

PRAWO W ADMINISTRACJI
I GOSPODARCE

REDAKCJA NAUKOWA
SYLWIA OSOJCA-KOZŁOWSKA

REDAKCJA NAUKOWA
SYLWIA OSOJCA-KOZŁOWSKA

PRAWO W ADMINISTRACJI I GOSPODARCE

ARCHAEGRAPH
Wydawnictwo Naukowe

REDAKTOR NAUKOWY
SYLWIA OSOJCA-KOZŁOWSKA

RECENZENCI:
DR HAB. PIOTR RUCZKOWSKI, PROF. UJK

KOREKTA REDAKTORSKA I SKŁAD

KAROL ŁUKOMIAK
DIANA ŁUKOMIAK

PROJEKT OKŁADKI

KAROL ŁUKOMIAK

© COPYRIGHT BY AUTHORS & ARCHAEGRAPH
& LABORATORIUM WIEDZY

ISBN: 978-83-67074-35-3

WERSJA ELEKTRONICZNA DOSTĘPNA NA STRONIE INTERNETOWEJ WYDAWCY:
www.archaeograph.pl

ARCHAEGRAPH
Wydawnictwo Naukowe

ŁÓDŹ - KIELCE 2021

SPIS TREŚCI

Jan Kaczmarczyk Zakaz dyskryminacji wykonawców i zapewnienie uczciwej konkurencji w polskim prawie zamówień publicznych	7
Katarzyna Kamińska Prawo dziecka do prywatności a władza rodzicielska	27
Maja Maciejewska-Szałas Testament notarialny	41
Michał Matusiak Liability or Responsibility? The Compensation for a Nuclear Damage on the Ground of the International Law	53
Michał Ostrowski Glosa do wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 16 marca 2021 r., w sprawie C-562/19 P, Komisja Europejska przeciwko Rzeczypospolitej Polskiej	65
Karol Marian Szczepanowski Aktualizacja charakteru bezpośredniego naruszenia dobra prawnego w wyniku przestępstwa urzędniczego – uwagi aksjologiczne wobec praktyki	81
Karol Marian Szczepanowski Zaświadczenie wydane przez farmaceutę – przesłanki aksjologiczne i konstrukcja prawna uprawnienia klienta	93
Tomasz Wojsz Ochrona informacji niejawnych w kontrwywiadzie wojskowym RP	105

Magdalena Kropiwnicka

**Assessment Criteria of Individual Character
of Industrial Designs**.....

ZAKAZ DYSKRYMINACJI WYKONAWCÓW I ZAPEWNIENIE UCZCIWEJ KONKURENCJI W POLSKIM PRAWIE ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

Streszczenie: Obowiązująca od 1 stycznia 2021 r. ustawa – Prawo zamówień publicznych kompleksowo reguluje proces i zasady udzielania zamówień publicznych, przygotowanie i przeprowadzenie postępowania w tym zakresie, wymogi dotyczące zawieranych umów, środki ochrony prawnej jak również kontrolę udzielanych zamówień i przepisy o karach pieniężnych. Celem nowego Prawa zamówień publicznych jest efektywność ekonomiczna jako zasada udzielania zamówień publicznych, która nakazuje zamawiającemu przeprowadzenie postępowania w sposób zapewniający najlepszą jakość dostaw oraz uzyskanie najlepszych efektów społecznych, gospodarczych i środowiskowych. Równie ważną zasadą przy udzieleniu zamówienia publicznego jest zasada uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Warunkiem realizacji tych zasad jest zagwarantowanie przejrzystości procedur. Przestrzeganie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w konsekwencji prowadzi do realizacji pozostałych zasad prawa zamówień publicznych.

Słowa kluczowe: Zamówienie publiczne, zamawiający, wykonawca, zasada uczciwej konkurencji, zasada przejrzystości, zasada proporcjonalności.

ORCID: 0000-0002-1701-1625.

WSTĘP

Zamówienia publiczne to sektor finansów publicznych, który obejmuje szczególnie zasady i procedury związane z wyborem wykonawców, tryby

¹ Adwokat, doktorant UJK w Kielcach.

udzielania zamówień publicznych i zawierania umów w tym zakresie. Prawo polskie regulowało wydatkowanie środków publicznych począwszy od odzyskania niepodległości a pierwszym aktem prawnym był Dekret w przedmiocie utworzenia Urzędu Rozdzielczego². Od 24 marca 1933 r. zamówienia publiczne regulowane były ustawą³. Ustawa obowiązywała do końca stycznia 1949 r. i została zastąpiona przez kolejną ustawę⁴ uchwaloną przez Sejm PRL, która obowiązywała do 11 lutego 1958 roku. Zakres podmiotowy ustawy obejmował dostawy, roboty i usługi na rzecz Skarbu Państwa, samorządu terytorialnego i niektórych kategorii osób prawnych. Ustawa z roku 1957 została uchylona przez ustawę z 21 grudnia 1983 r. o zmianie ustaw wprowadzających reformę gospodarczą⁵. Po zmianie ustroju społeczno-gospodarczego dotychczasowe rozwiązania prawne w zakresie zamówień publicznych zastąpiono ustawą o zamówieniach publicznych⁶. Z kolei ustawa z 2004 r. Prawo zamówień publicznych⁷ wiązała się z przystąpieniem Polski do Unii Europejskiej stanowiła implementację prawa unijnego w tym zakresie. Ustawa została zastąpiona w roku 2021 obecnie obowiązującą ustawą o takiej samej nazwie⁸, która wdraża dyrektywy Rady i Parlamentu Europejskiego dotyczące tej gałęzi prawa europejskiego. Implementacja prawa unijnego wiąże się przyjęciem na grunt prawa polskiego zasad, które tworzą podstawy systemu zamówień publicznych. Jako fundamentalne dla tego systemu prawa doktryna wymienia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Pozwalają one na realizację efektywnego dysponowania środkami publicznymi oraz zapewnienia dostępu do zamówień wszystkim podmiotom zdolnym do ich wykonania⁹.

Celem niniejszego rozdziału jest analiza obowiązujących przepisów prawa polskiego w zakresie zamówień publicznych oraz wpływ na polskie ustawodawstwo prawa unijnego oraz umów międzynarodowych. Szczegółnej

² Dekret w przedmiocie utworzenia Urzędu Rozdzielczego w celu realizacji zamówień rządowych (Dz. U. 1918 nr 19, poz. 55).

³ Ustawa z dnia 15 lutego 1933 r. o dostawach i robotach na rzecz Skarbu Państwa, samorządu oraz instytucyjnego prawa publicznego (Dz. U. nr 19 poz. 127).

⁴ Ustawa z dnia 18 listopada 1948 r. o dostawach, robotach i usługach na rzecz Skarbu Państwa, samorządu oraz niektórych kategorii osób prawnych (Dz. U. nr 63, poz. 494).

⁵ Ustawa z dnia 21 grudnia 1983 r. o zmianie niektórych ustaw wprowadzających reformę gospodarczą (Dz. U. nr 71, poz. 318).

⁶ Ustawa z dnia 10 czerwca 1994 r. o zamówieniach publicznych (Dz. U. nr 76, poz. 344).

⁷ Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. nr 19, poz. 177).

⁸ Ustawa z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t. j; Dz. U. 2021, poz. 1129 ze zm.).

⁹ A. Sołtysińska, *Zasada równości w prawie zamówień publicznych Wspólnot Europejskich w świetle orzecznictwa Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości*, PUG 1998 nr 10, s. 2 i n.

analizie poddano znaczenie w Prawie zamówień publicznych zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

NORMY PRAWA MIĘDZYNARODOWEGO

Jeżeli chodzi o przepisy prawa międzynarodowego, to budowany jest tutaj jednolity system prawny zamówień publicznych na rynku światowym, podobnie jak w obszarze prawa Unii Europejskiej. Świadczy o tym rosnąca liczba państw sygnatariuszy Porozumienia o Zamówieniach Rządowych (GPA)¹⁰. GPA jest jedna z najważniejszych umów międzynarodowych wielostronnych, które dotyczy zamówień publicznych. Umowa ta funkcjonuje w ramach Światowej Organizacji Handlu (WTO), która nie wiąże jednak wszystkich członków WTO a jedynie tych, którzy zdecydowali się przystąpić do GPA na podstawie oddzielnego porozumienia (umowy). GPA obecnie liczy 43 członków¹¹. Działanie GPA oparte jest na zasadach tzw. traktowania narodowego i niedyskryminacji. Państwa będące stronami GPA zobowiązane są do wzajemnego otwarcia swoich rynków zamówień publicznych i umożliwienia przedsiębiorcom zagranicznym pochodzącym z państw – stron GPA, ubiegania się o zamówienia publiczne na równych prawach z wykonawcami krajowymi. Obowiązek zapewnienia dostępu dotyczy tylko tych zamówień, które przekraczają progi (o określonej wartości). Udzielane są przez określone kategorie zamawiających w zależności od tego, jakie zobowiązania zostały przyjęte przez dane państwo. Progi obowiązujące GPA mają wpływ na wysokość progów obowiązywania unijnych dyrektyw w zakresie zamówień publicznych. Progi obowiązywania dyrektyw nie powinny być wyższe niż uzgodnione w GPA). Obowiązujące progi UE zgodnie z GPA:

¹⁰ Porozumienie w sprawie zamówień rządowych (ang. *Government Procurement Agreement*, GPA) – jest tzw. umową „plurilateralną”, została wynegocjowana podczas tzw. Rundy Urugwajskiej WTO i weszła w życie 1 stycznia 1996 r. („GPA 1994”). W treść umowy zostało wpisane zobowiązanie do dalszych negocjacji, które zostały zainicjowane w roku 1999 i zakończone uzgodnieniem Protokołu zmieniającego treść GPA („nowe GPA”), które obowiązuje od 6 kwietnia 2014 r.

¹¹ Stronami GPA są obecnie: Armenia, Hongkong (Chiny), Islandia, Izrael, Japonia, Kanada, Korea Płd, Liechtenstein, Królestwo Niderlandów w imieniu Aruby, Mołdawia, Norwegia, Singapur, Szwajcaria, Stany Zjednoczone, Tajwan, Ukraina oraz Unia Europejska w imieniu jej 28 państw członkowskich, Wielka Brytania.

1. 130 000 SDR¹² dla dostaw i usług zamawianych przez podmioty administracji centralnej.
2. 200 000 SDR dla dostaw i usług zamawianych przez inne podmioty zamawiające.
3. 5 000 000 SDR dla robót budowlanych.

Zrewidowane Porozumienie w sprawie zamówień rządowych stawia większy nacisk na elektroniczną przetargach a nadto przewiduje:

- stworzenie bezpłatnej i scentralizowanej bazy danych ogłoszeń o zamówieniach publicznych. Ma ona obejmować podmioty wszelkiego centralnego;
- powstanie portalu elektronicznego publikującego wykaz stron internetowych, na których można znaleźć informacje o zamówieniach innych zamawiających;
- umożliwienie stosowania aukcji elektronicznych;
- wyłączenie z możliwości ubiegania się o przetarg wykonawców, którzy zostali uznani za winnych popełnienia przestępstw przekupstwa i korupcji;
- zapewnienie otwartości list stałych wykonawców, prowadzonych przez zamawiających objętych zobowiązaniami;
- przyjęcie bardziej przejrzystych reguł modyfikacji list podmiotów, których zamówienia zostały udostępnione,
- łatwiejszy dostęp do Porozumienia państw rozwijających się oraz najmniej rozwiniętych.

W praktyce, przy publikacji w Dzienniku Urzędowym UE ogłoszeń o zamówieniu, zamawiający zobowiązany jest do zamieszczenia informacji, czy zamówienie dotyczy GPA.

PRAWO UNII EUROPEJSKIEJ

Zamówienia publiczne regulowane są zarówno normami prawa pierwotnego jak i prawa wtórnego. Prawo pierwotne obejmuje traktaty założycielskie (TUE, TFUE, TEWEWA), traktaty rewizyjne (Traktat z Maastricht, Traktat z Amsterdamu, Traktat z Nicei, Traktat z Lizbony), traktaty o akcesji nowych

¹² SDR to ang. skrót od *Special Drawing Rights* – „Specjalne prawa ciągnięcia” – międzynarodowa jednostka rozrachunkowa, mająca charakter pieniądza bezgotówkowego, czyli istniejącego wyłącznie w postaci zapisów księgowych na bankowych rachunkach depozytowych. SDR została utworzona w celu stabilizacji międzynarodowego systemu walutowego przez Międzynarodowy Fundusz Walutowy w 1967 roku, używana jest od 1970.

państw, protokoły załączone do tych traktatów a także ogólne zasady prawa UE. Trzeba jednak podkreślić, że prawo zamówień publicznych UE jest wielopłaszczyznowe i niejedolite. Dyrektywy, będące normami prawa wtórnego, wiążą bowiem każde państwo członkowskie UE w zakresie osiągnięcia jakiegoś celu. Natomiast ustawodawca krajowy ma swobodny wybór jeżeli chodzi o formy i środki prawne. Celem dyrektyw unijnych nie jest ujednoczenie prawa w danej dziedzinie ale harmonizacja procedur krajowych poprzez wprowadzenie minimum wspólnych przepisów proceduralnych¹³. Wkonsekwencji dyrektywy kształtują generalne ramy prawne procesu udzielania zamówień publicznych¹⁴.

Ponadto Unia Europejska zawarła szereg umów handlowych, które to umowy zawierane są po negocjacjach prowadzonych według zasad określonych w art. 218 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej. Umowy handlowe dzielą się na 3 kategorie:

1. **Umowy o partnerstwie gospodarczym** – wspierają rozwój partnerów handlowych z państw Afryki, Karaibów i Pacyfiku.
2. **Umowy o wolnym handlu** – umożliwiają wzajemne otwarcie rynków dzięki przyznaniu preferencyjnego dostępu; są zawierane z krajami rozwiniętymi i gospodarkami wschodzącymi.
3. **Układy o stowarzyszeniu** – są konkretyzacją szerzej zakrojonych porozumień politycznych.

Unia Europejska zawarła szereg umów bilateralnych o wolnym handlu z szeregiem państw¹⁵ a nadto z wieloma państwami trwają negocjacje w tym zakresie. Umowy przewidują m. in. uzgodnienia preferencyjne w zakresie zamówień publicznych. Umowa o handlu i współpracy pomiędzy Unią Europejską a Wielką Brytanią¹⁶ wykracza poza tradycyjne umowy o wolnym handlu, choć nie można jej porównywać z poziomem integracji europejskiej, kiedy Wielka Brytania była członkiem UE. Umowa ta przewiduje uzgodnienia preferencyjne w obszarach takich jak: handel towarami i usługami, handel cyfrowy, własność intelektualna, zamówienia publiczne, lotnictwo i transport

¹³ Por. P. Nowicki, *Aksjologia prawa zamówień publicznych. Pomiędzy efektywnością ekonomiczną a instrumentalizacją*, Toruń 2019, TNOiK, s. 133 i n.

¹⁴ Por. J. Pawelec, *Dyrektywa 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2015, C.H. Beck, s. 126.

¹⁵ Unia Europejska zawarła umowy o wolnym handlu m. in. z Japonią, Meksykiem, Singapurem, Wielką Brytanią, Wietnamem.

¹⁶ Umowa o handlu i współpracy między Unią Europejską i Europejską Wspólnotą Energii Atomowej, z jednej strony, z Zjednoczonym Królestwem Wielkiej Brytanii i Irlandii Północnej, z drugiej strony (Dz. Urz. EU L 149/10, 30.4.2021).

drogowy, energia, rybołówstwo, koordynacja zabezpieczenia społecznego, współpraca organów ścigania i wymiarów sprawiedliwości w sprawach karnych, współpraca tematyczna i udział w programach unijnych. Umowa jest oparta na przepisach zapewniających równe warunki działania i poszanowanie praw podstawowych. Zgodnie z postanowieniami umowy zamawiający nie mogą wprowadzać do dokumentacji postępowania postanowień, które kształtowałyby sytuację podmiotu drugiej strony umowy w sposób mniej korzystny niż traktowanie przyznane podobnym wykonawcom z państw członkowskich Unii Europejskiej. Zakres stosowania umowy, modyfikuje w znaczącym stopniu postanowienia GPA. W przypadku sygnatariuszy umowy, zapewniony został dostęp dla wykonawców działających na rynkach do zamówień w sektorze udostępniania stałych sieci przeznaczonych do świadczenia usług publicznych w związku z produkcją, transportem lub dystrybucją gazu lub energii cieplnej bądź też dostarczanie gazu lub energii cieplnej do takich sieci. Umowa ponadto odmiennie niż w GPA kształtuje kwestię zamówień sektorowych, w związku z czym wykonawcy z Wielkiej Brytanii w krajach członkowskich Unii Europejskiej, zaś wykonawcy z państw członkowskich Unii Europejskiej w Wielkiej Brytanii, będą mogli brać udział w postępowaniach i realizować zamówienia z zakresu:

1. Dostarczania lub obsługiwanie na stałe sieci przeznaczonych do świadczenia usług dla ludności w związku z produkcją, transportem lub dystrybucją wody pitnej do takich sieci.
2. Dostarczania i obsługiwanie na stałe sieci przeznaczonych do świadczenia usług dla ludności w związku z produkcją, transportem lub dystrybucją energii elektrycznej lub dostawą energii elektrycznej do takich sieci.
3. Udostępniania lotnisk lub innych terminali przewoźnikom lotniczym.
4. Udostępniania portów morskich lub śródlądowych lub innych terminali przewoźnikom morskim lub wodnym śródlądowym.
5. Dostarczania lub eksploatawania sieci świadczących usługi dla ludności, m.in. w zakresie transportu kolejną miejską, tramwajami, trolejbusami lub autobusami.
6. Udostępniania lub eksploatawania sieci świadczących usługi dla ludności w zakresie transportu kolejowego.

Podstawowym aktem prawnym regulującym zamówienia publiczne w UE jest Dyrektywa 2014/24/UE¹⁷(dalej Dyrektywa). Dyrektywa potwierdza

¹⁷ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych uchylająca Dyrektywę 2004/18/WE (Dz. Urz. UE L 94 s.65 ze zm).

i umożliwia państwom członkowskim wspieranie w ramach zamówień publicznych podmiotów prowadzących integrację osób zagrożonych wykluczeniem społecznym. Udzielanie zamówień publicznych przez instytucje państw członkowskich lub w imieniu tych instytucji musi być zgodne z zasadami Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (TFUE)¹⁸, a w szczególności z zasadą swobodnego przepływu towarów, swobody przedsiębiorczości oraz swobody świadczenia usług a także z zasadami, które się z nich wywodzą, takimi jak: zasada równego traktowania, zasada niedyskryminacji, zasada wzajemnego uznawania, zasada proporcjonalności oraz zasada przejrzystości (motyw 1 preambuły Dyrektywy).

Zasady udzielania zamówień publicznych zawarto w art. 18 Dyrektywy. Cytowany przepis w ust. 1 stanowi, że instytucje zamawiające zapewniają równe i niedyskryminacyjne traktowanie wykonawców oraz działają w sposób przejrzysty i proporcjonalny. Zamówień nie organizuje się w sposób mający na celu wyłączenie zamówienia z zakresu zastosowania dyrektywy lub sztuczne zawężenie konkurencji. Zgodnie z wymienionym przepisem, uznaje się, że konkurencja została sztucznie zawężona, gdy zamówienie zostaje zorganizowane z zamiarem nieuzasadnionego działania na korzyść lub niekorzyść niektórych wykonawców. Przepis art. 18 ust. 2 Dyrektywy dotyczy ogólnej zasady odnośnie podjęcia przez państwa członkowskie odpowiednich środków służących zapewnieniu, by przy realizacji zamówień publicznych wykonawcy przestrzegali mających zastosowanie obowiązków, między innymi w dziedzinie prawa socjalnego i prawa pracy, ustanowionych w przepisach unijnych, krajowych, układach zbiorowych bądź w przepisach międzynarodowego prawa socjalnego i międzynarodowego prawa pracy¹⁹.

Zgodnie z motywem 36 preambuły Dyrektywy, zatrudnienie i praca stanowią kluczowe elementy gwarantujące wszystkim równe szanse i przyczyniające się do integracji społeczeństwa. W związku z tym zakłady pracy chronionej mogą odgrywać istotną rolę. Takie zakłady lub podmioty gospodarcze mogą nie być jednak w stanie uzyskać zamówień w zwykłych warunkach konkurencji. W związku z tym właściwe jest, by państwa członkowskie mogły zastrzegać, że prawo do udziału w postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych lub pewnych ich częściach mają jedynie takie zakłady lub podmioty gospodarcze, bądź też zastrzegać realizację zamówień dla programów

¹⁸ Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (Dz. U. 2004, Nr 90, poz. 864/2).

¹⁹ Obejmuje konwencje Międzynarodowej Organizacji Pracy ratyfikowane przez wszystkie państwa członkowskie UE i wskazane w załączniku X do Dyrektywy 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych.

zatrudnienia chronionego. Zgodnie z Dyrektywą zastrzeżenie zamówienia może dotyczyć jednej lub kilku części w przypadku, gdy przedmiot zamówienia daje podzielić się na części. Z kolei z brzmieniem motywu 3 preambuły Dyrektywy, przy jej wdrażaniu należy uwzględnić Konwencję Narodów Zjednoczonych o prawach osób niepełnosprawnych²⁰. W przypadku wszelkich zamówień przeznaczonych do użytku osób, zarówno ogółu społeczeństwa, jak i personelu instytucji zamawiającej, niezbędne jest opracowanie przez instytucje zamawiające specyfikacji technicznych w sposób uwzględniający kryteria dostępności dla osób niepełnosprawnych lub opcji projektowania dla wszystkich, z wyjątkiem należycie uzasadnionych przypadków (motyw 76 preambuły Dyrektywy). Dyrektywa przewiduje możliwość określenia w specyfikacji technicznej, kryteriach udzielenia zamówienia oraz w warunkach realizacji zamówienia, wymogu posiadania określonej etykiety społecznej jako środka dowodowego na to, że roboty budowlane, dostawy lub usługi spełniają wymagane przez zamawiającego cechy społeczne, o ile wymogi dotyczące etykiety są związane z przedmiotem zamówienia (motyw 75 preambuły). Wymóg posiadania określonej etykiety społecznej jako środka dowodowego na to, że roboty budowlane, dostawy lub usługi spełniają wymagane cechy społeczne, może zostać wpisany przez instytucję zamawiającą do specyfikacji technicznej (art. 43 Dyrektywy).

