosek rady właściwej jednostki organizacyjnej uprawnionej do habilitowania dopuścić do wszczęcia postępowania o nadanie tytułu naukowego osobie, która posiadała stopień naukowy doktora i miała **wybitne osiągnięcia naukowe** – co pociąga pytanie o charakter i wagę osiągnięć naukowych wymaganych od osoby posiadającej stopień naukowy doktora habilitowanego wnioskującej o nadanie jej tytułu profesora (wydatnie powiększony dorobek naukowy po uzyskaniu stopnia doktora). Semantycznie znaczenie obu warunków nie jest tożsame.

Wprowadzenie takiej możliwości pod rządami ustawy wymagającej dla osiągnięcia najwyższego progu w awansie naukowym tytułu naukowego profesora tylko pozornie pozostaje bez większego znaczenia. Wydzwitek wyjątku przyjętego pod rządami ustaw z lat 1965 i 1990 jest jednak inny. Ustawa pierwsza obejmująca osobę uprawnieniem z niej wypływającym jednocześnie dla uzyskania tytułu profesora zwalniała ją z obowiązku uzyskania wyższego stopnia naukowego oraz tytułu profesora nadzwyczajnego, ustawa druga – z obowiązku uzyskania wyższego stopnia naukowego. O ile w sytuacji pierwszej dałoby się łatwiej wyjaśnić, lecz nie usprawiedliwić, powody wprowadzenia takiego wyjątku (ze szkodą jednak dla prestiżu tytułów profesorskich), o tyle w pierwszych latach dziewięćdziesiątych, mocno wybrzmiewających potrzebą wolności i racjonalności, utrzymanie tego wyjątku zastanawia i skłania do pytania, co za utrzymaniem tego rozwiązania przemawiało. Podwyższenie prestiżu tytułu profesora zapewne nie, a z pewnością nie pod rządami ustawy z 1990 r., w której wymagania dla doktorów były znacznie wężiej zakreślone aniżeli ustawą pierwszą. Trudno także przyjąć, że chodziło tu o osoby ze stopniem doktora nadanym mocą ustawy z 1951 r.⁸⁸, jako wyższym (od kandydata nauk) stopniem naukowym. Przy odrzuceniu tego założenia tym bardziej trudno polemizować

⁸⁷ Odstąpiono tu zatem od kryterium oceny wymaganej od kandydata do tytułu profesora zwyczajnego w rozwiązaniach wcześniejszych opartych na przesłance dorobku wydatnie powiększonego (od 1968 r. wydatnie pomnożonego dorobku dydaktyczno-wychowawczego).

⁸⁸ Zob. art. 49 Ustawy z dnia 15 XII 1951 r. o szkolnictwie wyższym i pracownikach nauki (Dz.U. Nr 45, poz. 205 ze zm.).

z twierdzeniem, że nie od razu podszyte „komunistyczną podszewką” rozwiązania były możliwe do usunięcia. Nie odstąpiła od nich również ustawa z 2003 r. Co ciekawe, rozwiązanie do nich zbliżone, zaproponowane jako rewolucyjne i nowe, wprowadzono też w 2018 r. tzw. ustawą 2.0, co może dziwić, chyba że oderwie się je od kultury wcześniejszego polskiego ustawodawstwa w tym zakresie i przyporządkuje „nowym” założeniom promowanym przez twórców tej ustawy⁸⁹.

W kwestii czwartej przyjęto jednoznacznie, że z wnioskiem o wszczęcie postępowania o nadanie tytułu profesora mogła wystąpić rada jednostki organizacyjnej działająca w zakresie danej dziedziny nauki lub sztuki za zgodą osoby zainteresowanej albo osoba ubiegająca się o nadanie tego tytułu z popierającą jej wniosek opinią trzech osób posiadających tytuł naukowy danej dziedziny nauki lub sztuki (co było rozwiązaniem nowym). O ile stworzenie prawnej możliwości złożenia wniosku również przez osobę ubiegającą się o nadanie tytułu profesora należy ocenić bardzo pozytywnie, o tyle postawienie przed nią wymagań dodatkowych (dołączenia do wniosku trzech opinii osób posiadających tytuł profesora) powinno budzić wątpliwości, a w każdym razie skłaniać do negatywnej oceny tego rozwiązania. Zatrudnienie kandydata w jednostce organizacyjnej uprawnionej do wszczęcia postępowania o nadanie tytułu naukowego nie musiało przecież *a priori* oznaczać, że kandydat niespełniający tego warunku (zatrudnienia) nie wypełnia wymagań stawianych przed kandydatami do tego tytułu. To ustawowe usankcjonowanie nierówności pozycji prawnej kandydatów wzmacniały nadto wątpliwości innej natury. Po pierwsze, pozyskanie osób z tytułem profesora gotowych do sporządzenia opinii bezpłatnie (ustawa nie przewidywała bowiem żadnych gratyfikacji finansowych z tego tytułu) mogło osobie niezatrudnionej w jednostce organizacyjnej uprawnionej (ale i tej nieuprawnionej) do wszczęcia postępowania o nadanie tytułu profesora przysparzać trudności, z kolei ich sporządzenie za opłatą mogło podważać rzetelność przedkładanych opinii, po drugie, pozbawienie z tego tytułu (braku wymaganych opinii) kandydata prawa złożenia wniosku i w konsekwencji, po trzecie, odrzucenie tego wniosku ze względu na braki formalne (przedłożenia opinii) uniemożliwiało przystąpienie do dalszych stadiów postępowania, bez zagwarantowania środków ochrony prawnej. Od tego rozwiązania odstąpiono (i słusznie) w 2011 r.

⁸⁹ Artykuł 227 ust. 2 i 3 Ustawy z dnia 20 VII 2018 r. Prawo o szkolnictwie wyższym i nauce (Dz.U. poz. 1669).

Wszczęciem przez radę (wydziału, naukową) danej jednostki organizacyjnej (1) postępowania o nadanie tytułu profesora inicjowało dalsze etapy postępowania, od niej wymagające: (2) wyznaczenia recenzentów oraz (3) poparcia wniosku o nadanie tytułu profesora – w drodze stosownych uchwał, podjętych w głosowaniu tajnym bezwzględną większością oddanych głosów przy obecności co najmniej połowy ogólnej liczby osób uprawnionych do głosowania (z tytułem naukowym lub stopniem naukowym doktora habilitowanego), nie wyłączając recenzentów oraz osób zaproszonych niebędących członkami danej rady w sytuacjach przewidzianych art. 8 ustawy⁹⁰.

Wraz z **wszczęciem postępowania** właściwa rada danej jednostki organizacyjnej mogła powołać zespół (już nie komisję) w celu przygotowania wniosków dotyczących postępowania o nadanie tytułu naukowego w sprawach rozstrzyganych przez radę w drodze uchwały⁹¹. Rada mogła zespołu tego nie powołać. Jeśli to uczyniła, zespół miał się składać z członków rady danej jednostki organizacyjnej z tytułem naukowym (w jakim składzie liczbowym, tego prawodawca nie wskazał). Nie wskazał także, w jakim trybie powinno nastąpić jego powołanie. Domniemanie w tym zakresie pozostawił wyłącznie radzie danej jednostki organizacyjnej uprawnionej do habilitowania.

Ustawodawca od właściwej rady (wydziału, naukowej) wymagał **powołania trzech recenzentów** (co nie zmieniało rdzenia rozwiązań przyjętych od 1986 r.), w tym nie więcej niż jednego będącego pracownikiem szkoły wyższej (innej placówki naukowej) zatrudniającej osobę ubiegającą się o nadanie tytułu profesora oraz nie więcej niż jednego będącego członkiem rady jednostki organizacyjnej przeprowadzającej postępowanie (co było rozwiązaniem zmodyfikowanym, zdecydowanie wyłączającym emerytowanych pracowników szkoły wyższej, innej placówki naukowej).

Recenzentem mogła być wyłącznie osoba posiadająca tytuł naukowy w zakresie danej dziedziny nauki lub sztuki (art. 26 ust. 4). **Recenzja** w tym postępowaniu **miała zawierać** szczegółowo uzasadnioną ocenę

⁹⁰ Chodzi tu wyłącznie o przypadki braku w kraju jednostki organizacyjnej dla przeprowadzenia przewodu habilitacyjnego i ustawowej legitymacji Centralnej Komisji działającej na wniosek jednostki organizacyjnej lub z urzędu do zarządzenia uzupełnienia składu rady wskazanej przez siebie jednostki o osoby niebędące członkami tej rady.

⁹¹ Por. § 19 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 8 X 1991 r. w sprawie szczegółowego trybu przeprowadzania czynności w przewodach doktorskim i habilitacyjnym oraz w postępowaniu o nadanie tytułu naukowego (Dz.U. Nr 92, poz. 410).

dorobku naukowego oraz jednoznaczne stanowisko recenzenta dotyczące nadania lub odmowy nadania tytułu naukowego (§ 18)⁹² i miała być przedstawiona w terminie trzech miesięcy, z prawem przedłużenia tego terminu w uzasadnionych przypadkach.

Właściwa rada mogła podjąć uchwałę popierającą **wniosek o nadanie tytułu profesora** lub odmówić jego poparcia⁹³. Wyłącznie w przypadku pozytywnego rozstrzygnięcia rada danej jednostki organizacyjnej mogła nadać postępowaniu dalszy bieg – Centralnej Komisji przesłać (wraz z aktami postępowania) uchwałę popierającą wniosek w ciągu miesiąca od dnia jej podjęcia.

W kwestii piątej – wieńczącej postępowanie o **nadanie tytułu profesora** – nowym rozwiązaniem było znaczące jego uproszczenie. Po otrzymaniu od właściwej rady danej jednostki organizacyjnej uchwały popierającej wniosek o nadanie tytułu profesora jego rozpatrzenie leżało w wyłącznej gestii Centralnej Komisji (z wyłączeniem Katolickiego Uniwersytetu Lubelskiego⁹⁴). Komisja ta w wyniku przeprowadzonego w tym przedmiocie postępowania mogła podjąć uchwałę o przedstawieniu lub o odmowie przedstawienia kandydata do tytułu naukowego (przy zachowaniu przepisów przejściowych⁹⁵). Tylko w przypadku jej pozytywnego rozstrzygnięcia była zobowiązana w terminie miesiąca do

⁹² Por. § 18 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 8 X 1991 r. w sprawie szczegółowego trybu przeprowadzania czynności w przewodach doktorskich i habilitacyjnych oraz w postępowaniu o nadanie tytułu naukowego.

⁹³ W tej sytuacji zarówno rady właściwych jednostek organizacyjnych lub senatu uczelni mogły w ciągu roku od dnia wejścia w życie ustawy z 1990 r. na wniosek osób zainteresowanych lub z urzędu – wystąpić do CKK, a po dniu 31 XII 1990 r. do CK o wznowienie postępowania w sprawach, w których CKK wydała negatywną opinię co do przedstawienia kandydata do tytułu naukowego (art. 44 ustawy z 1990 r.).

⁹⁴ W Katolickim Uniwersytecie Lubelskim nadanie tytułu naukowego leżało w gestii senatu, po uprzednim przeprowadzeniu postępowania o nadanie tytułu naukowego oraz postępowania w przedmiocie przedstawienia kandydata do tytułu naukowego, z zachowaniem przepisów ustawy z 1990 r. O nadaniu tytułu naukowego rektor tej uczelni powiadamiał Prezydenta RP (art. 38 ustawy).

⁹⁵ Przepisy te przewidywały dwa rozwiązania: (1) umorzenie postępowania o nadanie tytułu naukowego profesora nadzwyczajnego, co do którego dotychczasowa CKK przekazała organom uprawnionym przed 1990 r. negatywną opinię w sprawie nadania tytułu; (2) uznanie pozytywnych opinii w sprawie wniosków o nadanie tego tytułu naukowego, a przekazanych przez CKK organom przewidzianym dotychczasowymi przepisami jako uchwał CK, z zachowaniem prawa dotychczasowych organów (z wyjątkiem PAN – tu Prezesa Akademii w miejsce Sekretarza PAN) do przekazania Prezydentowi RP wniosku o nadanie tytułu naukowego w terminie trzech miesięcy od dnia wejścia w życie ustawy z 1990 r. (art. 42 ust. 2, 3 i 4).

złożenia Prezydentowi RP wniosku o nadanie tytułu profesora. Tytuł ten, tak jak pod rządami rozwiązań obowiązujących przed 1990 r., był nadawany dożywotnio.

W odróżnieniu od rozwiązań wcześniejszych ustawa nie określała przesłanek dających podstawę do pozbawienia tytułu naukowego profesora.

3. Tytuł profesora w pierwszych latach po wprowadzeniu ustawy z 2003 r.

Ustawa z 2003 r., o zmienionym tytule – o stopniach naukowych i tytule naukowym oraz o stopniach i tytule w zakresie sztuki – choć nie miała charakteru rewolucyjnego, to jednak w znaczącym stopniu uporządkowała tembr legislacyjnej retoryki przyjętej rozwiązaniami ustawy ją poprzedzającej. Wprawdzie w ślad za nią zachowała wiele dotychczasowych rozwiązań, jej siłą jednak bez wątplenia było ich doregulowanie bądź dookreślenie, zwłaszcza w sprawach budzących wcześniej wątpliwości, oraz wprowadzenie rozwiązań nowych zarówno tekstem pierwotnym, jak i późniejszymi jej zmianami, wdrożonymi w okresie poprzedzającym rewolucyjną nowelizację z 2011 r.

Doregulowanie i dookreślenie rozwiązań w największym stopniu dotyczyło właściwych rad jednostek organizacyjnych w zakresie stawianych przed nimi wymagań nie tylko dla nabycia uprawnienia do nadawania stopni naukowych. Inny wydźwięk miało natomiast wdrożenie rozwiązań nowych, głównie zaadresowanych do Centralnej Komisji. Wprawdzie jej kompetencji ustawa z 2003 r. nie zrewolucjonizowała, lecz zdecydowanie zmieniła jej usytuowanie prawne w przestrzeni szkolnictwa wyższego i nauki. Po pierwsze, Komisji tej nadała nową nazwę – Centralna Komisja do Spraw Stopni i Tytułów Naukowych, po drugie, Centralną Komisję do Spraw Tytułu Naukowego i Stopni Naukowych, której upływ trzyletniej kadencji przypadał na dzień 31 grudnia 2003 r., uznała za Centralną Komisję do Spraw Stopni i Tytułów Naukowych z dniem wejścia w życie ustawy, tj. z dniem 1 maja 2003 r., po trzecie, przedłużyła jej kadencję o rok (z trzech do czterech lat). Jakie *ratio legis* za wprowadzeniem tego rozwiązania przemawiało, trudno odpowiedzieć przekonująco. Z pewnością nie chodziło tu o wypełnienie przez CK (o nowej nazwie) ustawowych delegacji. Ustawa z 2003 r., wzorem rozwiązań ustawy z 1990 r., utrzymując w mocy

przepisy dotychczasowych aktów wykonawczych z nią niesprzecznych do czasu wydania aktów wykonawczych na jej podstawie (art. 53), pośpiechu nie rodziła. W odróżnieniu od ustawy z 1990 r. nie limitowała terminu ważności przepisów dotychczasowych aktów wykonawczych. Względy prakseologicznie pojmowanej sprawności działania CK zmianę tę z pewnością mogły uzasadniać.

Niezależnie od charakteru prawnego i wymiaru zmian przyjętych pod rządami ustawy z 2003 r., stałym elementem jej oceny w przedmiocie objętym badaniem nadal pozostawały zagadnienia dotyczące: (1) dziedziny nauki, w jakich tytuł profesora mógł być nadany, (2) jednostek organizacyjnych, którym służyło prawo przeprowadzenia postępowania o nadanie tytułu naukowego, oraz (3) osób, którym tytuł ten mógł być nadany, z uwzględnieniem (4) warunków przebiegu i zakończenia prowadzonego w tym przedmiocie postępowania.

W kwestii pierwszej, dotyczącej dziedzin nauki lub dziedzin sztuki, ustawa nie wprowadziła znaczących zmian. Stanowiła tylko tyle, że tytułem naukowym (tytułem w zakresie sztuki) jest tytuł profesora określonej dziedziny nauki (określonej dziedziny sztuki). Zarazem ich określenie (także dyscyplin naukowych i artystycznych), w drodze uchwały, powierzyła Centralnej Komisji do Spraw Stopni i Tytułów Naukowych. Zobowiązała ją również (już nie przewodniczącego Komisji) do ogłoszenia podjętej w tym zakresie uchwały w Dzienniku Urzędowym „Monitor Polski”. Pierwszą uchwałę Centralna Komisja ogłosiła z dniem 23 czerwca 2003 r.⁹⁶, co należy przyjąć z dużym uznaniem, nawet jeśli zachowano w stopniu znaczącym dotychczasową jej treść. Utrzymano nią przyjęte obwieszczeniem przewodniczącego CK z 1992 r. dwadzieścia jeden dziedzin nauki i sztuki. Wprawdzie także kolejną uchwałę tejże Komisji z dnia 24 października 2005 r.⁹⁷ ten stan prawny zachowano, lecz listę dziedzin nauki uchwałami ją zmieniającymi poddano dwukrotnie rewizji – w 2008 r.⁹⁸ rozszerzając

⁹⁶ Uchwała Centralnej Komisji do Spraw Stopni i Tytułów z dnia 23 VI 2003 r. w sprawie określenia dziedzin nauki i dziedzin sztuki oraz dyscyplin naukowych i artystycznych (M.P. Nr 40, poz. 586).

⁹⁷ Uchwała Centralnej Komisji do Spraw Stopni i Tytułów z dnia 24 X 2005 r. w sprawie określenia dziedzin nauki i dziedzin sztuki oraz dyscyplin naukowych i artystycznych (M.P. Nr 79, poz. 1120).

⁹⁸ Uchwała Centralnej Komisji do Spraw Stopni i Tytułów z dnia 10 XII 2008 r. zmieniająca uchwałę w sprawie określenia dziedzin nauki i dziedzin sztuki oraz dyscyplin naukowych i artystycznych (M.P. Nr 87, poz. 843).

ją o dziedzinę nową – nauki o zdrowiu, a w 2011 r.⁹⁹ wykreślając z tej listy dziedzinę – nauki wojskowe¹⁰⁰.

W efekcie przyjętych wówczas rozwiązań, przed wdrożeniem w roku 2011 nowelizacji ustawy z dnia 14 marca 2003 r., tytuły naukowe mogły być nadal nadawane w **dwudziestu jeden** dziedzinach nauki i dziedzinach sztuki.

W kwestii drugiej ustawa z 2003 r., w ślad za ustawą z 1990 r., **prawa nadawania tytułu profesora** rezerwowała **dla jednostek organizacyjnych** legitymujących się uprawnieniem do nadawania stopnia doktora habilitowanego. Dla jego nabycia wymagała złożenia wniosku oraz spełnienia określonych prawem warunków. Wprawdzie i ustawa z 1990 r. uprawnienia do habilitowania nie nadawała z urzędu, zasad i trybu zgłaszania wniosków nie określiła, ale też nie sformułowała legalnej podstawy ich określenia. Poza odwołaniem się do tzw. progu kadrowego (ustawą wyraźnie zdefiniowanego) przedmiotem oceny przez CK uczyniła poziom działalności naukowej lub artystycznej, bez wskazania kryteriów tej oceny. Tego legislacyjnego błędu (przy założeniu, że był to błąd) nie popełniono, wdrażając ustawę z 2003 r. Do określenia tychże kryteriów (wraz z trybem zgłoszenia wniosku), w drodze rozporządzenia, ustawa zobowiązała ministra właściwego do spraw szkolnictwa wyższego (art. 7 ust. 1). Minister delegację tę wykonał¹⁰¹. Od wdrożenia rozporządzenia w życie z wnioskiem o nadanie stopnia naukowego doktora habilitowanego mógł wystąpić kierownik jednostki, której rada podjęła stosowną w tym przedmiocie uchwałę i która swym wnioskiem dowodziła spełnienia warunków przewidzianych prawem.

⁹⁹ Uchwała Centralnej Komisji do Spraw Stopni i Tytułów z dnia 28 I 2011 r. zmieniająca uchwałę w sprawie określenia dziedzin nauki i dziedzin sztuki oraz dyscyplin naukowych i artystycznych (M.P. Nr 14, poz. 149). Uchwałę tę uchylono Ustawą z dnia 18 III 2011 r. o zmianie ustawy Prawo szkolnictwa wyższego i innych ustaw (Dz.U. Nr 84, poz. 455).

¹⁰⁰ W znaczącym zakresie wprowadzone tymi uchwałami oraz Uchwałą Centralnej Komisji do Spraw Stopni i Tytułów z dnia 23 IV 2010 r. zmieniającą uchwałę w sprawie określenia dziedzin nauki i dziedzin sztuki oraz dyscyplin naukowych i artystycznych (M.P. Nr 46, poz. 636) zmiany dotyczyły dyscyplin naukowych i dyscyplin artystycznych. W efekcie ogólną ich liczbę przed uchyceniem uchwały Centralnej Komisji z dnia 24 X 2005 r. z dniem 18 III 2011 r. rozszerzono do dziewięćdziesięciu pięciu.

¹⁰¹ Rozporządzenie Ministra Edukacji Narodowej i Sportu z dnia 27 I 2004 r. w sprawie trybu zgłaszania wniosków o przyznanie uprawnienia do nadawania stopni doktora i doktora habilitowanego (Dz.U. Nr 21, poz. 194). Uchylone z dniem 1 X 2011 r. Rozporządzeniem Ministra Nauki i Szkolnictwa Wyższego z dnia 8 VIII 2011 r. w sprawie trybu zgłaszania wniosków o przyznanie uprawnienia do nadawania stopnia doktora habilitowanego (Dz.U. Nr 179, poz. 1066).

Prawodawca sformułował je jasno. Od jednostki organizacyjnej oczekiwał spełnienia dwóch warunków: (1) tzw. proggu kadrowego oraz (2) poziomu naukowego. W sytuacji pierwszej ustawa z 2003 r. nie odstąpiła od ustaleń przyjętych w tym zakresie ustawą z 1990 r.¹⁰², a nawet znacznie je wzmocniła warunkiem nowym. Do minimum kadrowego mogły być wliczone osoby z tytułem profesora lub stopniem doktora habilitowanego wyłącznie w jednej jednostce organizacyjnej będącej miejscem ich zatrudnienia nie krócej niż rok (art. 6 ust. 4); od 2005 r., w uzasadnionych przypadkach, także osoby reprezentujące pokrewne dziedziny nauki i sztuki¹⁰³. W sytuacji drugiej z kolei, w odróżnieniu od ustawy z 1990 r., ustawa oraz wydane na jej podstawie rozporządzenie stawiały wyraźnie zdefiniowane wymagania¹⁰⁴ – w istocie nienowe,

¹⁰² Dla spełnienia warunku tzw. minimum kadrowego od jednostki organizacyjnej ubiegającej się o nadanie uprawnienia do nadawania stopnia naukowego doktora habilitowanego nadal wymagano zatrudnienia w pełnym wymiarze czasu pracy co najmniej dwunastu osób z tytułem naukowym profesora lub stopniem doktora habilitowanego, reprezentujących dziedzinę nauki lub sztuki, w których jednostka organizacyjna miała otrzymać uprawnienie – przy założeniu, że nie mniej niż sześć osób miało posiadać tytuł profesora oraz że co najmniej pięć z nich (w tym ze stopniem naukowym doktora habilitowanego) reprezentowało dyscypliny naukowe lub artystyczne w danej jednostce organizacyjnej.

¹⁰³ Zob. art. 251 pkt 1 Ustawy z dnia 27 VII 2005 r. o szkolnictwie wyższym (Dz.U. Nr 164, poz. 1365) przyznający Centralnej Komisji w uzasadnionych przypadkach prawo uznania, że osoby reprezentujące pokrewne dziedziny nauki i sztuki, w tym pokrewne dyscypliny naukowe i artystyczne spełniają warunki co do osób tworzących tzw. minimum kadrowe oraz reprezentujących dziedzinę nauki i dyscypliny naukowe (dziedzinę sztuki, dyscyplinę artystyczną).

¹⁰⁴ Od kierownika jednostki organizacyjnej oczekiwali: (1) sprawozdania z działalności naukowo-badawczej lub twórczości artystycznej w okresie trzech lat bezpośrednio poprzedzających złożenie wniosku; (2) wykazu najważniejszych publikacji, wykonanych i zastosowanych opracowań technologicznych, projektowych, konstrukcyjnych, patentów i prototypów albo osiągnięć artystycznych, będących wynikiem prac realizowanych w ramach działalności naukowej lub artystycznej jednostki, z podaniem autorów; (3) imiennego wykazu osób posiadających tytuł profesora lub stopień doktora habilitowanego albo kwalifikacje II stopnia, zatrudnionych w jednostce w pełnym wymiarze czasu pracy; (4) oświadczenia osób wliczonych do minimalnej liczby osób zatrudnionych w jednostce ubiegającej się o nabycie uprawnienia do nadawania stopnia doktora habilitowanego, stwierdzające, że nie są wliczane do minimalnej liczby osób zatrudnionych w innej jednostce; (5) imiennego składu rady jednostki z podaniem tytułu naukowego lub tytułu w zakresie sztuki, stopnia naukowego lub stopnia w zakresie sztuki albo kwalifikacji I lub II stopnia poszczególnych członków rady oraz reprezentowanych przez nich dziedzin, dyscyplin i specjalności, miejsca zatrudnienia i zajmowanych stanowisk; (6) charakterystyki osiągnięć w zakresie kształcenia kadr oraz dorobku naukowego lub artystycznego osób podanych w pkt 3 i 5; (7) charakterystyki bazy badawczej jednostki, ze szczególnym

wdrożone na mocy ustawy z 2003 r. rozporządzeniem Ministra Edukacji Narodowej i Sportu z dnia 27 stycznia 2004 r., w znaczącym stopniu powtarzające rozwiązania przyjęte rozporządzeniem Ministra Nauki i Szkolnictwa Wyższego z dnia 26 listopada 1985 r.

Nadanie danej jednostce organizacyjnej uprawnienia do habilitowania ustawa z 2003 r. nadal pozostawiła Centralnej Komisji (wyłącznie przy jej pozytywnej ocenie wniosku), w odniesieniu do szkół wyższych – po zasięgnięciu opinii Rady Głównej Szkolnictwa Wyższego. Również w jej gestii zachowała ogłoszenie w Dzienniku Urzędowym „Monitor Polski” wykazu jednostek organizacyjnych uprawnionych w tym zakresie. Pierwszy wykaz Centralna Komisja (już kolejnej kadencji) opublikowała z dniem 11 kwietnia 2007 r., następnym w roku 2010¹⁰⁵. Z uwzględnieniem objętych nimi przed rokiem 2011 danych, ostatnim z nich objęto: sto dwanaście szkół wyższych, w tym piętnaście szkół wyższych niepublicznych, sześćdziesiąt jeden placówek naukowych PAN oraz pięćdziesiąt jeden instytutów naukowo-badawczych. To liczbowe ujęcie jednostek organizacyjnych z prawem do habilitowania w żadnym razie nie odzwierciedlało liczby nadanych uprawnień w tym zakresie. Dana jednostka organizacyjna mogła bowiem, przy spełnieniu wymaganych warunków, otrzymać więcej niż jedno uprawnienie. Nie dziwi więc, że dla niektórych z tych jednostek liczba uprawnień do nadawania stopnia doktora habilitowanego znacznie tę wartość przekraczała. W połowie roku 2010 łączna ich liczba obejmowała **czterysta jedenaście uprawnień w szkołach wyższych publicznych** oraz pięć uprawnień w szkołach niepublicznych, **czterdzieści dziewięć w placówkach naukowych PAN i trzydzieści jeden w instytutach naukowo-badawczych**. Nie pozostawało to bez znaczenia dla prowadzenia postępowań o nadanie tytułu profesora.

W kwestii trzeciej, dotyczącej warunków stawianych przed kandydatem do tytułu profesora, ustawa z 2003 r. nie odbiegała zbyttno od rozwiązań wcześniejszych. Sprowadzała je również do dwóch sfer aktywności osoby legitymującej się stopniem naukowym doktora habilitowanego: naukowej i dydaktycznej. W sferze pierwszej od kandydata wymagała **osiągnięć naukowych** lub artystycznych **znacznie**

uwzględnieniem księgozbioru, aparatury naukowej, instalacji doświadczalnych, zaplecza i warsztatów niezbędnych do rozwijania prowadzonych badań.

¹⁰⁵ Obwieszczenie Centralnej Komisji do Spraw Stopni i Tytułów z dnia 31 V 2010 r. w sprawie wykazu jednostek organizacyjnych uprawnionych do nadawania stopni doktora i doktora habilitowanego wraz z określeniem nazw nadawanych stopni (M.P. Nr 46, poz. 643).

przekraczających wymagania stawiane w przewodzie habilitacyjnym¹⁰⁶, w sferze drugiej natomiast – **poważnych osiągnięć dydaktycznych, w tym w kształceniu kadry naukowej** lub artystycznej (art. 26 ust. 1). Ustawa z 2003 r. nie wprowadziła więc rozwiązań dalece innych w tym zakresie, poza odmiennym ich ujęciem niż pod rządami ustaw z lat 1965 i 1990. Na gruncie każdej z nich w sferze pierwszej wymagano albo wydatnie powiększonego dorobku w pracy naukowej (1965 r.), albo dorobku wydatnie pomnożonego (1990 r.) – po uzyskaniu stopnia naukowego doktora habilitowanego. W sferze drugiej z kolei od kandydata oczekiwano (od 1968 r.) wydatnie pomnożonego dorobku dydaktyczno-wychowawczego, w tym udziału w zorganizowanym kształceniu i doskonaleniu kadr naukowych, oraz kierowania zespołami badawczymi albo (od 1990 r.) poważnych osiągnięć dydaktycznych (obejmujących również udział w zorganizowanym kształceniu kadr naukowych oraz kierowaniu zespołami badawczymi). Ustawa z 2003 r. od tego ostatniego kryterium oceny (kierowania zespołami badawczymi) odstąpiła. Różnica przyjętych nią rozwiązań tkwiła także w doprecyzowaniu aktem wykonawczym¹⁰⁷ zakresu wymagań dla oceny wniosku kandydata w postępowaniu o nadanie tytułu profesora.

W kwestii czwartej ustawa z 2003 r. w jej brzmieniu pierwotnym przewidywała możliwość **wszczęcia postępowania o nadanie tytułu profesora** z inicjatywy: (1) rady właściwej jednostki organizacyjnej za zgodą osoby zainteresowanej, ale też na wniosek (2) rady jednostki organizacyjnej nieposiadającej uprawnień do nadawania stopnia doktora habilitowanego za zgodą osoby przez nią zatrudnionej (co było rozwiązaniem nowym) oraz (3) osoby zainteresowanej wszczęciem postępowania o nadanie jej tytułu profesora, poparty opiniami trzech

¹⁰⁶ Wzorem ustawy z 1990 r. za dorobek naukowy uznała także wybitne zrealizowane osiągnięcia projektowe, konstrukcyjne lub technologiczne, nadto uznała za dorobek artystyczny wybitne dzieło artystyczne (art. 26 ust. 3).

¹⁰⁷ Rozporządzenie Ministra Edukacji Narodowej i Sportu z dnia 15 I 2004 r. w sprawie szczegółowego trybu przeprowadzania czynności w przewodach doktorskim i habilitacyjnym oraz w postępowaniu o nadanie tytułu profesora (Dz.U. Nr 15, poz. 128). Na podstawie tego aktu od kandydata do tytułu profesora oczekiwano przedłożenia kierownikowi właściwej jednostki organizacyjnej: autoreferatu, wykazu swoich osiągnięć w pracy naukowo-badawczej lub artystycznej (w tym zastosowanych w praktyce), osiągnięć dydaktycznych, w tym wykazu przewodów doktorskich lub kwalifikacyjnych, w których kandydat pełnił funkcję promotora lub opiekuna, oraz informacji o współpracy z instytucjami, organizacjami i towarzystwami naukowymi lub działającymi w zakresie sztuki w kraju i za granicą (§ 20 ust. 1).

osób z tytułem profesora danej dziedziny nauki lub sztuki (co było rozwiązaniem powtórzonym za ustawą z 1990 r.). Wszczęcie postępowania w tym zakresie wymagało podjęcia przez właściwą radę danej jednostki organizacyjnej uchwały. Tylko w przypadku wyrażenia nią pozytywnego rozstrzygnięcia właściwa rada mogła (wzorem rozwiązań ustawy z 1990 r.) powołać zespół złożony z jej członków posiadających tytuł profesora (tu nadal bez wskazania jego liczbowego składu) dla przygotowania wniosków służących danej radzie podjęciu czynności (uchwał) w dalszych stadiach postępowania w sprawach: (1) wyznaczenia recenzentów oraz (2) poparcia wniosku o nadanie tytułu profesora.

W sytuacji pierwszej ustawodawca od właściwej rady (od 2005 r. od CK działającej na wniosek właściwej rady¹⁰⁸) wymagał powołania co najmniej trzech recenzentów (od 2005 r. czterech¹⁰⁹) z tytułem naukowym profesora w zakresie danej lub pokrewnej dziedziny nauki lub sztuki, w tym nie więcej niż jednego zatrudnionego w tej samej szkole wyższej lub placówce naukowej, której pracownikiem była osoba ubiegająca się o nadanie tytułu profesora bądź będąca członkiem rady jednostki przeprowadzającej postępowanie (od 2005 r. po dwóch recenzentów powoływały rady właściwej jednostki organizacyjnej oraz Centralna Komisja).

Recenzja miała zawierać szczegółowo uzasadnioną ocenę, czy kandydat spełnia wymagania odnośnie do osiągnięć naukowych (lub artystycznych) w stopniu znacznie przekraczającym wymagane w przewodzie habilitacyjnym, w sytuacji kandydujących do tytułu profesora doktorów – wybitne osiągnięcia naukowe (lub artystyczne); w obu przypadkach z jednoznacznie podanym stanowiskiem w sprawie nadania lub odmowy nadania tytułu. Recenzja miała być przedstawiona radzie jednostki organizacyjnej nie później niż w terminie trzech miesięcy od dnia otrzymania wniosku o jej sporządzenie; termin ten mógł być przedłużony o jeden miesiąc.

W sytuacji drugiej właściwa rada tylko w przypadku podjęcia uchwały popierającej wniosek o nadanie tytułu profesora była zobowiązana do jej przesłania (wraz z aktami postępowania) Centralnej Komisji (w terminie

¹⁰⁸ W brzmieniu nadanym art. 251 pkt 6 Ustawy z dnia 27 VII 2005 r. Prawo o szkolnictwie wyższym oraz § 20a Rozporządzenia Ministra Edukacji Narodowej z dnia 15 XII 2005 r. zmieniającego rozporządzenie w sprawie trybu przeprowadzania czynności w przewodach doktorskich i habilitacyjnych oraz w postępowaniu o nadanie tytułu profesora (Dz.U. Nr 252, poz. 2125).

¹⁰⁹ Zob. art. 251 pkt 6 Ustawy z dnia 27 VII 2005 r. o szkolnictwie wyższym.

miesiąca od dnia podjęcia). Po przeprowadzeniu postępowania (najpóźniej w sześciomiesięcznym terminie) Komisja ta podejmowała uchwałę pozytywną bądź odmawiającą przedstawienia kandydata do tytułu profesora. Tylko w przypadku pierwszym przedkładała Prezydentowi RP wniosek o nadanie tytułu naukowego profesora w terminie miesiąca. W przypadku negatywnego natomiast rozstrzygnięcia uchwałą rady jej adresatowi służyło prawo złożenia do CK odwołania za pośrednictwem tejże rady (od 2005 r. prawo złożenia wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy złożone przez właściwą radę lub osobę ubiegającą się o nadanie tytułu profesora). Centralna Komisja zaskarżoną uchwałę rady mogła utrzymać w mocy albo uchylając ją, przekazać sprawę do ponownego rozpatrzenia radzie tej samej lub innej jednostki organizacyjnej¹¹⁰.

Podsumowanie

Uregulowania prawne wyznaczające tryb i warunki nadawania tytułów (tytułu) profesora w okresie objętym analizą nie były stabilne. Czas transformacji ustrojowej RP zdecydowanie rozwiązanie wcześniejsze złagodził. Ustawą z 1990 r. odstąpiono od nadawania dwóch tytułów profesora (nadzwyczajnego i zwyczajnego) na rzecz jednego naukowego tytułu profesora, co było rozwiązaniem trafnym, zachowanym również ustawą kolejną, wdrożoną w 2003 r. Nie oznacza to, że począwszy od 1990 r. nie wprowadzono innych, nowych rozwiązań. Katalog zmian był dość znaczący, w głównej mierze podyktowany odstąpieniem w sferze jurydycznej od reżimu uregulowań Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej. Nie był to proces prostych przemian i nie od razu zmienił w pełni prawną rzeczywistość w zakresie nadawania tytułu profesora. Przeciwnie, niekiedy wybrzmiewał także tonem lat wcześniejszych. Nierzadko w dosłownym brzmieniu przyjmował rozwiązania określone ustawą z 1965 r. bądź przepisami aktów wykonawczych wydanych na jej podstawie.

Bez wątplenia wartością stałą rozwiązań przyjętych pod rządami każdej z trzech ustaw (1965, 1990, 2003) były zachowane etapy i ich sekwencja w postępowaniu prowadzącym do nadania tytułu profesora. Zmianom podlegały natomiast rozwiązania wyznaczone każdym z tych aktów w zakresach dotyczących: dziedzin nauki i sztuki, w jakich tytuł

¹¹⁰ Artykuł 27 ust. 5 w zw. z art. 21 ustawy z 2003 r. o stopniach naukowych i tytule naukowym oraz o stopniach i tytule w zakresie sztuki, w brzmieniu pierwotnym.

naukowy mógł być nadany, wymagań stawianych przed jednostkami organizacyjnymi wnioskującymi o prawo wszczęcia i prowadzenia postępowania o nadanie tytułu profesora, uprawnień tych jednostek w toku prowadzonego postępowania, zwłaszcza w zakresie procedury wyznaczania recenzentów i stawianych przed nimi oczekiwań co do wniosków kończących ocenę, procedury wieńczącej postępowanie właściwej rady danej jednostki organizacyjnej oraz roli w tym procesie Centralnej Komisji i organu uprawnionego do nadania tytułu naukowego profesora.

Czy rozwiązania obejmujące trzy różne reżimy prawne rzeczywiście odpowiadały ówczesnym społecznym oczekiwaniom? Nie ma tu jednej dobrej odpowiedzi. W każdym z badanych okresów obowiązujące ustawy w dużym stopniu były odzwierciedleniem politycznych uwarunkowań prowadzących od wymagań stawianych przez reżim komunistyczny, poprzez wymagania liberalizujące prawne uregulowania w warunkach odbudowy ustroju Rzeczypospolitej Polskiej, po lata doprecyzowania wartości nadrzędnych w kształtowaniu warunków prowadzących do wzmocnienia prestiżu kadr naukowych, w tym szczególnie kadry profesorów.

THE TITLE OF PROFESSOR IN THE FIRST YEARS FOLLOWING THE POLITICAL TRANSFORMATION IN REPUBLIC OF POLAND

Summary

The political changes initiated in 1989 affected many sectors of the state's activity, including higher education and science. In 1990, the Sejm passed two new Laws – on Higher Education, and on Academic Degrees and Title. The former placed greater emphasis than before on the freedom to conduct scientific research. With the second act, it finally abandoned the possibility provided for by the 1965 solutions of granting two different titles of professor, i.e., associate professor and full professor, by introducing one academic title – “professor”. For the purposes of evaluating and establishing the significance of the solutions adopted by the 1990 Law, this article presents the procedure and conditions for awarding the titles of professor provided for in the 1965 Law in the wording in force prior to its repeal in 1990, as well as those introduced set out in the 2003 Law and in force until its amendment in 2011. The replacement of the two titles of professor with a single academic title did not limit the range of proposals for changes introduced at that time. In the article, particular attention is devoted to these.

The main trend in research comes down to: (1) how the degree and scope of regulations adopted in 1990 differed from earlier solutions, and (2) whether, in the

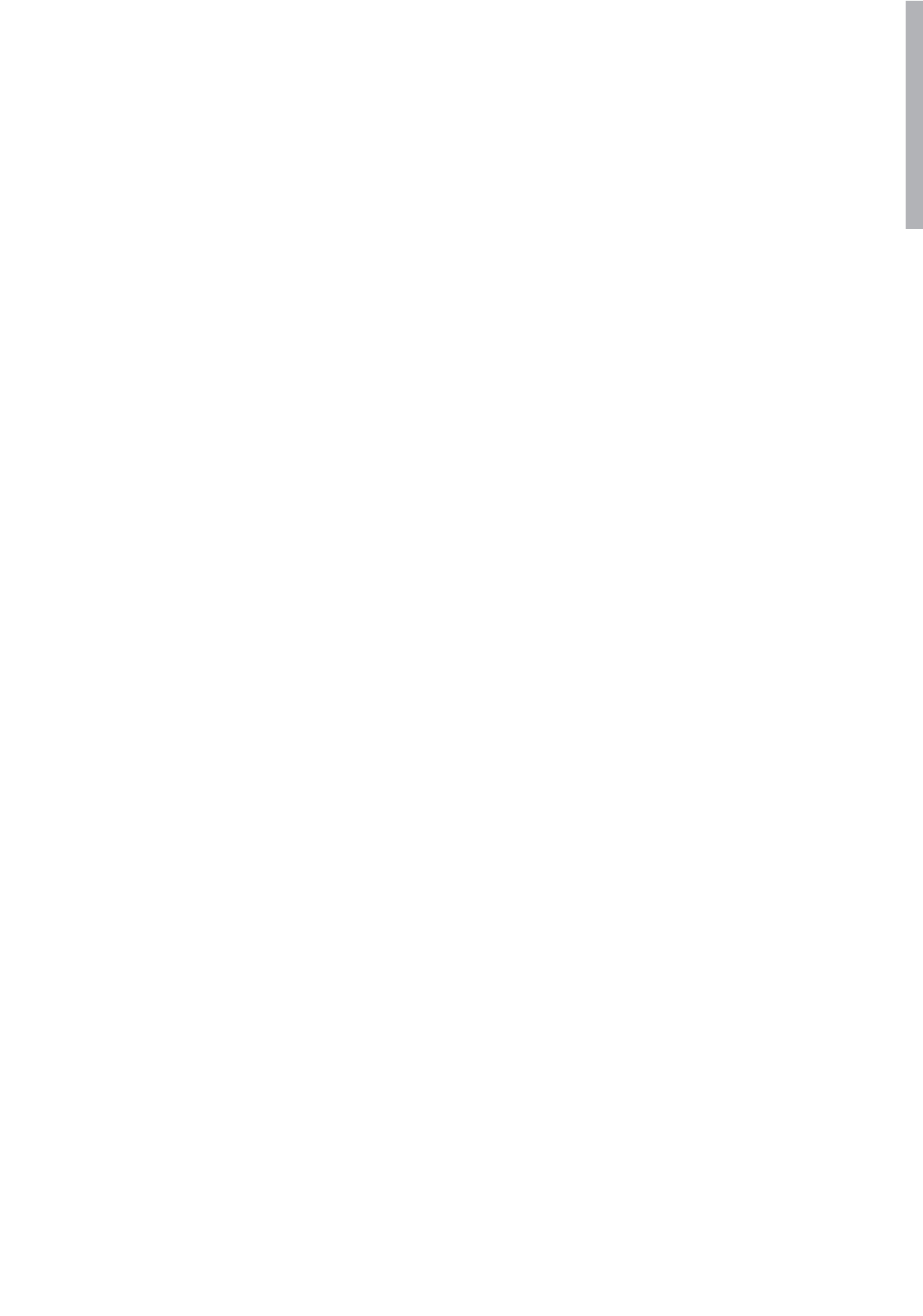
context of the 2003 Law they were sufficient and served the quality of academic advancements well. It is only by basing research on previous findings in this respect that conclusions could be drawn as to the legal meaning and significance of conferring the title of professor in the years 1990–2011.

This approach in achieving the purpose of the discussions was also important for another reason. It made it possible to emphasize the changes in terms of awarding the title of professor from the solutions in force during the Polish People's Republic to the norms adopted in the initial years of the political transformation, as well as to the new regulations introduced in the more strongly established Republic of Poland. These were not the same solutions, and the Act of 1990 placed them in the group of liberal solutions.

Keywords: titles of professor until 1990 – title of professor from 1990 – conditions and procedure for conferring academic titles in the years 1990–2011

LITERATURA

- Banaszak B., Boć J., Jabłoński M., *Komentarz do art. 73, w: Konstytucja Rzeczypospolitej oraz komentarz do Konstytucji RP z 1997 r.*, pod red. J. Bocia, Wrocław 1998.
- Brzeziński J.M., *O poprawianiu (ale też i o psuciu) systemu przeprowadzania awansów naukowych w Polsce w latach 1990–2017*, „Nauka i Szkolnictwo Wyższe” 2017, nr 2(50).
- Brzozowski W., *Konstytucyjna wolność badań naukowych i ogłaszania ich wyników*, w: *Prawo nauki. Zagadnienia podstawowe*, pod red. A. Wiktorowskiej, A. Jakubowskiego, Warszawa 2014.
- Izdebski H., Kulesza M., *Administracja publiczna. Zagadnienia ogólne*, Warszawa 1998.
- Kuniński M., *Pracownik naukowy w otoczeniu społecznym. Status społeczny i powinności*, w: *Meandry kariery naukowej*, pod red. S. Bilińskiego, Kraków 2016.
- Leoński Z., *Ustrój samorządu terytorialnego w RP*, Poznań 1993.
- Leoński Z., *Zarys prawa administracyjnego*, Warszawa 2000.
- Wiktorowska A., *Prawne determinanty samodzielności gminy. Zagadnienia administracyjnoprawne*, Warszawa 2002.
- Wojtczak K., *Habilitacje w Polsce Ludowej. Część 1. Warunki i przebieg habilitacji w prawie szkół wyższych*, „Studia Prawa Publicznego” 2017, nr 1(17).
- Wojtczak K., *Habilitacje w Polsce Ludowej. Część 2. Warunki i przebieg habilitacji w prawie o stopniach i tytułach naukowych*, „Studia Prawa Publicznego” 2017, nr 2(18).
- Wojtczak K., *Habilitacja jako warunek awansu naukowego w Polsce w latach 1990–2018*, „Studia Prawa Publicznego” 2019, nr 3(27).
- Wojtczak K., *Tytuł profesora w Polsce w latach 1920–1990. Część 2. Warunki nadawania tytułu profesora w prawie o stopniach i tytułach naukowych*, „Studia Prawa Publicznego” 2018, nr 1(21).



SŁAWOMIR PAWŁOWSKI*

***Lex developer* – analiza porównawcza projektu pierwotnego specustawy mieszkaniowej z ostatecznie uchwaloną ustawą**

Wprowadzenie

Tak zwane „pozytywne” doświadczenia z budowy dróg publicznych z wykorzystaniem ustaw ułatwiających ich realizację skłoniły prawodawcę do coraz częstszego sięgania po ten szczególny rodzaj aktów normatywnych, zwanych dziś powszechnie specustawami¹. Ich specyfika przejawia się w tym, że po pierwsze, w sposób znaczący odbiegają od unormowań zawartych w ustawach o randze *lex generalis*, na podstawie których realizuje się inwestycje celu publicznego, tj. w Ustawie z dnia 27 marca 2003 r. o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym², Ustawie z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane³ oraz Ustawie z dnia 21 sierpnia 1997 r. o gospodarce nieruchomościami⁴. Po drugie, trudno je uznać za klasyczne *lex specialis*, gdyż nie modyfikują one jednego, czy też maksymalnie kilku rozwiązań zawartych w *lex generalis*, ale są to wielokrotnie odrębne, kompletne regulacje, które często wyłączają zastosowanie ustaw głównych. Stąd też zasadnie nazywa się je specustawami. O ich „popularności” świadczy fakt,

* Sławomir Pawłowski, prof. UAM dr hab., Uniwersytet im. Adama Mickiewicza w Poznaniu, e-mail: womir@amu.edu.pl, <https://orcid.org/0000-0002-2060-6638>.

¹ Zob. uzasadnienie projektu ustawy zgłoszonego 11 VII 2006 r. o zmianie ustawy o szczególnych zasadach przygotowania i realizacji inwestycji w zakresie dróg krajowych oraz o zmianie niektórych innych ustaw, druk sejmowy nr 854/V kadencja, <http://www.sejm.gov.pl/Sejm9.nsf/page.xsp/archiwum> (dostęp: 11 VI 2020).

² Tekst jedn. Dz.U. 2020, poz. 293 ze zm., dalej „u.p.z.p.”.

³ Tekst jedn. Dz.U. 2019, poz. 1186 ze zm.

⁴ Tekst jedn. Dz.U. 2020, poz. 65 ze zm., dalej „u.g.n.”.

że od momentu uchwalenia Ustawy z dnia 10 kwietnia 2003 r. o szczególnych zasadach przygotowania i realizacji inwestycji w zakresie dróg krajowych⁵, której tytuł już trzy lata później został zmieniony, by mogła ona mieć zastosowanie do wszystkich kategorii dróg publicznych, do chwili obecnej uchwalono kilkanaście specustaw inwestycyjnych.

Ponadto początkowa ostrożność sięgania po ten wyjątkowy instrument minęła, a ustaw tego typu uchwała się coraz więcej, przy czym zamiast określać rodzaj inwestycji celu publicznego, w ostatnim czasie w tytule ustawy wskazuje się konkretny cel, np. Centralny Port Komunikacyjny, przekop Mierzei Wiślanej czy pogłębienie kanału żeglugowego między Świnoujściem a Szczecinem – wraz z podaniem głębokości tego kanału (sic!). Zachodzą tu poważne wątpliwości, czy są to ciągle akty stanowienia prawa czy też już jego stosowania.

Śmiałość sięgania po ten instrument doprowadziła do uchwalenia Ustawy z dnia 5 lipca 2018 r. o ułatwieniach w przygotowaniu i realizacji inwestycji mieszkaniowych oraz inwestycji towarzyszących⁶, którą ze względu na swój charakter i zakres normowania *prima facie* także należy zaliczyć do tej grupy, choć nie bez zastrzeżeń. Pojawia się wręcz pytanie, czy właściwszą potoczną nazwą tego aktu będzie termin „specustawa mieszkaniowa” czy też „lex deweloper”. Elementem różniącym tę ustawę od innych specustaw jest między innymi to, że inwestycje mieszkaniowe nie są inwestycjami celu publicznego w rozumieniu art. 6 u.g.n.⁷ Sugeruje to, że w obecnym brzmieniu akt ten stanowi raczej nową kategorię specustaw.

Asumpt do napisania tego artykułu dały znaczące rozbieżności pomiędzy tekstem złożonym do prac sejmowych, tj. projektem specustawy mieszkaniowej z dnia 15 marca 2018 r. (dalej „projekt”)⁸, a ostatecznie uchwaloną ustawą. Tym samym oprócz metody analityczno-prawnej wykorzystana zostanie również metoda historyczna.

⁵ Dz.U. 2003 Nr 80, poz. 721.

⁶ Tekst jedn. Dz.U. 2020, poz. 219, dalej „u.u.r.i.m.t.”.

⁷ Niemniej ustawa ta próbuje się wpisać w przyjęty 27 IX 2016 r. przez Radę Ministrów „Narodowy Program Mieszkaniowy”, zwany potocznie „Mieszkanie+”. Sugeruje to także uzasadnienie do u.u.r.i.m.t., w którym stwierdza się m.in., że jej celem jest redukcja barier prawnych ograniczających rozwój mieszkalnictwa, w szczególności dostępności mieszkań dla osób o przeciętnych i niskich dochodach (druk sejmowy nr 2667/VIII kadencja, s. 1). Jest to jednak pusta deklaracja, nieznajdująca potwierdzenia normatywnego – ustawa w żadnym miejscu nie uwzględnia wskazanych grup społecznych.

⁸ Zob. <https://legislacja.rcl.gov.pl/projekt/12309302/katalog/12496178#12496178> (dostęp: 15 V 2020).

1. Zakres władztwa przestrzennego

Jednym z największych zarzutów stawianych projektowi z marca 2018 r. była znacząca modyfikacja przepisów z zakresu planowania przestrzennego i tym samym bezpośrednia ingerencja we władztwo planistyczne gminy.

Co do zasady, podobnie jak specustawy inwestycyjnie *sensu stricto*, art. 20 ust. 1 projektu wyłączał stosowanie ustawy o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym. Jednocześnie jednak projekt zawierał alternatywne rozwiązania. Autorzy przedstawili mianowicie zupełnie nową regulację w zakresie instrumentów prawnych planowania przestrzeni przy realizowaniu tego typu inwestycji, co stawia między innymi pytanie o głębokość dopuszczalnej ingerencji w kompetencje organów gminy w tym zakresie. Koncepcja ta została podtrzymana w uchwalonej ustawie z kilkoma modyfikacjami, w tym z jedną naczelną: nie wyłącza ona możliwości realizacji inwestycji mieszkaniowej czy towarzyszącej na zasadach ogólnych, tj. na podstawie Ustawy z dnia 27 marca 2003 r. Niemniej idea skorzystania z drogi uproszczonej przyswieca obu wersjom.

Przede wszystkim podkreślić należy, że w pierwotnej koncepcji gmina miała zostać istotnie ograniczona w możliwości decydowania o realizacji takiej inwestycji. W projekcie za najistotniejsze pod tym względem należy uznać art. 6–7 oraz art. 14. Pierwsze dwa normowały ogólną instytucję zgody na takie przedsięwzięcie, którą uznać należy za element współdziałania w znaczeniu *sensu largo*, czyli nie w trybie art. 106 Kodeksu postępowania administracyjnego⁹. Zasadnie przy tym z jednej strony rozróżniono sytuację, w której na terenie będącym przedmiotem wniosku obowiązywał miejscowy plan zagospodarowania terenu i nie dopuszczał inwestycji mieszkaniowej. W takich okolicznościach inwestor miał wystąpić z wnioskiem o wyrażenie zgody na jej realizację do właściwej miejscowo rady gminy. Oznaczałoby to, że wobec zaistniałej sprzeczności *prima facie* ostatecznie to rada gminy miała decydować w ogólności o dopuszczalności takiej inwestycji, przy czym za punkt odniesienia miał być brany „stan zaspokojenia potrzeb mieszkaniowych na terenie gminy”. Z kolei art. 7 projektu normował sytuację, w której plan taki nie obowiązywał. Wtedy organem właściwym miał być wójt, który w drodze decyzji mógłby taką zgodę wyrazić, biorąc pod uwagę

⁹ Ustawa z dnia 14 VI 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (tekst jedn. Dz.U. 2020, poz. 256 ze zm.), dalej „k.p.a.”.

te same wytyczne, a więc w odrębnym ogólnym postępowaniu jurysdykcyjnym.

Najważniejsza dla określenia zakresu władztwa planistycznego gminy w projekcie jest ostateczność przesądzenia o stanie zaspokojenia potrzeb mieszkaniowych. Z jednej strony obiektywne przesądzenie o niespełnieniu tej przesłanki, czyli wykazanie policzalnych potrzeb mieszkaniowych, oznaczałoby, że sprzeciw rady gminy byłby skutecznie wzruszalny, tzn. np. uchwałę rady gminy wyrażającą brak takiej zgody można by z powodzeniem skarżyć do sądu administracyjnego. W konsekwencji pozycja gminy mogłaby zostać całkowicie zmarginalizowana. Z drugiej strony na zagadnienie to można spojrzeć także w inny sposób i zadać pytanie, czy rozstrzygnięcia organów gminy, w tym uchwały rady gminy, analogicznie do aktów administracyjnych indywidualnych, mają charakter związany lub uznaniowy, a jeśli tak, to w jakim zakresie i co z tego wynika.

Nim zostanie udzielona odpowiedź na to pytanie, należy wskazać, że powyższa przesłanka materialna w zmodyfikowanej postaci znalazła się również w uchwalonej ustawie. Obecnie rada gminy „bierze pod uwagę stan zaspokojenia potrzeb mieszkaniowych na terenie gminy oraz potrzeby i możliwości rozwoju gminy wynikające z ustaleń studium uwarunkowań i kierunków zagospodarowania przestrzennego gminy” (art. 7 ust. 4 *in fine* u.u.r.i.m.t.). Przepis ten został zatem znacząco rozwinięty poprzez uwzględnienie przy ocenie proponowanej inwestycji także „możliwości rozwoju gminy”, które nadto powinny być potwierdzone ustaleniami studium. Na gruncie tego przepisu zapadło już kilka orzeczeń, które nie pozostawiają wątpliwości co do tego, że to gmina jest ostatecznym decydującym. W jednym z najnowszych wyroków stwierdzono, że nawet w wypadku ziszczenia się przesłanki z art. 7 ust. 4 u.u.r.i.m.t. rada gminy nie ma obowiązku podjęcia pozytywnej uchwały w przedmiocie lokalizacji inwestycji mieszkaniowej. Wskazane przesłanki mają bowiem bardzo ogólny charakter, a ich zastosowanie ma zasadniczo charakter uznaniowy¹⁰. Podobne stanowisko wyartykułowano we wcześniejszych orzeczeniach. W szczególności o uznaniowym charakterze uchwały świadczy zwrot: „bierze pod uwagę” okoliczności wynikające ze studium. Nadto podjęcie uchwały o lokalizacji inwestycji nie następuje po stwierdzeniu zgodności ze studium¹¹. Wykładnia

¹⁰ Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego (WSA) w Lublinie z 6 IV 2019 r., sygn. II SA/Lu 403/19, LEX nr 2736752.

¹¹ Wyrok WSA w Szczecinie z 5 IX 2019 r., sygn. II SA/Sz 643/19, LEX nr 2725407.

językowa całego art. 7, a zwłaszcza ust. 10, 12 i 14, pozwala także na wskazanie innych determinant granic uznania administracyjnego¹².

Ze względu na lakoniczne, a przy tym węższe, ograniczone do jednej zmiennej, ujęcie podstaw do wyrażenia zgody bądź jej odmowy w projekcie nie ma już takiej jednoznacznej pewności, szczególnie w świetle przytoczonych orzeczeń, że to gmina byłaby ostatecznym decydem. Jest to tym bardziej złożone, jeśliby wziąć pod uwagę również współczesny dorobek doktryny w przedmiocie postrzegania uznania administracyjnego i jego ograniczania¹³. Z pewnością nie można się zgodzić z faktem, że w demokratycznym państwie prawa organy administracji publicznej mogą działać arbitralnie.

Ostatecznie zatem należy dojść do wniosku, że ewentualny sprzeciw organów gminy wobec planowanej inwestycji mieszkaniowej mógłby nie oznaczać definitywnego jej zablokowania. Ma to tym bardziej doniosłe znaczenie, że wyrażanie zgody na jej realizację według projektu miało przebiegać dwuetapowo, odmiennie niż obowiązuje to obecnie. W pierwszej kolejności to właściwe organy gminy ze względu na stan pokrycia obszaru gminy planami miejscowymi miały wyrazić zgodę, która stanowić miała warunek *sine qua non* dla wydania decyzji lokalizacyjnej *sensu stricto* przez odpowiedni organ administracji rządowej.

Zaprezentowany pokrótce tryb stanowi istotne odstępstwo od przyjętego ostatecznie modelu wydawania rozstrzygnięcia w sprawie lokalizacji inwestycji mieszkaniowej lub towarzyszącej, gdzie to stanowisko organów gminy jest decydujące. W projekcie mianowicie ewentualne

¹² W wyroku WSA w Gliwicach z 6 VI 2019 r., sygn. II SA/GI 112/19, LEX nr 2714052, stwierdzono m.in., że „Granice zewnętrznych uznania, jakie przysługuje radzie gminy podejmującej uchwałę lokalizacyjną, należy także poszukiwać w instrumentach wskazanych w art. 7 ust. 10 (uwagi do wniosku), art. 7 ust. 12 (opinie do wniosku) oraz art. 7 ust. 14 (uzgodnienie wniosku) ustawy z 2018 r. o ułatwieniach w przygotowaniu i realizacji inwestycji mieszkaniowych oraz inwestycji towarzyszących. Instrumenty te mają różną moc oddziaływania na losy wniosku o ustalenie lokalizacji inwestycji, przy czym dwa pierwsze (uwagi i opinie) są niewiążące, natomiast uzgodnienie (brak uzgodnienia) determinuje możliwość pozytywnego załatwienia wniosku”.

¹³ Zob. np.: M. Mincer, *Uznanie administracyjne*, Toruń 1983; J. Orłowski, *Uznanie administracyjne w prawie podatkowym*, Gdańsk 2005; W. Jakimowicz, *Zewnętrzne granice uznania administracyjnego*, „Państwo i Prawo” 2010, z. 5, s. 42–54; A. Szot, *Słuszność a uznanie administracyjne*, „Studia Iuridica Lublinensia” 2011, nr 15, s. 175–182; M. Jaśkowska, *Uznanie administracyjne a inne formy władzy dyskrecjonalnej*, w: *System prawa administracyjnego*, t. 1: *Instytucje prawa administracyjnego*, pod red. R. Hausera, Z. Niewiadomskiego, A. Wróbla, Warszawa 2010; K. Gębała, *Uznanie administracyjne w systemie prawa niemieckiego*, „Państwo i Prawo” 2011, z. 1, s. 73–82.

udzielenie zgody miało kończyć udział gminy w procesie wydawania rozstrzygnięcia lokalizacyjnego. Zgodnie bowiem z trzecim z powołanych na wstępie tego punktu przepisów, tj. art. 14 ust. 1 projektu, ostateczne rozstrzygnięcie w sprawie lokalizacji inwestycji mieszkaniowej miano przekazać organom administracji rządowej, w pierwszej instancji wojewodzie, w drugiej ministrowi właściwemu do spraw budownictwa, planowania i zagospodarowania przestrzennego oraz mieszkalnictwa. Rozwiązanie to mocno zbliżało projekt do klasycznych specustaw, w których zintegrowane decyzje wydaje terenowy organ administracji rządowej.

Powyższe rozwiązanie, czyli wydawanie decyzji lokalizacyjnej co do zasady przez wojewodę, można uznać z jednej strony za zgodne z wzorcem ukształtowanym w dotychczasowych specustawach. Co więcej, z tego punktu widzenia *prima facie* wydawałoby się to wręcz celowe. Okazuje się jednak, że takie wnioskowanie nie jest w pełni uzasadnione. Obowiązujące specustawy inwestycyjne dotyczą bądź regionalnych inwestycji liniowych przebiegających przez wiele gmin, powiatów, a niekiedy i województw (drogi publiczne i kolejowe, budowle przeciwpowodziowe, sieci przesyłowe), bądź inwestycji zlokalizowanych co prawda w konkretnym miejscu, ale o ogólnopaństwowym, a nie lokalnym charakterze (lotniska użytku publicznego, Centralny Port Komunikacyjny, gazoport w Świnoujściu, energetyka jądrowa, przekop Mierzei Wiślanej itp.). Tymczasem inwestycje mieszkaniowe nie wpisują się w ten wzorzec, gdyż nie stanowią inwestycji celu publicznego w znaczeniu formalnym i materialnym¹⁴. *A contrario* są to inwestycje prywatne, komercyjne, które zyskały odrębną regulację. I właśnie ten aspekt – brak działania w pierwszej kolejności, w sposób niewątpliwie pierwszoplanowy na rzecz interesu publicznego, potencjalnie dostępnego dla każdego, powoduje, że przekazanie tego rozstrzygnięcia wojewodzie samo w sobie było dyskusyjnym rozwiązaniem.

Uwzględniając powyższe, za jak najbardziej słuszne uznać należy przyjęte finalnie rozwiązanie, które pozostawiło wszystkie uprawnienia w tym zakresie gminie, co w dużej mierze przypisuje się konsultacjom społecznym, w których krytycznie odniesiono się do proponowanych rozwiązań¹⁵. Zgodnie z art. 7 ust. 1 u.u.r.i.m.t. w przypadku zamiaru

¹⁴ Zob. więcej S. Pawłowski, *Specustawa mieszkaniowa a inne specustawy. Podobieństwa i różnice*, w: *Specustawa mieszkaniowa a samodzielność planistyczna gminy. Dylematy prawników i urbanistów*, pod red. J.H. Szlachetki, Gdańsk 2019, s. 237–248.

¹⁵ K. Rostkowska, *Idą duże zmiany prawa w mieszkaniówce. Prezent od rządu dla deweloperów?*, www.bankier.pl, 15 V 2018 (dostęp: 8 V 2020).

realizacji inwestycji mieszkaniowej inwestor występuje, za pośrednictwem wójta (burmistrza, prezydenta miasta), z wnioskiem o ustalenie lokalizacji inwestycji do właściwej miejscowo rady gminy. I to właśnie ten organ podejmuje uchwałę w sprawie ustalenia lokalizacji tej inwestycji lub o odmowie takiej lokalizacji.