Zgodnie z motywem 39 preambuły Dyrektywy, zobowiązania dotyczące przestrzegania prawa pracy oraz prawa socjalnego powinny znaleźć się w zapisach umowy w sprawie zamówienia publicznego. Niewywiązywanie się z określonych umową zobowiązań w tym zakresie może być uznane za poważne naruszenie przez wykonawcę, które może skutkować wykluczeniem go z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Powinna istnieć także możliwość wprowadzania do tych umów klauzul zapewniających przestrzeganie układów zbiorowych zgodnie z prawem unijnym. Nieprzestrzeganie tych postanowień stanowi poważne naruszenie i może skutkować wykluczeniem wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia. Przepis art. 57 Dyrektywy stanowi, że instytucje zamawiające wykluczają danego wykonawcę z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, gdy stwierdzą w wyniku weryfikacji na podstawie art. 59 – 61 Dyrektywy albo gdy w inny sposób ustalono,

²⁰ Konwencja o prawach osób niepełnosprawnych – umowa międzynarodowa ONZ dotycząca praw człowieka, której celem jest ochrona praw i godności osób niepełnosprawnych. Tekst został przyjęty przez Zgromadzenie Ogólne ONZ 13 grudnia 2006 r. i otwarty do podpisu 30 marca 2007 r. Konwencję podpisały i ratyfikowały 172 państwa, w tym Unia Europejska. Konwencja jest monitorowana przez Komitet Osób Niepełnosprawnych.

że w stosunku do danego wykonawcy wydany został prawomocny wyrok z powodu dopuszczenia się pracy dzieci i handlu ludźmi w myśl definicji zawartej w art. 3 Dyrektywy 2011/36/UE²¹. Instytucje zamawiające mogą wykluczyć lub zostać zobowiązane przez przepisy krajowe do wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, jeżeli instytucja zamawiająca może wykazać, że dany wykonawca naruszył obowiązki dotyczące płatności podatków lub składek na ubezpieczenie społeczne. Jeżeli oferta wydaje się rażąco niska w stosunku do odnośnych robót budowlanych, dostaw lub usług, instytucja zamawiająca jest zobowiązana odrzucić ofertę, ponieważ jest ona niezgodna z mającymi zastosowanie obowiązkami, o których mowa w art. 18 ust. 2 (art. 69 Dyrektywy).

Przepis art. 4 Dyrektywy określa progi unijne zamówień publicznych, których wartość bez podatku VAT oszacowano na poziomie lub powyżej:

1. 5 186 000 EUR w przypadku zamówień publicznych na roboty budowlane.
2. 134 000 EUR w przypadku zamówień publicznych na dostawy i usługi udzielanych przez instytucje administracji centralnej i konkursów organizowanych przez te instytucje; w odniesieniu do zamówień publicznych na dostawy udzielanych przez instytucje zamawiające działające w dziedzinie obronności, próg ten dotyczy wyłącznie zamówień na produkty objęte załącznikiem III.
3. 207 000 EUR w przypadku zamówień publicznych na dostawy i usługi udzielanych przez instytucje zamawiające poniżej szczebla centralnego i konkursów organizowanych przez te instytucje; próg ten stosuje się także do zamówień publicznych na dostawy udzielanych przez instytucje administracji centralnej działające w dziedzinie obronności, gdy zamówienia te dotyczą produktów nieobjętych załącznikiem III.
4. 750 000 EUR w przypadku zamówień publicznych na usługi społeczne i inne szczególne usługi wymienione w załączniku XIV.

Ogłoszenia o zamówieniach publicznych podlegających przepisom Dyrektywy muszą być publikowane w internetowej wersji suplementu do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej – w portalu TED (TendersElectronicDaily).

²¹ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2011/36/UE z dnia 5 kwietnia 2011 r. w sprawie zapobiegania handlowi ludźmi i zwalczania tego procederu oraz ochrony ofiar, zastępująca decyzję ramową Rady 2002/629/WsSW (Dz. Urz. UE 15.4.2011 L 101/1).

NORMY PRAWA POLSKIEGO

Polska wraz z przystąpieniem do Unii Europejskiej zobowiązała się dostosować krajowe regulacje gospodarcze do wymogów wynikających z prawa unijnego. Regulacje te dotyczą także problematyki udzielania zamówień publicznych. Zgodnie z normami Konstytucji RP źródłami prawa są zarówno ustawy krajowe i rozporządzenia, jak i ratyfikowane umowy międzynarodowe (art. 87 ust. 1). Ratyfikowana umowa międzynarodowa, po jej publikacji, stanowi część krajowego porządku prawnego i jest bezpośrednio stosowana (art. 91 ust. 1) Nadto umowa międzynarodowa, ratyfikowana za zgodą wyrażoną w ustawie, ma pierwszeństwo przed ustawą krajową (art. 91 ust. 2). Z chwilą przystąpienia Polski do Unii Europejskiej bezpośrednio zastosowanie w prawie krajowym mają również dyrektywy i rozporządzenia organów wspólnotowych albowiem wynika to z ratyfikowanej przez RP umowy konstytuującej organizację międzynarodową. Prawo przez nią stanowione jest stosowane bezpośrednio i ma pierwszeństwo przed ustawami krajowymi (art. 91 ust. 3). Dyrektywy jak już wspomniano wyżej wiążą każde państwo członkowskie UE w zakresie osiągnięcia jakiegoś celu, natomiast ustawodawca krajowy ma swobodny wybór jeżeli chodzi o formy i środki prawne.

Podstawowym aktem prawnym prawa polskiego regulującym zagadnienia zamówień publicznych jest ustawa Prawo zamówień publicznych (Pzp)²². Ustawa reguluje zamówienia publiczne oraz stanowi implementację dyrektyw 2014/24/UE²³; 2014/25/UE²⁴; 2009/81/WE²⁵; 89/665/EWG²⁶; 92/13/EWG²⁷ Unii Europejskiej w zakresie zamówień publicznych.

²² Ustawa z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. 2021, poz. 1129 ze zm.).

²³ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE (Dz. Urz. UE L 94 s. 65, ze zm.).

²⁴ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE z 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylająca dyrektywę 2004/17/WE (Dz. Urz. UE L 94 s. 243, ze zm.).

²⁵ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/81/WE z 13 lipca 2009 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania niektórych zamówień na roboty budowlane, dostawy i usługi przez instytucje lub podmioty zamawiające w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa i zmieniająca dyrektywy 2004/17/WE i 2004/18/WE (Dz. Urz. UE L 216 s.76, ze zm.).

²⁶ Dyrektywa Rady 89/665/EWG z 21 grudnia 1989 r. w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane (Dz. Urz. WE L 395, s. 33, ze zm.; Dz. Urz. UE Polskie wydanie specjalne, rozdz. 6, t. 1, s. 246).

²⁷ Dyrektywa Rady 92/13/EWG z 25 lutego 1992 r. koordynująca przepisy ustawowe, wykonawcze i administracyjne odnoszące się do stosowania przepisów wspólnotowych w procedurach zamówień publicznych podmiotów działających w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i telekomunikacji (Dz. Urz. WE L76 s. 14 ze zm.; Dz. Urz. UE Polskie wydanie specjalne, rozdz. 6, t. 1. s. 315).

Ustawa reguluje zamówienia publiczne oraz konkursy. Przepisy ustawy stosuje się do udzielania zamówień publicznych, zamówień sektorowych, w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, zamówień klasycznych oraz organizowania konkursów, których wartość jest równa lub przekracza progi unijne (art. 2 Pzp). Progi unijne określone są w Dyrektywie 2014/24/UE.

Zamawiający zobowiązany jest przygotować i przeprowadzić postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców (art. 16 Pzp). Zasada równego traktowania to przede wszystkim wdrożenie traktatowej zasady niedyskryminacji. Oznacza jednakowe traktowanie wykonawców na każdym etapie postępowania. Jej przestrzeganie polega na stosowaniu jednej miary do wszystkich wykonawców znajdujących się w tej samej lub podobnej sytuacji, nie zaś na jednakowej ocenie wykonawców²⁸. Dyskryminacja będzie miała miejsce wtedy, gdy zamawiający ograniczy lub utrudni dostęp do zamówienia wykonawcy zdolnemu do jego wykonania, ze względu na jakąś jego cechę w sposób nieuzasadniony przepisami prawa²⁹. Zasada uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców odgrywa szczególne znaczenie jeszcze na etapie przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, kiedy to zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu i opisuje przedmiot zamówienia³⁰. W orzecznictwie podkreślano, że „zarówno przygotowanie, jak i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego musi odbywać się z poszanowaniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a zamawiający obowiązany jest do eliminowania z opisu przedmiotu zamówienia wszelkich sformułowań, które mogłyby wskazywać na konkretnego wykonawcę, bądź które eliminowałyby konkretnych wykonawców, uniemożliwiając im złożenie oferty lub powodowałyby sytuację, w której poszczególni wykonawcy pozostawaliby w pozycji uprzywilejowanej w stosunku do innych wykonawców”³¹. Zasada ta przejawia się również m.in. poprzez zapewnienie wykonawcom równego dostępu do informacji o zamówieniu przez jego publikację i publikację Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia³². Postępowanie o zamówienie publiczne powinno być

²⁸ D. Koba, *Zamówienia na dostawy i usługi. Poradnik*, Warszawa 2004, s. 17.

²⁹ M. Stachowiak, *Dział I. Przepisy ogólne* [w:] W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, J. Jerzykowski, M. Kittel, M. Stachowiak, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2021, Wolters Kluwer, s. 155.

³⁰ Por. J. Pieróg, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2013, s. 67.

³¹ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 24 stycznia 2012 r., sygn. VI ACa 965/11, LEX 13155895.

³² Por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 grudnia 2012 r., sygn. KIO 2741/12, LEX 1256955.

prowadzone w sposób przejrzysty. Zasada jawności postępowania jest niezwykle istotna z punktu widzenia wolnego rynku, albowiem równy dostęp do informacji jest jednym z czynników o ogromnym znaczeniu dla gospodarki rynkowej³³. Zasada jawności pozwala na ustalenie, czy w danej sytuacji doszło do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji³⁴. „Obowiązek przejrzystości ma na celu zagwarantowanie braku ryzyka faworyzowania i arbitralnego traktowania ze strony instytucji zamawiającej. Wymaga on by wszystkie warunki i zasady postępowania w sprawie udzielenia zamówienia były określone w sposób jasny, precyzyjny i jednoznaczny w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji warunków zamówienia”³⁵. Co do istoty zasady przejrzystości wielokrotnie wypowiedział się TSUE³⁶. Przejawem zasady równego traktowania jest ustawowy nakaz eliminacji z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wykonawców, którzy dopuszczają się czynów nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji³⁷. Ofertę wykonawcy dopuszczającego się czynu nieuczciwej konkurencji zamawiający winien odrzucić³⁸. Nakaz przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób proporcjonalny, z uwzględnieniem zachowania konkurencji wśród wykonawców ubiegających się o zamówienie, nie jest tożsamy z nakazem dopuszczenia do zamówienia wszystkich podmiotów, w tym niezdolnych do jego realizacji w należyty sposób. Zamawiający może stawiać określone wymagania, powinny one jednak być adekwatne do celów tego postępowania. Zachowanie proporcjonalności oznacza znalezienie równowagi pomiędzy interesami zamawiającego i poszczególnych wykonawców³⁹.

Zamawiający udziela zamówienia w sposób zapewniający najlepszą jakość dostaw, usług oraz robót budowlanych w ramach środków, które zamawiający może przeznaczyć na jego realizację oraz uzyskanie najlepszych efektów zamówienia, w tym efektów społecznych, środowiskowych i gospodarczych (art. 17 ust. 1 Pzp). Efektywność udzielanego zamówienia została

³³ Ł. Pasternak, *Zasada jawności oraz uczciwej konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego*, Krytyka Prawa, t. 7, s. 379.

³⁴ D. Koba, *Zamówienia na dostawy...*, s. 24.

³⁵ Wyrok Trybunału Sprawiedliwości (Druga Izba) z dnia 6 listopada 2014 r., C – 42/13, w sprawie *Cartiera dell’AddaSpA v. CEM AmbienteSpA*.

³⁶ Wyrok Trybunału Sprawiedliwości (Wielka Izba) z dnia 21 lipca 2005 r. w sprawie C – 231/03 *ConsortioAziendeMetano (Coname) przeciwko Comune di Cingia de’ Botti*.

³⁷ Ustawa z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. 2020, poz.1913).

³⁸ Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 lipca 2017 r., sygn. KIO 1473/17.

³⁹ Por. wyrok Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 11 sierpnia 2006 r. sygn. IX Ga 137/06, niepublikowany.

podniesiona do rangi ustawowej zasady. Należy przez nią rozumieć zawarcie umowy na możliwie najlepszych warunkach⁴⁰. Warunkiem realizacji zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców jest zagwarantowanie przejrzystości procedur. Służąca temu zasada przejrzystości stanowi, że zamawiający są zobowiązani do upublicznienia wszystkich istotnych informacji o postępowaniu poprzez ogłoszenie publikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych (BZP) dla zamówień tzw. biuletynowych lub w Dzienniku Urzędowym UE dla zamówień tzw. unijnych. Nadto na zamawiającym ciąży obowiązek udostępniania dokumentów zamówienia na swojej stronie internetowej od dnia publikacji ogłoszenia o zamówieniu (Specyfikacja Warunków Zamówienia – SWZ, Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia – SIWZ, wyjaśnienia SIWZ). „Kryteria oceny ofert powinna cechować zgodność z zasadami przejrzystości, niedyskryminacji, równego traktowania oraz gwarancja, że oferty są oceniane w warunkach efektywnej konkurencji. Opis stosowania kryteriów oceny ofert powinien być jednoznaczny, czytelny i niepozostawiający swobody interpretacji”⁴¹. Od zasady jawności postępowania ustawodawca przewidział wyjątki⁴². Ujawnieniu nie podlegają m. in. informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa. Przestrzeganie zasady uczciwej konkurencji wiąże się z zakazem zmiany wykonawcy co do zasady. Ustawa Pzp dopuszcza przypadki zmiany wykonawcy (art. 455 ust. 1 pkt 2 Pzp). Sąd Najwyższy (SN) stoi na stanowisku, że „niedopuszczalna jest zmiana podmiotowa umowy zawartej w następstwie przetargu, umożliwiająca przejęcie zamówienia publicznego”⁴³. SN podkreślił w innym orzeczeniu, że zmiana podmiotowa umowy zawartej w następstwie przetargu w wyniku tzw. sukcesji syngularnej skutkowałaby obejściem obowiązujących przepisów prawa i w rezultacie pociągałyby za sobą nieważność zawartej umowy⁴⁴. Orzeczenia sądów polskich potwierdzają orzecznictwo sądów unijnych⁴⁵.

Zasada uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców nie ma charakteru zasady absolutnej, albowiem dopuszczalne są od niej wyjątki

⁴⁰ Por. M. Szydło, *Prawna koncepcja zamówienia publicznego*, Warszawa 2014, s. 3.

⁴¹ Por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23 kwietnia 2015 r., sygn. KIO 712/15, www.uzp.gov.pl, [dostęp: 30.06.2021 r.].

⁴² Zob. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 marca 2013 r., sygn. KIO 347/12, LEX nr 1295031.

⁴³ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 13 stycznia 2004 r., sygn. V CK 97/03, OSNC 2005, nr 2, poz. 34.

⁴⁴ Por. Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 27 czerwca 2003 r., sygn. IV CKN 302/01, OSNC 2004, nr 9, poz. 147.

⁴⁵ Por. Wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 24 maja 2016 r., w sprawie C – 396/14 MT Højgaard A/S.

wyraźnie przewidziane przez ustawę. Przykładem takiego wyjątku o tej zasady jest tryb zamówień z wolnej ręki (art. 304 – 306).

ZAKOŃCZENIE

Prawo zamówień publicznych stanowi doniosły akt prawny zarówno w ustawodawstwie polskim jak i europejskim. Polska, jako członek UE, jest zobowiązana do tworzenia norm prawnych zgodnie z dyrektywami unijnymi a traktaty i umowy międzynarodowe stosować przed ustawą krajową. Zasady obowiązujące w Prawie zamówień publicznych a w szczególności zasada ochrony konkurencji i równego traktowania wykonawców są także jedną z podstawowych zasad – państwa prawa. Zasada ta wyrażona została wprost w art. 32 Konstytucji RP. Wymienione zasady, wynikające zarówno z TFUE jak i Dyrektywy 2014/24/UE, są ze sobą ściśle powiązane, a ich przestrzeganie gwarantuje realizację pozostałych zasad Pzp. Warunkiem ich realizacji jest zagwarantowanie przejrzystości procedur, co jest niezbędne do weryfikacji prawidłowości prowadzonego postępowania przez zamawiającego i umożliwia korzystanie ze środków ochrony prawnej.

Aktualnie obowiązująca ustawa Pzp w zamyśle ustawodawcy miała służyć podnoszeniu efektywności systemu zamówień publicznych a jednym ze środków realizacji miał być udział w postępowaniach małych i średnich przedsiębiorstw (MŚP). Analiza przepisów ustawy Pzp prowadzi do wniosku, że ustawodawca nie rezygnując z traktatowych zasad ochrony konkurencji i równego traktowania wykonawców, rozwija mechanizmy podnoszące efektywność procesu zamówień publicznych. Nadto jasne i przejrzyste przepisy ustawy powinny zapewnić prawidłową realizację jej celów i w praktyce zmniejszenie liczby odwołań kierowanych przez wykonawców.

BIBLIOGRAFIA

1. Banaszewska A., *Skarga na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej jako środek ochrony prawnej systemie zamówień publicznych*, Warszawa 2018.
2. Ciszewski J. (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, Warszawa 2019.
3. Dzierżanowski W. (red.), *Zamówienia publiczne w orzecznictwie sądów*, t. 2, Warszawa 2009.
4. Dzierżanowski W., *Elektronizacja zamówień publicznych*, Radca Prawny 2019 nr 1.

5. Dzierżanowski W., Jaźwiński Ł., Jerzykowski J., Kittel M., Stachowiak M., *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2021, Wolters Kluwer.
6. Dzierżanowski W., *Umowa o usługi przyjmowania elektronicznych wniosków i ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (umowa o świadczenie usług drogą elektroniczną)*, Prawo Zamówień Publicznych 2019 nr 2.
7. Jaworska M. (red.), *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Legalis 2020.
8. Kittel R., *Dowody w postępowaniu odwoławczym*, Przetargi Publiczne 2020 nr 3.
9. Koba D., *Zamówienia na dostawy i usługi. Poradnik*, Warszawa 2004.
10. Kowalczyk A., Szymańska A., *Zamówienia sektorowe. Komentarz*, Warszawa 2011.
11. Lemke M., Piasta D., *Analiza orzecznictwa Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości dotyczącego zamówień publicznych w okresie od 1999 do 2005 r.*, Warszawa 2006.
12. Marszałkowska – Krześ E. (red.), *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, Warszawa 2019.
13. Nowicki P., *Aksjologia prawa zamówień publicznych. Pomiędzy efektywnością ekonomiczną a instrumentalizacją*, TNOiK, Toruń 2019.
14. Pasternak Ł., *Zasada jawności oraz uczciwej konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego*, Krytyka Prawa, t. 7
15. Pawelec J., *Dyrektywa 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2015.
16. Pieróg J., *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2013.
17. Romańska M., *Skarga do sądu na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej w systemie środków zaskarżenia. Kontrola instancyjna orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej* [w:] *X-lecie funkcjonowania Krajowej Izby Odwoławczej*, Stęciwilk M. (red.), Rakowska M. (red.), Warszawa 2017.
18. Sołtysińska A., Talago – Sławoj H., *Europejskie prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2016.

19. Sołtysińska A., *Zasada równości w prawie zamówień publicznych Wspólnot Europejskich w świetle orzecznictwa Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości*, PUG 1998 nr 10.
20. Szustakiewicz P., *Zasady zamówień publicznych*, Warszawa 2007.
21. Szydło M., *Prawna koncepcja zamówienia publicznego*, Warszawa 2007.
22. Szydło M., *Zasada przejrzystości w zamówieniach publicznych, do których nie stosuje się lub stosuje się jedynie częściowo przepisy wspólnotowych dyrektyw o zamówieniach publicznych*, Samorząd Terytorialny 2008, nr 7 – 8.

Akty normatywne

1. Dekret w przedmiocie utworzenia Urzędu Rozdzielczego w celu realizacji zamówień rządowych (Dz. U. 1918 nr 19, poz. 55).
2. Ustawa z dnia 15 lutego 1933 r. o dostawach i robotach na rzecz Skarbu Państwa, samorządu oraz instytucji prawa publicznego (Dz. U. nr 19 poz. 127).
3. Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/81/WE z 13 lipca 2009 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania niektórych zamówień na roboty budowlane, dostawy i usługi przez instytucje lub podmioty zamawiające w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa i zmieniająca dyrektywy 2004/17/WE i 2004/18/WE (Dz. Urz. UE L 216 s.76, ze zm.).
4. Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2011/36/UE z dnia 5 kwietnia 2011 r. w sprawie zapobiegania handlowi ludźmi i zwalczania tego procederu oraz ochrony ofiar, zastępująca decyzję ramową Rady 2002/629/WSiSW (Dz. Urz. UE 15.4.2011 L 101/1).
5. Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych uchylająca Dyrektywę 2004/18/WE (Dz. Urz. UE L 94 s.65 ze zm).
6. Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE z 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylająca dyrektywę 2004/17/WE (Dz. Urz. UE L 94 s. 243, ze zm.).
7. Dyrektywa Rady 89/665/EWG z 21 grudnia 1989 r. w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania

- zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane (Dz. Urz. WE L 395, s. 33, ze zm.; Dz. Urz. UE Polskie wydanie specjalne, rozdz. 6, t. 1, s. 246).
8. Dyrektywa Rady 92/13/EWG z 25 lutego 1992 r. koordynująca przepisy ustawowe, wykonawcze i administracyjne odnoszące się do stosowania przepisów wspólnotowych w procedurach zamówień publicznych podmiotów działających w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i telekomunikacji (Dz. Urz. WE L76 s. 14 ze zm.; Dz. Urz. UE Polskie wydanie specjalne, rozdz. 6, t. 1. s. 315).
 9. Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r., (Dz. U. Nr 78, poz. 438 ze zm.).
 10. Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (Dz. U. 2004, Nr 90, poz. 864/2).
 11. Ustawa z dnia 10 czerwca 1994 r. o zamówieniach publicznych (Dz. U. nr 76, poz. 344).
 12. Ustawa z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. 2021, poz. 1129 ze zm.).
 13. Ustawa z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. 2020, poz. 1913).
 14. Ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (Dz. U. 2020, poz. 1575 ze zm.).
 15. Ustawa z dnia 18 listopada 1948 r. o dostawach, robotach i usługach na rzecz Skarbu Państwa, samorządu oraz niektórych kategorii osób prawnych (Dz. U. nr 63, poz. 494).
 16. Ustawa z dnia 21 grudnia 1983 r. o zmianie niektórych ustaw wprowadzających reformę gospodarczą (Dz. U. nr 71, poz. 318).
 17. Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz. U. 2019, poz. 1145 i 1495 ze zm).
 18. Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. nr 19, poz. 177).

Orzecznictwo

1. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 stycznia 2012 r., sygn. KIO 2816/11, Zamówienia Publiczne w Orzecznictwie, z.12, Warszawa 2012.

2. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 listopada 2012 r., sygn. KIO 2441/12, LEX 1237673.
3. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23 kwietnia 2015 r., sygn. KIO 712/15, www.uzp.gov.pl.
4. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 stycznia 2012 r., sygn. KIO 54/12, LEX 1109109.
5. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 kwietnia 2011 r., sygn. KIO 752/11, LEX 795170.
6. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 lipca 2017 r., sygn. KIO 1473/17, <https://szukio.pl/szukaj?fraza=odrzucenie+oferty+czyn+nieuczciwej+konkurencji>, [dostęp: 30.06.2021].
7. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 grudnia 2012 r., sygn. KIO 2741/12, LEX 1256955.
8. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 marca 2013 r., sygn. KIO 347/12, LEX nr 1295031.
9. Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 24 stycznia 2012 r., sygn. VI ACa 965/11, LEX 13155895.
10. Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 13 stycznia 2004 r., sygn. V CK 97/03, OSNC 2005, nr 2, poz. 34.
11. Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 27 czerwca 2003 r., sygn. IV CKN 302/01, OSNC 2004, nr 9, poz. 147.
12. Wyrok Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 11 sierpnia 2006 r. sygn. IX Ga 137/06, niepublikowany.
13. Wyrok Trybunału Sprawiedliwości (Druga Izba) z dnia 6 listopada 2014 r., C – 42/13, w sprawie Cartiera dell’AddaSpA v. CEM AmbienteSpA.
14. Wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 24 maja 2016 r., w sprawie C – 396/14 MT Højgaard A/S.
15. Wyrok Trybunału Sprawiedliwości (Wielka Izba) z dnia 21 lipca 2005 r. w sprawie C – 231/03 ConsorzioAziendeMetano (Coname) przeciwko Comune di Cingia de' Botti.

PROHIBITION OF DISCRIMINATION AGAINST CONTRACTORS AND ENSURING FAIR COMPETITION IN THE POLISH PUBLIC PROCUREMENT LAW

Summary: The Public Procurement Law Act, which has been in force since January 1, 2021, comprehensively regulates the process and rules for awarding public contracts, the preparation and conduct of the procedure in this regard, the requirements for concluded contracts, legal protection measures as well as the control of awarded contracts and provisions on fines. The aim of the new act is economic efficiency as a principle of awarding public contracts, which requires the contracting authority to conduct the procedure in a manner ensuring the best quality of supplies and obtaining the best social, economic and environmental effects. An equally important principle in the award of a public contract is the principle of fair competition and equal treatment of contractors. The condition for the implementation of these principles is to guarantee the transparency of procedures. Compliance with the principle of fair competition and equal treatment of contractors, consequently, leads to the implementation of the remaining principles of the public procurement law.

Keywords: Public procurement, contracting authority, contractor, the principle of fair competition, the principle of transparency, the principle of proportionality.

PRAWO DZIECKA DO PRYWATNOŚCI A WŁADZA RODZICIELSKA²

Streszczenie: Rozdział zawiera kilka spostrzeżeń dotyczących prawa do prywatności dziecka i jego ochrony w polskim prawie rodzinnym. Ze względu na postęp technologiczny, globalizację i rosnącą powszechność portali społecznościowych pojawia się szereg pytań dotyczących utrwalania i rozpowszechniania wizerunku dziecka w sieci. Autorka dokonuje analizy praw dziecka wynikających z Konstytucji RP i Konwencji Praw Dziecka, a także wskazuje na istotną rolę Rzecznika Praw Dziecka. Ważny punkt rozważań stanowi pojęcie dobra dziecka. Autorka omawia uprawnienie rodziców do ingerencji w sferę prywatności dziecka.

Słowa kluczowe: Dziecko, prawo do prywatności, władza rodzicielska, Rzecznik Praw Dziecka, dobro dziecka.

ORCID: 0000-0002-4438-0127.

WSTĘP

Dziecko i przysługujące mu uprawnienia stają się przedmiotem coraz częściej podejmowanych obecnie rozważań i dyskusji w nauce prawa, orzecznictwie i kręgach społecznych. Przełomem w działaniach na rzecz ochrony praw człowieka były doświadczenia drugiej wojny światowej, natomiast prawami dziecka społeczność międzynarodowa zajęła się dopiero później. Istotną zmianę przyniosła Konwencja o prawach dziecka przyjęta przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych w dniu 20 listopada 1989 r. (KPD), nazywana niekiedy lustrem regulacji stworzonych dla dorosłych, a dostosowanych

¹ Doktor nauk prawnych, Uniwersytet Śląski w Katowicach.

² Praca powstała w wyniku realizacji projektu badawczego o nr 2019/33/N/HS5/00284 finansowanego ze środków Narodowego Centrum Nauki.

do grupy wiekowej poniżej osiemnastego roku życia³. Konwencja stała się punktem odniesienia dla polityki wewnętrznej państw i szczegółowych rozwiązań w prawie międzynarodowym. Należy przy tym dodać, że prawa dziecka podlegają stałym przemianom, kształtując się równoległe z rozwojem prawa międzynarodowego i postępowaniem społecznym⁴. Celem niniejszego rozdziału jest zaprezentowanie zagadnienia prawa dziecka do prywatności. Ma to szczególnie ważne znaczenie w kontekście uprawnienia rodziców do ingerencji w sferę prywatności dziecka.

PRAWO DO PRYWATNOŚCI

Ustanowione prawa przysługują wszystkim obywatelom, bez względu na płeć, rasę, pochodzenie czy wiek. W tym ujęciu przysługują też dzieciom, jako obywatelom danego państwa⁵. Przepis art. 1 KPD stanowi, że dzieckiem jest każda istota ludzka w wieku poniżej osiemnastu lat, chyba że zgodnie z prawem właściwym dla dziecka osiągnęło ono dojrzałość wcześniej⁶. W literaturze przedmiotu wskazuje się, że dziecko jest człowiekiem fizycznie i psychicznie niedojrzałym, dlatego wymaga specjalnej troski i opieki, w tym ochrony prawnej. Osobie dziecka przysługuje taka sama godność jak każdemu innemu człowiekowi, a więc przysługują mu równe i niezbywalne prawa właściwe wszystkim członkom rodziny ludzkiej⁷.

Konwencja o prawach dziecka nazywana jest konstytucją praw dziecka na świecie, albowiem wprowadza status dziecka oparty na następujących zasadach: dziecko jest autonomicznym podmiotem, który ze względu na swoją niedojrzałość fizyczną i psychiczną wymaga szczególnej opieki i troski;

³ Konwencja o prawach dziecka przyjęta przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych w dniu 20 listopada 1989 r. (Dz.U. z 1991 r. Nr 120, poz. 526 ze zm.). Konwencja weszła w życie 20 września 1990 r., kiedy ratyfikowało ją 20 państw. Polska ratyfikowała Konwencję 7 czerwca 1991 r., jednak z pewnymi zastrzeżeniami i własną wykładnią niektórych przepisów.

⁴ G. Michałowska, *Międzynarodowa ochrona praw dziecka*. Warszawa: Wydawnictwa Uniwersytetu Warszawskiego 2016, s. 9-10.

⁵ Mowa tu o tzw. uniwersalizmie praw człowieka. Por. Art. 1 pkt 1 Ustawy z dnia 3 grudnia 2010 r. o wdrożeniu niektórych przepisów Unii Europejskiej w zakresie równego traktowania (Dz.U. z 2010 r. Nr 254, poz. 1700 ze zm.).

⁶ Odwołując się do poglądów E. Czyż, w ten sposób uniknięto sporów dotyczących pozycji prawnej *nasciturusa*, nie mniej w preambule zaznacza się, że dziecko wymaga ochrony zarówno przed, jak i po urodzeniu, zob. *Prawa dziecka*. Warszawa: Helsińska Fundacja Praw Człowieka 2002, s. 15.

⁷ T. Olearczyk, *Prawa dziecka we współczesnej praktyce życia społecznego*. Częstochowa: Wydawnictwo Wyższej szkoły Języków Obcych i Ekonomii EDUCATOR 2001, s. 6. M. Balcerek definiuje prawa dziecka jako „zespół uprawnień dzieci wynikających z obowiązujących w danym społeczeństwie praw obywatelskich ustalających status dziecka w państwie, społeczeństwie, rodzinie”, zob. *Prawa dziecka*. Warszawa: Wydawnictwo Szkolne i Pedagogiczne 1986, s. 22.

dziecko jako istota ludzka wymaga respektowania jego tożsamości, godności i prywatności; rodzina jest najlepszym środowiskiem wychowania dziecka; państwo powinno wspierać rodzinę, ale nie wyręczać w jej funkcjach⁸. Z zasady autonomii dziecka wynika jego prawo do swobodnego wyrażania poglądów i opinii, a dla innych – zakaz bezprawnej ingerencji w jego prywatne sprawy⁹.

Prawo do prywatności jest prawem człowieka, o czym stanowi art. 12 Powszechnej deklaracji praw człowieka¹⁰. Konwencja o prawach dziecka przyznaje bezpośrednio prawo do prywatności także dziecku. Zgodnie z art. 16 KPD, dziecko nie może podlegać arbitralnej lub bezprawnej ingerencji w sferę jego życia prywatnego, rodzinnego lub domowego czy w korespondencję, ani też atakom na jego honor i dobre imię. Dziecko ma prawo do ochrony przeciwko takim ingerencjom i atakom. W tym miejscu warto zadać pytanie, czy dziecko może korzystać z prawa do prywatności w takim samym zakresie, jak osoba dorosła. Wydaje się, że tak, ale uwzględniając treść art. 5 KPD, rodzicom przysługuje uprawnienie, a jednocześnie są zobowiązani i spoczywa na nich odpowiedzialność, do właściwego ukierunkowania dziecka przy korzystaniu z tego prawa w sposób odpowiadający jego rozwijającym się zdolnościom¹¹.

Polska złożyła deklarację odnośnie do wykonywania przez dziecko praw określonych w konwencji, także tych wyrażonych w art. 16 KPD. „Prawa te mogą być realizowane z poszanowaniem władzy rodzicielskiej, zgodnie z polskimi obyczajami i tradycjami, miejscem dziecka w rodzinie lub poza nią”. Odwoływanie się w tym miejscu do polskich tradycji i obyczajów nie jest jednak trafne, ponieważ nie wszystkie z nich należałoby kultywować, jak na przykład bezwzględne posłuszeństwo dziecka wobec rodziców¹².

ISTOTA I ZNACZENIE PRAWA DZIECKA DO PRYWATNOŚCI

Prawo dziecka do prywatności z jednej strony chroni je przed dociekliwością ze strony władz szkolnych czy lokalnych, z drugiej jednak nie określa

⁸ E. Czyż, *Dziecko i jego prawa*. Warszawa: Komitet Ochrony Dziecka 1992, s. 14.

⁹ T. Olearczyk, *Prawa dziecka ...*, s. 47.

¹⁰ „Nikt nie może podlegać arbitralnemu ingerowaniu w jego życie prywatne, rodzinę, mieszkanie lub korespondencję, ani też zamachom na jego honor i reputację. Każdy człowiek ma prawo do ochrony prawnej przeciwko takim ingerencjom i zamachom”, zob. Powszechna deklaracja praw człowieka (Paryż, 10 XII 1948).

¹¹ A. Łopatka, *Dziecko. Jego prawa człowieka*. Warszawa: Polskie Wydawnictwo Prawnicze „Iuris” 2000, s. 82-83.

¹² Wyrazem tego jest stare polskie powiedzenie: „dzieci i ryby głosu nie mają”, co oznacza, że ostatnie słowo należy zawsze do osoby dorosłej, najczęściej jest to rodzic lub nauczyciel.

przestrzeni, w której taka ingerencja byłaby niezbędna dla dobra i interesu dziecka, na przykład w sytuacji choroby czy zaniedbania¹³. Inspiracją do podjęcia takiej refleksji stał się przepis art. 3 ust. 1 KPD, zgodnie z którym, „*we wszystkich działaniach dotyczących dzieci, podejmowanych przez publiczne lub prywatne instytucje opieki społecznej (...), sprawą nadrzędną będzie najlepsze zabezpieczenie interesów dziecka*”¹⁴. W praktyce pojawiają się pytania, także w kontekście ochrony danych osobowych, czy nauczyciel może ujawniać wobec osób trzecich oceny uczniów, czytać przechwytywaną w czasie lekcji korespondencję albo na ile może dociekać o sytuacji rodzinnej dziecka.

Podstawę nauczania i wychowania stanowią uniwersalne zasady etyki. Wykładnia art. 47 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej (Konstytucja RP) pozwala na stwierdzenie, że każdy człowiek, a więc i uczeń na terenie szkoły ma prawo do poszanowania jego godności osobistej¹⁵. Nauczycielom nie wolno ucznia poniżać, wyśmiewać ani z niego szydzić. Niedopuszczalne jest też przeglądanie rzeczy osobistych dziecka, dokonywanie rewizji czy przeszukiwanie plecaka, nawet jeżeli zachodzi uzasadnione podejrzenie, że dokonało kradzieży albo posiada środki odurzające¹⁶. Obecnie, gdy powszechne stało się posiadanie telefonów komórkowych, w szkołach często dochodzi do sytuacji konfliktowych wynikających z korzystania z telefonów na lekcjach. Nauczyciel ani żaden inny pracownik szkoły (nawet dyrektor) nie jest upoważniony do włączenia skonfiskowanego telefonu ucznia. To samo dotyczy przeglądania zawartości telefonu, nawet gdy mamy podejrzenie, że uczeń dokonał niedozwolonego nagrania bądź zdjęcia. Nauczyciele, zwłaszcza wychowawcy, otrzymują dużo informacji na temat życia prywatnego swoich uczniów, których nie mogą rozpowszechniać, co wynika z obowiązującej ich tajemnicy zawodowej¹⁷. Wyjątek stanowią przypadki, gdy nauczyciel widzi, że dziecku dzieje się krzywda. Wówczas powinien podjąć interwencję w granicach swoich kompetencji albo zawiadomić odpowiednie organy.

W kontekście prawa do prywatności dziecka jako ucznia może pojawić się pytanie, czy szkoła może publikować na swojej stronie internetowej zdjęcia z uroczystości, konkursów, zawodów i innych tego typu wydarzeń. Wydaje się, że tak, ale po uzyskaniu uprzedniej zgody rodziców, ewentualnie

¹³ G. Michałowska, *Międzynarodowa ochrona ...*, s. 57.

¹⁴ Wyrok WSA w Poznaniu z 12.10.2006 r. (IV SA/Po 772/05, LEX nr 549639).

¹⁵ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej (Dz. U. z 1997 r. Nr 78, poz. 483 ze zm.).

¹⁶ W takim przypadku należy postąpić zgodnie z obowiązującymi w szkole procedurami, opartymi na współpracy z policją.

¹⁷ Informacje te często dotyczą spraw bardzo osobistych, intymnych, takich jak: trudna przeszłość dziecka, konflikty z prawem, rozwód rodziców, przysposobienie, choroby.

samych uczniów, jeżeli są pełnoletni. Inne zasady obowiązują przy zdjęciach zbiorowych¹⁸.

Prawo dziecka do prywatności powinno być zapewnione we wszystkich sytuacjach i środowiskach, w jakich może się znaleźć. Chodzi tu głównie o szkołę, rodzinę, pracę, szpital, zakład poprawczy, ośrodek wychowawczy, instytucje społeczne. Doniosłe znaczenie ma też respektowanie prywatności dziecka w kwestiach edukacji seksualnej, antykoncepcji i higieny osobistej. W tym kontekście mogą pojawić się wątpliwości, czy zdobyta przez dziecko wiedza o jego stanie zdrowia jest poufna. Albo czy nastolatka w ciąży może, bez konsultacji z rodzicami, podjąć samodzielnie decyzję o przerwaniu ciąży. A. Łopatka zauważa, że prywatność powinna być zapewniona w kontaktowaniu się z innymi osobami, gdy dziecko szuka rady lub doradztwa, zwłaszcza gdy dzieje mu się krzywda¹⁹. To samo dotyczy przypadku, gdy chodzi o dostęp do informacji o dziecku. Ten sam Autor podaje przykład działań naruszających prawo dziecka do prywatności, jakimi są instalowanie monitoringu w łazienkach, toaletach czy miejscach, gdzie dzieci się przebierają, nawet jeżeli ma to na celu „tylko” nadzór nad zachowaniem dziecka. Inaczej jest z monitoringiem zakładanym w szkołach w celu zwiększenia bezpieczeństwa. W ostatnich latach zauważa się zwiększenie agresywnych zachowań wśród uczniów i aktów wandalizmu ukierunkowanych na zniszczenie mienia szkolnego. Za pomocą nagrań z monitoringu stosunkowo łatwo znaleźć sprawcę i pociągnąć go do odpowiedzialności²⁰.

OCHRONA KORESPONDENCJI I POSIADANIA „TAJEMNIC”

Dziecku przysługuje prawo do ochrony własnej korespondencji i posiadania „tajemnic”. Zakaz ingerencji w prywatność dziecka doznaje ograniczeń, gdy te „tajemnice” wpływają negatywnie na jego rozwój albo naruszają dobre imię dziecka. Wówczas konieczna staje się ingerencja rodziców²¹.

¹⁸ Zdjęcia zbiorowe charakteryzują się tym, że nie pozwalają na jednoznaczną identyfikację danej osoby. W takiej sytuacji szkoła powinna powiadomić uczniów i ich rodziców, że robione będą zdjęcia i że będą one publikowane. Dzięki temu osoby, które nie chcą być fotografowane, będą mogły wyrazić sprzeciw.

¹⁹ A. Łopatka, *Dziecko ...*, s. 83.

²⁰ Wybór miejsca montażu kamer powinien być odpowiedni i zgodny z celami przetwarzania, na przykład na schodach, gdzie często dochodzi do bójek albo przed wejściem, by nagrywać wagarujących uczniów.

²¹ Należy pamiętać, że respektowanie praw dziecka odnosi się nie tylko do rodziców, ale też do opiekunów prawnych dziecka, szkół i ośrodków wychowawczych, zob. T. Olearczyk, *Prawa dziecka ...*, s. 106.

Ponadto, w art. 49 Konstytucji RP wprowadzono zasadę wolności i ochrony komunikowania się, która najogólniej oznacza zachowanie w tajemnicy przed osobami postronnymi treści swoich kontaktów z wyselekcjonowanymi osobami. Podmiotami uprawnionymi są tu niewątpliwie wszystkie jednostki, natomiast zobowiązanymi organy władzy publicznej, na których spoczywa obowiązek nie tylko powstrzymania się od działań ingerujących w wolność i tajemnicę komunikowania się, ale również podjęcia działań faktycznie zapewniających tę wolność w relacjach horyzontalnych²².

Zgodnie z wyrokiem Trybunału Konstytucyjnego z dnia 20 czerwca 2005 r., przejawem prawa do prywatności jest wolność komunikowania się obejmująca nie tylko tajemnicę korespondencji, ale wszelkie kontakty międzyosobowe²³. Można z tego wywnioskować, że konstytucyjną ochroną objęte są wszelkie sposoby komunikowania się, niezależnie od okoliczności. Ochrona rozciąga się na rozmowy, które odbywają się w miejscach publicznych i ogólnie dostępnych. M. Wild uważa, że z konstytucyjnego punktu widzenia nie jest istotne, czy jednostka dała wyraz zachowania w tajemnicy swoich rozmów, „wznosząc pewne bariery informacyjne”, na przykład mówiąc szeptem czy zasłaniając usta²⁴. Domniemywa się wolę zachowania w tajemnicy okoliczności porozumiewania się.

WŁADZA RODZICIELSKA - ZAŁOŻENIA OGÓLNE

Bliższego omówienia wymaga forma i sposób respektowania praw dziecka przez rodziców, którzy jako pierwsi gwarantują i realizują te prawa w praktyce. Mówi się, że rodzice są rzecznikami praw dziecka w każdej sytuacji. Troska o bezpieczeństwo dziecka, zwłaszcza w dobie upowszechniania się dostępnych mu środków elektronicznych, powoduje szereg pytań o granice prywatności. Gdzie kończy się stan wyższej konieczności a zaczyna ciekawość rodziców? Czy dopuszczalne jest przeglądanie korespondencji dziecka? Wielu rodziców traktuje jako coś zupełnie naturalnego to, że mogą kontrolować pocztę elektroniczną swoich dzieci, czytać ich SMS-y, sprawdzać odwiedzane strony internetowe.

Postawione wyżej tytułem przykładu pytania domagają się uzupełnienia o kilka uwag z zakresu władzy rodzicielskiej. W piśmiennictwie wiele

²² M. Wild, *Artykuł 49 [w:] Konstytucja RP. Tom I. Komentarz*, (red.) M. Safjan, L. Bosek, C.H. BECK, Warszawa 2016, s. 1213.

²³ Wyrok TK z 20.06.2005 r. (K 4/04, OTK-A 2005/6/64, LEX nr 155534).

²⁴ M. Wild, *Artykuł 49 ...*, s. 1215.

uwagi poświęcono tej problematyce, nie rozstrzygając samego pojęcia „władza rodzicielska”, jak i treści, które z nim bywają łączone. Pojęcie „władza rodzicielska” proponowano zastąpić terminem „odpowiedzialność rodzicielska”, gdyż określenie „władza” kojarzy się z nieograniczonymi uprawnieniami rodziców do dysponowania dziećmi, które to uprawnienia są obecnie w swoim najszerszym znaczeniu krytykowane²⁵. Twórcy projektu ustawy z dnia 6 listopada 2008 r. o zmianie ustawy – Kodeks rodzinny i opiekuńczy oraz niektórych innych ustaw stwierdzili jednak, że pojęcie władzy rodzicielskiej jest „utrwalone w świadomości społecznej i nie wzbudza zastrzeżeń”, i dlatego postanowiono nie zmieniać ugruntowanej już terminologii²⁶.

Władza rodzicielska stanowi przede wszystkim zespół obowiązków rodziców względem dziecka, natomiast uprawnienia są niejako wtórnym składnikiem tej władzy²⁷. Prymat obowiązków nad uprawnieniami jest wyrazem przemian prawa rodzinnego zmierzających do pełnej ochrony dobra dziecka. Całość praw przysługujących rodzicom i spoczywających na nich *ex lege* obowiązków, obejmujących pieczę nad dzieckiem w zakresie jego osoby i majątku oraz wychowania, składa się na treść władzy rodzicielskiej²⁸. Z przepisu art. 96 § 1 Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego (KRO) wynikają dwa podstawowe elementy władzy rodzicielskiej: wychowanie dziecka i kierowanie nim²⁹. Pojęcia te są do siebie zbliżone³⁰. W nauce prawa rodzinnego wskazuje się, że w pojęciu kierowania ustawodawca akcentuje nadrzędną rolę rodziców w wychowaniu dziecka, które obejmuje pieczę nad osobą dziecka, troskę o jego fizyczny i duchowy rozwój, jak i przygotowanie do pracy zawodowej odpowiednio do jego uzdolnień³¹. K. Jagielski uważa, że kierowanie dzieckiem to innymi słowy „prowadzenie dziecka w jego rozwoju, kierowanie jego postępowaniem, decydowanie o nim i za nie, dopóki samo nie będzie mogło decydować o sobie i za siebie”. Według Autora, na treść pojęcia kierowania składa się szereg uprawnień, będących jednocześnie obowiązkami rodziców, między innymi: regulowanie (wyznaczanie rodzaju, form i czasu nauki, pracy,

²⁵ M. Heine, *Pedagogiczne następstwa ograniczenia władzy rodzicielskiej*, Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego, Wrocław 1991, s. 7.