2. Charakter prawny rozstrzygnięcia lokalizacyjnego

Jak już wspomniano w poprzednim punkcie, wydanie rozstrzygnięcia w sprawie lokalizacji inwestycji mieszkaniowej w przepisach projektu miało przebiegać dwuetapowo, odmiennie niż obecnie. W pierwszej kolejności zgody udzielać miały odpowiednie organy gminy w zależności od tego, czy na procedowanym obszarze obowiązywał plan miejscowy, który nie przewidywał takiej inwestycji, czy też brak było tego planu. Dopiero po zajęciu stanowiska przez organy gminy decyzję miał wydawać wojewoda. Tym samym rozstrzygnięcia organów gminy należałoby traktować jako zajęcie wiążącego stanowiska w odrębnym postępowaniu administracyjnym, warunkującym wydanie aktu administracyjnego, a więc jako rozstrzygnięcie zależne¹⁶, a nie jako współdziałanie na gruncie art. 106 k.p.a.¹⁷

Odnosnie do pierwszego etapu na uwagę zasługuje następująca kwestia. Z art. 6 i 7 projektu wynika, że niezależnie od tego, czy rozstrzygnięcie podejmowałaby rada gminy czy wójt, w istocie byłyby one identyczne co do treści (byłaby nią zgoda na realizację inwestycji mieszkaniowej lub inwestycji towarzyszącej), ale różne co do formy prawnej. Uwzględniając zatem fakt, że co do zasady rada gminy podejmuje uchwały, które będąc aktami prawa miejscowego lub aktami kierownictwa wewnętrznego¹⁸, w założeniu mają być aktami zawierającymi normy generalne i abstrakcyjne, pojawia się pytanie, czy rzeczywiście zgoda rady wpisuje się w ten wzorzec. *Prima facie* jest to tym bardziej skomplikowane, że alternatywą dla tych uchwał, niejako substytutem, miało być rozstrzygnięcie organu wykonawczego gminy,

¹⁶ Por. E. Szewczyk, *Współdziałanie organów administracji publicznej a decyzje zależne na przykładzie unormowań dotyczących planu ruchu zakładu górniczego*, „Studia Prawa Publicznego” 2019, nr 2, s. 76, 87–89.

¹⁷ A. Wróbel, *Art. 106*, w: M. Jaśkowska, A. Wróbel, *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, Warszawa 2000, s. 591.

¹⁸ A. Wierzbicka, *Art. 14 u.s.g.*, w: B. Dolnicki (red.), *Ustawa o samorządzie gminnym. Komentarz*, LEX/el. 2018, pkt 1.

które niewątpliwie, dotycząc sfery zewnętrznej, przyjęłoby postać decyzji administracyjnej. Zostało to *expressis verbis* wyrażone w art. 7 ust. 2 projektu *in principio*: „Wójt, burmistrz albo prezydent miasta podejmuje decyzję w sprawie zgody [...]”. Nadto zaakcentować należy, że akty administracyjne indywidualne wyróżnia tzw. podwójna konkretność¹⁹. Uwzględniając jednocześnie reguły rządzące zasadami budowy struktur administracji publicznej – w szczególności charakter zadań przekazywanych do właściwości organów kolegialnych, procedujących w trybie sesyjnym, których celem jest m.in. wytyczanie przyszłych kierunków zadań, w tym planowanie, oraz organów monokratycznych skupiających się na wykonawstwie, bieżącym administrowaniu²⁰ – w pierwszym wejściu nie sposób racjonalnie pogodzić tych alternatywnie przypisanych, identycznych przedmiotowo kompetencji, gdyż zgoda rady gminy jawi się jako akt stosowania prawa.

Przyjęcie kierunku interpretacji, że uchwała rady gminy ma identyczny charakter jak decyzja wójta, jest tym bardziej uzasadnione, że w obu rozstrzygnięciach załącznikami do wniosku są te same dokumenty, o których mowa w art. 15 ust. 1 pkt 1–7 projektu, tj. dokumenty dotyczące:

1. określenia granic terenu objętego wnioskiem, przedstawionych na kopii mapy zasadniczej lub, w przypadku jej braku, na kopii mapy ewidencyjnej, przyjętej do państwowego zasobu geodezyjnego i kartograficznego, obejmującej teren, którego wniosek dotyczy, i obszaru, na który ta inwestycja będzie oddziaływać, w skali 1:1000 lub większej;
2. określenia planowanej minimalnej i maksymalnej powierzchni użytkowej mieszkań;
3. określenia planowanej minimalnej i maksymalnej liczby lokali mieszkalnych;
4. określenia zmian w dotychczasowym sposobie zagospodarowania i uzbrojeniu terenu;
5. analizy powiązania inwestycji mieszkaniowej z uzbrojeniem terenu;
6. charakterystyki inwestycji mieszkaniowej, obejmującej określenie:
 - a. zapotrzebowania na wodę, energię oraz sposobu odprowadzania lub oczyszczania ścieków, a także innych potrzeb w zakresie uzbrojenia terenu, jak również sposobu zagospodarowywania odpadów,

¹⁹ Z. Leoński, *Zarys prawa administracyjnego*, Warszawa 2004, s. 283.

²⁰ Z. Leoński, *Nauka administracji*, Warszawa 2002, s. 70–72.

b. planowanego sposobu zagospodarowania terenu oraz charakterystyki zabudowy i zagospodarowania terenu, w tym przeznaczenia projektowanych obiektów budowlanych, przedstawione w formie opisowej i graficznej,

c. charakterystycznych parametrów technicznych inwestycji mieszkaniowej oraz danych charakteryzujących jej wpływ na środowisko;

7. wskazania nieruchomości, według katastru nieruchomości oraz księgi wieczystej, jeżeli została założona, na których mają być zlokalizowane obiekty objęte inwestycją mieszkaniową.

Mimo wskazanych powyżej zastrzeżeń ostatecznie należy jednak przyjąć, że rada gminy mogłaby zostać uprawniona do wydania zgody, której bliżej jest do aktu indywidualnego. Aby jednak zrozumieć złożoność takiej sytuacji, należy sięgnąć w pierwszej kolejności do poglądów doktryny i judykatury dotyczących kwestii charakteru prawnego wszystkich potencjalnie możliwych rozstrzygnięć rady gminy. I tak w piśmiennictwie podnosi się, że mogą one mieć różny charakter, co przejawia się w tym, iż uprawnienia rady gminy mogą między innymi polegać zarówno na stanowieniu aktów prawa miejscowego, jak i na wydawaniu aktów indywidualnych o nadaniu honorowego obywatelstwa gminy²¹. Szerzej na ten temat wypowiada się R. Hauser, podnosząc, że uchwała rady gminy stanowi formę wyrażania woli lub prezentowania merytorycznego stanowiska. W konsekwencji jej uchwały zależnie od swej treści mogą być jedną z wielu form działania administracji: aktem prawa miejscowego, działaniem zewnętrznym lub wewnętrznym, generalnym lub indywidualnym, władczym lub niewładczym²². Traktowanie uchwał w tak różnorodny sposób jest konsekwencją tego, że forma uchwały jest podstawowym sposobem uzewnętrzniania stanowiska rady, nawet jeśli nie wynika to wprost z przepisu prawa²³. Podobne poglądy prezentowane są w orzecznictwie²⁴. Stąd, przyjmując za punkt

²¹ Z. Leoński, *Zarys prawa...*, s. 165.

²² R. Hauser, *Orzecznictwo sądownoadministracyjne w sprawach samorządu terytorialnego. Zagadnienia wybrane*, „Samorząd Terytorialny” 2015, nr 3, s. 39.

²³ A. Wierzbicka, op. cit.

²⁴ Na przykład w orzeczeniu Naczelnego Sądu Administracyjnego z 25 V 2006 r., sygn. II GSK 39/06, LEX nr 236397, podniesiono, że „Uchwała jest po prostu typową formą wyrażania woli lub prezentowania merytorycznego stanowiska przez organ kolegialny administracji publicznej – a takim organem jest niewątpliwie rada gminy – w sprawach zastrzeżonych ustawowo do jego właściwości. W formie uchwały rada gminy może więc ustalać przepisy prawa miejscowego, jak też wydawać indywidualne akty administracyjne (decyzje lub postanowienia), jeżeli przepisy szczególne dają jej takie

wyjścia stanowisko, że uchwała rady gminy jest taką formą działania kolegialnego organu samorządowego, której wynikiem jest akt woli podjęty w trakcie posiedzenia (sesji), w drodze głosowania, zmierzający do rozstrzygnięcia określonej sprawy publicznej o charakterze lokalnym będącej przedmiotem obrad, najczęściej ze skutkiem wiążącym²⁵, oraz uwzględniając poprzednie uwagi, należy stwierdzić, że możliwość wyrażenia przez radę gminy zgody na realizację inwestycji mieszkaniowej lub towarzyszącej nie jawi się już jako działanie tak niezwykle. Mieści się, podobnie jak wiele innych uchwał rady gminy, w grupie aktów prawnych, dla których wydania niezbędne jest ustalenie stanu faktycznego²⁶, a więc w grupie aktów stosowania prawa.

Powyższe rozważania, uznając legalność przypisania analizowanej kompetencji radzie gminy, nie odpowiadają jednak na pytanie, jaką formę prawną działania przybiera taka uchwała. Przed udzieleniem ostatecznej odpowiedzi należy zauważyć, że problematyka charakteru prawnego uchwały rady gminy w sprawie inwestycji mieszkaniowej lub towarzyszącej nie znika w uchwalonej ostatecznie ustawie, można wręcz powiedzieć, że powraca ze zdwojoną siłą. Obecnie bowiem rozstrzygnięcie o lokalizacji inwestycji mieszkaniowej i towarzyszących podejmuje rada gminy, a nie wojewoda. W konsekwencji dosłownie wszystko to, co w projekcie ustawy miało być załatwiane w drodze decyzji administracyjnej głównego terenowego organu administracji rządowej, decyzji zintegrowanej, ostatecznie, przy zachowaniu tożsamości treści, przyjmuje postać uchwały organu kolegialnego. Tym samym uchwała ta, zgodnie z art. 25 u.u.r.i.m.t., m.in. wiąże organ wydający pozwolenie na budowę, nie rodzi praw do terenu oraz nie narusza prawa własności i uprawnień osób trzecich, które to informacje obligatoryjnie zamieszcza się w jej treści²⁷. Nadto w odniesieniu do określonego terenu

kompetencje, może postanawiać o przystąpieniu np. do porozumienia lub związku komunalnego, może wreszcie uchwalać przypisane do jej zadań inne akty lub dokumenty o charakterze nienormatywnym – jak np. uchwała w sprawie przyjęcia Strategii Integracji i Rozwiązywania Problemów Społecznych”.

²⁵ Zob. A. Szewc, T. Szewc, *Uchwalodawcza działalność organów samorządu terytorialnego*, Warszawa 1999, s. 48–49.

²⁶ Zob. K. Właźlak, *Art. 14*, w: *Ustawa o samorządzie gminnym. Komentarz*, pod red. P. Chmielnickiego, LEX/el. 2013, pkt 1 *in fine*.

²⁷ Przesądzenie o tym jest artykułowane w odrębnym punkcie uchwały lokalizacyjnej, zob. np. § 14 uchwały Nr XI.102.2019 Rady Miasta Mińsk Mazowiecki z dnia 30 IX 2019 r. w sprawie ustalenia lokalizacji inwestycji mieszkaniowej oraz inwestycji towarzyszącej zlokalizowanej przy ul. Łąkowej w Mińsku Mazowieckim (Dz.Urz. Woj. Mazow. 2019, poz. 11722).

rada gminy może podjąć więcej niż jedną uchwałę, a ilekroć w ustawie Prawo budowlane jest mowa o decyzji o warunkach zabudowy i zagospodarowania terenu, rozumie się przez to także uchwałę o ustaleniu lokalizacji inwestycji mieszkaniowej lub inwestycji towarzyszącej (art. 25 ust. 1–5 u.u.r.i.m.t.). Szczególnie to ostatnie przesądzenie podkreśla jej bliskie związki z decyzją administracyjną. Jednocześnie uchwała o ustaleniu lokalizacji podlega publikacji w wojewódzkim dzienniku urzędowym, co sprawia, że przynajmniej pod względem formalnym mogłaby być traktowana jako akt prawa miejscowego. Jednakże odmiennie niż w ustawie o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym, gdzie przesądza się, że plan miejscowy jest aktem prawa miejscowego, w u.u.r.i.m.t. brak zastrzeżenia, że uchwała taka jest przepisem prawa powszechnie obowiązującego.

W kwestii przesądzenia jej charakteru prawnego wątpliwości nie ma M. Szewczyk, który mimo wielu podobieństw do miejscowych planów zagospodarowania przestrzennego zalicza ją do ogólnych aktów stosowania prawa, zwanych też aktami administracyjnymi generalnymi²⁸. Ogólne akty stosowania prawa (generalne akty administracyjne) charakteryzują się tym, że stanowią środek prawny pozostający w dyspozycji podmiotów wykonujących administrację publiczną, a także mają wszystkie cechy indywidualnego aktu administracyjnego z wyjątkiem cechy określania adresata (adresatów) tego aktu w sposób indywidualny. Stąd „na istotę generalnego aktu administracyjnego składają się: 1) jego przynależność do prawnych form stosowania, a nie stanowienia prawa, i to prawa administracyjnego materialnego oraz 2) charakter poszczególnych elementów struktury słownej norm postępowania kreowanych przy użyciu tej formy działania, który sprawia, że normy postępowania zawarte w takim akcie mają charakter norm generalno-konkretnych”²⁹.

W powyższe wpisuje się analizowana uchwała lokalizacyjna, a także zgoda rady gminy z projektu, w których adresat nie jest wskazany indywidualnie, tj. np. z imienia i nazwiska. Tym samym z tej uchwały może „skorzystać” każdy, nie tylko wnioskodawca, a więc potencjalnie każdy inwestor, gdyż jej adresat wskazany jest w sposób generalny. Jednocześnie jednak uchwała ta ma się odnosić do konkretnej inwestycji

²⁸ M. Szewczyk, *Charakter prawny uchwały rady gminy w sprawie ustalenia lokalizacji inwestycji mieszkaniowej lub inwestycji towarzyszących*, w: *Specustawa mieszkaniowa a samodzielność planistyczna gminy...*, s. 53.

²⁹ E. Szewczyk, M. Szewczyk, *Generalny akt administracyjny*, Warszawa 2014, s. 91–92.

mieszkańciewej. M. Szewczyk dowodzi też, że uchwała w sprawie inwestycji mieszkaniowej i towarzyszącej przypomina w istocie decyzję o lokalizacji inwestycji celu publicznego³⁰. Oznacza to, że uchwała ta należy do tzw. „decyzji przedmiotowych”, a więc aktów odnoszących się do rzeczy. Wprawdzie jest ona wydawana na wniosek, to jednak nadaje publicznoprawny status określonemu obszarowi. Z uchwały tej może skorzystać każdy, podobnie jak z planu miejscowego może skorzystać każdy inwestor, który uzyska prawo do dysponowania nieruchomością na cele budowlane. Samo zainicjowanie podjęcia tej uchwały nie przesądza o jej charakterze.

Podsumowując, struktura uchwały w sprawie lokalizacji inwestycji celu publicznego lub mieszkaniowej przedstawia się następująco: adresat został wskazany generalnie, sytuacja w sposób konkretny, a zachowanie w sposób konkretno-abstrakcyjny³¹.

Powyższe implikuje pytanie, czy także decyzja wojewody w sprawie ustalenia lokalizacji inwestycji mieszkaniowej miałaby charakter aktu generalnego. Wobec istotnych podobieństw do uchwały lokalizacyjnej rady gminy możliwości takiej nie można wykluczyć. Decyzję wojewody, z pewnymi ograniczeniami, można by zaliczyć również do tzw. przedmiotowych aktów administracyjnych w tej części, w której nadaje publicznoprawny status nieruchomościom nimi objętym. Nie musi temu stać naprzeciwko fakt, że jej wydanie miałoby być warunkowane zainicjowaniem postępowania administracyjnego przez konkretnego wnioskodawcę. Należałoby się natomiast zastanowić, czy ze względu na wszczęcie postępowania na wniosek oraz co do zasady wskazywanie w decyzjach administracyjnych ich adresatów decyzja taka miałaby w tej części charakter osobisty. Należy nadmienić, że w projekcie brak przepisu o możliwości jej przeniesienia, tak jak ma to miejsce w przypadku decyzji o warunkach zabudowy, co sugerowałoby z jednej strony, że czynić tego nie można, z drugiej natomiast można by twierdzić, że przesądzenie o tym jest zbędne, podobnie jak w przypadku decyzji o ustaleniu lokalizacji inwestycji celu publicznego z u.p.z.p.³² Jednocześnie decyzja o ustaleniu lokalizacji inwestycji mieszkaniowej miała być wydawana więcej niż jednemu inwestorowi i nie miała rodzić praw do terenu oraz naruszać prawa

³⁰ M. Szewczyk, *Charakter prawny uchwały...*, s. 50.

³¹ *Ibidem*, s. 52.

³² Z. Leoński, M. Kruś, M. Szewczyk, *Prawo zagospodarowania przestrzeni*, Warszawa 2019, s. 371.

własności i uprawnień osób trzecich. Powyższe rozważania ogniskują się w przesądzeniu, czy decyzja wojewody byłaby aktem *stricte* rzeczowym czy aktem osobowo-rzeczowym³³.

3. Inne różnice

3.1. Zasady wycinki drzew i krzewów

Podczas konsultacji społecznych poważne zastrzeżenie wzbudziło rozwiązanie zaproponowane w art. 22 ust. 3 projektu. Przepis ten w ogólności miał umożliwiać ułatwiony tryb usuwania drzew lub krzewów znajdujących się na nieruchomościach objętych decyzją o ustaleniu lokalizacji inwestycji mieszkaniowej w zakresie niezbędnym do realizacji tej inwestycji. Zaproponowane rozwiązanie sprowadzało się do tego, że rozstrzygnięcie przyzwalające na wycinkę miało być zawarte w decyzji o pozwoleniu na budowę, która tym samym stawała się decyzją zintegrowaną, co skutkowało przyspieszeniem rozpoczęcia inwestycji. Kluczowym punktem spornym był jednak szczegółowy przepis, w myśl którego mimo obowiązku zachowania rygorów wynikających z rozdziału 4 Ustawy z dnia 16 kwietnia 2004 r. o ochronie przyrody rozstrzygnięcie wojewody w tym przedmiocie miało następować wyłącznie po uzgodnieniu z wójtem, burmistrzem albo prezydentem miasta, które miało nastąpić w ciągu 14 dni. Gdyby tego nie uczyniono w tym okresie, wniosek inwestora traktowano by jako uzgodnienie. Takie rozwiązanie można by potraktować jako zniesienie państwowego nadzoru nad wycinką zieleni, przede wszystkim w miastach, które to dobro i tak w ostatnim czasie zostało poważanie nadszarpięte, w szczególności Ustawą z dnia 16 grudnia 2016 r. o zmianie ustawy o ochronie przyrody oraz ustawy o lasach³⁴. Tym samym projekt również wpisywał się w postawę eksploatacyjną, która środowisko traktuje jako zasób służący rozwojowi gospodarstwu. Tymczasem wycinka w mieście drzew, które pełnią w nim wiele funkcji, jest szczególnie dotkliwa.

Dopuszczenie likwidacji terenów zielonych na wniosek inwestora przewidziano także w uchwalonej ustawie, kwestia ta została jednak

³³ W sprawie ich rozróżnienia zob. A. Matan, *Akt administracyjny „osobowo-rzeczowy” – zagadnienie następstwa prawnego*, „Roczniki Administracji i Prawa” 2008, R. VII/VIII, s. 113–115 (<https://www.sbc.org.pl/dlibra/show-content/publication/edition/20182?id=20182>, dostęp: 13 V 2020).

³⁴ Dz.U. 2016, poz. 2249.

uregulowana bardziej rygorystycznie, gdyż pojawiły się elementy reglamentacji administracyjnoprawnej. Po pierwsze, w art. 32 ust. 3 u.u.r.i.m.t. do organów uzgadniających dodano wojewódzkiego konserwatora zabytków, jeśli zezwolenie na usunięcie drzew lub krzewów dotyczyłoby nieruchomości lub jej części wpisanej do rejestru zabytków. Tutaj na zajęcie stanowiska również wyznaczono 14 dni od dnia otrzymania wniosku właściwego organu, przy czym niezajęcie stanowiska w tym terminie traktuje się jako uzgodnienie. Po drugie, w ust. 5 omawianego przepisu szczególnej ochronie poddano drzewa lub krzewy z terenu nieruchomości stanowiącej park, ogród albo inną formę zaprojektowanej zieleni wpisaną do rejestru zabytków. Ich usunięcie wymaga pozwolenia, o którym mowa w art. 36 ust. 1 pkt 1 albo pkt 11 Ustawy z dnia 23 lipca 2003 r. o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami³⁵. Tym samym ostatecznie wprowadzono kwalifikowane mechanizmy ochronne w sprawie zachowania zaprojektowanych terenów zielonych, które mają szczególny, publicznoprawny status. Niewątpliwie jest to krok we właściwym kierunku. Warto nadmienić, że chociaż sama problematyka powszechnej ochrony zieleni miejskiej pojawiła się w polskim systemie prawnym dopiero w Ustawie z dnia 3 stycznia 1980 r. o ochronie i kształtowaniu środowiska³⁶, to jednak już w latach trzydziestych ubiegłego stulecia podnoszone były głosy w sprawie potrzeby pielęgnowania i doniosłości tego dobra³⁷.

3.2. Intensywność zabudowy

W pierwotnie proponowanych przepisach inwestycja mieszkaniowa miała w sposób wyraźnie zauważalny przyczynić się do powstania większej liczby samodzielnych lokali mieszkalnych. Przede wszystkim świadczy o tym sama jej definicja, która w słowniczku projektu obejmowała budowę, przebudowę lub zmianę sposobu użytkowania, w wyniku której miały powstać nie mniej niż dwa budynki mieszkalne wielorodzinne o łącznej liczbie lokali mieszkalnych nie mniejszej niż 50 lub nie mniej niż 25 budynków mieszkalnych jednorodzinnych wraz

³⁵ Tekst jedn. Dz.U. 2020, poz. 282.

³⁶ Dz.U. 1980 Nr 3, poz. 5.

³⁷ A. Wodziczko, *Zieleni miast z punktu widzenia ochrony przyrody*, „Ochrona Przyrody” 1930, R. 10, s. 34 i n.; W. Szafer, *Ochrona przyrody a postulat higieny społecznej*, „Ochrona Przyrody” 1933, R. 13, s. 16 i n.

z urządzeniami budowlanymi z nimi związanymi. Tymczasem w przyjętych rozwiązaniach liczby te wydatnie zmniejszono, niemalże o połowę, tj. liczbę lokali do 25, a budynków mieszkalnych do 10. Mimo że są to parametry minimalne, to jednak niewątpliwie wpływają bezpośrednio na wielkość inwestycji.

O ile powyższe wyróżnienie stanowi o minimalnych parametrach, to o parametrach maksymalnych stanowi liczba dopuszczalnych kondygnacji, która jest drugim kryterium mającym wpływ na wielkość inwestycji. W tym zakresie również dostrzegalne są znaczące odmienności. W projekcie ustawy, w art. 11 ust. 7 określono limity wysokości budynków, które przedstawiały się następująco:

1. poza miastami oraz w miastach, w których liczba mieszkańców nie przekracza 30 000 mieszkańców – nie miały być wyższe niż 3 kondygnacje nadziemne;

2. w miastach, w których liczba mieszkańców przekracza 30 000 mieszkańców i nie przekracza 100 000 mieszkańców – nie miały być wyższe niż 4 kondygnacje nadziemne.

Z kolei w miastach, w których liczba mieszkańców przekracza 100 000 mieszkańców, ograniczeń, o których mowa w pkt 1 i 2, miano nie stosować, co doprowadza do jednoznacznego wniosku, że w tych przypadkach brak było limitu wysokości.

Natomiast obecnie art. 17 ust. 1 pkt 6 u.u.r.i.m.t. stanowi, że budynki objęte inwestycją mieszkaniową:

1. poza miastami oraz w miastach, w których liczba mieszkańców nie przekracza 100 000 mieszkańców – nie mogą być wyższe niż 4 kondygnacje nadziemne;

2. w miastach, w których liczba mieszkańców przekracza 100 000 mieszkańców – nie mogą być wyższe niż 14 kondygnacji nadziemnych.

Powyższe stanowi kolejny przykład doniosłych zmian, jakie nastąpiły w stosunku do pierwotnych założeń.

3.3. Zajęcie stanowiska przez organy eksperckie (uzgodnienia, opinie)

Kolejne, znaczące rozwiązanie zaproponowane w projekcie dotyczyło zmarginalizowania pozycji wielu specjalistycznych organów uzgadniających inwestycję mieszkaniową lub towarzyszącą, w tym wojewódzkiego konserwatora zabytków, co wprost nawiązywało do rozwiązań

stosowanych w specustawach³⁸. Zgodnie z art. 19 ust. 1 pkt 11 projektu decyzja o ustaleniu lokalizacji inwestycji mieszkaniowej miała określać m.in. warunki wynikające z potrzeb ochrony zabytków. W tym zakresie na etapie wniosku o wyrażenie zgody przez gminę wójt miał wystąpić do organów, o których mowa w art. 17 ust. 6 u.p.z.p., o wydanie opinii. Należy nadmienić, że w art. 17 ust. 6 u.p.z.p. wyróżnia się odpowiednio punkty „a”, „b” i „c”, organy opiniujące, uzgadniające i wyrażające zgodę na procedowane rozwiązania projektu planu miejscowego, adekwatnie do właściwości ich działania. Na szczególną uwagę zasługuje pkt „b”, w którym wymienia się kilkanaście specjalistycznych organów uzgadniających, takich jak wspomniany konserwator zabytków, dyrektor urzędu morskiego czy właściwe organy nadzoru górniczego. W praktyce miało to oznaczać, podobnie jak w specustawach, przyspieszenie wydawania ostatecznego rozstrzygnięcia i jednocześnie zmarginalizowanie znaczenia ich stanowiska ze względu na niewiązący charakter, jaki przypisuje się opinii. Kwestia ta została dostrzeżona i poprawiona w obowiązującej ustawie, choć nie w sposób generalny, ale punktowo. W art. 7 ust. 14 pkt 2 stwierdza się mianowicie, że wójt występuje o uzgodnienie wniosku o ustalenie lokalizacji inwestycji do wojewódzkiego konserwatora zabytków³⁹. Przyjęte rozwiązanie należy ocenić jednoznacznie pozytywnie ze względu na doniosłość chronionego dobra, jakim są zabytki.

Podsumowanie

Analiza porównawcza projektu pierwotnego specustawy mieszkaniowej z ostatecznie uchwalonym aktem prawnym jednoznacznie dowodzi, że o ile sam zamysł wprowadzenia do systemu prawnego regulacji, która miała uprościć i przyspieszyć realizację inwestycji mieszkaniowych, nie uległ zmianie, to znaczące modyfikacje objęły warstwę ustrojową. Objawia się to przede wszystkim w tym, że planowana początkowo znacząca ingerencja we władztwo planistyczne gminy w zakresie bezpośrednich rozstrzygnięć lokalizacyjnych została zaniechana, co ocenić należy jednoznacznie pozytywnie. Początkowe pomysły – by decyzję w tym

³⁸ Zob. np. art. 11d ust. 1 pkt 8 lit. f i in. Ustawy z dnia 10 IV 2003 r. o szczególnych zasadach przygotowania i realizacji inwestycji w zakresie dróg publicznych (tekst jedn. Dz.U. 2018, poz. 1474 ze zm.).

³⁹ Por. ust. 14 art. 7 u.u.r.i.m.t. z ust. 13, w którym wylicza się organy opiniujące.

przedmiocie, która byłaby w istocie decyzją zintegrowaną, wydawał terenowy organ administracji rządowej oraz dotyczące uproszczonego trybu procedowania – mogły wywołać uzasadnione przekonanie, że ustawa ta stanowić miała szczególne ułatwienie dla deweloperów. Wrażenie to pogłębiał brak limitu wysokości budynków w metropoliach czy uproszczone zasady wycinki drzew w tkance miejskiej. Zapewne z tego też powodu początkowo projekt zyskał niebyt pochlebłą nazwę „lex developer”. Przekazanie głównych uprawnień wojewodzie mogło bowiem grozić realizacją doraźnej polityki administracji centralnej z pominięciem struktur zdecentralizowanych, które to rozstrzygnięcia w istotny sposób by ich dotyczyły. Niemniej pozostanie przy potocznym tytule ustawy może być o tyle uzasadnione, że jej adresatem są przede wszystkim inwestorzy prywatni, którzy działają zasadniczo z pobudek komercyjnych. Należy się wszakże cieszyć z tego, że obowiązujące przepisy pozostają w zgodzie z przepisami konstytucyjnymi w zakresie pogłębiania samorządności terytorialnej oraz zasadą pomocniczości. W obu wersjach nie stanowią one jednak rozwiązania istniejących w Polsce problemów mieszkaniowych.

LEX DEVELOPER – A COMPARATIVE ANALYSIS OF THE PROJECT OF THE ORIGINAL SPECIAL HOUSING ACT WITH THE ACT FINALLY PASSED

Summary

The study is a comparative analysis of the original draft Act on facilitating the preparation and implementation of housing and associated investments, i.e. from March 2018 with the text finally adopted on 5 July 2018. Making such comparative analysis is justified by significant changes that occurred in the original concept of the act intended to encourage private investors to significantly accelerate the fulfilment of housing needs in Poland. Being similar to special public investment acts, the act initially established the voivode as the authority competent to take the final decision in the first instance. In addition, this decision was to take the form of an integrated decision, in which not only permission for the location of a residential investment would be issued, but also, in a simplified mode, consent for cutting down trees in cities would be obtained. These and other solutions were criticized during public consultations, and these opinions were taken into account. This elaboration will present the thesis that the original shape of the Act on facilitating the preparation and implementation of housing and associated investments would unjustifiably affect the planning authority of the commune, whose position would be marginalized. In addition, there is also a discussion of the legal nature of the location decision,

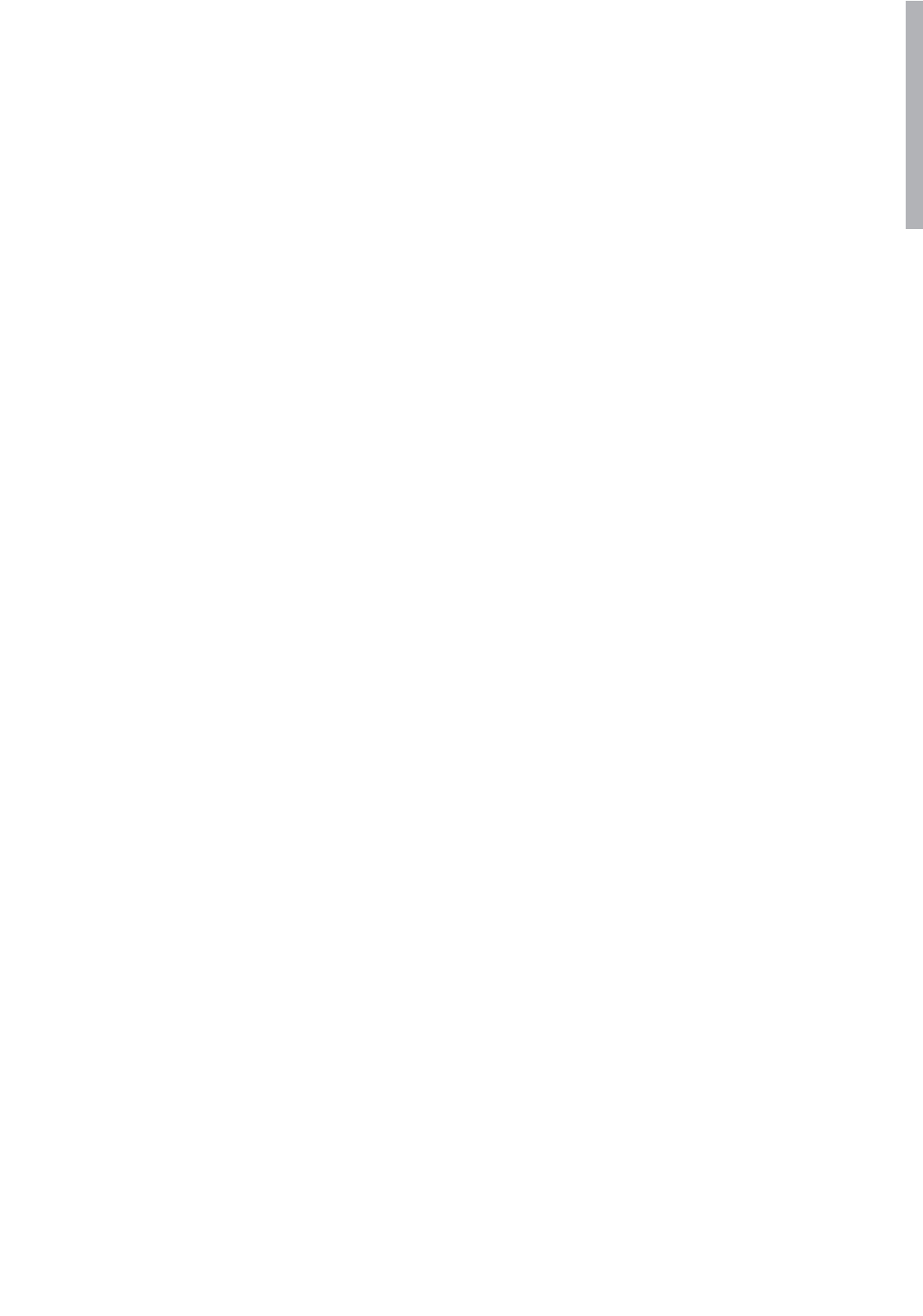
which in the adopted act took the form of a commune council resolution. This part of the study will first analyze the legal nature of municipal council resolutions in general, including whether they will always take the form of general and abstract acts. This will be the starting point for assessing whether this resolution will constitute a general act of applying the law, i.e. a general administrative act.

Keywords: special housing act – lex developer – general administrative act – voivodeship conservator of monuments

LITERATURA

- Gębala K., *Uznanie administracyjne w systemie prawa niemieckiego*, „Państwo i Prawo” 2011, z. 1.
- Hauser R., *Orzecznictwo sądownoadministracyjne w sprawach samorządu terytorialnego. Zagadnienia wybrane*, „Samorząd Terytorialny” 2015, nr 3.
- Jakimowicz W., *Zewnętrzne granice uznania administracyjnego*, „Państwo i Prawo” 2010, z. 5, s. 42–54.
- Jaśkowska M., *Uznanie administracyjne a inne formy władzy dyskrecjonalnej*, w: *System prawa administracyjnego*, t. 1: *Institucje prawa administracyjnego*, pod red. R. Hausera, Z. Niewiadomskiego, A. Wróbla, Warszawa 2010.
- Leoński Z., *Nauka administracji*, Warszawa 2002.
- Leoński Z., *Zarys prawa administracyjnego*, Warszawa 2004.
- Leoński Z., Kruś M., Szewczyk M., *Prawo zagospodarowania przestrzeni*, Warszawa 2019.
- Matan A., *Akt administracyjny „osobowo-rzeczowy” – zagadnienie następstwa prawnego*, „Roczniki Administracji i Prawa” 2008, R. VII/VIII.
- Mincer M., *Uznanie administracyjne*, Toruń 1983.
- Orłowski J., *Uznanie administracyjne w prawie podatkowym*, Gdańsk 2005.
- Pawłowski S., *Specustawa mieszkaniowa a inne specustawy. Podobieństwa i różnice*, w: *Specustawa mieszkaniowa a samodzielność planistyczna gminy. Dylematy prawników i urbanistów*, pod red. J.H. Szlachetki, Gdańsk 2019.
- Rostkowska K., *Idą duże zmiany prawa w mieszkaniówce. Prezent od rządu dla deweloperów?*, www.bankier.pl, 15 V 2018 (dostęp: 8 V 2020).
- Szafer W., *Ochrona przyrody a postulaty higieny społecznej*, „Ochrona Przyrody” 1933, R. 13.
- Szewc A., Szewc T., *Uchwałodawcza działalność organów samorządu terytorialnego*, Warszawa 1999.
- Szewczyk E., *Współdziałanie organów administracji publicznej a decyzje zależne na przykładzie unormowań dotyczących planu ruchu zakładu górniczego*, „Studia Prawa Publicznego” 2019, nr 2.
- Szewczyk M., *Charakter prawny uchwały rady gminy w sprawie ustalenia lokalizacji inwestycji mieszkaniowej lub inwestycji towarzyszących*, w: *Specustawa mieszkaniowa a samodzielność planistyczna gminy. Dylematy prawników i urbanistów*, pod red. J.H. Szlachetki, Gdańsk 2019.

- Szewczyk W., Szewczyk M., *Generalny akt administracyjny*, Warszawa 2014.
- Szot A., *Słuszność a uznanie administracyjne*, „*Studia Iuridica Lublinensia*” 2011, nr 1.
- Wierzbicka A., *Art. 14 u.s.g.*, w: *Ustawa o samorządzie gminnym. Komentarz*, pod red. B. Dolnickiego, LEX/el. 2018.
- Właźlak K., *Art. 14*, w: *Ustawa o samorządzie gminnym. Komentarz*, pod red. P. Chmielnickiego, LEX/el. 2013.
- Wodziczko A., *Zieleń miast z punktu widzenia ochrony przyrody*, „*Ochrona Przyrody*” 1930, R. 10.
- Wróbel A., *Art. 106*, w: M. Jaśkowska, A. Wróbel, *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, Warszawa 2000.



MAGDALENA JAŚ-NOWOPOLSKA*, DANIEL MENGELER**

The Federal Constitutional Court Decisions: „The Right to be Forgotten I” and „The Right to be Forgotten II” – The Expectation of Increased Cooperation with the Concurrent Need to Maintain Independence

Introduction

In its decisions of 6 November 2019 (‘Right to be forgotten I’ and ‘Right to be forgotten II’)¹, the German Federal Constitutional Court (FCC) went so far as to redefine its relationship of cooperation with the European Court of Justice (ECJ) in the area of fundamental rights. From the German perspective, the significance of the decision cannot be underestimated. Contrary to its previous stance, which was largely determined by the ‘*Solange II*’ decision² and confirmed by subsequent case law³, the FCC recognised the Union’s fundamental rights as appealable by constitutional complaint, as laid down in Article 93(1) No. 4a of the Basic Law (*Grundgesetz*)⁴. The Charter of Fundamental Rights

* Dr. Magdalena Jaś-Nowopolska, Justus-Liebig-University, Giessen, e-mail: Magdalena.Jas-Nowopolska@recht.uni-giessen.de.

** Mgr Daniel Mengeler, Justus-Liebig-University, Giessen, e-mail: Daniel.mengeler@recht.uni-giessen.de.

¹ FCC, decision of 6 XI 2019, 1 BvR 16/13 – Right to be Forgotten I and FCC, decision of 6 XI 2019, 1 BvR 276/17 – Right to be Forgotten II.

² FCC, decision of 22 X 1986, 2 BvR 197/83, BVerfGE 73, 339 – *Solange II*.

³ FCC, decision of 07 VI 2000, 2 BvL 1/97, BVerfGE 102, 147 – *Europäische Bananenmarktordnung*.

⁴ According to Art. 93(1)(4a) Basic Law: The Federal Constitutional Court shall rule on constitutional complaints, which may be filed by any person alleging that one of his

of the European Union⁵ is now a relevant standard of review for the FCC. This new approach involves risks and opportunities, since both the ECJ and the FCC have always used fundamental rights to determine their jurisdictional powers.⁶ Prior to these decisions, the applicability of the Union's fundamental rights meant that the FCC did not exercise its jurisdictional power. The reason was that the application of such rights – in a manner similar to other Union law – takes precedence (*Anwendungsvorrang*)⁷ over the Basic Law. The fundamental rights of the Union were thus solely a matter for the ECJ. By including them in its own review standards, the FCC now applies the fundamental rights of the Union and is becoming an actor to be reckoned with in that area. This article explains the current approach and highlights the relevant changes. Our focus is not so much on a historical analysis of the case-law as on the relevant aspects of constitutional law and Union law. Consequently, the first step will be to present the previous system, including the precedence of application of Union law and its exceptions from the FCC perspective (I.), as well as the controversial question of the interpretation of Article 51(1) of the Charter of Fundamental Rights⁸, which is decisive for the applicability of the fundamental rights under

basic rights or one of his rights under paragraph (4) of Article 20 or under Article 33, 38, 101, 103 or 104 has been infringed by public authority.

⁵ Basic Law for the Federal Republic of Germany in the revised version published in the Federal Law Gazette Part III, classification number 100-1, as last amended by Article 1 of the Act of 28 March 2019 (Federal Law Gazette I p. 404).

⁶ Official Journal of the European Union, C 326/391.

⁷ ECJ, judgement of 26 II 2013, Cs. C-617/10 – *Åkerberg Fransson*, ECLI:EU:C:2013:105, para. 21; ECJ, judgement of 30 IV 2014, Cs. C-390/12, ECLI:EU:C:2014:281 – *Pfleger and Others*, para. 34; FCC, decision of 15 I 1958, 1 BvR 400/51, BVerfGE 7, 198 – *Lüth*; FCC, decision of 16 I 1957, 1 BvR 253/56, BVerfGE 6, 32 – *Elfes*; FCC, decision of 25 II 1975, 1 BvF 1-6/74, BVerfGE 39, 1 – *Schwangerschaftsabbruch I*; FCC, decision of 28 V 1993, 2 BvF 2/90, 4/90 and 5/92, BVerfGE 88, 203 – *Schwangerschaftsabbruch II*; FCC, decision of 20 IV 2016, 1 BvR 966/09 and 1140/09, BVerfGE 141, 220 – *BKA*.

⁸ In this article we use the notion *precedence of application* instead of *supremacy* or *primacy of application*, because the FCC uses it in its decision *Right to be Forgotten II*. However, the FCC has also used in previous decisions *primacy of application*, FCC, decision of 30 VI 2009, 2 BvE 2/08 and 5/08, 2 BvR 1010/08, 1022/08, 1259/08 and 182/09, BVerfGE 123, 267 – *Lissabon*.

⁹ According to Article 51, para. 1 of the Charter of Fundamental Rights: The provisions of this Charter are addressed to the institutions and bodies of the Union with due regard for the principle of subsidiarity and to the Member States only when they are implementing Union law. They shall therefore respect the rights, observe the principles and promote the application thereof in accordance with their respective powers.

the Charter (II.). Based on this, a presentation of the '*Right to be forgotten II*' decision will be made, taking into account the new aspects (III.). The concluding part provides an overview of the consequences, open questions, risks and opportunities of the approach (IV.).

1. The precedence of application and its exceptions under the Basic Law

The precedence of Union law is a key concept in the relationship between Union law and national law.⁹ This means that Union law must be applied even where it conflicts with national law. From the German perspective, precedence of application does not nullify German law; the conflicting national provisions remain valid but are not applied. The FCC emphasized in its early case-law the independence of Community law and recognized its precedence of application over national law in principle.¹⁰ The FCC ruled that European Economic Community (EEC) legislation represented the exercise of supranational authority, a notion distinct from national public authority under the Basic Law.¹¹ However, the precedence of application of supranational law in the area of fundamental rights has repeatedly been the focus of FCC case-law (1.). The consideration initially given to the protection of fundamental rights later led to the recognition of *ultra vires* review¹² and identity review¹³, which constitute a constitutional control mechanism employed by the FCC under narrow conditions for the European integration process (2.).

⁹ Already early in the case law developed by the ECJ: Judgment of the Court of 5 II 1963, Cs. 26/62 – *Van Gend & Loos*, ECLI:EU:C:1963:1; Judgment of the Court of 15 VII 1964, Cs. 6/64 – *Costa/ENEL*, ECLI:EU:C:1964:66; Judgment of the Court of 9 III 1978, Cs. 106/77 – *Simmenthal*, ECLI:EU:C:1978:49.

¹⁰ FCC, decision of 18 X 1967, 1 BvR 248/63 and 216/67, BVerfGE 22, p. 293 (295 et seq.) – *EWG-Verordnungen*.

¹¹ *Ibidem*, paras 15–18.

¹² FCC, decision of 12 X 1993, 2 BvR 2134/92 and 2159/92, BVerfGE 89, 155 – *Maastricht*; FCC, decision of 21 VI 2016, 2 BvR 2728/13, 2729/13, 2730/13 and 2731/13, 2 BvE 13/13, BVerfGE 142, 123 – *OMT*; FCC, decision of 05 V 2020, 2 BvR 859/15, 1651/15, 2006/15 and 980/16 – *PSPP*.

¹³ FCC, decision of 30 VI 2009, 2 BvE 2/08 and 5/08, 2 BvR 1010/08, 1022/08, 1259/08 and 182/09, BVerfGE 123, 267 – *Lissabon*; FCC, decision of 15 XII 2015, 2 BvR 2735/14, BVerfGE 140, 317 – *Europäischer Haftbefehl*.

1.1. Precedence of application and its meaning in the area of fundamental rights

In the area of fundamental rights, the precedence of application was the main aspect of the FCC judgements '*Solange I*'¹⁴ and '*Solange II*'.¹⁵ In '*Solange I*' issued in 1974, the FCC reserved the right to check the conformity of European Union (EU) provisions against the fundamental rights set out in the Basic Law "as long as the integration process has not progressed so far that Community law receives a catalogue of fundamental rights decided on by a parliament and of settled validity, which is adequate in comparison with the catalogue of fundamental rights contained in the Basic Law."¹⁶ A possible infringement of fundamental rights under the Basic law led to the inapplicability of the provisions of Community law. The FCC expressly clarified that a decision on the validity of Community law is reserved for the ECJ. This approach is entirely in line with earlier case-law.¹⁷ The main argument in this judgement is the need for the protection of such aspects of the German Basic Law which define the essential features of the constitution.¹⁸ In particular, according to the FCC, effective monitoring of fundamental rights by the ECJ is necessary but non-existent due to a lack of individual legal protection. While this approach forms the basis for the ultra vires review and the identity review established in later judgments¹⁹, it drew strong criticism from within the First Senate²⁰ already in the '*Solange I*' decision. In a dissenting opinion, judges *Rupp*, *Hirsch* and *Wand* charged that Community law did provide a sufficient legal mechanism for the protection of fundamental rights. The '*Solange II*' decision issued in 1986 is already laid out in this dissenting opinion. In it, the FCC stated that since the first '*Solange*' decision was issued, "a measure of protection of fundamental

¹⁴ FCC, decision of 29 V 1974, 2 BvL 52/71, BVerfGE 37, 271 – *Solange I*.

¹⁵ FCC, decision of 22 X 1986, 2 BvR 197/83, BVerfGE 73, 339 – *Solange II*.

¹⁶ *Ibidem*; According to the lack of translation of the judgment into English, the authors have made their own translation for the purposes of this Article.

¹⁷ FCC, decision of 18 X 1967, 1 BvR 248/63 and 216/67, BVerfGE 22, 293 – *EWG-Verordnungen*, paras 1–5.

¹⁸ FCC, decision of 29 V 1974, 2 BvL 52/71, BVerfGE 37, 271, p. 280 – *Solange I*.

¹⁹ FCC, decision of 12 X 1993, 2 BvR 2134/92 and 2159/92, BVerfGE 89, 155 – *Maas-tricht*; FCC, decision of 30 VI 2009, 2 BvE 2/08 and 5/08, 2 BvR 1010/08, 1022/08, 1259/08 and 182/09, BVerfGE 123, 267 – *Lissabon*.

²⁰ The First Senate is basically responsible for constitutional complaints and fundamental rights, whereas the Second Senate is responsible for disputes concerning the organisation of the state.

rights had been established within the sovereign jurisdiction of the European Communities which in its conception, substance and manner of implementation is essentially comparable with the standards of fundamental rights provided for in the Basic Law.”²¹

Therefore, the FCC essentially reversed the main argument of the first ‘*Solange I*’ decision issued in 1974. The wording of ‘*Solange II*’ is as follows: “As long as the European Communities [...] generally ensure effective protection of fundamental rights as against the sovereign powers of the Communities which is to be regarded as substantially similar to the protection of fundamental rights required unconditionally by the Constitution [...], the FCC will no longer exercise its jurisdiction to decide on the applicability of secondary Community legislation [...] and it will no longer review such legislation by the standard of the fundamental rights contained in the Basic Law.”²² Today, the written catalogue of fundamental rights in the Charter of Fundamental Rights, which itself is part of primary law, according to Article 6(1) TEU, and the fundamental rights case-law of the ECJ, which is becoming increasingly important²³, ensure the level of protection required by in *Solange II*.

Important key considerations regarding the multilevel protection of fundamental rights in the EU were included in the Court’s decision on the regulation of the Community Banana Market in June 2000. The FCC had to decide whether constitutional complaints and submissions by courts which assert that fundamental rights laid down in the Basic Law have been infringed by secondary European Community Law are admissible. It was found inadmissible to file constitutional complaints and requests, with general courts under Article 100 of the Basic Law²⁴, asking to verify the constitutionality of particular regulations in cases

²¹ FCC, decision of 22 X 1986, 2 BvR 197/83, BVerfGE 73, p. 339 (378) – *Solange II*. According to the lack of translation of the judgment into English, the authors has made the translation for the purposes of this Article

²² FCC, decision of 22 X 1986, 2 BvR 197/83, BVerfGE 73, p. 339 (340) – *Solange II*.

²³ ECJ, judgement of 21 XII 2016, Cs. C-203/15 – *Tele2 Sverige*, ECLI:EU:C:2016:970.

²⁴ Article 100 of the Basic Law for the Federal Republic of Germany:

(1) If a court concludes that a law on whose validity its decision depends is unconstitutional, the proceedings shall be stayed, and a decision shall be obtained from the Land court with jurisdiction over constitutional disputes where the constitution of a Land is held to be violated or from the Federal Constitutional Court where this Basic Law is held to be violated. This provision shall also apply where the Basic Law is held to be violated by Land law and where a Land law is held to be incompatible with a federal law.

(2) If, in the course of litigation, doubt exists as to whether a rule of international law is an integral part of federal law and whether it directly creates rights and duties

where the applicant does not claim that the development of European law, including the ECJ jurisprudence, has reduced the standard of protection of his fundamental rights to a level below the minimum specified in the *'Solange II'* decision. Therefore, a request for examining the conformity of the secondary Community legislation against fundamental rights under the Basic Law, as well as constitutional complaints against such provisions, may be based only on the claim that a legal effect has been produced by the insufficient protection of guarantees of fundamental rights.

Moreover, the FCC mentioned the 1992 change in its legal position, introduced by a new clause implemented into the EU law following German reunification. The court stated that Article 23(1) No. 1 of the Basic Law²⁵ widened the constitutional court's jurisdiction regarding European integration. According to the FCC, there was no need either for the identical protection of individual fundamental rights under the Basic Law or for the ECJ to produce identical case law. In order to meet the constitutional requirements, it is sufficient that ECJ jurisprudence guarantees fundamental rights protection within Community law, which corresponds to fundamental rights protection under the Basic Law.²⁶ The judgements clearly show the approach of the FCC. The court accepts the precedence of application of Union law when Union fundamental rights are applicable. However, this only applies as long as the fundamental rights of the Union provide a level of protection of fundamental rights comparable to that provided by the Basic Law. The protection

for the individual (Article 25), the court shall obtain a decision from the Federal Constitutional Court.

(3) If the constitutional court of a Land, in interpreting this Basic Law, proposes to derogate from a decision of the Federal Constitutional Court or of the constitutional court of another Land, it shall obtain a decision from the Federal Constitutional Court.

²⁵ Article 23(1) of the Basic Law for the Federal Republic of Germany: With a view to establishing a united Europe, the Federal Republic of Germany shall participate in the development of the European Union that is committed to democratic, social and federal principles, to the rule of law and to the principle of subsidiarity and that guarantees a level of protection of basic rights essentially comparable to that afforded by this Basic Law. To this end the Federation may transfer sovereign powers by a law with the consent of the Bundesrat. The establishment of the European Union, as well as changes in its treaty foundations and comparable regulations that amend or supplement this Basic Law or make such amendments or supplements possible, shall be subject to paragraphs (2) and (3) of Article 79.

²⁶ J.A. Frowein, *Die Europäisierung des Verfassungsrechts*, in: Festschrift für 50. Jahre Bundesverfassungsgericht, ed. by P. Badura, H. Dreier, Tübingen 2001, p. 217.

of fundamental rights does not have to be identical with the fundamental rights under the Basic Law in detail, but must correspond in its effectiveness to the German standard. As already stated, this reservation is only theoretical in nature because of the level of protection that is now available at the Union level.

1.2. The ultra vires review and the identity review

The ultra-vires review and identity review constitute a general prerogative of the Basic Law within the integration process of the European Union and in principle mean that Union law does not take precedence in its application. The two control mechanisms relate less to the area of fundamental rights than to the question of which integration steps are covered by the Basic Law. The relationship between ultra vires review and identity review is still controversial in German jurisprudence.²⁷ According to German constitutional law, ultra vires legislative acts are those which are adopted by the European Union without any empowerment needed under the principle of conferral laid down in Article 5(1) TEU, but which are possible in principle under the Basic Law, provided the corresponding competence is transferred.²⁸

In contrast, the identity review should be defined as a mechanism of national constitutional law aimed at restricting the number of critical breaches of the constitution through an integration process serving a safeguarding and stabilising function against parliamentary liability.²⁹

²⁷ S. Simon, *Grenzen des Bundesverfassungsgerichts im europäischen Integrationsprozess*, Tübingen 2006, p. 233 et seq.; The main difference is arguably the procedural approach and the legal consequence of classifying a Union act as ultra vires. The determination of an ultra vires act first requires referral to the ECJ. If, on this basis, the Federal Constitutional Court classifies Union action as ultra vires, the German institutions are obliged to work towards ensuring that the Union acts in accordance with its competences. In principle, this can also be done by transferring further competences, compare to this the FCC decision of 05 V 2020, 2 BvR 859/15, 1651/15, 2006/15 and 980/16 – *PSPP*.

²⁸ FCC, decision of 12 X 1993, 2 BvR 2134/92 and 2159/92, BVerfGE 89, 155 – *Maastricht*; FCC, decision of 21 VI 2016, 2 BvR 2728/13, 2729/13, 2730/13 and 2731/13, 2 BvE 13/13, BVerfGE 142, 123 – *OMT*; FCC, decision of 05 V 2020, 2 BvR 859/15, 1651/15, 2006/15 and 980/16 – *PSPP*; FCC, decision of 30 VII 2019, 2 BvR 1685/14 and 2631/14, BVerfGE 151, 202 – *Europäische Bankenunion*; FCC, decision of 13 II 2020, 2 BvR 739/17 – *Europäisches Patentgericht*.

²⁹ K. Schneider, *Der Ultra-vires Maßstab im Außenverfassungsrecht*, AöR 2014, vol. 139, p. 255 et seq.

When analysing the legal basis for the identity review, one must refer to the FCC decision on the Lisbon Treaty.³⁰ In that judgment, the FCC specified the terms of such control, pointing out that it should apply when legal protection cannot be obtained at the EU level and the abuse of authority is evident. In such cases, the FCC verifies whether actions of the EU institutions were performed in accordance with the principle of subsidiarity within the limits of authoritative rights granted to them. The FCC verifies further whether these acts infringe the constitutional identity of the Basic Law, pursuant to Article 23(1), sentence 3, in connection with the entrenchment clause in Article 79(3) of the Basic Law. The control should be in line with the constitutional principle of favourability towards European integration, and therefore it does not constitute a breach of the loyal cooperation specified in Article 4(3) TEU.

In turn, the FCC 2010³¹ answered in its '*Honeywell*' ruling, issued in 2010³², the question whether the European Court of Justice exceeded its authority by elaborating on the rules of Union law, i.e. whether it acted *ultra vires*. In the above judgment, the FCC did not consent to the full authority of the ECJ in assessing whether a given instrument of EU law was issued based on the superior rights granted to the EU, because according to the FCC, this would be equivalent to "fully transferring the burden of administration of the Treaty bases to the EU institutions." Such a structurally significant shift in the ECJ hierarchy of authority to make decisions in individual cases should not be warranted.

In the judgment discussed above, the FCC held that, in addition to *ultra vires* control applied in a way favourable to EU law, the control in question is applied by the FCC by way of exception and should be used in a narrower way. Due to the fact that in the case of a complaint related to exceeding of the authority the scope of the control also covers the legal view expressed by the ECJ, according to the FCC, it is vital to protect both the authority, and the position of the independent transnational judicial bodies. "This means, on the one hand, respect for the Union's own methods of justice to which the Court of Justice considers itself to be bound and which do justice to the "uniqueness" of the Treaties and goals that are inherent to them [...]. Secondly, the Court of Justice has a right to tolerance of error. It is hence not a matter

³⁰ FCC, decision of 30 VI 2009, 2 BvE 2/08 and 5/08, 2 BvR 1010/08, 1022/08, 1259/08 and 182/09, BVerfGE 123, p. 267 (353 et seq.) – *Lissabon*.

³¹ FCC, decision of 06 VII 2010, 2 BvR 2661/06, BVerfGE 126, 286 – *Honeywell*.

³² FCC, decision of 06 VII 2010, 2 BvR 2661/06, BVerfGE 126, 286 – *Honeywell*.

for the Federal Constitutional Court in questions of the interpretation of Union law which with a methodical interpretation of the statute can lead to different outcomes in the usual legal science discussion framework, to supplant the interpretation of the Court of Justice with an interpretation of its own. Interpretations of the bases of the Treaties are also to be tolerated which, without a considerable shift in the structure of competences, constitute a restriction to individual cases and either do not permit impacts on fundamental rights to arise which constitute a burden or do not oppose domestic compensation for such burdens.”³³

Another significant decision was the ECJ judgment of 2015 on OMT³⁴ concerning the legality of the bond purchase made by the European Central Bank (ECB). It should be noted that in this matter a kind of dialogue occurred between the ECJ and the FCC. The application for issuing of a prejudicial decision included a direct proposition that the action of an EU institution is ultra vires in nature and contradicts the primary law. The ECJ did not uphold this proposition. However, it should be pointed out that in the judgment of 21 June 2016 on the OMT decision³⁵, the FCC developed the criteria for the control of both ultra vires acts, as well as acts standing in opposition to constitutional identity.³⁶

Unlike the ultra vires review, the identity review is also applied in the area of fundamental rights, albeit under very strict conditions. This is because human dignity protected by Article 1(1) of the Basic Law is part of the constitutional identity laid down in Article 79.3 of the Basic Law. The decision on the European arrest warrant, issued in 2015³⁷, stated that “the Federal Constitutional Court, by means of the identity review, guarantees without reservations and in every individual case the protection of fundamental rights indispensable according to Art. 23 sec. 1 sentence 3 in conjunction with Art. 79 sec. 3 and Art. 1 sec. 1 GG.”³⁸

³³ FCC, decision of 06 VII 2010, 2 BvR 2661/06, BVerfGE 126, 286 – *Honeywell*, para. 66.

³⁴ ECJ, judgement of 16 VI 2015, Cs. C-62/14 – *Gauweiler and Others*, ECLI:EU:C:2015:400.

³⁵ FCC, decision of 21 VI 2016, 2 BvR 2728/13, 2729/13, 2730/13 and 2731/13, 2 BvE 13/13, BVerfGE 142, 123 – *OMT*.

³⁶ M. Bainczyk, *Problemy hybrydowej oceny aktów unijnego prawa pochodnego w świetle wyroku niemieckiego Federalnego Trybunału Konstytucyjnego z 21.06.2016 r. w sprawie decyzji OMT* [Challenges of the hybrid assessment of the EU secondary legislation in the light of the German Federal Constitutional Court judgment of 21 June 2016 on the OMT decision], EPS 2017 No. 11, p. 29 et seq.

³⁷ FCC, decision of 15 VII 2015, 2 BvR 2735/14, BVerfGE 140, 317 – *Europäischer Haftbefehl*.

³⁸ *Ibidem*, para. 49.

In this specific case, the German authorities were not allowed to comply with Italy's extradition request, because it could not be ensured that the court procedure carried out in Italy complied with the requirements of Article 1(1) of the Basic Law. However, the court emphasized that the ascertainment of a violation of constitutional identity in the context of fundamental rights is the absolute exception and can only be approved under restrictive conditions.³⁹ At this point, it can be stated that the precedence of application of Union law in the area of fundamental rights holds true in principle, despite the prerogative of identity review. However, as described above, the precedence of application only refers to cases where the Union's fundamental rights are applicable. The answer to this key question is largely determined by the interpretation of Article 51.1 of the Charter of Fundamental Rights, which is disputed between the ECJ and the FCC and which will be examined in detail below.

2. The interpretation of implementing Union law in the sense of Article 51.1 of the EU Charter

The key issue in the interpretation of Article 51.1 of the EU Charter of Fundamental Rights is the question of the meaning of the implementation of Union law. The ECJ and the FCC follow different approaches in this respect. This can be explained by the fact that the applicability of the respective catalogues of fundamental rights also determines the scope of jurisdiction. The ECJ tends to have a broad interpretation.⁴⁰ In the "*Åkerberg Fransson*" judgement regarding the application of fundamental

³⁹ *Ibidem*, paras 34, 50.

⁴⁰ ECJ, judgement of 14 VI 2017, Cs.C-685/15 – *Online Games and Others*, ECLI:EU:C:2017:452, para. 55; ECJ, judgement of 7 IX 2017, Cs.C-177/17 – *Demarchi Gino*, ECLI:EU:C:2017:656, para. 18; ECJ, judgement of 8 XI 2016, Cs.C-243/15 – *Lesoochránárske zoskupenie VLK*, ECLI:EU:C:2016:838, para. 51; ECJ, judgement of 5 II 2015, Cs.C-117/14 – *Nisttahuz Poclava*, ECLI:EU:C:2015:60, para. 29; ECJ, judgement of 22 V 2014, Cs.C-56/13 – *Érsekszanádi Mezőgazdasági*, ECLI:EU:C:2014:352, para. 54; ECJ, judgement of 8 V 2014, Cs.C-483/12 – *Pelckmans Turnhout*, ECLI:EU:C:2014:304, paras 18 et seq.; ECJ, judgement of 30 IV 2014, Cs.C-390/12 – *Pfleger and Others*, ECLI:EU:C:2014:281, para. 34; ECJ, judgement of 27 III 2014, Cs.C-265/13 – *Torrallbo Marcos*, ECLI:EU:C:2014:187, para. 29; ECJ, judgement of 28 XI 2013, Cs.C-258/13 – *Sociedade Agrícola e Imobiliária da Quinta de S. Paio*, ECLI:EU:C:2013:810, para. 19; ECJ, judgement of 26 IX 2013, Cs.C-418/11 – *Texdata Software*, ECLI:EU:C:2013:588, para. 72; ECJ, judgement of 26 II 2013, Cs.C-617/10 – *Åkerberg Fransson*, ECLI:EU:C:2013:105, para. 18 et seq.

rights, the CJEU extended the application of the Charter of Fundamental Rights. As set out in this judgement, Member states are required to observe EU fundamental rights 'in all situations governed by European Union law.' It is sufficient "if such legislation falls within the scope of European Union law", meaning that it must reference EU provisions. The Court decided that "where a court of a Member State is called upon to review whether fundamental rights are complied with by a national provision or measure which, in a situation where action of the Member States is not entirely determined by European Union law, implements the latter for the purposes of Article 51(1) of the Charter, national authorities and courts remain free to apply national standards of protection of fundamental rights, provided that the level of protection provided for by the Charter, as interpreted by the Court, and the primacy, unity and effectiveness of European Union law are not thereby compromised"⁴¹ [...]. It "has jurisdiction to answer the referred questions and to provide all guidance as to interpretation needed in order for the referring court to determine whether the national legislation is compatible with the new principle laid down in Article 50 of the Charter"⁴².

In contrast, the FCC pursues a narrower approach, according to which it is decisive whether Union law imposes mandatory requirements on the member states or leaves room for discretion.⁴³ The FCC stated repeatedly in its decision that it will refrain from verifying the compatibility of German provisions with the Basic Law in cases when they are required in order to meet the requirements of EU law.⁴⁴ However, the applicants may still rely on an infringement of fundamental rights provided for by the Basic Law insofar as the German legislator had discretion to determine their scope, i.e. in all matters not regulated by EU law. This means that the fundamental rights under the Basic Law, with all their consequences, are applied when there is discretion in implementation. As a result, in this area, German public authority is bound,

⁴¹ Ibidem, para. 29.

⁴² Ibidem, para. 31.

⁴³ With regard to regulations FCC, decision of 14 X 2008, 1 BvF 4/05, BVerfGE 122, p. 1 (20 et seq.) paras 79 et seq.; with regard to directives for example FCC, decision of 15 XII 2011, 1 BvR 1248/11, BVerfGK 19, 278 paras 27 et seq.; FCC, decision of 19 VII 2011, 1 BvR 1916/09, BVerfGE 129, 78, paras 88 et seq.; FCC, decision of 02 III 2010, 1 BvR 256/08, 263/08 and 586/08, BVerfGE 125, 260 – *Vorratsdatenspeicherung*, paras 185 et seq.; FCC, decision of 11 III 2008, 1 BvR 256/08, BVerfGE 121, 1, para. 135.

⁴⁴ For example: A Decision of the Federal Constitutional Court on greenhouse gases emission certificates of 13 III 2007, 1 BvF 1/05, BVerfGE 118, p. 79 (95).

according to Article 1(3) of the Basic Law⁴⁵, by fundamental rights under the Basic Law and must respect them. In the event of a possible violation, a constitutional complaint pursuant to Article 93(1) No. 4a of the Basic Law is admissible and the FCC thus has jurisdiction. On the other hand, the FCC does not exercise its jurisdiction in the area where Union law does not leave any room for discretion in implementation. In this case, German specialised courts must respect the fundamental rights of the Union when applying Union law and seek a preliminary ruling from the ECJ, as stipulated in Article 267 TFEU, on questions of interpretation. However, the FCC supplements the protection of fundamental rights at Union level through its case law. Due to the lack of individual legal protection outside the narrow limits of an action for annulment under Article 263 TFEU, the FCC classifies the ECJ as a lawful judge within the meaning of Article 101(1) of the Basic Law^{46, 47}. Although Article 101(1) of the Basic Law itself does not constitute a fundamental right, a violation can be invoked by way of a constitutional complaint. So far, this approach has meant that a violation of the specialised courts' duty of request under 267 TFEU could be asserted before the FCC and the request to the ECJ could be enforced. Here, once again the scepticism of the FCC formulated in the '*Solange I*' decision with regard to the protection of fundamental rights at Union level is evident.

Nonetheless, it must be noted that the ECJ did not limit the legal scope of the Charter of Fundamental Rights only to cases where a Member State implements EU law, which would match the wording of Article 51.1 of the Charter of Fundamental Rights. The ECJ's approach is based on the aim of ensuring the unity and precedence of Union law against any adverse effects of differing national protection of fundamental rights, an objective which is legitimate from the point of view of Union law.