²⁶ Zob. Pkt 6 uzasadnienia nowelizacji KRO w 2009 r., Druk sejmowy nr 888, VI kadencja.

²⁷ Uchwała pełnego składu Izby Cywilnej SN z 9.06.1976 r. (III CZP 46/75, OSNCP 1976/9/184, LEX nr 1966).

²⁸ B. Wałaszek, *Zarys prawa rodzinnego i opiekuńczego*, PWN, Warszawa 1971, s. 169.

²⁹ Ustawa z dnia 25 lutego 1964 r. – Kodeks rodzinny i opiekuńczy (Dz. U. z 1964 r. Nr 9, poz. 59 ze zm.).

³⁰ Wskazać jednak trzeba, że kierowanie odnosi się do wpływu rodziców na sprawy dla dziecka ważne, takie jak: nadanie imienia, decydowanie z kim i gdzie dziecko przebywa, jaki tryb życia prowadzi, zob. A. Schulz, *Spadki i prawo rodzinne*. C.H. BECK, Warszawa 2016, s. 115.

³¹ B. Wałaszek, *Zarys prawa ...*, s. 173-174.

zabawy i odpoczynku) oraz nadzorowanie (ewentualne ograniczanie swobody osobistej, eliminowanie negatywnego wpływu osób trzecich) trybu życia dziecka³².

Krytyczne nastawienie do instytucji władzy rodzicielskiej może wynikać z postrzegania jej jako kontynuacji dawnej władzy ojcowskiej (*patria potestas*), co jest błędne, ponieważ władza rodzicielska to władza dwojga w pełni równoprawnych podmiotów – matki i ojca³³. Władza ojcowska była władzą absolutną, wyłączną i nieograniczoną, pozostającą pod niewielką kontrolą społeczną i państwa. Na treść tej nietypowej konstrukcji prawnej składało się między innymi prawo życia i śmierci wobec osób pozostających *sub patria potestate*. Było to najbardziej skrajne, dziś oceniane jako drastyczne, prawo ojca do zabijania własnych dzieci. Widzimy więc, że władza rodzicielska nie jest czymś stałym i raz na zawsze ukształtowanym. Pojęcie to przeszło długą ewolucję od rzymskiej instytucji *patria potestas*, z jej *ius vitae ac necis* na czele, poprzez uzyskanie przez kobiety równouprawnienia aż do władzy obojga rodziców³⁴.

Z regulacji zawartych w przepisie art. 95 § 3 KRO wynika sposób wykonywania władzy rodzicielskiej przez rodziców. Pojęcie dobra dziecka występuje w języku prawnym, prawniczym, jak i języku potocznym. Nie ustalono jak dotąd jego znaczenia w drodze definicji ustawowej. W. Stojanowska termin „dobra dziecka” definiuje jako zespół wartości o charakterze materialnym i niematerialnym niezbędnych do zapewnienia prawidłowego rozwoju dziecka³⁵. Konwencja o prawach dziecka także nie zawiera definicji dobra dziecka, ale przewiduje sytuację, w której interesy dziecka i rodziców pozostają w sprzeczności. Z art. 3 pkt 1 KPD wynika zasada, że zawsze „sprawą nadrzędną będzie najlepsze zabezpieczenie interesów dziecka”.

Gwarancją należytej realizacji władzy rodzicielskiej leżącej po stronie dziecka jest posłuszeństwo rodzicom, czyli podporządkowanie się ich woli. Władza rodzicielska jest prawem podmiotowym częściowo o charakterze bezwzględny, skutecznym *erga omnes*, w tym znaczeniu, że wszyscy zobowiązani są do nienaruszania sfery działania rodziców, a częściowo o charakterze względnym wobec samego dziecka przez to, że daje właśnie rodzicom uprawnienie do żądania posłuszeństwa.

³² K. Jagielski, *Istota i treść władzy rodzicielskiej*, Kraków: Państwowe Wydawnictwo Naukowe 1963, s. 127.

³³ T. Sokołowski, *Prawo rodzinne. Zarys wykładu*, Poznań: Ars Boni et aequi 2013, s. 145.

³⁴ H. Dolecki, *Ingerencja sądu opiekuńczego w wykonywanie władzy rodzicielskiej*, Warszawa: Wydawnictwo Prawnicze 1983, s. 23.

³⁵ Stojanowska W., *Rozwód a dobro dziecka*, Warszawa: Wydawnictwo Prawnicze 1979, s. 27.

PRYWATNOŚĆ DZIECKA A WŁADZA RODZICIELSKA

W relacjach wynikających z władzy rodzicielskiej granice prywatności dziecka są trudne do określenia. Nie sposób jednoznacznie stwierdzić, kiedy naruszenie prywatności dziecka wynika z prawnego obowiązku i troski rodziców o bezpieczeństwo i dobro dziecka, a w jakim pozbawia je pewnej sfery intymności, niezbędnej każdemu człowiekowi, niezależnie od wieku. Obecnie toczy się dyskusja nad udostępnianiem w Internecie przez rodziców zdjęć swoich dzieci. Należy zgodzić się z poglądem, że takie działania naruszają prywatność i prawo dziecka do ochrony własnego wizerunku. Ponadto, takie zdjęcia są potencjalnym celem przestępców seksualnych. W wyroku Sądu Apelacyjnego w Łodzi z dnia 5 września 2013 r. przyjęto, że rodzice mogą wyrażać zgodę na rozpowszechnianie wizerunku dziecka, ale tylko wtedy, gdy nie wywoła to u niego żadnych negatywnych skutków w sferze psychicznej, emocjonalnej, intelektualnej i poznawczej³⁶. Inaczej mówiąc, musi to być zgodne z dobrem dziecka, istotą i celami władzy rodzicielskiej. Rodzice powinni zachować szczególną ostrożność decydując się na publikowanie zdjęć swoich dzieci, albowiem takie dane nigdy z Internetu nie znikają i mogą być w różny sposób wykorzystywane³⁷.

W doktrynie został wyrażony pogląd, że regulacje zawarte w KPD osłabiają instytucję władzy rodzicielskiej, co nie do końca zasługuje na uwzględnienie. Prawdą jest, że KPD skupia się na prawach dziecka, pomijając przy tym obowiązki. KRO mówi natomiast o prawach dziecka w kontekście obowiązków dorosłych wobec dziecka, a więc nie wyraża ich wprost³⁸. Dokonując wykładni przepisów KRO, zawsze należy kierować się dobrem dziecka, natomiast sam kodeks jest niewątpliwie gwarantem realizacji uprawnień przysługujących dziecku. Konwencja przyznaje dziecku prawo do wychowania przez rodziców, nakłada na nich odpowiedzialność za jego rozwój i wychowanie, i wreszcie rodzicom powierza się kierowanie dzieckiem przy korzystaniu z jego uprawnień określonych w konwencji³⁹.

Rozpatrując problematykę prawa dziecka do prywatności, należy odnieść się do regulacji zawartych w Kodeksie karnym (KK)⁴⁰. W art. 267 KK

³⁶ Wyrok SA w Łodzi z 5.09.2013 r. (I ACa 378/13, LEX nr 1372324).

³⁷ Warto przy tym dodać, że rodzice nie powinni udostępniać zdjęć mogących narazić dziecko na śmieszność i nieciekawe żarty ze strony kolegów.

³⁸ A. Kwak, A. Mościskier, *Rzeczywistość praw dziecka w rodzinie*. Warszawa: Wydawnictwo Akademickie Żak 2002, s. 104.

³⁹ Uchwała SN z 3.05.1979 r. (III CZP 14/79, OSNC 1979/12/230, LEX nr 2394); por. postanowienie SN z 16.12.1997 r. (III CZP 63/97, OSNC 1998/6/108, LEX nr 32972).

⁴⁰ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks karny (Dz.U. z 1997 r. Nr 88, poz. 553 ze zm.).

ustawodawca uregulował typ czynu zabronionego, jakim jest bezprawne uzyskanie informacji⁴¹. Zgodnie z § 5 tego przepisu, ściganie następuje na wniosek pokrzywdzonego. Do złożenia wniosku o ściganie sprawcy przestępstwa ściganego na wniosek nie jest uprawniony małoletni, co wynika z art. 51 § 2 Kodeksu postępowania karnego (KPK)⁴². Wskazać jednak trzeba, że w jego imieniu występuje wtedy przedstawiciel ustawowy albo osoba, pod której pieczęcią pozostaje pokrzywdzony. Rolę tę pełnią na ogół rodzice. Należy pamiętać o tym, że złożenie wniosku o ściganie przestępstwa dokonanego na szkodę dzieci stanowi przejaw wykonywania władzy rodzicielskiej, a bezczynność w tym względzie może być oceniana jako nienależyte wykonywanie władzy i uzasadniać wydanie przez sąd odpowiednich zarządzeń⁴³.

Jeżeli interesy dziecka i rodziców pozostają w sprzeczności, a rodzic miałby być oskarżonym w procesie, prokurator powinien wystąpić do sądu z wnioskiem o wyznaczenie kuratora, który będzie działał za dziecko (i to on podejmie decyzję o złożeniu wniosku o ściganie). W art. 51 § 2 KPK zawarty jest bezwzględny nakaz ustanowienia kuratora. Inaczej jest w przypadku unormowania z § 3 tego samego przepisu dotyczącego ustanowienia kuratora dla osoby nieporadnej ze względu na stan zdrowia, który takiego obowiązku nie przewiduje, a jedynie daje taką możliwość⁴⁴. Zakaz reprezentacji małoletniego pokrzywdzonego przez rodzica dotyczy także tych postępowań, w których drugi rodzic jest oskarżonym. Stosowanie tego zakazu jest uzasadnione także na etapie *in rem*, kiedy drugi rodzic jest osobą podejrzaną o popełnienie przestępstwa na szkodę małoletnich dzieci⁴⁵. Widzimy więc, że chociaż dziecko nie może samodzielnie występować w postępowaniu karnym, nie pozostaje bezradne.

Rodzice mogą uwolnić się od odpowiedzialności, jeśli wykażą, że działali w stanie wyższej konieczności. Stosownie do art. 26 § 1 KK, *„nie popełnia przestępstwa, kto działa w celu uchylecia bezpośredniego niebezpieczeństwa grożącego jakimkolwiek dobru chronionemu prawem, jeżeli niebezpieczeństwa nie*

⁴¹ „Kto bez uprawnienia uzyskuje dostęp do informacji dla niego nieprzeznaczonej, otwierając zamknięte pismo, podłączając się do sieci telekomunikacyjnej lub przełamując albo omijając elektroniczne, magnetyczne, informatyczne lub inne szczególne jej zabezpieczenie, podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 2”.

⁴² Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks postępowania karnego (Dz.U. z 1997 r. Nr 89, poz. 555 ze zm.).

⁴³ Mogą one polegać na wydaniu rodzicowi polecenia złożenia wniosku o ściganie albo na ustanowieniu do tej czynności kuratora, zob. wyrok SA w Katowicach z 6.05.2009 r. (II AKa 396/08, OSA 2011/10/21-43, LEX nr 553873).

⁴⁴ Wyrok SA w Katowicach z 23.11.2017 r. (II AKa 500/17, LEX nr 2441512); por. uchwała SN 7 sędziów z 30.09.2010 r. (I KZP 10/10, OSNKW 2010/10/84, LEX nr 602769).

⁴⁵ Postanowienie SN z 30.09.2015 r. (I KZP 8/15, OSNKW 2015/12/100, LEX nr 1797965).

można inaczej uniknąć, a dobro poświęcone przedstawia wartość niższą od dobra ratowanego". Można wskazać tytułem przykładu, że jeżeli rodzice wiedzą, że zachodzi uzasadnione podejrzenie zagrożenia życia lub zdrowia dziecka (planowało samobójstwo, umawiało się przez internet z pedofilem), mogą sprawdzić korespondencję, przeczytać pamiętnik dziecka, jeśli taki prowadzi, sprawdzić historię przeglądarki. Działając wówczas w stanie wyższej konieczności, rodzice są usprawiedliwieni. Jest to jednak sytuacja wyjątkowa, a nie reguła.

ZAKOŃCZENIE

Z Powszechnej deklaracji praw człowieka wynika wprost, że prawo do prywatności jest prawem człowieka. Konwencja o prawach dziecka przyznaje prawo do prywatności również dziecku. Dziecko nie może podlegać arbitralnej lub bezprawnej ingerencji w sferę jego życia prywatnego, rodzinnego lub domowego czy w korespondencję, ani też atakom na jego honor i dobre imię. Wymaga podkreślenia fakt, że dziecko może korzystać z prawa do prywatności w takim samym zakresie, jak osoba dorosła. Natomiast rodzicom przysługuje uprawnienie i jednocześnie są zobowiązani do właściwego ukierunkowania dziecka przy korzystaniu z tego prawa w sposób odpowiadający jego rozwijającym się zdolnościom. Ważne z punktu widzenia prawa dziecka do prywatności są sprawy wychowawcze, zwłaszcza rozmowa i dobre relacje, których podstawą jest wzajemne zaufanie. Nie tylko rodzica do dziecka, ale i dziecka do rodzica. Relacje oparte na inwigilacji nie budują zaufania. Inspiracją do takiej konstatacji były słowa J. Korczaka: „*dziecko jest istotą rozumną (...) nie despotyczny nakaz, narzucone rygory i nieufna kontrola, ale taktowne porozumienie, wiara w doświadczenie, współpraca i współżycie*”⁴⁶.

BIBLIOGRAFIA

Akty prawne

1. Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej (Dz. U. z 1997 r. Nr 78, poz. 483 ze zm.).
2. Konwencja o prawach dziecka przyjęta przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych w dniu 20 listopada 1989 r. (Dz.U. z 1991 r. Nr 120, poz. 526 ze zm.).

⁴⁶ J. Korczak, *Prawo dziecka do szacunku*. Warszawa: Państwowe Zakłady Wydawnictw Szkolnych 2012, s. 21.

3. Powszechna deklaracja praw człowieka (Paryż, 10 XII 1948).
4. Ustawa z dnia 25 lutego 1964 r. – Kodeks rodzinny i opiekuńczy (Dz. U. z 1964 r. Nr 9, poz. 59 ze zm.).
5. Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks karny (Dz.U. z 1997 r. Nr 88, poz. 553 ze zm.).
6. Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks postępowania karnego (Dz.U. z 1997 r. Nr 89, poz. 555 ze zm.).
7. Ustawa z dnia 3 grudnia 2010 r. o wdrożeniu niektórych przepisów Unii Europejskiej w zakresie równego traktowania (Dz.U. z 2010 r. Nr 254, poz. 1700 ze zm.).

Literatura przedmiotu

1. Balcerek M., *Prawa dziecka*, Warszawa: Wydawnictwo Szkolne i Pedagogiczne 1986.
2. Czyż E., *Dziecko i jego prawa*, Warszawa: Komitet Ochrony Dziecka 1992.
3. Czyż E., *Prawa dziecka*, Warszawa: Helsińska Fundacja Praw Człowieka 2002.
4. Dolecki H., *Ingerencja sądu opiekuńczego w wykonywanie władzy rodzicielskiej*, Warszawa: Wydawnictwo Prawnicze 1983.
5. Heine M., *Pedagogiczne następstwa ograniczenia władzy rodzicielskiej*, Wrocław: Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego 1991.
6. Jagielski K., *Istota i treść władzy rodzicielskiej*, Kraków: Państwowe Wydawnictwo Naukowe 1963.
7. Korczak J., *Prawo dziecka do szacunku*, Warszawa: Państwowe Zakłady Wydawnictw Szkolnych 2012.
8. Kwak A., Mościskier A., *Rzeczywistość praw dziecka w rodzinie*, Warszawa: Wydawnictwo Akademickie Żak 2002.
9. Łopatka A., *Dziecko. Jego prawa człowieka*, Warszawa: Polskie Wydawnictwo Prawnicze „Iuris” 2000.
10. Michałowska G., *Międzynarodowa ochrona praw dziecka*, Warszawa: Wydawnictwa Uniwersytetu Warszawskiego 2016.

11. Olearczyk T., *Prawa dziecka we współczesnej praktyce życia społecznego*, Częstochowa: Wydawnictwo Wyższej szkoły Języków Obcych i Ekonomii EDUCATOR 2001.
12. Schulz A., *Spadki i prawo rodzinne*, Warszawa: C.H. BECK 2016.
13. Sokołowski T., *Prawo rodzinne. Zarys wykładu*, Poznań: Ars Boni et aequi 2013.
14. Stojanowska W., *Rozwód a dobro dziecka*, Warszawa: Wydawnictwo Prawnicze 1979.
15. Walaszek B., *Zarys prawa rodzinnego i opiekuńczego*, Warszawa: Państwowe Wydawnictwo Naukowe 1971.
16. Wild M., *Artykuł 49 [w:] Konstytucja RP. Tom I. Komentarz*, (red.) M. Safjan, L. Bosek, Warszawa: C.H. BECK 2016.
17. Uzasadnienie nowelizacji KRO w 2009 r., Druk sejmowy nr 888, VI kadencja.

THE CHILD'S RIGHT TO PRIVACY

Summary: The text contains some remarks on the child's right to privacy and its protection in Polish family law. Technological advance, globalisation and the growing popularity of social networks raise some questions about the dissemination of the child's image. The Author analyses child's rights in the Polish Constitution and Convention on the Rights of the Child, and also indicates an important role of a children's ombudsman. It points to crucial role of the child welfare. The Author discusses the right of parents to interference with the child's right to privacy.

Keywords: Child, right to privacy, parental authority, ombudsman for the rights of the child, child welfare.

TESTAMENT NOTARIALNY

Streszczenie: Celem pracy jest przedstawienie skomplikowanej problematyki sporządzenia testamentu notarialnego oraz analiza wymogów formalnych, które należy spełnić by ważne dokonać czynności prawnej, jak również skutków prawnych uchybienia przez notariusza przepisom. Posłużono się metodą dogmatycznoprawną. Testament notarialny, jako sporządzany przed notariuszem, będącym osobą zaufania publicznego, daje testatorowi pewność, że złożone przez niego oświadczenie odpowiada jego rzeczywistej woli oraz że ważne rozrządził majątkiem na wypadek śmierci. Sporządzenie testamentu w formie aktu notarialnego stanowi dla spadkodawcy najlepsze zabezpieczenie przed próbami późniejszego podważenia jego ważności w postępowaniu sądowym przez osoby mające w tym interes. Testament notarialny, stanowiący dokument urzędowy, jest nieważny tylko wówczas, gdy uchybienia formalne dotyczą jego istoty i nie mogą być zastąpione ustaleniami z wykorzystaniem zwykłych środków dowodowych. Z kolei uchybienia przepisom o charakterze porządkowym nie skutkują nieważnością aktu notarialnego.

Słowa kluczowe: Testament notarialny, akt notarialny.

WSTĘP

Celem niniejszego rozdziału jest przedstawienie problematyki sporządzenia testamentu notarialnego w prawie polskim. Posłużono się metodą dogmatycznoprawną. Testament stanowi sformalizowaną, jednostronną czynność prawną *mortis causa*, którą testator rozrządza swoim majątkiem na wypadek śmierci. Ustawodawca przewidział w ustawie z 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny² (dalej k.c.) możliwość sporządzenia testamentu w formie aktu notarialnego (art. 950 k.c.). Nie uregulował natomiast w ogóle problematyki

¹ Doktor nauk prawnych, Wydział Prawa i Administracji, Uniwersytet Gdański.

² Tekst jednolity Dz. U. z 2020 r., poz. 1740, z 2021 r., poz. 1509.

wymagań formalnych, które należy spełnić. W konsekwencji do sporządzenia testamentu w formie aktu notarialnego stosuje się ustawę z 14 lutego 1991 r. - Prawo o notariacie³ (dalej pr. not.), a przede wszystkim przepisy o czynnościach notarialnych (art. 79-95 pr. not.). Testament notarialny jest testamentem zwykłym, a nie szczególnym.

Testament notarialny sporządza się przed notariuszem, będącym osobą zaufania publicznego, posiadającym wyższe wykształcenie prawnicze, co zwiększa pewność testatora, że złoży oświadczenie odpowiadające jego rzeczywistej woli oraz ważnie i skutecznie rozrządzi majątkiem na wypadek śmierci. Forma aktu notarialnego bardzo dobrze spełnia funkcję ostrzegawczą, chroniąc testatora przed podjęciem nieprzemyślanych decyzji. Akt notarialny obejmujący rozrządzenie majątkiem na wypadek śmierci stanowi dokument urzędowy (art. 2 § 2 pr. not., art. 244 ustawy z 17 listopada 1964 r. Kodeks postępowania cywilnego⁴ – dalej k.p.c.). Oryginał testamentu notarialnego jest przechowywany w kancelarii notarialnej, co zabezpiecza dokument przed zgubieniem lub zniszczeniem bądź fałszerstwem. Udział notariusza w dokonywaniu czynności prawnej może również uchronić testatora przed niepożądanym wpływem ze strony osób trzecich. Sporządzenie testamentu w formie aktu notarialnego stanowi dla spadkodawcy najlepsze zabezpieczenie przed próbami późniejszego podważenia jego ważności w postępowaniu sądowym przez osoby mające w tym interes. Dokonanie czynności prawnej w przedmiotowej formie wiąże się z poniesieniem kosztów⁵. Wymaga podkreślenia, że na gruncie prawa spadkowego testament notarialny ma moc równą innym testamentom i nie korzysta z uprzywilejowania, z zastrzeżeniem jednak jednego wyjątku. Mianowicie, ustanowienie zapisu windykacyjnego jest dopuszczalne wyłącznie w testamencie notarialnym (art. 981¹ § 1 k.c.).

Akt notarialny obejmujący ostatnią wolę testatora sporządza notariusz, natomiast w przypadkach określonych w ustawie również zastępca notarialny (art. 1 § 2, art. 21-22, art. 79 pkt 1 pr. not.), z kolei za granicą wskazane

³ Tekst jednolity Dz. U z 2020 r., poz. 1192, 2320.

⁴ Tekst jednolity Dz. U. z 2021 r., poz. 1805, 1981, 2052.

⁵ Zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 czerwca 2004 r. w sprawie maksymalnych stawek taksy notarialnej (Tekst jednolity Dz. U. z 2020 r., poz. 1473) maksymalna stawka wynosi za sporządzenie aktu notarialnego dokumentującego: testament – 50 zł (§ 8 pkt 3), testament zawierający zapis zwykły, polecenie lub pozbawienie uprawnionego prawa do zachowku – 150 zł (§ 8 pkt 4), testament zawierający zapis windykacyjny – 200 zł (§ 8 pkt 4a). Na podstawie § 17 ust. 1 rozporządzenia maksymalna kwota, o którą może być zwiększone wynagrodzenie za dokonanie czynności notarialnej poza kancelarią notarialną wynosi: (1) w porze dziennej – 50 zł, (2) w porze nocnej oraz w dni wolne od pracy – 100 zł – za każdą godzinę niezbędną do dokonania tej czynności od opuszczenia kancelarii do powrotu. Za porę dzienną liczy się czas między godziną 8 a 20 (§ 17 ust. 2).

uprawnienie przysługuje konsulowi, działającemu na podstawie pisemnego upoważnienia udzielonego mu przez ministra sprawiedliwości na wniosek ministra właściwego do spraw zagranicznych (art. 28 ust. 3, art. 29 ustawy z 25 maja 2015 r. Prawo konsularne⁶ i art. 5 lit. f Konwencji wiedeńskiej z 24 kwietnia 1963 r. o notarialnych stosunkach konsularnych⁷). Notariusz dokonuje czynności notarialnych w kancelarii notarialnej lub w innym miejscu, gdy przemawia za tym jej charakter bądź szczególne okoliczności (art. 3 pr. not.). Przykładowo, ze względu na zły stan zdrowia testator może rozrządzić majątkiem na wypadek śmierci w szpitalu, hospicjum lub swoim domu.

Oryginał aktu notarialnego jest przechowywany w kancelarii notarialnej. Notariusz po upływie 10 lat od sporządzenia dokumentu lub z chwilą zakończenia prowadzenia działalności przekazuje go do archiwum ksiąg wieczystych właściwego sądu rejonowego (art. 90 § 1 pr. not.). Oryginał aktu notarialnego nie może być wydany poza miejsce jego przechowywania (art. 95 pr. not.). W konsekwencji strony czynności notarialnej oraz inne osoby otrzymują wypisy aktu notarialnego (art. 110 pr. not.), które mają jednak moc oryginału (art. 109)⁸. Na wniosek spadkodawcy testament notarialny może zostać wpisany do Notarialnego Rejestru Testamentów (tzw. NORT)⁹, co zmniejsza ryzyko jego nieodnalezienia lub ujawnienia z opóźnieniem. Rejestracja ma charakter dobrowolny.

WYMAGANIA FORMALNE

Przy sporządzaniu testamentu notariusz jest obowiązany stwierdzić tożsamość testatora oraz innych osób biorących udział w czynności (np. osoby zaufanej przybranej dla głuchoniemego spadkodawcy) (art. 85 § 1 pr. not.). Czyni to na podstawie prawem przewidzianych dokumentów, a w razie ich braku w sposób wyłączający wszelką wątpliwość w tym przedmiocie (art. 85 § 2 pr. not.). Notariusz odmawia dokonania czynności notarialnej sprzecznej z prawem (art. 81 pr. not.), jak również, gdy powźmie wątpliwość w kwestii posiadania zdolności do czynności prawnych przez stronę aktu notarialnego

⁶ Tekst jednolity Dz. U. z 2020 r., poz. 195, 1086.

⁷ Dz. U. z 1982 r., poz. 98.

⁸ Por. postanowienie SN z 30.6.1972 r., I CR 403/72, OSN 1973, nr 3, poz. 49.

⁹ Notarialny Rejestr Testamentów został powołany uchwałą Krajowej Rady Notarialnej nr VII/46/2011 z 4 czerwca 2011 r. w sprawie utworzenia rejestru testamentów i zasad jego funkcjonowania. W praktyce NORT działa od 5.10.2011 r. Notarialny Rejestr Testamentów nie zawiera informacji o treści testamentu, ani danych osobowych spadkobierców. Wpis potwierdza jedynie fakt sporządzenia przez określonego spadkodawcę testamentu i jego rejestrację oraz wskazuje, w której kancelarii notarialnej można otrzymać wypis tego dokumentu.

(art. 86 pr. not.). Na odmowę przysługuje osobie zainteresowanej zażalenie do sądu okręgowego właściwego ze względu na siedzibę kancelarii notarialnej, wnoszone za pośrednictwem notariusza sprzeciwiającego się sporządzeniu aktu notarialnego (art. 83 pr. not.), który jest zobowiązany do pouczenia klienta o prawie i trybie zaskarżenia odmowy (art. 82 pr. not.). W praktyce wniesienie zażalenia zdarza się bardzo rzadko.

Jak już wskazano notariusz powinien odmówić sporządzenia testamentu, gdy będzie to sprzeczne z prawem (art. 81 pr. not.) lub powęźmie wątpliwość w przedmiocie posiadania przez spadkodawcę pełnej zdolności do czynności prawnych (art. 86 pr. not.). Nie przysługuje ona testatorowi w razie orzeczenia jego ubezwłasnowolnienia lub ustanowienia dla niego doradcy tymczasowego albo braku osiągnięcia pełnoletności. Sąd Najwyższy w postanowieniu z 14.6.2012 r.¹⁰ stwierdził, że na gruncie art. 86 pr. not. nie chodzi o zdolność do czynności prawnych w rozumieniu art. 11 k.c., lecz o sytuacje uzasadniające przypuszczenie o zaistnieniu wady oświadczenia woli. Notariusz powinien odmówić dokonania czynności notarialnej nie tylko wówczas, gdy strona aktu jest formalnie ubezwłasnowolniona (art. 81 pr. not. w zw. z art. 13 i 16 k.c.), ale także wtedy, gdy zachodzi uzasadniona wątpliwość, czy taka osoba działa w stanie dostatecznej świadomości (art. 86 pr. not. w zw. z art. 82 k.c.). Chodzi o stwierdzenie ułomności i jej stopnia w odniesieniu do testatora. Wskazany obowiązek nie oznacza konieczności przybierania w każdym przypadku biegłego lekarza do oceny stanu spadkodawcy, zatem dokonanie czynności notarialnej bez udziału takiego specjalisty nie podważa aktu.

Notariusz sporządza testament w języku polskim, a na żądanie testatora dodatkowo w języku obcym, wykorzystując własną znajomość języka obcego wykazaną w sposób określony dla tłumaczy przysięgłych lub korzystając z pomocy tłumacza przysięgłego (art. 2 § 3 pr. not.). Akt notarialny obejmujący rozrządzenie majątkiem na wypadek śmierci powinien zostać sformułowany przez notariusza w sposób zrozumiały i przejrzysty (art. 80 § 1 pr. not.). Na konieczność rzetelnego wykonania przedmiotowego obowiązku zwrócił uwagę Sąd Najwyższy w postanowieniu z 16.12.2009 r.¹¹ wskazując, że testament notarialny należy sporządzić szczególnie starannie, tak aby po jego otwarciu i ogłoszeniu nie budził wątpliwości, ani co do swej powagi, rzeczywistej woli testatora i okoliczności spisania, ani co do swojej postaci jako dokumentu o walorach dokumentu urzędowego i jego treści. Nie powinien zatem mieć

¹⁰ I CSK 564/11, LEX nr 1214325.

¹¹ I CSK 188/09, LEX nr 560499.

wyglądu utożsamianego raczej z brudnopisem lub pismem przygotowującym właściwy akt w rozumieniu art. 2 prawa o notariacie oraz przepisów postępowania cywilnego odnoszących się do dokumentów (art. 244 i nast. k.p.c.). Jeśli przypomina taką postać, to należy przedłożony akt ocenić i z tego punktu widzenia a nie tylko na podstawie samej jego treści, która mogła nie powstać w takim razie z rzeczywistym zamiarem wywołania skutków prawnych.

Przy sporządzaniu testamentu notariusz jest obowiązany czuwać nad należytym zabezpieczeniem praw i słusznym interesów testatora oraz innych osób, odnośnie do których czynność może wyrzucić skutki prawne (art. 80 § 2 pr. not.), jak również udzielić spadkodawcy niezbędnych wyjaśnień dotyczących dokonywanego rozrządzenia majątkiem na wypadek śmierci (art. 80 § 3 pr. not.)¹². Notariusz po upewnieniu się, że spadkodawca ma świadomość, swobodę i zamiar testowania, powinien odebrać od testatora oświadczenie woli i starannie sformułować postanowienia testamentu tak by zostało ono prawidłowo odzwierciedlone (art. 92 § 1 pkt 5 pr. not.). Może zadawać spadkodawcy pytania w celu wyjaśnienia jego myśli i zamiarów. Sąd Najwyższy w orzeczeniu z 17.12.1925 r.¹³ stwierdził jednak, że gdyby spisywanie testamentu odbywało się w ten sposób, że notariusz zadawał pytania, a testator tylko na nie odpowiadał, to zachodziłoby uzasadnione domniemanie istnienia wpływu ze strony notariusza na wolę testatora, co naturalnie wykluczałoby ważność rozrządzenia majątkiem na wypadek śmierci. W judykaturze podkreślono, że testament notarialny, jak każdy akt notarialny, musi zawierać oświadczenie osoby, od której pochodzi (art. 92 § 1 pkt 5 pr. not.). Nie jest przy tym wykluczone, aby treść tego oświadczenia została przygotowana przez notariusza wcześniej, również na podstawie wskazań innej osoby¹⁴, w szczególności spadkobiercy lub zapisobiercy. Wymóg złożenia oświadczenia woli osobiście przez testatora ma jednak zawsze charakter bezwzględny. Jak wskazał bowiem Sąd Najwyższy w postanowieniu z 12.10.1992 r. nieważny jest testament notarialny, jeżeli testator nie złożył oświadczenia woli, a tylko wcześniej przygotowany przez notariusza i spadkobiercę dokument – po jego odczytaniu – podpisał¹⁵.

Uprawnione do sporządzenia testamentu notarialnego są osoby nieumiejące i niemogące pisać lub czytać, w szczególności niewidome, jak również

¹² Por. Orzeczenie SN z 21.1.1956 r., 2 CR 975/55, OSNCK 1957, nr 4, poz. 95.

¹³ I C 1298/24, OSN(C) 1925, nr 2, poz. 170.

¹⁴ I CSK 564/11, LEX nr 1214325.

¹⁵ I CR 156/92, LEX nr 1671662.

głuche, nieme, głuchonieme¹⁶, a także nie cierpiące na tego rodzaju niepełności, jednak nie mające możliwości wypowiedania się w sposób artykułowany z powodu schorzenia¹⁷ oraz nie znające języka polskiego. Na życzenie niewidomego, głuchego, niemego lub głuchoniemego spadkodawcy notariusz jest zobowiązany przywołać do dokonania czynności prawnej wskazaną przez niego osobę zaufaną (art. 87 § 1 pkt 3 pr. not.). W przypadku rozrządzenia majątkiem na wypadek śmierci przez testatora głuchego lub głuchoniemego notariusz powinien przekonać się, że treść testamentu jest mu dokładnie znana i rozumiała, może w tym celu skorzystać z pomocy biegłego¹⁸ (art. 87 § 1 pkt 2 pr. not.). Dopuszczalne jest złożenie przez spadkodawcę oświadczenia woli *mortis causa* w języku obcym, w szczególności w razie braku znajomości języka polskiego. We wskazanym przypadku notariusz tłumaczy akt notarialny wykorzystując własną znajomość języka obcego wykazaną w sposób określony dla tłumaczy przysięgłych lub korzysta z pomocy tłumacza przysięgłego (art. 87 § 1 pkt 1 w zw. z art. 2 § 3 pr. not.).

Notariusz odczytuje akt notarialny przed jego podpisaniem, upewniając się, że po pierwsze, spadkodawca dokładnie rozumie jego treść i znaczenie oraz po drugie, że jest on zgodny z rzeczywistą wolą testatora (art. 94 § 1 pr. not.). W razie niezastnienia wskazanych okoliczności notariusz powinien zaprzestać dokonywania czynności notarialnej¹⁹ i podjąć odpowiednie kroki stosowanie do sytuacji.

Po odczytaniu aktu notarialnego, następuje jego przyjęcie, dalej podpisanie przez testatora, podmioty obecne przy jego sporządzaniu np. osobę zaufaną oraz notariusza. Złożenie podpisu odbywa się w obecności tego ostatniego (art. 88 pr. not.). Sygnatura obejmuje co najmniej nazwisko spadkodawcy²⁰. Ustawodawca dopuścił podpis w alfabecie nieznanym notariuszowi, wymagając stwierdzenia w akcie notarialnym, że jest to podpis testatora (art. 87 § 1 pkt 5 pr. not.). Spadkodawca nieumiejący lub niemogący pisać składa na dokumencie tuszowy odcisk dowolnego palca dłoni lub stopy,

¹⁶ W praktyce może się okazać, że testator głuchy, niemy lub głuchoniemy jest uprawniony w ramach zwykłej formy testamentu do sporządzenia wyłącznie testamentu notarialnego, gdyż skorzystanie z testamentu allograficznego zostało wyłączone na podstawie art. 951 § 3 k.c., a sięgnięcie po testament holograficzny będzie niedopuszczalne w przypadku spadkodawcy nieumiejącego lub niemogącego pisać, ze względu na brak możliwości spełnienia wymogu własnoręcznego spisania rozrządzenia majątkiem na wypadek śmierci.

¹⁷ CSK 564/11, LEX nr 1214325.

¹⁸ Por. orzeczenie SN z 13.12.1955 r., 4 CR 1079/55, OSNCK 1957, nr 3, poz. 73.

¹⁹ E. Skowrońska-Bocian, *Testament w prawie polskim*, Lexis Nexis, Warszawa 2004, s. 84.

²⁰ Por. też A. Oleszko, *Podpis własnoręczny jako element formalny aktu notarialnego obejmującego czynność prawą (część pierwsza)*, „Rejent” 2001, nr 6 oraz A. Oleszko, *Podpis własnoręczny jako element formalny aktu notarialnego obejmującego czynność prawą (część druga)*, „Rejent” 2001, nr 9.

w praktyce najczęściej kciuka, a obok inna osoba wpisuje jego imię i nazwisko oraz umieszcza swój podpis własnoręczny (art. 87 § 1 pkt 4 pr. not.). W razie niemożności postawienia takiego znaku np. ze względu na paraliż, notariusz stwierdza w akcie notarialnym, że testator go nie podpisał i podaje przyczynę (art. 92 § 2 pr. not.). Sąd Najwyższy w postanowieniu z 9.3.2005 r.²¹ stwierdził, że w art. 92 § 2 pr. not. nie przewidziano wymogu zamieszczenia w testamencie notarialnym wzmianki o sposobie stwierdzenia przez notariusza braku możliwości złożenia podpisu przez testatora. W przypadku, gdy testament obejmuje dwa lub więcej arkuszy, należy je ponumerować, parafować oraz połączyć (art. 93 pr. not.).

SKUTKI PRAWNE

NIEDOPEŁNIENIA WYMAGAŃ FORMALNYCH

Przy sporządzaniu testamentu w formie aktu notarialnego może dojść do niedopełnienia stawianych mu wymagań formalnych lub niezachowania procedur przewidzianych przez Prawo o notariacie. Wpływ przedmiotowych nieprawidłowości na ważność testamentu notarialnego budzi kontrowersje w piśmiennictwie prawniczym. Według poglądu mniejszościowego, naruszenie przepisów Prawa o notariacie przy sporządzaniu testamentu notarialnego skutkuje jego bezwzględną nieważnością na podstawie art. 958 k.c.²². Natomiast zgodnie z przeważającym w doktrynie²³ i judykaturze słusznym stanowiskiem, nie każda nieprawidłowość powstała przy dokonywaniu czynności notarialnej, obejmującej testament, powoduje jego nieważność. Sąd Najwyższy w postanowieniu z 15.5.2003 r.²⁴ podkreślił, że cechę dokumentu urzędowego odbierają testamentowi notarialnemu tylko takie uchybienia formalne, które dotyczą jego istoty i nie mogą być zastąpione ustaleniami z wykorzystaniem zwykłych środków dowodowych. Wskazano, że nieważność powodują takie

²¹ II CK 478/04, OSNC 2006, nr 2, poz. 34. Por. też postanowienie SN z 4.12.1973 r., III CRN 294/73, OSNC 1974, nr 11, poz. 193.

²² Tak E. Skowrońska-Bocian, *Testament...*, s. 87-88, S. Wójcik, *Glosa do uchwały SN z 19.7.2001 r., III CZP 36/01*, „Orzecznictwo Sądów Polskich” 2002, nr 2, s. 78-79.

²³ Tak m.in. F. Błahuta [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, (red.) Z. Resich, T. 3, Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 1972, s. 1873 i n., S. Wójcik, F. Zoll [w:] *System Prawa Prywatnego, Tom 10, Prawo spadkowe*, (red.) B. Kordasiewicz, C.H. Beck, Warszawa, 2013, B. Kucia [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz. Tom VI, Spadki (art. 922-1087)*, red. M. Habdas, M. Fras, Wolters Kluwer, Warszawa, 2019, s. 304, M. Pazdan [w:] *Kodeks cywilny. Tom II. Komentarz. Art. 450-1088*, (red.) K. Pietrzykowski, wyd. 10, C.H. Beck, Warszawa 2021, kom. do art. 950, nb. 6, J. Turłukowski, *Sporządzenie testamentu w praktyce*, Lexis Nexis, Warszawa 2009, s. 87, M. Wojewoda, *Kilka uwag na temat testamentu notarialnego osoby niemogącej pisać*, „Rejent” 2004, nr 1, s. 116 i n.

²⁴ I CKN 367/01, LEX nr 585680.

nieprawidłowości, które sprowadzają wątpliwość co do zdarzeń ujętych w akcie notarialnym, w szczególności: nieoznaczenie spadkodawcy lub notariusza sporządzającego dokument, niezłożenie podpisu przez notariusza, względnie testatora, w drugim przypadku bez stwierdzenia przyczyny braku sygnatury. Przyjęcie poglądu rygorystycznego, że uchybienie jakimkolwiek wymaganiu formalnemu przewidzianemu w Prawie o notariacie skutkuje nieważnością testamentu notarialnego, oznaczałoby hołdowanie nadmiernemu formalizmowi, a nade wszystko prowadziłoby do nadania rozstrzygającego znaczenia zapisom mniej istotnym, drugorzędnym albo w okolicznościach konkretnego przypadku pozbawionym merytorycznej treści. W doktrynie i orzecznictwie²⁵ przyjmuje się zatem, że uchybienia przepisom o charakterze porządkowym nie skutkują nieważnością aktu notarialnego.

Ze względu na dyskusyjność i złożoność problematyki w piśmiennictwie prawniczym oraz judykaturze nie wypracowano dotychczas jednolitej listy istotnych uchybień, powodujących niezachowanie formy aktu notarialnego, a w konsekwencji nieważność testamentu notarialnego. Sąd Najwyższy zaliczył do nich m.in. (1) wpisanie obok tuszowego odcisku palca nieumiejącego lub niemogącego pisać testatora jego imienia i nazwiska oraz umieszczenie podpisu przez osobę, która nie była obecna przy stawianiu tego znaku (art. 87 § 1 pkt 4 pr. not.)²⁶, (2) nie sporządzenie przez notariusza wzmianki na dokumencie o dopełnieniu przez niego obowiązku przekonania się, że treść dokonanej czynności jest dokładnie znana i zrozumiała dla głuchego lub głuchoniemego spadkodawcy (art. 87 § 1 pkt 2 w zw. z art. 92 § 3 pr. not.)²⁷, (3) nie odebranie przez notariusza oświadczenia woli od testatora, a ograniczenie się jedynie do odczytania mu uprzednio przygotowanego przez notariusza i spadkobiercę projektu testamentu, który następnie spadkodawca podpisał²⁸. W orzecznictwie stwierdzono, że uchybienie o charakterze porządkowym stanowi m.in.: (1) brak wskazania z jakich przyczyn nieumiejący lub niemogący pisać testator nie złożył podpisu na dokumencie²⁹, (2) nieoznaczenie miejsca sporządzenia aktu notarialnego³⁰, (3) błąd w pouczeniu o treści przepisu³¹.

Sankcją nieważności będzie dotknięty testament sporządzony przez

²⁵ Por. postanowienie SN z 25.1.2006 r., I CK 277/05, I EX nr 607103.

²⁶ Postanowienie SN z 9.9.2011 r., I CSK 248/11, LEX nr 1043961, wyrok SA w Łodzi, I ACa 431/15, OSAŁ 2016/2/11.

²⁷ Uchwała SN z 19.7.2001 r., III CZP 36/01, OSNC 2002, nr 1, poz. 7.

²⁸ I CR 156/92, LEX nr 1671662.

²⁹ Postanowienie SN z 25.1.2006 r., I CK 277/05, LEX nr 607103. Por. też postanowienie SN z 4.12.1973 r., III CRN 294/73, OSNC 1974, nr 11, poz. 193.

³⁰ Uzasadnienie postanowienia SN z 15.5.2003 r., I CKN 367/01, LEX nr 585680.

³¹ Postanowienie SO w Lublinie z 31.12.2015 r., II Ca 756,15, LEX nr 1994000.

notariusza, jego zastępcę lub konsula (art. 29 pr. konsul.) wyłączonych z powodu konfliktu interesu od dokonania określonej czynności notarialnej na podstawie art. 84 pr. not., jak również notariusza zawieszzonego w czynnościach zawodowych (art. 68 § 1 pr. not.). Notariusz jest tzw. świadkiem kwalifikowanym testamentu, stąd stosuje się do niego art. 957 k.c.³²

DOKUMENT URZĘDOWY

Akt notarialny obejmujący testament jest dokumentem urzędowym, stanowiącym dowód tego, co zostało w nim urzędowo zaświadczone (art. 2 § 2 pr. not., art. 244 § 1 k.p.c.). Stwierdza tożsamość testatora oraz treść jego rozrządzenia majątkiem na wypadek śmierci jako zgodnego z rzeczywistą wolą spadkodawcy. Zaprzeczenie prawdziwości dokumentu urzędowego jest dopuszczalne na podstawie art. 252 k.p.c. W praktyce przeprowadzenie wskazanego dowodu będzie jednak trudne. Sąd Najwyższy w postanowieniu z 8.1.2003 r.³³ podkreślił, że samo wyrażenie przypuszczenia, że dokument urzędowy, w tym zarówno oryginał, jak i wypis aktu notarialnego, może być niezgodny z prawdą, nie stanowi zaprzeczenia jego prawdziwości i nie podważa jego mocy dowodowej. Strona powinna bowiem udowodnić, że dokument ten nie pochodzi od organu, który go wystawił lub że zawarte w nim oświadczenie jest niezgodne z prawdą.