⁴⁵ Article 1.3 Basic Law: The following basic rights shall bind the legislature, the executive and the judiciary as directly applicable law.

⁴⁶ Article 101.1 Basic Law: Extraordinary courts shall not be allowed. No one may be removed from the jurisdiction of his lawful judge.

⁴⁷ FCC, decision of 22 X 1986, 2 BvR 197/83, BVerfGE 73, p. 339 (366 et seq.) – *Solange II*; FCC, decision of 31 V 1990, 2 BvL 12/88 and 13/88, 2 BvR 1436/87, BVerfGE 82, p. 159 (192) – *Absatzfonds*; FCC, decision of 06. VII 2010, 2 BvR 2661/06, BVerfGE 126, p. 286 (315) – *Honeywell*; FCC, decision of 25 I 2011 – 1 BvR 1741/09, BVerfGE 128, p. 157 (186 et seq.); FCC, decision of 19 VII 2011, 1 BvR 1916/09, BVerfGE 129, p. 78 (105); FCC, decision of 28 I 2014, 2 BvR 1561/12, 1562/12, 1563/12 and 1564/12, BVerfGE 135, 155, para. 177; established case-law.

It should be pointed out here that the FCC has criticised this ECJ judgment. In the judgment of 24 April 2013 (*Antiterrordateigesetz*), it stated, among other things, that: “[...]this decision must not be read in a way that would view it as an apparent ultra vires act or as if it endangered the protection and enforcement of the fundamental rights in the Member States (Art. 23 sec. 1 sentence 1 of the Basic Law) in a way that questioned the identity of the Basic Law’s constitutional order [...]. The decision must thus not be understood and applied in such a way that absolutely any connection of a provision’s subject-matter to the merely abstract scope of Union law, or merely incidental effects on Union law, would be sufficient for binding the Member States by the Union’s fundamental rights set forth in the EUCFR [...]”.⁴⁸

At this point it can be noted that up till now the fundamental rights of the Charter from the FCC perspective were applicable when Union law left no discretion for implementation. In a mirror image, the fundamental rights of the Basic Law were then applied when there was room for discretion in implementation. Against this background, the decisions on the right to be forgotten develop their historical significance.

3. ‘Right to be forgotten I’ and ‘Right to be forgotten II’ decisions

On 27 November 2019, the German FCC published two decisions: ‘*Right to be forgotten I*’⁴⁹ and ‘*Right to be forgotten II*’.⁵⁰ Both decisions concerned the issue of one’s name being found in public reporting of past events. The cases provided an opportunity for the FCC to specify the standard of constitutional court review regarding the Basic Law’s fundamental rights in the context of EU law.⁵¹

⁴⁸ FCC, decision of 24 IV 2013 – 1 BvR 1215/07, BVerfGE 133, 277 – *Antiterrordateigesetz*, para. 91.

⁴⁹ FCC, decision of 6 XI 2019, 1 BvR 16/13 – *Right to be Forgotten I*; According to the lack of translation of the judgment into English, the authors use the Press Release No. 83/2019 of 27 XI 2019: <https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/EN/2019/bvg19-083.html> (accessed: 25 V 2020).

⁵⁰ FCC, decision of 6 XI 2019, 1 BvR 276/17 – *Right to be Forgotten II*; According to the lack of translation of the judgment into English, the authors use the Press Release No. 84/2019 of 27 XI 2019: <https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/EN/2019/bvg19-084.html> (accessed: 25 V 2020).

⁵¹ Point 1 in the Press Release in part key considerations of the Senate.

It should be emphasized that the right to information, especially to data protection, is a legal matter that has been extensively developed in the context of Union law. Nevertheless, some freedom is left to the national legislator on certain issues. These decisions are not only interesting with regard to the protection of fundamental rights in the multi-level system, but also reveal complex tensions between German and European fundamental rights. It should also be noted that both cases address the relationship between the right to privacy and freedom of the press.

3.1. Facts of the cases

3.1.1. ‘Right to be forgotten I’ – background

The ‘*Right to be forgotten I*’ decision was based on a claim by the complainant, who had been sentenced to life imprisonment for a crime committed in 1981, after which he was released from prison in 2002. Various press articles about the crime and the trial had been published in the magazine ‘DER SPIEGEL’, available online since 1999. In 2009, after learning that the articles were still online, the complainant sent a cease-and-desist letter to the defendant without success. Afterwards, he lodged an action seeking to enjoin the defendant from propagating any information on the crime, containing the complainant’s last name. The action was dismissed by the Federal Court of Justice (BGH). The complainant filed a constitutional complaint for violation of his general personality rights.

3.1.2. ‘Right to be forgotten II’ – background

In January 2010, a segment of the TV show “Panorama” was aired titled “Dismissal: the dirty practices of employers”, featuring an interview with the complainant in her capacity as CEO of a company. In the broadcast, the case of a dismissed employee was presented, and the complainant was accused of unfair treatment vis-à-vis that employee. In this case, the complainant objected to the display and linking of any segment of the TV documentary “Panorama” with the above-mentioned title by the search engine Google. The search engine operator refused the complainant’s request to remove the TV show from search results. After that, the complainant lodged an action that was later dismissed by the

Higher Regional Court (*Oberlandesgericht*). Subsequently, the complainant filed a constitutional complaint asserting a violation of her general personality rights and her right to informational self-determination.

3.1.3. Key considerations of the Senate

In the case “Right to be forgotten I,” the First Senate of the FCC applied the fundamental rights enshrined in the Basic Law as its standard of review. The FCC held that claims for protection against the distribution of old press articles by means of an online archive must be reviewed by balancing the conflicting interests in fundamental rights. It should be noted that the legal dispute falls within the field of application of EU law.⁵² But so-called media privilege also covered the challenged propagation of press articles, for which EU law grants Member States leeway to design. Therefore, the matter could not be decided by EU law alone. Although the FCC opted for the application of fundamental rights in this case, the reasoning has since changed. The court now recognizes the precedence of application of the fundamental rights under the Charter even when the German legislature has some discretion in the matter. However, there is a presumption that the protection afforded by the Charter is already guaranteed by the fundamental rights under the Basic Law, since the catalogues of fundamental rights of the Member States and the Charter of Fundamental Rights share a common tradition of fundamental rights.⁵³ The common tradition has its foundation in the European Convention on Human Rights, which in turn is referred to in Article 6.3 TEU, the preamble of the Charter and Articles 52(3) and 53 EU Charter of Fundamental Rights.⁵⁴ For the Member States, the ECHR provides ‘a common foundation for the protection of fundamental rights’, which provides ‘a relevant guideline for the interpretation of the Charter, drawing on the case-law of the ECtHR’.⁵⁵ Several consequences follow from this. On the one hand, the fundamental rights under the Charter become even more important for the interpretation of the fundamental rights under the Basic Law. The Charter has ‘to be taken into account as an interpretation guideline for

⁵² Namely the former Data Protection Directive 95/46/EC, now replaced by the General Data Protection Regulation, 2016/679.

⁵³ FCC, decision of 6 XI 2019, 1 BvR 16/13 – *Right to be Forgotten I*, paras 55 et seq.

⁵⁴ *Ibidem*, para. 57.

⁵⁵ *Ibidem*.

the understanding of the guarantees of the Basic Law [...].⁵⁶ On the other hand, the fundamental rights under the Charter are now also applied when there is room for discretion in implementation and the Charter sets out additional fundamental rights guarantees which have no equivalent in the Basic Law.⁵⁷ This follows from the general acceptance of the precedence of the Charter's fundamental rights as described above. At the same time, this means that in these contexts, a violation of the fundamental rights under the Charter is reviewed by the FCC. The main argument put forward in the decision is the responsibility with regard to European integration (*Integrationsverantwortung*)⁵⁸ laid down in Article 23(1) Basic Law. The responsibility for integration demands active participation of the German constitutional organs in the process of European integration.⁵⁹ This means that under the openness to EU law under Art. 23 (1) Basic Law, the German state is not relieved of its responsibility in matters for which competences have been transferred to the EU. The Federal Constitutional Court must therefore, in particular, participate in the development of effective protection of fundamental rights in the multi-level system. Against this background, the FCC highlights that individuals have no direct access to the ECJ to assert a violation of EU fundamental rights in cases in which the ordinary courts apply EU Law.⁶⁰ In order to close this gap, the FCC elevates the EU Charter of Fundamental Rights to a standard of review in the constitutional complaint procedure. Following this decision, the term 'basic rights' within the meaning of the constitutional complaint under Article 93(1) No. 4a of the German Constitution now also includes the fundamental rights under the Charter, so that the constitutional complaint can be justified on the basis of a possible violation of the fundamental rights under the Charter.

The 'Right to be forgotten II' case, which concerns a legal dispute governed by legislation that is fully harmonized with EU law, refines this approach. In this case, the relevant standard of review does not derive from German basic rights, but solely from European fundamental rights. EU law takes precedence of application over the fundamental rights of

⁵⁶ Ibidem, para. 59.

⁵⁷ Ibidem, paras 69 et seq.

⁵⁸ FCC, decision of 30 VI 2009, 2 BvE 2/08 and 5/08, 2 BvR 1010/08, 1022/08, 1259/08 and 182/09, BVerfGE 123, p. 267 (351 et seq.) – *Lissabon*.

⁵⁹ FCC, decision of 6 XI 2019, 1 BvR 276/17 – *Right to be Forgotten II*, paras 42 et seq. and paras 53 et seq.

⁶⁰ Ibidem, paras 60 et seq.

the Basic Law.⁶¹ In this case, the First Senate of FCC decided to directly apply EU fundamental rights as the standard of review in constitutional complaint proceedings.

Another question that arose when dealing with fully harmonized EU law is whether German courts and authorities observed the requirements deriving from EU fundamental rights in that individual case. The FCC cannot entirely refrain from exercising a fundamental rights review and rather is called upon to ensure fundamental rights protection on the basis of EU fundamental rights. It should be emphasized that in European Union Law there is no constitutional complaint procedure (unlike in German Law). This means that if the EU fundamental rights are now reviewed by the FCC, they can thus themselves be the subject of a constitutional complaint under the Basic Law. The FCC explicitly condemns the previous approach, in which specialized courts were reviewed solely for a violation of their duty to submit a case under Article 101(1) of the Basic Law.⁶² The constitutional complaint rather requires 'a comprehensive review of fundamental rights [...], which also includes the correct application of fundamental rights in individual cases'.⁶³ The reasoning behind the ruling explicitly emphasizes the need for cooperation between the ECJ and the FCC in the field of fundamental rights.⁶⁴ The application by the FCC of the fundamental rights under the Charter could therefore only be considered 'if the ECJ has already clarified its interpretation or [...] is evident'.⁶⁵ If this is not the case, the FCC considers itself to be a court of last instance within the meaning of Article 267 TFEU and therefore is obliged to make a submission to the ECJ.⁶⁶ In the case in question, following the approach described above, the Court resolved the case on the basis of the Charter. Having established that the relevant issues had already been decided by the ECJ⁶⁷ and a procedure under Article 267 TFEU was therefore unnecessary, the Court weighed the right to respect for private and family life under Article 7 of the Charter and the fundamental right to the protection of personal data under Article 8 of the Charter against the freedom

⁶¹ Ibidem, Point 2 Key of considerations of the Senate.

⁶² Ibidem, paras 64 et seq.

⁶³ Ibidem.

⁶⁴ Ibidem, paras 68 et seq.

⁶⁵ Ibidem, para. 70.

⁶⁶ Ibidem, para. 69.

⁶⁷ In particular, ECJ, judgement of 13 V 2014, Cs. C-131/12 – *Google Spain and Google*, EU:C:2014:317.

of conducting business under Article 16 of the Charter and the right to freedom of expression under Article 11 of the Charter. The Federal Constitutional Court could not find any violation of fundamental rights, as the TV documentary “Panorama” and its availability on the Internet was a permissible use of fundamental rights.

These two judgments also answer the question of whether to apply the fundamental rights under the Basic Law or the rights under the Charter of Fundamental Rights of the European Union as the standard of review. The matter essentially hinges on the distinction between fully harmonized EU law and EU law that leaves room for discretion.

Conclusions

The two judgments – ‘Right to be forgotten I’ and ‘Right to be forgotten II’ – have a significant impact on doctrinal and procedural matters. With regard to doctrinal consequences, it should be noted that there is a new justification for the distinction between the applicability of European Union fundamental rights and fundamental rights under the German Constitution, although the previous distinction is still valid (scope for implementation decisive). The European fundamental rights and the German fundamental rights are not strictly separate from each other. Indeed, they are intertwined even when public authority in individual cases can only be measured against one of the catalogues of fundamental rights. The Court is clearly seeking to bring the catalogue of fundamental rights under the Basic Law closer to that enshrined in the Charter. In procedural matters, the recognition of the fundamental rights of the Charter as ‘basic rights’ within the meaning of Article 93(1) (4a) of the Basic Law is probably the most significant innovation. By making the institution of constitutional complaint available in matters related to fundamental rights under the Charter, the FCC ensures that the fundamental rights under the Charter will remain the subject of future decisions. This is also likely to have a lasting effect on case law in the area of fundamental rights.

It has to be emphasized that the ‘Right to be forgotten II’ judgment in particular has implications for the position of the Federal Constitutional Court. With the interpretation set out in the judgment, the German Constitutional Court empowers itself to shape the Union’s fundamental rights and to apply them according to German doctrine. It should also

be stressed that through the preliminary ruling procedure, the Federal Constitutional Court enters into a dialogue with the ECJ. But there is no list of cases in which the FCC had to submit questions to the ECJ. It might happen that many marginal cases will provoke debate as to whether the German Constitutional Court has decided a question in the area of EU fundamental rights, which has not been finally decided by the ECJ, meaning that the Federal Constitutional Court should have submitted such a question to the ECJ. The question which remains unanswered is: to what extent will the FCC make use of the preliminary ruling procedure to clarify questions of interpretation of the Charter by the ECJ?

But on the other hand, the preliminary ruling procedure allows the ECJ and the FCC to enter into a fruitful dialogue that can strengthen fundamental rights. The ECJ and national constitutional courts could use the dialogue to buttress the position of the fundamental rights against the aforementioned threats to freedom. The path taken in the 'Right to be forgotten I and II' decisions has great potential for effective common protection of fundamental rights in a multi-level system. It is to be hoped that the ECJ and the national constitutional courts will make constructive use of this potential.

THE FEDERAL CONSTITUTIONAL COURT DECISIONS: „THE RIGHT TO BE FORGOTTEN I“ AND „THE RIGHT TO BE FORGOTTEN II“ – THE EXPECTATION OF INCREASED COOPERATION WITH THE CONCURRENT NEED TO MAINTAIN INDEPENDENCE

Summary

The article discusses the decisions "Right to be forgotten I" and "Right to be forgotten II" of 6 November 2019 by the Federal Constitutional Court, which redefine the relationship of cooperation between the Federal Constitutional Court and the European Court of Justice in the area of fundamental rights. The Court has decided for the first time that where EU fundamental rights take precedence over German fundamental rights, the Court itself can directly review, on the basis of EU fundamental rights, the application of EU law by German authorities.

In the first part, the article presents the previous system, including the precedence of application of EU law and its exceptions (ultra-vires review; identity review), as well as the controversial question of the interpretation of Article 51 (1) of the Charter of Fundamental Rights, which is decisive for the applicability of the fundamental rights under the Charter. The focus is on the constitutional background of the German Basic Law for the protection of fundamental rights in the European multi-level system.

Against this background, the second part of the article presents the facts and reasons for the decisions “Right to be forgotten I” and “Right to be forgotten II”. This is followed by an analysis of the consequences of these decisions for the protection of fundamental rights and cooperation between the European Court of Justice and the Federal Constitutional Court. In particular, the way in which fundamental EU rights can now be enforced before the Federal Constitutional Court is described in greater detail.

The concluding part provides an overview of the open questions, risks and opportunities of this approach. Here the article illustrates the significant impact of the two decisions on dogmatic and procedural matters.

Keywords: Right to be Forgotten I – Right to be Forgotten II – precedence of application – fundamental rights – cooperation between European Court of Justice and the Federal Constitutional Court

LITERATURE

- Bainczyk M., *Problemy hybrydowej oceny aktów unijnego prawa pochodnego w świetle wyroku niemieckiego Federalnego Trybunału Konstytucyjnego z 21.06.2016 r. w sprawie decyzji OMT*, EPS 2017, No. 11.
- Frowein J.A., *Die Europäisierung des Verfassungsrechts*, in: *Festschrift für 50. Jahre Bundesverfassungsgericht*, ed. by P. Badura, H. Dreier, Tübingen 2001.
- Schneider K., *Der Ultra-vires Maßstab im Außenverfassungsrecht*, AöR 2014, vol. 139.
- Simon S., *Grenzen des Bundesverfassungsgerichts im europäischen Integrationsprozess*, Tübingen 2016.

MARKÉTA BEDNÁŘOVÁ*, EVA LÁSKOVÁ**

Long-Term¹ Residence Permit in the Czech Republic, Slovak Republic and the Republic of Poland²

Introduction

With their accession to the European Union³ (EU)⁴, the Republic of Poland, the Slovak Republic, and the Czech Republic agreed to respect all integration-related commitments. The commitments which these countries had to assume and comply with included the adoption of provisions on the free movement of persons within the European Union.⁵ Under these rules, the EU laid uniform foundations for its members regarding alien law, which they must observe.⁶ Adherence to the

* Markéta Bednářová, JUDr, Masaryk University in Brno, Czech Republic, e-mail: marketa.bednarova@law.muni.cz.

** Eva Lásková, Mgr, Masaryk University in Brno, Czech Republic, e-mail: laskova@mail.muni.cz.

¹ The Authors understand the institution “long-term” as long-term visas and temporary residence permits. Please note that the article contains the personal thoughts and opinions of authors.

² The article was created as part of the project of Masaryk University in Brno – MUNI/A/1119/2019. specific research – student research projects. Residence Permits for Students in the Czech Republic. More at: <https://www.muni.cz/vyzkum/projekty/54178> (accessed: 1 IV 2020).

³ Hereinafter the “EU”.

⁴ Accession of the Czech Republic and the Republic of Poland to the EU on 1 May 2004.

⁵ Convention Implementing the Schengen Agreement of 14 June 1985.

⁶ For example, REGULATION (EC) No. 810/2009 OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 13 July 2009 establishing a Community Code on Visas (Visa Code), Council Directive 2003/86/EC of 22 September 2003 on the right to family reunification.

principles related to the travel and migration of persons not only in the European Union is, however, accompanied with important obligations under international law⁷, which must be observed in relation to all aliens at the international level, beyond the scope of the obligations under EU law, i.e., also towards persons from so-called third countries. In the Old Testament the Bible suggests what the relationship towards foreigners should be, specifically in the Third Book of Moses – Leviticus (Lv. 19, 33–34): “And if a stranger sojourn with thee in your land, ye shall not vex him. The stranger that dwelleth with you shall be unto you as one born among you, and thou shalt love him as thyself; for ye were strangers in the land of Egypt”.⁸

Within the framework of aliens’ rights, the Czech Republic has three options enshrined in its law, on the basis of which aliens may reside in the Czech Republic.⁹ Aliens thus can use a temporary residence permit, which includes both short-term and long-term residence, or apply for permanent residence. Within the European Union, a visa-free approach is allowed for EU members, but this does not apply¹⁰ to aliens from third countries, countries outside the European Union (or outside the Schengen area), and such persons must apply for one of the types of residence permit offered by individual member states according to their national legal regulations.

The conditions for entry into the territory of the Member States of the European Union for nationals of third-countries outside the Schengen area are governed by national legal regulations, and the matter

⁷ For example, Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (No. 143/1988 Coll.); International Covenant on Civil and Political Rights (No. 143/1988 Coll.), Convention on the Rights of the Child (No. 104/1991 Coll.), Universal Declaration of Human Rights (UN General Assembly Resolution 217 A (III) of 10 December 1948), Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (No. 209/1992 Coll.).

⁸ Bible: Holy Scriptures of the Old and New Testaments: (including deuterocanonical books): Czech ecumenical translation (translated into English). 13th ed. (4th ed.), originally translated into Czech by M. Bič, J.B. Souček, and J. Mánek, Czech Bible Society, Prague 2007, p. 129.

⁹ In this article, the term “alien” means both men and women who are persons from third countries outside the Schengen area.

¹⁰ Does not apply to cases of bilateral or multilateral visa-free treaties. The Czech Republic has a bilateral visa-free treaty for a visa-free stay for a maximum period of three months with Argentina, Chile, Israel, Republic of Korea, Costa Rica, Malaysia, and Uruguay. The Czech Republic also allows a 30-day visa-free stay for Singapore citizens. Furthermore, the Czech Republic has a bilateral treaty for a three-month stay in the Schengen area during a six-month period with the following countries: Guatemala, Honduras, Mexico, Nicaragua, Panama, Paraguay.

of short-term stays is further governed by Regulation (EC) No. 810/2009 of the European Parliament and of the Council of 13 July 2009, which establishes a Community Code on Visas (Visa Code), while the harmonization for long-term residency is only partial, e.g., the directive on long-term visas for students.¹¹ Although it is up to the individual Member States to regulate this area and apply visa requirements to third-country nationals, even such regulations must follow certain exceptions.¹²

However, such exceptions are not only specific to individual legal regulations or bilateral contractual obligations between countries that regulate the entry of aliens into the territory of the countries, they may also be found in so-called customary law. In the context of the entry of an alien into a foreign territory, we can include in the customary norms (an important exception to international law that cannot be restricted in national law) the principle of non-refoulement, i.e., the need to accept a refugee into the territory. Furthermore, we can include other restrictions here, such as the prohibition of torture. These are institutions that must be observed by every country, even though they are not a party to the Convention Relating to the Status of Refugees.¹³

Although the alien law has several dimensions, this article will deal with only one institution within this framework, namely the long-term residence permit, which falls into the category of temporary residence in the Czech Republic. In the article, we will first consider the right of residence and related issues of entry of an alien into a foreign territory, and then address the issue of long-term residence permits from the perspective of the Czech Republic, Slovak Republic¹⁴, and the Republic of Poland. In the final part of the article, we will focus on long-term residence from the perspective of studying. This article aims to compare individual legal regulations on a single institution under alien law and to point out to different aspects of long-term residence of aliens in individual territories from the point of view of Central European countries. First, we will briefly examine the issue of the right to reside and enter a foreign territory.

¹¹ Council Directive 2004/114/EC of 13 December 2004 on the conditions of admission of third-country nationals for the purposes of studies, pupil exchanges, unremunerated training or voluntary service.

¹² J. Vlášil, *Právo na vstup a pobyt na území členských států Evropské unie*, Prague 2016. *Prameny a nové proudy právní vědy*, ISBN 978-80-87975-52-7, p. 34–35.

¹³ P. Pořízek, *Vstupcizincenaúzemístátu: pohledmezinárodního, unijního a českéhopráva*, Prague 2013, ISBN 978-80-7201-907-6, p. 348.

¹⁴ Hereinafter “Slovakia”.

1. Right to Reside

There are fundamental differences in the alien law that aliens enjoy under their residence permits. There are those who were born in the territory of a foreign state, live here, and have a permanent residence permit, or those who are permitted only a short-term visit. The difference in the perception of alien status of individuals from third countries may thus seem very extreme. However, the *vested right of residence* or the right to reside, as stated by some authors¹⁵, is derived from already acquired rights or legitimate expectations, hence it cannot be automatically considered entitlement or acquired rights.¹⁶ The right is not defined as such by law and is not enforceable as such. Not even extended legal residence can be considered an establishment of the right of residence. In this case, there would have to be an indefinite residence permit without the possibility to cancel such residence.¹⁷

The Czech Constitutional Court stated in its Decision Pl. ÚS 23/11 of 24 April 2012 that “there is no subjective constitutionally guaranteed right of aliens to reside in the territory of the Czech Republic. Each state can decide for itself the conditions under which it allows aliens to stay in their territory. None of the rights enshrined in the Charter establish the right of aliens to reside in the territory of the Czech Republic. The provision of Section 14(4) of the Charter guarantees such right only to citizens of the Czech Republic (and currently also to EU citizens), while other aliens only have the right to freely leave the territory of the Czech Republic (Section 14(4) of the Charter)”¹⁸, or rather that “no catalogue of internationally protected human rights contains the right of an alien to enter and reside in the territory of a foreign state” (II. ÚS 33/11).¹⁹ However, this statement can no longer be accepted today. Moreover, Pavel Pořízek states in his book that “the

¹⁵ G.S. Goodwin-Gill, *International Law and the Movement of Persons Between States*, Oxford 1978, p. 259.

¹⁶ P. Pořízek, *Vstup cizince na území státu: pohled mezinárodního, unijního a českého práva*, Prague 2013, ISBN 978-80-7201-907-6, p. 81.

¹⁷ R. Plender, *International Migration Law*, Revised Second Edition, Dordrecht 1988, p. 159–162.

¹⁸ Decision of the Constitutional Court Pl. ÚS 23/11 of 24.04.2012, section 23. Available at: http://nalus.usoud.cz/Search/GetText.aspx?sz=PI-23-11_1 (accessed: 1 IV 2020).

¹⁹ Decision of the Constitutional Court Pl. ÚS 33/11 of 21.04.2011. Available at: <http://nalus.usoud.cz/Search/ResultDetail.aspx?id=69896&pos=1&cnt=1&typ=result> (accessed: 1 IV 2020).

above-mentioned decisions of the Constitutional Court are a typical example of a stereotyped view of the issue of the admission of aliens, which ignores the shifts that have occurred in recent years in the field of the protection of human rights".²⁰ Both the Union and international alien law, even historically, indicate that aliens can only be rejected for serious reasons, often a criminal history or other serious violation of public order in the country.²¹

However, the development in alien law cannot be neglected and the right of residence must be seen today, although it is not explicitly set forth anywhere, as a right that can be derived from the provisions of Article 8 of the European Convention on Human Rights.²² Aliens are people who have their fundamental human rights, which no country may restrict unlimitedly.²³

²⁰ P. Pořízek, *Vstup cizince na území státu...*, p. 346.

²¹ An example of the practice in Poland can be found in the decision of the Provincial Administrative Court in Warsaw of 11 October 2013, IV SA / Wa 102/13, available at: <https://sip.lex.pl/orzeczenia-i-pisma-urzedowe/orzeczenia-sadow/iv-sa-wa-102-13-wyrok-wojewodzkiego-sadu-521723697> (accessed: 1 IV 2020), where the court rejected an alien's application for a residence permit for a fixed period due to his criminal history, even though the alien was married to a citizen of the Republic of Poland. In the grounds for the decision, the court states in section 5 (loosely translated): "Case law generally presupposes that a violation of public security and order is contrary to the generally accepted legal norms, leading to the final judgement of the criminal court which found the applicant guilty (see Decision of the Provincial Administrative Court in Warsaw of 21 August 2012, ref. No. V SA / Wa 2635/11). At the same time, it is argued that not only acts punishable by imprisonment can justify rejection of a residence permit for a fixed period (see Decision of the Provincial Administrative Court in Warsaw of 21 February 2006, ref. No. V SA / Wa 1498/05). It should be taken into consideration that not all behaviour of an alien, even if it constitutes a violation of the law, may indicate that that person will pose a threat to the protected values in the future. According to the case law of administrative courts, the current conduct of the alien should be taken into account when assessing whether the conduct falls within the scope of the respective legal provisions (see Decision of the Supreme Administrative Court of 22 December 2010, ref. No. II OSK 129/10)." It is clear from the above decision that the Polish court approaches the assessment of a possible refusal to grant a residence permit in accordance with EU and international standards and considers each alien individually, taking account of their current situation, however, while still emphasizing that their behaviour may be critical in relation to the state and its citizens.

²² European Convention on Human Rights, available at: https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_CES.pdf (accessed: 1 IV 2020).

²³ M. Savino, *The right to stay as a fundamental freedom? The demise of automatic expulsion in Europe*, "Transnational Legal Theory" [online] 2016, no. 7(1), p. 70–94 (accessed: 1 IV 2020), DOI: 10.1080/20414005.2016.1171558.

The right to reside is also linked to the right to enter the territory.²⁴ Generally, we can proceed from the International Covenant on Civil and Political Rights, which states in Art. 12(4) that “no one shall be arbitrarily deprived of their right to enter their own country”. The Universal Declaration of Human Rights states in Art. 13(2) that “everybody has the right to leave any country, including their own country, and return to their own country”. We can thus notice that the right to enter is narrowed down only to nationals, who have the right to *return*. It follows logically from the right to leave any country that we have the right to enter another country. However, it is clear, as G. Noll states, that the right to emigrate is broader than the right to immigrate.²⁵ The European Court of Human Rights refers to Art. 2(2) of Protocol No. 4 to the European Convention on Human Rights provision that “right to leave for such country of the person’s choice to which he may be admitted”.²⁶ The court notes that everyone has the unconditional right to enter and reside in the territory of that state of which they are a national.²⁷ However, the ECHR also emphasizes that it is within the state’s sovereignty to regulate the *entry of aliens* into its own territory.²⁸ It must be emphasized that it is the privilege of each state to decide on the entry of aliens into its territory and to set conditions under national law, although EU law restricts such discretion when EU law implies the right to enter the territory of a Member State for certain aliens.²⁹

The entry of aliens from outside the Schengen area is subject to the relevant EU legislation contained in Directive 2004/38³⁰, which addresses

²⁴ This is primarily to compare individual legal regulations of long-term residence of aliens in individual countries. The matter of entry into the territory is crucial. Unfortunately, the scope of the article precludes more detailed elaboration. We can recommend more detailed publications on the matter, e.g., P. Pořízek, *Vstup cizince na území státu...*, Prague 2013, ISBN 978-80-7201-907-6 or idem, *Základní teoretické přístupy k otázce přijímání cizinců na území státu*, Ministry of the Interior: “Administrative Law” 2012, No. 8, year XLV, p. 449–470.

²⁵ G. Noll, *Negotiation Asylum. The EU Acquis, Extraterritorial Protection and the Common Marke of Deflection*, The Hague–Boston–London 2000, p. 378.

²⁶ Decision of ECHR of 13.11.2003 in the case of *Napijalo v. Croatia* (application No. 66485/01), point 68.

²⁷ Cf. Decision of the Court of 5 May 2011 in the case of *McCarthy*, C-434/09, ECLI:EU:C:2011:277, point 29.

²⁸ Cf. Decision of the European Court of Human Rights of 26 July 2005 in the case of *N v. Finland*, application No. 38885/02, ECLI:CE:ECHR:2005:0726JUD003888502, point 158.

²⁹ J. Vláčil, *Právo na vstup...*, p. 29.

³⁰ Directive 2004/38/EC of the European Parliament and of the Council of 29 April 2004 on the right of citizens of the Union and their family members to move and reside

the exercising of the rights of the individual *vis-à-vis* a Member State. The provisions of this directive have direct effect³¹; here a third-country national has the right of residence in a Member State under EU law, and it can logically be concluded that EU law precludes that the person is denied entry by a Member State without relevant reasons if the alien has left the territory and wants to return again. As Vláčil states, those persons have the right to enter the territory of the respective Member State if they present a valid passport, prove their right of residence in the territory of the Member State, and in the absence of serious grounds for refusing entry.³²

Partial Conclusion

The right of residence is closely related to the issue of the right of entry, while the right of entry is regulated by national legal regulations and, in the case of European Union countries, also by EU legislation. However, the right of entry is a different institution from the right of residence, to which, according to the above valid Czech legislation, there is no right. The right of entry is most often defined by a residence permit, i.e., a visa. A visa entitles the alien to enter and remain in the territory and to leave the territory for the period of validity indicated in the visa. It is therefore a limited-validity right to remain in the territory of the state, although it is not an exercise of a right which automatically follows from law. However, in view of the European Union's obligations, a visa cannot be issued to citizens who have their permanent residence in a state which is a member of the European Union.³³

We believe that the issue of entry is currently regulated at the international level in a very appropriate manner and that it is appropriate for individual states to adjust the basic conditions for the entry of aliens into their territory while reflecting EU law, which provides for the basis and harmonises the diverse legal environments. In our opinion, the concepts

freely within the territory of the Member States amending Regulation (EEC) No. 1612/68 and repealing Directives 64/221/EEC, 68/360/EEC, 72/194/EEC, 73/148/EEC, 75/34/EEC, 75/35/EEC, 90/364/EEC, 90/365/EEC and 93/96/EEC.

³¹ M. Bobek, P. Bříza, J. Komárek, *Vnitrostátní aplikace práva Evropské unie*, Prague 2011, p. 70.

³² J. Vláčil, *Právo na vstup...*, p. 35.

³³ R. Ondruš, *Průvodce cizineckým řízením: se vzory procesních postupů správních úřadů a účastníků řízení podle stavu k 1.1.2005*, Prague 2005, ISBN 80-7201-516-8, p. 137.

of the right of residence and the right of entry cannot be merged. We are of the opinion that while the right of residence in alien law does not exist as such, it can be derived, for example, from the Universal Declaration of Human Rights in Art. 13(2). The right of residence is also related to the fundamental right of free residence and movement stemming from Article 14 of the Charter of Fundamental Rights and Freedoms of the Czech Republic.³⁴ It is therefore not a right directly enforceable by an alien, but rather a derived right, which administrative bodies should consider when taking decisions. However, it is not required that an administrative body deals with that right in its grounds for a decision on a residence permit. Given the scope of the article, we can no longer devote space to the issue of entry and will focus the following chapter on long-term residence in the individual selected states.

2. Long-term Residence Permit

2.1. Czech Republic

Act No. 326/1999 Coll., on Residence of Aliens in the Czech Republic and on Amending Certain Acts (the “Act on Residence of Aliens”) defines long-term visa and long-term residence permits. The law defines a long-term visa as one that entitles an alien to reside in the territory for more than 90 days.³⁵ A visa for more than 90 days is granted for two purposes: for the purpose of taking over the relevant residence permit in the territory or for the purpose of applying for a long-term residence permit.³⁶

The Czech Act on Residence of Aliens defines several regimes under which it is possible to apply for a long-term residence permit. The basic criteria stipulated by the Act that allow for an application for a long-term visa in the Czech Republic to be made include family cohabitation, study, scientific research, protection in the territory, employee cards, blue card, transfer of an employee, investment, or tolerance of residence. When applying for a long-term residence permit, certain rules must be

³⁴ Charter of Fundamental Rights and Freedoms of the Czech Republic, Act No. 2/1993 Coll., Art. 14(1): “The freedom of movement and residence is guaranteed”.

³⁵ Section 17b of Act No. 326/1999 Coll., on Residence of Aliens in the Czech Republic and on Amending Certain Acts.

³⁶ Sections 30 and 49 of Act No. 326/1999 Coll., on Residence of Aliens in the Czech Republic and on Amending Certain Acts.

observed, which in the event of violation, may lead to that the alien and their application being rejected by the Ministry of the Interior.³⁷ The Ministry of the Interior³⁸ may reject an alien's application, for instance, on the grounds that the alien does not provide all the documents required by law or that they provide false information in the application or even submit forged documents.³⁹ Other reasons for rejection include a reasonable risk that the alien could endanger the inhabitants of the state and life in the state during their stay.⁴⁰ This list can also include other reasons, such as absence from a scheduled interrogation or circumvention of the law by the alien.

2.2. Slovak Republic

In the Slovak Republic, a new Act on Residence of Aliens, No. 404/2011 Coll., came into force on 1 January 2012, which sets forth three types of residence: temporary residence, permanent residence, and tolerated residence. The new legislation in Slovakia introduced a new division of permanent residence into alien law, namely permanent residence for five years, permanent residence for an indefinite period, and residence of an alien with the status of a long-term resident in the European Union. Tolerated residence can be compared to the currently applicable Czech long-term visa. In Slovakia, tolerated residence is granted for a maximum of 180 days and must be renewed.

Temporary residence is also granted in Slovakia on the basis of purpose. The purpose for granting temporary residence may be business, employment, study, family reunification, research and development, and so-called journalistic temporary residence (granted to accredited journalists). As in the Czech Republic, a long-term residence permit

³⁷ Section 42 of Act No. 326/1999 Coll., on Residence of Aliens in the Czech Republic and on Amending Certain Acts.

³⁸ The competencies of the Ministry of the Interior are determined by Act No. 2/1969 Coll., on the Establishment of Ministries and Other Central Bodies of the State Administration of the Czech Socialist Republic, in Section 12(1)(h), which states that the Ministry is the central body of the state administration for internal affairs, especially for travel documents, residence permits for aliens, or the status of refugees.

³⁹ For example, Section 42i(6)(a) and Section 46a(2)(e) of Act No. 326/1999 Coll., on Residence of Aliens in the Czech Republic and on Amending Certain Acts.

⁴⁰ Section 46g(2)(d) of Act No. 326/1999 Coll., on Residence of Aliens in the Czech Republic and on Amending Certain Acts.

or temporary residence are granted only for a specific purpose and only for a specified period. The provisions of Section 21 of Act No. 404/2011 Coll. contain a specific list of the reasons, which includes the purpose of “special activities”. We would not find any such institution in the Czech legislation. Act No. 404/2011 Coll., in the provisions of Section 25, defines what is meant by a specific activity: teaching, artistic, or sports activities, internships in university studies, provision of healthcare, or accompanying a third-country national to whom to whom the alien provides healthcare, if necessary, or volunteering. This category also includes the above-mentioned activity of journalists who are accredited in the Slovak Republic. This type of temporary residence is granted only for the time necessary to achieve the purpose, but no more than two years.

When comparing the Czech legislation with the Slovak legislation, reference should be made to the institution of so-called special activity. In our opinion, this institution is a suitable solution and would certainly mean an easier way⁴¹ to obtain a residence permit for other specific activities. For aliens, this would mean an easier and more open way to entry and residence if they perform other specific job activities that are not included in other institutions offered by alien law. From our point of view, this institution could be incorporated into the legal environment of the Czech Republic. Currently, the Czech Republic only allows applications for long-term visa on the basis of the purpose “other”. Such an application may be submitted by an alien who intends to stay in the Czech Republic temporarily for more than three months and where the reason for their stay cannot be classified under other purposes. However, the alien must prove in some way that they would perform a certain activity there, which must be confirmed by a relevant document attached to the application.⁴² The Czech system would become clearer both for the state administration and aliens if a new category was set out in the Act on Residence of Aliens, which, as in Slovakia, would stipulate various specific activities.

⁴¹ By an easier way, we mean that the alien would have more options for obtaining a residence permit. In this case, the law would not be an example of an established rigid system, but rather allow for some wiggle room and flexibility for specific and individual cases.

⁴² Most often, these are other educational activities that cannot be classified under the provisions of Section 64 of the Act on Residence of Aliens. In such a case, the alien must produce, for instance, an employment contract.

2.3. Republic of Poland

The legal system of the Republic of Poland allows aliens to enter the territory on the basis of one of the four residence permits offered. These types of permits include a general short-term Schengen visa, which is also referred to by letter C, a long-term Polish visa, also referred to by letter D, permanent residence, and long-term residence obtained in another Schengen state.

The legal system of the Republic of Poland regulates alien law under Act of 12 December 2013, the Aliens Act (hereinafter the “Polish Act”).⁴³ A temporary residence permit is defined by the Polish Act in Section 98, where it is stated that an alien may obtain a temporary residence permit only at their request if they intent to stay in the territory of the Republic of Poland for more than three months. Furthermore, the Polish Act states in the second paragraph of Section 98 that temporary residence is guaranteed only for a specified purpose and may not last more than three years. The reasons for rejecting temporary residence in the Republic of Poland (hereinafter “Poland”) include the fact that an alien has obtained a permanent residence permit or is a citizen of the European Union residing in Poland on the basis of long-term residence. Furthermore, applications for temporary residence are denied if the alien applies for asylum or is a person who has been prosecuted or is serving a sentence, or if the alien has failed to provide fingerprints.⁴⁴

Based on a comparison of legal regulations of Central European countries where it is not possible to grant a long-term residence permit, or temporary residence permit under Polish Act, it can generally concluded that all these countries stress the safety of their citizens, while respecting the fundamental rights of the European Union (emphasizing the rights of EU citizens and the rights deriving from EU citizenship). All three legal regulations state that in the event that the purpose on the basis of which a temporary residence permit was granted changes or ceases, the permit is revoked.⁴⁵ The Polish Act also defines the

⁴³ Act on Aliens of 12 December 2013. English version. Effective as of 30 December 2013. Available at: https://www.asylumlawdatabase.eu/sites/default/files/aldfiles/EN%20-%20Poland%20act_on_foreigners_en_0.pdf (accessed: 1 IV 2020). The current version in Polish: Ustawa z dnia 12 grudnia 2013 r. o cudzoziemcach. Effective as of 3 April 2020. <http://prawo.sejm.gov.pl/isap.nsf/download.xsp/WDU20130001650/U/D20131650Lj.pdf> (accessed: 1 IV 2020).

⁴⁴ Section 99 of Act on Aliens of 12 December 2013.

⁴⁵ Section 101(1) of Act on Aliens of 12 December 2013.

purposes on the basis of which a temporary residence permit may be granted. The Polish Act includes among these purposes the purpose of work, highly qualified employment, intra-company transfer of employees⁴⁶ similar to the Czech legislation, and business (this is comparable to the purpose of investment in the Czech Republic). The Polish Act also allows for temporary residence for university students; in the Czech Republic, study at a secondary school is also included in this purpose.⁴⁷ In both Czech and Polish legislation, it is possible to obtain a temporary residence permit for the purpose of scientific research and for the purpose of family reunification. The Polish Act also defines a temporary residence permit for those who have become victims of human trafficking; the equivalent in the Czech legislation is a long-term residence permit for the purpose of protection in the territory.⁴⁸ Furthermore, the Polish Act grants permits to aliens who, for certain reasons, need to remain in the territory. As a parallel to this regulation, it is possible to include the Czech institution of tolerance of residence in the territory, for example, due to criminal proceedings in which the presence of the alien is required. However, it is also worth mentioning the provision which can be described as “residual”, namely Section 186 et seq. the Act, which temporarily entitles aliens to reside in the territory due to other circumstances. This provision regulates other situations that may arise, thus opening other possibilities of residence for aliens not regulated in law in more specific terms. These possibilities include permits for the purpose of further education or performance of priestly activity. Interestingly, the provisions of Section 187(6) state that temporary residence, in the light of other facts, should be guaranteed to aliens with respect to the rights and needs of family life enshrined in the Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms⁴⁹, if the alien would otherwise reside in Polish territory illegally. This provision is essential, since it allows those residing in the territory without a permit to obtain a temporary permit after only invoking their rights under the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental

⁴⁶ Chapter 4 Section 140 of Act on Aliens of 12 December 2013.

⁴⁷ Section 64 of Act on Residence of Aliens.

⁴⁸ Section 42e of Act on Residence of Aliens, Charter 9 Section 170 Act on Aliens of 12 December 2013.

⁴⁹ Communication of the Federal Ministry of Foreign Affairs No. 209/1992 Coll., on Negotiation of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms and Protocols thereto, available at: <https://www.zakonyprolidi.cz/cs/1992-209> (accessed: 1 IV 2020).

Freedoms. Although it can be stated that, in general, the legal regulation of long-term residence in the Czech Republic is similar to that in Poland, the Polish Act contains some exceptional institutions not found in the Czech legislation. It could be generalized that the Polish Act is “looser” and aliens are given more options to obtain a residence permit, even though this is accompanied with more red tape. Although the so-called “residual” provision of Section 186 of the Polish Act may seem extreme from the point of view of the Czech legislation, it may still have its advantages if incorporated into the Czech legislation, especially from a procedural point of view in possible administrative proceedings on the illegal stay of an alien, since this provision could reduce the number of such proceedings.

3. Long-Term Residence for the Purpose of Study

Below, we will focus on the regulation of one of the institutions: long-term residence for the purpose of study.⁵⁰ The Czech legislation defines a long-term residence permit for the purpose of study in the territory in the provisions of Section 42d and Section 64 of the Act on Residence of Aliens, which contains a definition of the term study within the Act. In the provision of Section 42d(1) of the Act on Residence of Aliens the Act stipulates when an alien is entitled to submit an application for this purpose, while the basic rule to this end is submission of the application at the embassy. An application submitted at the Ministry of the Interior of the Czech Republic may be submitted from the territory by an alien who holds a study permit issued by another EU Member State or a long-term residence permit for another purpose, or if they hold a visa for a stay of more than 90 days. For their application the alien must present a passport, proof of the purpose (usually a decision on admission to a certain school⁵¹), funds for residence, proof of ac-

⁵⁰ The article is part of the project Residence Permits for Students in the Czech Republic.

⁵¹ In the event that a student does not attend the enrolment (does not start their studies), the university must immediately inform the Ministry of the Interior thereof, as required by Section 107(5) of the Act on Residence of Aliens. We are of the opinion that it suffices to produce a decision on admission to a certain school to apply for a residence permit for the purpose of study. However, in order to fulfil the purpose, the student must enrol into the study. Upon the school notifying the Ministry of the Interior that the student failed to enrol into the study, the decision on the residence

commodation, a photograph, and possibly parental consent, as well as a document equivalent to an extract from the Criminal Register and proof of compliance with measures against carrying infectious diseases. The Czech legislation requires submission of a certificate of funds required for the residence in the territory. Under the Act on Residence of Aliens, the term “study” means both study at a university and language or professional training for study. The term also includes secondary education or higher vocational education or an internship to acquire knowledge and practical experience. Before applying for long-term residence for the purpose of study, an alien must submit a document on travel health insurance for the period of the residence in compliance with the conditions specified in Section 180j of the Act on Residence of Aliens. It is important to mention that the validity of a student’s residence permit must be extended by the last day of validity or a new residence permit must be applied for, otherwise the student’s right of residence expires and cannot be extended. The Act on Residence of Aliens forbids the Ministry of the Interior to pardon any failure to observe deadlines, even in cases particularly worthy of consideration.

The Polish Act defines long-term residence for the purpose of study in Section 144 et seq. The Polish Act defines the basic conditions for the possibility of granting a residence permit for the purpose of study in that the student must provide proof of admission to study, or confirmation of payment for studying if the studies are paid, have financial resources for both accommodation and payment of health insurance, as well as for the travel back to the country of origin. The Polish Act defines temporary residence for the purpose of study only for university students and doctoral students. Some of the universities in Poland must obtain a permit to admit a foreign student issued by the Minister of the Interior. In general, study permits are issued for the period of 15 months if it is the first year of study, or for one academic year. From the point of view of the arrangement and sequence of provisions of legal regulations and from the perspective of composition of individual provisions, there is an apparent difference from the Czech legal regulations. The Polish Act, specifically as regards residence permits for study purposes, first sets out the basic conditions for granting the permit by the Minister

permit is automatically revoked with the reference that the purpose of the submitted application has not been met.

of the Interior and subsequently defines the conditions under which the permit may be revoked, for instance, due to the fact that the alien has failed to fulfil the purpose for which the permit was issued. The following section is devoted to the administration and necessary documents that must be kept about the student or also which information should be listed on the student's "card" and in the system. In the case of foreign students, the control system is also accessed by the "voivode"⁵², who is responsible for checking the data on aliens to which they granted a temporary residence permit. Another part of the Act focuses on the transfer of students, either within Poland or within the European Union, and on related administrative matters. The period for deciding on an application for a temporary residence permit for the purpose of study is 60 days. It is appropriate to point out the fundamental development of law in the field of study. When comparing the version of the Act from 2013 and the current version, it is clear at first glance that the view of the student's temporary residence in Poland has changed and currently much greater emphasis is being placed on the process of permitting study, i.e., determining whether an alien meets all conditions to obtain this type of residence permit, and also on the follow-up and ongoing administration of foreign students during their stay in the territory, i.e., updating their data, etc. Unlike the Czech legislation, the Polish Act does not mention secondary education and rather emphasizes university or doctoral studies.

The Slovak legislation in Act No. 404/2011 Coll., regulates temporary residence for the purpose of study in the provisions of Section 24, and the permit is granted to students of both secondary schools and universities or to students in language or vocational training to study at a university. In this part, the legislation is identical to that in the Czech Republic. A temporary residence permit for the purpose of study is granted for the period of the study, but for a maximum of six years. The exception where a university student does not need a residence permit for the first 360 days may be applied if the third-country student holds a valid residence permit issued by another Member State for the purpose of studying at a university. The exception is also applied in the event that the university in Slovakia itself notifies the Ministry of the Interior

⁵² The Republic of Poland is divided into 16 voivodships (comparable to regions in the Czech Republic), and a voivodship is the highest administrative unit in the country. The voivode is therefore the head of this administrative unit (can be compared to Czech regional governors).

of the student's intention to study at a Slovak university prior to their arrival. The Ministry then may, within 30 days of receiving this notification, raise an objection to the application of 'student mobility' if the student does not have a valid passport, has falsified documents, does not study in the Slovak Republic, or has already exhausted the 360 days during previous stays.⁵³

Conclusion

In all three Central European countries, long-term residence is defined as residence for a specific purpose of more than 90 days. The requirements for granting this type of residence are generally similar but with differences in the individual types of purpose of this residence permit. The Polish Act contains a category that could be defined as above-framework, expanding the range of options that make it possible to obtain long-term residence. The Slovak legislation contains the purpose of "special activities". In comparison with the Czech legislation, the range of possibilities for obtaining long-term residence in Slovakia is more extensive and less rigid.

Specifically, in the case of long-term residence for the purpose of study, there is a fundamental difference in the legislation in the Czech Republic and Slovak Republic where Slovak legislators include in the term "study" all university, secondary, and higher vocational education. The Polish Act only mentions university studies and doctoral studies. The administration related to admission of a foreign student to a specific school in the territory is certainly more extensive and demanding in Poland, with both the minister and voivode enter the process beyond the framework of standard state administration bodies. The arrangement of the Act reveals a fundamental difference in Poland, where the sequence and logic of the arrangement is different to the Czech or Slovak legislation, which shows on which institutions Poland focuses more attention and emphasis. However, none of the countries completely leaves the issue of visas for aliens from third countries unregulated. Although the legislation is identical in many

⁵³ More on the conditions for student mobility in Section 36b of Act No. 404 of 21 October 2011, on Residence of Aliens and on Amending Certain Acts, as effective from 1 January 2020, available at <https://www.slov-lex.sk/pravne-predpisy/SK/ZZ/2011/404/20200101> (accessed: 1 IV 2020).

respects, there are differences between individual institutions and periods for which a visa can be issued. However, the issue of alien law is, at first sight, very extensive and content-intensive in all three Central European countries, as evidenced by the length of the legislation itself, complexity of individual institutions, and specific complexity of the provisions. However, this area of administrative law is so specific that in order to regulate and define all possible situations comprehensively, it cannot be any less simple.

LONG-TERM RESIDENCE PERMIT IN THE CZECH REPUBLIC, SLOVAK REPUBLIC AND THE REPUBLIC OF POLAND

Summary

In all three Central European countries, long-term residence is defined as residence for a specific purpose of more than 90 days. The requirements for granting this type of residence are generally similar with differences in the individual types of purpose of this residence permit. The Polish Act contains a category that could be defined as 'above-framework', expanding the range of options that make it possible to obtain long-term residence. The Slovak legislation contains the purpose of "special activities". In comparison with the Czech legislation, the range of possibilities for obtaining long-term residence in Slovakia is more extensive and less rigid.

Specifically, in the case of long-term residence for the purpose of study, there is a fundamental difference in the legislation in the Czech Republic and Slovak Republic, where Slovak legislators include in the term "study" all university, secondary, and higher vocational education. The Polish Act mentions only university studies and doctoral studies. The administration related to the admission of a foreign student to a specific school in the territory is certainly more extensive and demanding in Poland, with both the minister and the voivode enter the process beyond the framework of standard state administration bodies. The arrangement of the Act reveals a fundamental difference in Poland, where the sequence and logic of the arrangement is different to the Czech or Slovak legislation, which is expressed in which institutions Poland focus greater attention and emphasis or importance. None of the countries completely leaves the issue of visas for aliens from third countries unregulated. Although the legislation is identical in many respects, there are differences between individual institutions and the periods for which a visa can be issued. However, the issue of alien law is, at first sight, very extensive and content-intensive in all the above Central European countries, as evidenced by the length of the legislation itself, the complexity of individual institutions, and specific complexity of the provisions.

Keywords: residence permit – aliens – administrative law

LITERATURE

- Berthotyová E., *Pobyt cudzincov: judikatúra*, Bratislava 2017, ISBN 978-80-8168-729-7.
- Bible: *Holy Scriptures of the Old and New Testaments* (including deuterocanonical books), Czech ecumenical translation (translated into English), 13th ed. (4th ed.). Originally translated into Czech by M. Bič, J.B. Souček, J. Mánek, Prague 2007, ISBN 978-80-85810-58-5.
- Bobek M., Bříza P., Komárek J., *Vnitro státní aplikace práva Evropské unie*, Prague 2011, ISBN 978-80-7400-377-6.
- Goodwin-Gill G.S., *International Law and the Movement of Persons Between States*, Oxford 1978, ISBN 978-0198253334.
- Noll G., *Negotiation Asylum. The EU Acquis, Extraterritorial Protection and the Common Marke of Deflection*, The Hague–Boston–London 2000, ISBN 978-9041114310.
- Ondruš R., *Průvodce cizineckým řízením: se vzory procesních postupů správních úřadů a účastníků řízení podle stavu k 1.1.2005*, Prague 2005, ISBN 80-7201-516-8.
- Plender R., *International Migration Law*, Revised Second Edition, Dordrecht 1988, ISBN 978-9024736041.
- Pořízek P., *Vstup cizince na území státu: pohled mezinárodního, unijního a českého práva*, Prague 2013, ISBN 978-80-7201-907-6.
- Pořízek P., *Základní teoretické přístupy k otázce přijímání cizinců na území státu*, Ministry of the Interior: "Administrative Law" No. 8/2012, year XLV.
- Savino M., *The right to stay as a fundamental freedom? The demise of automatic expulsion in Europe*, "Transnational Legal Theory" [online] 2016, no. 7(1), p. 70–94 (accessed: 1 IV 2020), DOI: 10.1080/20414005.2016.1171558.
- Vláčil J., *Právo na vstup a pobyt na území členských států Evropské unie*, Prague 2016. *Prameny a nové proudy právní vědy*, ISBN 978-80-87975-52-7.

WALDEMAR WALCZAK*

Instrumentalne wykorzystywanie władzy sędziowskiej po wyroku TSUE – wieloaspektowa analiza legalnej korupcji

Wprowadzenie

Problematyka dotycząca zmian w polskim sądownictwie na przestrzeni kilku ostatnich lat jest zagadnieniem niezwykle często pojawiającym się w debacie publicznej. Do społeczeństwa za pośrednictwem różnych mediów (prywatnych i publicznych) trafia przekaz informacyjny, który ma edukować obywateli, kształtować ich świadomość i sposób myślenia, a także wpływać na percepcję oraz ocenę podawanych faktów, decyzji i procesów. W ostatnich miesiącach, za sprawą wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (TSUE) z 19 listopada 2019 r. i kolejnych działań podejmowanych przez środowisko sędziowskie, ponownie dochodzi do ożywionych sporów i narastających konfliktów wokół tzw. reformy wymiaru sprawiedliwości, które odbijają się szerokim echem w polityce krajowej i na arenie międzynarodowej. Daje się przy tym zauważyć odmiennosc prezentowanych opinii oraz komentarzy na temat tych samych zdarzeń, a ponadto jawny subiektywizm poglądów wyrażanych przez wąskie grono starannie wyselekcjonowanych i uprzywilejowanych osób, za sprawą przyznanego im prawa do występowania w mediach – dzielenia się swoją wiedzą z opinią publiczną.

Konsekwencją takiego stanu rzeczy jest to, że znaczna część informacji kierowanych do odbiorców nie ma obiektywnego charakteru. Co więcej, dość często są biegunowo dalekie od rzetelnych i bezstronnych

* Waldemar Walczak, dr, Uniwersytet Łódzki, e-mail: waldek.lodz@wp.pl, <https://orcid.org/0000-0003-4841-9364>.

rozważań, ponieważ w publicznej dyskusji poświęconej reformie wymiaru sprawiedliwości dominują wypowiedzi głoszone przez wybranych przedstawicieli bezpośrednio zainteresowanych stron, brakuje natomiast krytycznych i niezależnych analiz, które nie są pisane na zamówienie i za wynagrodzeniem. Biorąc pod uwagę powyższe, w świetle zaprezentowanych przesłanek wyłania się uzasadnienie dla podjętego problemu badawczego, a jest nim ranga opisywanego problemu i doniosłe znaczenie wymiaru sprawiedliwości w demokratycznym państwie. Dodatkowym argumentem jest to, że każdy polski obywatel ma prawo do wyrażania własnych wniosków, ocen, autonomicznych spostrzeżeń oraz przemyśleń, będących pochodną wnikliwej analizy procesów i zdarzeń występujących w rzeczywistości. Wynika to wprost z przepisu art. 54 ust. 1 Konstytucji Rzeczypospolitej¹: „Każdemu zapewnia się wolność wyrażania swoich poglądów oraz pozyskiwania i rozpowszechniania informacji”, a art. 73 ustawy zasadniczej ma stanowić gwarancję wolności prowadzenia badań naukowych i ogłaszania ich wyników.

Celem artykułu² jest przedstawienie pragmatycznych, a zarazem krytycznych analiz, które przybliżają do rozpoznania metodyki postępowania w ramach procesów intencjonalnego wykorzystywania władzy sędziowskiej dla określonych celów i potrzeb. Nakreślone zagadnienie problemowe wymusza integrowanie teoretycznych analiz prawnych odnośnie do obowiązujących przepisów z wiedzą empiryczną bazującą na stosowaniu prawa w konkretnych działaniach, tj. procesach podejmowania decyzji w praktyce zarządzania organizacjami. Podstawą sformułowanych wniosków oraz własnych ocen są wszechstronne eksploracje konkretnych zdarzeń mających potwierdzenie w rzeczywistości organizacyjnej. Omawiając docierające do opinii publicznej informacje, przyjęto perspektywę myślenia w ujęciu przyczynowo-skutkowym.

Problem badawczy dotyczy prawidłowego zrozumienia, a także właściwej percepcji zasad funkcjonowania systemu ze względu na interpretowanie prawa przez organy wymiaru sprawiedliwości. Zagadnienia poruszane w tekście odnoszą się do następujących tematów:

– wyrok TSUE z 19 listopada 2019 r. jest wieloznacznie i dowolnie interpretowany, co w konsekwencji prowadzi do odmiennych poglądów i wniosków: w ocenie rządu staje się argumentem instrumentalnie

¹ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 IV 1997 r. (Dz.U. Nr 78, poz. 483 ze zm.), dalej „Konstytucja RP” lub „Konstytucja”.

² Od Redakcji: wszelkie wyróżnienia (także w obrębie cytatów) pochodzą od autora artykułu.

wykorzystywanym przez niektórych sędziów w celu destabilizacji systemu prawnego, czemu należy się skutecznie przeciwstawić i zapobiec anarchii, zdaniem przedstawicieli środowiska sędziowskiego natomiast daje podstawę do podważenia wprowadzonych reform polskiego sądownictwa;

– wszystkie decyzje podejmowane przez reprezentantów władzy sędziowskiej mające istotny wpływ na funkcjonowanie instytucji wymiaru sprawiedliwości, winny być postrzegane i rozpatrywane w szerszym kontekście sytuacyjnym, gdyż podawane do publicznej wiadomości przesłanki i motywy działań nie zawsze stanowią prawdziwe odzwierciedlenie rzeczywistych intencji, a także celów realizowanych przedsięwzięć;

– te same konstytucyjne zasady, normy i gwarancje, które podawane są jako uzasadnienie dla decyzji stosowania prawa w ramach podejmowanych rozstrzygnięć, w poszczególnych przypadkach mogą być wykorzystywane przez sądy w sposób wybiórczy i selektywny, a jednocześnie pomijane w innych sytuacjach;

– polityka kadrowa, zwłaszcza zaś zasady doboru kadr sędziowskich, a także obsada kierowniczych stanowisk, stanowią najważniejszy aspekt oraz główny wymiar przeprowadzanych zmian w polskim sądownictwie, co oznacza, że meritum toczonych dyskusji i sporów *de facto* sprowadza się do walki o wpływy i kontrolę nad systemem władzy sądowniczej.

1. „Legalna korupcja” jako wykorzystywanie prawa, posiadanej władzy i pozycji zawodowej

Szeroko pojmowana korupcja jest zjawiskiem, które daje się zaobserwować we wszystkich sferach funkcjonowania gospodarki, co sprawia, że nakreślony problem może być rozpatrywany w odniesieniu do oceny poczynań piastunów władzy w każdej kategorii organizacji. Analizowane zagadnienie obejmuje swoim zakresem nie tylko przestępstwa korupcyjne, ale również pozostałe formy tzw. legalnej korupcji³. Właściwe postrzeganie istoty korupcji, jej odmian, oraz celów przyswiewających korupcyjnym praktykom, jest elementem nieodzownym dla

³ W. Walczak, *Korupcja jako sieć wpływów, powiązań i zależności*, „Przegląd Bezpieczeństwa Wewnętrznego” 2018, nr 19, s. 11–41; W. Walczak, *Legalna korupcja metodą zapewniania korzyści majątkowych i osobistych*, „Annales Universitatis Paedagogicae Cracoviensis. Studia de Securitate” 2020, nr 1, s. 217–256.

poprawnego zrozumienia wielu zdarzeń i procesów, jakie występują we współczesnych realiach. Okazuje się, że decyzje i działania będące jawną egzemplifikacją legalnej korupcji wzbudzają najwięcej kontrowersji, ujawniają wiele zróżnicowanych poglądów, odmiennych opinii i ocen ze względu na to, że niektóre osoby próbują polemizować z faktem, iż takie czyny także zalicza się do kategorii praktyk korupcyjnych.

Syntetyczny i rzeczowy opis pojęcia zawiera się w zdaniu, że legalna korupcja⁴ polega na instrumentalnym wykorzystywaniu **prawa**, posiadanej **władzy i pozycji zawodowej** dla partykularnych interesów, oczywiście pod pozorem realizacji innych szczytnych celów, np. usprawnienia funkcjonowania systemu, poprawy efektywności danej organizacji, dbania o dobro wspólne, interes publiczny, praworządność, prawa obywateli itd. Swoim zakresem obejmuje niezwykle obszerny i wieloaspektowy katalog różnorodnych działań oraz decyzji, dla których jedynym i wystarczającym uzasadnieniem jest to, że są one podejmowane przez upoważnione osoby, kolegialne gremia, w ramach posiadanych/przyznanych uprawnień, na podstawie obowiązujących przepisów prawa. Nie można jednakże tracić z pola widzenia zasadniczego aspektu, legalna korupcja w swojej istocie stanowi bowiem realizację uprzednio starannie zaplanowanych scenariuszy działań, które są niezwykle wyrefinowane i wyjątkowo skuteczne, ponieważ bazując na legitymizacji dla określonych decyzji i czynności prawnych, służą zapewnieniu **korzyści** wybranym **osobom trzecim**, a jednocześnie interesom **decydenta**. Są to działania umyślne, podejmowane z zamiarem bezpośrednim i kierunkowym – nie ma tu mowy o jakichkolwiek przypadkach.

Trzeba pamiętać, że udział w tych przedsięwzięciach biorą zorganizowane grupy starannie dobranych osób, określanych mianem tzw. układów zamkniętych⁵. Funkcjonujące w ramach tak ukształtowanej struktury jednostki łączą wzajemne relacje oraz silne więzi, co sprawia,

⁴ G.G. Maciel, L. de Sousa, *Legal Corruption and Dissatisfaction with Democracy in the European Union*, „Social Indicators Research” 2018, vol. 140, iss. 2, s. 653–674; J. Kusiak, *Rule of Law and Rules-Lawyeering: Legal Corruption and „Reprivatization Business” in Warsaw*, „International Journal of Urban and Regional Research” 2019, vol. 43, iss. 3, s. 589–596; M. Fazekas, I.J. Toth, *From Corruption to State Capture: A New Analytical Framework with Empirical Applications from Hungary*, „Political Research Quarterly” 2016, vol. 69, iss. 2, s. 320–334; A. Pethe, V. Tandel, S. Gandhi, *Unravelling the Anatomy of Legal Corruption: Focusing on ‘Honest Graft’ by Politicians*, „Economic and Political Weekly” 2012, vol. 47, no. 21, s. 55–62.

⁵ W. Walczak, *Korupcja – ujęcie prakseologiczne i ekonomiczne*, „Policja. Kwartalnik Kadry Kierowniczej Policji” 2019, nr 2, s. 10–21.

że dla prywatnych interesów **działają wspólnie i w porozumieniu**. K. Kiciński zaznacza, że „w państwach, w których nie istnieją lub są słabe demokratyczne mechanizmy kontroli władzy, jej przedstawiciele niekoniecznie muszą łamać prawo, by uzyskać korzyści wyraźnie wykraczające poza to, co jest społecznie akceptowalne. Mogą, ponieważ sami prawo w sposób arbitralny stanowią, są w stanie formułować je tak, by służyło przede wszystkim ich własnym interesom”⁶. Zgadzając się z tymi poglądami, wypada jednocześnie dostrzec, że demokratycznej kontroli i weryfikacji przez obywateli poddawane są poczynania oraz decyzje podejmowane przez przedstawicieli władzy ustawodawczej i wykonawczej. Z kolei działania reprezentantów władzy sądowniczej pozostają poza jakąkolwiek społeczną kontrolą, a dodatkowo na mocy art. 180 ust. 1 Konstytucji RP sędziowie są nieusuwalni. W ustawie zasadniczej przewidziano tylko jedno odstępstwo od tej gwarancji, a mianowicie złożenie sędziego z urzędu może nastąpić „na mocy orzeczenia sądu i tylko w przypadkach określonych w ustawie” (art. 180 ust. 2), dlatego też regulacje ustawowe w przedmiotowym zakresie mają fundamentalne znaczenie.

K. Patora stwierdza, że do obszarów szczególnie zagrożonych korupcją zalicza się m.in. „zatrudnienie w sferze stanowisk państwowych oraz samorządowych”, a także „wymiar sprawiedliwości i porządku publicznego w zakresie decyzji procesowych, zaniechania czynności zawodowych”⁷. Są to trafnie przemyślane, logicznie poprawne i ze wszech miar uzasadnione oceny, które autorka formułuje odnośnie do najbardziej rozpowszechnionych form korupcji. W uzupełnieniu swojej wypowiedzi zaznacza jednocześnie, że polskie prawo karne nie operuje definicją „korupcji politycznej”⁸. Potwierdza tym samym, że takie procesy, zachowania i decyzje należy określać mianem czynów/działań będących przejawem legalnej korupcji. Warto w tym miejscu wyjaśnić, że korupcja i nadużycia władzy stwarzają realne zagrożenie nie tylko dla bezpieczeństwa wewnętrznego państwa, ale również są szkodliwe dla zwykłych obywateli we wszystkich sferach życia społecznego⁹.

⁶ K. Kiciński, „Sygnalista” w państwie prawa – spojrzenie z perspektywy socjologii moralności, w: *Skarżypyty, donosiciele, sygnaliści? Studium socjologiczno-prawne*, pod red. J. Arcimowicz, M. Bieńko, B. Łaciak, Warszawa 2018, s. 242.

⁷ K. Patora, *Analiza korupcji*, „Studia Iuridica Toruniensia” 2018, nr 22, s. 267.

⁸ Ibidem.

⁹ N. Duraj, *Przestępstwa nadużycia władzy i korupcji w prawie karnym Federacji Rosyjskiej*, „Przegląd Policyjny” 2019, nr 2, s. 56.

W literaturze przedmiotu prezentowane są rozmaite poglądy na temat systemu demokracji konstytucyjnej i roli władzy sądowniczej. Zdaniem R. Piotrowskiego „istotą władzy demokratycznej ustanowionej w Konstytucji RP jest ograniczenie tej władzy po to, by chronić prawa jednostki przed zagrożeniami, jakie może stworzyć panowanie większości, zwłaszcza wtedy, kiedy dąży ona do narzucenia innym swoich wartości i przekonań”¹⁰. W takim ujęciu władza sądownicza ma sprawować kontrolę nad poczynaniami władzy demokratycznej, które mogą stwarzać realne niebezpieczeństwo z punktu widzenia praw obywateli. W poprzednim ustroju obowiązującym w Polsce przed 1989 r. społeczeństwo nie było w stanie rozliczać działalności rządzącej partii i weryfikować jej wpływu na obszary funkcjonalne państwa. Jak podkreśla D. Maksimiuk, „PZPR, pełniąc kierowniczą rolę w państwie, była zarazem partią o charakterze państwowym, ingerując w struktury i mechanizmy działania państwa zarówno w sposób bezpośredni, jak i pośredni (uwarunkowania kadrowe, wpływ na stanowienie i egzekucję prawa). W odniesieniu do wymiaru sprawiedliwości czyniła to, wykorzystując narzędzie, jakim była nomenklatura”¹¹.

Nieco inne spojrzenie na misję służby sędziowskiej przedstawia A. Tomza, która odwołuje się do kwestii politycznych nominacji sędziów do Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych. Według autorki „prawidłowo wybrana trzecia władza musi dążyć do realizacji preferencji społecznych. Zarówno bowiem ta władza, podobnie jak pozostałe, została wybrana w zgodzie z wolą suwerena”¹². Oznacza to, że „sędzia afirmuje przyjęty w Stanach Zjednoczonych system demokracji konstytucyjnej jako ten, który najmocniej urzeczywistnia i realizuje wolę suwerennego narodu”¹³. Przenosząc te rozważania na polski grunt, pojawiają się w tym przedmiocie opinie, że oczekiwania społeczne i wola suwerena stanowią legitymizację dla poczynania władzy ustawodawczej i wykonawczej w zakresie przeprowadzanych reform wymiaru sprawiedliwości

¹⁰ R. Piotrowski, *Sędziowie i granice władzy demokratycznej w świetle Konstytucji RP*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2018, nr 1, s. 215.

¹¹ D. Maksimiuk, *Z działalności Komisji KC PZPR do spraw Wymiaru Sprawiedliwości, Bezpieczeństwa i Porządku Publicznego w 1957 r. Przyczynek do badań nad wpływem PZPR na wymiar sprawiedliwości*, „Miscellanea Historico-Iuridica” 2015, t. 14: *Studia dedykowane Profesorowi Adamowi Lityńskiemu w 75-lecie urodzin i 50-lecie pracy naukowej*, pod red. P. Fiedorczyka, s. 69.

¹² A. Tomza, *Kwestia politycznych nominacji sędziów do Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych w poglądach Antonina G. Scalii – In memoriam*, „Folia Iuridica Universitatis Wratislaviensis” 2018, vol. 7, no. 1, s. 164.

¹³ Ibidem.

w Polsce. Podaje się przy tym argumenty odwołujące się wprost do przepisów Konstytucji, tj. art. 4 ust. 1: „Władza zwierzchnia w Rzeczypospolitej należy do Narodu”, art. 4 ust. 2: „Naród sprawuje władzę przez swoich przedstawicieli lub bezpośrednio”. Nie da się zaprzeczyć temu, że to polscy obywatele biorący udział w wyborach decydują o tym, kto w ich imieniu sprawuje rządy w kraju.

2. Decyzje kadrowe w świetle prawa do sądu wynikającego z art. 45 Konstytucji RP – sędziowie na tle innych obywateli

W pierwszej kolejności trzeba wytłumaczyć, że prawo do sądu, wynikające zarówno z art. 45 ust. 1: „Każdy ma prawo do sprawiedliwego i jawnego rozpatrzenia sprawy bez nieuzasadnionej zwłoki przez właściwy, niezależny, bezstronny i niezawisły sąd”, a także z art. 6 ust. 1 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności: „Każdy ma prawo do sprawiedliwego i publicznego rozpatrzenia jego sprawy w rozsądnym terminie przez niezawisły i bezstronny sąd ustanowiony ustawą przy rozstrzygnięciu o jego prawach i obowiązkach o charakterze cywilnym albo o zasadności każdego oskarżenia w wytoczonej przeciwko niemu sprawie karnej”, ma swoje dwa podstawowe aspekty:

- prawo do drogi sądowej (tj. prawo dostępu do sądu oraz uprawnienie do inicjowania w tym celu postępowania przed sądem), co w teorii może być rozumiane tak, że każdy obywatel ma prawo do tego, aby ważne dla niego sprawy o charakterze cywilnym bądź karnym, a także decyzje władz administracyjnych, mogły być rozstrzygnięte przez sąd. Innymi słowami, oznacza to prawo do tego, aby ostateczne **sprawiedliwe** orzeczenie w sprawie danego obywatela zostało wydane przez właściwy sąd;
- prawo do sprawiedliwego rozpatrzenia sprawy przez niezależny, bezstronny i niezawisły sąd, a zatem organ, który spełnia takie kryteria, a niezależność i bezstronność leżą u podstaw podejmowanych decyzji.

Przedmiotowe zagadnienie rozpatrywane jest z punktu widzenia zasad konstytucyjnych (jako dyrektywa tworzenia prawa¹⁴), prawa do rzetelnego postępowania przed sądem¹⁵, ale przede wszystkim winno

¹⁴ M. Siudowski, *Prawo do sądu. Raport z monitoringu ochrony praw podstawowych w Polsce*, Lublin 2006, s. 7.

¹⁵ S. Pilipiec, *Zasada prawa do sądu w Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej i Konstytucji Federacji Rosyjskiej*, „Annales Universitatis Mariae Curie Skłodowska, Lublin – Polonia”, Sectio G, 2003/2004, vol. 50/51, s. 153.

być postrzegane w kategorii prawa podmiotowego o zasadniczym znaczeniu¹⁶, które przysługuje każdemu obywatelowi. Omawiane prawo do sądu – zgodnie z orzecznictwem Trybunału Konstytucyjnego (TK) (wyrok z 13 stycznia 2015 r., sygn. SK 34/12) – „jest jednym z podstawowych praw podmiotowych jednostki i jedną z fundamentalnych zasad praworządności w demokratycznym państwie”. Według G. Zalizowskiego prawo to „jest podstawą roszczenia, które przysługuje jednostce względem państwa i jego organów”¹⁷. E. Tkaczyk uważa, że „jedną z podstawowych przesłanek istnienia prawa do sądu jako takiego jest zapewnienie jednostce **ochrony przed arbitralnością władzy**”¹⁸. Są to refleksje odnoszące się do teorii prawa, a nie „prawa w działaniu”.

Fundamentalne znaczenie dla dalszych analiz ma ustalenie, jak należy poprawnie interpretować użyte przez ustawodawcę pojęcie, jakim jest „sprawa”. K. Gieroń uważa, że powinno być rozumiane szeroko, i przytacza opinię wyrażoną przez Trybunał Konstytucyjny w wyroku z 10 maja 2000 r.¹⁹, że „pojęcie to nie ma definicji w przepisach Konstytucji RP, a także nie ma jednoznacznego ujęcia w orzecznictwie i doktrynie. Niewątpliwie zakres przedmiotowy prawa do sądu zawiera się w najważniejszej funkcji sądu, jaką jest, zgodnie z art. 175 ust. 1 Konstytucji RP, sprawowanie wymiaru sprawiedliwości”²⁰.

M. Jaworska – odwołując się do postanowienia Sądu Najwyższego (SN) z 19 grudnia 2003 r. – prezentuje następujące wyjaśnienie: „występujący w art. 45 ust. 1 Konstytucji termin «sprawy» ma charakter autonomiczny i obejmuje nie tylko sprawy cywilne, karne, sądowo-administracyjne, ale także inne, które nimi nie są, a właściwym do orzekania w tejsze materii jest sąd powszechny w postępowaniu

¹⁶ M. Florczak-Wątor, *Prawo do sądu jako prawo jednostki i jako gwarancja horyzontalnego działania praw i wolności*, „Przegląd Prawa Konstytucyjnego” 2016, nr 3, s. 47–66; O. Hałub-Kowalczyk, M. Jabłoński, M. Radajewski, *Identyfikacja treści prawa do sądu – wybrane zagadnienia*, Wrocław 2019.

¹⁷ G. Zalizowski, *Prawo do sądu na tle Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej w kontekście europejskiej Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności*, w: *Duch praw w krajach Europy Środkowo-Wschodniej*, pod red. M. Kępy, M. Marszała, Wrocław 2016, s. 17.

¹⁸ E. Tkaczyk, *Konstytucyjne prawo do sądu jako jedna z najważniejszych gwarancji praw człowieka w państwie demokratycznym. Aspekt teoretyczny*, „Studia Prawnicze i Administracyjne” 2017, nr 20(2), s. 40.

¹⁹ Wyrok TK z dnia 10 V 2000 r., sygn. K 21/99, OTK 2000, nr 4, poz. 109.

²⁰ K. Gieroń, *Prawo do sądu w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego i orzecznictwie sądowym*, w: „Rodzinna Europa”. *Europejska myśl polityczno-prawna u progu XXI wieku*, pod red. P. Fitkusa, H. Malewskiego, M. Marszała, Wrocław 2015, s. 559–560.

cywilnym”²¹. Przytoczone stanowisko oparte na orzecznictwie upoważnia do sformułowania konkluzji, że **pojęcie „sprawy”** należy postrzegać oraz interpretować w szerokim kontekście znaczeniowym. Termin ten odnosi się bowiem do zdarzeń, procesów, czynności prawnych oraz decyzji, które dotyczą danej jednostki i mają dla niej znaczenie – są ważne, gdyż wywołują określone skutki prawne, naruszają konstytucyjne gwarancje, rodzą określone konsekwencje finansowe, społeczne, środowiskowe, zdrowotne itp. W orzecznictwie podkreśla się, że prawo do sądu ma autonomiczny charakter, gdyż jest niezależne i odrębne od innych rozwiązań normatywnych²². Sąd Najwyższy w postanowieniu z 21 maja 2002 r. stwierdził ponadto, iż „w praktyce oznacza to, że sprawa przedstawiona do rozstrzygnięcia musi być przez sąd (powszechny lub inny) rzeczywiście rozpoznana”²³.

W świetle powyższych przesłanek uzasadnione jest stwierdzenie, że obywatel może zwrócić się do właściwego sądu, gdy poszukuje sprawiedliwości w kontekście rozpatrzenia każdej sprawy, która ma dla niego znaczenie. Niewątpliwie jednym z istotnych zagadnień są kwestie dotyczące zatrudnienia, m.in. w aspekcie szans zdobycia pracy, możliwości otrzymania intratnej posady, obejmowania stanowisk, pełnienia funkcji w państwowych instytucjach itd. Ta materia ma ścisły związek z przepisami prawa, które wyznaczają ramy i określają tryb podejmowania decyzji kadrowych w przedmiotowym zakresie.

Jak słusznie zauważa Rzecznik Praw Obywatelskich (RPO), „naruszenia konstytucyjnej zasady równego traktowania i zakazu dyskryminacji to przede wszystkim problemy obywateli”²⁴. Zgadając się w pełni z tą refleksją, godzi się jedynie dodać, że takie bariery i utrudnienia nie dotyczą wszystkich obywateli w jednakowym stopniu. Praktyka dostarcza bowiem niezliczonych przykładów wskazujących na to, że **społeczeństwo dzieli się** na grupę osób mających korzystniejszą pozycję, prawa i przywileje, a także zwykłych obywateli marginalizowanych, wykluczanych i traktowanych w odmienny sposób. Oczywiście w oficjalnych dokumentach znajdują się odwołania do teorii prawa podkreślające, że „nakaz równego

²¹ M. Jaworska, *Prawo do sądu*, w: *Realizacja i ochrona konstytucyjnych wolności i praw w polskim porządku prawnym*, pod red. M. Jabłońskiego, Wrocław 2014, s. 143–144.

²² K. Gieroń, op. cit., s. 564.

²³ Postanowienie SN z 21 V 2002 r., sygn. III CK 53/02, OSNC 2003, nr 2, poz. 31.

²⁴ *Informacja o działalności Rzecznika Praw Obywatelskich w obszarze równego traktowania za rok 2018 oraz o przestrzeganiu zasady równego traktowania w Rzeczypospolitej Polskiej*, 25 XII 2019 r., s. 3, <https://www.rpo.gov.pl/pl/content/informacja-roczna-rpo-z-zakresu-rownego-tractowania-w-2018> (dostęp: 15 I 2020).

traktowania zajmuje eksponowane miejsce zarówno w regulacjach krajowych, jak i w aktach prawa międzynarodowego”, akcentujące jednocześnie, że „równość wobec prawa stanowi jedną z fundamentalnych zasad ochrony praw człowieka, a jej przestrzeganie warunkuje realizację innych praw podstawowych”²⁵. Zdaniem RPO „zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Trybunału Konstytucyjnego, **zasada równości** wyrażona w art. 32 Konstytucji RP oznacza, że wszystkie podmioty prawa (adresaci norm prawnych) charakteryzujący się daną cechą istotną (relewantną) w równym stopniu powinny być traktowane równo, według jednakowej miary, bez różnicowań dyskryminujących lub faworyzujących”²⁶. Nie zmienia to jednak faktu, że sformułowania te nie znajdują potwierdzenia w codziennej rzeczywistości organizacyjnej oraz w praktyce zarządzania.

Konstytucyjna norma, mająca stanowić gwarancję równego traktowania jednostki przez władze publiczne, a także prawo do rozpatrzenia sprawy przed sądem, w wielu przypadkach pozostają jedynie w sferze deklaratywnej. Dostarczając merytorycznych oraz niedających się podważyć argumentów uzasadniających słuszność wyrażonej oceny, zasadne będzie w tym miejscu odwołanie się do konkretnych przykładów. W dalszych rozważaniach zostaną poddane analizie decyzje kadrowe przesądzające o możliwości otrzymania zatrudnienia, tj. podjęcia pracy w wybranych instytucjach państwowych²⁷, które ze względu na zakres swojej działalności oraz inne okoliczności są w ostatnim czasie przedmiotem licznych dyskusji w przestrzeni publicznej. Przyjęta formuła prowadzonych czynności analitycznych sprowadza się do udzielenia odpowiedzi na postawione pytania.

- Czy wszyscy polscy obywatele korzystający z pełni praw publicznych mają jednakowe prawa i są równo traktowani w procesie doboru kadr na funkcje wiceprezesów Najwyższej Izby Kontroli (NIK), dyrektora generalnego NIK, dyrektorów departamentów, a także na pozostałe stanowiska inne niż kontrolerskie, zważywszy na to, że tylko w ostatnim przypadku obowiązują tzw. zasady otwartego i konkurencyjnego naboru?

²⁵ Ibidem, s. 5.

²⁶ Ibidem.

²⁷ Analogiczne pytania można sformułować w odniesieniu do służby cywilnej, wszystkich organizacji sektora finansów publicznych, spółek komunalnych, spółek z udziałem Skarbu Państwa oraz innych państwowych osób prawnych, NBP, fundacji utworzonej przez spółki Skarbu Państwa, organizacji pozarządowych, prywatnych podmiotów itd.

Analiza aktualnych przepisów upoważnia do stwierdzenia, że potencjalnie zainteresowani zdobyciem zatrudnienia w NIK na wyżej wymienionych stanowiskach nie mają jednakowego prawa w zakresie możliwości ubiegania się o podjęcie pracy. Co więcej, nie mają żadnych podstaw prawnych do tego, aby dochodzić swoich roszczeń z tytułu naruszenia zasady równego traktowania na drodze sądowej. Oznacza to, że posiadając wymagane kwalifikacje formalne, jeśli samodzielnie podejmą próbę pisemnego wystąpienia z taką aplikacją do osoby posiadającej stosowne kompetencje decyzyjne, są z góry na straconej pozycji, bo nikt nie będzie ich traktował poważnie. W rezultacie takie podanie zostanie zignorowane, a wszystko odbędzie się zgodnie z prawem. W przypadku procesów decyzyjnych w zakresie przyjęcia do pracy w NIK niemożliwe jest domaganie się rozpatrzenia takiej sprawy przez sąd, kontroli sądowej mogą zaś być poddane decyzje kadrowe związane ze zmianą warunków umowy bądź rozwiązaniem stosunku pracy. Warto w tym miejscu dodać, że zasady te dotyczą wszystkich rekrutacji, z tą jedną drobną różnicą, że w przypadku doboru osób na stanowiska kontrolerskie występują równe prawa w zakresie możliwości zgłoszenia swojej kandydatury i wzięcia udziału w postępowaniu prowadzonym przez komisję konkursową. Ponadto tylko dla kontrolerów wymagane są testy z wiedzy ogólnej, znajomości języka obcego i kompetencji, podczas gdy w odniesieniu do pozostałych miejsc pracy nie obowiązują takie zasady. Ostateczna decyzja w sprawie zatrudnienia należy do wyłącznej kompetencji prezesa NIK, jest ostateczna, wiążąca i nie podlega zaskarżeniu. Opisanie procedury i działania są zgodne z przepisami ustawy o NIK z dnia 23 grudnia 1994 r.²⁸, co sprawia, że nie można kwestionować ich legalności.

Biorąc pod uwagę fakt, że „praca w NIK to **służba Rzeczypospolitej i społeczeństwu**”²⁹, można przyjąć szerszą perspektywę rozumowania odwołującą się wprost do treści art. 60 Konstytucji RP: „Obywatele polscy korzystający z pełni praw publicznych mają prawo dostępu do służby publicznej na jednakowych zasadach”, w powiązaniu z treścią art. 2 ustawy zasadniczej: „Rzeczpospolita jest demokratycznym państwem prawnym, urzeczywistniającym zasady **sprawiedliwości społecznej**”.

²⁸ Tekst jedn. Dz.U. 2019, poz. 489 ze zm.

²⁹ „Jeżeli [...] posiadają Państwo wymagane wykształcenie, doświadczenie oraz kompetencje kontrolera NIK i chcą mieć realny wpływ na to, co dzieje się w Polsce – praca w NIK czeka na Państwa”, *Praca w NIK*, <https://www.nik.gov.pl/praca-w-nik/> (dostęp: 15 I 2020).

Takie analityczne podejście kładzie nacisk na myślenie w kategorii gwarancji obywatelskich, wolności i praw człowieka, a kryteria oceny są nasycone **konstytucyjną aksjologią**. Ma ono również swój szerszy wydźwięk znaczeniowy.

- Czy wszyscy polscy obywatele korzystający z pełni praw publicznych mają równe prawa dostępu i są jednakowo traktowani w procedurze ubiegania się o pracę na stanowisku zastępców Rzecznika Praw Obywatelskich³⁰, podobnie jak w procesach rekrutacji na pozostałe miejsca pracy w Biurze RPO, kiedy tylko selektywna informacja o naborze na niektóre stanowiska jest podawana w Biuletynie Informacji Publicznej³¹?

Obowiązujące przepisy sprawiają, że potencjalnie zainteresowani objęciem funkcji zastępcy RPO nie mają prawa i gwarancji jednakowego traktowania w zakresie możliwości ubiegania się o podjęcie pracy na takim stanowisku w instytucji, która zajmuje się dbaniem o przestrzeganie wolności i praw człowieka³². Takim osobom nie przysługuje też opisywane w Konstytucji prawo do sądu, jeśli z własnej inicjatywy podejmą próbę zgłoszenia swojej kandydatury, a ich podanie zostanie zignorowane i pozostawione bez rozpatrzenia. Kandydaci biorący udział w naborach, którzy nie zostali wybrani do pracy, także nie mają możliwości zaskarżenia takiej sprawy do sądu. Wszystkie procesy kadrowe w biurze RPO są realizowane na podstawie obowiązującego prawa i tym samym ich legalność nie może być podważana. Ostateczne i wiążące decyzje w sprawach przyjęcia do pracy należą do wyłącznej kompetencji Rzecznika i nie podlegają zaskarżeniu.

- Czy wszyscy polscy obywatele korzystający z pełni praw publicznych i posiadający stosowne kwalifikacje formalne mają równe prawa dostępu i są jednakowo traktowani w procedurze ubiegania się o urząd sędziego?

³⁰ *Zastępcy RPO*, <https://www.rpo.gov.pl/content/zastepcy-rpo> (dostęp: 15 I 2020).

³¹ Praca w biurze RPO, <http://bip.brpo.gov.pl/pl/category/praca> (dostęp: 15 I 2020).

³² „Rzecznik Praw Obywatelskich stoi na straży wolności i praw człowieka i obywatela, w tym realizacji zasady równego traktowania”, *Czym zajmuje się Rzecznik Praw Obywatelskich?*, <https://www.rpo.gov.pl/content/dzialalnosc-rzecznika-praw-obywatelskich>; zob. też *Nasze konstytucyjne prawa*, <https://www.rpo.gov.pl/konstytucja> (dostęp: 15 I 2020).

Z wyjątkiem procedury wyboru sędziów Trybunału Konstytucyjnego, w przypadku pozostałych sądów wszystkie osoby zainteresowane pracą na stanowisku sędziego mają zagwarantowane **równe prawa** w zakresie **możliwości** ubiegania się o pełnienie tego szacownego urzędu. Ponadto występuje tutaj istotna różnica w stosunku do wcześniej analizowanych procesów kadrowych, gdyż w przypadku uchwał Krajowej Rady Sądownictwa (KRS) negatywnie ocenionym osobom przysługuje **prawo odwołania się** od podjętej decyzji **do sądu**. Takie rozwiązanie dotyczy kwestii rozpatrzenia sprawy, tj. zaskarżenia uchwały w przedmiocie wyboru na stanowisko sędziowskie w sądach powszechnych. Warto w tym miejscu przypomnieć, że w ubiegłym roku na mocy wyroku Trybunału Konstytucyjnego z 25 marca 2019 r. stwierdzono **niezgodność art. 44 ust. 1a** ustawy o Krajowej Radzie Sądownictwa z art. 184 Konstytucji³³ (odnoszącego się do odwołania od uchwały KRS dotyczącej wyboru na stanowisko sędziego Sądu Najwyższego), a jednocześnie uznano, że „art. 9a ustawy z dnia 12 maja 2011 r. o Krajowej Radzie Sądownictwa (Dz.U. z 2019 r. poz. 84) **jest zgodny** z art. 187 ust. 1 pkt 2 i ust. 4 w związku z art. 2, art. 10 ust. 1 i art. 173 oraz z art. 186 ust. 1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej”³⁴.

Nie ulega wątpliwości, że najważniejszą rolę w procesie decyzyjnym przesądzającym o możliwości objęcia stanowiska sędziowskiego, a także awansowania do sądu wyższej instancji, spełnia KRS, która *de facto* jest komisją konkursową. Jej skład osobowy jest nie do przecenienia, kształtuje bowiem dokonywane rozstrzygnięcia – podejmuje kolegialne decyzje w formie uchwał poprzez głosowanie. Nie trzeba w tym miejscu tłumaczyć, jak istotne są nominacje sędziowskie do SN, mają bowiem fundamentalne znaczenie nie tylko z punktu widzenia KRS, ale całego systemu sądownictwa w Polsce. Nie można jednak zapominać, że wszystkie decyzje o charakterze kadrowym (również inne czynności prawne) pozostają pod wpływem synergicznego oddziaływania wielu czynników o charakterze endogenicznym, a także egzogenicznym. To, że działania podejmowane są na podstawie obowiązującego prawa przez upoważniony do tego organ, **absolutnie nie oznacza**, że są

³³ Zob. wyrok TK z 25 III 2019 r., sygn. K12/18, *Wybór członków KRS przez Sejm spośród sędziów; odwołanie od uchwały KRS dotyczącej powołania do pełnienia urzędu na stanowisku sędziego*, <http://trybunal.gov.pl/postepowanie-i-orzeczenia/wyroki/art/10521-wybor-czlonkow-krs-przez-sejm-sposrod-sedziow-odwolanie-od-uchwaly-krs-dotyczacej-powola/> (dostęp: 15 I 2020).

³⁴ Ibidem.

bezstronne, obiektywnie uzasadnione, uczciwe i sprawiedliwe³⁵. Dlatego też trzeba uznać, że sformułowana konstatacja ma **walor ponadczasowy** i nie odnosi się wyłącznie do członków KRS ukształtowanej według nowej ustawy, ale ma zastosowanie także do decyzji sędziów zasiadających w **poprzednich składach** komisji konkursowej – analogicznie jest w przypadku wszystkich decyzji podejmowanych przez inne organy władzy publicznej oraz przez piastunów władzy w prywatnych przedsiębiorstwach, organizacjach pozarządowych i pozostałych podmiotach gospodarczych³⁶.

Analizując poczynania władzy sędziowskiej po wyroku TSUE z 19 listopada 2019 r., trzeba przyjąć holistyczne podejście, które przybliży do identyfikacji źródeł występowania odmiennych interpretacji z uwzględnieniem ich konsekwencji dla zainteresowanych stron. W pierwszej kolejności warto zwrócić uwagę na główną sentencję rozstrzygnięcia, gdyż bezpośrednio nawiązuje ona do wcześniejszych rozważań na temat **równego traktowania** i praw jednostki. Wyrok dotyczy bowiem stosowania prawa Unii Europejskiej (UE) w kontekście interpretacji ogólnych warunków ramowych w zakresie zatrudnienia i pracy³⁷. Oczywiście zadane przez Izbę Pracy SN pytania prejudycjalne, które dały asumpt do wydania orzeczenia przez TSUE, dotyczyły wykładni interpretacyjnej

³⁵ Niedopuszczalne jest rozpatrzenie zgłoszeń jedynie wybranych osób spośród wszystkich aplikujących na wolne stanowisko sędziego SN, gdyż byłoby to rażące naruszenie prawa do równego traktowania, pogwałcenie zasad praworządności i zasad sprawiedliwości społecznej. Metodyka kontaktu jedynie z wybranymi kandydatami jest natomiast prawnie dopuszczalna w sytuacji, gdy dotyczy postępowania i decyzji kadrowych SN względem zwykłych obywateli. Szerzej zob. Rekrutacja na stanowisko Kierownika Zespołu do Obsługi Sędziów w Biurze Gospodarczym Izby Dyscyplinarnej Sądu Najwyższego, 11 XII 2019; Sąd Najwyższy informuje, że „[z]astrzega się kontakt z wybranymi kandydatami”, <http://www.sn.pl/informacjepraktyczne/SitePages/Ogloszenia.aspx?ItemSID=25-8480cc0a-f675-4b34-b408-af62bdc205a9&ListName=Ogloszenia> (dostęp: 20 XII 2019).

³⁶ W. Walczak, *Przestępstwa korupcyjne a legalna korupcja – aspekty ekonomiczne i prawne*, „Przegląd Bezpieczeństwa Wewnętrznego” 2019, nr 21, s. 44–81.

³⁷ „Artykuł 47 Karty praw podstawowych Unii Europejskiej i art. 9 ust. 1 dyrektywy Rady 2000/78/WE z dnia 27 XI 2000 r. ustanawiającej ogólne warunki ramowe **równego traktowania w zakresie zatrudnienia i pracy** należy interpretować w ten sposób, że stoją one na przeszklodzie temu, by spory dotyczące stosowania prawa Unii mogły należeć do wyłącznej właściwości organu niestanowiącego niezawisłego i bezstronnego sądu w rozumieniu pierwszego z tych przepisów. Do sądu odsyłającego należy ustalenie, przy wzięciu pod uwagę wszystkich istotnych informacji, którymi dysponuje, czy jest tak w przypadku organu takiego jak Izba Dyscyplinarna Sądu Najwyższego”. Szerzej zob. przywoływany wyrok TSUE z 19 XI 2019 r.

praw obywatela zajmującego stanowisko **sędziego NSA**. Po drugie, krytyczna refleksja ma temat wiedzy o prawie³⁸ nakazuje zauważyć, że sędziowie mogą dokonywać swobodnej interpretacji tekstu prawnego, co w rezultacie prowadzi do rozbieżnych ustaleń i wniosków. Dlatego też powszechną akceptację zyskuje pogląd, że prawo w teorii oraz stosowanie prawa w praktyce to dwa odrębne byty i zagadnienia problemowe³⁹. Prawo w teorii jest postrzegane jako „norma sankcjonowana przez społeczną siłę przymusu”⁴⁰, natomiast prawo w działaniu jest pochodną deskryptywnej interpretacji⁴¹ przepisów dokonywanej przez organy stosujące prawo.

3. Wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z 19 listopada 2019 r. – interpretacja Sądu Najwyższego, Ministerstwa Sprawiedliwości oraz Krajowej Rady Sądownictwa

Sąd Najwyższy, rozpatrując w składzie trzyosobowym indywidualną sprawę dotyczącą odwołania od uchwały Krajowej Rady Sądownictwa zawierającej negatywną opinię w przedmiocie dalszego zajmowania stanowiska przez sędziego Naczelnego Sądu Administracyjnego, w wyroku wydanym 5 grudnia 2019 r. w Izbie Pracy i Ubezpieczeń Społecznych (sygn. III PO 7/18)⁴² oddalił wniosek prezesa Izby Dyscyplinarnej Sądu Najwyższego z 10 października 2018 r. o przekazanie sprawy według właściwości do Izby Dyscyplinarnej, a także uchylił uchwałę KRS z dnia 27 lipca 2018 r. w przedmiocie dalszego zajmowania

³⁸ P. Jabłoński, M. Pichlak, *Miejsce refleksji krytycznej w instytucjonalnej wiedzy o prawie*, „Principia” 2013, nr 57–58, s. 269–295.

³⁹ *Meandry prawa – teoria i praktyka. Księga jubileuszowa prof. zw. dra hab. Mieczysława Goettela*, pod red. E. Pływaczewskiego, J. Bryka, Szczytno 2017; *Tworzenie a stosowanie prawa w Polsce. Teoria i praktyka*, pod red. M. Mazuryka, D. Kotłowskiego, K. Sadowskiego, Warszawa 2014.

⁴⁰ A.F. Utz, *Pojęcie prawa w teorii i praktyce*, „Roczniki Nauk Prawnych” 2010, nr 2, s. 8.

⁴¹ P. Jabłoński, *O deskryptywnym poziomie interpretacji tekstu prawnego*, „Studia Prawno-Ekonomiczne” 2018, nr 106, s. 29–53.

⁴² Komunikaty o sprawach. Uzasadnienie wyroku z 5 grudnia 2019 r., w którym SN uznał, że Izba Dyscyplinarna SN nie jest sądem w rozumieniu prawa UE, a obecna KRS nie jest organem bezstronnym i niezawisłym, 20 XII 2019, http://www.sn.pl/aktualnosci/SitePages/Komunikaty_o_sprawach.aspx?ItemSID=331-b6b3e804-2752-4c7d-bcb4-7586782a1315&ListName=Komunikaty_o_sprawach (dostęp: 20 XII 2019).

stanowiska sędziego NSA przez A.K. Co ważne, w komunikacie przybliżającym uzasadnienie omawianego wyroku na stronie internetowej podano do publicznej wiadomości następujący przekaz informacyjny: Sąd Najwyższy uznał, że „Izba Dyscyplinarna SN **nie jest sądem w rozumieniu prawa UE**, a obecna KRS **nie jest organem bezstronnym i niezawisłym**”⁴³. W uzupełnieniu wskazano ponadto główne motywy podjętego rozstrzygnięcia⁴⁴.

Na szczególną uwagę i wnikliwe omówienie zasługują dodatkowe merytoryczne argumenty wskazane przez skład orzekający SN, jakie miały wpływ na wydane rozstrzygnięcie. Poniżej przedstawiono stwierdzenia najważniejsze dla analizowanego problemu badawczego. Sąd Najwyższy w uzasadnieniu wyroku z 5 grudnia 2019 r. (sygn. III PO 7/18) przedstawił m.in. kolejne wyjaśnienia, które wymagają poważnego komentarza.

- „Gdy regulacja krajowej ustawy jest zgodna z krajową regulacją konstytucyjną, a jednocześnie jest sprzeczna z prawem unijnym, odmowa zastosowania przepisów krajowej ustawy nie może budzić żadnych kontrowersji ani zastrzeżeń ze strony prawa konstytucyjnego,

⁴³ Ibidem.

⁴⁴ Motywy te sprowadzają się do ośmiu najważniejszych tez:

1. wykładnia zawarta w wyroku TSUE z 19 listopada 2019 r. wiąże każdy sąd w Polsce, a także każdy organ władzy państwowej;

2. wyrok TSUE wyznacza jednoznaczny i precyzyjny standard oceny niezawisłości i bezstronności sądu, jaki obowiązuje we wszystkich krajach Unii Europejskiej, w tym w Polsce;

3. każdy sąd w Polsce, w tym Sąd Najwyższy, ma obowiązek z urzędu badać, czy standard przewidziany w wyroku TSUE jest zapewniony w rozpoznawanej sprawie;

4. wykonując ten obowiązek, Sąd Najwyższy stwierdził, że Krajowa Rada Sądowictwa w obecnym składzie nie jest organem bezstronnym i niezawisłym od władzy ustawodawczej i wykonawczej;

5. Sąd Najwyższy uznaje, że Izba Dyscyplinarna Sądu Najwyższego nie jest sądem w rozumieniu prawa Unii Europejskiej, a przez to nie jest sądem w rozumieniu prawa krajowego;

6. Polska, przystępując do Unii Europejskiej, zgodziła się na zasadę pierwszeństwa prawa unijnego nad prawem krajowym (co zostało przypomniane w pkt 157 wyroku TSUE);

7. prymat prawa Unii skutkuje tym, że każdy organ państwa członkowskiego ma obowiązek zapewnić pełną skuteczność norm prawa Unii (pkt 158 wyroku TSUE), aż do pomijania niezgodnych przepisów prawa krajowego (pkt 160).

8. dlatego Sąd Najwyższy z pominięciem Izby Dyscyplinarnej rozpoznał merytorycznie sprawę powoda.

gdyż nie prowadzi do wydania orzeczenia, które byłoby niezgodne z ustawą zasadniczą⁴⁵.

Warto w tym miejscu zauważyć, że tzw. zasada legalizmu wyrażona w art. 7 Konstytucji RP: „[o]rgany władzy publicznej działają na podstawie i w granicach prawa”, bezwarunkowo obowiązuje organy władzy do podejmowania działań na podstawie prawa oraz nakłada powinność przestrzegania prawa. Nie powinno budzić wątpliwości stwierdzenie, że obowiązek ten ma charakter fundamentalny dla istnienia państwa prawa, a także z punktu widzenia urzeczywistniania reguł praworządności. Co więcej, w myśl art. 9 Konstytucji „Rzeczpospolita Polska przestrzega wiążącego ją prawa międzynarodowego”, natomiast zgodnie z art. 8 ust. 1 to „Konstytucja jest najwyższym prawem Rzeczypospolitej Polskiej”, a nie wybrane przepisy prawa międzynarodowego. Przepis art. 8 jest wysoce czytelny, klarowny i jednoznaczny, co oznacza, że nie powinno się dokonywać nieuprawnionej nadinterpretacji, zważywszy dodatkowo na fakt, że „przepisy Konstytucji stosuje się bezpośrednio, chyba że Konstytucja stanowi inaczej” (art. 8 ust. 2). Dodatkowym argumentem prawnym jest przepis Konstytucji, który enumeratywnie wskazuje gradację źródeł prawa i rozstrzyga sporną kwestię, a mianowicie art. 87 ust. 1, w myśl którego „[ź]ródłami powszechnie obowiązującego prawa Rzeczypospolitej Polskiej są: Konstytucja, ustawy, ratyfikowane umowy międzynarodowe oraz rozporządzenia”. Z kolei art. 83 Konstytucji wprost określa, że „każdy ma obowiązek przestrzegania prawa Rzeczypospolitej Polskiej”. Z brzmienia cytowanego przepisu jasno wynika, że w ustawie zasadniczej nie przewidziano odstępstwa od tego nakazu, a mianowicie tego, że nie dotyczy on przedstawicieli władzy sądowniczej, Prezydenta RP bądź prominentnych reprezentantów władzy wykonawczej, ustawodawczej, o czym koniecznie należy pamiętać.

- „Litera prawa nie ma decydującego znaczenia dla oceny, czy organ taki jak nowa KRS działa w sposób wystarczająco niezależny od władzy wykonawczej i ustawodawczej. Liczy się praktyka i cały złożony kontekst otoczenia prawnego i faktycznego, w jakim dochodzi do wykonywania przez ten organ jego konstytucyjnych kompetencji”⁴⁶.

Dokonując bezstronnej i obiektywnej oceny stanowiska wyrażonego przez skład orzekający SN, trzeba zgodzić się z poglądem, że przesłanki

⁴⁵ Uzasadnienie wyroku SN z 5 XII 2019 r., sygn. III PO 7/18, s. 20.

⁴⁶ Ibidem, s. 24.

i kryteria brane pod uwagę podczas rozpatrywania kwestii niezależności organu wymagają przyjmowania szerszej perspektywy myślowej. Ta refleksja nie może jednakże stanowić samoistnej podstawy do kwestionowania decyzji podejmowanych przez dany organ, jeśli są one zgodne z obowiązującymi przepisami uchwalonego prawa w świetle wcześniej przywoływanych argumentów, odwołujących się wprost do cytowanych postanowień Konstytucji RP.

- „Fakt wręczenia przez Prezydenta RP nominacji na stanowisko sędziowskie w reakcji na wniosek nowej KRS o powołanie na stanowisko sędziowskie nie zwalnia każdego sądu z oceny, czy tak ukonstytuowany sąd jest sądem w rozumieniu prawa Unii, Konwencji oraz prawa krajowego (art. 45 Konstytucji RP). Przedmiotem oceny nie jest bowiem ważność (skuteczność) aktu nominacji Prezydenta RP, lecz percepcja sądu ukonstytuowanego przy udziale nowej KRS jako sądu niezależnego od władzy ustawodawczej i wykonawczej”⁴⁷.

Z takiego sformułowania SN jasno wynika, że wszystkie sądy w Polsce miałyby przyznane prawo do oceniania poprawności wyboru składu sędziowskiego wyznaczonego do rozpoznania danej sprawy – odwołując się do przepisu art. 45 Konstytucji RP – jeśli zasiada w nim osoba, która otrzymała nominację na stanowisko sędziego na wniosek nowej KRS. Gdyby ten tok rozumowania i sposób interpretacji prawa zaprezentowany przez SN przyjąć za słuszny oraz prawidłowy, wówczas oznaczałoby to również możliwość podważania wyroków, orzeczeń, w których brali udział sędziowie wskazani do objęcia swoich funkcji przez KRS działającą na podstawie znowelizowanej ustawy. A zatem ważność nominacji sędziowskich dokonywanych przez Prezydenta RP wyłącznie w teorii nie byłaby kwestionowana, natomiast w praktyce fakt skutecznego i legalnego powołania na stanowisko sędziowskie przez Prezydenta RP nie stanowiłby jakiegokolwiek przeszkody od strony formalnoprawnej, aby można było **podważyć uprawnienia orzecznicze** danego sędziego. W konsekwencji taka sytuacja mogłaby doprowadzić do poważnej destabilizacji wymiaru sprawiedliwości i zasad praworządności, a przede wszystkim stanowić realne zagrożenie dla bezpieczeństwa prawnego obywateli. Zdecydowanie inny punkt widzenia zawarto w uzasadnieniu SN.

⁴⁷ Ibidem.

- „Tylko po uprzednim zapewnieniu sądowej kontroli działania takiego organu jak KRS, można mówić o tym, że dana osoba została prawidłowo (to jest zgodnie z prawem) przedstawiona Prezydentowi RP z wnioskiem o powołanie i została legalnie nominowana przez głowę państwa do pełnienia służby”⁴⁸.

Dodatkowa argumentacja prawna przywoływana przez SN zawiera niezwykle wymowną konstatację, że „w zakresie dotyczącym składu KRS i **zasad** jego wyłaniania postanowienia Konstytucji RP nie uległy żadnym zmianom. Oznacza to, że w trybie ustawy uprawnione było jedynie skorygowanie metody wyboru członków Rady (**sędziów**) **przez sędziów**, a nie wprowadzenie trybu wyboru sędziów-członków KRS przez władzę ustawodawczą”⁴⁹. Prawdą jest niedający się zaprzeczyć fakt, że postanowienia Konstytucji w przedmiotowym zakresie pozostają niezmienione, natomiast sugerowanie, jakoby w ustawie zasadniczej był przepis określający zasady wyłaniania składu organu, który nakazuje dokonywanie wyboru członków KRS (sędziów) przez sędziów, stanowi świadomie czynione **nadużycie interpretacyjne**. Biorąc pod uwagę stan faktyczny, godzi się w tym miejscu przypomnieć i zacytować treść art. 187 ust. 4 ustawy zasadniczej: „Ustrój, zakres działania i tryb pracy Krajowej Rady Sądownictwa oraz **sposób wyboru jej członków określa ustawa**”. Można powiedzieć, że nastąpiła nowelizacja ustawy o KRS, w której zgodnie z art. 187 ust. 4 Konstytucji dokonano modyfikacji w zakresie dotychczasowej procedury wyłaniania piętnastu sędziów KRS. Nie daje się zanegować tego, że w rezultacie wprowadzonych zmian elitarna, zorganizowana oraz współdziałająca ze sobą grupa sędziów (tj. osoby wchodzące w skład poprzedniej KRS, a także pełniące uprzednio funkcje prezesów i wiceprezesów sądów, osoby zasiadające we władzach sędziowskich stowarzyszeń) utraciła znaczną część posiadanych wpływów, dających możliwość oddziaływania i przejmowania kontroli nad procesem doboru kadr w polskim sądownictwie (powoływania nowych sędziów, awansowania). Zdaniem SN wybrani nowi członkowie KRS są beneficjentami wprowadzonej reformy wymiaru sprawiedliwości, a także zajmują stanowiska kierownicze w sądach, w których uprzednio odwołano prezesów i wiceprezesów⁵⁰. Są to słuszne spostrzeżenia, gdyż nie można temu zaprzeczyć.

⁴⁸ Ibidem, s. 24–25.

⁴⁹ Ibidem, s. 33.

⁵⁰ Ibidem, s. 37.

Interesujące poznawczo i wysoce znamienne jest stanowisko SN na temat procesu wyłonienia członków obecnej KRS, a w szczególności list poparcia dla kandydatów.

- „Do tej pory nie zweryfikowano, czy członkowie zostali zgłoszeni zgodnie z prawem ani kto udzielił im poparcia. Stosowne dokumenty nie zostały do tej pory ujawnione mimo wydanego w tej sprawie wyroku przez Naczelny Sąd Administracyjny w dniu 28 czerwca 2019 r.⁵¹ Jak wiadomo, **wykonaniu orzeczenia stoi na przeszkodzie decyzja** Prezesa Urzędu Ochrony Danych Osobowych (UODO) z dnia 29 lipca 2019 r., której wydanie zostało zainicjowane przez jednego z członków nowej KRS”⁵².

Zaprezentowane stanowisko SN wyraźnie wskazuje, że ujawnienie list poparcia uniemożliwia decyzja Prezesa UODO, co musi skłaniać do refleksji i zastanowienia, taka bowiem interpretacja *de facto* uzasadnia fakt ignorowania przez Kancelarię Sejmu RP prawomocnego wyroku NSA⁵³. Jest to o tyle zdumiewające, że organy władzy publicznej mają

⁵¹ OSK 4282/18, LEX nr 2694019.

⁵² Uzasadnienie wyroku SN z 5 XII 2019 r., sygn. III PO 7/18, s. 35.

⁵³ Prawne zablokowanie ujawnienia list poparcia kandydatów do nowej KRS jest tak ważnym i newralgicznym problemem, że ponownie grupa posłów z partii rządzącej w nowej kadencji Sejmu 2 grudnia 2019 r. wystąpiła z wnioskiem do Trybunału Konstytucyjnego o zbadanie zgodności:

– art. 11c Ustawy z dnia 12 maja 2011 r. o Krajowej Radzie Sądownictwa (tekst jedn. Dz.U. 2019, poz. 84 ze zm.) rozumianego w ten sposób, że przepis ten nie zakazuje udzielenia informacji publicznej w postaci wykazu sędziów, popierających zgłoszenie kandydata na członka KRS wybranego spośród sędziów z art. 2 Konstytucji RP, tj. zasadą ochrony zaufania obywateli do państwa i stanowionego przez nie prawa, art. 47 Konstytucji RP, tj. gwarantowaną w Konstytucji RP zasadą ochrony prawa do prywatności, art. 51 Konstytucji RP, gwarantującym w Konstytucji RP tzw. ochronę autonomii informacyjnej jednostki;

– art. 5 ust. 2 Ustawy z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej (tekst jedn. Dz.U. 2019, poz. 1429), rozumianego w ten sposób, że wyrażenie przez sędziego poparcia dla kandydata do KRS ma związek z wykonywaniem przez sędziego wyrażającego takie poparcie funkcji publicznych, a zatem dostęp do takiej informacji nie podlega ograniczeniu ze względu na ochronę prywatności tego sędziego, z art. 47 Konstytucji RP, tj. zagwarantowaną w Konstytucji RP zasadą ochrony prawa do prywatności i art. 51 Konstytucji RP gwarantującym w Konstytucji RP tzw. ochronę autonomii informacyjnej jednostki.

Szerzej zob. *Art. 11c ustawy o Krajowej Radzie Sądownictwa i art. 5 ust. 2 ustawy o dostępie do informacji publicznej* (sygn. K 21/19), <http://trybunal.gov.pl/sprawy-w-trybunale/art/art-11c-ustawy-o-krajowej-radzie-sadownictwa-i-art-5-ust-2-ustawy-o-dostepie-do-informacji-publicznej> (dostęp: 20 XII 2019).

bezdyskusyjny obowiązek respektowania i stosowania się do prawomocnych rozstrzygnięć władzy sądowniczej. Na uwagę zasługuje ponadto informacja na temat działań podejmowanych przez sędziego będącego członkiem nowej KRS, które miały związek przyczynowo-skutkowy z wydaną decyzją administracyjną, mającą na celu utajnienie przed opinią publiczną nazwisk sędziów popierających kandydatów do nowej KRS⁵⁴.

Skład orzekający SN dodatkowo wyjaśnia, iż „faktem powszechnie znanym jest uzyskiwanie przez opinię publiczną informacji, że sędziów do Rady rekomendowali prezesi sądów rejonowych powołani przez Ministra Sprawiedliwości, zgłaszali też sędziowie zaleźni (podlegli) kandydatowi zajmującemu stanowisko kierownicze w sądzie wyższej instancji, sędziów do Rady zgłaszał pełnomocnik Instytutu Wymiaru Sprawiedliwości przy Ministerstwie Sprawiedliwości, w końcu kandydatów zgłaszały osoby bliskie, sam kandydat zgłaszał innego kandydata, a niektórzy z wybranych członków przyszłej Rady pracowali w Ministerstwie Sprawiedliwości”⁵⁵.

Co ważne, sąd nie uzasadnia swojego wyводу na bazie wyników przeprowadzonej analizy materiału dowodowego zgromadzonego i ujawnionego w toku prowadzonego postępowania, lecz odwołuje się do publicznie dostępnych informacji medialnych, m.in. do enuncjacji podawanych przez krytykujący obecną władzę portal OKO.press⁵⁶. Na dwa dni przed wydanym w Izbie Pracy i Ubezpieczeń Społecznych SN wyrokiem, 3 grudnia 2019 r. portal ten opublikował materiał analizujący powiązania sędziów nowej KRS (określanej mianem *neo-KRS*)

⁵⁴ Opisująca sytuacja w ostatnim czasie uległa zmianie, gdyż 14 lutego 2020 r. Kancelaria Sejmu w związku z wyrokiem Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z 24 stycznia 2020 r. (sygn. II SA/Wa 1927/19) udostępniła listy poparcia dla kandydatów do KRS. Szerzej zob. *Udostępnienie informacji publicznej dot. wykazów sędziów, którzy udzielili poparcia kandydatom do KRS*, <https://www.sejm.gov.pl/Sejm9.nsf/komunikat.xsp?documentId=F5DF16AFBB3E9E5BC125850E004E5196> (dostęp: 26 III 2020).

Wykazy sędziów, którzy udzielili poparcia kandydatom, są publicznie dostępne: <http://www.sejm.gov.pl/sejm9.nsf/page.xsp/krs> (dostęp: 26 III 2020). Warto również wspomnieć, że Prezes UODO zaskarżył do NSA wyroki uchylające wstrzymanie ujawnienia list do KRS, <https://forsal.pl/amp/1463895,prezes-uodo-zaskarzynyl-do-nsa-wyroki-uchylajace-wstrzymanie-ujawnienia-list-do-krs.html> (dostęp: 26 III 2020).

⁵⁵ Uzasadnienie wyroku SN z 5 XII 2019 r., sygn. III PO 7/18, s. 36.

⁵⁶ M. Jałoszewski, *Kilku sędziów ujawniło, że ich podpisy są na utajnionych przez PiS listach poparcia członków neo-KRS*, 3 VIII 2019, <https://oko.press/kilku-sedziow-ujawnilo-ze-ich-podpisy-sa-na-utajnionych-przez-pis-listach-poparcia-czlonkow-neo-krs/> (dostęp: 20 XII 2019).

z ministrem sprawiedliwości⁵⁷. Koincydencja tych zdarzeń wydaje się nieprzypadkowa, podobnie jak dobór ekspertów promowanych na stronach tego portalu i zaprzyjaźnionych, współdziałających organizacji. To bardzo dobrze, że komuś zależy na edukowaniu społeczeństwa w zakresie określonych powiązań, gdyż – jak słusznie podkreśla R. Wielki – dostęp do informacji publicznej odgrywa istotną rolę w procesie przeciwdziałania korupcji⁵⁸. Dla prowadzonych rozważań istotne znaczenie ma również to, że **przed 2015 r.** prywatne i publiczne media nie były zainteresowane rozszyfrowywaniem sieci wpływów, powiązań i zależności występujących w środowisku sędziowskim, a także charakteru relacji łączących wybranych przedstawicieli władzy sądowniczej z innymi władzami, korporacjami, organizacjami pozarządowymi, partiami politycznymi itd.

Opinia Ministerstwa Sprawiedliwości na temat interpretacji wyroku TSUE z 19 listopada 2019 r. jest odmienna od prezentowanego stanowiska SN. W ocenie ministra wydane przez TSUE orzeczenie, będące odpowiedzią na pytania prejudycjalne zadane przez Izbę Pracy SN, prowadzi do konkluzji, że „polski Sąd Najwyższy ma badać niezależność nowej Izby Dyscyplinarnej, by ustalić, czy może ona rozpoznawać spory dotyczące przejścia sędziów Sądu Najwyższego w stan spoczynku. Zdaniem TSUE, gdyby Sąd Najwyższy uznał, że Izbie Dyscyplinarnej brak niezależności i bezstronności, mógłby – zgodnie z wyrokiem Trybunału – przestać stosować przepisy, na mocy których to właśnie do Izby Dyscyplinarnej należy rozpoznawanie **sporów** dotyczących **przejścia w stan spoczynku** sędziów Sądu Najwyższego”⁵⁹. Ponadto minister

⁵⁷ P. Wachowiec, *Powiązania z Ministrem Ziobrą ma 12 z 15 członków neo-KRS. Ujawniamy*, 3 XII 2019, <https://oko.press/powiazania-z-ministrem-ziobra-ma-12-z-15-czlonkow-neo-krs-ujawniamy/> (dostęp: 20 XII 2019).

Na portalu OKO.press dominuje jednostronny przekaz komunikacyjny i wypowiada się stałe grono jedynie słusznych autorytetów, którym umożliwia się dzielenie wiedzą z opinią publiczną, a także kształtowanie świadomości polskiego społeczeństwa w kierunku myślenia zgodnie z jasną i czytelną domeną przekazu, który wykorzystywany jest do walki politycznej. Szerzej zob. <https://oko.press/tag-rzeczowy/sadownictwo/> (dostęp: 20 XII 2019).

⁵⁸ R. Wielki, *Dostęp do informacji publicznej jako prawne narzędzie zwalczania korupcji. (Glosa do wyroku Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 3 stycznia 2012 r., sygn. akt: I OSK 2157/11)*, „Opolskie Studia Administracyjno-Prawne” 2017, nr 3, s. 115–123.

⁵⁹ Z. Ziobro o wyroku TSUE: „To wielka porażka nadzwyczajnej kasty. Trybunał orzekł to, czego się spodziewałem”, 19 XI 2019, <https://tvn24.pl/polska/zbigniew-ziobro-o-wyroku-tsue-trybunal-orzekl-to-czego-sie-spodziewalem-ra986582-2300503> (dostęp: 20 XII 2019).

sprawiedliwości dodał, że „zgodnie z polską konstytucją, organem, do którego należy ostatnie słowo w sprawie ustrojowej organizacji sądownictwa w Polsce, jest Trybunał Konstytucyjny”⁶⁰.

Odnosząc się do meritum, tj. do głównej **sentencji** dokonanego **rozstrzygnięcia** w wydanym przez SN wyroku z 5 grudnia 2019 r. (co zostało wcześniej szczegółowo opisane), trzeba potwierdzić **słuszność tezy**, że sporna kwestia dotyczyła przeniesienia konkretnego sędziego NSA w stan spoczynku. A zatem skład orzekający Izby Pracy w istocie rozpoznawał konkretną, **problemową sprawę** z uwzględnieniem wyroku TSUE. Ta jednoznaczna ocena stanu faktycznego oraz konkluzji podjętej decyzji nie daje się zanegować ani podważyć. Zasadniczy problem polega jednak na tym, że zawarte w uzasadnieniu tezy i argumenty, jakie legły u podstaw wydanego wyroku w indywidualnej (jednostkowej) sprawie, zostały następnie przez sąd wykorzystane do poinformowania opinii publicznej o prawnej interpretacji, która bezpośrednio nawiązuje do innych spornych zagadnień. Stwierdzenia SN wprost odwołują się do szerzej nakreślonych i zdefiniowanych problemów, a mianowicie są m.in. odpowiedzią na pytania: czy Izba Dyscyplinarna SN jest sądem w rozumieniu prawa unijnego i krajowego, co rzutuje na prawomocność wyroków, czy nowa KRS jest organem bezstronnym i niezawisłym, co bezpośrednio wiąże się z kwestią postrzegania i oceny decyzji, jakie podejmowane są przez ten kolegialny organ.

W świetle powyższych przesłanek Ministerstwo Sprawiedliwości uważa, że wyrok TSUE z 19 listopada 2019 r. nie upoważnia polskich sądów i nie daje im podstawy prawnej do tego, aby powołując się na decyzję TSUE, można było podważać legalność wyboru członków KRS i działań podejmowanych przez ten organ, a w szczególności kwestionować status sędziów wskazanych przez nową KRS oraz prawomocność wydawanych przez nich orzeczeń. W werdykcie TSUE w żadnym zdaniu nie stwierdzono, że nowa KRS została wadliwie wybrana i jako organ działa w nienależytym składzie osobowym, a podejmowane kolegialnie decyzje nie mają podstaw prawnych i w związku z tym mogą być unieważnione, Izba Dyscyplinarna SN działa niegodnie z obowiązującym prawem, a nominacje sędziów wchodzących w jej skład są z mocy prawa nieważne, podobnie jak podjęte przez nich decyzje.

Organ, jakim jest KRS, wypowiedział się na temat wyroku TSUE z 19 listopada 2019 r. w swoim stanowisku z 13 grudnia 2019 r.,

⁶⁰ Ibidem.

nawiązując jednocześnie do interpretacji dokonanej przez SN w wyroku z 5 grudnia 2019 r. Na wstępie zaznaczono, że „udział Krajowej Rady Sądownictwa jako organu opiniodawczego nie może rodzić wątpliwości co do bezstronności sędziego powoływanego na stanowisko przez Prezydenta RP, na co zwrócił również uwagę Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej w wyroku z dnia 19 listopada 2019 r. (teza 133)”⁶¹. Odwołano się zatem wyłącznie do jednej ze 172 tez, na dodatek prezentując jej treść w **zmienionej formie**, niż wynika to z oryginalnego zapisu przywołanego fragmentu wyroku TSUE. Przedstawiając dowód uzasadniający wyrażoną refleksję o zniekształceniu, niezbędne jest **zacytowanie tezy 133**: „w tym względzie i w odniesieniu do samych okoliczności, w jakich doszło do powołania członków Izby Dyscyplinarnej, należy na wstępie sprecyzować, że sam fakt, iż są oni powoływani przez Prezydenta RP, nie może powodować zależności owych członków od tego organu ani budzić wątpliwości co do ich bezstronności, jeżeli po powołaniu osoby te nie podlegają żadnej presji i nie otrzymują zaleceń podczas wykonywania swoich obowiązków”⁶².

Co ważne, KRS, wyrażając stanowisko w kwestii skutków wyroku SN z 5 grudnia 2019 r., prezentuje następującą argumentację: „zgodnie z art. 87 i 88 ustawy z dnia 8 grudnia 2017 r. o Sądzie Najwyższym (t.j. Dz.U. z 2019 r., poz. 825) rozumianymi *a contrario*, wyrok ten – jako nie posiadający mocy zasady prawnej – **nie wiąże** nawet innych składów Sądu Najwyższego, tym bardziej nie może więc wiązać innych sądów i organów Państwa”⁶³. Podano podstawę prawną dla wyrażonej tezy, która jest poprawna merytorycznie i logicznie uzasadniona.

W rezultacie **taka opinia KRS** może być wykorzystana na kilka sposobów. Po pierwsze, umożliwia składowi orzekającemu innej Izby SN dokonanie biegunowo odmiennej interpretacji wyroku TSUE⁶⁴, a także

⁶¹ Szerzej zob. Stanowisko Krajowej Rady Sądownictwa z dnia 13 grudnia 2019 roku, <http://www.krs.pl/pl/aktualnosci/d,2019,12/6115,stanowisko-krajowej-rady-sadownictwa-z-dnia-13-grudnia-2019-r> (dostęp: 20 XII 2019).

⁶² Szerzej zob. wyrok TSUE w sprawie Izby Dyscyplinarnej i *neoKRS* (wyrok z uzasadnieniem), 19 XI 2019 r., <https://www.iustitia.pl/3412-wyrok-tsue-w-sprawie-izby-dyscyplinarnej-i-neokrs-wyrok-z-uzasadnieniem> (dostęp: 20 XII 2019).

⁶³ Stanowisko Krajowej Rady Sądownictwa z dnia 13 grudnia 2019 roku.

⁶⁴ W dniu 8 I 2020 r. **siedmioosobowy skład Izby Kontroli Nadzyczajnej i Spraw Publicznych** Sądu Najwyższego podjął uchwałę dotyczącą zasad wykonania i konsekwencji prawnych wyroku TSUE z 19 XI 2019 r., której nadano **moc zasady prawnej**. Syntetycznie rzecz ujmując, uznano, że w uzasadnionym przypadku można unieważnić uchwałę KRS, natomiast **prezydenckie nominacje dla sędziów są nie do podważenia**. Sędziowie składu orzekającego Izby Kontroli Nadzyczajnej i Spraw Publicznych podkreślili, że

daje podstawę do wystąpienia z wnioskiem o usunięcie rozbieżności, jakie występują w orzecznictwie SN⁶⁵. Po drugie, może stanowić argument dla działań innych organów Państwa, które nie zgadzają się z omawianym wyrokiem SN. Bardzo wyraźne zalecenia i oczekiwania znajdują swoje odzwierciedlenie w następującym zdaniu: „KRS jednoznacznie stwierdza, że wszelkie działania podważające legalność powołania sędziów powinny spotkać się ze stanowczą reakcją uprawnionych do tego organów”⁶⁶. Bardzo zręcznym i przemyślanym posunięciem jest zatem podjęcie próby zanegowania nie tyle samej legalności powołania sędziów przez prezydenta RP, lecz **zakwestionowania roli nowej KRS** w procedurze nominacyjnej ze względu na wywieranie negatywnego wpływu na zdolność sądu do niezależnego i bezstronnego realizowania zadań w zakresie wymierzania sprawiedliwości⁶⁷. Logiczne

„Krajowa Rada Sądownictwa jest z mocy Konstytucji RP strukturalnie powiązana ze wszystkimi trzema władzami, jednak nie może to prowadzić do powstawania zależności, które oznaczałyby instrumentalizację KRS celem realizacji partykularnych interesów ze szkodą dla dobra wspólnego”. To, czy taka zależność zaistniała, może być przez SN badane „wyłącznie w konkretnym przypadku, przy ocenie legalności uchwał KRS”.

Szerzej zob. Uchwała składu 7 sędziów Sądu Najwyższego z 8 I 2020 r., sygn. I NOZP 3/19, http://www.sn.pl/sprawy/SitePages/Zagadnienia_prawne.aspx?ItemSID=1318-301f4741-66aa-4980-b9fa-873e90506a11&ListName=Zagadnienia_prawne (dostęp: 15 I 2020).

⁶⁵ W dniu 15 I 2020 r. Pierwsza Prezes Sądu Najwyższego, działając na podstawie art. 83 § 1 Ustawy z dnia 8 grudnia 2017 r. o Sądzie Najwyższym (tekst jedn. Dz.U. 2019, poz. 825 ze zm.), wystąpiła z wnioskiem o usunięcie rozbieżności w wykładni prawa występującej w orzecznictwie Sądu Najwyższego przez skład połączonych Izb Sądu Najwyższego – **Izby Cywilnej, Izby Karnej oraz Izby Pracy i Ubezpieczeń Społecznych**.

Szerzej zob. Oświadczenie Pierwszego Prezesa SN z 15 I 2020 r., <http://www.sn.pl/aktualnosci/SitePages/Wydarzenia.aspx?ItemSID=591-0dc69815-3ade-42fabbb8-549c3c6969c5&ListName=Wydarzenia> (dostęp: 15 I 2020).

⁶⁶ KRS w swoim stanowisku nie precyzuje i nie wyjaśnia, jakie uprawnione organy mają podejmować stosowne działania (postępowania dyscyplinarne bądź postępowania karne), podaje natomiast argumentację prawną przemawiającą na rzecz braku podstaw do kwestionowania statusu sędziów. „Zgodnie z art. 179 Konstytucji RP, powołanie na urząd sędzię należy do wyłącznej kompetencji Prezydenta Rzeczypospolitej, która **nie podlega kontroli** i jest wolna od wpływu ze strony wszystkich innych organów państwa jak też nie podlega jakiegokolwiek merytorycznej ocenie. W związku z tym, tryb powoływania sędziów, jaki istnieje w polskim systemie prawnym, nie może prowadzić do podważania ich legalnej pozycji w wymiarze sprawiedliwości. Tak też stwierdził Trybunał Konstytucyjny w wyroku z dnia 5 VI 2012 r. sygn. K 18/09” (Stanowisko Krajowej Rady Sądownictwa z dnia 13 grudnia 2019 roku).

⁶⁷ Pytanie prawne sformułowane przez Małgorzatę Gersdorf, Pierwszego Prezesa SN: „Czy udział w składzie sądu powszechnego, sądu wojskowego lub Sądu Najwyższego

rozumowanie, wiedza i doświadczenie życiowe nakazują przypuszczać, że gdyby przewidywalne rozstrzygnięcie składu sędziowskiego trzech Izb SN okazało się trudne do zaakceptowania dla przedstawicieli władzy wykonawczej bądź grona sędziów, to prawdopodobne jest, że zostanie skierowany wniosek o wykładnię interpretacyjną do Trybunału Konstytucyjnego.