Oświadczenie woli złożone przez testatora przed notariuszem może być dotknięte wadą oświadczenia woli w postaci braku świadomości lub swobody, błędu albo groźby (art. 945 k.c.). Okoliczność, że testament został sporządzony w formie aktu notarialnego, nie stoi na przeszkodzie udowadnianiu jego nieważności na podstawie art. 945 k.c.³⁴ Jak już wskazano notariusz powinien odmówić dokonania czynności notarialnej, gdy poweźmie uzasadnioną wątpliwość w przedmiocie tego, czy testator działa w stanie dostatecznej świadomości i swobody w powzięciu decyzji oraz wyrażeniu woli (art. 86 pr. not. w zw. z art. 945 k.c.). Niemniej jednak nie posiada on specjalistycznej wiedzy w tym względzie, pozwalającej mu na profesjonalną ocenę stanu umysłu spadkodawcy. W konsekwencji Sąd Najwyższy podkreślił w wyroku z 23.7.1982 r.³⁵, że przekonanie przesłuchanego w charakterze świadka notariusza co do poczytalności testatora w chwili sporządzania testamentu nie jest

³² Uzasadnienie uchwał SN z 2.12.1994 r., III CZP 152/94. OSNC 1995, nr 3, poz. 50.

³³ II CKN 247/01, LEX nr 75250.

³⁴ Postanowienie SN z 25.6.1985 r., III CRN 181/85. IEX nr 83802.

³⁵ III CRN 159/82, OSNC 1983, nr 4, poz. 57, LEX nr 2828.

dla sądu wiążące. Wartość przedmiotowego dowodu polega na tym, że składający zeznania jest osobą godną zaufania jako osoba postronna i urzędowa, ale zeznania tego świadka podlegają ogólnym zasadom co do ich oceny.

ZAKOŃCZENIE

Testament notarialny, jako sporządzany przed notariuszem, będącym osobą zaufania publicznego, daje testatorowi pewność, że złożone przez niego oświadczenie odpowiada jego rzeczywistej woli oraz że ważnie i skutecznie zdecydował o losie swojego majątku po śmierci. Przy sporządzaniu testamentu notariusz jest zobligowany czuwać nad należyтым zabezpieczeniem praw i słuszych interesów testatora, jak również udzielić spadkodawcy niezbędnych wyjaśnień dotyczących dokonywanego rozrządzenia majątkiem na wypadek śmierci. Forma aktu notarialnego doskonale spełnia nie tylko funkcję dowodową, ale również funkcję ostrzegawczą, chroniąc testatora przed podjęciem nieprzemysłanych decyzji. Sporządzenie testamentu w formie aktu notarialnego stanowi dla spadkodawcy bardzo dobre zabezpieczenie przed próbami późniejszego podważenia jego ważności w postępowaniu sądowym przez osoby trzecie mające w tym interes. Dokonanie czynności prawnej w przedmiotowej formie wiąże się z poniesieniem kosztów, jednak nie są one wysokie. Sporządzenie testamentu notarialnego wymaga spełnienia licznych wymagań formalnych, których dochowanie należy do podstawowych obowiązków notariusza. Testament notarialny, stanowiący dokument urzędowy, jest nieważny tylko wówczas, gdy uchybienia formalne dotyczą jego istoty i nie mogą być zastąpione ustaleniami z wykorzystaniem zwykłych środków dowodowych. Z kolei uchybienia przepisom o charakterze porządkowym nie skutkują nieważnością aktu notarialnego.

BIBLIOGRAFIA

1. Habdas M., Fras M. (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz. Tom VI, Spadki (art. 922-1087)*, Wolters Kluwer, Warszawa 2019.
2. Konwencja wiedeńska z dnia 24 kwietnia 1963 r. o notarialnych stosunkach konsularnych, Dz. U. z 1982 r., poz. 98.
3. Kordasiewicz B. (red.), *System Prawa Prywatnego, Tom 10, Prawo spadkowe*, Wyd. 2. C.H. Beck, Warszawa 2013.

4. Oleszko A., *Podpis własnoręczny jako element formalny aktu notarialnego obejmującego czynność prawą (część pierwsza)*, „Rejent” 2001, nr 6.
5. Oleszko A., *Podpis własnoręczny jako element formalny aktu notarialnego obejmującego czynność prawą (część druga)*, „Rejent” 2001, nr 9.
6. Pietrzykowski K. (red.), *Kodeks cywilny. Tom II. Komentarz. Art. 450-1088*, Wyd. 10, C.H. Beck, Warszawa 2021.
7. Resich Z. (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, T. 3, Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 1972.
8. Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 czerwca 2004 r. w sprawie maksymalnych stawek taksy notarialnej, tekst jednolity Dz. U. z 2020 r., poz. 1473.
9. Skowrońska-Bocian E., *Testament w prawie polskim*, Lexis Nexis, Warszawa 2004.
10. Turłukowski J., *Sporządzenie testamentu w praktyce*, Lexis Nexis, Warszawa 2009.
11. Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny, tekst jednolity Dz. U. z 2020 r., poz. 1740, z 2021 r., poz. 1509.
12. Ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. Kodeks postępowania cywilnego, tekst jednolity Dz. U. z 2021 r., poz. 1805, 1981, 2052.
13. Ustawa z dnia 14 lutego 1991 r. Prawo o notariacie, tekst jednolity Dz. U. z 2020 r., poz. 1192, 2320.
14. Ustawa z dnia 25 maja 2015 r. Prawo konsularne, tekst jednolity Dz. U. z 2020 r., poz. 195, 1086.
15. Wojewoda M., *Kilka uwag na temat testamentu notarialnego osoby niemożącej pisać*, „Rejent” 2004, nr 1.
16. Wójcik S., *Glosa do uchwały SN z 19.7.2001 r., III CZP 36/01*, „Orzecznictwo Sądów Polskich” 2002, nr 2.

NOTARIAL WILL

Summary: The aim of the work is to present the complicated issues of drawing up a notarial will and to analyze the formal requirements that must be met in order to validly perform a legal act, as well as the legal consequences of failure by a public notary to comply with the provisions of law. The dogmatic-legal method was used. A notary will, as drawn up before a public notary, who is a person of public trust, gives the testator the certainty that the declaration made by him corresponds to his actual will and that he has validly disposed of the property in the event of death. The preparation of a will in the form of a notarial act is the best protection for the testator against attempts to later challenge its validity in court proceedings by persons having an interest in it. A notarial will, which is a public document, is invalid only if the violations of regulations concern its essence and cannot be replaced by findings using the usual means of evidence. On the other hand, breaches of order regulations do not invalidate the notarial act.

Keywords: Notarial will, notarial act.

LIABILITY OR RESPONSIBILITY? THE COMPENSATION FOR A NUCLEAR DAMAGE ON THE GROUND OF THE INTERNATIONAL LAW

Streszczenie: Niniejszy rozdział jest poświęcony odpowiedzialności na podstawie prawa międzynarodowego na przykładzie międzynarodowego prawa atomowego. W pierwszej części artykułu przedstawione zostały główne założenia dwóch podstawowych systemów odpowiedzialności w prawie międzynarodowym i różnice pomiędzy nimi. Druga część tekstu przedstawia główne założenia odpowiedzialności w międzynarodowym prawie atomowym. We wnioskach autor przedstawia swoje przemyślenia dotyczące stworzenia uniwersalnego systemu odpowiedzialności za szkodę wyrządzoną działaniem zgodnym z prawem międzynarodowym, na podstawie zasad prawa atomowego.

Słowa kluczowe: Odpowiedzialność, prawo międzynarodowe, prawo atomowe, rekompensata

ORCID: 0000-0003-3784-5608.

INTRODUCTION

The responsibility is a moral question, known by all religions for thousands of years. The issue of crime and punishment is one of the most important motives in culture. However, for the lawyers, responsibility is one of the most crucial and controversial problems, as on the ground of internal law as on the ground of international law. The term “responsibility” has a roman

¹ PhD. candidate Michał Matusiak, Faculty of Law and Administration, University of Warsaw.

provenance, because in ancient Rome it meant answering for the accusation in court².

The article below is devoted to the subject of responsibility and liability in international law, which will be explained by liability in the nuclear law.

RESPONSIBILITY AND LIABILITY – PROBLEM OF THE INTERNATIONAL LAW

For centuries, responsibility of the state has been subject, which has not been regarded by lawyers as a proper issue. Jean Bodin, who was an important representative of absolutism, was in the position that the monarch is responsible only to God, which was basic for sovereignty. However, since the XVIII century, there were more and more ideas that state can be responsible for its acts, but until now there is no international agreement, which is devoted to general provisions of the responsibility of state.

During interwar period there was an unsuccessful attempt to adopt abovementioned convention on Hague Conference on 1930³, but other projects were created, which were results of works of individual researchers or institutes⁴.

After World War II, the world community decided to strengthen the role of international law in order to avoid the next global conflict, The Charter of the United Nations imposes an obligation of progressive development of international law. The body responsible for this issue is the International Law Commission. It created many projects of multilateral international agreements and for a few decades worked on the subject of international responsibility. After long debates lawyers considered that the responsibility for wrongful acts in international law demands on two premises: act or omission contrary to international obligation of a state and possibility to impute this act to the state. However, it is necessary to say that damage suffered by any subject of international law is not the premise of responsibility.

Works of ILC did not result in any international convention devoted to the international responsibility of state. In spite of this, ILC prepared only

² A. Nowicka, *Odpowiedzialność: ujęcie deontologiczne. Status pozytywnej odpowiedzialności propektywnej w filozofii Immanuela Kanta*, Praca doktorska napisana w Zakładzie Etyki UAM w Poznaniu, Repozytorium UAM (AMUR), Poznań 2012, s. 10.

³ C. Bories, *The Hague Conference* [w:] *The Law of International Responsibility*, J. Crawford, A. Pellet S. Olleson (red.), Oksford 2010, s. 62.

⁴ L. Laitner, *Private codifications efforts* [w:] *The Law of International Responsibility*, J. Crawford, A. Pellet S. Olleson (red.), Oksford 2010, s. 53.

draft articles, which are not the source of the international hard law, but they have such a role as some kind of aggregation of the principles used by international courts and researchers⁵.

During the above mentioned processes, there was a question about the responsibility, when damage is suffered, but there is no subject responsible, because no state violates international law. This kind of responsibility, which is called as liability is closely connected to technological progress and pollutions which are the result of legal activities⁶. First time, when question of liability was considered was the Trail Smelter case. Sentence in that case states that no one can use its land in harmful way for its neighbours⁷.

This difference between liability and responsibility is crucial for this text. It is not distinguishable in polish language, because it is called by one word "odpowiedzialność". Similar situation is in French, because there is only the word "responsabilité"⁸. Liability is still the subject of works of ILC, after separation from the subject of responsibility, but it seems that the results will be analogical to projected convention on responsibility.

Despite that, it is important that liability is included in a few branches of the international law; the space law, the law of the sea, and the nuclear law. There are two premises of liability for injurious consequences arising out of acts not prohibited by international law in hitherto projects: suffered transboundary damage and imputability of this act to state⁹. Liability is connected to hazardous activities, endangering life, property and environment by extremely serious consequences in case of incident. The most radical explanation of strict liability is included in the Convention on International Liability for Damage Caused by Space Objects¹⁰.

LIABILITY IN THE INTERNATIONAL NUCLEAR LAW

One of the most important branches of the international law devoted to the subject of liability is the nuclear law. The nature of its subject causes it to be one of the latest branches of the international law. First of all, it is worth mentioning that in this text there is mentioned only peaceful use of nuclear

⁵ A/CN.4/SER.A/2001.

⁶ Resolution 3315 (XXIX) „International liability for injurious consequences arising out of acts not prohibited by international law”.

⁷ Trail Smelter Case 1941.

⁸ P-M. Dupuy, *The International Law of State Responsibility: Revolution or Evolution?* [w:] Michigan Journal of International Law t. 11, 1989, s. 110.

⁹ A/RES/52/156.

¹⁰ Convention on International Liability for Damage Caused by Space Objects.

energy. On the grounds of the international law, it seems that using or threatening the use of nuclear weapons is unlawful and it is antinomy to the law of armed conflicts¹¹. There are numerous international agreements prohibiting military use of nuclear weapons, as Treaty Banning Nuclear Weapon Tests in the Atmosphere, in Outer Space and Under Water, Treaty on the Non-Proliferation of Nuclear Weapons or Comprehensive Nuclear-Test-Ban Treaty, but there is also important Advisory Opinion of International Court of Justice on Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, which worked on this subject¹². On the grounds of all of the above mentioned sources it seems that prohibition of using nuclear weapons became jus cogens.

Due to causes stated below, there are presented only international agreements concerned on liability in case of peaceful use of nuclear energy.

CONVENTION ON THE LIABILITY OF OPERATORS OF NUCLEAR SHIPS

At the beginning I am going to present an international agreement, which is not chronologically first, but it exhibits an important liaison between transport and nuclear energy. The Convention on the Liability of Operators of Nuclear Ships is located on the boundary between the law of sea and the international nuclear law and it shows that atomic reactors can be the source of energy for important vehicles. This Convention is also crucial from the point of view of liability, because it contains main principles, which are common for the system of international liability.

First of all, scope of application of the Convention is limited to nuclear ships, defined in Article I p. 1 as “any ship equipped with a nuclear power plant”¹³. The word “any” can be misleading in the context of liability for peaceful use of nuclear energy, but it is worth mentioning that warships can also be moved by nuclear energy and it is not equivalent to use of nuclear weapons. The Convention imposes absolute liability on the operator¹⁴, who is defined as the person authorized by the licensing state to operate a nuclear ship, but the state can also play a role of operator, if it uses nuclear ships. Only a person

¹¹ J. Ciechanowicz-McLean, *Odpowiedzialność państwa za szkody jądrowe* [w:] *Gdańskie Studia Prawnicze* Tom XXXIX, 2018, s. 161.

¹² Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons (Advisory Opinion), 1996 ICJ Rep. 226 (8 Jul. 1996)

¹³ ~~Convention On The Liability Of Operators Of Nuclear Ships~~

¹⁴ P. Konz, *The 1962 Brussels Convention on the Liability of Operators of Nuclear Ships* [w:] *The American Journal of International Law*, 57(1), s. 104.

who is an operator in time of the nuclear incident can be liable. An operator is liable for nuclear damage which contains “loss of life or personal injury and loss or damage to property which arises out of or results from the radioactive properties or a combination of radioactive properties with toxic, explosive or other hazardous properties of nuclear fuel or of radioactive products or waste; any other loss, damage or expense so arising or resulting shall be included only if and to the extent that the applicable national law so provides”¹⁵. It is important to notice that this definition does not contain damage to the environment. An operator is also obliged to maintain insurance or other financial security and it is entitled to recourse, which can be established in the separate agreement¹⁶.

The Convention authorizes courts recognizing claims of suffering persons to exonerate wholly or partially liability of the operator, if damage is the result of intentional act or omission of the suffering person. Liability is also limited by amount of money by the incident, so it is not absolute from the quantitative point of view. Such limitation is not binding if damage is the result of intentional act or omission of operator. Also acts of war, hostilities, civil war or insurrection are mentioned as the premises of exoneration in article VIII.

On the ground above mentioned provisions of the Convention, it can seem that the only subject of duties. On the contrary, the state as the subject which does not play a role of the operator is still important. First of all, the state is entitled to grant authorization to operations of nuclear ship under its flag. Secondly, state can be liable for damage not as an operator, but in case inadequacy of insurance or other financial security to fulfil claims of suffered person.

The Convention can be an important part of the international law, but is not still a binding agreement. Only a few states are parts of Convention because of lack of trade ships powered by nuclear engine and including in scope of application warships. Due to the above mentioned reasons, the Convention hasn't entered into force till nowadays¹⁷.

¹⁵ Convention On The Liability Of Operators Of Nuclear Ships.

¹⁶ J. Handrica, *Facing plans for multiplying nuclear-powered vessels: lessons gained from the Brussels Convention on the Liability of Operators of Nuclear Ships of 1962* [w:] *International Journal of Nuclear Law*, Vol.2 No.4, 2009, s. 321.

¹⁷ Organisation for Economic Cooperation and Development, *Liability and compensation for nuclear damage an international overview*, Paryż 1994, s. 61.

VIENNA CONVENTION ON CIVIL LIABILITY FOR NUCLEAR DAMAGE

Nuclear technologies are not only used for propelling vehicles as ships or space objects, but nuclear power plants are one of the most important sources of energy for our civilization. For example in France, one of the biggest economies in the world, the majority of energy is produced by nuclear reactors. In case of damages, which are the result of the nuclear damage, the international community adopted Vienna Convention on Civil Liability for Nuclear Damage to ensure financial compensation, which is directly indicated in the preamble. It is evidently mentioned that the Convention was concerned with the peaceful use of nuclear energy¹⁸. The broad definition of person includes natural and legal person, state, or its subdivision. The difference between the Vienna Convention and the Convention on the Liability of Operators of Nuclear Ships is a kind of liaison between the state and the operator. The Vienna Convention establishes territorial liaison, because the installation state is defined as the state on which territory or under whom jurisdiction is situated nuclear installation. In this case, the state cannot avoid liability when installation is situated on a ship, because the ship is registered in state. Nuclear damage is defined similarly as in the Convention on the Liability of Operators of Nuclear Ships, but damage can also be a combination of radiological damage with toxic, explosive or other hazardous properties. Also in such a Convention loss on environment is not included in the definition of damage. Nuclear reactor means any structure containing nuclear fuel, but what is important, the definition excludes facilities used as a source of power for a means of sea or air transport¹⁹.

Article II of the Convention imposes absolute liability for damage on the operator, but in case of an incident occurring in its nuclear installation or involving nuclear material coming from or originated in his nuclear installation or in cases, when nuclear material is transported to or from nuclear installation, if operator takes over this material. Wholly or partially exclusion of absolute liability is admissible if damage is the result of gross negligence of person suffered or intentional act or omission of third part. Also other premises mentioned in Convention on the Liability of Operators of Nuclear Ships can be cause of exclusion, for example an act of armed conflict, hostilities,

¹⁸ Vienna Convention on Civil Liability for Nuclear Damage.

¹⁹ A. Kiss, *State responsibility and liability for nuclear damage* [w:] *Denver Journal of International Law and Policy*, Vol. 35(1), 2006, s. 80.

civil war or insurrection, but also a grave natural disaster of an exceptional character, if the installation state includes such premise in its internal law.

The operator is obliged to maintain insurance, or other financial guarantee, exception is, when the state or its subdivisions are operators. The Vienna Convention includes a complicated system of liability of state. Liability of an operator is limited to the amount of money indicated in the Convention, but this amount does not include interests and costs awarded by a court in actions for compensation of nuclear damage. If the state adopts an insurance lower than indicated in the Convention, it is obliged to fulfill claims, which extends compulsory insurance according to internal law, but no more than the amount of money, which is adopted in the Vienna Convention.

PARIS CONVENTION ON THIRD PARTY LIABILITY IN THE FIELD OF NUCLEAR ENERGY

The Vienna Convention creates a system of international liability for nuclear damages with a second key international agreement, the Paris Convention on Third Party Liability in the Field of Nuclear Energy which is ratified by a small number of states. The aim of the Paris Convention is similar to the previous one, it is adequate and equitable compensation for persons who suffer damage caused by nuclear incidents. The Paris Convention contains key definitions of nuclear incident and nuclear installation similar to the Vienna Convention. According to the Paris Convention, an operator is a person designated or recognized by the competent public authority as the operator of that installation, so it is some kind of legal liaison between state and operator, in place of territorial link. It is worth mentioning that the Convention entitles in this definition state to authorize the subject to undertake nuclear activity²⁰.

The Convention contains a much less restrained definition of damage, which mentions only loss or damage on person or property and excludes damages on nuclear installation or property use or connected to an installation. Nuclear damage contains not only results of nuclear incidents, but also results of other incidents if it is not possible to separate them in a reasonable way. As a result, the definition of damage is very similar to the Brussels Convention²¹.

²⁰ Paris Convention on Third Party Liability in the Field of Nuclear Energy.

²¹ J. Suttenger, *Who pays? The consequences of state versus operator liability within the context of transboundary environmental nuclear damage* [w:] *NYU Environmental Law Journal*, Volume 24 Issue 2, 2006, s. 206.

Article 4 of the Convention is devoted to the question of liability. In case of transport or incidental storage of nuclear substances, the operator is liable for nuclear damage, if there are premises indicated by the Convention²². The Convention prohibits claims against another person than operator, the only exception is claim against insurer or financial guarantee, if the law of state allows that. In case of intentional act or omission of an operator aiming to cause harm, the operator cannot be excluded from liability. The state can also allow the transport of nuclear substances only if operators maintain the insurance, but it is also entitled to adopt other amounts of insurance in its law.

The basic difference between the Paris and Brussels Convention is that the first does not require state – part of agreement, financial funds for fulfilling claims, in case of inadequacy of insurance. Because of similar scope of application and the fact that both conventions are complementary, states adopted Joint Protocol Relating to the Application of the Vienna Convention and the Paris Convention. On the grounds of the above mentioned Protocol, an operator liable on the ground of Paris Convention is liable on the ground of Vienna Convention and vice versa, but liability can be established only on the ground of one of conventions²³.

CONVENTION ON ASSISTANCE IN THE CASE OF A NUCLEAR ACCIDENT OR RADIOLOGICAL EMERGENCY

The transboundary dimension of damages, which are the result of nuclear incidents, causes the necessity of international cooperation to react to it. This Convention is devoted to regulation of assistance between states in case of nuclear accident, but it also mentions the subject of liability. The preamble expresses the need of a system, which allows prompt assistance in case of nuclear incident or radiological emergency to mitigate its consequences²⁴.

The Convention contains regulations on assistance between the states, but also about liability in case of damage. Article 7 states that a party demanding assistance is obliged to cover costs incurred by persons or organizations acting on behalf of the state in amount, which is not fulfilled by this state. Article 10 is concerned on damages, which are caused during giving assistance.

²² M. Faure, T. Borre, *Compensating Nuclear Damage: A Comparative Economic Analysis of the U.S. and International Liability Schemes* [w:] William & Mary Environmental Law and Policy Review, Volume 33 (2008-2009) Issue 1, 2008, s. 233.

²³ Joint Protocol Relating to the Application of the Vienna Convention and the Paris Convention.

²⁴ Convention on Assistance in the Case of a Nuclear Accident or Radiological Emergency.

State demanding assistance is prohibited to claim a state providing assistance or other subjects acting in behalf of it, for damage caused during providing assistance. Damage means loss of life or injury to a person, damage or loss of property, or, what is important, loss to the environment. In case of damage caused on territory of a third party, the state demanding assistance is obliged to take over liability.

The Convention creates an interesting situation, when one state can be liable for activities or another state, if it acts for the demand of the first one. In this case, the convention does not vary between responsibility and liability, but a nuclear incident is treated as such a serious threat, that the state providing assistance has to be secure, that harmful results of its action would not be a ground for claims against it.