W dalszej części komunikatu podano informację, że „niedopuszczalne jest stanowisko Sądu Najwyższego wyrażone w wyroku z dnia 5 grudnia 2019 r. co do tego, że Izba Dyscyplinarna Sądu Najwyższego, której sędziowie zostali pozytywnie zaopiniowani przez Krajową Radę Sądownictwa, nie jest sądem w rozumieniu prawa Unii Europejskiej oraz prawa krajowego”⁶⁸. Wyjaśniono przy tym, dlaczego takie stwierdzenie jest niezasadne, tj. ze względu na jakie merytoryczne argumenty i przesłanki. Odnosząc się do tez zawartych w wyroku SN z 5 grudnia 2019 r. (sygn. III PO 7/18), KRS wyraża opinię wskazującą na **niedopuszczalność konkluzji**, że „sędzia powołany przez inny organ niż Krajowa Rada Sądownictwa, w kształcie, w jakim istniała przed **6 marca 2018 r.**, np. Radę Państwa Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej, nie jest legalnie powołanym sędzią i nie może sprawować swojego urzędu, bądź też powinien być pozbawiony stanu spoczynku”⁶⁹.

Mimo takiego osądu KRS okazało się jednak, że 18 grudnia 2019 r. inny skład orzekający SN wystąpił z kolejnymi pytaniami prejudycjalnymi do TSUE, tym razem dotyczącymi ustalenia m.in. na podstawie

osoby powołanej do pełnienia urzędu na stanowisku sędziowskim przez Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej na wniosek Krajowej Rady Sądownictwa, ukształtowanej w trybie określonym przepisami **ustawy z dnia 8 grudnia 2017 r.** o zmianie ustawy o Krajowej Radzie Sądownictwa oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2018 r., poz. 3 ze zm.), **prowadzi do naruszenia art. 45 ust. 1 Konstytucji** Rzeczypospolitej Polskiej, art. 6 ust. 1 Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności (Dz.U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284 ze zm.) lub art. 47 Karty Praw Podstawowych Unii Europejskiej i art. 19 ust. 1 Traktatu o Unii Europejskiej, **wskutek czego**, zależnie od rodzaju rozpoznawanej sprawy:

a) w postępowaniu karnym – osoba taka jest **nieuprawniona do orzekania** (art. 439 § 1 pkt 1 k.p.k.) albo zachodzi przypadek **nienależytej obsady sądu** (art. 439 § 1 pkt 2 k.p.k.);

b) w postępowaniu cywilnym – skład sądu z udziałem tak powołanej osoby **jest sprzeczny** z przepisami prawa (art. 379 pkt 4 k.p.c.)?.

Szerzej zob. wniosek Pierwszego Prezesa Sądu Najwyższego do składu połączonych Izb Cywilnej, Karnej oraz Pracy i Ubezpieczeń Społecznych, BSA I-4110-1/20, Warszawa, 15 I 2020.

⁶⁸ Stanowisko Krajowej Rady Sądownictwa z dnia 13 grudnia 2019 roku.

⁶⁹ Ibidem.

przepisów Traktatu o Unii Europejskiej w związku z Kartą Praw Podstawowych Unii Europejskiej, czy w rozumieniu prawa UE jest sądem niezawisłym, bezstronnym i posiadającym odpowiednie kwalifikacje taki organ, w którym zasiada osoba powołana po raz pierwszy lub kolejny (do sądu wyższej instancji) do pełnienia urzędu na stanowisku sędziego przez **polityczny organ** władzy wykonawczej państwa o totalitarnym, niedemokratycznym, komunistycznym systemie władzy (**Radę Państwa PRL**)⁷⁰. Warto odnotować, że autorem tych interesujących pytań jest sędzia Izby Cywilnej SN⁷¹ Kamil Zaradkiewicz, rekomendowany na stanowisko sędziowskie przez nową KRS⁷². Wcześniej pracował m.in. jako dyrektor Zespołu Orzecznictwa i Studiów w biurze Trybunału Konstytucyjnego⁷³, następnie został powołany na kierownicze stanowisko w Ministerstwie Sprawiedliwości⁷⁴, a potem trafił do rady nadzorczej spółki z udziałem Skarbu Państwa⁷⁵.

Podsumowując dotychczasowe rozważania, trzeba powiedzieć, że występujące odmienne stanowiska, oceny i różnice zdań na temat interpretacji wyroku TSUE są uwarunkowane wieloma czynnikami. Jest ważne, aby zrozumieć, że ich właściwa percepcja wymaga myślenia analitycznego, które ukierunkowane jest na identyfikację sieci powiązań

⁷⁰ Szerzej zob. Sąd Najwyższy wystąpił do TSUE z pytaniami prejudycjalnymi, 18 XII 2019, http://www.sn.pl/aktualnosci/SitePages/Komunikaty_o_sprawach.aspx?ItemSID=338-b6b3e804-2752-4c7d-bcb4-7586782a1315&ListName=Komunikaty_o_sprawach (dostęp: 15 I 2020).

⁷¹ Sędzia Izby Cywilnej udostępnił opinii publicznej na Facebooku listę sędziów SN nominowanych przez Radę Państwa PRL, powołując się przy tym na orzeczenie TSUE z 19 XI 2019 r., <https://prawo.gazetaprawna.pl/artykuly/1446547,sn-zaradkiewicz-lista-sedziow-nominowana-przez-rade-panstwa-prl-tsue.html>, 31 XII 2019 r. (dostęp: 15 I 2020).

⁷² M. Jałoszyński, *Ziobro wygrał z Pawłowicz. Zaradkiewicz będzie w SN, bo zmienił zdanie o definicji małżeństwa*, 28 VIII 2018, <https://oko.press/ziobro-wygral-z-pawlowicz-zaradkiewicz-bedzie-w-sn-bo-zmienil-zdanie-o-definicji-malzenstwa/> (dostęp: 15 I 2020).

⁷³ Punktem zwrotnym w karierze sędziego Zaradkiewicza stała się publiczna wypowiedź dla TVP Info, że orzeczenia TK nie zawsze są wiążące, w związku z którą ówczesny Prezes TK Andrzej Rzepliński podjął decyzję o wypowiedzeniu mu dotychczasowej umowy o pracę z przeniesieniem na niższe stanowisko, <https://www.tvp.info/26235962/zaradkiewicz-do-upadku-autorytetu-tk-przyczynil-sie-prezes-rzeplinski> (dostęp: 15 I 2020).

⁷⁴ *Dr Kamil Zaradkiewicz dyrektorem w Ministerstwie Sprawiedliwości*, <https://www.rp.pl/Prawnicy/304109958-Dr-Kamil-Zaradkiewicz-dyrektorem-w-Ministerstwie-Sprawiedliwosci.html> (dostęp: 15 I 2020).

⁷⁵ *Mówił, że orzeczenia TK nie muszą być wiążące. Teraz trafił do spółki z udziałami Skarbu Państwa?*, <http://wiadomosci.gazeta.pl/wiadomosci/7,114883,20355235,prawnik-trybunalu-konstytucyjnego-w-radzie-nadzorczej-naftoportu.html> (dostęp: 15 I 2020).

oraz wykreowanych zależności, w kontekście dbania o partykularne interesy, wymierne korzyści, utrzymanie władzy i wpływów jako nadrzędny cel podejmowanych działań i decyzji.

10 grudnia 2019 r. Pierwsza Prezes SN wydała oświadczenie (chętnie propagowane przez media), które zawiera argumenty i sformułowania mające na celu wywarcie wpływu na działalność Izby Dyscyplinarnej:

W ślad za wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 5 listopada 2019 r., III PO 7/18, oraz wyrokiem Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 19 listopada 2019 r. w połączonych sprawach C-585/18, C-624/18 i C-625/18, **wzywam sędziów** Izby Dyscyplinarnej do **powstrzymania się** od wszelkich czynności orzeczniczych w prowadzonych sprawach. [...] kontynuowanie działalności przez Izbę Dyscyplinarną stanowi poważne zagrożenie dla stabilności porządku prawnego w Polsce⁷⁶.

W kolejnym oświadczeniu Pierwszego Prezesa z dnia 17 grudnia 2019 r. zawarto następujące stwierdzenia:

Na sądy nie da się nałożyć **kagańca** w postaci **wyroków Trybunału Konstytucyjnego**, które ograniczą instytucję pytań prejudycjalnych, bo jego rozstrzygnięcia nigdy nie mogą sądom państw członkowskich zamykać drogi do Trybunału Sprawiedliwości. Takie rozwiązanie prowadzić będzie wprost do wystąpienia przez Polskę z Unii Europejskiej. Nie będzie więc zgody na to, aby wykładnia Konstytucji, ustaw i traktatów, jaką sędziom wolno stosować, wykuwała się w zaciszu partyjnych gabinetów. Tego nie zmieni ani taka, ani inna ustawa⁷⁷.

Po tym jak siedmioosobowy skład Izby Kontroli Nadzwyczajnej i Spraw Publicznych SN 8 stycznia 2020 r. podjął uchwałę, że wyrok TSUE z 19 listopada 2019 r. powinien być wykonany w pełni z poszanowaniem **zasad Konstytucji RP**⁷⁸, zostało opublikowane kolejne

⁷⁶ Oświadczenie Pierwszego Prezesa Sądu Najwyższego, PPI-0131-2757/19, Warszawa, 10 XII 2019 r., <https://tvn24.pl/wiadomosci-z-kraju,3/malgorzata-gersdorf-wzywa-sedziow-izby-dyscyplinarnej-sn-do-powstrzymania-sie-od-orzekania,992095.html> (dostęp: 20 I 2020).

⁷⁷ Oświadczenie Pierwszego Prezesa Sądu Najwyższego, PPI-0131-2867/19, Warszawa, dnia 17 grudnia 2019 r.

⁷⁸ W tej uchwale SN potwierdził **konstytucyjny zakaz** badania skuteczności aktu ustrojowego powołania sędziego przez Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej oraz wynikającego z niego stosunku ustrojowego.

Szerzej zob. Uchwała SN z dnia 8 stycznia 2020 r., podjęta w składzie siedmiu sędziów Izby Kontroli Nadzwyczajnej i Spraw Publicznych (dot. zagadnienia prawnego w sprawie o sygn. I NOZP 3/19), http://www.sn.pl/aktualnosci/SitePages/Komunikaty_o_sprawach.aspx?ItemSID=340-b6b3e804-2752-4c7d-bcb4-7586782a1315&ListName=Komunikaty_o_sprawach (dostęp: 20 I 2020).

oświadczenie Pierwszego Prezesa SN z 15 stycznia, w którym poinformowano o wystąpieniu z wnioskiem o usunięcie rozbieżności występującej w orzecznictwie Sądu Najwyższego przez połączony skład trzech Izb⁷⁹. Dla prawidłowej percepcji uwarunkowań oraz intencji, jakie przyświecają działaniom sędziów SN, nie można pominąć tego, co się wydarzyło w następstwie inicjatywy mającej doprowadzić do jednoznacznego osądu sprawy.

20 stycznia 2020 r. na stronie internetowej SN ukazał się komunikat informujący opinię publiczną (zainteresowanych czytelników), że Prezes kierujący Izbą Dyscyplinarną zwrócił się do Pierwszego Prezesa SN z wnioskiem o wyznaczenie do tego rozstrzygnięcia składu SN uwzględniającego Izbę Dyscyplinarną oraz Izbę Kontroli Nadzwyczajnej⁸⁰. W argumentacji wskazano m.in. na zastrzeżenia w kwestii uznaniowego doboru składu orzekającego i brak bezstronności wyznaczonych sędziów, a prosząc o priorytetowe potraktowanie sprawy, odwołano się do „niepokoju i troski o prawidłowe funkcjonowanie wymiaru sprawiedliwości w Polsce”⁸¹. Nie można nie zauważyć tego, że wystąpienie Prezesa Izby Dyscyplinarnej ma ścisły związek z wydanym **17 stycznia** 2020 r. postanowieniem SN (sygn. BSA I-4110-1/20), w którym stwierdzono, że:

na mocy art. 40 § 1 pkt 1 k.p.k. siedmioro sędziów Izby Cywilnej z mocy prawa jest wyłączonych od udziału w rozpoznaniu wniosku Pierwszego Prezesa SN z 15 stycznia 2020 r. sygn. BSA I-4110-1/20, bowiem „rozstrzygnięcie tego wniosku dotyczy tych sędziów bezpośrednio, co stanowi ustawową przesłankę wyłączenia zgodnie z zasadą *nemo iudex in causa sua*”⁸².

Tego samego dnia, tj. **20 stycznia** 2020 r., na stronie internetowej ujawniono informacje, że SN udzielił zabezpieczenia z urzędu w związku z wystąpieniem 18 grudnia 2019 r. z pytaniami prejudycjalnymi do

⁷⁹ Oświadczenie Pierwszego Prezesa Sądu Najwyższego, PPI-0131-174/2020, Warszawa, dnia 15 I 2020 r.

⁸⁰ Szerzej zob. Komunikat Rzecznika Prasowego Izby Dyscyplinarnej Sądu Najwyższego, 20 I 2020 r., <http://www.sn.pl/aktualnosci/SitePages/Wydarzenia.aspx?ItemSID=593-0dc69815-3ade-42fa-bbb8-549c3c6969c5&ListName=Wydarzenia> (dostęp: 20 I 2020).

⁸¹ Ibidem.

⁸² Sąd Najwyższy wyłączył siedmiu sędziów Izby Cywilnej od udziału w rozpoznaniu wniosku Pierwszego Prezesa SN z 15 I 2020, Komunikat z 20 I 2020 r. o sprawie BSA I-4110-1/20, http://www.sn.pl/aktualnosci/SitePages/Komunikaty_o_sprawach.aspx?ItemSID=344-b6b3e804-2752-4c7d-bcb4-7586782a1315&ListName=Komunikaty_o_sprawach (dostęp: 21 I 2020).

TSUE (w sprawie V CSK 347/19)⁸³. Ta decyzja została podjęta jednoosobowo przez sędziego Izby Cywilnej, który na mocy wskazanego postanowienia SN z 17 stycznia 2020 r. (wydanego w składzie trzyosobowym), został wyłączony od udziału w rozpoznaniu wniosku Pierwszego Prezesa z 15 stycznia 2020 r., sygn. BSA I-4110-1/20. Poinformowano, że SN w celu zapewnienia tymczasowej ochrony sądowej praw gwarantowanych w porządku prawnym zawiesza, w zakresie wskazanym w pkt II–III, stosowanie:

- a) art. 82–84 oraz art. 86 i art. 87 ustawy z dnia 8 grudnia 2017 r. o Sądzie Najwyższym (Dz.U. z 2018 r., poz. 5 ze zm.),
- b) odpowiednich znajdujących zastosowanie lub mających być zastosowanymi w postępowaniu przed Sądem Najwyższym albo innym właściwym sądem, także związkowo, przepisów Kodeksu postępowania cywilnego, w tym art. 45, art. 48, art. 49, art. 52, art. 189, art. 379, art. 388, art. 390, art. 395, art. 397, art. 398[15], art. 412–413, art. 424[10], art. 424[11] § 2 k.p.c.⁸⁴

Krótko rzecz ujmując, to zabezpieczenie w sprawie V CSK 347/19 *de facto* ma doprowadzić do podważenia podstawy prawnej wniosku Pierwszego Prezesa z 15 stycznia 2020 r., sygn. BSA I-4110-1/20, a mianowicie chodzi o **art. 83 § 1** Ustawy z dnia 8 grudnia 2017 r. o Sądzie Najwyższym, a także **art. 379 pkt 4 k.p.c.**, występującego w spornym zagadnieniu prawnym. Z kolei wysoce znamienny jest fragment tegoż wniosku wyjaśniający, czego dotyczy rozstrzygnięcie TSUE, a także dokonanej interpretacji przez Pierwszego Prezesa:

Jakkolwiek stanowisko TSUE wyrażone w wyroku z dnia 19 listopada 2019 r. sformułowane w sprawie dotyczącej statusu Izby Dyscyplinarnej Sądu Najwyższego, to jednak – **w ocenie Pierwszego Prezesa** Sądu Najwyższego – znaczną część motywów wyroku zajmują rozważania natury ogólnej i uniwersalnej aksjologicznie, które odnoszą się do oceny prawnej aktualnego systemu powoływania sędziów w Rzeczypospolitej Polskiej⁸⁵.

Posiedzenie Sądu Najwyższego w celu rozpoznania powyższego wniosku z **15 stycznia** 2020 r., sygn. BSA I-4110-1/20, zostało wyznaczone na **23 stycznia** 2020 r., a więc w ekspresowym tempie, tj.

⁸³ Szerzej zob. SN udzielił zabezpieczenia w związku z wystąpieniem w dniu 18 XII 2019 r. z pytaniami prejudycjalnymi do TSUE, Komunikat z 20 I 2020 r. o sprawie V CSK 347/19, http://www.sn.pl/aktualnosci/SitePages/Komunikaty_o_sprawach.aspx?ItemSID=343-b6b3e804-2752-4c7d-bcb4-7586782a1315&ListName=Komunikaty_o_sprawach (dostęp: 21 I 2020).

⁸⁴ Ibidem.

⁸⁵ Pismo Pierwszego Prezesa SN, sygn. BSA I-4110-1/20, Warszawa, 15 I 2020, s. 4.

w ciągu **ośmiu** dni. Tyle samo czasu upłynęło od wydania uchwały przez Izbę Kontroli Nadzwyczajnej i Spraw Publicznych do wniosku Pierwszego Prezesa o rozstrzygnięcie sporu przez skład orzekający połączonych Izb. Największa akceleracja działalności sądu i podejmowanych inicjatyw miała jednakże miejsce po dniu 17 stycznia. Istotnym zdarzeniem jest decyzja z dnia **21 stycznia** 2020 r. (tj. na dwa dni przed zaplanowanym posiedzeniem połączonych trzech Izb), kiedy to Izba Dyscyplinarna wystąpiła z wnioskiem do Trybunału Konstytucyjnego z pytaniami prawnymi dotyczącymi wykładni interpretacyjnej **art. 439 § 1 pkt 1** i **art. 439 § 1 pkt 2** Ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks postępowania karnego⁸⁶ oraz o wstrzymanie lub zawieszenie postępowania w sprawie wniosku Pierwszego Prezesa SN z 15 stycznia 2020 r.⁸⁷

Ponadto **22 stycznia** 2020 r. Marszałek Sejmu wystąpiła z wnioskiem do TK o „rozstrzygnięcie dwóch sporów kompetencyjnych między: Sejmem a SN oraz Prezydentem RP a SN”, który został pozytywnie rozpoznany jeszcze **tego samego** dnia. W podanym do mediów komunikacie poinformowano o decyzji Prezes TK, że „zgodnie z ustawą wszczęcie postępowania przed TK powoduje zawieszenie postępowań przed organami, które prowadzą spór kompetencyjny”⁸⁸. Dodatkowo zaznaczono, że pisma procesowe w tej sprawie zostały doręczone wszystkim uczestnikom postępowania, w tym Pierwszej Prezes SN⁸⁹. Informacja o zawieszeniu postępowania przez TK dotarła do SN, co znajduje swoje potwierdzenie w komunikacie Rzecznika Prasowego SN z 22 stycznia. Z jego treści wynika, że posiedzenie SN zaplanowane na 23 stycznia nie zostało odwołane, natomiast w końcowym fragmencie komunikatu podkreślono, że „stosowanie różnych norm prawnych oparte być musi na realnych podstawach, które przynajmniej w istotnym stopniu są uprawdopodobnione”⁹⁰.

⁸⁶ Dz.U. 2018, poz. 1987 ze zm.

⁸⁷ Szerzej zob. Komunikat w sprawie (II DSI 75/19), 22 I 2020: SN w Izbie Dyscyplinarnej wystąpił do Trybunału Konstytucyjnego z pytaniami prawnymi wraz z wnioskiem o udzielenie zabezpieczenia, http://www.sn.pl/aktualnosci/SitePages/Komunikaty_o_sprawach.aspx?ItemSID=345-b6b3e804-2752-4c7d-bcb4-7586782a1315&ListName=Komunikaty_o_sprawach (dostęp: 22 I 2020).

⁸⁸ Szerzej zob. Oświadczenie Prezes TK w sprawie wniosku Marszałek Sejmu, <https://fakty.interia.pl/polska/news-jest-oswiadczenie-prezes-tk-w-sprawie-wniosku-marszalek-ejm,nId,4283312> (dostęp: 22 I 2020).

⁸⁹ Ibidem.

⁹⁰ Szerzej zob. Komunikat Rzecznika Prasowego SN, 22 I 2020, <http://www.sn.pl/aktualnosci/SitePages/Wydarzenia.aspx?ItemSID=595-0dc69815-3ade-42fa-bbb8-549c3c6969c5&ListName=Wydarzenia> (dostęp: 22 I 2020).

Analizując wnikliwie przedstawione fakty, a także istotne okoliczności mające zasadniczy wpływ na przebieg opisywanych działań, daje się dostrzec wiele niepodważalnych argumentów i dowodów na **intencjonalne wykorzystywanie władzy sędziowskiej** dla określonych potrzeb i celów. Ponadto przeprowadzone badania stanowią ugruntowaną podstawę dla wyartykułowania następujących konkluzji i jednoznacznych twierdzeń:

- stosowanie dowolności interpretacyjnej wyroku TSUE prowadzi do sytuacji, w której podejmowane są biegunowo odmienne, kolidujące i sprzeczne ze sobą rozstrzygnięcia oraz autorytatywne decyzje procesowe, zależnie od tego, jaki skład orzekający SN wypowiada się na dany temat, co powoduje chaos i destabilizację systemu prawnego;

- jeśli to samo problemowe zagadnienie i te same przepisy obowiązującego w Polsce prawa można eksplikować na wiele różnych sposobów w zależności od tego, w jakim składzie osobowym sądu podejmowane są decyzje i rozstrzygnięcia, to oznacza, że sędziowie w sprawowaniu swojej władzy mogą być ewidentnie stronniczy i działać woluntarystycznie, nie ponosząc jednocześnie żadnej odpowiedzialności za swoje czyny;

- przedstawiciele aparatu sądowego mogą wykorzystywać sprawowaną władzę i zajmowaną pozycję zawodową w sposób koniunkturalny, dbając jednocześnie o ochronę korzyści, przywilejów, a także partykularnych interesów, mających istotne znaczenie dla jednej ze stron toczącego się sporu, w którym biorą udział „prominentne elity sędziowskie” podejmujące działania w celu zakwestionowania wprowadzanych reform, zablokowania ich dalszego etapu oraz nowi sędziowie, którzy są beneficjentami dokonywanych zmian;

- trudno jest doszukiwać się bezstronności, poczucia sprawiedliwości i poszanowania dla zasad prawa, jeśli ta sama sprawa może być dowolnie interpretowana przez różne składy orzekające, co musi budzić uzasadnione obawy i niepokój obywateli, którzy kiedyś mieli okazję empirycznie tego doświadczyć na własnym przykładzie, stąd też obecna sytuacja znacząco podważa zaufanie obywateli nie tylko do SN, osłabiając autorytet i majestat naczelnego organu władzy sądowej, ale w szerszym kontekście bardzo negatywnie rzutuje na postrzeganie i wiarygodność całego systemu sądownictwa w Polsce;

- wyroki sądowe są wydawane w imieniu Rzeczypospolitej Polskiej, dlatego też używa się określenia, że rozstrzygnięcia dokonał sąd (wyrok,

orzeczenie, postanowienie sądu), tymczasem o meritum każdej decyzji *de facto* przesądza dobór konkretnego składu osobowego, który został wyznaczony do rozpoznania danej sprawy, natomiast poszczególni sędziowie biorący w tym udział nie ponoszą osobistej odpowiedzialności za podejmowane działania, gdyż emanacją sprawowania władzy jest sąd jako organ procesowy;

– jeśli okazuje się, że zasadniczy wpływ na werdykt ma powołany skład osobowy sądu i swoboda interpretacyjna, to niezawisłość sędziowska ujęta w art. 178 ust. 1 Konstytucji RP: „[s]ędziowie w sprawowaniu swojego urzędu są niezawiśli i podlegają tylko Konstytucji oraz ustawom” w praktyce oznacza to, że jedynym i zarazem wystarczającym uzasadnieniem dla motywów, jakie legły u podstaw wszystkich arbitralnych decyzji, a także poczynañ związanych z wykonywaniem funkcji orzeczniczej, jest powołanie się na treść art. 178, co zamyka dyskusje w przedmiotowym zakresie;

– opisana wcześniej chronologia zdarzeń oraz koincydencja określonych decyzji i procesów muszą skłaniać do wniosku, że strony biorące udział w tej konfrontacji potrafią z góry przewidzieć, jakie rozstrzygnięcia i czynności zostaną podjęte przez oponentów, co wymusza konieczność podejmowania reaktywnych działań.

Można było przypuszczać, że dla rozpatrywanego problemu będzie miało znaczenie rozstrzygnięcie TK w sprawie dotyczącej dopuszczalności wniosku o wyłączenie sędziego z powodu okoliczności wadliwości powołania sędziego przez Prezydenta RP na wniosek KRS zaplanowane na **13 lutego** 2020 r.⁹¹ Istnieje pewna szansa na to, że przyczyni się to do uporządkowania systemu prawnego, z całą pewnością natomiast nie zakończy dyskusji na temat jednolitości orzecznictwa⁹², praworządności, niezależności sądownictwa, konieczności zwracania się przez sądy krajowe z pytaniami prejudycjalnymi⁹³, bezpośredniego stosowania

⁹¹ Wniosek o wyłączenie sędziego z powodu podniesienia okoliczności wadliwości powołania sędziego przez Prezydenta RP na wniosek Krajowej Rady Sądownictwa (sygn. P 22/19), <http://trybunal.gov.pl/postepowanie-i-orzeczenia/wokanda/art/10924-wniosek-o-wylaczenie-sedziego-z-powodu-podniesienia-okolicznosci-wadliwosci-powolania-sedziego-przez-prezydenta-rp-na-wniosek-krajowej-rady-sadownictwa> (dostęp: 22 I 2020).

⁹² T. Grzybowski, *Jednolitość orzecznictwa a paradygmat interpretacyjny* (ze szczególnym uwzględnieniem reguły *clara non sunt interpretanda*), „Archiwum Filozofii Prawa i Filozofii Społecznej” 2013, nr 2, s. 25–37.

⁹³ M. Taborowski, *Mechanizmy ochrony praworządności państw członkowskich w prawie Unii Europejskiej. Studium przebudzenia systemu ponadnarodowego*, Warszawa 2019, s. 15–16.

Konstytucji⁹⁴, niezależności KRS i niezawisłości sędziów⁹⁵, a także odpowiedzialności dyscyplinarnej sędziów⁹⁶.

Wypowiadając się na temat odpowiedzialności sędziów, należy koniecznie zaznaczyć, że kwestia ta jest ściśle powiązana z możliwością dokonywania arbitralnej i wysoce uznaniowej interpretacji przepisów prawa przy rozpoznawaniu konkretnej sprawy. Jak słusznie podkreśla P. Skuczyński, „mając na względzie owo «niezbywalne prawo sędziego» do własnej, samodzielnej interpretacji prawa, trzeba też dostrzec, że łączy się z tym nierozzerwalnie ryzyko sądowej pomyłki, **wadliwości** w interpretacji prawa czy nawet **rażącego błędu** w procesie wykładni”⁹⁷. Te przesłanki nie dają jednak podstawy do tego, aby sędzia podlegał osobistej odpowiedzialności za podejmowane działania, o czym warto pamiętać. A zatem „środkiem korygowania ewentualnych błędów czy pomyłek orzeczniczych są przewidziane przez przepisy prawa procesowego środki kontroli instancyjnej”⁹⁸. Powołanie się na bezpośrednie stosowanie Konstytucji nie zawsze będzie wyłączać odpowiedzialność dyscyplinarną sędziego. Dotyczy to w szczególności takich sytuacji, kiedy możliwe jest postawienie sędziemu zarzutu sprzeniewierzenia się zasadzie niezawisłości lub braku bezstronności⁹⁹. Można polemizować

⁹⁴ A. Chmielarz-Grochal, *Bezpośrednie stosowanie art. 45 ust. 1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*, „Przegląd Prawa Konstytucyjnego” 2016, nr 3, s. 67–101.

⁹⁵ M. Niezgódka-Medek, *Krajowa Rada Sądownictwa jako gwarant niezależności sądów i niezawisłości sędziów do czasu wprowadzenia zmian na przełomie 2017 i 2018 r.*, w: *Konstytucja. Praworządność. Władza sądownicza. Aktualne problemy trzeciej władzy w Polsce*, pod red. Ł. Bojarskiego, K. Gajewskiego, J. Kremera, G. Ott, W. Żurka, Warszawa 2019, s. 93–106; A. Rakowska-Trela, *Krajowa Rada Sądownictwa po wejściu w życie nowelizacji z 8.12.2017 r. – organ nadal konstytucyjny czy pozakonstytucyjny?*, w: *Konstytucja. Praworządność. Władza sądownicza...*, s. 107–122.

⁹⁶ D. Skrzypiński, *Odpowiedzialność sędziów w świetle zjawiska judykalizacji polityki*, „Wrocławskie Studia Politolologiczne” 2014, nr 17, s. 53–64; P. Mazur, *Uwagi o odpowiedzialności dyscyplinarnej sędziów za rażącą i oczywistą obrazę prawa w polskim systemie prawnym*, „Ethics in Progress” 2017, t. 8, nr 2, s. 97–109; P. Skuczyński, *Nierepresyjne funkcje odpowiedzialności dyscyplinarnej a model postępowania w sprawach dyscyplinarnych*, „Przegląd Legislacyjny” 2017, nr 3, s. 35–53.

⁹⁷ P. Skuczyński, *Bezpośrednie stosowanie Konstytucji RP przez sądy a odpowiedzialność dyscyplinarna sędziów*, „Kwartalnik o Prawach Człowieka” 2017, nr 3–4, s. 89.

⁹⁸ W uchwale z 11 X 2002 r. Sąd Najwyższy, odmawiając zgody na pociągnięcie sędziego SN do odpowiedzialności karnej za tzw. zbrodnie komunistyczne, stwierdził, że „Wiążąca się nierozzerwalnie z konstytucyjną zasadą niezawisłości sędziowskiej zasada jurysdykcyjnej samodzielności sądu zakłada zarówno samodzielność sądu w ustalaniu faktów sprawy, jak i samodzielność w wykładni prawa, oraz samodzielność w rozstrzygnięciu na podstawie ustalonych faktów i dokonanej wykładni” (ibidem).

⁹⁹ Ibidem, s. 95.

z tezą A. Chmielarz-Grochal, że wszystkie organy władzy publicznej, w tym sądy, mają „konstytucyjny obowiązek bezpośredniego stosowania przepisów konstytucyjnych”, co wprost wynika z art. 8 ust. 2 i zasady nadrzędności Konstytucji wyrażonej w art. 8 ust. 1¹⁰⁰. Godzi się zauważyć, że organy władzy wykonawczej i ustawodawczej, a także sędziowskiej zgodnie z art. 7 ustawy zasadniczej są zobowiązane do działania oraz podejmowania decyzji na podstawie prawa i w granicach prawa, a zatem jedynie sędziowie mogą powiedzieć na temat sprawowania swojego urzędu, że w stosowaniu prawa „podlegają tylko Konstytucji i ustawom”.

W literaturze przedmiotu akcentuje się pogląd, że wartości konstytucyjne winny być uwzględniane w procesie stanowienia i stosowania prawa¹⁰¹. Podkreśla się przy tym, że „sąd konstytucyjny jako interpretator konstytucji ma bardzo duży zakres swobody, a niekiedy musi podjąć decyzje **autorytatywnie kończące spór**, co do treści określonych pojęć”¹⁰². Przy ustalaniu znaczenia tych zastanych pojęć Trybunał Konstytucyjny pełni funkcję niemal ustrojodawczą¹⁰³. Pojawiają się też takie opinie, że „globalną ekspansję władzy sędziowskiej uznaje się za *signum temporis* współczesnych przemian w procesie rządzenia. Zdeponowanie ogromnej władzy w rękach sędziów konstytucyjnych rodzi pytanie, czy taką formułę można, a jeśli tak, to na jakich zasadach, pogodzić z zasadami demokracji”¹⁰⁴. Z zacytowanych twierdzeń jasno wynika, że to Trybunał jest sądem mającym przyznane uprawnienia w zakresie dokonywania **ostatecznej i wiążącej wykładni** przepisów Konstytucji RP. Można oczywiście podejmować naukowe rozważania na temat separacji władz¹⁰⁵, pozycji ustrojowej sądownictwa¹⁰⁶, Konstytucji i konstytucjonalizmu¹⁰⁷, natomiast nie daje się zakwestionować, że to Konstytucja stanowi

¹⁰⁰ A. Chmielarz-Grochal, op. cit., s. 68.

¹⁰¹ M. Kondej, *Przelamanie rezultatów wykładni językowej zgodnie z zasadą nadrzędności Konstytucji*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2019, z. 3, s. 40.

¹⁰² R. Piotrowski, *Pojęcia zastane w Konstytucji RP. Dylematy teorii i praktyki*, w: *Źródła prawa. Teoria i praktyka*, pod red. T. Giary, Warszawa 2016, s. 22.

¹⁰³ Ibidem.

¹⁰⁴ K. Kaleta, *Sądownictwo konstytucyjne w warunkach ponowoczesności*, w: *Teoria prawa. Między nowoczesnością a ponowoczesnością*, pod red. A. Samonek, Kraków 2013, s. 21.

¹⁰⁵ P. Tuleja, *Division of Power and the Problem of Excessive Concentration of Power in the Light of the Polish Constitution*, „Przegląd Konstytucyjny” 2018, nr 4, s. 59–75.

¹⁰⁶ K. Grajewski, *Założenia i rzeczywistość władzy sądowniczej – uwagi w dwudziątą rocznicę wejścia w życie Konstytucji III RP*, „Przegląd Konstytucyjny” 2018, nr 1, s. 37–64.

¹⁰⁷ D. Minich, *Konstytucja – konstytucjonalizm – neokonstytucjonalizm*, „Przegląd Prawa Publicznego” 2018, nr 12, s. 68–75.

fundament porządku państwowego i jest źródłem legitymizacji władzy państwa¹⁰⁸. Czynniki kształtujące prawo, jakie w największym stopniu oddziałują na wykorzystywanie władzy w praktyce, bardzo celnie identyfikuje J. Zajadło, używając określenia „magiczny trójkąt: prawodawcy, sędziowie, profesorowie”¹⁰⁹, a J. Majchrowski słusznie dodaje, że na podejmowane działania silny wpływ wywiera polityka¹¹⁰.

4. Interpretacja prawna dotycząca sędziów wybranych przez nową KRS – uchwała składu połączonych trzech Izb SN z 23 stycznia 2020 r. w opinii Ministerstwa Sprawiedliwości

Część przedstawicieli środowiska prawniczego¹¹¹ w ostatnich latach zwraca uwagę na działania będące przejawem naruszenia praworządności i wartości konstytucyjnych, w tym m.in. „zasady demokratycznego państwa prawa, trójpodziału władzy, niezależności sądów i niezawisłości sędziów”¹¹². Krytykowanie wprowadzanych reform, a także kwestionowanie legalności działań/decyzji podejmowanych przez nową KRS (określaną w publicznym dyskursie przez ekspertów i prominentnych sędziów mianem *neo-KRS*), uległo nasileniu po wyroku TSUE z 19 listopada 2019 r., co było do przewidzenia.

D. Łukowiak, komentując wyrok TK z 25 marca 2019 r., podkreśla, że z przepisów Konstytucji wprost wynika, kto jest wybierany do KRS, natomiast w ustawie zasadniczej nie określono, przez kogo i w jaki sposób mają być wybierani sędziowie wchodzący w skład tego organu. Biorąc pod uwagę powyższe, autor wyjaśnia, że według TK „nic nie stoi na przeszkodzie, aby sędziów do KRS wybierali sędziowie. Jednak nie można się zgodzić z twierdzeniem, że piastunem czynnego prawa wyborczego muszą tu być wyłącznie gremia sędziowskie”¹¹³. W dalszej

¹⁰⁸ D. Minich, *Konstytucja oraz konstytucjonalizm w dobie ponowoczesnej*, w: *Teoria prawa...*, s. 35.

¹⁰⁹ J. Zajadło, *Magiczny trójkąt: prawodawcy, sędziowie, profesorowie*, w: *Konstytucja. Praworządność. Władza sądownicza...*, s. 65–90.

¹¹⁰ J. Majchrowski, *Źródła prawa a praktyka polityczna*, w: *Źródła prawa...*, s. 51–65.

¹¹¹ <http://monitorkonstytucyjny.eu/archiwa/category/publicystyka/komentarze-i-opinie/page/2> (dostęp: 25 I 2019)

¹¹² A. Rakowska-Trela, *Sądy i sędziowie wobec niedemokratycznych przemian*, „*Studia Politologiczne*” 2018, t. 47, s. 300.

¹¹³ D. Łukowiak, *Glosa do wyroku Trybunału Konstytucyjnego z 25 marca 2019 r., sygn. akt K 12/18 (wybór sędziów do składu Krajowej Rady Sądownictwa przez Sejm)*, „*Przegląd Konstytucyjny*” 2019, nr 3, s. 102.

części prowadzonego wyводу wyraża odmienny pogląd: „zgodnie z przyjętymi zasadami wykładni tekstu prawnego, luka konstrukcyjna w postaci braku literalnego wskazania w art. 187 ust. 1 pkt 2 Konstytucji podmiotu, który wybiera sędziów członków KRS, powinna zostać uzupełniona poprzez zastosowanie systemowych i funkcjonalnych dyrektyw wykładni, nie zaś poprzez domniemanie kompetencji Sejmu”¹¹⁴. Jest to zatem autonomiczna opinia stanowiąca głos w dyskusji, stwierdzenia te nie mają zaś mocy prawnej i nie są wiążące. Jeśli uznać, że takie domniemanie kompetencji parlamentu jest w państwie prawa niedopuszczalne w świetle zasady legalizmu (art. 7 Konstytucji)¹¹⁵, to na podstawie tego samego przepisu można również sformułować podobne zastrzeżenia pod adresem innych organów, rywalizujących o władzę w Polsce¹¹⁶. Dotyczy to w szczególności tych organów władzy sądowiczej, które próbują uzurpować sobie kompetencje/uprawnienia decyzyjne w zakresie oceniania konstytucyjności wybranych aktów prawnych, zważywszy na fakt, że każdy organ władzy publicznej – nie wyłączając Sejmu – może działać tylko na podstawie i w granicach prawa oraz w formach przez to prawo przewidzianych. Jak widać, **dla interpretacji prawa** w określonym celu zawsze można się posłużyć odpowiednimi argumentami, które będą uzasadniały przyjęty tok rozumowania. Nie zmienia to jednak faktu, że głoszone tezy pozostają jedynie w sferze wyrażanych poglądów, opinii, które nie wywołują skutków prawnych.

Inaczej jest w przypadku uchwały składu **połączonych Izb**: Cywilnej, Karnej oraz Pracy i Ubezpieczeń Społecznych SN, podjętej **23 stycznia 2020 r.**¹¹⁷ Mówiąc w dużym skrócie, treść tej uchwały – zważywszy na wszystkie analizowane okoliczności sprawy i motywy działania – stanowi odzwierciedlenie realizacji zamierzonego celu. Używając prostych i zrozumiałych objaśnień, jej sentencja sprowadza się do tego, że SN, a precyzyjnie rzecz ujmując, sędziowie głosujący za przyjęciem omawianej Uchwały nie zaprzeczają temu, iż sędziowie wybrani przez nową KRS są legalnie powołani przez Prezydenta RP na swoje urzędy sędziowskie, podważane natomiast są ich kompetencje orzecznicze (nie

¹¹⁴ Ibidem, s. 106.

¹¹⁵ Ibidem.

¹¹⁶ D. Minich, *Veto players jako koncepcja rywalizacji o władzę pomiędzy organami władzy państwowej*, „Przegląd Prawa Publicznego” 2018, nr 7–8, s. 43–53.

¹¹⁷ Szerzej zob. Uchwała składu **połączonych Izb**: Cywilnej, Karnej oraz Pracy i Ubezpieczeń Społecznych Sądu Najwyższego z 23 I 2020 r., <http://www.sn.pl/aktualnosc/SitePages/Wydarzenia.aspx?ItemSID=598-0dc69815-3ade-42fa-bbb8-549c3c6969c5&ListName=Wydarzenia> (dostęp: 23 I 2020).

mają uprawnień do orzekania). Według treści uchwały SN nienależyta obsada sądu zachodzi także wtedy, gdy w składzie sądu bierze udział osoba powołana na urząd sędziego na wniosek nowej KRS¹¹⁸.

Jest to ewidentny przykład *argumentum ad absurdum*¹¹⁹, ponieważ z logicznego i prawnego punktu widzenia **status sędziego** należy interpretować następująco: sędzią jest osoba powołana na urząd sędziego i mająca (posiadająca z tego tytułu) prawo rozstrzygania spraw oraz wymierzania sprawiedliwości. Z faktu bycia powołanym na urząd sędziego jednoznacznie wynika to, że dana osoba ma status sędziego. A zatem jeśli nie podważa się legalności powołania sędziego przez Prezydenta, to oznacza, że absolutnie niedopuszczalne jest kwestionowanie uprawnień, tj. praw takiego sędziego do wykonywania funkcji orzeczniczych w składzie sędziowskim danego sądu. Godzi się w tym miejscu zauważyć, że konkluzja podjętej uchwały sprowadza się do tego, że sędziowie wybrani przez nową KRS nie są uprawnieni do wykonywania czynności orzeczniczych, co w konsekwencji ma prowadzić do „zawieszenia ich w urzędowaniu”. Podejmowanie wiążących prawnie decyzji w kwestii odsunięcia danego sędziego od orzekania (co *de facto* sprowadza się do zawieszenia w sprawowaniu urzędu) nie może nastąpić w wyniku uchwały SN dotyczącej usunięcia rozbieżności w orzecznictwie, tj. dokonującej wykładni interpretacyjnej wybranych przepisów. Takie działania i czynności prawne są rażąco sprzeczne z Konstytucją, gdyż zgodnie z art. 180 ust. 2 „Złożenie sędziego z urzędu, zawieszenie w urzędowaniu, przeniesienie do innej siedziby lub na inne stanowisko wbrew jego woli może nastąpić jedynie na mocy orzeczenia sądu i tylko w przypadkach określonych w ustawie”.

W trosce o dobro wspólne, interes publiczny i zapewnienie poczucia bezpieczeństwa prawnego obywateli sąd zdecydował, że „wykładnia art. 439 § 1 pkt 2 k.p.k. oraz art. 379 pkt 4 k.p.c. przyjęta w punktach 1 i 2 niniejszej uchwały nie ma zastosowania do orzeczeń wydanych przez sądy **przed dniem jej podjęcia** oraz do orzeczeń, które zostaną wydane w toczących się w tym dniu postępowaniach na podstawie Kodeksu postępowania karnego przed danym składem sądu¹²⁰. Taka interpretacja ma uniemożliwić podnoszenie wadliwości dotychczas wydanych

¹¹⁸ Ibidem.

¹¹⁹ M. Matczak, *Argumentum ad absurdum w uzasadnieniu decyzji stosowania prawa a założenie o racjonalności prawodawcy – analiza krytyczna*, w: *Uzasadnienia stosowania prawa*, pod red. I. Rzucidło-Grochowskiej, M. Grochowskiego, Warszawa 2015, s. 102–115.

¹²⁰ Ibidem.

wyroków przez składy orzekające z udziałem sędziów wskazanych do objęcia swoich urzędów przez nową KRS. Ten przepis uchwały jest bezpośrednio skierowany do obywateli, którzy mają być wdzięczni SN za to, że rozpoznane dotąd przez sądy sprawy nie będą mogły być z tej przyczyny podważane.

W odmienny sposób SN (w wydanej uchwale) odniósł się do problemu bezpieczeństwa w zakresie ochrony praw i przywilejów, jakie przysługują wąskiej grupie obywateli mających postępowania przed Izbą Dyscyplinarną. W tym przypadku uznano, że nienależyta obsada sądu w rozumieniu art. 439 § 1 pkt 2 k.p.k. albo sprzeczność składu sądu z przepisami prawa w rozumieniu art. 379 pkt 4 k.p.c. zachodzi także wtedy, gdy w składzie sądu bierze udział osoba powołana na urząd sędziego SN na wniosek nowej KRS. Ten punkt uchwały „ma zastosowanie do orzeczeń wydanych z udziałem sędziów Izby Dyscyplinarnej utworzonej w Sądzie Najwyższym na podstawie ustawy z dnia 8 grudnia 2017 r. o Sądzie Najwyższym (Dz.U. z 2018 r., poz. 5 ze zm.) **bez względu** na datę wydania tych orzeczeń”¹²¹.

W ocenie Ministerstwa Sprawiedliwości „Uchwała SN z dnia 23.01.2020 r. **z mocy prawa jest nieważna**. Została wydana z rażącym naruszeniem prawa. Narusza art. 179, art. 180 ust. 1 oraz art. 10 Konstytucji RP. [...] Uchwała składu trzech izb Sądu Najwyższego jako niezgodna z prawem nie wywołuje skutków prawnych. Ponadto po wejściu w życie ustawy z 20 grudnia 2019 roku gwarantującej konstytucyjny porządek w wymiarze sprawiedliwości i usprawniającej pracę sądów, uchwała SN tym bardziej stanie się bezprzedmiotowa”¹²².

Niestety, oficjalne stanowisko Ministerstwa (zgodnie z tym, co podano w tytule) jest zwykłym oświadczeniem, tj. zawiera wyrażone poglądy interpretacyjne i opinie, które nie są wiążące dla polskich sądów. Mogą być jedynie potraktowane jako skierowany do opinii publicznej „głos w toczącej się dyskusji” na temat funkcjonowania wymiaru sprawiedliwości (jak miało to miejsce wcześniej). Co ważne, uchwała trzech Izb SN jest bezpośrednio adresowana do sędziów, którzy otrzymali oczekiwane rozstrzygnięcie rozbieżności w wykładni prawa występującej w orzecznictwie Sądu Najwyższego, tj. zasady prawnej wiążącej inne składy orzekające SN, która ma być stosowana przez inne sądy w Polsce.

¹²¹ Ibidem.

¹²² Szerzej zob. Oświadczenie w sprawie uchwały Sądu Najwyższego, 23 I 2020, <https://www.gov.pl/web/sprawiedliwosc/oswiadczenie-w-sprawie-uchwaly-sadu-najwyzszego> (dostęp: 23 I 2020).

Doceniając rangę i doniosłość analizowanej uchwały SN, a także jednoznaczne stanowisko Ministerstwa Sprawiedliwości¹²³, nie można jednak powiedzieć, że w dniu 23 stycznia doszło do przełomowego unormowania konstytucyjnego porządku prawnego, zapewnienia praworządności oraz ustabilizowania konfliktowej sytuacji w polskim wymiarze sprawiedliwości. Wręcz odwrotnie, dopiero teraz może się potęgować chaos, który – zgodnie z przewidywaniami – spowoduje konieczność zaangażowania TK¹²⁴ do rozstrzygnięcia spornych kwestii¹²⁵. Trzeba bowiem potrafić właściwie zrozumieć perfekcyjnie przemyślany plan związany nie tylko z treścią, lecz przede wszystkim z celowością podjęcia takiej uchwały. Dzięki tej decyzji grupa kontestatorów reformy zyskuje bardzo doniosły argument: czytelny, prosty i wymowny w odczuciu społecznym¹²⁶. Krytykowanie rozstrzygnięcia, w którym brało udział grono wybitnych oraz doświadczonych sześćdziesięciu sędziów

¹²³ Według opinii Ministerstwa Sprawiedliwości „Żaden organ, także sądowy, nie może bowiem kwestionować powołania i **inwestytury** sędziego” (w teorii prawa), tymczasem w **praktyce** stosowania prawa sześćdziesięciu sędziów SN w ramach czynności orzeczniczych usuwa rozbieżności wykładni prawa występujące w orzecznictwie Sądu.

¹²⁴ Szerzej zob. sprawy rozpatrywane przez Trybunał Konstytucyjny: *Status Izby Dyscyplinarnej Sądu Najwyższego jako sądu* (P 3/20), Art. 439 par. 1 pkt 2 kpk, art. 379 pkt 4 kpc oraz art. 83 par. 1 ustawy o Sądzie Najwyższym w odniesieniu do oceny niezależności Krajowej Rady Sądownictwa oraz procedury poprzedzającej powołanie sędziego przez Prezydenta RP na wniosek KRS (K 5/20), Art. 379 pkt 4 kpc i art. 439 § 1 pkt 1 kpk w odniesieniu do procedury powołania sędziego przez Prezydenta RP na wniosek Krajowej Rady Sądownictwa ukształtowanej w trybie określonym przepisami ustawy z dnia 8.12.2017 r. (K 3/20), Art. 379 pkt 4 kpc, art. 439 par. 1 pkt 2 kpk oraz art. 83 par. 1 ustawy o Sądzie Najwyższym w odniesieniu do oceny niezależności Krajowej Rady Sądownictwa oraz procedury poprzedzającej powołanie sędziego przez Prezydenta RP na wniosek KRS (K 2/20), *Spór kompetencyjny między Sejmem RP a Sądem Najwyższym oraz między Prezydentem RP a Sądem Najwyższym* (Kpt 1/20), <https://trybunal.gov.pl/sprawy-w-trybunale> (dostęp: 26 III 2020).

Duże znaczenie z punktu rozpatrywanego problemu ma najnowsza informacja, że TSUE stwierdził niedopuszczalność pytań prejudycjalnych polskich sędziów, 26 III 2020, <https://www.gov.pl/web/sprawiedliwosc/tsue-stwierdzil-niedopuszczalnosc-pytan-prejudycjalnych-polskich-sedziow> (dostęp: 26 III 2020).

¹²⁵ Można sądzić, że największe znaczenie będzie miało rozstrzygnięcie TK zaplanowane na 31 III 2020 r. (termin rozprawy przełożono na 15 IV 2020 r.) – sprawa U 2/20, *Uchwała składu połączonych Izb: Cywilnej, Karnej oraz Pracy i Ubezpieczeń Społecznych Sądu Najwyższego z dnia 23 stycznia 2020 r., sygn. akt BSA I 4110 1/20*, <https://trybunal.gov.pl/postepowanie-i-orzeczenia/wokanda/art/10986-uchwala-skladu-polaczonych-izb-cywilnej-karnej-oraz-pracy-i-ubezpieczen-spolecznych-sadu-najwyzszego-z-dnia-23-stycznia-2020-r-sygn-akt-bsa-i-4110-120> (dostęp: 26 III 2020).

¹²⁶ Podobnie jak w przypadku używanych określeń: ustawa represyjna, kagańcowa, naruszająca konstytucję (według Sądu Najwyższego) vs. ustawa gwarantująca konstytucyjny porządek, usprawniająca pracę sądów (w ocenie Ministerstwa Sprawiedliwości).

SN, będzie przedstawiane jako atak niedouczonej jednostki na sędziowską niezawisłość za bezstronną i merytoryczną decyzję¹²⁷, która nie spełnia oczekiwań, bo nie jest po myśli rządzących.

5. Rozstrzygnięcie TK z 20 kwietnia 2020 r. w sprawie uchwały składu połączonych trzech Izb SN z 23 stycznia 2020 r.

Analizując dokumenty w przedmiotowej sprawie U 2/20, daje się wyraźnie zauważyć rozbieżność stanowisk w kwestii interpretacji wybranych przepisów prawa, a także odmienną argumentację prezentowaną przez strony postępowania przed Trybunałem. Odnosząc się w syntetycznym ujęciu do nakreślonego zagadnienia, można powiedzieć, że najważniejsze oceny i konkluzje zawierają się w następujących twierdzeniach. Zdaniem Premiera Rządu (tj. wnioskodawcy) „treść przedmiotowej uchwały składu połączonych trzech Izb SN z 23.01.2020 r. (sygn. BSA 141101/20), mimo zewnętrznej formy, wykazuje **cechy charakterystyczne** dla przepisów prawa, wydawanych przez centralne organy państwowe w rozumieniu art. 188 pkt 3 Konstytucji RP”¹²⁸. Konsekwencją takiego toku rozumowania jest opinia, że „zaskarżony akt prawny skutkuje wprowadzeniem do polskiego porządku prawnego trzech zasadniczych nowości normatywnych, wzajemnie ze sobą powiązanych”¹²⁹. Podano przy tym argumentację, że uchwała składu połączonych Izb SN z 23 stycznia 2020 r. jest niezgodna ze wskazanymi we wniosku przepisami prawa, ponieważ:

– przyznaje sądom powszechnym, wojskowym i Sądowi Najwyższemu nieznaną innym aktom prawnym kompetencję do badania prawidłowości powołania sędziego przez Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej oraz badania prawidłowości procedury poprzedzającej realizację wskazanej prerogatywy;

¹²⁷ Zestawiane liczby będą przemawiały do wyobraźni odbiorców: uchwałę poparło sześćdziesięciu doświadczonych sędziów SN z najwyższymi kwalifikacjami, podczas gdy inne zdanie ma minister sprawiedliwości wspierany przez swoich najbliższych politycznych współpracowników. To kto się lepiej zna na prawie i ma rację w tym sporze?

¹²⁸ Wniosek Prezesa Rady Ministrów do Trybunału Konstytucyjnego o zbadanie zgodności uchwały połączonych Izb: Cywilnej, Karnej oraz Pracy i Ubezpieczeń Społecznych Sądu Najwyższego z Konstytucją Rzeczypospolitej Polskiej ratyfikowanymi umowami międzynarodowymi i ustawami, Warszawa, 24 II 2020, s. 2.

¹²⁹ Ibidem, s. 3.

– wprowadza do polskiego systemu prawnego nową instytucję, określoną mianem sędziego w stanie spoczynku *ab initio*, który w myśl zażarżonego aktu prawnego nie ma możliwości orzekania;

– wprowadza do systemu prawnego reguły intertemporalne, różniując konsekwencje nowo ustanowionych przepisów dla orzeczeń wydawanych przez sądy, w których składach udział bierze sędzia w stanie spoczynku *ab initio*¹³⁰.

Zdanie Pierwszego Prezesa Sądu Najwyższego jest biegunowo odmiennie, o czym dobitnie świadczy bardzo dosadny, wyrazisty i emocjonalny fragment stanowiska przesłanego do TK, w szczególności na temat **rozumienia art. 45 Konstytucji**, co zostało poddane szerszej analizie komparatywnej w części drugiej artykułu.

Wniosek Prezesa Rady Ministrów zmierza do legitymizacji bezprawia konstytucyjnego. Trybunał Konstytucyjny orzeka w sprawach zgodności z Konstytucją, co oznacza, że celem jego działania jest ochrona postanowień Konstytucji, nie zaś legitymizacja ich ignorowania. W świetle prawa polskiego i europejskiego niedopuszczalne jest – co wykazano w uchwale połączonych Izb SN – przeprowadzenie **zamachu na prawo do sądu**, a tak należałoby ocenić zmiany normatywne i faktyczne ostatnich lat w obrębie szeroko rozumianego wymiaru sprawiedliwości i sądownictwa, poczynając od destabilizacji Trybunału Konstytucyjnego i jego podporządkowania większości parlamentarnej, co sprawiło, że Trybunał ten utracił możliwość rzetelnego wykonywania funkcji powierzonych mu przez ustrojodawcę¹³¹.

Nie ulega wątpliwości, że cytowana opinia trafnie odzwierciedla charakter wzajemnych relacji i nastawienia wybranych przedstawicieli wymiaru sprawiedliwości względem innych reprezentantów władzy sądowniczej oraz wykonawczej, co ma istotne znaczenie z punktu widzenia prowadzonych rozważań oraz analiz. W dalszej części podano dodatkową argumentację odnoszącą się do kwestii prawnych dotyczących **braku kompetencji** Trybunału Konstytucyjnego do orzekania w sprawie uchwały połączonych Izb SN:

– nieuprawniona jest teza, jakoby uchwała Sądu Najwyższego mająca moc zasady prawnej tworzyła normy generalne i abstrakcyjne;

– Trybunał Konstytucyjny nie ma kompetencji do weryfikowania orzeczeń sądowych, w tym uchwał wykładniczych Sądu Najwyższego, kształtujących linię orzeczniczą – kognicja Trybunału nie obejmuje

¹³⁰ Ibidem, s. 4.

¹³¹ Pismo Pierwszego Prezesa Sądu Najwyższego do Trybunału Konstytucyjnego, PP I-0131-1159/20 (sygn. U 2/20), Warszawa, 26 III 2020, s. 3.

orzeczeń sądowych, bądź też innych rozstrzygnięć organów stosujących prawo;

– uchwała połączonych Izb Sądu Najwyższego jest *de facto* aktem wykonywania konstytucyjnych kompetencji Sądu Najwyższego w zakresie **nadzoru judykacyjnego**, który nie może być przedmiotem kontroli sprawowanej przez Trybunał Konstytucyjny, gdyż oznaczałoby to, wbrew przepisom Konstytucji RP, przyznanie Trybunałowi prawa do sprawowania nadzoru nad nadzorem judykacyjnym;

– stan związania wykładnią interpretacyjną, jaka została dokonana w uchwale podjętej przez Sąd Najwyższy w składzie połączonych trzech Izb, odnosi się jedynie do składów orzekających Sądu Najwyższego, a sądy powszechne nie są związane tą uchwałą, natomiast respektowanie wyrażonego poglądu wynika wyłącznie z autorytetu Sądu Najwyższego;

– skład orzekający Sądu Najwyższego **nie może rozstrzygnąć** konkretnej sprawy **w sposób sprzeczny z interpretacją** zawartą w uchwale połączonych Izb SN, mającą moc zasady prawnej;

– związanie składów orzekających ma charakter względny, **możliwe jest** bowiem zainicjowanie procedury zmierzającej do uchwalenia rozstrzygnięcia w przedmiocie odstąpienia od poglądu prawnego mającego moc zasady prawnej¹³².

Rzecznik Praw Obywatelskich w podobnym tonie wypowiada się na temat wniosku szefa polskiego rządu, który w ocenie Rzecznika „prowadzi do podważenia ustrojowej roli Sądu Najwyższego, stanowiąc próbę pozbawienia go kluczowego instrumentu ujednolicania orzecznictwa sądowego, służącego ochronie spójności i integralności krajowego systemu prawnego”¹³³. W dalszej części tego stanowiska zawarto następującą opinię: „jest przykładem **instrumentalizacji prawa** motywowanej względami pozaprawnymi i – w kontekście także innych działań podejmowanych przez organy władzy wykonawczej i ustawodawczej względem władzy sądowniczej – zmierza do sformułowania przez Trybunał Konstytucyjny zakazu, adresowanego do Sądu Najwyższego, podejmowania działań mających na celu zapewnienie spójności i jednolitości wykładni przepisów prawa”¹³⁴.

Prawidłowo użyty zwrot dotyczący „instrumentalizacji prawa” dla realizacji określonych zamierzeń (celów, interesów, jak również korzyści),

¹³² Ibidem, s. 5–11.

¹³³ Pismo Rzecznika Praw Obywatelskich do Trybunału Konstytucyjnego VII.510.48.2020 (sygn. U 2/20), Warszawa, 24 III 2020, s. 3.

¹³⁴ Ibidem, s. 3–4.

ma jednak o wiele szerszy kontekst i wydźwięk semantyczny, może bowiem odnosić się też do innych przedsięwzięć, a także decyzji podejmowanych przez reprezentantów władzy publicznej, w tym sądowniczej.

Prokurator Generalny (będący jednocześnie Ministrem Sprawiedliwości, członkiem KRS i posłem na Sejm RP) wyraża w piśmie do TK krytyczne opinie prawne na temat przedmiotowej uchwały połączonych Izb SN, a dodatkowo wskazuje następujące przesłanki:

- uzasadnienie uchwały Sądu Najwyższego zawiera liczne oceny natury politycznej, podważające przyjęty przez ustawodawcę model demokratycznego wyłaniania składu Krajowej Rady Sądownictwa, a opowiada się za modelem korporacyjnym, w którym sędziowie wybierają sędziów do KRS;

- forma uzasadnienia uchwały SN polemizuje z wyrokiem Trybunału Konstytucyjnego z 25 marca 2019 r., sygn. K 12/18 (OTK ZU A/2019, poz. 17), a także z wcześniejszym wyrokiem TK z 20 czerwca 2017 r., sygn. K 5/17 (OTK ZU A/2017, poz. 48) i tłumaczy motywy faktycznej odmowy wykonania wskazanych orzeczeń, rażąco naruszającej art. 180 ust. 1 Konstytucji;

- treść uzasadnienia uchwały SN, kwestionując stan prawny poprzedzający jej wydanie, stanowi dodatkowy argument za tym, że zakwestionowany akt prawny SN jest aktem normatywnym, zmieniającym regulację prawną (przepisy prawa) obowiązującą w Rzeczypospolitej Polskiej¹³⁵.

Można zatem powiedzieć, że istota sporu na gruncie prawa sprowadza się do rozstrzygnięcia kilku kwestii: czy rozpatrywana uchwała połączonych Izb SN – ze względu na jej treść (mimo zewnętrznej formy) – może być traktowana i utożsamiana z przepisami prawa wydawanymi przez centralne organy państwowe w rozumieniu art. 188 pkt 3 Konstytucji RP, czy kreuje ona nowe normy prawne bądź też wyłącznie rozstrzyga powstałe w orzecznictwie sądowym rozbieżności w wykładni przepisów powszechnie obowiązującego prawa, a także czy Sąd Najwyższy może podejmować działania o charakterze prawotwórczym, należące do wyłącznej kompetencji organu prawodawczego. Oczywiście każda zainteresowana strona prezentuje własną interpretację, jak również argumenty uzasadniające nie tylko przyjęty tok rozumowania, lecz przede wszystkim rzeczywiste intencje i cele, jakie przyświecają podejmowanym działaniom.

¹³⁵ Pismo Prokuratora Generalnego do Trybunału Konstytucyjnego PK VIII TK 33.2020 (sygn. U 2/20), Warszawa, 24 III 2020, s. 4.

Trybunał Konstytucyjny 20 kwietnia 2020 r., orzekając w pełnym składzie, dokonał wiążącego i ostatecznego rozstrzygnięcia sprawy o sygn. U 2/20 większością głosów¹³⁶, uznając że:

Uchwała składu połączonych Izb: Cywilnej, Karnej oraz Pracy i Ubezpieczeń Społecznych Sądu Najwyższego z dnia 23 stycznia 2020 r. (sygn. akt BSA I 4110 1/20, OSNKW nr 2/2020, poz. 7) **jest niezgodna** z:

- a) art. 179, art. 144 ust. 3 pkt 17, art. 183 ust. 1, art. 45 ust. 1, art. 8 ust. 1, art. 7 i art. 2 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej,
- b) art. 2 i art. 4 ust. 3 Traktatu o Unii Europejskiej (Dz.U. z 2004 r. Nr 90, poz. 864/30, ze zm.),
- c) art. 6 ust. 1 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, sporządzonej w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r., zmienionej następnie Protokołami nr 3, 5 i 8 oraz uzupełnionej Protokołem nr 2 (Dz.U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284, ze zm.)¹³⁷.

Można zatem powiedzieć, że ta decyzja TK (podzielająca pogląd wnioskodawcy) stanowi element porządkujący trwające spory prawne odnośnie do statusu sędziów powołanych przez prezydenta spośród kandydatów wyłonionych przez nową KRS, w skład której wchodzi sędziowie wybrani przez Sejm. Z pewnością nie zakończy ona dyskusji na temat zasad praworządności oraz zmian w polskim wymiarze sprawiedliwości, meritum toczącego się konfliktu dotyczy bowiem walki o **władzę, wpływy i kontrolę nad systemem** wymiaru sprawiedliwości oraz sędziowskimi **kadrami**. Zasadniczą rolę odgrywają uprawnienia decyzyjne kształtujące możliwość obejmowania sędziowskich urzędów, awansów, powoływania na kierownicze stanowiska, a także kontroli nad odpowiedzialnością dyscyplinarną. Media aktywnie wpierające kontestatorów przeprowadzanych reform będą oczywiście umniejszały rangę tego wyroku TK poprzez zniekształcanie kontekstu, a także podważanie wiarygodności i zaufania do instytucji w następującej formie: „Trybunał Przyłębskiej o SN: Wykonanie wyroku europejskiego trybunału jest niezgodne z prawem UE”¹³⁸. Wymaga podkreślenia, że nigdy

¹³⁶ Orzeczenie zapadło większością dwunastu głosów, a trzech sędziów zgłosiło zdania odrębne.

¹³⁷ Wyrok TK z 20 IV 2020 r., sygn. U 2/20, <https://trybunal.gov.pl/postepowanie-i-orzeczenia/wyroki/art/11040-uchwala-składu-polaczonych-izb-cywilnej-karnej-oraz-pracy-i-ubezpieczen-spoecznych-sadu-najwyzszego-z-dnia-23-stycznia-2020-r-sygn-akt-bsa-i-4110-120> (dostęp: 20 IV 2020).

¹³⁸ D. Sitnicka, *Trybunał Przyłębskiej o SN: Wykonanie wyroku europejskiego trybunału jest niezgodne z prawem UE*, 20 IV 2020, <https://oko.press/trybunal-przylebskiej-o-sn/> (dostęp: 20 IV 2020).

wcześniej na portalu Oko.press nie użyto podobnego nazewnictwa dla określenia tego konstytucyjnego organu za czasów poprzedniego prezesa, a także w odniesieniu do Sądu Najwyższego, co dobitnie świadczy o nastawieniu do określonych faktów.

Ostatnie wydarzenia potwierdzają słuszność wyrażonej predykcji, gdyż obecnie najnowszy konflikt w sądownictwie dotyczy praktycznej realizacji postanowienia TSUE z 8 kwietnia 2020 r. w sprawie C-791/19 R (Komisja Europejska *versus* Rzeczpospolita Polska), zobowiązującego Rzeczpospolitą Polską do natychmiastowego zawieszenia stosowania przepisów ustawy o Sądzie Najwyższym stanowiących podstawę właściwości Izby Dyscyplinarnej Sądu Najwyższego w sprawach dyscyplinarnych sędziów. Pierwsza Prezes SN dzień po ogłoszeniu postanowienia TSUE (tj. 9 kwietnia 2020 r.) wydała oświadczenie, że w celu wykonania tegoż postanowienia wzywa:

– „wszystkie osoby powołane na stanowisko sędziego Sądu Najwyższego w Izbie Dyscyplinarnej do natychmiastowego powstrzymania się od jakichkolwiek czynności związanych z rozpoznawaniem spraw określonych w art. 27 ustawy z dnia 8 grudnia 2017 r. o Sądzie Najwyższym (Dz.U. z 2019 r., poz. 825)”;

– „pracowników Sądu Najwyższego zatrudnionych w Izbie Dyscyplinarnej do przekazania wszystkich akt spraw, w tym także zakończonych, do Izby Sądu Najwyższego właściwej w związku z zaprzestaniem stosowania art. 27 ustawy z dnia 8 grudnia 2017 r. o Sądzie Najwyższym”¹³⁹.

Podjęte działania w ramach tej formuły wywierania wpływu na sędziów i pracowników Izby Dyscyplinarnej SN w ocenie Pierwszej Prezes „są niezbędne nie tylko dla zapewnienia ochrony praw uczestników postępowań sądowych, ale także dla powstrzymania pogłębiającego się chaosu prawnego w Polsce oraz zapobieżenia ewentualnemu nałożeniu na Polskę okresowych kar pieniężnych”¹⁴⁰. Prezes Izby Dyscyplinarnej SN w wydanym 10 kwietnia 2020 r. komunikacie medialnym zwraca uwagę na fakt, że:

– „Zakres przedmiotowy postanowienia TSUE jest jedynie wąskim fragmentem działalności orzeczniczej Izby Dyscyplinarnej Sądu Najwyższego, do której właściwości zgodnie z wolą ustawodawcy należy

¹³⁹ Oświadczenie Pierwszego Prezesa SN z 9 IV 2020 r. w związku z postanowieniem Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z 8 IV 2020 r., <http://www.sn.pl/aktualnosci/SitePages/Wydarzenia.aspx?ItemSID=622-0dc69815-3ade-42fa-bbb8-549c3c6969c5&ListName=Wydarzenia> (dostęp: 20 IV 2020).

¹⁴⁰ Ibidem.

także rozpatrywanie spraw dyscyplinarnych prokuratorów, adwokatów, radców prawnych, notariuszy, komorników oraz prowadzenie spraw w przedmiocie zezwolenia na pociągnięcie do odpowiedzialności karnej lub tymczasowe aresztowanie sędziów, asesorów sądowych, prokuratorów i asesorów prokuratury. Izba Dyscyplinarna Sądu Najwyższego zajmuje się także sprawami z zakresu prawa pracy i ubezpieczeń społecznych sędziów Sądu Najwyższego i kwestią przejścia ich w stan spoczynku”;

– „Brak jest podstaw do dokonywania rozszerzającej wykładni postanowienia TSUE w przedmiocie zastosowania środków tymczasowych, które wprost w punkcie pierwszym odnosi się do „art. 3 pkt 5, art. 27 i art. 73 § 1 ustawy z dnia 8 grudnia 2017 r. o Sądzie Najwyższym (Dz.U. z 2018 r., poz. 5), ze zmianami, stanowiących podstawę właściwości Izby Dyscyplinarnej Sądu Najwyższego zarówno w pierwszej, jak i w drugiej instancji, w sprawach dyscyplinarnych sędziów”;

– „Normatywną podstawą działalności Izby Dyscyplinarnej Sądu Najwyższego jest art. 27 ustawy z dnia 8 grudnia 2017 r. o Sądzie Najwyższym. Norma ta nie została przez żaden uprawniony do tego organ władzy publicznej zmieniona lub uchylona. Postanowienie TSUE z dnia 8 kwietnia 2020 roku **nie powoduje z mocy prawa zawieszenia obowiązywania spornych przepisów**, a ewentualną decyzję w tym przedmiocie podejmują odpowiednie, uprawnione do tego w państwie prawa, organy. Wynika to z sentencji postanowienia, która wskazuje, że to Rzeczpospolita Polska zobowiązana jest do jego wykonania”;

– „fundamentalnym obowiązkiem każdego sędziego jest sprawowanie wymiaru sprawiedliwości na podstawie i w granicach prawa, co wynika z zasady legalizmu i treści roty ślubowania”¹⁴¹.

Ponadto w wydanym oświadczeniu poinformowano, że 9 kwietnia 2020 r. skierowano **pytanie prawne do Trybunału Konstytucyjnego** dotyczące oceny zgodności z Konstytucją RP przepisów Traktatu o Unii Europejskiej oraz Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej w zakresie zobowiązania państwa członkowskiego przez TSUE do wykonania środków tymczasowych w sprawach dotyczących ustroju i funkcjonowania konstytucyjnych organów władzy sądowniczej¹⁴².

¹⁴¹ Oświadczenie Prezesa Sądu Najwyższego kierującego pracą Izby Dyscyplinarnej SN z 10 IV 2020, <http://www.sn.pl/aktualnosci/SitePages/Wydarzenia.aspx?ItemSID=625-0dc69815-3ade-42fa-bbb8-549c3c6969c5&ListName=Wydarzenia> (dostęp: 20 IV 2020).

¹⁴² Ibidem.

Okazało się, że 20 kwietnia 2020 r. (a więc tego samego dnia, w którym zapadł wyrok TK w sprawie uchwały połączonych Izb SN) Pierwsza Prezes SN wydała zarządzenie nr 48/2020. Podstawę prawną dla wydanego dokumentu stanowi art. 14 § 1 Ustawy z dnia 8 grudnia 2017 r. o Sądzie Najwyższym¹⁴³ oraz **kierowanie się treścią uchwały** składu połączonych Izb: Cywilnej, Karnej oraz Pracy i Ubezpieczeń Społecznych z 23 stycznia 2020 r., w zakresie, w jakim uchwała ta rzutuje na możliwość rozpoznawania określonych spraw przez Izbę Dyscyplinarną SN. W analizowanym dokumencie zawarte są stwierdzenia o **zawieszeniu** z dniem 8 kwietnia 2020 r. **praw** Izby Dyscyplinarnej w zakresie przyjmowania oraz rozpoznawania spraw należących do właściwości tej Izby, **zawieszenia** wykonywania przez Prezesa kierującego pracą Izby Dyscyplinarnej **kompetencji** w zakresie wyznaczania właściwego sądu dyscyplinarnego, z mocy wydanego w tym dniu postanowienia TSUE o zastosowaniu środków tymczasowych w sprawie C-791/19¹⁴⁴.

Te przytoczone i udokumentowane fakty jednoznacznie wskazują na całkowitą rozbieżność interpretacyjną, odmienne przesłanki prawne oraz argumenty podawane w oświadczeniach, a jednocześnie stanowiące motywy dla decyzji podejmowanych przez Pierwszego Prezesa SN i Prezesa SN kierującego pracami Izby Dyscyplinarnej. Jest to dowód potwierdzający relatywizm ocen i dowolność stosowania prawa dla realizacji określonych celów i potrzeb. Takie działania są możliwe dzięki posiadanej władzy ze względu na zajmowanie stanowisk (pełnienie funkcji), co ma ścisły związek z przyznaniem danej osobie uprawnień, kompetencji decyzyjnych do wykorzystywania przepisów prawa w praktyce zarządzania. Po zakończeniu kadencji Pierwszego Prezesa SN, sędzia, który został przez Prezydenta RP wyznaczony do pełnienia obowiązków na tym stanowisku, 5 maja 2020 r. wydał zarządzenie nr 55/2020 **uchylające** wcześniejsze zarządzenie z dnia 20 kwietnia 2020 r. Podano następującą podstawę prawną: art. 14 § 1 w zw. z art. 111 § 4 oraz art. 111a w zw. z art. 13a Ustawy z dnia 8 grudnia 2017 r. o Sądzie Najwyższym¹⁴⁵. Zdecydowano jednocześnie, że prze-

¹⁴³ Dz.U. 2019, poz. 825 ze zm.

¹⁴⁴ Szerzej zob. Zarządzenie Pierwszego Prezesa SN z dnia 20 IV 2020 r. dotyczące Izby Dyscyplinarnej, <http://www.sn.pl/aktualnosci/SitePages/Wydarzenia.aspx?ItemSID=628-0dc69815-3ade-42fa-bbb8-549c3c6969c5&ListName=Wydarzenia> (dostęp: 20 IV 2020).

¹⁴⁵ Zarządzenie Pierwszego Prezesa SN nr 55/2020 z dnia 5 V 2020 r. o wykonaniu postanowienia TSUE z 8 IV 2020 r. o zastosowaniu środków tymczasowych w sprawie C-791/19 oraz o uchyleniu zarządzenia z dnia 20 IV 2020 r., <http://www.sn.pl/aktualnosci/SitePages/>

kazywanie nowych spraw dotyczących postępowań dyscyplinarnych sędziów należących do właściwości Izby Dyscyplinarnej SN zostaje wstrzymane do czasu utraty mocy postanowienia TSUE lub wydania orzeczenia przez Trybunał Konstytucyjny w sprawie o sygn. P 7/20.

Podsumowanie

Przeprowadzona analiza oraz poczynione rozważania upoważniają do konstatacji, że niektóre opisywane fakty, zdarzenia, podejmowane decyzje, a także inicjowane procesy mogą stanowić egzemplifikację wzorców postępowania, jakie są charakterystyczne dla czynów określanych mianem legalnej korupcji. Biorąc pod uwagę rzeczywiste intencje i zamierzenia stron (zorganizowanych grup) zaangażowanych w te przedsięwzięcia, owe praktyki są świadomie zaplanowanym scenariuszem uzgodnionych i zaakceptowanych do realizacji jawnych (formalnych) działań, umożliwiających intencjonalne wykorzystywanie posiadanej władzy dla ochrony partykularnych interesów, a także materializacji określonych celów. W szerokim ujęciu znaczeniowym to właśnie tzw. legalna korupcja, przejawiająca się w naruszaniu podstawowych praw jednostki¹⁴⁶, w tym zasady równego traktowania przez władze publiczne, dokonuje prawdziwej **segregacji obywateli** na dwie kategorie: grupę uprzywilejowanych beneficjentów, mających zapewnione prawo do godnej pracy, zajmowania stanowisk, awansów, akceleracji rozwoju zawodowego, ścieżek kariery, przywilejów, ponadprzeciętnych apanaży itd., oraz ludzi skutecznie marginalizowanych, wykluczanych i blokowanych, tj. obywateli gorszej kategorii, którym takie prawa w praktyce nie przysługują.

E. Maciejewska za pośrednictwem specjalnej strony internetowej¹⁴⁷ dzieli się cennymi przemyśleniami, które pozwalają bliżej poznać nastroje socjety sędziów. Autorka uważa, że „zabieg dyskredytowania i usuwania dotychczasowych elit wcale nie służy obywatelom. Służy stworzeniu nowej elity, która będzie wdzięczna, całkowicie zależna

Wydarzenia.aspx?ItemSID=643=0-d69815c3-ade42-fa-bb8b549-3c6969c5c&ListName=Wydarzenia (dostęp: 5 V 2020).

¹⁴⁶ A. Peters, *Corruption as a Violation of International Human Rights*, „European Journal of International Law” 2018, vol. 29, iss. 4, s. 1251–1287.

¹⁴⁷ Strona informacyjna sędziów Okręgu Łódzkiego, <http://sedziowlodzcy.pl/> (dostęp: 23 I 2020).

i bezwzględnie posłuszna władzy, która ją wykreowała¹⁴⁸. Należy się zgodzić z wnioskiem, że obsada eksponowanych funkcji stanowi dominujący i najważniejszy jak dotąd efekt przeprowadzanych reform, co dla zwykłych obywateli faktycznie nie ma najmniejszego znaczenia. Daje się jednak przy tym bardzo wyraźnie dostrzec totalną walkę pomiędzy **starymi** i **nowymi elitami** sędziowskimi o utrzymanie wpływów, przywilejów, kumulowanie władzy, budowanie sieci powiązań, wzajemnych interesów, umacnianie wykreowanych zależności itd. To właśnie w głównej mierze do tego sprowadza się istota sporu o przestrzeganie Konstytucji, łamanie zasad demokratycznego państwa, praworządność i tzw. niezależność sędziowską. Oczywiście w komunikatach kierowanych do opinii publicznej świadomie używa się emocjonalnych sformułowań, odnoszących się do zamachu stanu, a nawet stanu wojennego, co dobitnie świadczy o intencjach takich odezw do obywateli: „Stan wojenny w sądownictwie nie jest potrzebny, w sądownictwie jest konieczny Okrągły Stół. Dlatego, Szanowni Obywatele, nie dajcie się zmanipulować i brońcie niezależnych sądów¹⁴⁹”.

Ludzie obserwujący z uwagą bieżące wydarzenia mogą się poczuć zdezorientowani sprzecznymi informacjami, jakie docierają do społeczeństwa na temat wielokrotnego naruszenia konstytucji, działań będących przejawem rażącego nadużycia prawa, a także innych przykładów nadużycia władzy przez funkcjonariuszy publicznych¹⁵⁰, za które nikt nie ponosi odpowiedzialności. Wypada żałować, że taka sytuacja znacząco podważa zaufanie do państwa i jego organów, jeśli bowiem zwykły obywatel przekracza swoje uprawnienia lub podejmuje działania niezgodne/sprzeczne z prawem, to ponosi z tego tytułu daleko idące konsekwencje (gdyż każdy ma obowiązek przestrzegania prawa Rzeczypospolitej Polskiej, co wynika z art. 83 Konstytucji). Pogłębiona analiza nakreślonego problemu uwzględniająca rozważania na temat istoty legalnej korupcji z pewnością będzie mieć cenne walory edukacyjne nie tylko dla prawników¹⁵¹.

¹⁴⁸ Szerzej zob. E. Maciejewska, *Stan wojenny w sądownictwie*, 15 XII 2019, <http://www.sedziowie.nazwa.pl/nucleus/index.php?itemid=160#more> (dostęp: 23 I 2020).

¹⁴⁹ Ibidem.

¹⁵⁰ W. Walczak, *Nadużycie władzy publicznej elementem korupcji – próba szerszego ujęcia zjawiska*, „Kontrola Państwowa” 2019, nr 3, s. 109–125.

¹⁵¹ J. Jabłońska-Bońca, *Trzeba inaczej uczyć. Kilka uwag o homo zappiens i miękkich umiejętnościach komunikacyjnych prawników*, „Krytyka Prawa” 2018, nr 2, s. 373–394.

INSTRUMENTAL USE OF JUDICIAL POWER AFTER THE JUDGMENT OF THE TSUE – MULTIDIMENSIONAL ANALYSIS OF LEGAL CORRUPTION

Summary

The article presents considerations and multifaceted analyses of the conditions and motives of judicial decisions taken after the judgment of the TSUE 19 November 2019, in the context of how Poland's judiciary system functions. It begins by explaining how to perceive and understand the essence of legal corruption in terms of the use of law, power and professional position. The possibilities of the intentional use of judicial power for specific needs and purposes is discussed in this context.

The next part of the paper is devoted to a critical analysis of selectively interpreted right to a tribunal enshrined in art. 45 of the Polish Constitution in connection with other values enshrined therein. The right of every citizen to a fair and public hearing of their case, without undue delay by a competent, independent, impartial and independent court, is presented in terms of the constitutional perspective, the principle of equal treatment and non-discrimination. The problem outlined here is considered from the point of view of protection against the arbitrariness of authorities and the possibility of appealing against personnel decisions enabling employment to be taken up in selected positions in state institutions. Attention is paid to the privileged legal position of judges over other citizens. The issues described and the arguments presented in this article are entirely overlooked in the literature, as well as in public debate.

What follows is an explanation of how TSUE rulings are interpreted differently by various public authorities. Reference is also made to the dictum of the Supreme Court judgment of 5 December 2019, which was issued in its Labour Law and Social Security Chamber. That process initiated specific actions and activities taken by individual groups of Supreme Court judges. Finally, the resolution of the combined three chambers of the Supreme Court on 23 January 2020, the judgment of the Constitutional Tribunal of 20 April 2020, and divergent decisions regarding the implementation of the TSUE's position of 8 April 2020 are discussed.

Keywords: judicial authority – Polish Constitution – legal corruption – internal security – social justice

LITERATURA

- Chmielarz-Grochal A., *Bezpośrednie stosowanie art. 45 ust. 1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*, „Przegląd Prawa Konstytucyjnego” 2016, nr 3, s. 67–101.
- Duraj N., *Przestępstwa nadużycia władzy i korupcji w prawie karnym Federacji Rosyjskiej*, „Przegląd Policyjny” 2019, nr 2, s. 42–57.
- Fazekas M., Toth I.J., *From Corruption to State Capture: A New Analytical Framework with Empirical Applications from Hungary*, „Political Research Quarterly” 2016, vol. 69, iss. 2, s. 320–334.

- Florczak-Wątor M., *Prawo do sądu jako prawo jednostki i jako gwarancja horyzontalnego działania praw i wolności*, „Przegląd Prawa Konstytucyjnego” 2016, nr 3, s. 47–66.
- Gieroń K., *Prawo do sądu w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego i orzecznictwie sądowym*, w: „Rodzinna Europa”. Europejska myśl polityczno-prawna u progu XXI wieku, pod red. P. Fitkusa, H. Malewskiego, M. Marszała, Wrocław 2015, s. 555–571.
- Grajewski K., *Założenia i rzeczywistość władzy sądowniczej – uwagi w dwudziestą rocznicę wejścia w życie Konstytucji III RP*, „Przegląd Konstytucyjny” 2018, nr 1, s. 37–64.
- Grzybowski T., *Jednolitość orzecznictwa a paradygmat interpretacyjny (ze szczególnym uwzględnieniem reguły clara non sunt interpretanda)*, „Archiwum Filozofii Prawa i Filozofii Społecznej” 2013, nr 2, s. 25–37.
- Hałub-Kowalczyk O., Jabłoński M., Radajewski M., *Identyfikacja treści prawa do sądu – wybrane zagadnienia*, Wrocław 2019.
- Informacja o działalności Rzecznika Praw Obywatelskich w obszarze równego traktowania za rok 2018 oraz o przestrzeganiu zasady równego traktowania w Rzeczypospolitej Polskiej*, 25 XI 2019.
- Jabłońska-Bońca J., *Trzeba inaczej uczyć. Kilka uwag o homo zappiens i miękkich umiejętnościach komunikacyjnych prawników*, „Krytyka Prawa” 2018, nr 2, s. 373–394.
- Jabłoński P., *O deskryptywnym poziomie interpretacji tekstu prawnego*, „Studia Prawno-Ekonomiczne” 2018, nr 106, s. 29–53.
- Jabłoński P., Pichlak M., *Miejsce refleksji krytycznej w instytucjonalnej wiedzy o prawie*, „Principia” 2013, nr 57–58, s. 269–295.
- Jaworska M., *Prawo do sądu*, w: *Realizacja i ochrona konstytucyjnych wolności i praw w polskim porządku prawnym*, pod red. M. Jabłońskiego, Wrocław 2014, s. 127–152.
- Kaleta K., *Sądownictwo konstytucyjne w warunkach ponowoczesności*, w: *Teoria prawa. Między nowoczesnością a ponowoczesnością*, pod red. A. Samonek, Kraków 2013, s. 21–29.
- Kiciński K., *„Sygnalista” w państwie prawa – spojrzenie z perspektywy socjologii moralności*, w: *Skarżypyty, donosiciele, sygnaliści? Studium socjologiczno-prawne*, pod red. J. Arcimowicz, M. Bieńko, B. Łaciak, Warszawa 2018, s. 231–245.
- Kondej M., *Przelamanie rezultatów wykładni językowej zgodnie z zasadą nadrzędności Konstytucji*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2019, z. 3, s. 39–52.
- Kusiak J., *Rule of Law and Rules-lawyering: Legal Corruption and „Reprivatization Business” in Warsaw*, „International Journal of Urban and Regional Research” 2019, vol. 43, iss. 3, s. 589–596.
- Łukowiak D., *Glosa do wyroku Trybunału Konstytucyjnego z 25 marca 2019 r., sygn. akt K 12/18 (wybór sędziów do składu Krajowej Rady Sądownictwa przez Sejm)*, „Przegląd Konstytucyjny” 2019, nr 3, s. 101–112.
- Maciel G.G., Sousa de L., *Legal Corruption and Dissatisfaction with Democracy in the European Union*, „Social Indicators Research” 2018, vol. 140, iss. 2, s. 653–674.
- Majchrowski J., *Źródła prawa a praktyka polityczna*, w: *Źródła prawa. Teoria i praktyka*, pod red. T. Giary, Warszawa 2016, s. 51–65.
- Maksimiuk D., *Z działalności Komisji KC PZPR do spraw Wymiaru Sprawiedliwości, Bezpieczeństwa i Porządku Publicznego w 1957 r. Przyczynek do badań nad wpływem PZPR na wymiar sprawiedliwości*, „Miscellanea Historico-Iuridica” 2015, t. 14:

- Studia dedykowane Profesorowi Adamowi Lityńskiemu w 75-lecie urodzin i 50-lecie pracy naukowej*, pod red. P. Fiedorczyka, s. 57–72.
- Matczak M., *Argumentum ad absurdum w uzasadnieniu decyzji stosowania prawa a założenie o racjonalności prawodawcy – analiza krytyczna*, w: *Uzasadnienia stosowania prawa*, pod red. I. Rzucidło-Grochowskiej, M. Grochowskiego, Warszawa 2015, s. 102–115.
- Mazur P., *Uwagi o odpowiedzialności dyscyplinarnej sędziów za rażącą i oczywistą obrazę prawa w polskim systemie prawnym*, „Ethics in Progress” 2017, t. 8, nr 2, s. 97–109.
- Meandry prawa – teoria i praktyka. Księga jubileuszowa prof. zw. dra hab. Mieczysława Goettela*, pod red. E. Pływaczewskiego, J. Bryka, Szczytno 2017.
- Minich D., *Konstytucja – konstytucjonalizm – neokonstytucjonalizm*, „Przegląd Prawa Publicznego” 2018, nr 12, s. 68–75.
- Minich D., *Konstytucja oraz konstytucjonalizm w dobie ponowoczesnej*, w: *Teoria prawa. Między nowoczesnością a ponowoczesnością*, pod red. A. Samonek, Kraków 2013, s. 31–39.
- Minich D., *Veto players jako koncepcja rywalizacji o władzę pomiędzy organami władzy państwowej*, „Przegląd Prawa Publicznego” 2018, nr 7–8, s. 43–53.
- Nieżgódka-Medek M., *Krajowa Rada Sądownictwa jako gwarant niezależności sądów i niezawisłości sędziów do czasu wprowadzenia zmian na przełomie 2017 i 2018 r.*, w: *Konstytucja. Praworządność. Władza Sądownicza. Aktualne problemy trzeciej władzy w Polsce*, pod red. Ł. Bojarskiego, K. Gajewskiego, J. Kremera, G. Ott, W. Żurka, Warszawa 2019, s. 93–106.
- Patora K., *Analiza korupcji*, „Studia Iuridica Toruniensia” 2018, nr 22, s. 253–270.
- Peters A., *Corruption as a Violation of International Human Rights*, „European Journal of International Law” 2018, vol. 29, iss. 4, s. 1251–1287.
- Pethe A., Tandel V., Gandhi S., *Unravelling the Anatomy of Legal Corruption: Focusing on ‘Honest Graft’ by Politicians*, „Economic and Political Weekly” 2012, vol. 47, no. 21, s. 55–62.
- Pilipiec S., *Zasada prawa do sądu w Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej i Konstytucji Federacji Rosyjskiej*, „Annales Universitatis Mariae Curie Skłodowska, Lublin – Polonia”, Sectio G, 2003/2004, vol. 50/51, s. 151–165.
- Piotrowski R., *Pojęcia zastane w Konstytucji RP. Dylematy teorii i praktyki*, w: *Źródła prawa. Teoria i praktyka*, pod red. T. Giary, Warszawa 2016, s. 21–50.
- Piotrowski R., *Sędziowie i granice władzy demokratycznej w świetle Konstytucji RP*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2018, nr 1, s. 215–229.
- Rakowska-Trela A., *Krajowa Rada Sądownictwa po wejściu w życie nowelizacji z 8.12.2017 r. – organ nadal konstytucyjny czy pozakonstytucyjny?*, w: *Konstytucja. Praworządność. Władza sądownicza. Aktualne problemy trzeciej władzy w Polsce*, pod red. Ł. Bojarskiego, K. Gajewskiego, J. Kremera, G. Ott, W. Żurka, Warszawa 2019, s. 107–122.
- Rakowska-Trela A., *Sądy i sędziowie wobec niedemokratycznych przemian*, „Studia Politologiczne” 2018, t. 47, s. 299–315.
- Siudowski M., *Prawo do sądu. Raport z monitoringu ochrony praw podstawowych w Polsce*, Lublin 2006.
- Skrzypiński D., *Odpowiedzialność sędziów w świetle zjawiska judykalizacji polityki*, „Wrocławskie Studia Politologiczne” 2014, nr 17, s. 53–64.

- Skuczyński P., *Bezpośrednie stosowanie Konstytucji RP przez sądy a odpowiedzialność dyscyplinarna sędziów*, „Kwartalnik o Prawach Człowieka” 2017, nr 3–4, s. 88–95.
- Skuczyński P., *Nierepresyjne funkcje odpowiedzialności dyscyplinarnej a model postępowania w sprawach dyscyplinarnych*, „Przegląd Legislacyjny” 2017, nr 3, s. 35–53.
- Taborowski M., *Mechanizmy ochrony praworządności państw członkowskich w prawie Unii Europejskiej. Studium przebudzenia systemu ponadnarodowego*, Warszawa 2019.
- Tkaczyk E., *Konstytucyjne prawo do sądu jako jedna z najważniejszych gwarancji praw człowieka w państwie demokratycznym. Aspekt teoretyczny*, „Studia Prawnicze i Administracyjne” 2017, nr 20(2), s. 39–46.
- Tomza A., *Kwestia politycznych nominacji sędziów do Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych w poglądach Antonina G. Scalii – In memoriam*, „Folia Iuridica Universitatis Wratislaviensis” 2018, vol. 7, no. 1, s. 161–172.
- Tuleja P., *Division of Power and the Problem of Excessive Concentration of Power in the Light of the Polish Constitution*, „Przegląd Konstytucyjny” 2018, nr 4, s. 59–75.
- Tworzenie a stosowanie prawa w Polsce. Teoria i praktyka*, pod red. M. Mazuryka, D. Kołtowskiego, K. Sadowskiego, Warszawa 2014.
- Utz A.F., *Pojęcie prawa w teorii i praktyce*, „Roczniki Nauk Prawnych” 2010, nr 2, s. 7–15.
- Walczak W., *Korupcja jako sieć wpływów, powiązań i zależności*, „Przegląd Bezpieczeństwa Wewnętrznego” 2018, nr 19, s. 11–41.
- Walczak W., *Korupcja – ujęcie prakseologiczne i ekonomiczne*, „Policja. Kwartalnik Kadry Kierowniczej Policji” 2019, nr 2, s. 10–21.
- Walczak W., *Legalna korupcja metodą zapewniania korzyści majątkowych i osobistych*, „Annales Universitatis Paedagogicae Cracoviensis. Studia de Securitate” 2020, nr 1, s. 217–256.
- Walczak W., *Nadużycie władzy publicznej elementem korupcji – próba szerszego ujęcia zjawiska*, „Kontrola Państwowa” 2019, nr 3, s. 109–125.
- Walczak W., *Przestępstwa korupcyjne a legalna korupcja – aspekty ekonomiczne i prawne*, „Przegląd Bezpieczeństwa Wewnętrznego” 2019, nr 21, s. 44–81.
- Wielki R., *Dostęp do informacji publicznej jako prawne narzędzie zwalczania korupcji. (Glosa do wyroku Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 3 stycznia 2012 r., sygn. akt: I OSK 2157/11)*, „Opolskie Studia Administracyjno-Prawne” 2017, nr 3, s. 115–123.
- Zajadło J., *Magiczny trójkąt: prawodawcy, sędziowie, profesorowie*, w: *Konstytucja. Praworządność. Władza sądownicza. Aktualne problemy trzeciej władzy w Polsce*, pod red. Ł. Bojarskiego, K. Gajewskiego, J. Kremera, G. Ott, W. Żurka, Warszawa 2019, s. 65–90.
- Zalizowski G., *Prawo do sądu na tle Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej w kontekście europejskiej Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności*, w: *Duch praw w krajach Europy Środkowo-Wschodniej*, pod red. M. Kępy, M. Marszał, Wrocław 2016, s. 13–31.

ALEKSANDRA PYKA*

Ocena skutków dla ochrony danych

Wprowadzenie

Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE¹ jest aktem normatywnym stosowanym od 25 maja 2018 r. przez państwa członkowskie Unii Europejskiej. Powołany akt normatywny wprowadził wiele zmian w dotychczasowym porządku prawnym. Przykładem tego jest zniesienie obowiązku notyfikacyjnego, a więc konieczności zgłaszania do rejestracji Generalnemu Inspektorowi Ochrony Danych Osobowych (obecnie kontynuatorowi GIODO – Prezesowi Urzędu Ochrony Danych Osobowych) zbiorów danych osobowych. Nowe ramy prawne zobowiązują administratorów do przeprowadzenia oceny skutków dla ochrony danych opartej na analizie ryzyka (ang. *risk-based approach*). Formą rozliczalności z realizacji tego zadania będzie DPIA (ang. *data protection impact assessment*), czyli ocena skutków dla ochrony danych osobowych. Warto przy tym nadmienić, że nie jest to zupełnie nowa koncepcja, która pojawia się w unijnym porządku prawnym². Nie bez znaczenia pozostaje fakt, że Parlament Europejski określił ocenę skutków dla ochrony danych jako „zasadniczy rdzeń każdego zrównoważonego planu ochrony danych” („Impact assessments are the essential core of any sustainable

* Aleksandra Pyka, mgr, Katolicki Uniwersytet Lubelski Jana Pawła II, e-mail: pyka@kul.lublin.pl, <https://orcid.org/0000-0003-2882-9614>.

¹ Dz.Urz. UE L 119 z 4 V 2016 r., dalej „rozporządzenie ogólne”.

² Szerzej: O. Lynskey, *The Foundations of EU Data Protection Law*, Oxford 2015, s. 81.

data protection framework”³). **Celem głównym niniejszego artykułu jest przedstawienie zagadnienia dokonywania oceny skutków dla ochrony danych przez administratorów, w szczególności uwzględniając problematyczną interpretację przepisów wynikającą z użycia przez prawodawcę unijnego wielu zwrotów niedookreślonych.**

1. Istota oceny skutków dla ochrony danych

Jak wynika z art. 35 ust. 1 rozporządzenia ogólnego, „jeżeli dany rodzaj przetwarzania – w szczególności z użyciem nowych technologii – ze względu na swój charakter, zakres, kontekst i cele z dużym prawdopodobieństwem może powodować wysokie ryzyko naruszenia praw lub wolności osób fizycznych, administrator przed rozpoczęciem przetwarzania dokonuje oceny skutków planowanych operacji przetwarzania dla ochrony danych osobowych. Dla podobnych operacji przetwarzania danych wiążących się z podobnym wysokim ryzykiem można przeprowadzić pojedynczą ocenę”. Przeprowadzenie oceny skutków jest nieodzownie związane z analizą ryzyka wynikającego z operacji przetwarzania danych⁴. Nad uściśleniem definicji „wysokiego ryzyka” pracowała Grupa Robocza Art. 29 ds. Ochrony Danych, która w sposób niewiążący – poprzez wydanie opinii – określiła sposób interpretacji tego pojęcia. Niemniej konieczność przeprowadzenia oceny skutków będzie zależeć od takich determinantów, jak: charakter, zakres, kontekst i cel przetwarzania danych, co tym samym doprowadzi do maksymalnego zindywidualizowania oceny ryzyka w procesach przetwarzania danych osobowych. W myśl motywu 76 preambuły rozporządzenia ogólnego to właśnie do tych czynników należy się odnieść, analizując prawdopodobieństwo i powagę ryzyka naruszenia praw lub wolności osoby, której

³ Zob. <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=TA&language=EN&reference=P7-TA-2014-0212#BKMD-6> (dostęp: 13 V 2020).

⁴ Występowanie ryzyka jest nieodzownym elementem tzw. procesu PIA (ang. *Privacy Impact Assessment*). Według metodologii francuskiego organu ds. ochrony danych osobowych (CNIL) PIA spoczywa na dwóch filarach, a mianowicie na podstawowych prawach i zasadach niepodlegających żadnym negocjacom (fr. *non négociables*) oraz na zarządzaniu ryzykiem związanym z ochroną prywatności osób, których dane dotyczą, co determinuje techniczne i organizacyjne środki kontroli w celu ochrony danych osobowych (fr. *les principes et droits fondamentaux, la gestion des risques sur la vie privée des personnes concernées*). Szerzej zob. <https://www.cnil.fr/sites/default/files/typo/document/CNIL-PIA-1-Methodology.pdf> (dostęp: 10 V 2020).

dane dotyczą. W znacznej większości będzie się to odnosić do operacji lub zestawów operacji przetwarzania z użyciem nowych technologii (rozumianych stosunkowo szeroko – produktów, urządzeń etc.).

Wstępna analiza odpowiedzi udzielonych przez organy nadzorcze ds. ochrony danych w poszczególnych państwach członkowskich na pytania zawarte w kwestionariuszu Grupy Roboczej Art. 29 wskazuje na to, że w pewnych przypadkach organy te są zgodne, np. co do rodzaju danych, których przetwarzanie może wymagać przeprowadzenia oceny skutków dla ochrony danych. Do takich rodzajów danych zaliczyć można dane uwierzytelniające (ang. *credentials*), behawioralne (ang. *behavioural*), lokalizacyjne (ang. *location data*), finansowe (ang. *financial*) oraz specjalnych kategorii (ang. *special categories*) [tj. dane, o których mowa w art. 9 ust. 1 rozporządzenia ogólnego – dop. A.P.]. Dotychczas obowiązująca polska Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. o ochronie danych osobowych⁵ nie posługiwała się przywołanymi pojęciami, niemniej można w niej wyodrębnić dane szczególnie chronione (wrażliwe/sensytywne) wskazane w art. 27 ust. 1. Warto przy tym zwrócić uwagę, że w świetle rozporządzenia ogólnego do różnych danych zaklasyfikować można jednocześnie te same dane osobowe. O takiej sytuacji mowa w odniesieniu do danych biometrycznych, które zgodnie z art. 9 ust. 1 omawianego aktu należą do szczególnej kategorii danych, a jednocześnie mogą być „wykorzystywane” jako dane uwierzytelniające (np. w sektorze bankowym w aplikacjach mobilnych dla klientów z biometrycznym dostępem), czy też jako dane behawioralne (np. identyfikacja osoby na podstawie sposobu poruszania się w systemie nadzoru wizyjnego).

Ocena ryzyka jest nieodzownym elementem DPIA. Niewykluczone, że administratorzy będą sugerować się m.in. także opiniami Grupy Roboczej Art. 29 ds. Ochrony Danych, jako niezależnego podmiotu o charakterze doradczym, w zakresie zasadności przeprowadzania oceny skutków dla ochrony danych osobowych, czy też Europejskiej Rady Ochrony Danych. Posiłkowanie się opiniami lub wytycznymi wyżej wskazanych podmiotów może być korzystnym rozwiązaniem dla administratorów. Wspomniane opinie lub wytyczne nie mają co prawda charakteru wiążącego, lecz odznaczają się sporym stopniem fachowości. Można wskazać, że Grupa Robocza Art. 29 nierzadko podkreślała w swoich opiniach konieczność przeprowadzenia choćby oceny ryzyka przed rozpoczęciem przetwarzania danych. Jak bowiem wynika z opinii

⁵ Tekst jedn. Dz.U. 2016, poz. 922.

5/2012 Grupy Roboczej Art. 29 ds. Ochrony Danych przyjętej w dniu 1 lipca 2012 r. w sprawie przetwarzania danych w chmurze obliczeniowej, „w konsekwencji warunkiem wstępnym polegania na rozwiązaniach *cloud computingu* jest przeprowadzenie przez administratora odpowiedniej oceny ryzyka, obejmującej lokalizację serwerów, gdzie przetwarzane są dane, oraz rozważenie zagrożeń i korzyści z perspektywy ochrony danych [...]”⁶.

1.1. Pojęcie „wysokiego ryzyka”

Odnosząc się do literalnego brzmienia definicji ryzyka zawartej w słowniku języka polskiego, pod pojęciem tym należy rozumieć „możliwość, że coś się nie uda; też przedsięwzięcie, którego wynik jest niepewny”, czy też „odważenie się na takie niebezpieczeństwo”⁷. Biorąc jednak pod uwagę, że niniejszy artykuł dotyczy tematyki ochrony danych osobowych, warto odnieść się przy tym do definicji ryzyka zawartych w normach technicznych ISO, w tym ISO 27001 (tj. normach zapewniających kompleksowe podejście do zagadnienia bezpieczeństwa informacji)⁸. W piśmiennictwie podkreśla się różnorodność znaczeniową tego pojęcia, jaka występuje w przywołanych normach⁹. Z kolei według norm PN-I-02000:2002-3.1.096 oraz PN-ISO/IEC 2382-8:2001-08.05.09 ryzyko to „możliwość, że konkretne zagrożenie wykorzysta konkretną podatność systemu przetwarzania danych”. Ponadto norma ISO 31000:2009 definiuje ryzyko jako „skutek niepewności do ustalonych celów”¹⁰. Ta niespójność w siatce pojęciowej odnośnie do znaczenia ryzyka wynika przede wszystkim z rozbieżnych zakresów wskazanych norm.

Rozporządzenie ogólne wprowadza gradację występującego w operacjach lub zestawach operacji przetwarzania ryzyka na: „ryzyko” i „wysokie ryzyko”. Przykładowo, jak stanowi motyw 76 preambuły rozporządzenia ogólnego, „[r]yzyko należy oszacować na podstawie ww. obiektywnej oceny, w ramach której stwierdza się, czy z operacjami

⁶ Opinia 5/2012 z dnia 1 VII 2012 r. (01037/12/PL, WP 196).

⁷ Hasło „Ryzyko”, <http://sjp.pwn.pl/sjp/ryzyko;2518509.html> (dostęp: 10 V 2020).

⁸ Są to normy techniczne określające standardy w zakresie bezpieczeństwa informacji ustanowione przez Międzynarodową Organizację Normalizacyjną (ang. *International Organization for Standardization* – ISO).

⁹ D. Lisiak-Felicka, M. Szmit, *Cyberbezpieczeństwo administracji publicznej w Polsce. Wybrane zagadnienia*, Kraków 2016, s. 35.

¹⁰ Ibidem.

przetwarzania danych wiąże się ryzyko lub wysokie ryzyko”. DPIA powinno być przeprowadzone wówczas, gdy operacja przetwarzania wiązać się będzie nierozdzielnie z zaistnieniem „dużego prawdopodobieństwa” wystąpienia wysokiego ryzyka naruszenia praw lub wolności podmiotów danych. Niemniej biorąc pod uwagę, że nie każda operacja wiąże się z istnieniem prawdopodobieństwa – w stopniu wysokim – naruszenia praw i wolności podmiotów danych, warto przy tym wyodrębnić także pojęcie „niskiego ryzyka”. Określenie takie nie wynika wprost z treści przepisów rozporządzenia ogólnego, ale pojawiło się już w piśmiennictwie. Jak wskazują przedstawiciele doktryny, „identyfikuje się ją [kategorię niskiego ryzyka – dop. A.P.] na podstawie sformułowań art. 27 ust. 2 lit. a) oraz art. 33 ust. 1 rozporządzenia 2016/679”¹¹.

Nawiązując do zwrotu „wysokiego ryzyka naruszenia praw lub wolności osób fizycznych”, należy nadmienić, że przeprowadzenie DPIA nie będzie się odnosiło wyłącznie do przypadków prawdopodobnego zaistnienia wysokiego ryzyka naruszenia wyłącznie prawa do prywatności, którego emanacją jest w polskim porządku prawnym art. 47 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej¹² stanowiący, że „każdy ma prawo do ochrony prawnej życia prywatnego, rodzinnego, czci i dobrego imienia oraz do decydowania o swoim życiu osobistym”. Jak bowiem wynika z opinii 07/2013 Grupy Roboczej Art. 29 ds. Ochrony Danych w sprawie szablonu oceny skutków w zakresie ochrony danych na potrzeby inteligentnych sieci i inteligentnych systemów pomiarowych, opracowanego przez grupę ekspertów nr 2 w ramach grupy zadaniowej Komisji ds. inteligentnych sieci, „w przypadku gdy w szablonie [oceny skutków – dop. A.P.] stosowana jest odmienna terminologia, np. odnosząca się jedynie do prawa do prywatności, trzeba ją interpretować jako odniesienie do bardziej kompleksowego pojęcia”¹³. Abstrahując w powyższym od kwestii samego szablonu, należy podkreślić, że stwierdzenie to oznacza tym samym, iż przeprowadzenie DPIA powinno określać szacunkowe – wymierne – skutki przetwarzania danych, jak chociażby straty finansowe, dyskryminację cenową, czy też – jak wskazuje się w przywołanej opinii – przestępstwa ułatwione przez nieupoważnione profilowanie.

¹¹ A. Mednis, *Wymóg oceny skutków przetwarzania w ogólnym rozporządzeniu o ochronie danych*, „Monitor Prawniczy” 2016, nr 20: *Ogólne rozporządzenie o ochronie danych. Aktualne problemy prawnej ochrony danych osobowych 2016*, pod red. G. Sibigi, s. 29.

¹² Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 IV 1997 r. (Dz.U. Nr 78, poz. 483 ze zm.).

¹³ Opinia 7/2013 z dnia 4 XII 2013 r. (2064/13/PL WP209).

Jak stanowi motyw 75 preambuły rozporządzenia ogólnego, „ryzyko naruszenia praw lub wolności osób, o różnym prawdopodobieństwie i wadze zagrożeń, może wynikać z przetwarzania danych osobowych mogącego prowadzić do uszczerbku fizycznego lub szkód majątkowych lub niemajątkowych, w szczególności: jeżeli przetwarzanie może skutkować dyskryminacją, kradzieżą tożsamości lub oszustwem dotyczącym tożsamości, stratą finansową, naruszeniem dobrego imienia, naruszeniem poufności danych osobowych chronionych tajemnicą zawodową, nieuprawnionym odwróceniem pseudonimizacji lub wszelką inną znaczną szkodą gospodarczą lub społeczną; jeżeli osoby, których dane dotyczą, mogą zostać pozbawione przysługujących im praw i wolności lub możliwości sprawowania kontroli nad swoimi danymi osobowymi; jeżeli przetwarzane są dane osobowe ujawniające pochodzenie rasowe lub etniczne, poglądy polityczne, wyznanie lub przekonania światopoglądowe, lub przynależność do związków zawodowych oraz jeżeli przetwarzane są dane genetyczne, dane dotyczące zdrowia lub dane dotyczące seksualności lub wyroków skazujących i czynów zabronionych lub związanych z tym środków bezpieczeństwa; jeżeli oceniane są czynniki osobowe, w szczególności analizowane lub prognozowane aspekty dotyczące efektów pracy, sytuacji ekonomicznej, zdrowia, osobistych preferencji lub zainteresowań, wiarygodności lub zachowania, lokalizacji lub przemieszczania się – w celu tworzenia lub wykorzystywania profili osobistych; lub jeżeli przetwarzane są dane osobowe osób wymagających szczególnej opieki, w szczególności dzieci; jeżeli przetwarzanie dotyczy dużej ilości danych osobowych i wpływa na dużą liczbę osób, których dane dotyczą”. Ryzyko przetwarzania danych może wiązać się z naruszeniem innych praw podmiotów, a nie tylko prawa do prywatności. Administrator powinien zatem przeanalizować ostateczne skutki planowanych (czy też rozpoczętych) operacji lub zestawów operacji przetwarzania dla praw i wolności osób, których dane będzie przetwarzać, bądź też już przetwarza.

1.2. Obligatoryjne przeprowadzenie DPIA

Rozporządzenie ogólne wprowadza otwarty katalog operacji, które powinny zostać poddane ocenie skutków dla ochrony danych. W przypadkach takich rodzajów operacji przetwarzania DPIA nie może mieć charakteru uznaniowego. Operacją taką będzie np. „systematyczna,

kompleksowa ocena czynników osobowych odnoszących się do osób fizycznych, która opiera się na zautomatyzowanym przetwarzaniu, w tym profilowaniu, i jest podstawą decyzji wywołujących skutki prawne wobec osoby fizycznej lub w podobny sposób znacząco wpływających na osobę fizyczną” (art. 35 ust. 3 lit. a). Do takich operacji należy zaliczyć ponadto ocenę i scoring (w tym tzw. *credit scoring*¹⁴), a wśród nich m.in. wskazane wyżej profilowanie. W przypadku czynności profilowania należy odnieść się do definicji zawartej w art. 4 pkt 4 rozporządzenia ogólnego, zgodnie z którą „profilowanie oznacza dowolną formę zautomatyzowanego przetwarzania danych osobowych, które polega na wykorzystaniu danych osobowych do oceny niektórych czynników osobowych osoby fizycznej, w szczególności do analizy lub prognozy aspektów dotyczących efektów pracy tej osoby fizycznej, jej sytuacji ekonomicznej, zdrowia, osobistych preferencji lub zainteresowań, wiarygodności, zachowania, lokalizacji lub przemieszczania się”. Z kolei w motywie 71 preambuły rozporządzenia ogólnego dodaje się do powyższej definicji, że ta ocena czynników osobowych osoby, której dane dotyczą, ma miejsce, o ile wywołuje skutki prawne względem tej osoby lub w podobny sposób znacząco na nią wpływa. Profilowanie nierzadko jest stosowane w procesach tworzenia reklam skierowanych (ang. *targeted ads*)¹⁵, w prognozowaniu sprzedaży (ang. *sales forecast*), czy też w związku z wdrażaniem strategii *cross-selling*¹⁶.

Ponadto administrator jest zobowiązany przeprowadzać ocenę skutków dla ochrony danych w odniesieniu do operacji przetwarzania na dużą skalę szczególnych kategorii danych, czy też danych dotyczących wyroków skazujących i czynów zabronionych oraz systematycznego monitorowania na dużą skalę miejsc dostępnych publicznie (art. 35 ust. 2 lit. b i c rozporządzenia ogólnego). Do szczególnych kategorii danych osobowych zalicza się dane ujawniające pochodzenie rasowe

¹⁴ Jest to metoda oceny ryzyka kredytowego odnosząca się do określonego wnioskodawcy, zgodnie z którą metodą punktową przyznaje się określonym zmiennym (m.in. zawód, wykształcenie, staż pracy, stan cywilny, wiek) punkty. Całość stanowi względnie miarodajną ocenę ryzyka zaistniałego w przypadku udzielenia kredytu przez instytucję finansową.

¹⁵ Zob. R. Maciąg, *Reklama w Internecie*, w: *Zarządzanie reklamą*, pod red. B. Nierenberga, Kraków 2015, s. 142.

¹⁶ Zwiększanie liczby transakcji w sektorze bankowym (ściślej, internetowych usług bankowych) następuje często w wyniku personalizacji klientów (wynikającej z profilowania tej grupy osób), a następnie wdrażania odpowiednich strategii, takich jak *cross-selling*. Zob. E. Guzek, E. Ślęzak, *Innowacyjna bankowość internetowa. Bank Web 2.0*, Warszawa 2012, s. 29.

lub etniczne, poglądy polityczne, przekonania religijne lub światopoglądowe, przynależność do związków zawodowych, dane genetyczne, dane biometryczne, dane dotyczące zdrowia oraz dane dotyczące seksualności lub orientacji seksualnej podmiotu danych, przetwarzane w celu jednoznacznego zidentyfikowania osoby fizycznej (art. 9 ust. 1 rozporządzenia ogólnego). Warto nadmienić, że pojęcie przetwarzania danych szczególnych kategorii „na dużą skalę” może mieć wydźwięk dychotomiczny – odnosić się zarówno do ilości przetwarzanych danych, jak i liczby osób, których dane są przetwarzane, bądź też rozumianych łącznie.

Z kolei nawiązując do kwestii systematycznego monitorowania, należy odnieść się choćby do pojęcia reklamy behawioralnej. W świetle opinii 2/2010 Grupy Roboczej Art. 29 ds. Ochrony Danych przyjętej 22 czerwca 2010 r. w sprawie internetowej reklamy behawioralnej pod pojęciem reklamy behawioralnej należy rozumieć „monitorowanie użytkowników podczas korzystania z Internetu i tworzenie z biegiem czasu profili, wykorzystywanych następnie w celu wyświetlania użytkownikom reklam odpowiadających ich zainteresowaniom”¹⁷.

Motyw 93 preambuły rozporządzenia ogólnego stanowi, że „przyjmując prawo, które ma być dla organu lub podmiotu publicznego podstawą do wykonywania zadań i ma regulować konkretną operację przetwarzania lub konkretny zestaw operacji, państwa członkowskie mogą uznać, że przed takimi czynnościami przetwarzania należy koniecznie przeprowadzić taką ocenę [skutków dla ochrony danych – dop. A.P.]”. Prawodawca unijny pozostawia tym samym w gestii ustawodawstw krajowych (klauzula *option and choices*) możliwość zobligowania organów bądź podmiotów publicznych do przeprowadzenia DPIA w odniesieniu do skonkretyzowanych operacji przetwarzania (ograniczenie podmiotowo-przedmiotowe, a więc dotyczące określonego organu/podmiotu publicznego i określonego procesu przetwarzania).

1.3. Wykazy rodzajów operacji przetwarzania

Prawodawca unijny zobowiązał jednocześnie krajowe organy nadzorcze do ustanowienia oraz podania do publicznej wiadomości wykazu rodzajów operacji przetwarzania podlegających wymogowi dokonania oceny skutków.

¹⁷ Opinia 2/2010 z dnia 22 VI 2010 r. (00909/10/PL, WP 171).

Klauzula *option and choices* zawarta w art. 35 ust. 5 rozporządzenia ogólnego stanowi, że „Organ nadzorczy może także ustanowić i podać do wiadomości publicznej wykaz rodzajów operacji przetwarzania niepodlegających wymogowi dokonania oceny skutków dla ochrony danych. Organ nadzorczy przekazuje te wykazy Europejskiej Radzie Ochrony Danych”. Sporządzenie wykazu operacji przetwarzania niepodlegających procedurze DPIA (odwołując się do przywołanego przepisu) prawodawca unijny pozostawia do rozważenia krajowym organom nadzorczym (pozostaje to w gestii organu nadzorczego, a nie krajowego ustawodawcy), a zatem ustanowienie takiego wykazu ma wyłącznie charakter fakultatywny i uznaniowy. Omówione powyżej wykazy operacji lub zestawów operacji przetwarzania są dla administratora wyznacznikiem co do konieczności (czy też zwolnienia z tego obowiązku) przeprowadzenia DPIA. Nie oznacza to jednak, że administrator nie musi samodzielnie dokonywać analizy dotyczącej zasadności przeprowadzenia oceny skutków dla ochrony danych.

1.4. Forma i zakres DPIA

Wprawdzie prawodawca unijny nie przesądza o formie DPIA ani o konieczności określenia przez ustawodawcę wzorca szablonu stanowiącego dowód przeprowadzenia oceny skutków przez administratora, jednak taka możliwość nie jest wykluczona. W rozporządzeniu nie zastrzeżono *explicite* formy pisemnej, lecz zasadne wydaje się twierdzenie, że taka forma przeprowadzenia oceny skutków dla ochrony danych powinna być zachowana *ad probationem*.

Trzeba wszakże zwrócić uwagę na zakres DPIA, który został wyodrębniony w art. 35 ust. 7 rozporządzenia ogólnego. Zgodnie z tym przepisem „Ocena zawiera co najmniej: systematyczny opis planowanych operacji przetwarzania i celów przetwarzania, w tym gdy ma to zastosowanie – prawnie uzasadnionych interesów realizowanych przez administratora (lit. a); ocenę, czy operacje przetwarzania są niezbędne oraz proporcjonalne w stosunku do celów (lit. b); ocenę ryzyka naruszenia praw lub wolności osób, których dane dotyczą, o którym mowa w ust. 1 (lit. c); oraz środki planowane w celu zaradzenia ryzyku, w tym zabezpieczenia oraz środki i mechanizmy bezpieczeństwa mające zapewnić ochronę danych osobowych i wykazać przestrzeganie niniejszego rozporządzenia, z uwzględnieniem praw i prawnie uzasadnionych

interesów osób, których dane dotyczą, i innych osób, których sprawa dotyczy (lit. d)". Zakres DPIA został przez prawodawcę unijnego określony w sposób absolutnie minimalny, a tym samym w rozporządzeniu ogólnym nie zawarto wszystkich dopuszczalnych elementów oceny skutków, o które można uzupełnić szablon.

Istotne znaczenie przy przeprowadzaniu DPIA będzie mieć przestrzeżenie przez administratora, bądź też podmiot przetwarzający, kodeksów postępowania (art. 35 ust. 8 rozporządzenia ogólnego) zatwierdzonych w ramach procedury, o której mowa w art. 40 ust. 5 rozporządzenia. Ponadto prawodawca unijny wskazał na możliwość zasięgnięcia „opinii osób, których dane dotyczą, lub ich przedstawicieli w sprawie zamierzonego przetwarzania, bez uszczerbku dla ochrony interesów handlowych lub publicznych lub bezpieczeństwa operacji przetwarzania”. Niemniej warto dodać, że samo wyrażenie „w stosownych przypadkach” użyte w powyższej normie prawnej (art. 35 ust. 9) jest zwrotem niedookreślonym i ocennym. Tym samym administrator przeprowadzający ocenę skutków dla ochrony danych będzie w sposób selektywny, w bliżej nieokreślonych sytuacjach zwracać się do podmiotów danych o wyrażenie opinii odnośnie do planowanego procesu, przy czym nie wskazuje się, aby opinia ta miała charakter wiążący, czy też stanowiła *conditio sine qua non* poprzedzający rozpoczęcie planowanej operacji przetwarzania.

Odnosząc się z kolei do formy „komunikowania się” z organem nadzorczym, tj. w przypadku zaistnienia przesłanek z art. 36 ust. 1 rozporządzenia ogólnego, a więc dotyczących uprzednich konsultacji (ang. *prior checking*) po przeprowadzonym DPIA, należy optować za zachowaniem jak dotychczas (w przypadku rejestracji zbiorów danych osobowych i ABI) zarówno formy „pisemnej”, jak i elektronicznej. Te formy komunikacji powinny funkcjonować alternatywnie.

1.5. Wyłączenie przeprowadzenia DPIA

W myśl art. 35 ust. 10 rozporządzenia ogólnego nie ma konieczności przeprowadzania oceny skutków, jeżeli przesłanką legalizującą przetwarzanie jest art. 6 ust. 1 lit. c rozporządzenia ogólnego (tj. przetwarzanie jest niezbędne do wypełnienia obowiązku prawnego ciążącego na administratorze), czy też art. 6 ust. 1 lit. e tegoż aktu (tj. przetwarzanie jest niezbędne do wykonania zadania realizowanego w interesie

publicznym lub w ramach sprawowania władzy publicznej powierzonej administratorowi). Niemniej należy przy tym nadmienić, że jest to „podstawa prawna w prawie Unii Europejskiej lub w prawie państwa członkowskiego, któremu podlega administrator, i prawo takie reguluje daną operację przetwarzania lub zestaw operacji, a oceny skutków dla ochrony danych dokonano już w ramach oceny skutków regulacji w związku z przyjęciem tej podstawy prawnej – chyba że państwa członkowskie uznają za niezbędne, by przed podjęciem czynności przetwarzania dokonać oceny skutków dla ochrony danych”. Tym samym już na etapie prac legislacyjnych warto byłoby brać pod uwagę rozważenie przeprowadzenia oceny skutków dla ochrony danych planowanych operacji lub zestawów operacji przetwarzania, które będą miały swą podstawę w konkretnym przepisie prawa.

2. Minimalizowanie ryzyka w procesie przetwarzania

Pojęcie oceny ryzyka (ang. *risk assessment*) wynikającego z przetwarzania danych nie jest instytucją nieznaną zarówno dyrektywie 95/46/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 24 października 1995 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w zakresie przetwarzania danych osobowych oraz swobodnego przepływu tych danych¹⁸ (dalej „dyrektywa 95/46/WE”), jak i Ustawie z dnia 29 sierpnia 1997 r. o ochronie danych osobowych. Polska ustawa nie operowała określeniem „analizy/oceny/szacowania ryzyka”, jak się jednak wskazuje w piśmiennictwie, „wynikający z art. 36 ust. 1 UODO obowiązek odpowiedniej ochrony obejmuje [...] także elementy oceny i zarządzania ryzykiem”¹⁹. DPIA nie jest jednak instrumentem *pro forma*, lecz ma służyć weryfikacji ryzyka, jego minimalizowaniu oraz zapewnieniu bezpieczeństwa danych.

Jak wskazują przedstawiciele doktryny, „[z]adania te [dotyczące zapewnienia ochrony przetwarzanych danych – dop. A.P.] powinny być zrealizowane przez zastosowanie odpowiednich, należy przez to rozumieć: skutecznych, środków technicznych i organizacyjnych. Ustawodawca nie przesądza, jakie to mają być środki. Mogą być one różnego rodzaju, od rozwiązań architektoniczno-budowlanych przez systemy alarmowe i służby ochrony aż po środki technicznego i czysto informatycznego charakteru (karty chipowe, kody dostępu, systemy

¹⁸ Dz.Urz. WE L 281 z 23 XI 1995 r.

¹⁹ A. Drozd, *Zabezpieczenie danych osobowych*, Wrocław 2008, s. 33.

kodujące i przeciwdziałające hakerstwu)”²⁰. Szczegółowe kwestie dotyczące spełnienia wymagań w zakresie bezpieczeństwa przetwarzania danych zostały uregulowane w Rozporządzeniu Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 29 kwietnia 2004 r. w sprawie dokumentacji przetwarzania danych osobowych oraz warunków technicznych i organizacyjnych, jakim powinny odpowiadać urządzenia i systemy informatyczne służące do przetwarzania danych osobowych²¹. Rozporządzenie ogólne nie przewiduje możliwości wprowadzenia aktów wykonawczych, które regulowałyby odrębnie kwestię stosowania odpowiednich środków technicznych.

Jednocześnie warto zwrócić uwagę na dyskusyjną kwestię dotyczącą tego, czy istotnie ustawodawca nie może w żaden sposób przesądzić o „trafności” środków organizacyjnych i technicznych wdrożonych przez administratora w celu minimalizowania ryzyka. Prawodawca unijny co prawda zobowiązuje zarówno administratora, jak i podmiot przetwarzający do wdrożenia odpowiednich środków technicznych i organizacyjnych w celu zapewnienia stopnia bezpieczeństwa odpowiadającego ryzyku naruszenia praw lub wolności osób fizycznych o różnym prawdopodobieństwie wystąpienia i wadze zagrożenia (art. 32 ust. 1 rozporządzenia ogólnego), nie określa jednak w żaden sposób – także poprzez instrumenty *soft law* – o jakich to środkach należy mówić. Nie oznacza to tym samym, że nie pozostawia się ustawodawstwu krajowym pewnej „swobody legislacyjnej”, a więc możliwości odmiennego uregulowania tej kwestii w drodze aktów normatywnych na szczeblu państw członkowskich. Dla przykładu warto odnieść się choćby do Rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 12 kwietnia 2012 r. w sprawie Krajowych Ram Interoperacyjności, minimalnych wymagań dla rejestrów publicznych i wymiany informacji w postaci elektronicznej oraz minimalnych wymagań dla systemów teleinformatycznych²². Ten akt wykonawczy określa m.in. minimalne wymagania dla systemów teleinformatycznych, w tym sposoby zapewnienia bezpieczeństwa przy wymianie informacji oraz standardy techniczne zapewniające wymianę informacji z udziałem podmiotów publicznych z uwzględnieniem wymiany transgranicznej (§ 1 pkt 3 lit. b i c). Co szczególnie istotne, należy wskazać, że omawiane rozporządzenie posługuje się pojęciami

²⁰ J. Barta, P. Fajgielski, R. Markiewicz, *Ochrona danych osobowych. Komentarz*, Warszawa 2015, s. 546.

²¹ Dz.U. Nr 100, poz. 1024.

²² Dz.U. 2012, poz. 526.

„szacowania ryzyka” i „analizy ryzyka”, np. – jak stanowi § 20 ust. 2 pkt 3 wyżej wskazanego rozporządzenia Rady Ministrów – „zarządzanie bezpieczeństwem informacji realizowane jest w szczególności przez zapewnienie przez kierownictwo podmiotu publicznego warunków umożliwiających realizację i egzekwowanie przeprowadzania okresowych analiz ryzyka utraty integralności, dostępności lub poufności informacji oraz podejmowania działań minimalizujących to ryzyko, stosownie do wyników przeprowadzonej analizy”.

W art. 32 ust. 1 rozporządzenia ogólnego wprowadzono jedynie enumeratywny katalog środków mających na celu zapewnienie adekwatnego stopnia bezpieczeństwa danych w odniesieniu do stopnia ryzyka, a mianowicie: pseudonimizację danych i szyfrowanie danych osobowych; zdolność do ciągłego zapewnienia poufności, integralności, dostępności i odporności systemów i usług przetwarzania²³; zdolność do szybkiego przywrócenia dostępności danych osobowych i dostępu do nich w razie incydentu fizycznego lub technicznych oraz regularne testowanie, mierzenie i ocenianie skuteczności środków technicznych i organizacyjnych mających zapewnić bezpieczeństwo przetwarzania (art. 32 ust. 1 lit. a–d rozporządzenia ogólnego). Ponadto, jak wynika z art. 32 ust. 2 rozporządzenia ogólnego, „oceniając, czy stopień bezpieczeństwa jest odpowiedni, uwzględnia się w szczególności ryzyko wiążące się z przetwarzaniem, w szczególności wynikające z przypadkowego lub niezgodnego z prawem zniszczenia, utraty, modyfikacji, nieuprawnionego ujawnienia lub nieuprawnionego dostępu do danych osobowych przesyłanych, przechowywanych lub w inny sposób przetwarzanych”.

Za prawodawcą unijnym należy wskazać, iż potwierdzeniem wywiązania się przez administratora i podmiot przetwarzający z obowiązku wdrożenia odpowiednich środków organizacyjnych i technicznych zapewniających bezpieczeństwo danych mogą być m.in. zatwierdzone kodeksy postępowania (art. 40 rozporządzenia ogólnego), bądź też zatwierdzone mechanizmy certyfikacji (art. 42 rozporządzenia ogólnego). W myśl motywu 77 preambuły rozporządzenia ogólnego „wskazówki

²³ W omawianej regulacji prawodawca unijny nawiązuje częściowo do nomenklatury norm ISO. Dla przykładu warto wskazać, że zgodnie z normą PN-ISO/IEC-17799:2005 „przez bezpieczeństwo informacji należy rozumieć zachowanie poufności, integralności, dostępności, rozliczalności, autentyczności, niezaprzeczalności i niezawodności”. Zob. *ABC bezpieczeństwa danych osobowych przetwarzanych przy użyciu systemów informatycznych*, pod red. A. Rudnickiego, Warszawa 2007, s. 6.

co do tego, jak wdrożyć odpowiednie środki oraz wykazać przestrzeganie prawa przez administratora lub podmiot przetwarzający dane – w szczególności jeżeli chodzi o identyfikowanie ryzyka związanego z przetwarzaniem, o jego ocenę pod kątem źródła, charakteru, prawdopodobieństwa i wagi zagrożenia oraz o najlepsze praktyki pozwalające zminimalizować to ryzyko – mogą być przekazane w szczególności w formie zatwierdzonych kodeksów postępowania, zatwierdzonej certyfikacji, wytycznych Europejskiej Rady Ochrony Danych lub poprzez sugestie inspektora ochrony danych”.

3. Ocena skutków dla ochrony danych a uprzednie konsultacje

Prawodawca unijny w motywie 84 preambuły rozporządzenia ogólnego wskazał, że „aby poprawić przestrzeganie niniejszego rozporządzenia, gdy operacje przetwarzania mogą wiązać się z wysokim ryzykiem naruszenia praw lub wolności osób fizycznych, należy zobowiązać administratora do dokonania oceny skutków dla ochrony danych w celu oszacowania w szczególności źródła, charakteru, specyfiki i powagi tego ryzyka. Wyniki oceny należy uwzględnić przy określaniu odpowiednich środków, które należy zastosować, by wykazać, że przetwarzanie danych osobowych odbywa się zgodnie z niniejszym rozporządzeniem. Jeżeli ocena skutków dla ochrony danych wykaże, że operacje przetwarzania powodują wysokie ryzyko, którego administrator nie może zminimalizować odpowiednimi środkami z punktu widzenia dostępnej technologii i kosztów wdrożenia, przed przetwarzaniem należy skonsultować się z organem nadzorczym”. W myśl art. 36 ust. 1 rozporządzenia ogólnego administrator będzie zobowiązany przed rozpoczęciem przetwarzania skonsultować się z organem nadzorczym ds. ochrony danych w przypadku, gdy dokonana przez niego ocena wykaże, że planowane operacje przetwarzania będą się wiązać z zaistnieniem wysokiego stopnia ryzyka i nie zastosowano odpowiednich środków mających na celu jego zminimalizowanie. Literalne brzmienie tego artykułu stanowi o konieczności przeprowadzenia konsultacji z organem nadzorczym przed rozpoczęciem przetwarzania, niemniej jak wynika z motywu 89 preambuły rozporządzenia ogólnego – stanowiącego integralną część tego aktu normatywnego – „takie rodzaje operacji przetwarzania [mogących powodować wysokie ryzyko naruszenia praw lub wolności

osób fizycznych – dop. A.P.] obejmują w szczególności operacje, które wiążą się w szczególności z użyciem nowych technologii lub które są nowe i nie zostały jeszcze poddane przez administratora ocenie skutków dla ochrony danych lub stały się niezbędne z uwagi na upływ czasu od pierwotnego przetwarzania”. Prawodawca unijny nie zwalnia więc administratorów, którzy będą już przetwarzać dane przed rozpoczęciem stosowania rozporządzenia ogólnego, z obowiązku dokonania oceny skutków.