COMMON PRINCIPLES OF THE INTERNATIONAL NUCLEAR LAW

The conventions mentioned above present principles of liability in international nuclear law. In spite of differences between them, it seems to be obvious that we could derive a few most important provisions. First of all, the operator, as the subject which has benefited from its nuclear installation, is absolutely liable for damage caused by its activity and only serious premises can exclude it of liability. Second principle is the role played by the state. On the one side it is subject entitled to authorization of nuclear activity, but on the second, state is supplementary liable in case of inadequacy of an insurance and when it adopts a small limit of liability. Third, is that the affected person can claim damages without using diplomatic protection of its state. The last one is prohibition of the discrimination of foreigners during process of obtaining compensation. It is also worth mentioning that the above mentioned principles are common also for projects of ILC concerning state liability for injurious consequences arising out of acts not prohibited by international law so it can be a base for next works.

On the contrary, conventions do not concern the question of responsibility. Lack of universal international agreement causes that it is necessary to consider general principles of the international law, which were expressed, examples include the Chorzów factory case and Rainbow Warrior case.

In times of resignation of coal and searching for new sources of energy, nuclear power seems to be a safe, ecological and effective alternative, but it still

poses a threat and it is necessary to strengthen and fulfill obligation originated from international nuclear law for ensuring assistance to the suffered people.

BIBLIOGRAPHY

1. A/CN.4/SER.A/2001.
2. A/RES/52/156.
3. Bories C., *The Hague Conference* [w:] *The Law of International Responsibility*, J. Crawford, A. Pellet S. Olleson (red.), Oksford 2010.
4. Ciechanowicz-McLean J., *Odpowiedzialność państwa za szkody jądrowe* [w:] *Gdańskie Studia Prawnicze* Tom XXXIX, 2018.
5. Cigoj S. "International Regulation of Civil Liability for Nuclear Risk." *The International and Comparative Law Quarterly* 14, no. 3 1965.
6. Convention on Assistance in the Case of a Nuclear Accident or Radiological Emergency.
7. Convention on International Liability for Damage Caused by Space Objects.
8. Convention On The Liability Of Operators Of Nuclear Ships.
9. Dupuy P-M., *The International Law of State Responsibility: Revolution or Evolution?* [w:] *Michigan Journal of International Law* t. 11, 1989.
10. Faure M., Borre T., *Compensating Nuclear Damage: A Comparative Economic Analysis of the U.S. and International Liability Schemes* [w:] *William & Mary Environmental Law and Policy Review*, Volume 33 (2008-2009) Issue 1, 2008.
11. Handrlica J., *Facing plans for multiplying nuclear-powered vessels: lessons gained from the Brussels Convention on the Liability of Operators of Nuclear Ships of 1962* [w:] *International Journal of Nuclear Law*, Vol.2, No.4, 2009.
12. Joint Protocol Relating to the Application of the Vienna Convention and the Paris Convention.
13. Kiss A., *State responsibility and liability for nuclear damage* [w:] *Denver Journal of International Law and Policy*, Vol. 35(1), 2006.

14. Konz P., *The 1962 Brussels Convention on the Liability of Operators of Nuclear Ships* [w:] *The American Journal of International Law*, 57(1).
15. Laither L., *Private codifications efforts* [w:] *The Law of International Responsibility*, J. Crawford, A. Pellet S. Olleson (red.), Oksford 2010.
16. Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons (Advisory Opinion), 1996 ICJ Rep. 226 (8 Jul. 1996).
17. Nowicka A., *Odpowiedzialność: ujęcie deontologiczne. Status pozytywnej odpowiedzialności prospektywnej w filozofii Immanuela Kanta*, Praca doktorska napisana w Zakładzie Etyki UAM w Poznaniu, Repozytorium UAM (AMUR), Poznań 2012.
18. Organisation for Economic Cooperation and Development, *Liability and compensation for nuclear damage an international overview*, Paryż 1994.
19. Paris Convention on Third Party Liability in the Field of Nuclear Energy.
20. Resolution 3315 (XXIX) „International liability for injurious consequences arising out of acts not prohibited by international law”.
21. Sutttenberg J., *Who pays? The consequences of state versus operator liability within the context of transboundary environmental nuclear damage* [w:] *NYU Environmental Law Journal*, Volume 24 Issue 2, 2006.
22. Trail Smelter Case 1941.
23. Vienna Convention on Civil Liability for Nuclear Damage.

LIABILITY OR RESPONSIBILITY? THE COMPENSATION FOR A NUCLEAR DAMAGE ON THE GROUND OF THE INTERNATIONAL LAW

Summary: The paper below is devoted to the question of responsibility and liability on the ground of the international law. The author describe main principles of responsibility and liability and on the ground of works of International Law Commission indicates differences between this two important issues. Second part of the article is devoted to liability in the international nuclear law. The system of liability for the nuclear damage is crucial for the liability on the ground of the international law in general, because it can be a ground for establishing an universal system of international liability.

Keywords: Liability, responsibility, nuclear damage, international law, compensation.

GŁOSA DO WYROKU TRYBUNAŁU
SPRAWIEDLIWOŚCI UNII
EUROPEJSKIEJ Z DNIA
16 MARCA 2021 R.,
W SPRAWIE C-562/19 P,
KOMISJA EUROPEJSKA PRZECIWKO
RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Streszczenie: Głosa dotyczy wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 16 marca 2021 r., w sprawie C-562/19 P, Komisja Europejska przeciwko Rzeczypospolitej Polskiej. Wyrok ten rozwiązuje spór pomiędzy Komisją Europejską a rządem Polski w kwestii wprowadzenia przez ten ostatni podatku od sprzedaży detalicznej. W ramach orzeczenia Trybunał musiał ustosunkować się do zarzutów Komisji i ostatecznie ustalić czy wykazano, że środek podatkowy wprowadzony przez Polskę stanowi pomoc publiczną w rozumieniu art. 107 ust. 1 TFUE, oraz słusznie stwierdzono o nieważności decyzji o wszczęciu formalnego postępowania wyjaśniającego, w tym nakazu zawieszenia poboru podatku. Stanowisko Trybunału w przedmiocie zarzutów Komisji na łamach niniejszej glosy zostało przez autora poddane ocenie w oparciu o analizę dotychczasowego orzecznictwa Trybunału oraz stanu faktycznego i prawnego. Głosowane orzeczenie ma doniosłe znaczenie dla praktyki prawa podatkowego poprzez determinację charakteru podatku od sprzedaży detalicznej jako podatku bezpośredniego, oraz nakreślenie granic autonomii podatkowej państw członkowskich Unii Europejskiej. Ponadto, w kontekście przeprowadzania trzystopniowej analizy pozwalające na ustalenie czy środek podatkowy stanowi pomoc publiczną, udzielono kluczowych wskazówek w kwestii ustalenia systemu odniesienia oraz wskazano, na jakich polach należy wykazać jego selektywność.

Słowa kluczowe: Komisja Europejska, Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej

ORCID: 0000-0001-7558-6999.

¹ Uniwersytet Wrocławski, Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii.

TEZA: Wprowadzony w Polsce podatek od sprzedaży detalicznej uchwalony mocy ustawy z dnia 6 lipca 2016 r. o podatku od sprzedaży detalicznej nie stanowi niedozwolonej pomocy publicznej w myśl art. 107 ust. 1 TFUE. Podatek ma charakter bezpośredni i podczas analizy selektywności, jego progresywny charakter powinien być postrzegany jako system odniesienia.

UWAGI WSTĘPNE

Głosowany wyrok odnosi się do sporu pomiędzy Komisją Europejską (dalej także „Komisja”, „KE”), a rządem Polski w sprawie podatku od sprzedaży detalicznej. Na jego mocy Trybunał Unii Europejskiej (dalej także „Trybunał”) oddalił odwołanie Komisji od wyroku Sądu Unii Europejskiej (dalej także „Sąd”) z 16 maja 2019 r. w sprawach połączonych T836/16 i T624/17. Podtrzymując zdanie Sądu, przychylił się do stanowiska rządu Polski i orzekł, iż podatek, uchwalony na mocy ustawy z dnia 6 lipca 2016 r. o podatku od sprzedaży detalicznej² nie stanowi niedozwolonej pomocy publicznej w myśl art. 107 ust. 1 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej³ (dalej także „TFUE”).

Spór swoją genezę miał w lutym 2016 r., kiedy to Komisja Europejska dowiedziała się z informacji prasowych, że Polska rozważa uchwalenie ustawy wprowadzającej podatek od sprzedaży detalicznej obejmujący progresywną strukturę stawek. Z powodu wątpliwości czy podatek nie będzie stanowił pomocy państwa w rozumieniu art. 107 ust. 1 TFUE Komisja wszczęła we wrześniu 2016 r. postępowanie określone w art. 108 ust. 2 TFUE. Zgodnie z art. 13 ust. 1 rozporządzenia Rady (UE) 2015/1589⁴ Komisja nakazała natychmiastowe zawieszenie środka pomocy. Rząd Polski wniósł do Sądu skargę o stwierdzenie nieważności decyzji (sprawa T-836/16). Na mocy decyzji końcowej Komisji z 30 czerwca 2017 r.⁵ definitywnie uznano rozpatrywany środek za niezgodną z rynkiem wewnętrznym pomoc państwa. W odpowiedzi, Polska wniosła również skargę o stwierdzenie nieważności decyzji końcowej (sprawa T624/17). W wyroku z 16 maja 2019 r. w sprawach połączonych

² Ustawa z dnia 6 lipca 2016 r. o podatku od sprzedaży detalicznej, Dz.U. 2016 poz. 1155.

³ Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, wersja skonsolidowana, Dz. U. UE C 202 z 7.06.2016 r.

⁴ Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 2015/1589 z dnia 13 lipca 2015 r. ustanawiające szczegółowe zasady stosowania art. 108 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, Dz. U. L 248/9 z 24.09.2015 r.

⁵ Decyzja Komisji (UE) 2018/160 z dnia 30 czerwca 2017 r. w sprawie pomocy państwa SA.44351 (2016/C) (ex 2016/NN) wdrożonej przez Polskę w odniesieniu do podatku od sprzedaży detalicznej, Dz. U. L 29/39 z 1.02.2018 r.

T836/16 i T624/17⁶ Sąd Unii Europejskiej stwierdził nieważność obu decyzji. Odwołanie od wyroku wniosła do Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej Komisja Europejska. Na poparcie odwołania, KE podniosła dwa zarzuty. W ramach zarzutu pierwszego uznała, iż Sąd naruszył art. 107 ust. 1 TFUE orzekając, że progresywny charakter wprowadzonego przez rząd Polski środka podatkowego nie przysparzał selektywnej korzyści przedsiębiorcom osiągającym niskie przychody ze sprzedaży detalicznej towarów. W zarzucie drugim Komisja podniosła, że Sąd naruszył art. 108 ust. 2 TFUE i art. 13 Rozporządzenia 2015/1589 UE poprzez stwierdzenie nieważności decyzji o wszczęcie formalnego postępowania wyjaśniającego, w tym nakazu zawieszenia. Na łamach niniejszej glosy analizie poddane zostaną stanowiska Trybunału odnośnie obu zarzutów.

STANOWISKO TRYBUNAŁU ODNOŚNIE DO ZARZUTU PIERWSZEGO

W opinii Komisji błędnie uznano progresywność podatku za część systemu odniesienia. Ponadto Sąd powinien zbadać porównywalność przedsiębiorstw objętych omawianym środkiem jedynie w jego celu podatkowym. Komisja stanęła również na stanowisku, że Sąd błędnie uznał wewnętrzne uzasadnienie tego środka za cel redystrybucji, który nie jest nierozzerwalnie związany ze środkiem.

Na samym początku podkreślić trzeba, iż w ramach omawianego przepisu kontroli można poddać krajowe środki podatkowe. Pomimo, że w takim wypadku nie występują transfery funduszy z państwa do grupy przedsiębiorstw, wedle linii orzeczniczej ustalonej przez sądy europejskie (np. wyroki w sprawie Banco Exterior de España⁷, czy Komisja i Hiszpania vs Government of Gibraltar i Zjednoczone Królestwo⁸), za pomoc państwa można uznać również środki, które mogą przysparzać selektywne korzyści jego beneficjentom, czy to w obrębie jednego sektora gospodarki, czy to też pomiędzy innymi różnymi sektorami. Istotą nie jest forma takich środków w formie

⁶ Wyrok Sądu Unii Europejskiej z dnia 16 maja 2019 r. w sprawach połączonych T-836/16 i T-624/17, Rzeczpospolita Polska vs Komisja Europejska, EU: T:2019:338.

⁷ Wyrok Trybunału z dnia 15 marca 1994 r. w sprawie C-387/92, Banco de Crédito Industrial SA, devenue Banco Exterior de España SA vs Ayuntamiento de Valencia, EU:C:1994:100.

⁸ Wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 15 listopada 2011 r. w sprawach połączonych C-106/09 P i C-107/09 P, Komisja Europejska vs Government of Gibraltar i Zjednoczone Królestwo Wielkiej Brytanii i Irlandii Północnej oraz Królestwo Hiszpanii vs Government of Gibraltar i Zjednoczone Królestwo Wielkiej Brytanii i Irlandii Północnej, EU:C:2011:732.

dotacji czy subwencji, ale ich charakter i skutki. Wobec tego w katalogu takich środków znajdują się również wszelkie interwencje państwowe, w tym modyfikacje systemu podatkowego, które w sposób selektywny i przy zastosowaniu arbitralnych kryteriów odciążają budżet danej grupy przedsiębiorstw. Niezwykle istotna przy ustaleniu niedozwolonej pomocy państwowej jest właśnie przesłanka selektywności, ponieważ *a contrario* środek, wynikający z ogólnego przepisu, przeznaczony dla wszystkich podmiotów gospodarczych, nie zaburza w żaden sposób parametrów konkurencji rynkowej, zachowując równowagę pomiędzy znajdującymi się na nim podmiotami. Dozwołoną pomocą państwa będzie, wobec tego, przyznanie pewnej korzyści jednostkom rynkowym, jeśli tylko nie będzie ona selektywna. W obecnym stanie prawnym, w którym koordynacja polityki podatkowej państw członkowskich UE zakłada częściową harmonizację podatków (w obszarze podatków pośrednich), analiza środków podatkowych w świetle art. 107 ust. 1 TFUE, odzwierciedla konieczność wyważenia między ochroną unijnego systemu wspólnego rynku, skutecznością kontroli prawa subwencyjnego, a poszanowaniem krajowej autonomii w aspekcie prowadzenia polityki gospodarczej i kreacji systemu podatkowego. Zgodnie ze stanowiskiem Komisji Europejskiej ocena środka podatkowego jako potencjalnej pomocy państwa dokonywana jest za pomocą trójstopniowej analizy. Pierwszy etap to ustalenie referencyjnego układu odniesienia, czyli charakteru, struktury, czy też „logiki” systemu podatkowego danego kraju. Rozpatrywanie każdego środka jako immanentnego elementu takiego systemu pozwala dokonać opisywanego wyżej wyważenia i zdeterminować, czy jego charakter nie jest skutkiem działań dopuszczonych w ramach autonomii krajów członkowskich w kreowaniu własnej polityki podatkowej. Drugim elementem owego testu jest zbadanie czy środek wprowadza różnicowanie między przedsiębiorstwami, które w ustalonym referencyjnym systemie podatkowym znajdują się w porównywalnej sytuacji faktycznej i prawnej. Jeśli takie różnicowanie występuje, to należy ustalić, czy jest ono uzasadnione charakterem lub ogólną strukturą systemu. Należy również przeanalizować różnicowanie w świetle „celu przyświecającego temu powszechnemu systemowi”. W świetle zawiadomienia Komisji⁹, za uzasadnienie mogą posłużyć cele „wewnętrzne” dla danego systemu. Oznacza to, że podatek nie jest selektywny, jeśli jego cel jest tożsamy z podstawowym

⁹ Zawiadomienie Komisji w sprawie pojęcia pomocy państwa w rozumieniu art. 107 ust. 1 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, Dz. U. C 262/1 z 19.07.2016 r.

celem fiskalnym systemu podatkowego, a więc zapewnienie wpływów do budżetu państwa.

W kwestii ustalenia systemu odniesienia, czyli pierwszego etapu analizy, jak zostało to przytoczone we wstępie, będącym przedmiotem sporu, a zarazem systemem odniesienia był podatek od sprzedaży detalicznej, oparty na miesięcznym przychodzie pochodzącym ze „stacjonarnej” sprzedaży towarów dokonywanej w lokalu przedsiębiorstwa. Podatkiem objęto sprzedawców detalicznych, za jego strukturę obrano progresję „schodkową”, w której obowiązek podatkowy powstaje z chwilą osiągnięcia w danym miesiącu przychodu przekraczającego 17 mln zł. W przedziale od 17 do 170 mln stawka podatku wynosi 0,8%, a w odniesieniu do przychodu przekraczającego 170 mln stawka wynosi 1,4%. Komisja swoją analizę selektywności podatku oparła na twierdzeniu, że opodatkowanie progresywne prowadzi do sytuacji, w której przedsiębiorstwa o wyższych przychodach płacą podatek o wyższej efektywnej stawce niż przedsiębiorstwa o przychodach niższych. Komisja w decyzji o wszczęciu postępowania w ramach systemu odniesienia założyła opodatkowanie sprzedaży detalicznej hipotetyczną jednolitą stawką liniową, od której stawka progresywna stanowi odstępstwo.

Trybunał uznał, iż Sąd nie naruszył prawa orzekając, że progresywny charakter podatku powinien być postrzegany jako system odniesienia, w świetle którego należało przeprowadzić analizę. Co do zasady, analizując przytoczoną wcześniej linię orzecniczą (np. wyrok w sprawie A-Brauerei¹⁰), jeśli założyć bezpośredni charakter podatku, jest to w opinii autora słuszny pogląd. Poza bowiem niezharmonizowanymi na poziomie Unii obszarami prawa podatkowego, możliwość samej konstrukcji progresywnego podatku jest dozwolona w ramach autonomii podatkowej państw członkowskich. Powołanie się przez Komisję na istniejącą w polskim systemie „praktykę”, „tendencję”, czy też „zwyczaj”, iż podmioty w danym sektorze opodatkowane są liniowo i tak powinno pozostać stanowi ingerencję w ową autonomię. Należy jednak przy rozpatrywaniu tej kwestii zwrócić uwagę na nieścisłości związane z kryterium charakteru i struktury systemu. Kiedy rozpatrywany środek powinien zostać wyłączony z systemu odniesienia, a kiedy stanowi on jego część? Sam fakt, iż w swoim orzecznictwie (np. wyroki w sprawach P Oy¹¹, MOL¹², A-Brauerei) Trybunał używa zamiennie sformułowań „charakter lub ogólna struktura”,

¹⁰ Wyrok Trybunału z dnia 19 grudnia 2018 r. w sprawie C-374/17, Finanzamt B przeciwko A-Brauerei, EU:C:2018:1024.

¹¹ Wyrok Trybunału z dnia 18 lipca 2013 r. w sprawie C-6/12, P Oy EU:C:2013:525.

¹² Wyrok Trybunału z dnia 5 lipca 1988 r. w sprawie 269/86 ECLI:EU:C: 1988:359.

„charakter i struktura”, „istota lub struktura”, „rodzaj oraz struktura systemu”, „rodzaj oraz struktura” czy „charakter i systematyka”, dobrze obrazuje, iż Trybunał używa owego wyrażenia jako swoistej „klauzuli generalnej”, którą trudno jednoznacznie ująć i sformułować. W owej sprawie, trudno jest wyodrębnić progresywny charakter podatku, który uznany w Polsce siłą rzeczy za legalny wchodzi już z definicji w część systemu podatkowego. Poniekąd ocena charakteru podatku od sprzedaży detalicznej i jego stawki progresywnej poprzez pryzmat systemu, w którym istnieje podatek od sprzedaży detalicznej o stawce progresywnej może być traktowane jako błąd *idem per idem*¹³. Systemy podatkowe, ich założenia, cele i zasady nie mają *de facto* charakteru stałego i niezmiennego, a są przedmiotem ewolucji spowodowanej nieustannymi zmianami gospodarczymi i politycznymi, czego dobrym przykładem jest nakładanie się na siebie zewnętrznych i wewnętrznych celów opodatkowania. Tak jak w tym wypadku, pomimo istnienia zasady jedności materialnej budżetu państwa, która zakłada transfer dochodów podatkowych do budżetu państwa, w uzasadnieniu projektu ustawy o analizowanym środku¹⁴, wyraźnie zaznaczono, że dochody z podatku zostaną przeznaczone na finansowane świadczenia w ramach programu „Rodzina 500+”. Trudno w takim wypadku rozpatrywać daną regulację w kontekście ogólnych „zasad”, „charakteru”, „struktury”, „istoty”, czy „systematyki”, prawa podatkowego, od których, nawet przy uchwalaniu analizowanego środka, państwo tak ewidentnie odchodzi. Dlatego, w opinii autora, rozpatrywanie w takiej formie przez Trybunał „charakteru i struktury” systemu podatkowego podczas dokonywania trzystopniowego modelu analizy, mimo, że podkreśla spójność z dotychczasowym orzecznictwem (np. wyroki w sprawach *Stardust Marine*¹⁵, czy *Królestwo Belgii przeciwko Komisji Europejskiej*¹⁶), nie spełnia w pełni swojej funkcji wykrywania dopuszczalnych mechanizmów pomocy państwa, szczególnie biorąc pod uwagę dość turbulentny charakter rozwoju systemu podatkowego w Polsce w ostatnich latach. Niemniej jednak stanowisko Trybunału dostarcza istotnych wskazówek w kontekście wyznaczenia systemu odniesienia przy analizie selektywności środków podatkowych. Komisja, mimo wszystko

¹³ J. Kociubiński, *O potrzebie zmiany interpretacji kryterium przypisywalności środka pomocowego do państwa*, Europejski Przegląd Sądowy 8/2019.

¹⁴ Rada Ministrów, *Uzasadnienie do ustawy o podatku od sprzedaży detalicznej*, <https://orka.sejm.gov.pl/Druki8ka.nsf/0/6E4B8F10C4A7AA01C1257FD3003ABA69/%24File/615.pdf> [dostęp: 10.12.2021 r.].

¹⁵ Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 16 maja 2002 r. w sprawie C-482/99, *Stardust Marine*, EU:C:2002:294.