Fakt dokonania zgłoszenia zbioru do rejestracji GIODO przed rozpoczęciem stosowania rozporządzenia ogólnego w żadnym wypadku nie wpłynie na przeprowadzenie DPIA, do czego będzie zobowiązany administrator w świetle obowiązujących ram prawnych. Oznacza to, że nowy reżim prawny nie pozostawił „w próżni” procesów przetwarzania danych, które ze względu na wysokie ryzyko mogły stanowić zagrożenie dla ochrony praw lub wolności jednostek, a wynikające z operacji lub zestawów operacji przetwarzania rozpoczętych przed 25 maja 2018 r. Uprzednie konsultacje z organem nadzorczym nie mają jedynie charakteru pisemnych zaleceń, w ich toku bowiem organ może skorzystać z uprawnień wynikających z art. 58 rozporządzenia ogólnego. W swojej treści odnosić się mogą m.in. do środków i zabezpieczeń bądź oceny skutków dla ochrony danych. Organ nadzorczy może nakazać administratorowi lub podmiotowi przetwarzającemu dostosowanie operacji przetwarzania do przepisów rozporządzenia ogólnego (w przypadku gdy ocena skutków dotyczy operacji przetwarzania), czy też wydać ostrzeżenie dotyczące możliwości naruszenia tego rozporządzenia (planowane operacje przetwarzania).

4. Rola inspektora ochrony danych w przeprowadzeniu oceny skutków dla ochrony danych

Oszacowanie ryzyka wynikającego z przetwarzania danych z jednoczesnym jego minimalizowaniem poprzez dostosowanie odpowiednich środków bezpieczeństwa stanowi obowiązek administratora. Tym samym administrator nie może scedować odpowiedzialności za realizację tego zadania na wyznaczonego inspektora ochrony danych. Warto jednak dodać na marginesie, że nie jest wykluczone zlecenie przeprowadzenia DPIA inspektorowi ochrony danych, podmiotowi wewnętrznemu (osoby znajdujące się w strukturze organizacyjnej administratora), czy

też nawet podmiotowi zewnętrznemu. Dla potwierdzenia słuszności tej tezy należy nadmienić, że prawodawca unijny podkreślił w art. 35 ust. 2 rozporządzenia ogólnego, iż „dokonując oceny skutków dla ochrony danych, administrator konsultuje się z inspektorem ochrony danych, jeżeli został on wyznaczony”, co stanowi jedną z form faktycznego realizowania funkcji doradczej inspektora – równie istotnej jak nadzorowanie i monitorowanie. Należy przy tym nadmienić, że obligatoryjne przeprowadzenie oceny skutków może nastąpić niezależnie od konieczności wyznaczenia inspektora²⁴. Prawodawca unijny wskazał wśród zadań inspektora ochrony danych m.in. „udzielanie na żądanie zaleceń co do oceny skutków dla ochrony danych oraz monitorowanie jej wykonania zgodnie z art. 35”²⁵. Jak stanowi dokument Grupy Roboczej Art. 29 ds. Ochrony Danych, w którym zawarto wytyczne dotyczące inspektorów ochrony danych (DPO) przyjęte w dniu 13 grudnia 2016 r., „artykuł 39 ust. 2 nakłada na DPO obowiązek wypełniania swoich zadań z należyтым uwzględnieniem ryzyka związanego z operacjami przetwarzania, mając na uwadze charakter, zakres, kontekst i cele przetwarzania. [...] Wymaga [ten przepis – dop. A.P.] od DPO ustalania priorytetów w swojej pracy i koncentrowania się na aspektach pociągających za sobą większe ryzyko. Nie oznacza to, iż dozwolone jest zaniechanie kontroli zgodności operacji przetwarzania danych o niższym ryzyku, a jedynie wskazuje słuszność skupienia się, przede wszystkim, na kwestiach o wyższym ryzyku. To selektywne i pragmatyczne podejście powinno ułatwić DPO doradzanie administratorowi, jaką metodologię należy zastosować przy przeprowadzaniu oceny skutków dla ochrony danych, które obszary powinny zostać poddane wewnętrznemu albo zewnętrznemu audytowi, jakie szkolenia wewnętrzne przeprowadzić dla pracowników lub kierowników odpowiedzialnych za przetwarzanie danych i na które operacje przetwarzania przeznaczyć więcej czasu i zasobów”²⁶.

5. DPIA a zasada rozliczalności

Przeprowadzenie oceny skutków dla procesów przetwarzania co do zasady nie jest obowiązkowe, o ile nie sposób zaklasyfikować przetwarzania

²⁴ Por. art. 35 ust. 3 i art. 37 ust. 1 rozporządzenia ogólnego.

²⁵ Artykuł 39 ust. 1 lit. c rozporządzenie ogólnego.

²⁶ Wytyczne dotyczące inspektorów ochrony danych ('DPO'), 16/EN WP 243.

danych do katalogu enumeratywnego z art. 35 ust. 3 rozporządzenia ogólnego, czy też operacja taka nie będzie znajdować się w wykazie ustanowionym przez organ nadzorczy.

Już w opinii 3/2010 Grupy Roboczej Art. 29 ds. Ochrony Danych przyjętej w dniu 13 lipca 2010 r. w sprawie zasady rozliczalności wskazywano, że „w uzupełnieniu do tej zasady [rozliczalności – dop. A.P.] można byłoby ustanowić szczególne wymagania dodatkowe mające na celu wprowadzenie w życie zabezpieczeń w zakresie ochrony danych lub zapewnienie ich skuteczności. Jednym z przykładów może być przepis wymagający przeprowadzenia oceny skutków w zakresie ochrony prywatności dla operacji przetwarzania danych o podwyższonym ryzyku”²⁷. Co prawda w powyższej opinii wykazywano zasadność wprowadzenia zasady rozliczalności do dyrektywy 95/46/WE, niemniej istotne jest, że ostatecznie zobowiązano administratora do wykazania przestrzegania m.in. zasady integralności i poufności danych.

Podkreśla się przy tym, że administratorzy powinni stosować rzeczywiste i efektywne „instrumenty” ochrony danych w celu zminimalizowania ryzyka naruszenia praw i wolności podmiotów danych. Do takich środków można zaliczyć np. środki ochrony fizycznej, środki sprzętowe infrastruktury informatycznej i telekomunikacyjnej, środki ochrony w ramach narzędzi programowych i baz danych czy środki organizacyjne. To na administratorze spoczywa w pełni obowiązek przestrzegania zasad dotyczących przetwarzania danych osobowych, a także wykazanie jego spełniania.

6. Kompetencje organu nadzorczego

Rozporządzenie ogólne wyodrębnia także zakres zadań i uprawnień organów nadzorczych (Rozdział VI. Niezależne organy nadzorcze), które powinny być realizowane bez uszczerbku dla pozostałych, wymienionych w tymże akcie normatywnym. Spośród uprawnień wyodrębnia się naprawcze (ang. *corrective powers*), uprawnienia w zakresie prowadzonych postępowań (ang. *investigative powers*), a także uprawnienia w zakresie wydawania zezwoleń i uprawnienia doradcze (ang. *authorisation*

²⁷ Opinia 3/2010 z dnia 13 VII 2010 r., 00062/10/PL, WP173.

and advisory powers). Z poszczególnych „prerogatyw” organ nadzorczy może także skorzystać w odniesieniu do administratora przeprowadzającego DPIA.

Ocena skutków dla ochrony danych w myśl art. 35 ust. 1 rozporządzenia ogólnego co do zasady odnosić się ma do planowanych (tj. nierozpoczętych) operacji lub zestawów operacji przetwarzania. Dla przykładu warto wskazać, że krajowy organ nadzorczy jest uprawniony m.in. do prowadzenia postępowania w formie audytu ochrony danych, w wyniku którego może powziąć informację o tym, że administrator obowiązany do przeprowadzenia DPIA, bądź to na podstawie art. 35 ust. 1 lub 3, bądź w związku z planowaną operacją przetwarzania znajdującą się w wykazie z art. 35 ust. 4, nie dokonał oceny skutków dla ochrony danych. Tym samym w ramach prowadzonego postępowania organ nadzorczy jest uprawniony do wydania administratorowi ostrzeżenia dotyczącego możliwości naruszenia przepisów rozporządzenia poprzez planowane operacje przetwarzania. Zdaniem autora nie wyklucza się możliwości korzystania przez krajowe organy nadzorcze z uprawnień wymienionych w art. 58 rozporządzenia ogólnego wyłącznie na etapie uprzednich konsultacji (poprzedzonych oceną skutków wykazującą wysokie ryzyko zamierzonych operacji lub zestawów operacji przetwarzania), lecz także już na etapie przeprowadzania DPIA (m.in. nakazanie administratorowi dostarczenia wszelkich informacji potrzebnych organowi nadzorcemu do realizacji jego zadań).

Podsumowanie

DPIA można postrzegać zarówno jako skuteczny instrument weryfikowania ryzyka w operacjach lub zestawach operacji przetwarzania, jak i mechanizm ochronny dla administratora – stanowiący po części dowód przestrzegania ram prawnych ochrony danych osobowych. Nie jest to *novum*, lecz dopiero w rozporządzeniu ogólnym podkreśla się znaczącą rolę oceny skutków dla ochrony danych. Można się pokusić o stwierdzenie, że ocena skutków dla ochrony danych jest nowym obowiązkiem administratora, który ma skutecznie zastąpić dotychczas istniejący obowiązek notyfikacyjny (uciążliwy i nieskuteczny w dobie tak szybkiego rozwoju nowych technologii). O efektywności tego rozwiązania można będzie zapewne mówić dopiero z perspektywy czasu.

Niemniej Parlament Europejski podkreśla doniosłe znaczenie DPIA, dodając przy tym, że dokładnie przeprowadzona ocena skutków może się przyczynić do zasadniczego ograniczenia naruszeń w procesach przetwarzania danych.

DATA PROTECTION IMPACT ASSESSMENT

Summary

This article deals with the issue of impact assessment for the protection of personal data. This is a new obligation for the controller. The article presents the essence of impact assessment (DPIA), exclusion from the obligation to carry it out, the prerequisite for mandatory DPIA, the role of the data protection officer and the powers of the supervisory authority. The analysis of legal provisions related to the impact assessment presented here does not refer to specific situations, due to the wide scope for interpreting specific phrases contained in the General Regulation. Nevertheless, the article discusses the issue of conducting data protection impact assessments as one of the most problematic obligations incumbent on the controller, who in practice raises many doubts. The DPIA has been imprecisely regulated by the EU legislator, thus leaving controllers plenty of leeway to interpret the terms used in the General Regulation. In addition, carrying out a DPIA in practice (as a new obligation on entities setting the purposes and means of data processing) can be problematic due to the lack of harmonized methods for conducting a data protection impact assessment. However, controllers cannot assign DPIA implementation to other entities involved in data processing, such as an entity processing personal data on behalf of another. Entities setting the purposes and methods of data processing should not only take into account the provisions of the General Regulation but also a list of data processing operations that are obligatorily subject to DPIA. Controllers fulfilling the obligation to carry out a data protection impact assessment will be obliged by the supervisory authority to demonstrate how to carry out a data protection impact assessment.

Keywords: data protection impact assessment – DPIA – data controller – risk – personal data

LITERATURA

- ABC bezpieczeństwa danych osobowych przetwarzanych przy użyciu systemów informatycznych*, pod red. A. Rudnickiego, Warszawa 2007.
- Barta J., Fajgielski P., Markiewicz R., *Ochrona danych osobowych. Komentarz*, Warszawa 2015.
- Drozd A., *Zabezpieczenie danych osobowych*, Wrocław 2008.

- Guzek E., Ślęzak E., *Innowacyjna bankowość internetowa. Bank Web 2.0*, Warszawa 2012.
- Lisiak-Felicka D., Szmit M., *Cyberbezpieczeństwo administracji publicznej w Polsce. Wybrane zagadnienia*, Kraków 2016.
- Lynskey O., *The Foundations of EU Data Protection Law*, Oxford 2015.
- Maciąg R., *Reklama w Internecie*, w: *Zarządzanie reklamą*, pod red. B. Nierenberga, Kraków 2015, s. 131–142.
- Mednis A., *Wymóg oceny skutków przetwarzania w ogólnym rozporządzeniu o ochronie danych*, „Monitor Prawniczy” 2016, nr 20: *Ogólne rozporządzenie o ochronie danych. Aktualne problemy prawnej ochrony danych osobowych 2016*, pod red. G. Sibigi.

II. KOMENTARZE, OPINIE, POLEMIKI

DANUTA BINIASZ-CELKA*

Rola Towarzystwa Budownictwa Społecznego w zaspokajaniu lokalnych potrzeb mieszkańczych

Wprowadzenie

Ustawą z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym¹ ustawodawca nałożył na gminę szeroki wachlarz zadań do realizacji. Zgodnie z treścią art. 7 ust. 1 pkt 7 u.s.g. obejmuje on zaspokajanie potrzeb wspólnoty w zakresie gminnego budownictwa mieszkaniowego. Nadto należy zauważyć, że w polskim prawodawstwie zaspokojenie potrzeb mieszkaniowych, a w szczególności prawo do mieszkania, zostało podniesione do rangi konstytucyjnej. Przepis art. 75 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej² nałożył na władze publiczne obowiązek podjęcia działań w celu urzeczywistnienia prawa do mieszkania.

Wykładnia art. 75 Konstytucji RP była niejednokrotnie podejmowana w piśmiennictwie. Zdaniem L. Garlickiego przepis dotyczy zaspokojenia potrzeb mieszkaniowych osób fizycznych, bo tylko one mają potrzeby mieszkaniowe³. A. Mączyński stwierdza, że polityka władz sprzyjająca zaspokajaniu potrzeb mieszkaniowych nie oznacza obowiązku

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

¹ Tekst jedn. Dz.U. 2020, poz. 713, dalej „u.s.g.”.

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

³ L. Garlicki, *Konstytucja RP. Komentarz do art. 75*, Warszawa 2003, s. 5.

dostarczenia mieszkania każdemu obywatelowi. Zadaniem władz jest wspieranie obywateli, a nie zastępowanie ich aktywności i wysiłku w staraniach o mieszkanie⁴. W opinii M. Bednarek prawo do mieszkania uwzględnia politykę mieszkaniową prowadzoną *pro futuro*, chodzi bowiem o ustanowienie takich rozwiązań prawnych i gospodarczych, by obywatele mogli zaspokoić swoje potrzeby mieszkaniowe we własnym zakresie⁵. Z kolei A. Pytel przez konstytucyjne prawo do mieszkania rozumie obowiązek władz publicznych tworzenia prawnych i faktycznych warunków do zaspokojenia potrzeb mieszkaniowych przez każdego człowieka w drodze możliwości trwałego i stabilnego korzystania z własnego lub cudzego mieszkania⁶.

Tworzenie warunków do zaspokajania potrzeb mieszkaniowych znalazło również potwierdzenie w Ustawie z dnia 21 czerwca 2001 r. o ochronie praw lokatorów, mieszkaniowym zasobie gminy i o zmianie Kodeksu cywilnego⁷. Zgodnie z art. 4 ust. 1 i 2 tego aktu tworzenie warunków do zaspokajania potrzeb mieszkaniowych należy do zadań własnych gminy, ponadto na zasadach i w przypadkach określonych w ustawie gmina zapewnia lokale w ramach najmu socjalnego i lokale zamienne. Z kolei redakcja ust. 3 przesądza o tym, że „gmina wykonuje zadania, o których mowa w ust. 1 i 2, wykorzystując mieszkaniowy zasób gminy lub w inny sposób”.

Celem opracowania jest przedstawienie innego sposobu wykonywania zadań w zakresie mieszkalnictwa, a w szczególności zaprezentowanie odrębnej od gminy osoby prawnej, jaką jest Towarzystwo Budownictwa Społecznego (TBS) prowadzone w formie spółki z ograniczoną odpowiedzialnością⁸. Spółka ta działa na mocy Ustawy z dnia 15 września 2000 r. Kodeks spółek handlowych⁹ i prowadzi działalność w zakresie wynikającym z art. 27 ust. 1 i 2 Ustawy z dnia 26 października 1995 r. o niektórych formach popierania budownictwa mieszkaniowego¹⁰.

⁴ A. Mączyński, *Prawo do mieszkania w świetle Konstytucji RP*, w: *Godność człowieka a prawa ekonomiczne i socjalne*, Warszawa 2003, s. 136.

⁵ M. Bednarek, *Prawo do mieszkania w konstytucji i ustawodawstwie*, Warszawa 2007, s. 23.

⁶ A. Pytel, *Zadania gminy w zakresie zaspokajania potrzeb mieszkaniowych członków wspólnoty samorządowej a eksmisja rozumiana jako pewność ochrony przed bezdomnością*, „Samorząd Terytorialny” 2016, nr 6, s. 61–70.

⁷ Tekst jedn. Dz.U. 2020, poz. 611.

⁸ Dalej „spółka z o.o.” lub „spółka”.

⁹ Tekst jedn. Dz.U. 2019, poz. 505 ze zm.

¹⁰ Tekst jedn. Dz.U. 2019, poz. 2195, dalej „u.n.f.p.b.m.”.

W opracowaniu prezentowane będą następujące tezy:

1. gminne jednostki organizacyjne, w tym spółki TBS, mogą być tworzone jedynie w celu wykonywania zadań spoczywających na gminie i nie mogą być tworzone w żadnym innym celu;
2. spółka TBS jest odrębnym, samodzielnym, wyposażonym w osobowość prawną podmiotem prawa wykonującym zadania publiczne nałożone przez ustawę, w imieniu własnym i na własną odpowiedzialność;
3. utworzenia TBS nie należy rozumieć jako sposobu obejścia przez podmiot sektora publicznego stosowania przepisów bezwzględnie obowiązujących, ale jako szansę na efektywniejszą realizację zadań własnych gminy;
4. przedmiotem działalności TBS jest zamknięty katalog zadań określony w art. 27 ust. 1 i 2 u.n.f.p.b.m., co oznacza zakaz podejmowania i wykonywania przez towarzystwo każdej innej działalności niezwiązanej z budownictwem mieszkaniowym i infrastrukturą towarzyszącą (art. 27 ust. 2 pkt 5 u.n.f.p.b.m.).

1. Definicja społecznego budownictwa czynszowego

Społeczne budownictwo czynszowe zostało zdefiniowane w przepisach rangi ustawowej. W myśl art. 27 ust. 2 Ustawy z dnia 9 października 2015 r. o rewitalizacji¹¹ przez społeczne budownictwo czynszowe należy rozumieć budownictwo spełniające wymagania, o których mowa w art. 5 ust. 1 pkt 5 Ustawy z dnia 20 lipca 2017 r. o Krajowym Zasobie Nieruchomości¹² (KZN). W myśl tego przepisu do zadań KZN należy „tworzenie warunków poprawiających funkcjonowanie budownictwa czynszowego, w tym społecznego budownictwa czynszowego rozumianego jako budownictwo mieszkaniowe, w przypadku którego spełniane są łącznie następujące warunki:

1. dostęp do lokali mieszkalnych odbywa się na zasadach nierynkowych na podstawie kryteriów określonych przez organy władzy publicznej,
2. na etapie budowy, przebudowy lub użytkowania budynków podmioty realizujące inwestycje korzystają ze wsparcia środkami KZN lub publicznych,

¹¹ Tekst jedn. Dz.U. 2018, poz. 1398.

¹² Tekst jedn. Dz.U. 2018, poz. 2363 ze zm.

3. jest realizowane przez podmioty, których głównym celem działania nie jest osiągnięcie zysku”.

Problematyka zaspokajania potrzeb mieszkaniowych w Polsce wciąż pozostaje bardzo ważna. Jednakże nabycie mieszkania na własność nie zawsze jest możliwe, dlatego też programy rządowe i samorządowe starają się przywracać równowagę w sektorach budownictwa mieszkaniowego, odwołując się do zasady subsydiarności (pomocniczości) oraz partycypacji społecznej w kosztach budowy mieszkań. Na mocy art. 15a ust. 1 i 2 u.n.f.p.b.m. utworzono system preferencyjnego finansowania zwrotnego przez Bank Gospodarstwa Krajowego (BGK) przedsięwzięć inwestycyjno-budowlanych. BGK realizuje programy popierania budownictwa mieszkaniowego przez udzielanie kredytów na warunkach preferencyjnych¹³.

2. Geneza społecznego budownictwa mieszkaniowego

Zawarte w aktach międzynarodowych regulacje praw człowieka dowodzą doniosłości tychże praw i ich ochrony. Na uwagę w szczególności zasługują trzy dokumenty:

1. Powszechna Deklaracja Praw Człowieka z 10 grudnia 1948 r.¹⁴,
2. Międzynarodowy Pakt Praw Gospodarczych, Społecznych i Kulturalnych z dnia 16 grudnia 1966 r.¹⁵,
3. Międzynarodowa Konwencja w sprawie likwidacji wszelkich form dyskryminacji rasowej z dnia 7 marca 1966 r.¹⁶, która warta jest zaakcentowania nie tyle ze względu na ustanowiony zakaz dyskryminacji rasowej, ile z powodu przyjętej kwalifikacji praw człowieka.

Wskazane akty prawne ideę ochrony praw człowieka odnoszą do godności człowieka, a w głównej mierze do praw osobistych, ekonomicznych i socjalnych. Co równie ważne, nie można pominąć stanowiska doktryny, w której istnieje zgodność przekonań, że mieszkanie jest podstawową ludzką potrzebą, a zatem prawem człowieka (W.F. Smith¹⁷,

¹³ A. Doliwa, *Komentarz do ustawy o niektórych formach popierania budownictwa mieszkaniowego*, w: idem, *Prawo mieszkaniowe. Komentarz*, wyd. 5, Warszawa 2015, Legalis/el.

¹⁴ Rezolucja Zgromadzenia Ogólnego ONZ 217 A przyjęta i proklamowana w dniu 10 XII 1948 r.

¹⁵ Polska ratyfikowała Pakt 3 III 1977 r. (Dz.U. 1977 Nr 38, poz. 169).

¹⁶ Polska ratyfikowała Konwencję 9 IX 1968 r. (Dz.U. 1969 Nr 25, poz. 187).

¹⁷ W.F. Smith, *What is Housing*, w: *Housing in America: Problems and Perspectives*, pod red. D.R. Mandelkera, R. Montgomery'ego, New York 1973, s. 21.

D.K. Faris¹⁸, P. Burke¹⁹, S. Leckie²⁰, M. Williams²¹, O.F. Grimes²², W.G. Bor²³, R. Fordham²⁴).

Zdaniem J. Życińskiego pierwsze ślady budownictwa społecznego pojawiły się w średniowiecznej Wenecji, w której władze miejskie zbudowały mieszkania dla rodzin wyróżniających się w bitwach marynarzy, zwane *le case della marinarezza*²⁵. Współcześnie rozumiane społeczne budownictwo mieszkaniowe według J. Burnetta było wytworem XIX w. przede wszystkim z powodu zwielokrotnionych nowych trendów demograficznych powodujących narastanie odziedziczonych problemów mieszkaniowych z przeszłości, jak również z powodu oczekiwań mieszkaniowych niezamożnej części społeczeństwa²⁶.

Udokumentowane korzenie społecznego budownictwa mieszkaniowego sięgają II połowy XIX w., kiedy to rewolucja przemysłowa uwidoczniła potrzebę stworzenia dachu nad głową dla klasy robotniczej. Fatalne warunki mieszkaniowe były przyczyną szybkiego wzrostu wskaźnika umieralności i problemów zdrowotnych osób migrujących za pracą z obszarów wiejskich do miast. W Wiedniu w II połowie XIX w. wielkość populacji wzrosła pięciokrotnie. Znaczna część pracowników fizycznych była zakwaterowana w niedostatecznie wyposażonych blokach lub barakach. W Austrii do 20% populacji stanowili lokatorzy, którzy mieli dostęp do łóżka tylko przez kilka godzin i często musieli się nim z kimś dzielić. W okresie szybkiej industrializacji i urbanizacji brak było jakichkolwiek regulacji i ustawowego planowania rozwoju społecznego budownictwa mieszkaniowego dla rozwijającej się klasy pracowniczej. Pierwsze inicjatywy podjęte były nie przez władze rządowe i lokalne, ale przez prywatne przedsiębiorstwa, właściciele fabryk i społeczników. Inicjatywy takie miały miejsce w całej Europie. Najczęściej jednak w literaturze za kolebkę inicjatyw uznaje się Francję

¹⁸ D.K. Faris, *To Plow with Hope*, New York 1958, s. 73.

¹⁹ P. Burke, *People's History or Total History*, w: *People's History and Socialist Theory*, pod red. R. Samuela, London 1981, s. 4–20.

²⁰ S. Leckie, *From Housing Needs to Housing Rights: An Analysis of the Rights to Housing Under International Human Rights Law*, London 1992, s. 1.

²¹ M. Williams, *Society Today: Based on a Series New Society*, London 1986, s. 78.

²² O.F. Grimes, *Housing for Low-income Urban Families: Economics and Policy in the Developing World*, Baltimore 1976, s. 57.

²³ W.G. Bor, *The Making of Cities*, London 1972, s. 93.

²⁴ R. Fordham i in., *Housing Need and the Need for Housing*, Aldershot 1998, s. 29.

²⁵ J. Życiński, *Budownictwo mieszkaniowe w Europie Zachodniej. Historia mieszkaniowej solidarności*, Warszawa 2004, s. 7.

²⁶ J. Burnett, *A Social History of Housing 1815–1985*, London 1986, s. 3.

i pierwszych prywatnych organizatorów mieszkań społecznych. Wśród nich należy wymienić rodzinę J.H. Dollfusa, J.B.A. Godina, rodziny Menier i Sznajder²⁷.

Geneza społecznego budownictwa w Polsce sięga przełomu XVIII i XIX w. Mimo ówczesnych ograniczeń stwarzanych przez państwa zaborcze, dzięki konsekwencji działaczy społecznych na polskich ziemiach zdołano rozwinąć wiele inicjatyw społecznych, np. niskoczynszowe mieszkania dla robotników. Charakterystyczną formą społecznego budownictwa było wówczas budownictwo patronalne, organizowane przez właścicieli zakładów przemysłowych, tzw. kolonie przyfabryczne, w których wynajmowano mieszkania robotnikom zatrudnionym w tych zakładach. Były to zakłady górnicze i hutnicze zlokalizowane w największych ośrodkach przemysłowych, głównie na Górnym Śląsku²⁸. Wśród najbardziej znanych pierwszych form budownictwa patronalnego można także wskazać osiedla robotnicze Łodzi i Żyrardowa powiązane z przemysłem włókienniczym. Jednym z najstarszych takich osiedli na polskich ziemiach było łódzkie osiedle na Księżym Młynie zbudowane w latach 1873–1875, na którym właściciel uruchomił przedziałnię bawełny i lnu, a dla pracowników wystawił ciąg jednopiętrowych domów. Znajdowały się tam również budynki użyteczności publicznej, tj. szkoła przyfabryczna, sklepy i szpital z przytułkiem dla „wysłużonych” robotników²⁹. Inny przykład rozwoju budownictwa patronackiego to śląskie osiedla i kolonie robotnicze powstałe m.in. w Bytomiu, Chorzowie, Katowicach, Mysłowicach, Rybniku i Zabrze. Kolonie robotnicze tworzyły małe zespoły budynków mieszkalnych, natomiast osiedla robotnicze to już większe zespoły, wraz z budynkami użyteczności publicznej. Można też wskazać osiedle patronackie w Rudzie Śląskiej – jego centrum wyznaczał dom towarowy „Kaufhaus”, wokół którego koncentrowało się życie mieszkańców. Budynki mieszkalne to tzw. familoki, zazwyczaj murowane ze skromnymi detalami architektonicznymi, mające dwa piętra i dwuspadowy dach. Budowano wówczas dwa typy domów. Pierwszy typ charakteryzował się tym, że na każdym piętrze znajdowało się sześć małych mieszkań, do których wchodziło się z jednej klatki schodowej, natomiast sanitariaty i zaplecze gospodarcze były zlokalizowane

²⁷ A. Szelałowska, *Finansowanie społecznego budownictwa mieszkaniowego*, Warszawa 2011, s. 101.

²⁸ Ibidem, s. 251 i n.

²⁹ Ibidem, s. 252.

w podwórzu. Drugi typ charakteryzował się dwiema klatkami schodowymi, na każdym piętrze znajdowały się po dwa duże mieszkania, składające się z dwóch pokoi i kuchni. Na półpiętrze natomiast mieściła się wspólna ubikacja³⁰. Wyróżnikiem osiedli robotniczych na Górnym Śląsku były tzw. osiedla-ogrody, a do najbardziej znanych należał Giszowiec, powstały w latach 1906–1910. Początki tego osiedla były związane z kopalnią „Giesche”, która w latach 1903–1904 rozpoczęła budowę dwóch szybów górniczych w celu eksploatacji nowych pokładów węgla³¹. Według pierwszego projektu osiedle miało być zbudowane na planie prostokąta z trój- lub pięciokondygnacyjnymi domami dwudziesto- i trzydziestorodzinnymi oraz otaczającą je zabudową gospodarczą. Jednakże jego realizacja wiązała się z koniecznością zmiany techniki wydobywania węgla, pociągającą wysokie koszty, dlatego z jego realizacji zrezygnowano. W zamian przedstawiono inny projekt, który przewidywał budowę osiedla złożonego w większości z wolnostojących domów otoczonych niewielkimi ogrodami.

W Warszawie pierwszymi inicjatywami budownictwa społecznego były budynki wzniesione przy ul. Czerniakowskiej, w której rejonie od lat dwudziestych XIX w. powstawały m.in.: Rządowa Fabryka Kobierców i Dywanów, Warsztaty Żeglugi Parowej, Stacja Pomp Rzecznych Wodociągów Warszawskich, Zakłady Metalowe Lilpop, Rau i Lowenstein. W 1862 r. powstał pierwszy dom zbudowany dla robotników tych zakładów. Wyróżniał się on posiadaniem oprócz jedno- i dwupokojowych mieszkań, także żłobków dla dzieci i izb chorych. Do 1910 r. takich budynków powstało około dwudziestu i liczyły razem 260 mieszkań³². Przykładem filantropijnej inicjatywy tworzenia niskoczynszowych mieszkań społecznych dla klasy robotniczej była Fundacja Tanich Mieszkań założona przez bankiera Hipolita Wawelberga w 1897 r. Pierwsze dwa domy składały się ze 178 mieszkań, w przeważającej części dwuizbowych. Trzeci dom liczył 131 mieszkań jednoizbowych³³. Przedsięwzięcie miało charakter *non profit*, niskie czynsze zazwyczaj wystarczały tylko na pokrycie utrzymania budynków.

³⁰ W. Długoborski, W. Mrozek, *Katowice. Ich dzieje i kultura na tle regionu*, Katowice 1976, s. 103 i n.

³¹ A. Szelągowska, op. cit., s. 254 i n.

³² Z. Chyra-Rolicz, *Burzymy – tworząc: spółdzielczość robotnicza na ziemiach polskich do 1939 roku*, Warszawa 1991, s. 104.

³³ T.W. Świątek, *Rody starej Warszawy*, Warszawa 2000, s. 165.

W okresie dwudziestolecia międzywojennego jednym z największych wyzwań było zmniejszenie deficytu mieszkań i obniżenie wysokiego poziomu bezrobocia. Taka sytuacja mieszkaniowa wymusiła na rządzie podjęcie działań interwencyjnych. W 1919 r. wydano dekret o ochronie lokatorów i zapobieganiu brakowi mieszkań³⁴. Następnie na mocy przepisów Ustawy z dnia 26 września 1922 r. w przedmiocie rozbudowy miast³⁵ gminy zostały zobowiązane do podjęcia działań w celu zmniejszenia luki mieszkaniowej. Równoległe z wprowadzeniem w okresie międzywojennym pierwszych aktów prawnych, które miały za cel pobudzić inwestycje mieszkaniowe, ważną rolę od 1919 r. odgrywały spółdzielnie mieszkaniowe, które budowały domy pozostające własnością spółdzielni, z możliwością korzystania z mieszkań przez członków spółdzielni na prawach lokatorów³⁶. W 1929 r. powstało Polskie Towarzystwo Reformy Mieszkaniowej. Głównym celem towarzystwa było podjęcie działań na rzecz złagodzenia sytuacji braku mieszkań i zabezpieczenie warunków zamieszkania dla mało i średnio zarabiających³⁷. Okres dwudziestolecia międzywojennego odegrał istotną rolę w propagowaniu społecznego budownictwa mieszkaniowego. Co prawda, warunki gospodarcze były bardzo trudne, lecz powstało wiele inicjatyw, w wyniku których kwestia mieszkaniowa stała się priorytetem. Wybuch II wojny światowej zniweczył jednak część wcześniejszych planów rządu oraz organizacji społecznych, co spowodowało, że rozwiązywanie problemów mieszkaniowych stało się drugoplanowe.

Po 1989 r. społeczne budownictwo mieszkaniowe zostało oparte na strukturach budownictwa francuskiego, które powstało pod zarządem społecznych organizacji mieszkaniowych *Habitation a Loyer Modere* (HLM) – mieszkanie o umiarkowanym czynszu³⁸. Jego koncepcja pojawiła się na początku transformacji ustrojowej i wynikała z potrzeby zrównoważenia sektora czynszowego i własnościowego, zwiększenia dostępności do mieszkań o umiarkowanych czynszach, a zarazem podejmowania działań ze strony państwa. Budownictwo to skierowane jest głównie do gospodarstw domowych o średnich dochodach, które

³⁴ Dz.U. 1919 Nr 8, poz. 116. Dekret został uchylony na mocy Ustawy z dnia 4 kwietnia 1922 r. o obowiązku zarządów gmin miejskich dostarczania pomieszczeń (Dz.U. 1922 Nr 33, poz. 264).

³⁵ Dz.U. 1922 Nr 89, poz. 811.

³⁶ A. Szelałowska, op. cit., s. 264.

³⁷ Ibidem, s. 267.

³⁸ A. Nalepka, *Zarządzanie zasobami mieszkaniowymi w Polsce*, Kraków 2007, s. 119.

z jednej strony nie kwalifikują się do nabycia mieszkania komunalnego ze względu na wysokość osiąganego dochodu, z drugiej – nie mają zdolności kredytowej pozwalającej na zakup własnego mieszkania. Społeczne budownictwo mieszkaniowe z założenia jest budownictwem czynszowym na wynajem. Niekiedy w literaturze można spotkać anglojęzyczne określenia *social rented housing* lub *social rental housing*, co należy tłumaczyć jako społeczne budownictwo mieszkaniowe na wynajem lub też jako społeczne budownictwo czynszowe³⁹. Jest ono realizowane w wyniku przyjętej polityki mieszkaniowej i polega na realizacji celów strategii państwa poprzez samorząd lokalny lub utworzone przez niego spółki prawa handlowego, w tym spółki TBS. W zależności od stopnia rozwoju gospodarczego danego regionu i przyjętej koncepcji gminnej rozwój społecznego budownictwa mieszkaniowego należy traktować jako złożony proces społeczny, gospodarczy i kulturowy polegający na rozwoju dotychczasowych oraz tworzeniu nowych metod, technik, narzędzi i instrumentów polityki mieszkaniowej służących zaspokojeniu społecznych potrzeb mieszkaniowych⁴⁰.

3. Gminna osoba prawna a nadużycie prawa podmiotowego

Gminne jednostki organizacyjne obejmują zarówno jednostki organizacyjne gminy, jak i gminne osoby prawne⁴¹. Z cywilnoprawnego punktu widzenia oznacza to podział gminnych jednostek organizacyjnych na dwie kategorie. Pierwszą stanowią gminne osoby prawne mające własną podmiotowość cywilną, niezależną od cywilnej osobowości jednostki samorządu terytorialnego i należą do nich np. kapitałowe spółki prawa handlowego, drugą natomiast jednostki organizacyjne niemające podmiotowości, lecz wchodzące w skład jej osoby prawnej (gminy)⁴², np. zakłady budżetowe (*statio municipii*, *statio communis*)⁴³. Oznacza to, że gminne jednostki organizacyjne mogą stanowić część jednostki

³⁹ Ibidem.

⁴⁰ A. Szelałowska, op. cit., s. 206.

⁴¹ B. Dolnicki, *Gminne jednostki organizacyjne a jednostki organizacyjne gminy*, „Gdańskie Studia Prawnicze” 2015, t. 34.

⁴² Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego (NSA) z 5 VII 2016 r., sygn. II GSK 457/15, LEX nr 2142298.

⁴³ A. Szewc, *O pojęciu „jednostka organizacyjna” w polskim prawie samorządu terytorialnego*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2005, z. 3, s. 105 i n.

samorządu terytorialnego, a zarazem mogą występować jako jednostki prawnie wyodrębnione lub jednostki prawnie niewyodrębnione⁴⁴.

Istotną cechą jednostek prawnie wyodrębnionych jest to, że realizując zadania publiczne, działają w imieniu własnym i na własną odpowiedzialność, innymi słowy – gmina nie ponosi odpowiedzialności za zobowiązania jej osoby prawnej, a co więcej, korzystne usytuowanie gminy pozwala jej na uniknięcie zarzutów ze strony niezadowolonych obywateli. Zdaniem O. Pisko zazwyczaj za osobą prawną ukrywają się i unikają własnej odpowiedzialności jednostki nieuczciwe⁴⁵. Uwzględniając najważniejsze cechy osoby prawnej, która samodzielnie odpowiada za swoje zobowiązania oraz występuje w obrocie prawnym w imieniu własnym, nie sposób w tekście opracowania pominąć stypizowania grup przypadków, które pomogą zweryfikować wysunięte na wstępie konstatacje. Są to:

1. działanie na szkodę wierzycieli oraz współników mniejszościowych przez podmioty posługujące się formą osoby prawnej,

2. obchodzenie przy pomocy osoby prawnej postanowień umownych i innych przepisów prawa,

3. działanie na szkodę innych uczestników obrotu gospodarczego, w tym konkurencji, poprzez monopolizowanie rynku⁴⁶.

Zgodnie z redakcją art. 9 ust. 1 u.s.g. w celu wykonywania zadań gmina może tworzyć jednostki organizacyjne. Niemniej przepis ten nie stanowi dostatecznej podstawy prawnej do tworzenia osób prawnych przez gminę, wskazuje jednak, że tworzenie jednostek organizacyjnych powinno być podyktowane potrzebą realizacji zadań gminy.

Z dyspozycją art. 9 ust. 1 u.s.g. powiązany jest art. 2 ustawy o gospodarce komunalnej⁴⁷, który daje możliwość wyboru prawnej formy działalności prowadzonej przez jednostkę samorządu terytorialnego. Natomiast aktem prawnym będącym podstawą prawną tworzenia przez gminy spółek handlowych jest art. 9 u.g.k. Wyjątkowym rodzajem jednostek organizacyjnych są spółki TBS z możliwością prowadzenia przez

⁴⁴ W. Niewiadomski, Z. Grzelczak, *Ustawa o samorządzie gminnym z komentarzem*, Warszawa 1990, s. 14.

⁴⁵ O. Pisko, *Die beschränkte Haftung des Einzelkaufmanns*, „Zeitschrift für das Privat- und Öffentliche Recht der Gegenwart” (GrünhutsZ) 1910, Bd. 37, s. 37

⁴⁶ S. Sołtysiński, A. Szajkowski, J. Szwaja, *Kodeks handlowy. Komentarz*, t. 1, Warszawa 1994, s. 141.

⁴⁷ Ustawa z dnia 20 XII 1996 r. o gospodarce komunalnej (tekst jedn. Dz.U. 2019, poz. 712), dalej „u.g.k.”.

nie działalności w zakresie określonym w odrębnej ustawie. Ta wyjątkowość przejawia się w tym, że działalność w zakresie użyteczności publicznej nie jest działalnością gospodarczą, lecz gospodarką komunalną⁴⁸. Warunkiem, od którego ustawa o gospodarce komunalnej uzależnia możliwość powołania odrębnych podmiotów, jest to, by przedmiotem ich działalności były wyłącznie zadania użyteczności publicznej (art. 1 ust. 2 u.g.k.), których celem jest bieżące i nieprzerwane zaspokajanie zbiorowych potrzeb ludności w drodze świadczenia usług powszechnie dostępnych.

Niewątpliwie, w przypadku tego typu osób prawnych mamy do czynienia z pewnym upodmiotowionym narzędziem. Osoba prawna jest zarówno podmiotem w znaczeniu formalnoprawym, jak i narzędziem w rękach innych podmiotów, które ją utworzyły dla realizacji własnych celów. Sama osoba prawna jest sztucznym tworem, zasłoną, fasadą⁴⁹, kapeluszem, maską⁵⁰, szatą prawną, płaszczem (niem. *Deckmantel*)⁵¹, za którą ukrywa się wspólnik (gmina), ponieważ podmiotowość prawna została nadana niejako dla innych, którzy się nią posługują⁵².

Dwoistość natury prawnej jako podmiotu, a jednocześnie narzędzia budzi problemy teoretyczne i praktyczne. Problemy te, jak zauważa R. Szczepaniak, polegają na nieustannym niebezpieczeństwie nadużycia prawa do wykorzystania podmiotowości osoby prawnej, w tym unikania odpowiedzialności prawnej jednostki samorządu terytorialnego za działania spółek⁵³. Odnosząc się do stanowiska R. Szczepaniaka, należy mieć świadomość tego, że gminy, jeśli nawet z formalnego punktu widzenia nie ponoszą odpowiedzialności za podejmowane działania swoich spółek, to wspólnym, a zarazem najistotniejszym celem tychże podmiotów jest zaspokajanie potrzeb mieszkaniowych lokalnej społeczności. Inaczej mówiąc, poprzez powierzenie innym podmiotom wykonywania swych ustawowych zadań nie może ulec pogorszeniu

⁴⁸ K. Bandarzewski, P. Chmielnicki, W. Kisiel, *Komentarz do ustawy o samorządzie gminnym*, Warszawa 2006, s. 156; Rozstrzygnięcie nadzorcze Wojewody Lubelskiego z 3 VIII 2011 r. NK-II.4131.277.2011, NZS 2011, nr 5, s. 80.

⁴⁹ L.C.B. Gower, *Principles of Modern Company Law*, by L.C.B. Gower, with contributions from D.D. Prentice, B.G. Pettek, London 1992, s. 130.

⁵⁰ M. Jeantin, *Droit des sociétés*, Paris 1992, s. 404.

⁵¹ S. Buczkowski, *Ograniczona odpowiedzialność przedsiębiorcy. Studium prawn-handlowe*, Warszawa 1937, s. 151.

⁵² R. Szczepaniak, *Nadużycie prawa do posługiwania się formą osoby prawnej*, Toruń 2009, s. 66.

⁵³ *Ibidem*, s. 16.

sytuacja obywatela⁵⁴. Oczywiście nie sposób jednoznacznie wskazać uniwersalnego remedium przeciwdziałania przypadkom nadużywania formy spółki, bo takowe prawdopodobnie występują, niemniej jednak należy pamiętać, że system prawny nie akceptuje nadużycia przysługujących praw⁵⁵.

4. Utworzenie spółki TBS a efektywność realizacji ustawowych zadań

Zmiany ustrojowe w Polsce doprowadziły do współistnienia podmiotów administracji publicznej⁵⁶ i podmiotów niepublicznych (prywatnych), a także współdziałania tych podmiotów w realizowaniu zadań publicznych. Współdziałanie to przybiera różne formy, tj. przekazanie zadań publicznych na rzecz podmiotów niepublicznych, dopuszczanie podmiotów niepublicznych do realizowania zadań publicznych, a następnie prywatyzacji związanej z przekazaniem zadań i funkcji na rzecz podmiotów niepublicznych. Przekazanie podmiotom niepublicznym zadań publicznych sprawia, że zmieniają one swój charakter i stają się komercyjne⁵⁷, co w kontekście tego opracowania bezspornie należy wykluczyć.

⁵⁴ Wyrok Sądu Apelacyjnego (SA) w Gdańsku z 17 IV 2014 r., sygn. VACa 142/14, LEX nr 1498891.

⁵⁵ R. Serick, *Rechtsform und Realität juristischer Personen*, Berlin 1995, s. 21.

⁵⁶ Należy w tym miejscu wyjaśnić, że podmioty administracji publicznej są rozumiane bardzo szeroko. Sektor publiczny jest często utożsamiany z sektorem finansów publicznych, określonym w art. 9 Ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz.U. 2019, poz. 869 ze zm.). Niemniej jednak pojęcie „sektor publiczny” obejmuje całą sferę aktywności państwa i innych podmiotów publicznych. Dotyczy stosunków między samymi podmiotami publicznymi, jak i między podmiotami publicznymi i prywatnymi. Najpełniej sektor publiczny można ująć jako zbiór wszystkich podmiotów państwowych i samorządowych organizacyjnie podległych organom władzy publicznej. Nadrzędnym celem funkcjonowania sektora publicznego jest zaspokajanie potrzeb zbiorowych. Efektywność ekonomiczna nie jest priorytetem, tak jak w sektorze niepublicznym. Domeną sektora publicznego jest zinstytucjonalizowana działalność na rzecz społeczeństwa, polegająca na nierynkowej alokacji posiadanych zasobów. Natomiast działalność sektora prywatnego charakteryzuje się działalnością na korzyść indywidualnych jednostek, na rynkowej alokacji czynników wytwórczych.

⁵⁷ S. Pawłowski, L. Staniszevska, M. Jędrzejczak, *Publicyzacja czy prywatyzacja zadań publicznych na przykładzie portów lotniczych*, Poznań 2018, w: M. Szewczyk, B. Popowska, H. Bauer, L. Staniszevska, P. Lissoń, *Republicyzacja zadań publicznych*, Poznań 2018, s. 192.

Prawdą jest, że w odczuciu społecznym niekiedy pojawia się przekonanie, iż spółka TBS funkcjonuje jako podmiot prawa prywatnego lub jej utworzenie prowadzi do skomercjalizowania określonego wycinka działalności tej jednostki, a w konsekwencji poddania tej aktywności regułom gospodarki rynkowej. Tymczasem stanowisko takie należy odrzucić, ponieważ jednoosobową spółkę samorządu terytorialnego, która wykonuje zadania z zakresu gospodarki komunalnej, należy traktować jako podmiot należący do tych samych struktur administracji publicznej, gdyż to organy administracji publicznej decydują o jej utworzeniu⁵⁸, a podstawą powierzenia wykonywania zadań nie jest umowa, ale akt (uchwała) rady gminy powołujący do życia tę jednostkę i określający przedmiot jej działania⁵⁹. Ponadto, jeśli całość udziałów pozostaje w dyspozycji samorządu terytorialnego, to utworzenie spółki nie jest aktem komercjalizacji tudzież prywatyzacji.

Przekonanie społeczne wydaje się powierzchowne i wiąże się za zwyczaj z tym, że w świadomości społecznej celem utworzenia spółki jest uwolnienie określonego sektora działalności gminy z wszelkich ustawowych ograniczeń. Pokłosiem takiego rozumowania może być to, że spółka ta w przeciwieństwie do samych jednostek samorządu terytorialnego nie jest zaliczana do sektora finansów publicznych, a to oznacza brak obowiązku stosowania zasad gospodarki finansowej określonych w Ustawie z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych⁶⁰, a zarazem ponoszenia odpowiedzialności za naruszenie tych zasad. Wyjątek stanowi stosowanie Ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. prawo zamówień publicznych⁶¹, z jej art. 3 ust. 1 pkt 3 p.z.p. wynika bowiem, że przepisy ustawy stosuje się do udzielania zamówień publicznych, zwanych dalej „zamówieniami”, przez inne jednostki sektora finansów publicznych, osoby prawne, utworzone w szczególnym celu zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym.

Owszem, bywa, że funkcjonariusze samorządowi traktują spółki komunalne jako swoiste uwolnienie od reżimów prawnych, ponieważ dzięki utworzeniu spółki niezaliczanej do sektora finansów publicznych i przerzuceniu na nią ustawowych zadań gminy jednostki

⁵⁸ P. Zaborniak, *Glosa aprobująca do wyroku NSA z dnia 11 sierpnia 2005 r., II GSK105/05, „Administracja” 2006, nr 2, s. 89–108.*

⁵⁹ Wyrok NSA z 11 VIII 2005 r., sygn. II GSK 105/05, ONSAiWSA 2006, nr 2, s. 62.

⁶⁰ Dz.U. 2019, poz. 869 ze zm.

⁶¹ Dz.U. 2019, poz. 1843 (dalej „p.z.p.”).

samorządu – przynajmniej z księgowego punktu widzenia – unikają zarzutu przekroczenia dopuszczalnego limitu zadłużenia. Poza tym utworzenie spółki sprawia, że część gospodarki komunalnej, która jest powierzona owej spółce, przestaje podlegać bezpośrednio kontroli rady gminy. Funkcje kontrolne przejmuje rada nadzorcza, która zostaje powołana na mocy art. 25 u.n.f.p.b.m. Na uwagę zasługuje fakt, że ustawodawca, przyznając gminie uprawnienia w zakresie kontroli funkcjonowania TBS, umożliwił wprowadzenie swoich przedstawicieli do składu rady nadzorczej TBS (art. 25 ust. 2 u.n.f.p.b.m.), co może budzić wątpliwości, czy rada nadzorcza nie jest tylko organem fasadowym.

Przy analizowaniu kontrowersyjnego, na co wskazuje powyższe, wykorzystywania konstrukcji spółki komunalnej należy pamiętać, że nie można tolerować traktowania jej jako sposobu obejścia przepisów przez gminę. Owo zagadnienie nie może maskować roli, do jakiej gminy zostały powołane, a w dalszej kolejności w jakiej formie realizują zadania. Zgadzać się należy ze stanowiskiem R. Szczepaniaka, że „jeżeli rada gminy decyduje się na podjęcie uchwały o utworzeniu spółki komunalnej w celu prowadzenia przedsięwzięcia ważnego dla rozwoju gminy, powinna bardzo dobrze, czyli przekonująco uzasadnić, iż rzeczywiście powołanie się na ową przesłankę «ważność dla rozwoju gminy», w danym przypadku jest słuszne”⁶².

Spółki TBS zostały wyposażone w osobowość prawną przede wszystkim po to, by mogły stać się skuteczniejszym gwarantem należytego wykonania zadań publicznych. Sąd Najwyższy (SN) w uzasadnieniu do uchwały z dnia 4 lutego 1993 r. zaznaczył, że gmina jako wspólnota samorządowa mieszkańców gminy, utworzona z mocy prawa nie ma własnych interesów, nawet jeśli działa w formach przewidzianych dla podmiotów prawa cywilnego⁶³. Ponadto zgodnie z zasadą wyrażoną w art. 7 Konstytucji RP organy władzy publicznej działają na podstawie i w granicach prawa. Powyższe argumenty należy brać pod uwagę już na etapie odpowiedniej wykładni przepisów prawa, tzn. interpretować je w taki sposób, by nie dopuszczać do instrumentalnego wykorzystywania formy spółki, obchodzenia nakazów i ustawowych zakazów nakładanych na jednostki samorządu terytorialnego.

⁶² R. Szczepaniak, *Dopuszczalny zakres działania spółki komunalnej*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2014, nr 2, s. 449–472.

⁶³ Uchwała SN z 4 II 1993 r., sygn. III AZP35/92, „Samorząd Terytorialny” 1994, nr 4, s. 6, z głosem aprobującą Z. Czarniaka.

5. Przedmiot działalności Towarzystwa Budownictwa Społecznego

Podstawowym przedmiotem działalności TBS zgodnie z art. 27 ust. 1 u.n.f.p.b.m. jest budowanie domów mieszkalnych i ich eksploatacja na zasadach najmu. Konstrukcja przepisu nie pozostawia wątpliwości, że prowadzenie tego typu działalności jest obligatoryjne. Natomiast standard wykończenia i wyposażenia budynku oraz znajdujących się w nim lokali mieszkalnych zależy od treści umowy zawartej z najemcami⁶⁴.

Oprócz budowania domów mieszkalnych i wynajmowania ich powierzchni TBS jest uprawniony do podejmowania innych działań, które zostały przez ustawodawcę określone w art. 27 ust. 2 poprzez zasadę *numerus clausus*. Towarzystwo może więc również:

„1) nabywać lokale mieszkalne i budynki mieszkalne oraz niemieszkalne, w celu rozbudowy i przebudowy, w wyniku której powstaną lokale mieszkalne,

2) przeprowadzać remonty i modernizację obiektów przeznaczonych na zaspokajanie potrzeb mieszkaniowych na zasadach najmu,

3) wynajmować lokale użytkowe znajdujące się w budynkach towarzystwa,

4) sprawować na podstawie umów zlecenia zarząd nieruchomościami mieszkalnymi i niemieszkalnymi niestanowiącymi jego własności,

5) sprawować zarząd nieruchomościami wspólnymi stanowiącymi w ułamkowej części jego współwłasność,

6) prowadzić inną działalność związaną z budownictwem mieszkaniowym i infrastrukturą towarzyszącą, w tym budować lub nabywać budynki w celu sprzedaży znajdujących się w tych budynkach lokali mieszkalnych lub lokali o innym przeznaczeniu”.

Wypada przyjąć, że wykonywanie czynności zastrzeżonych dla towarzystw w ust. 2 jest dobrowolne, ale nie przykładowe⁶⁵. Oznacza to zakaz podejmowania i wykonywania przez TBS każdej innej działalności niż wymieniona w art. 27 ust. 1 i 2 u.n.f.p.b.m., co sprowadza się w istocie do zakazu wykonywania działalności niezwiązanej z budownictwem mieszkaniowym i infrastrukturą towarzyszącą (art. 27 ust. 2 pkt 5 u.n.f.p.b.m.).

⁶⁴ M. Pawełczyk, P. Sokal, *Ustawa o niektórych formach popierania budownictwa mieszkaniowego. Komentarz*, Warszawa 2012, s. 159.

⁶⁵ *Ibidem*, s. 160.

Wobec tego nie przewiduje się obrotu nieruchomościami stanowiącymi własność towarzystwa. W wyroku Sądu Najwyższego z dnia 5 lutego 2016 r. stwierdzono, że „zbycie przez TBS osobie fizycznej budynku wielomieszkaniowego z lokalami na wynajem, w celu przeznaczenia uzyskanych środków na budowę innego budynku, nie jest dopuszczalne jako pozostające poza zakresem przedmiotu działania określonego w art. 27 ust. 2 pkt 5 ustawy z 1995 r. o niektórych formach popierania budownictwa mieszkaniowego”⁶⁶. Ponadto uchwała Sądu Najwyższego z dnia 6 czerwca 2014 r. przesądza, że zbycie przez towarzystwo nieruchomości jest dopuszczalne, ale tylko w przypadku, jeżeli do zbycia dochodzi w postępowaniu egzekucyjnym, upadłościowym lub likwidacyjnym⁶⁷, innych możliwości zatem nie ma. Poza tym Sąd Apelacyjny w Gdańsku w wyroku z 9 lutego 2016 r. wskazał, że przepis art. 27 ust. 2 pkt 5 u.n.f.p.b.m. zezwala towarzystwom prowadzić działalność związaną z budownictwem mieszkaniowym, jednakże trudno uznać za działanie na rzecz budownictwa mieszkaniowego czynność, która wprost prowadzi do uszczuplenia zasobu mieszkaniowego. Wypzedaż zasobów mieszkaniowych nieopłacalnych z punktu widzenia towarzystwa nie łączy się z podstawowym celem działania, którym oprócz budowy jest nabywanie lokali w celu rozbudowy, remontów i modernizacji⁶⁸.

Zadania towarzystwa zostały więc ściśle określone w ustawie o niektórych formach popierania budownictwa mieszkaniowego i nie przewiduje się wśród nich obrotu nieruchomościami stanowiącymi ich własność, ale przede wszystkim budowę mieszkań na wynajem o umiarkowanych czynszach dla osób o średnich dochodach, ze specjalnie przeznaczonych do tego środków finansowych. W tym miejscu nasuwa się dygresja, że na mocy nowelizowanej Ustawy z dnia 19 sierpnia 2011 r. o niektórych formach popierania budownictwa mieszkaniowego utworzono system preferencyjnego finansowania zwrotnego przez BGK przedsięwzięć inwestycyjno-budowlanych w ramach programu rządowego. Bank realizuje programy popierania budownictwa mieszkaniowego przez udzielanie kredytów na warunkach

⁶⁶ Wyrok SN z 5 II 2016 r., sygn. IC CSK445/15, LEX nr 1992034; wyrok SA z 30 VIII 2016 r., sygn. VACa 21/16, LEX nr 2240079.

⁶⁷ Uchwała SN z 6 VI 2014 r., sygn. III CZP 24/14, LEX nr 1506466, z głosą aprobusującą R. Szczepaniaka.

⁶⁸ Wyrok SA w Gdańsku z 9 II 2016 r., sygn. VACa 565/15, LEX nr 2231465.

preferencyjnych. Kredytobiorcą, a zarazem beneficjentem tego rodzaju wsparcia jest między innymi towarzystwo (art. 23 u.n.f.p.b.m.).

Ponadto wprowadzono możliwość wykupu mieszkań na własność z zasobów TBS, ale tylko w odniesieniu do lokali wybudowanych przy wykorzystaniu kredytu z BGK (rozdział 4b ustawy)⁶⁹. Dodatkowy przepis wymagał, aby był to kredyt udzielony na podstawie wniosku towarzystwa złożonego w BGK do dnia 30 września 2009 r. Lokale mieszkalne powstałe z udziałem środków finansowych uzyskanych z kredytu po tym terminie objęte są w dalszym ciągu zakazem wyodrębnienia na własność. Odmienne stanowisko wobec powyższego przepisu prezentują M. Pawełczyk i P. Sokal. Ich zdaniem termin 30 września 2009 r. należy odnosić do wniosków składanych przez osoby ubiegające się o ustanowienie odrębnej własności lokali mieszkalnych⁷⁰. Wniosek taki należy wysunąć przede wszystkim z daty wejścia w życie art. 33e u.n.f.p.b.m., przepis ten obowiązuje bowiem od 11 października 2011 r. W takiej sytuacji niezrozumiałe byłoby założenie ustawodawcy, że są najemcy lokali mieszkalnych w zasobach TBS, którzy mimo ustawowego zakazu wyodrębniania takich lokali na własność składali wnioski o wykup zajmowanych lokali, przewidując zmiany legislacyjne w tym obszarze. Niewątpliwie wniosek złożony do 30 września 2009 r. odnosi się zatem do kredytu udzielonego przez BGK, a nie do wniosku o wyodrębnienie lokali na własność. W istocie celem tego rozwiązania było odzyskanie środków finansowych zainwestowanych przez państwo, a nie chęć zmiany sytuacji prawnej najemców⁷¹.

Podsumowanie

W obecnym czasie większość zadań z zakresu użyteczności publicznej, w szczególności w zakresie zaspokajania potrzeb zbiorowych wspólnoty samorządowej jednostki samorządu terytorialnego, realizowana jest za pośrednictwem spółek prawa handlowego. Spółki te realizują szerokie programy zmian w zakresie infrastruktury, zwiększając i polepszając

⁶⁹ Ustawa z dnia 19 VIII 2011 r. o zmianie ustawy o niektórych formach popierania budownictwa mieszkaniowego oraz ustawy o spółdzielniach mieszkaniowych (Dz.U. Nr 201, poz. 1180).

⁷⁰ M. Pawełczyk, P. Sokal, op. cit., s. 202.

⁷¹ Wyrok Sądu Okręgowego w Toruniu z 22 VIII 2013 r., sygn. I C33/13, LEX nr 1767161.

standard wykonywanych zadań. Wiele obecnych spółek to spółki innowacyjne, stosujące najnowsze rozwiązania w zakresie techniki, ochrony środowiska, bezpieczeństwa i wizerunku.

Inwestycje mieszkaniowe odgrywają istotną rolę, gdyż podaż mieszkań i ich dostępność wpływa na atrakcyjność danego regionu i przyczynia się do ułatwienia migracji zarówno w związku z pracą, jak i z mieszkaniem. Stąd też dostępność mieszkań i ich standard odgrywają główną rolę w zaspokajaniu potrzeb mieszkaniowych gospodarstw domowych, które nie są w stanie samodzielnie sfinansować zakupu lokalu mieszkalnego po cenach rynkowych. Dla tej grupy społeczeństwa trafnym rozwiązaniem pozwalającym zaspokoić ich potrzeby, zapewniającym życie w godnych warunkach jest najem mieszkania czynszowego.

Funkcjonowanie spółki TBS nie jest poddane regułom gospodarki rynkowej – nie nosi ona w sobie potencjału stania się podmiotem komercyjnym i poddanym regułom gospodarki rynkowej, ponadto może się to dokonać dopiero poprzez prywatyzację, tzn. zbycie przez jednostkę samorządu terytorialnego wszystkich udziałów. Niemniej jednak należy brać pod uwagę, że specyfiką działalności spółki TBS jest to, iż podstawowym i zasadniczym celem statutowym nie może być cel zarobkowy, polegający na dążeniu do generowania i maksymalizacji zysków, ale to, że wszelkie dochody muszą być przeznaczone na cele statutowe. Nie ma natomiast przeszkód ku temu, by spółki takie prowadziły równocześnie ubocznie i akcesoryjnie określoną działalność zarobkową, z której dochód będzie wspierał ich niekomercyjne cele statutowe. Niewątpliwie rozpatrywanie zjawiska osoby prawnej wyłącznie jako podmiotu, bez brania pod uwagę, że jest ona mechanizmem służącym do realizacji celów jej założycieli, stanowi błąd metodologiczny.

Reasumując rozważania, w ocenie autorki wykonywanie przez spółkę TBS ustawowych zadań własnych gminy w zakresie zaspokajania lokalnych potrzeb mieszkaniowych zapewnia sprawniejszą i elastyczniejszą realizację tych zadań. Decyzja o przekazaniu zadań spółce z pewnością nie jest celem samym w sobie, ale wiąże się z wieloma korzyściami, np.:

1. w sferze prawa cywilnego spółka jest odrębnym podmiotem;
2. ma pełną zdolność do czynności prawnych i zdolność sądową;
3. ma własny majątek, w jednoosobowych spółkach gminnych funkcję zgromadzenia wspólników pełni burmistrz bądź prezydent;

4. gmina nie ponosi odpowiedzialności za zobowiązania spółki, a spółka nie ponosi odpowiedzialności za zobowiązania gminy;

5. w sferze prowadzenia działalności statutowej nie korzysta z autonomii, ale realizuje cele statutowe;

6. posiada znacznie większą autonomię niż gmina w zakresie działalności bieżącej, co wpływa na szersze kierunki inwestowania, niemniej gmina może współdecydować o inwestycjach;

7. ma możliwość samodzielnego pozyskiwania kapitału, np. zaciągania kredytów, przy czym własność mienia zwiększa w sposób znaczący jego zdolność kredytową.

Niewątpliwie spółka jest również podmiotem o znacznie większej swobodzie w zakresie systemu zatrudniania i ustalania wynagrodzeń, co przekłada się na kreatywność i zaangażowanie zespołu.

THE ROLE OF SOCIAL HOUSING SOCIETY IN MEETING LOCAL HOUSING NEEDS

Summary

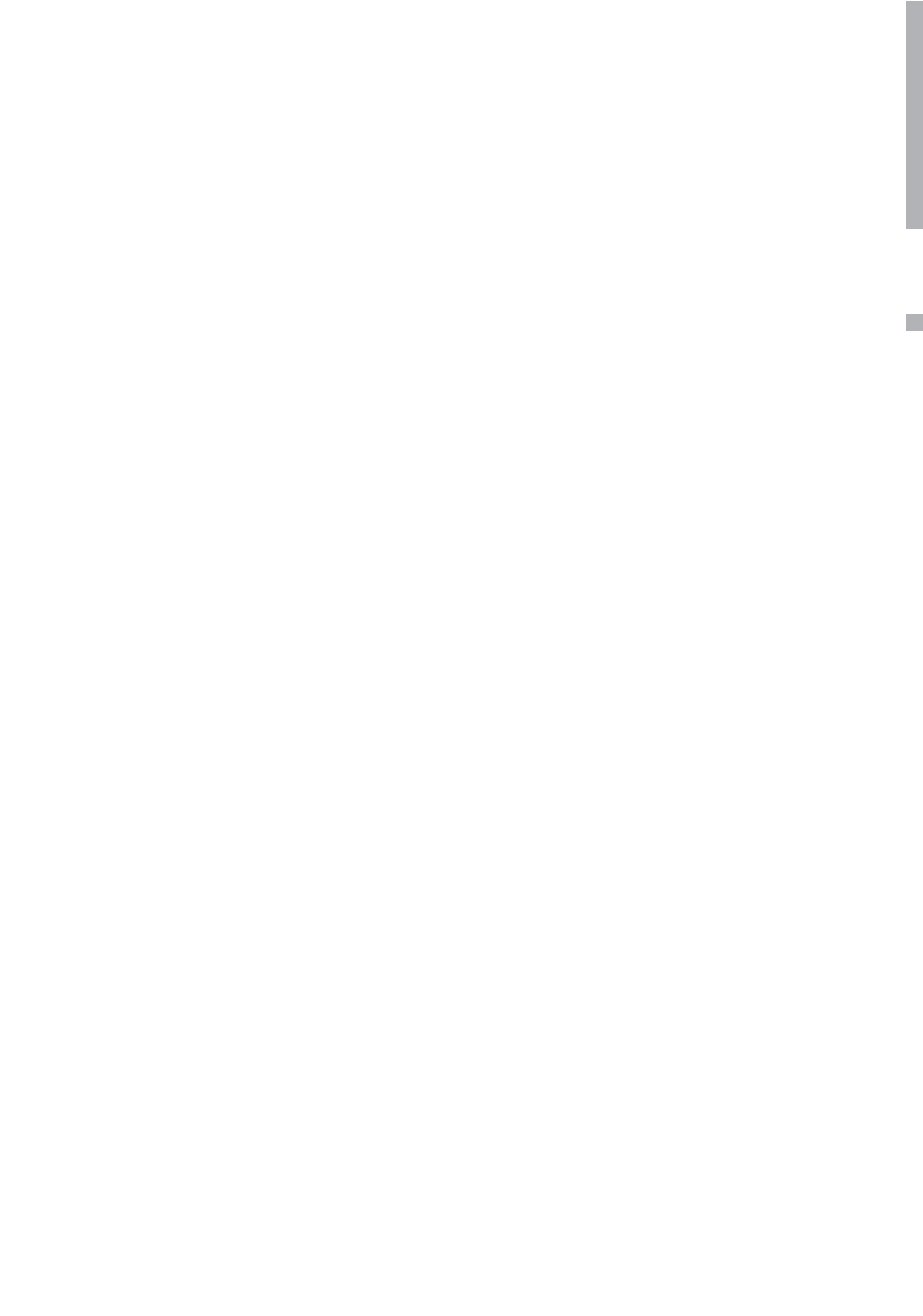
By the Act of 8 March 1990 on Municipal Self-Government, the legislator imposed a wide range of tasks to be performed by the municipality, including meeting the community's needs in the area of municipal housing. The aim of the study is to present a legal entity that is autonomous from the commune and managed as a limited liability company, namely the Towarzystwo Budownictwa Społecznego (TBS) [*Social Housing Society*]. It operates under the Commercial Companies Code of 15 September 2000 within the scope resulting from Article 27(1) and (2) of the Act of 26 October 1995 on Certain Forms of Housing Promotion, thus performing the municipality's housing tasks. TBS companies have been equipped with a legal personality primarily to become a more effective guarantor of the proper implementation of public tasks. The availability and standard of housing play a key role in meeting the housing needs of households. For those social groups that are unable to finance the purchase of a dwelling at market prices on their own, rental housing is a beneficial solution to meet their housing needs. The operations of the TBS are not subject to the principles of the market economy. The specificity of the company's activity is that the primary and principal statutory objective cannot be profit-making, i.e. to seek to generate and maximise profits, but that any income must be allocated to statutory objectives. However, nothing stands in the way of such companies performing secondary and accessory activities at the same time, the income from which will support their non-commercial statutory objectives.

Keywords: company – implementation of tasks – housing

LITERATURA

- Bandarzewski K., Chmielnicki P., Kisiel W., *Komentarz do ustawy o samorządzie gminnym*, Warszawa 2006.
- Bednarek M., *Prawo do mieszkania w konstytucji i ustawodawstwie*, Warszawa 2007.
- Bor W.G., *The Making of Cities*, London 1972.
- Buczkowski S., *Ograniczona odpowiedzialność przedsiębiorcy. Studium prawno-handlowe*, Warszawa 1937.
- Burke P., *People's History or Total History*, w: *People's History and Socialist Theory*, pod red. R. Samuela, London 1981.
- Burnett J., *A Social History of Housing 1815–1985*, London 1986.
- Chyra-Rolicz Z., *Burzymy – tworząc: spółdzielczość robotnicza na ziemiach polskich do 1939 roku*, Warszawa 1991.
- Długoborski W., Mrozek W., *Katowice. Ich dzieje i kultura na tle regionu*, Katowice 1976.
- Doliwa A., *Komentarz do ustawy o niektórych formach popierania budownictwa mieszkaniowego*, w: idem, *Prawo mieszkaniowe. Komentarz*, wyd. 5, Warszawa 2015, Legalis/el.
- Dolnicki B., *Gminne jednostki organizacyjne a jednostki organizacyjne gminy*, „Gdańskie Studia Prawnicze” 2015, t. 34, s. 67–87.
- Faris D.K., *To Plow with Hope*, New York 1958.
- Fordham R. i in., *Housing Need and the Need for Housing*, Aldershot 1998.
- Garlicki L., *Konstytucja RP. Komentarz do art. 75*, Warszawa 2003.
- Gower L.C.B., *Principles of Modern Company Law*, by L.C.B. Gower, with contributions from D.D. Prentice, B.G. Pettek, London 1992.
- Grimes O.F., *Housing for Low-income Urban Families: Economics and Policy in the Developing World*, Baltimore 1976.
- Jeanin M., *Droit des societes*, Paris 1992.
- Leckie S., *From Housing Needs to Housing Rights: An Analysis of the Rights to Housing Under International Human Rights Law*, London 1992.
- Mączyński A., *Prawo do mieszkania w świetle Konstytucji RP*, w: *Godność człowieka a prawa ekonomiczne i socjalne*, Warszawa 2003.
- Nalepka A., *Zarządzanie zasobami mieszkaniowymi w Polsce*, Kraków 2007.
- Niewiadomski W., Grzelczak Z., *Ustawa o samorządzie gminnym z komentarzem*, Warszawa 1990.
- Pawełczyk M., Sokal P., *Ustawa o niektórych formach popierania budownictwa mieszkaniowego. Komentarz*, Warszawa 2012.
- Pawłowski S., Staniszevska L., Jędrzejczak M., *Publicyzacja czy prywatyzacja zadań publicznych na przykładzie portów lotniczych*, Poznań 2018, w: M. Szewczyk, B. Popowska, H. Bauer, L. Staniszevska, P. Lissoń, *Republicyzacja zadań publicznych*, Poznań 2018.
- Pisko O., *Die beschränkte Haftung des Einzelkaufmanns*, „Zeitschrift für das Privat- und Öffentliche Recht der Gegenwart” (GrünhutsZ) 1910, Bd. 37.
- Pytel A., *Zadania gminy w zakresie zaspokajania potrzeb mieszkaniowych członków wspólnoty samorządowej a eksmisja rozumiana jako pewność ochrony przed bezdomnością*, „Samorząd Terytorialny” 2016, nr 6, s. 61–70.
- Serick R., *Rechtsform und Realität juristischer Personen*, Berlin 1995.

- Smith W.F., *What is Housing*, w: D.R. *Housing in America: Problems and Perspectives*, pod red. D.R. Mandelkera, R. Montgomery'ego, New York 1973.
- Sołtysiński S., Szajkowski A., Szwaja J., *Kodeks handlowy. Komentarz*, t. 1, Warszawa 1994.
- Szczepaniak R., *Dopuszczalny zakres działania spółki komunalnej*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2014, nr 2, s. 449–472.
- Szczepaniak R., *Nadużycie prawa do posługiwania się formą osoby prawnej*, Toruń 2009.
- Szelągowska A., *Finansowanie społecznego budownictwa mieszkaniowego*, Warszawa 2011.
- Szewc A., *O pojęciu „jednostka organizacyjna” w polskim prawie samorządu terytorialnego*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2005, z. 3, s. 105–111.
- Świątek T.W., *Rody starej Warszawy*, Warszawa 2000.
- Williams M., *Society Today: Based on a Series New Society*, London 1986.
- Zaborniak P., *Glosa aprobująca do wyroku NSA z dnia 11 sierpnia 2005 r., II GSK105/05*, „Administracja” 2006, nr 2, s. 89–108.
- Życiński J., *Budownictwo mieszkaniowe w Europie Zachodniej. Historia mieszkaniowej solidarności*, Warszawa 2004.



III. PRZEGLĄD PIŚMIENICTWA

Przeгляд polskich opracowań naukowych

Mariusz Mamczarek, *Ochrona zbiorowych praw i interesów konsumentów, pacjentów oraz pasażerów w transporcie kolejowym. Komentarz praktyczny z orzecznictwem, seria Komentarze & Linia orzecznicza, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2019, ss. 192, ISBN 978-83-8158-480-7*

Recenzowana publikacja to pierwszy na rynku wydawniczym komentarz obejmujący, wydawać by się mogło, trzy różne akty prawne. Dotyczy to odpowiednio: Ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (dalej „u.o.k.k.”), Ustawy z dnia 6 listopada 2008 r. o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta (dalej „u.p.p.”) oraz Ustawy z dnia 28 marca 2003 r. o transporcie kolejowym (dalej „u.t.k.”). Wspólnym mianownikiem jest, jak się jednak okazuje, ochrona prawna konsumentów, pacjentów i pasażerów, co istotne – w ujęciu zbiorowym. Jak wynika z przedmowy (s. V), „publikacja jest [...] próbą przybliżenia i porównania wprowadzonych przez ustawodawcę zakazów stosowania praktyk naruszających zbiorowe prawa bądź interesy określonych grup osób”. Co więcej, „książka ta dotyczy jedynie wybranych aspektów prawa gospodarczego i medycznego, ale część ta jest niezwykle istotna zarówno dla słabszych stron stosunków prawnych, jakimi są konsumenci, pacjenci i pasażerowie, jak również dla przedsiębiorców i podmiotów leczniczych. Pozwala ona bowiem spojrzeć na ochronę konsumenta, pacjenta lub pasażera w wymiarze zbiorowym, a więc w wymiarze dotyczącym nieograniczonej liczby osób”. Bez wątplenia trafny wybór poszczególnych fragmentów wskazanych powyżej regulacji prawnych i uwzględnienie ich nowelizacji w kontekście instytucji praktyk naruszających zbiorowe prawa i interesy konsumentów, pasażerów oraz prawa pacjenta pozwala pomysłodawcy książki na skoncentrowanie szczególnej uwagi na publicznoprawnych aspektach ochrony grup osób w badanym zakresie. Należy jednak podkreślić, że „[p]rezentowane poglądy autora wyrażone w [...] publikacji nie mogą być utożsamiane z poglądami organów publicznych, w jakich był lub jest on zatrudniony. Nie stanowią one również oficjalnego stanowiska tych organów” (s. VI).

Struktury prezentowanego komentarza nie tworzą typowe rozdziały, lecz raczej jest on zbudowany z trzech części odpowiadających problematyce wynikającej z trzech ustaw odnoszących się wprost do ochrony zbiorowych praw i interesów

konsumentów, pacjentów oraz pasażerów w transporcie kolejowym. Tym, co zwróci uwagę czytelnika, jest bez wątpienia: (1) szeroki wybór literatury przyporządkowany do każdej z trzech analizowanych ustaw, (2) wyodrębnienie poszczególnych jej fragmentów w ujęciu chronologicznym, odnoszących się do omawianej problematyki i powiązanych także z innymi unormowaniami krajowymi i wprowadzonymi w związku z wejściem Rzeczypospolitej Polskiej do Unii Europejskiej (UE) w tym zakresie, (3) obszerna część komentatorska oraz (4) stanowiąca podsumowanie dotychczasowego dorobku linia orzecznicza.

Rozważania otwierają analizy dotyczące zakazu stosowania praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów uregulowane w art. 24 u.o.k.k. Autor na wstępie zwraca uwagę na rys historyczny wprowadzenia pierwszej takiego typu instytucji prawnej, która została uregulowana w polskim ustawodawstwie, co było konieczne w związku z wdrożeniem procedur wynikających z rozwiązań europejskich. Dodatkowo skrupulatnie pokazuje wiele zmian w prawie krajowym – pierwotnie poprzez dodanie działu IIIa do Ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów o tytule „Zakaz praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów” – w kontekście poszerzania mechanizmów przeciwdziałania praktykom naruszającym interes konsumentów, co również wymagało odniesienia do szeroko pojętego prawa cywilnego. W ramach omawiania pojęcia praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów, obecnie rozumianego jako godzące w niesprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami zachowanie przedsiębiorcy, w komentarzu czytelnik odnajdzie informacje dotyczące: (1) definicji konsumenta (za takiego uważa się obecnie osobę fizyczną dokonującą z przedsiębiorcą czynności prawnej niezwiązanej bezpośrednio z jej działalnością gospodarczą lub zawodową), (2) zachowań przedsiębiorcy, (3) rozważań na temat interesu publicznego oraz sumy indywidualnych interesów konsumentów w kontekście rozróżnienia interesu zbiorowego, interesu indywidualnego lub sumy tych interesów, nie może bowiem być ono dokonane na podstawie liczby konsumentów, których interes został zagrożony lub naruszony. Komentator podkreśla tu, że przy ocenie, czy doszło do naruszenia zakazu stosowania praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów, „nie można zatem sumować indywidualnych interesów konsumentów, gdyż wypaczałoby to abstrakcyjny charakter tej ochrony zakładającej, że również potencjalny konsument jest nią objęty” (s. 23 i n.). Przytoczone orzecznictwo obrazuje zaś szeroki wachlarz różnych sfer życia społecznego odnoszącego się do relacji konsumenta m.in. z innymi podmiotami – przedsiębiorcami (np. gminą, spółdzielnią mieszkaniową, spółdzielczymi kasami oszczędnościowo-kredytowymi). W dalszej części analizuje art. 25 u.o.k.k., który przewiduje rozszerzenie ochrony zbiorowych interesów konsumentów wynikającej z innych ustaw, w szczególności z przepisów o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym i przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Jest to tym bardziej istotne, gdyż u.o.k.k. nie może również wyłączać ochrony przewidzianej w innych ustawach niż wyżej wymienione. Ponadto czyni tu niejako wprowadzenie do dwóch komentowanych regulacji, tj. u.p.p. (w zakresie zadań realizowanych przez Rzecznika Praw Pacjentów (RPP) – prowadzenie postępowań w sprawach praktyk naruszających zbiorowe prawa pacjentów) oraz u.t.k. (w zakresie zadań realizowanych przez Prezesa Urzędu Transportu Kolejowego (UTK) – nadzór nad przestrzeganiem

zakazu stosowania bezprawnych praktyk naruszających zbiorowe interesy pasażerów w transporcie kolejowym). Autor trafnie zauważa przy tym, że „[u]stawy odrębne udzielają ochrony prawnej nie tylko w wymiarze indywidualnym, ale również zbiorowym” (s. 26), a ten ostatni rodzaj ochrony właśnie stanowi kanwę ocenianego opracowania. Następne uwagi i wyjaśnienia dotyczą art. 26–28 u.o.k.k. i odnoszą się do decyzji administracyjnych wydawanych przez Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (UOKiK). Co istotne, „[z]akaz stosowania praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów nie jest ustanawiany na mocy wydanej przez Prezesa UOKiK decyzji. Wynika on bowiem wprost z przepisu prawa, natomiast decyzja – w razie potwierdzenia się zarzutów stawianych przedsiębiorcy – uznaje dane praktyki za naruszające zbiorowe interesy konsumentów oraz nakazuje zaniechanie tych praktyk. Jest to więc decyzja stwierdzająca, że w chwili jej wydania przedsiębiorca stosuje te praktyki” (s. 27). W komentarzu szczegółowej analizie poddano różne rodzaje postępowań prowadzonych przez Prezesa UOKiK i decyzji przez niego wydawanych, postępowanie w sprawie praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów bowiem, w zależności od jego wyników, kończy się wydaniem decyzji: (1) o uznaniu praktyki za naruszającą zbiorowe interesy konsumentów i nakazującą zaniechanie jej stosowania (art. 26 u.o.k.k.); (2) o uznaniu praktyki za naruszającą zbiorowe interesy konsumentów i stwierdzającą zaniechanie jej stosowania (art. 27 u.o.k.k.); (3) zobowiązującą przedsiębiorcę do podjęcia lub zaniechania określonych działań zmierzających do zakończenia naruszenia lub usunięcia jego skutków w sytuacji, gdy zostanie uprawdopodobnione, że został naruszony zakaz stosowania praktyk naruszających zbiorowe interesy, a przedsiębiorca, któremu jest zarzucane naruszenie tego zakazu, zobowiąże się do podjęcia lub zaniechania określonych działań zmierzających do zakończenia naruszenia lub usunięcia jego skutków (art. 28 u.o.k.k.); (4) o umorzeniu postępowania ze względu na jego bezprzedmiotowość (art. 105 Kodeksu postępowania administracyjnego (dalej „k.p.a.”)). Opisując każdy z trybów wydawania decyzji w sprawie praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów, uwzględniono: (1) środki usunięcia trwających skutków naruszenia zbiorowych interesów konsumentów, (2) poszczególne elementy decyzji z rozróżnieniem na decyzje fakultatywne i zobowiązaniowe, (3) zadania Prezesa UOKiK w zakresie publikacji decyzji na stronie internetowej urzędu, (4) liczne orzecznictwo wzbogacające przeprowadzone analizy. Zagadnienie ochrony interesów konsumentów dopełniają słowa komentarzy dotyczące postępowania przed Prezesem UOKiK w sprawach praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów, które są uregulowane w art. 100–105 u.o.k.k. i odnoszą się do następujących kwestii: (1) zawiadomienia o praktykach, gdzie autor analizuje istotę zawiadomienia, jego treść i rozpatrzenie na podstawie wyboru orzecznictwa w tym zakresie; (2) wszczęcia z urzędu postępowania w sprawach praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów z uwzględnieniem możliwości wcześniejszego przeprowadzenia także z urzędu postępowania wyjaśniającego wraz ze wskazaniem strony postępowania oraz szerokiego zakresu uprawnień, jakimi dysponuje Prezes UOKiK do tego, aby zgromadzić niezbędny materiał dowodowy konieczny do poczynienia ustaleń faktycznych, z pokazaniem linii orzeczniczej odnośnie do braku wszczęcia postępowania; (3) wezwania przez Prezesa UOKiK do zaniechania określonych działań

przedsiębiorcy poprzez wydanie decyzji tymczasowej, której „celem jest to, aby organ mógł niezwłocznie zastosować środki prawne dla przeciwdziałania poważnym naruszeniom, których skutki byłyby trudne do usunięcia” (s. 51 i n.), wraz z analizą istoty i przesłanek tej decyzji, ograniczenia czasowego, relacji pomiędzy wykonaniem decyzji a środkami odwoławczymi, a także możliwością dysponowania przez Prezesa UOKiK innymi uprawnieniami w ramach „środków zapobiegawczych” (zwłaszcza możliwość zastosowania tzw. ostrzeżenia konsumenckiego); (4) rygoru natychmiastowej wykonalności decyzji w przedmiocie stosowania praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów mającego charakter fakultatywny, jeżeli wymaga tego „ważny interes konsumentów” – przy czym, jak wynika z lektury komentarza, „jest to pojęcie nieostre i każdorazowo powinno być uzasadnione w decyzji organu” (s. 57); (5) terminów zakończenia postępowania stanowiących *lex specialis* wobec terminów załatwiania spraw z art. 35 § 3 k.p.a., gdyż „[p]ostępowanie to charakteryzuje się pewnym stopniem złożoności, w szczególności, gdy zarzuca się przedsiębiorcy stosowanie kilku naruszeń. Dlatego też ustawodawca postanowił wydłużyć termin, w jakim postępowanie to powinno być zakończone. [...] Do ww. postępowania ma zastosowanie art. 36 k.p.a., a tym samym Prezes UOKiK jest zobowiązany zawiadomić strony o każdym przypadku niezakończenia sprawy w terminie, podając przyczyny zwłoki, wskazując nowy termin załatwienia sprawy oraz pouczając o prawie do wniesienia ponaglenia” (s. 58); (6) przedawnienia oznaczającego niemożność wszczęcia postępowania w sprawie praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów. Pierwsza część komentarza dotyczy ponadto rozbudowanego w u.o.k.k. systemu kar pieniężnych. Autor, korzystając z dorobku doktryny oraz orzecznictwa, analizuje problematykę (pojęcie i funkcje) kary pieniężnej za naruszenie zakazu praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów, będącą jedną z najbardziej dotkliwych sankcji dla przedsiębiorców, biorąc pod uwagę wysokość nałożonych kar. Jak podaje autor, przytaczając dane w tym zakresie (źródło: www.uokik.gov.pl, dostęp: 1 III 2019), „[z]godnie ze Sprawozdaniem z działalności UOKiK – rok 2017, suma nałożonych kar pieniężnych za naruszenie zbiorowych interesów konsumentów w 2017 r. wynosiła 78,8 mln złotych, w tym najwyższa kara opiewała na 25,8 mln złotych i została nałożona za wprowadzające w błąd reklamy suplementów diety” (s. 61). W tym fragmencie komentarza analizie poddano także zagadnienie kary pieniężnej za naruszenie zakazu praktyk oraz za nieudzielenie informacji lub udzielenie informacji nieprawdziwych lub wprowadzających w błąd. Ponadto szczegółowo omówiono: (1) wysokość kary pieniężnej z uwzględnieniem dyrektyw wymiaru kar nakładanych przez Prezesa UOKiK, (2) płatność i egzekucję kary oraz możliwość zwrotu kary w razie wniesienia odwołania od decyzji Prezesa UOKiK na podstawie procedury przewidzianej przez u.o.k.k., (3) odroczenie kary i rozłożenie na raty jako przewidziane w u.o.k.k. ulgi w spłacie należności z tytułu nałożonych kar pieniężnych, stanowiące tym samym *lex specialis* w stosunku do przepisów działu IVA k.p.a. – „w przypadku uregulowania w przepisach odrębnych udzielania ulg w wykonaniu administracyjnej kary pieniężnej przepisów ww. działu w tym zakresie nie stosuje się” (s. 83).

Drugą równie rozbudowaną regulacją ustanawiającą od dziesięciu lat ochronę zbiorowych praw, w tym przypadku pacjentów, jest u.p.p. Kanwę wprowadzających

uwag komentatorskich stanowi rys historyczny, w którym autor wyjaśnia, że „[p]ierwotnie projekt ustawy nosił nazwę «ustawa o ochronie indywidualnych i zbiorowych praw pacjenta oraz o Rzeczniku Praw Pacjenta». Natomiast w toku prac nad projektem tej ustawy została zmieniona jej nazwa na obecnie obowiązującą” (s. 90), czyli: o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta. Autor w ramach tej regulacji uwagę skupia na postępowaniu w sprawach praktyk naruszających zbiorowe prawa pacjentów ujętym w art. 59–67. W tej części komentarza w analizach poświęconych zakazowi praktyk naruszających zbiorowe prawa pacjentów (art. 59) odnajdzie się szczegółowe informacje dotyczące: (1) definicji pacjenta (jest to osoba [fizyczna] zwracająca się o udzielenie świadczeń zdrowotnych lub korzystająca ze świadczeń zdrowotnych udzielanych przez podmiot udzielający świadczeń zdrowotnych lub osobę wykonującą zawód medyczny); (2) zachowania podmiotów udzielających świadczeń zdrowotnych, gdyż ze względów podmiotowych praktykę naruszającą zbiorowe prawa pacjentów może stosować jedynie podmiot udzielający świadczeń zdrowotnych (autor w tym miejscu przytacza definicję i rodzaje podmiotów leczniczych z wyraźnym ich odróżnieniem od praktyk zawodowych); (3) wskazania przesłanek koniecznych do uznania praktyki za naruszającą zbiorowe prawa pacjentów, tj.: (a) zorganizowanego działania bądź zaniechania podmiotu udzielającego świadczeń zdrowotnych (z wyjaśnieniem bezprawności zachowania oraz pozbawienia lub ograniczenia praw pacjentów), (b) stwierdzonego prawomocnym orzeczeniem sądu zorganizowaniem wbrew przepisom o rozwiązywaniu sporów zbiorowych akcji protestacyjnej lub strajku przez organizatora strajku (co ważne, przesłankę tę autor ocenia jako przepis, który w praktyce nie znajduje zastosowania); (4) analizy definicji zbiorowego prawa pacjentów, którym nie jest suma praw indywidualnych, co oznacza, że „[p]rzy ocenie, czy mamy do czynienia z sumą indywidualnych praw czy też z praktyką naruszającą zbiorowe prawa pacjentów, należy dokonać oceny okoliczności sprawy. Przy takiej ocenie nie ma znaczenia charakter naruszeń bądź ilość negatywnych skutków, jakie dotknęły pacjentów w wyniku naruszenia ich praw” (s. 90 i n.); (5) katalogu praw pacjenta ze zwróceniem szczególnej uwagi, że prawa te wynikają nie tylko z u.p.p., ale także z przepisów ustaw szczególnych, m.in. z ustawy o zawodzie lekarza i lekarza dentystry czy ustawy o ochronie zdrowia psychicznego; (6) ochrony zbiorowych praw pacjentów, ta bowiem, przewidziana w u.p.p., nie wyłącza ochrony wynikającej z innych ustaw (chodzi tu o pacjenta jako: konsumenta i ubezpieczonego, czy wreszcie o relacje pacjenta z podmiotem udzielającym świadczeń zdrowotnych niebędącym przedsiębiorcą, gdyż wówczas nie będzie mu przysługiwał status konsumenta). Rozważania komentatorskie do art. 59 zamyka bogata linia orzecnicza sądów administracyjnych dotycząca katalogu praw pacjenta, m.in.: prawa do refundacji leku, zapewnienia całodobowej opieki lekarskiej w zakładzie opiekuńczo-leczniczym, zakazu pobierania dodatkowych opłat za rejestrację przy wykorzystaniu telefonu, nakazu zapewnienia leków pacjentowi podczas hospitalizacji, udostępniania dokumentacji medycznej bez zbędnej zwłoki oraz jej przechowywania i obowiązku zabezpieczenia, zagwarantowania pełnego dostępu do dokumentacji medycznej, formy upoważnienia (także ustnego) do dostępu do dokumentacji medycznej, udostępniania wyników badań jedynie do wglądu przed wizytą lekarską, zachowania personelu medycznego, monitoringu w podmiocie leczniczym, zgody

na wkroczenie w sferę intymności poprzez rejestrowanie obrazu i dźwięku podczas udzielania świadczeń medycznych, zapewnienia kontaktu telefonicznego z innymi osobami czy braku obowiązku korzystania z depozytu bądź stwierdzenia legalności strajku. Następnym zagadnieniem jest wszczęcie postępowania uregulowane w art. 60 u.p.p. – autor czyni tu uwagi do wniosku o wszczęcie postępowania: „[s] troną postępowania w sprawach praktyk naruszających zbiorowe prawa pacjentów jest zawsze podmiot udzielający świadczeń zdrowotnych albo organizator strajku, wobec którego takie postępowanie zostało wszczęte. Niemniej, wniosek o wszczęcie tego postępowania może złożyć każdy, tj. nie tylko pacjent, członek jego rodziny lub organizacja pacjentów, ale również w szczególności inny podmiot udzielający świadczeń zdrowotnych lub nawet inny organ. Ustawodawca zdecydował się na odmienną regulację niż w postępowaniu w przedmiocie praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów prowadzonym przez Prezesa UOKiK” (s. 117). W tym zakresie omówiono elementy formalne oraz tryb wniesienia wniosku. Kolejną kwestię stanowią praktyki naruszające zbiorowe prawa pacjentów – autor prezentuje istotę art. 61, który to przepis uprawnia Rzecznika Praw Pacjenta (RPP) do żądania przedstawienia dokumentów i wszelkich informacji dotyczących okoliczności stosowania praktyk, co do których istnieje uzasadnione podejrzenie, że mają charakter praktyk naruszających zbiorowe prawa pacjentów. Zwraca także uwagę na to, że „[p]odmiotem, do którego RPP może skierować żądanie, jest każdy, kto posiada informację bądź dokumenty. [...] Będą to zatem nie tylko podmioty udzielające świadczeń zdrowotnych, ale również organy publiczne, w tym w szczególności organy ścigania (prokuratura, policja), osoby prawne (np. NFZ) bądź nawet osoby fizyczne” (s. 118 i n.). Przedstawiona linia orzecznicza dotyczy: zakresu żądanych dokumentów, sposobu liczenia terminu załatwienia sprawy czy samego zastosowania art. 61 ust. 1 u.p.p. regulującego czynności wyjaśniające ustalenie zasadności wszczęcia lub odmowy wszczęcia postępowania. Komentarz do art. 62 u.p.p. zawiera informacje dotyczące wszczęcia postępowania w sprawach praktyk naruszających zbiorowe prawa pacjentów, które następuje w wyniku wydania przez RPP postanowienia. Jak podnosi autor, „[o]d tego postanowienia nie przysługuje żaden środek odwoławczy, w tym wniosek o ponowne rozpatrzenie sprawy. Postanowienie inicjuje więc postępowanie w sprawie stosowania praktyk naruszających zbiorowe prawa pacjentów” (s. 122). Postanowienie to powinno zawierać elementy (składniki) określone w art. 124 § 1 k.p.a. Powinno „również wskazywać na zakres wszczętego postępowania, w szczególności przez wskazanie, w zakresie naruszenia jakiego prawa inicjuje się wyżej wskazane postępowanie. Oczywiście, w toku postępowania zakres wszczętego postępowania może ulec zmianie, w tym rozszerzeniu, jeżeli ujawnią się nowe okoliczności nieznanne organowi w chwili wszczęcia postępowania. Postanowienie jest doręczane stronom tego postępowania, tj. podmiotowi udzielającemu świadczeń zdrowotnych oraz jeżeli dotyczy – osobie, która wniosła wniosek o wydanie decyzji w sprawie stosowania praktyk naruszających zbiorowe prawa pacjentów” (s. 122). Odmowę wszczęcia postępowania przez RPP (art. 63) zbadano z punktu widzenia rodzaju podstaw odmowy jego wszczęcia: (1) odmowa obligatoryjna następuje, jeżeli: (a) działanie lub zaniechanie w sposób oczywisty nie spełnia przesłanek określonych w art. 59 ust. 1 u.p.p. lub (b) wnoszący o wydanie decyzji o uznaniu praktyki za naruszającą

zbiorowe prawa pacjentów nie uprawdopodobnił pozbawienia pacjentów ich praw lub ograniczenia tych praw; (2) odmowa fakultatywna pacjentów nie jest obwarowana dodatkowymi przesłankami, gdyż ustawodawca pozostawia RPP możliwość odmowy i ocenę, czy taka odmowa jest „uzasadniona” – innymi słowy, jeżeli uzna to za uzasadnione. Jak pisze autor, „[w]ydaje się, że odmowie powinny przyświecać jedynie szczególne powody, w szczególności takie, które mogłyby wpływać na interes samych pacjentów. Każda odmowa wymaga uzasadnienia, a tym bardziej ta podejmowana na podstawie art. 63 ust. 1 u.p.p.” (s. 124). Trzeba tu podkreślić, że RPP odmawia wszczęcia postępowania w sprawie praktyk naruszających zbiorowe prawa pacjentów decyzją, na którą służy skarga do sądu administracyjnego. Decyzja odmowna jest ostateczna i nie przysługuje od niej środek odwoławczy, np. w postaci odwołania do Prezesa Rady Ministrów wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy. Przytoczone orzeczenia administracyjne w sprawach odmowy wszczęcia postępowania nawiązują do takich zagadnień, jak: czynności wyjaśniające przed odmową wszczęcia postępowania, uprawdopodobnienie naruszenia prawa pacjentów, brak kompetencji RPP do określenia przesłanek prowadzenia działalności leczniczej czy brak możliwości wszczęcia postępowania wobec Narodowego Funduszu Zdrowia. Komentowany art. 64 u.p.p. dotyczy decyzji w sprawach praktyk naruszających zbiorowe prawa pacjentów. Otóż RPP po przeprowadzeniu tego postępowania wydaje decyzję: (1) o uznaniu praktyki za naruszającą zbiorowe prawa pacjentów i nakazaniu jej zaniechania; (2) o uznaniu praktyki za naruszającą zbiorowe prawa pacjentów i stwierdzeniu jej zaniechania; (3) o umorzeniu postępowania. Co ważne, „[w] jednej decyzji mogą być jednak ujęte wszystkie trzy powyższe rodzaje rozstrzygnięć, pod warunkiem, że dotyczą różnych zakresów przedmiotowych. O tym, w jakim zakresie RPP może wydać decyzję, decydujące znaczenie ma postanowienie o wszczęciu postępowania w sprawach praktyk naruszających zbiorowe prawa pacjentów bądź treść kolejnych pism, w zakresie rozszerzenia zakresu postępowania. Nie ma przeszkód, aby w ramach jednego postępowania mogła wystąpić wielopodmiotowość. Adresatem decyzji może być więcej niż jeden podmiot, w tym podmiot udzielający świadczeń zdrowotnych” (s. 126). Decyzji o uznaniu praktyki za naruszającą zbiorowe prawa pacjentów i nakazaniu jej zaniechania nadaje się rygor natychmiastowej wykonalności, przy czym autor w ciekawy sposób analizuje praktyczne problemy z tym związane, z uwzględnieniem możliwości wstrzymania przez sąd administracyjny wykonania decyzji (co następuje tylko na wniosek uprawnionego) w sytuacji niebezpieczeństwa wyrządzenia znacznej szkody lub spowodowania trudnych do odwrócenia skutków w wyniku jej wykonania. Linia orzecznicza Naczelnego Sądu Administracyjnego (NSA) i wojewódzkich sądów administracyjnych (WSA) w komentowanym zakresie dotyczy: elementów decyzji o uznaniu praktyki za naruszającą zbiorowe prawa pacjentów, publikacji oświadczenia – w zakresie działań niezbędnych do usunięcia skutków naruszenia zbiorowych praw pacjenta – przez placówkę medyczną na stronie internetowej, poinformowania o zmianie zasad udzielania świadczeń zdrowotnych osobom szczególnie uprawnionym. Uwagi komentatorskie obejmują poza tym art. 65 u.p.p. dotyczący ostateczności decyzji RPP. Warto tu przywołać wywód autora (s. 130): „[d]ecyzje, od których nie służy odwołanie w administracyjnym toku instancji lub wnioski o ponowne rozpatrzenie sprawy, są

ostateczne (art. 16 § 1 k.p.a.). Od wydanej przez RPP decyzji w przedmiocie praktyk naruszających zbiorowe prawa pacjentów nie służy odwołanie bądź wniosek o ponowne rozpatrzenie sprawy. W szczególności okoliczność, że RPP jest powoływany przez Prezesa RM nie powoduje, że od wszelkich rozstrzygnięć RPP przysługuje odwołanie właśnie do tego organu. Tym samym Prezes RM nie jest organem wyższego stopnia w rozumieniu KPA w stosunku do RPP. Strona, która nie zgadza się z decyzją RPP, może wnieść jedynie skargę do sądu administracyjnego. Oznacza to, że decyzje RPP są ostateczne, ale nie prawomocne. Decyzja prawomocna to taka decyzja, której nie można zaskarżyć do sądu (art. 16 § 3 k.p.a.)⁷. Niemniej należy pamiętać, że przepisy k.p.a. stosuje się w zakresie nieuregulowanym do postępowania w sprawie stosowania praktyk naruszających zbiorowe prawa pacjentów oraz do postępowania w przedmiocie nałożenia kary pieniężnej. Komentarze do art. 66 i 67 poświęcono odpowiednio: (1) skardze na decyzje RPP do sądu administracyjnego, którą wnosi się w terminie 30 dni od dnia doręczenia stronie decyzji za pośrednictwem RPP i która podlega opłacie stałej w wysokości 200 zł, gdzie właściwy miejscowo jest WSA w Warszawie (obecnie siedzibą RPP jest Warszawa), a skargę do sądu może wnieść którakolwiek ze stron postępowania; (2) instytucji przedawnienia – nie wszczyna się bowiem postępowania w sprawie stosowania praktyk naruszających zbiorowe prawa pacjentów, jeżeli od końca roku, w którym zaprzestano ich stosowania, upłynął rok. Kolejną kwestią uregulowaną w u.p.p., a odnoszącą się do ochrony praw pacjenta, są kary pieniężne uregulowane w art. 68–71. Pierwszą z możliwych jest kara pieniężna z art. 68 u.p.p. za niewykonanie decyzji – „[p]rzepis przewiduje obowiązek nałożenia przez RPP kary pieniężnej za niepodjęcie działań określonych w decyzji o uznaniu praktyki za naruszającą zbiorowe prawa pacjentów i nakazaniu jej zaniechania. Zatem przepis ten nie pozostawia w tym zakresie żadnego luzu decyzyjnego” (s. 135), przy czym autor zwraca uwagę na pewien wyłom wynikający z art. 189f § 1 k.p.a., ustanawiający przesłanki odstąpienia od nałożenia administracyjnej kary pieniężnej. Ciekawa linia orzecznictwa administracyjnego w tym zakresie to: obligatoryjny charakter kar pieniężnych nakładanych przez RPP, nieusunięcie stwierdzonych naruszeń jako podstawa do nałożenia kary pieniężnej, uprawnienie RPP do wszczęcia i prowadzenia postępowania w sprawie nałożenia kary pieniężnej, kara pieniężna w przypadku braku zaprzestania stosowania praktyk naruszających zbiorowe prawa pacjentów. Kolejny rodzaj kary to kara pieniężna za nieprzekazanie dokumentów oraz informacji uregulowana w art. 69 u.p.p., którą nakłada RPP w drodze decyzji na podmiot, do którego skierowano żądanie, a maksymalna wysokość tej kary wynosi 50 000 zł. Następny komentowany art. 70 u.p.p. „wyznacza dyrektywy wymiaru kary, jakie RPP jest obowiązany uwzględnić przy nakładaniu kar pieniężnych. Celem takiej regulacji jest to, aby wysokość kary pieniężnej była miarkowana, a zatem wymierzona w sposób prawidłowy, z zachowaniem obiektywnych przesłanek. Katalog tych dyrektyw (przesłanek) jest katalogiem otwartym, poprzez określenie „w szczególności” (s. 141), tj. okres, stopień oraz okoliczności naruszenia przepisów ustawy, a także uprzednie naruszenie przepisów ustawy. Tym samym poza wskazanymi można uwzględnić także te niewymienione. Poza uwagami ogólnymi autor omawia takie zagadnienia, jak: stopień naruszenia (bardzo poważne, poważne, pozostałe), sytuację finansową (dochód/strata poniesiona przez

podmiot), okres i okoliczności naruszenia, uprzednie naruszenie przepisów. Zaprezentowana linia orzecznicza NSA i WSA dotyczy m.in.: dyrektywy wymiaru kary pieniężnej, indywidualizacji wymiaru kary pieniężnej, reguły miarkowania przy ustalaniu wysokości kary pieniężnej czy wysokości kar pieniężnych w razie naruszenia prawa do dokumentacji medycznej. Uwagi komentatorskie do u.p.p. zamykają regulacje dotyczące zarówno sposobu uiszczania kary pieniężnej nałożonej przez RPP jako tej stanowiącej dochód budżetu państwa (art. 70), jak i egzekucji kar pieniężnych (art. 71). Warto tu wskazać, że RPP nie jest organem egzekucyjnym, a w celu egzekucji należności wynikającej z wydanej decyzji o nałożeniu kary wnosi wnioski do organu egzekucyjnego (w szczególności właściwy naczelnik urzędu skarbowego). W toku postępowania egzekucyjnego RPP jest wierzycielem, a ukarany podmiot – dłużnikiem. Do egzekucji komentowanych kar pieniężnych stosuje się art. 189g § 3 k.p.a. normujący przedawnienie ukarania.

Trzecią część niniejszego komentarza i zarówno najmlodsza instytucję praktyk naruszających zbiorowe interesy tym razem pasażerów w transporcie kolejowym wprowadzono nowelą do u.t.k. (zob. Ustawę z dnia 19 sierpnia 2011 r. o zmianie ustawy o transporcie kolejowym). Obecnie zgodnie z komentowanym art. 14b u.t.k. zakazane jest stosowanie bezprawnych praktyk naruszających zbiorowe interesy pasażerów w transporcie kolejowym (w szczególności naruszających przepisy prawa przewozowego) w zakresie wymogu podawania do publicznej wiadomości rozkładu jazdy dla przewozu osób, taryf i cenników, wykonywania umowy przewozu z uwzględnieniem obowiązku zapewnienia podróżnym odpowiednich warunków bezpieczeństwa i higieny oraz użycia środków transportowych odpowiednich do danego przewozu. Regulacja ta jest istotna, gdyż wcześniejszy zakaz stosowania bezprawnych praktyk naruszających zbiorowe interesy pasażerów w transporcie kolejowym i prawa pasażerów w transporcie kolejowym podlegał ochronie na podstawie przepisów rozporządzenia nr 1371/2007/WE, a w grudniu 2010 r. mający miejsce tzw. chaos na kolei był przyczynkiem „do zwiększenia kompetencji Prezesa UTK w taki sposób, aby mógł on mieć realny wpływ na sytuację na rynku przewozów pasażerskich. Nadzór nad tym rynkiem miał zatem być realizowany w wyniku wprowadzenia zakazu stosowania bezprawnych praktyk naruszających zbiorowe interesy pasażerów. Monitorowanie przestrzegania tego zakazu miało być uprawnieniem Prezesa UTK” (s. 153 i n.). Kolejno autor analizuje pojęcie pasażera, którego u.t.k. nie definiuje, przy czym „[p]rawidłowa i pełna definicja pasażera znalazła się w Dodatku: Glosariusz, stanowiącym załącznik do decyzji Komisji z 14.11.2012 r. w sprawie technicznej specyfikacji interoperacyjności w zakresie podsystemu «ruch kolejowy» system kolei w Unii Europejskiej i zmieniająca decyzję 2007/756/WE (Dz. Urz. UE L Nr 345 z 15.12.2012 r., s. 1 ze zm.). Zgodnie z TSI, pasażerem jest «osoba (niebędąca pracownikiem mającym do wykonania określone obowiązki w pociągu) podróżująca pociągiem lub znajdująca się na terenie kolejowym przed rozpoczęciem podróży pociągiem lub po jej zakończeniu». Zatem osoba, która znajduje się na terenie kolejowym, np. na stacji bądź dworcu, z zamiarem odbycia podróży bądź kończąca podróż, jest pasażerem” (s. 153 i n.). Inne elementy omówione w komentarzu do art. 14b u.t.k. to: (1) zachowanie podmiotu kolejowego – ustawodawca nie wskazał bowiem, kto może naruszyć zakaz stosowania bezprawnych praktyk naruszających zbiorowe interesy pasażerów w transporcie kolejowym, stąd adresatem

normy przewidującej zakaz stosowania wyżej wskazanych praktyk są wszystkie podmioty kolejowe, tj. nie tylko przewoźnicy kolejowi; (2) suma interesów pasażerów w transporcie kolejowym – tu autor zastanawia się, czy brak uregulowania, że nie jest zbiorowym interesem pasażerów suma interesów pasażerów, powoduje automatycznie, że ochrona przewidziana w art. 14b u.t.k. jest ochroną szerszą niż ta z art. 24 u.o.k.k., co więcej – po analizie doktryny i wyroku NSA w tym zakresie stwierdza, że wydaje się, iż konstrukcja ta jest wpisana w charakter instytucji ochrony zbiorowych interesów czy praw określonej grupy osób, niezależnie od tego, czy została wyrażona w przepisie, ochronie prawnej podlega bowiem nieograniczona liczba osób jako zbiorowość, suma interesów indywidualnych pozostaje zaś w sprzeczności z abstrakcyjnym charakterem tej ochrony, skoro można policzyć te osoby; (3) postępowanie w przedmiocie stosowania praktyk naruszających zbiorowe interesy pasażerów w transporcie kolejowym – ustawodawca nie zdecydował się na uregulowanie odrębnych przepisów dotyczących tego postępowania, gdyż w tym zakresie stosuje się przepisy k.p.a. Przytoczona linia orzecznicza sądów administracyjnych dotyczy takich spraw, jak: nieprawidłowe realizowanie obowiązku udzielania pasażerom informacji o ruchu pociągów, zakaz dzielenia rozkładu jazdy na poszczególne okresy w danym roku, wadliwy system sprzedaży i rezerwacji miejsc w pociągach, nieprawidłowe informacje głosowe, usunięcie uchybień wskazanych w decyzji Prezesa UTK. W komentarzu rozbudowane uwagi można także odnaleźć do art. 66 u.t.k.; dotyczą one: (1) kary pieniężnej za naruszenie zakazu – u.t.k. przewiduje obligatoryjną podstawę do nałożenia kary pieniężnej za naruszenie zakazu, zaś poza dyspozycją art. 66 ust. 2a Prezes UTK nie może odstąpić od jej nałożenia; (2) podmiotów, które mogą być ukarane, a należą do nich: zarządca, przewoźnik kolejowy lub operator stacji pasażerskiej; (3) ustalenia wysokości kary – Prezes UTK uwzględnił: (a) zakres naruszenia przepisu przez podmiot, (b) dotychczasową działalność podmiotu oraz (c) jego możliwości finansowe, kara wynosi zaś do 2% rocznego przychodu przedsiębiorcy osiągniętego w poprzednim roku kalendarzowym; (4) postępowania w sprawie nałożenia kary pieniężnej – następującego w drodze decyzji administracyjnej; (5) terminu płatności kary pieniężnej (a właściwie braku jego określenia); (6) środków odwoławczych – ustawodawca zdecydował się na system mieszany, tj. od decyzji o stwierdzeniu stosowania praktyk naruszających zbiorowe interesy pasażerów w transporcie kolejowym przysługuje skarga do sądu administracyjnego, a od decyzji o nałożeniu kary pieniężnej odwołanie do sądu okręgowego; (7) ulgi w spłacie należności z tytułu nałożonej kary pieniężnej – gdzie ze względu na odmienne uregulowanie przesłanek wymiaru tych kar w art. 66 ust. 2b u.t.k. nie będzie miał zastosowania przepis art. 189d k.p.a. (przesłanki nakładania administracyjnej kary pieniężnej); (8) egzekucji kar pieniężnych stanowiących dochód budżetu państwa – zapłata następuje na rachunek bankowy prowadzony dla UTK, brak zapłaty kary pieniężnej skutkuje wszczęciem postępowania egzekucyjnego w administracji, gdzie Prezes UTK nie posiada uprawnień należnych organowi egzekucyjnemu, w toku postępowania egzekucyjnego występuje więc jako wierzyciel. Linia orzecznicza dotyczy m.in.: wymiaru kary pieniężnej, warunków odstąpienia od wymierzenia kary, usunięcia skutków naruszeń i nakładania kar pieniężnych na podmiot kolejowy, przesłanek wpływających na wysokość kary za naruszenie zakazu stosowania bezprawnych praktyk naruszających zbiorowe interesy pasażerów.

Komentarz będzie przydatny praktykom prawa, osobom zainteresowanym ochroną zbiorowych praw/interesów danych grup osób w kontekście naukowym, przedsiębiorcom, osobom wykonującym zawody medyczne i zarządzającym podmiotami leczniczymi.

Paulina Jachimowicz-Jankowska*
DOI: 10.14746/spp.2020.2.30.8

Przegląd zagranicznych opracowań naukowych

**Peter N. Salib, *The Law of Banksy: Who Owns Street Art?*
(Prawo Banksy'ego: Kto jest właścicielem street artu?),
„University of Chicago Law Review” 2016, vol. 83, no. 4, p. 2293–2328**

The author attempts to provide an answer to a seemingly trivial question – Who owns a given work of street art? This attempt is based on doctrinal arguments regarding American property law raised with respect to the issue of street art ownership.

Firstly, the author tries to define the work of a street artist who, in the author's opinion, is a person painting the art work in public places without anyone's permission and in violation of trespassing and vandalism laws.

Furthermore, the author explains what street art is and why it is worth taking care of. Street art is generally created within urban areas, on a given property without the property owner's permission, and displayed where the public can see it. There are many street artists, working in various styles and creating their art in all kinds of locations. Such artists' creations have recently become extremely valuable. Street art has entered the world's art mainstream, with Banksy pieces regularly being sold for more than one million dollars.

To present the scale of the phenomenon and its increasing importance, the author describes the history of legal dispute over the work of Banksy, who painted *Mobile Lovers* directly on a piece of public property. Consequently, the city of Bristol, which was the owner of the building, stated that the painting belonged to the city. Another example of a dispute over the right of ownership of street art is the case of *Slave Labour*, which constitutes a commentary on discount stores' labour practices, and which eventually became an important attraction in London, drawing many visitors to the neighbourhood. After one year, the piece of art vanished in mysterious circumstances, ripped from the wall on which it was painted. The painting later appeared at auction. Street artists' works represent real financial value and are often known worldwide.

Most disputes arise between finders of street art and the owners of the property on which the art is found. In general, traditional legal doctrine categories are

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

insufficient to enable all potential disputes to be solved. The author analyzes the issue in question on the basis of current doctrines, including the law of finders, the law of gift, the law of accession and equitable division.

In conclusion, the author indicates that a relevant court might choose to expand one of the existing doctrines in such a way that makes it applicable to the majority of cases. However, as the author advocates, the courts should not apply any of the traditional doctrinal categories and instead, they should exercise their powers equitably in the analyzed cases.

Piotr Szulc

DOI: 10.14746/spp.2020.2.30.9

Geraint Ellis, *Discourses of Objection: Towards an Understanding of Third-party Rights in Planning* (W kierunku zrozumienia uprawnień podmiotów trzecich w planowaniu przestrzennym), „Environment and Planning A: Economy and Space” 2004, vol. 36, DOI:10.1068/a36176, p. 1549–1570

The author analyses third party rights in planning and their consequences. Firstly, he points out that jurisdictions around the world are moving towards an increasing role of public participation in spatial planning. The scale and scope of research on public participation also covers the issue of balance between law and democracy, as well as between individual and collective interests. There are voices that the increased share of social factors in spatial planning does not serve the benefit of the general public, but the pursuit of particular interests, which in turn leads to chaos.

The objective of public participation in planning is commonly understood as acting in belief that everyone should be aware that they can influence the shape of their community. Most jurisdictions seek to strengthen the significance and position of the social factor in spatial planning, but their number and scope are still unsatisfactory.

The author indicates that there is a focus on enabling citizens to participate in the spatial planning procedure, through specific tools, such as public consultations at various stages of planning, without taking into account the purpose for which such participation was enabled. The goal of social participation, which was balancing the interests of all participants in shaping space, has disappeared from the horizon.

The article presents a case study of third party claims in the Republic of Ireland and identifies five distinct social discourses. The said discourses highlight the complex factors that stimulate third party rights/claims and illustrate how they can be related to values such as citizenship, public interest and property rights. The main difficulty is that such discourses tend to emphasise rights as vehicles for expressing interests, rather than to emphasise the values that they seek to protect.

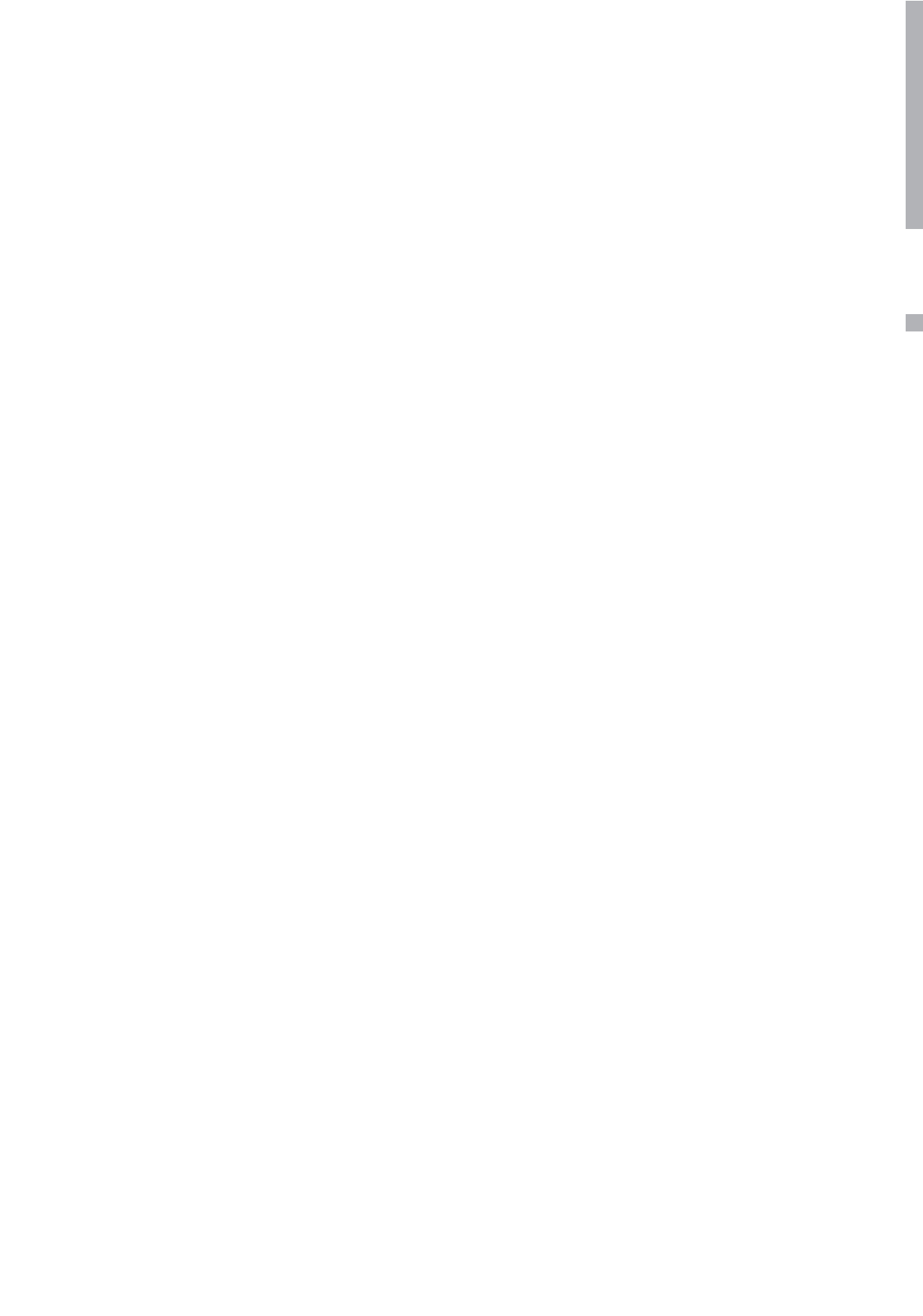
Finally, the author concludes that even if citizens exercise their claims aiming to secure the right to protect their particular interests, it is not their lack of collective thinking that should be blamed, as they simply enjoy the rights granted to them

as such. It is necessary to study the factors which provide for such outcomes and indicate which of them shape such an individualistic attitude in the field of spatial management.

*Piotr Szulc**

DOI: 10.14746/spp.2020.2.30.10

* Piotr Szulc, mgr, Adam Mickiewicz University, Poznań, e-mail: ps16371@st.amu.edu.pl, <https://orcid.org/0000-0002-5443-1012>.



IV. SPRAWOZDANIA I INFORMACJE

Sprawozdanie z Ogólnopolskiej Konferencji Naukowej Prawniczych Zawodów Zaufania Publicznego „Odpowiedzialność dyscyplinarna osób wykonujących prawnicze zawody zaufania publicznego”, Toruń, 12 grudnia 2019 r.

W dniu 12 grudnia 2019 r. w Sali Posiedzeń Rady Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Mikołaja Kopernika w Toruniu odbyła się konferencja naukowa poświęcona prawniczym zawodom zaufania publicznego. Kolejną, drugą edycję konferencji poświęcono tematyce odpowiedzialności dyscyplinarnej osób wykonujących prawnicze zawody zaufania publicznego. Organizatorami konferencji były: Katedra Prawa Administracyjnego Wydziału Prawa i Administracji UMK oraz Koło Naukowe Marketingu Prawniczego UMK. Honorowy patronat nad wydarzeniem objęli: Dziekan Wydziału Prawa i Administracji UMK prof. dr hab. Zbigniew Witkowski oraz Okręgowa Izba Radców Prawnych w Toruniu.

Odpowiedzialność dyscyplinarna oraz postępowania dyscyplinarne w poszczególnych prawniczych zawodach zaufania publicznego okazały się wyjątkowo inspirującymi i frapującymi zagadnieniami. W trakcie konferencji wystąpiło łącznie siedemnastu prelegentów, reprezentujących zarówno środowiska akademickie z sześciu różnych uniwersytetów, jak i poszczególne samorządy prawnicze.

Konferencję otworzył dr hab. Piotr Rączka, prof. UMK, który powitał zaproszonych gości, podkreślił ważkość zagadnienia odpowiedzialności dyscyplinarnej oraz wyraził nadzieję, że tegoroczne spotkanie związane z prawniczymi zawodami zaufania publicznego po raz kolejny zaowocuje wieloma inspirującymi wystąpieniami i wartościową dyskusją. Następnie uczestników konferencji powitał Dziekan WPiA prof. dr hab. Zbigniew Witkowski oraz Wicedziekan Okręgowej Izby Radców Prawnych w Toruniu dr Dorota Sylwestrzak.

Panel pierwszy konferencji, moderowany przez dra hab. Piotra Rączkę, prof. UMK rozpoczął się od wystąpienia radcy prawnego dr Doroty Sylwestrzak (UMK), która przybliżyła tematykę konferencji w swoim referacie zatytułowanym „Istota i cele procedur dyscyplinarnych w prawniczych zawodach zaufania publicznego”. Prelegentka rozpoczęła od próby scharakteryzowania pojęcia procedur dyscyplinarnych, a następnie przeszła do omówienia funkcji, jakie pełni postępowanie dyscyplinarne w polskim porządku prawnym.

Po tym wystąpieniu, w ramach I panelu, rozpoczął się cykl referatów poświęconych odpowiedzialności dyscyplinarnej komorników sądowych. Dr hab. Radosław

Giętkowski, prof. UG wygłosił referat na temat „Odpowiedzialność dyscyplinarna komorników a model odpowiedzialności dyscyplinarnej”. Mówca wskazał, że realizacja odpowiedzialności dyscyplinarnej jest sposobem realizacji pieczy nad samorządem komorniczym. Praktyczne aspekty odpowiedzialności dyscyplinarnej komorników w swoim wystąpieniu poddała analizie komornik Joanna Sawicka-Iwaniuk, przewodnicząca Komisji Dyscyplinarnej Krajowej Rady Komorniczej. W panelu I wystąpiła ponadto radca prawny dr Joanna May (UMK) z referatem zatytułowanym „Zwłoka komornika w umorzeniu postępowania egzekucyjnego jako podstawa odpowiedzialności dyscyplinarnej”, w ramach którego odniosła się do kwestii deliktu dyscyplinarnego komornika w przypadku zwłoki w umorzeniu postępowania egzekucyjnego w świetle znowelizowanych przepisów Ustawy z dnia 28 lutego 2018 r. o kosztach komorniczych (Dz.U. 2019, poz. 2363) oraz Ustawy z dnia 22 marca 2018 r. o komornikach sądowych (Dz.U. 2020, poz. 121). Jako ostatni w I panelu głos zabrał mgr Mariusz Liskowski (UMK), który w referacie „Kara dyscyplinarna, której nie ma? Czyli kilka uwag o zawieszeniu asesora komorniczego w czynnościach” odniósł się do istoty instytucji zawieszenia asesora w czynnościach, przesłanek jej zastosowania oraz konsekwencji, jakie za sobą niesie.

Pieczę nad II panelem sprawowali dr hab. Krystyna Wojtczak, prof. UAM i dr hab. Sławomir Pawłowski, prof. UAM – pełniący funkcję moderatorów. Panel, poświęcony zasadniczo różnym aspektom odpowiedzialności dyscyplinarnej, rozpoczął swoim wystąpieniem radca prawny dr Michał Piotr Ziemiak (UMK), który przybliżył uczestnikom problematykę zależności między odpowiedzialnością dyscyplinarną a odpowiedzialnością cywilną radcy prawnego. Prelegent rozpoczął od przedstawienia różnic konstrukcyjnych między odpowiedzialnością dyscyplinarną a odpowiedzialnością cywilną, następnie przeszedł do omówienia charakteru orzeczenia dyscyplinarnego, stając na stanowisku, że nie będzie ono prejudykatem dla sądu powszechnego. Następnie głos zabrała dr Anna Deryng-Dziuk (Uniwersytet Humanistyczno-Przyrodniczy im. Jana Długosza w Częstochowie). Wygłosiła ona referat zatytułowany „Naruszenie obowiązków pracowniczych a odpowiedzialność dyscyplinarna adwokata”. Prelegentka omówiła relację naruszenia obowiązków pracowniczych w stosunku do przewinień dyscyplinarnych. W referacie „Odpowiedzialność adwokata i radcy prawnego za delikt dyscyplinarny popełniony w sferze życia prywatnego” dr Szymon Krajnik (Akademia Leona Koźmińskiego w Warszawie) przedstawił wiele interesujących przykładów z życia prywatnego profesjonalistów, które rzutują lub mogą rzutować na wykonywanie zawodu. Jako ostatnia głos zabrała dr Marlena Kruszynska-Kośmicka (UAM), która wygłosiła referat na temat „Reklama zawodów prawniczych a odpowiedzialność dyscyplinarna”. Prelegentka rozpoczęła od wyjaśnienia pojęcia reklamy. Następnie zwróciła uwagę na fakt, że dzisiejsza działalność profesjonalnych pełnomocników wygląda zupełnie inaczej, niż miało to miejsce wcześniej. Zmieniające się otoczenie, coraz większa skala działalności internetowej oraz konieczność dostosowywania się do wymagającej konkurencji wymuszają również zmiany w przepisach, co jednak nie następuje. Prelegentka podkreśliła też istotę braku wprost wyrażonego zakazu reklamy w Kodeksie Etyki Radców Prawnych.

Panel III, prowadzony przez dra Bartłomieja Chłudzińskiego (UMK), a dotyczący aktualnych problemów odpowiedzialności dyscyplinarnej, rozpoczął się od

wystąpienia adwokata dra Karola Pachnika, sędziego Sądu Dyscyplinarnego Izby Adwokackiej w Warszawie, który określił granice odpowiedzialności dyscyplinarnej adwokatów w kontekście wyzwań współczesności. Następnie głos oddano adwokat Magdalenie Kulczyckiej-Kurkowskiej (Izba Adwokacka w Warszawie), która w swoim wystąpieniu zatytułowanym „Klient mojego klienta nie jest moim klientem. Współpraca z korporacją a wykonywanie zawodu adwokata w świetle odpowiedzialności etycznej i zawodowej – wybrane zagadnienia” przedstawiła najważniejsze aspekty funkcjonowania prawników – profesjonalistów w świecie korporacji. Radca prawny dr Mateusz Woiński (ALK OIRP w Warszawie) wygłosił referat na temat „Tryby konsensualne w postępowaniu dyscyplinarnym prowadzonym wobec radców prawnych”, natomiast aplikant radcowski Bartosz Wilk (UW) omówił zagadnienie „Dostępu do informacji o działalności samorządów zawodowych w świetle orzecznictwa i praktyki”, w ramach którego odniósł się m.in. do kwestii obowiązku udzielania informacji o swojej działalności przez samorządy zrzeszające osoby wykonujące prawnicze zawody zaufania publicznego oraz do konsekwencji niedochowania tego obowiązku.

W ostatnim panelu, moderowanym przez dr Karolinę Rokicką-Murszewską (UMK), kontynuowano tematykę jawności dostępu do informacji publicznej. Jako pierwsza referat zatytułowany „Jawność orzeczeń sądów dyscyplinarnych adwokatów, radców prawnych oraz komorników w świetle orzecznictwa sądów administracyjnych” wygłosiła mgr Dominika Zawacka-Klonowska (UMK). Zawarła w nim rozważania dotyczące funkcji sądownictwa dyscyplinarnego oraz udostępniania orzeczeń dyscyplinarnych m.in. na stronach internetowych samorządów. Następnie głos zabrała adwokat dr Magdalena Matusiak-Frącczak (UŁ), która analizowała problematykę tajemnicy zawodowej w adwokackich postępowaniach dyscyplinarnych. Mgr Aleksandra Penszyńska (UMK) badaniu poddała kwestie dotyczące zależności między wolnością słowa i pisma a odpowiedzialnością dyscyplinarną adwokata. Jako ostatnia wystąpiła mgr Justyna Sawicka (UKSW) z referatem zatytułowanym „Granice odpowiedzialności dyscyplinarnej adwokata kościelnego w regulacjach prawa kanonicznego”, który – jak się okazało – stanowił kłamrę spinającą konferencje organizowane przez Katedrę Prawa Administracyjnego UMK, wieńczone od jakiegoś czasu wystąpieniami z zakresu prawa kanonicznego.

Uzupełnieniem wszystkich wystąpień była dyskusja z udziałem uczestników oraz gości. Uczestnicy konferencji odnieśli się do często niejasnej kwestii deliktów dyscyplinarnych. W swoich wystąpieniach prelegenci przedstawiali przykłady na to, jak trudna była jednoznaczna ocena, czy dane działanie bądź zaniechanie może mieć charakter typowego deliktu dyscyplinarnego. Przedmiotem dyskusji był również problem aktywności osoby wykonującej prawniczy zawód zaufania publicznego w ramach sfery życia prywatnego jako przesłanek rodzących ewentualną odpowiedzialność dyscyplinarną. Kwestia reklamowania swojej działalności przez osoby wykonujące zawody zaufania publicznego pozostaje zawsze aktualnym problemem, w związku z czym także ona była przedmiotem żywiołowej dyskusji. W dobie nowoczesnych technologii bardzo ciężko jest wyznaczyć granicę, która pozwalałaby jednoznacznie dokonywać oceny, czy dane postępowanie można zakwalifikować jako naruszenie zakazu reklamy.

Nie ulega wątpliwości, że poszczególne regulacje dotyczące prawniczych zawodów zaufania publicznego pozostaną przedmiotem wielokrotnych nowelizacji, które będą miały wpływ na funkcjonowanie samorządów prawniczych. Będzie to niewątpliwie stanowić impuls do zorganizowania w przyszłym roku kolejnej konferencji dotyczącej reglamentacji prawnej prawniczych zawodów zaufania publicznego, na którą Katedra Prawa Administracyjnego WPiA UMK ma przyjemność serdecznie zaprosić.

*Karolina Rokicka-Murszewska**

*Tomasz Kuczyński***

* Karolina Rokicka-Murszewska, dr, Uniwersytet im. Mikołaja Kopernika w Toruniu, e-mail: krm@umk.pl, <https://orcid.org/0000-0001-5402-4137>.

** Tomasz Kuczyński, mgr, Uniwersytet im. Mikołaja Kopernika w Toruniu, e-mail: t.kuczynski@umk.pl, <https://orcid.org/0000-0001-8200-8388>.