¹⁶ Wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 30 czerwca 2016 r. w sprawie C-270/15 P, *Królestwo Belgii przeciwko Komisji Europejskiej*, EU:C:2016:489.

mogła rozpatrywać progresywne stawki podatku od sprzedaży detalicznej (a nie hipotetyczny model ze stawką liniową), jako odstępstwo od systemu odniesienia, poprzez wykazanie, iż środek został pomyślany w sposób oczywiście dyskryminujący. Trybunał nie zdeterminował braku selektywności, owego środka, wskazał jedynie, iż na poparcie tej tezy nie dostarczono wystarczających dowodów. Z treści orzeczenia można wywnioskować, że uzasadnieniem takiego odstępstwa muszą być analizy środka, które wskażą selektywność jego mechanizmu, poprzez wskazanie jego arbitralnych lub stronniczych elementów, a nie skutków, takich jak nierównomierne obciążenie podatników, które wynikają z charakteru progresywnego opodatkowania. Argumentacja Trybunału w tej kwestii jest trafna, ponieważ uzasadnienie selektywności progresywnego podatku poprzez jego progresywny charakter ma również formę błędu błędnego koła. Ponadto, oddalenie zarzutów Komisji odnośnie do kumulacji opodatkowania przychodu i zysków, jako *de facto* podwójnego opodatkowania w wymiarze ekonomicznym, wskazuje na to, że w ramach kontroli odnośnie do pomocy publicznej Komisja nie powinna wpływać na państwa co do obrania określonej metody opodatkowania, natomiast powinna skupić się na eliminacji korzyści selektywnych dla jednych podmiotów gospodarczych kosztem drugich. Warto jednak zwrócić w tym miejscu uwagę, że Trybunał w kolejnym orzeczeniu używa pojęcia dyskryminacji, w kontekście niedozwolonej pomocy państwa. Należy podkreślić, że dyskryminacja nie jest pojęciem równoznacznym, ani synonimem selektywności. Jest to zróżnicowanie ze względu na zakazane prawnie kryterium, co nie zawsze musi mieć miejsce w przypadku selektywności¹⁷.

Z uwagi na błąd popełniony przez Komisję podczas określania systemu odniesienia, Trybunał orzekł, iż powoduje to wadliwość całej analizy przesłanki co do selektywności, wobec czego nie przystąpił do analizy jej drugiej i trzeciej części. Analiza przytoczonego orzecznictwa (wyrok w sprawie Dirk Andres¹⁸) na uzasadnienie tego poglądu nie zostawia w tej kwestii wątpliwości. Trybunał poprzez odrzucenie zarzutu w całości zachowuje spójną linię orzeczniczą. Pozostaje jedynie żałować, że nie mógł on odnieść się do pozostałych przesłanek i udzielić kolejnych wskazówek odnośnie do postępowania w sprawie analizy środków podatkowych w kontekście art. 107 ust. 1 TFUE.

¹⁷ Ł. Stępkowski, *Podatek od sprzedaży detalicznej: glosa do wyroku Sądu z 16.05.2019 r., sprawy połączone T-836/16 i T-624/17, Rzeczpospolita Polska przeciwko Komisji Europejskiej*, Europejski Przeglądowy nr 11/2019 s. 42-50.

¹⁸ Wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 28 czerwca 2018 r. w sprawie C-203/16 P, Dirk Andres przeciwko Komisji Europejskiej, EU:C:2018:505.

Wyżej zaprezentowane rozważania dokonane były przy przyjętym założeniu Trybunału, iż podatek od sprzedaży detalicznej ma charakter bezpośredni. Trybunał w swoim wyroku stwierdził tylko, że *polski ustawodawca wprowadził podatek od sprzedaży detalicznej (...) który (...) ma charakter podatku bezpośredniego*. Kwestia ta nie została w żaden sposób rozwinięta przez Trybunał w dalszej części uzasadnienia. W opinii autora takie założenie, szczególnie wobec braku jego uzasadnienia, można podać w wątpliwość. Mimo, że podział na podatki bezpośrednie i pośrednie, należy do najstarszych podziałów historycznych, to brak jest jego definicji formalno-prawnej. Można natomiast wyróżnić główne kryterium rozróżnienia obu podatków, jakim jest jego przierzucalność. W przypadku podatków bezpośrednich, podatnik w ujęciu formalnym (zobowiązany do fizycznej zapłaty podatku) jest również podatnikiem w ujęciu materialnym (faktycznie ponosi ciężar podatku). W przypadku natomiast podatków pośrednich, podatnik w ujęciu formalnym nie jest podatnikiem w ujęciu materialnym. Wówczas przedsiębiorca, który musi zapłacić podatek względem fiskusa przerzuca jego koszty na konsumenta. Modelowy przykład podatku pośredniego stanowi podatek od towarów i usług, który jest zupełnie neutralny dla jego płatników i przenoszony jest na konsumenta w możliwej do zidentyfikowania proporcji ceny. Tak samo modelowym przykładem podatku bezpośredniego są podatki pobierane od dochodu, majątku czy dóbr osobistych, w szczególności od osób fizycznych. Natomiast w wielu przypadkach, podatki bezpośrednie mogą mieć charakter lub elementy podatków pośrednich, a pośrednie – bezpośrednich. Według ustawodawcy podatek od sprzedaży detalicznej ma charakter podatku bezpośredniego. Należy przyznać, że posiada on cechy podatku bezpośredniego, ma też jednak cechy pozwalające zakwalifikować go jako podatek pośredni. Mowa tu przede wszystkim o oparciu konstrukcji na pojęciach, definicjach i regułach używanych w ustawie o podatku od towarów i usług, czy określaniu podstawy opodatkowania na podstawie ewidencji prowadzonych na potrzeby ww. podatku. Istotne jest również przyjęcie łącznika terytorialnego, czyli miejsca dokonania sprzedaży, charakterystycznego dla podatków obrotowych, a nie, często występującego przy podatkach bezpośrednich, łącznika przedmiotowego czy podmiotowego. Warto ponadto zwrócić uwagę, że, podobnie jak w przypadku podatków pośrednich, wysokość podatku jest proporcjonalna jedynie do ceny towarów, ponieważ jedynie przychody ze sprzedaży kształtują wysokość podatku, w przeciwieństwie do np. nie branych pod uwagę przychodów z innymi zdarzeniami, np. odszkodowaniami czy karami umownymi. W ramach determinacji charakteru podatku od sprzedaży detalicznej,

po analizie opinii Rzecznika Generalnego (np. w sprawie *Hervis Sport*¹⁹ oraz w sprawie *Banca Popolare di Cremona*²⁰) należy jeszcze zaznaczyć, że może on mieć charakter ogólnego podatku obrotowego, ponieważ może on posiadać dwie z czterech istotnych cech PTU (powszechny sposób stosowania i ustalenie jego kwoty według ceny). W świetle zharmonizowanego systemu VAT, który ma zapewnić wszystkim państwom członkowskim UE jednakowe warunki konkurencji rynkowej, zgodnie z orzecznictwem Trybunału i w świetle norm płynących z dyrektywy 2006/112 UE²¹, wymagana jest również harmonizacja podatków obrotowych. Każdy podatek obrotowy mogący naruszyć ów system, w świetle art. 401 omawianej dyrektywy jest zakazany.

Dalsze rozważania prawne w tym kierunku nie są celem glosy²², powyższy wywód miał jednak pokazać istotę determinacji charakteru podatku przez Trybunał w głosowanym orzeczeniu. Tylko bowiem w przypadku podatków bezpośrednich można mówić o autonomii podatkowej państw członkowskich. W samym wyroku Trybunał przyznaje, że poza dziedzinami, w których prawo podatkowe Unii jest przedmiotem harmonizacji, określenie cech konstytutywnych każdego podatku należy do uprawnień dyskrejonalnych państw członkowskich, z poszanowaniem ich autonomii podatkowej. Skoro więc Trybunał (w przeciwieństwie do Sądu) zdecydował się zająć stanowisko w tej sprawie i uznać jego bezpośredni charakter, podkreślając jednocześnie tak istotną wagę tej kwestii, w kontekście dozwolonej pomocy publicznej, krytycznie ocenie należy poddać fakt, że niezbadania lub nieuzasadnienia tego stanowiska. Sprawa ta, jak zostało przedstawione w rozważaniach powyżej ma bowiem charakter co najmniej dyskusyjny, tymczasem, stworzono precedens de facto klasyfikujący tego typu konstrukcję jako podatek bezpośredni. Czy może on powodować zagrożenie dla unijnego systemu VAT? Jest to możliwe, ponieważ w niektórych przypadkach cechy podatnika mogą wiązać się z różnym poziomem obciążenia podatkiem. Dla przykładu duży sprzedawca hurtowy sprzedając produkty mniejszym sprzedawcom detalicznym nie będzie obciążony podatkiem, ale jeśli sprzedawałby on te same towary bezpośrednio

¹⁹ Opinia Rzecznika Generalnego Juliane Kokott w sprawie C-385/12, *Hervis Sport- és Divatkereskedelmi Kft. przeciwko Nemzeti Adó- és Vámhivatal Közép-dunántúli Regionális Adó Főigazgatósága* przedstawiona w dniu 5 września 2013 r.

²⁰ Opinia Rzecznika Generalnego Christine Six-Hack w sprawie w sprawie, C-475/03, *Banca Popolare di Cremona / Agenzia Entrate Ufficio Cremona* przedstawiona w dniu 14 marca 2006 r.

²¹ Dyrektywa Rady 2006/112/WE z dnia 28 listopada 2006 r. w sprawie wspólnego systemu podatku od wartości dodanej, Dz.Urz. UE L 347, ze zm.

²² Temat ten jest poruszony np. w: A. Bartosiewicz, *Podatek od sprzedaży detalicznej. Czy na pewno można już grać fanfary?* Przegląd Podatkowy nr 8/2019.

konsumentom, zapłaci taki podatek²³. Czy takie stanowisko Trybunału może być, wobec tego swoistym wpuszczeniem „konia trojańskiego”, erodującym unijny system VAT? Trudno obecnie odpowiedzieć na to pytanie.

STANOWISKO TRYBUNAŁU ODNOŚNIE DO ZARZUTU DRUGIEGO

Drugim zarzutem poniesionym przez Komisję, była niesłuszność stwierdzenia przez Sąd nieważności decyzji o wszczęciu formalnego postępowania wyjaśniającego, w tym nakazu zawieszenia. Zdaniem KE Sąd niesłusznie przeprowadził w odniesieniu do omawianej decyzji kontrolę o takim samym natężeniu, jak ta, którą przeprowadził w odniesieniu do decyzji negatywnej. Sąd powinien w takim wypadku przeprowadzić jedynie kontrolę oczywistego błędu w ocenie, który nie wystąpił. Zarzucono również uznanie nakazu zawieszenia pomocy zawartego w ramach decyzji o wszczęciu postępowania za akt nierozzerwalnie związany z decyzją o wszczęciu postępowania. Trybunał nie zgodził się ze stanowiskiem Komisji, iż Sąd stwierdził nieważność decyzji nakazującej zawieszenie środka podatkowego jedynie w konsekwencji stwierdzenia nieważności o wszczęciu postępowania formalnie wyjaśniającego. Uznano, że Sąd orzekł jedynie, iż na podstawie stwierdzenia oczywistego błędu w ocenie można orzec stwierdzenie nieważności środka, którego wydanie uzależnione było od wysnucia konkluzji, która okazała się oczywiście błędna. Trybunał, wobec tego słusznie podtrzymał zdanie Sądu, trafnie przywołując swoje orzecznictwo (wyroki w sprawie *Alcoa Trasformazioni vs Komisja*²⁴, *Komisja vs Hansestadt Lubeck*²⁵) na poparcie poglądu, że w przypadku, gdy Polska jako strona skarżąca kwestionuje uznanie przez Komisję spornego środka za pomoc państwa w rozumieniu art. 107 ust. 1 TFUE, jest jedynie ograniczony do stwierdzenia, czy podczas badania wstępnego KE popełniła istotny błąd w ocenie. Uznano, że Sąd prawidłowo taki błąd wykrył, ponieważ Komisja na etapie wszczynania postępowania oparła się na nieprawidłowym wniosku, iż progresywny charakter podatku przesądza o jego selektywności. Trybunał przychylił się do zdania, że Komisja dysponowała wystarczającymi informacjami na tyle, żeby była w stanie przeprowadzić szczegółową analizę

²³ Ibidem.

²⁴ Wyrok Trybunału z dnia 21 lipca 2011 r. w sprawie C-194/09, *Alcoa Trasformazioni Srl vs Komisja Europejska, P.*, C-194/09 P, EU:C:2011:497.

²⁵ Wyrok Trybunału z dnia 21 grudnia 2016 r. w sprawie *Sprawa C-524/14 P Komisja Europejska vs Hansestadt Lübeck, dawniej Flughafen Lübeck GmbH., Komisja/Hansestadt Lübeck*, EU:C:2016:971.

zagadnienia i nie wysnuć konkluzji, która, już podczas rozpatrywania pierwszego zarzutu, uznana została za błędną. Również na łamach niniejszej glosy stanowisko Komisji uznające progresywną skalę opodatkowania samą w sobie za selektywną pomoc państwa, uznano za nietrafne. Z uwagi na powyższe, trudno z taką argumentacją się nie zgodzić. Należy jednak zwrócić uwagę, że w swojej analizie Trybunał nie zwrócił uwagi na uchybienia na tym etapie powstałe również z drugiej strony. W uzasadnieniu decyzji KE zaznacza, że o wprowadzeniu środka podatkowego stanowiącego potencjalnie selektywną pomoc państwa, dowiedziała się z informacji prasowych. Mimo pism wystosowanych do władz polskich, w których proszono o więcej informacji i konsultacje przed przyjęciem ustawy, te powiadomiły Komisję o projekcie ustawy w momencie, kiedy został już on złożony w sejmie i w niedługim czasie miał być przyjęty. Władze polskie przed uchwaleniem ustawy nie dokonały wszelkich możliwych starań, by wyjaśnić potencjalne różnice zdań, a stosunkowo niedługi czas na podjęcie decyzji przez Komisję, wobec rychłego wejścia ustawy w życie, może chociażby w pewnym stopniu tłumaczyć błąd w ocenie przy wszczynaniu postępowania. W opinii autora odniesienie się do uchybień ze strony rządu Polskiego i wskazanie, czy mogłyby one być w jakimś stopniu uzasadnieniem nietrafnego stanowiska Komisji byłoby korzystne. Pozwoliłoby to w jakimś stopniu na zdeterminowanie, czy i w jakim stopniu mogą mieć one wpływ na kwalifikację mylnej decyzji jako błędu w ocenie, co stanowiłoby pewne oparcie dla przyszłych tego typu spraw.

PODSUMOWANIE

Słowem podsumowania, omawiany wyrok zakończył przeszło pięcioletni spór pomiędzy rządem Polski a Komisją Europejską. Choć orzeczenie to na pozór nie wydaje się wprowadzać istotnych wartości dla problematyki pomocy publicznej i w dużej mierze pokrywa się ono ze stanowiskiem Sądu, to jednak, jak zostało to pokazane w niniejszej glosie, zawarte są w nim wskazówki niezwykle istotne do poprawnego przeprowadzenia trzystopniowej analizy selektywności danego środka. Pomimo, że większość wniosków Trybunałów jest w ocenie autora poprawna i spójna z linią orzeczniczą, wskazane zostały również na jego tle problemy związane z ugruntowanym schematem modelu trzystopniowej analizy, oraz wątpliwości związane ze stanowiskiem co do charakteru podatku od sprzedaży detalicznej. Trybunał utrzymał w mocy stwierdzenie ze skutkiem *ex tunc* nieważności decyzji Komisji Europejskiej, co oznacza, że na mocy art. 266 TFUE ta zobowiązana jest do podjęcia

odpowiednich środków w celu wykonania niekorzystnych dla niej wyroków. Jeśli Komisja nie zdecyduje się na ponowne zbadanie regulacji w kontekście pomocy publicznej i nie wyda decyzji o wszczęciu procedury dochodzenia, będzie zmuszona wydać nową decyzję o niestanowieniu przez środek pomocy publicznej, albo też umorzyć postępowanie. W każdym razie, w ramach takiego postępowania będzie musiała respektować ustalenie Trybunału, że sam progresywny charakter środka nie stanowi o jego selektywności, a cała (i uchwalona zgodnie z wolą polskiego ustawodawcy) konstrukcja podatku o sprzedaży detalicznej stanowi ramy odniesienia, w których należałoby wykazać selektywny charakter podatku za pomocą trzystopniowej analizy²⁶. Przed stroną Polską, otwiera się zaś możliwość walki o uzyskanie odszkodowania od Komisji Europejskiej z tytułu utraconych wpływów na podstawie art. 340 akapit 2 TFUE. Gdyby bowiem nie nakazano zawieszenia jego poboru, od września 2016 r. do grudnia 2020 r. przyniósłby on budżetowi państwa ponad 6 mld zł.

BIBLIOGRAFIA

Literatura

1. Bartosiewicz A., *Podatek od sprzedaży detalicznej. Czy na pewno można już grać fanfary?*, Przegląd Podatkowy nr 8/2019.
2. Kociubiński J., *O potrzebie zmiany interpretacji kryterium przypisywalności środka pomocowego do państwa*, Europejski Przegląd Sądowy 8/2019.
3. Stępkowski Ł., *Badanie selektywności systemu podatkowego stanowiącego program pomocy – glosa do wyroku TSUE z dnia 16 marca 2021 r. w sprawie C-562/19 P Komisja Europejska v. Rzeczpospolita Polska (podatek od sprzedaży detalicznej)*, Biuletyn Instytutu Studiów Podatkowych nr 5/2021.
4. Stępkowski Ł., *Podatek od sprzedaży detalicznej: glosa do wyroku Sądu z 16.05.2019 r., sprawy połączone T-836/16 i T-624/17, Rzeczpospolita Polska przeciwko Komisji Europejskiej*, Europejski Przeglądowy nr 11/2019, s. 42-50.

²⁶ Ł. Stępkowski, *Badanie selektywności systemu podatkowego stanowiącego program pomocy – glosa do wyroku TSUE z dnia 16 marca 2021 r. w sprawie C-562/19 P Komisja Europejska v. Rzeczpospolita Polska (podatek od sprzedaży detalicznej)*, Biuletyn Instytutu Studiów Podatkowych

Akty prawne, opinie i orzecznictwo

1. Decyzja Komisji (UE) 2018/160 z dnia 30 czerwca 2017 r. w sprawie pomocy państwa SA.44351 (2016/C) (ex 2016/NN) wdrożonej przez Polskę w odniesieniu do podatku od sprzedaży detalicznej, Dz. U. L 29/39 z 1.02.2018 r.
2. Dyrektywa Rady 2006/112/WE z dnia 28 listopada 2006 r. w sprawie wspólnego systemu podatku od wartości dodanej, Dz.Urz. UE L 347, ze zm.
3. Opinia Rzecznika Generalnego Christine Six-Hack w sprawie w sprawie, C-475/03, Banca Popolare di Cremona / Agenzia Entrate Ufficio Cremona przedstawiona w dniu 14 marca 2006 r.
4. Opinia Rzecznika Generalnego Juliane Kokott w Sprawie C-385/12, Hervis Sport- és Divatkereskedelmi Kft. przeciwko Nemzeti Adó- és Vámhivatal Közép-dunántúli Regionális Adó Főigazgatósága przedstawiona w dniu 5 września 2013 r.
5. Rada Ministrów, *Uzasadnienie do ustawy o podatku od sprzedaży detalicznej*, <https://orka.sejm.gov.pl/Druki8ka.nsf/0/6E4B8F10C4A7AA01C1257FD3003ABA69/%24File/615.pdf> [dostęp: 10.12.2021 r.].
6. Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 2015/1589 z dnia 13 lipca 2015 r. ustanawiające szczegółowe zasady stosowania art. 108 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, Dz. U. L 248/9 z 24.09.2015 r.
7. Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, wersja skonsolidowana, Dz. U. UE C 202 z 7.06.2016 r.
8. Ustawa z dnia 6 lipca 2016 r. o podatku od sprzedaży detalicznej, Dz.U. 2016 poz. 1155.
9. Wyrok Sądu Unii Europejskiej z dnia 16 maja 2019 r. w sprawach połączonych T-836/16 i T-624/17, Rzeczpospolita Polska vs Komisja Europejska, EU: T:2019:338.
10. Wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 15 listopada 2011 r. w sprawach połączonych C-106/09 P i C-107/09 P, Komisja Europejska vs Government of Gibraltar i Zjednoczone Królestwo Wielkiej Brytanii i Irlandii Północnej oraz Królestwo

- Hiszpanii vs Government of Gibraltar i Zjednoczone Królestwo Wielkiej Brytanii i Irlandii Północnej, EU:C:2011:732.
11. Wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 28 czerwca 2018 r. w sprawie C-203/16 P, Dirk Andres przeciwko Komisji Europejskiej, EU:C:2018:505.
 12. Wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 30 czerwca 2016 r. w sprawie C-270/15 P, Królestwo Belgii przeciwko Komisji Europejskiej, EU:C:2016:489
 13. Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 16 maja 2002 r. w sprawie C-482/99, Stardust Marine, EU:C:2002:294.
 14. Wyrok Trybunału z dnia 15 marca 1994 r. w sprawie C-387/92, Banco de Crédito Industrial SA, devenue Banco Exterior de España SA vs Ayuntamiento de Valencia, EU:C:1994:100.
 15. Wyrok Trybunału z dnia 18 lipca 2013 r. w sprawie C-6/12, P Oy EU:C:2013:525.
 16. Wyrok Trybunału z dnia 19 grudnia 2018 r. w sprawie C-374/17, Finanzamt B przeciwko A-Brauerei, EU:C:2018:1024.
 17. Wyrok Trybunału z dnia 21 grudnia 2016 r. w sprawie Sprawa C-524/14 P Komisja Europejska vs Hansestadt Lübeck, dawniej Flughafen Lübeck GmbH., Komisja/Hansestadt Lübeck, EU:C:2016:971.
 18. Wyrok Trybunału z dnia 21 lipca 2011 r. w sprawie C-194/09, Alcoa Trasformazioni Srl vs Komisja Europejska, P., C-194/09 P, EU:C:2011:497.
 19. Wyrok Trybunału z dnia 5 lipca 1988 r. w sprawie 269/86 EC-LI:EU:C: 1988:359.
 20. Zawiadomienie Komisji w sprawie pojęcia pomocy państwa w rozumieniu art. 107 ust. 1 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, Dz. U. C 262/1 z 19.07.2016 r.

GLOSS FOR THE JUDGMENT
OF THE COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN
UNION OF MARCH 16, 2021, IN CASE C-562/19 P,
THE EUROPEAN COMMISSION V.
THE REPUBLIC OF POLAND

Summary: The gloss concerns the judgment of the Court of Justice of the European Union of March 16, 2021, in case C-562/19 P, European Commission v the Republic of Poland. The ruling resolves the dispute between the European Commission and the Polish government regarding the introduction of a tax on retail sales. As part of the ruling, the Tribunal had to respond to the Commission's allegations and finally determine whether it has been shown that the tax measure introduced by Poland constitutes state aid within the meaning of Art. 107 paragraph. 1 TFEU and the decision to initiate the formal investigation procedure, including the tax suspension order, was rightly annulled. The position of the Tribunal with regard to the allegations of the Commission in this gloss was assessed by the author on the basis of the analysis of the previous jurisprudence of the Tribunal and the factual and legal situation. The glossed ruling is of great importance for the practice of tax law by determining the nature of the retail tax as a direct tax, and by delineating the limits of the tax autonomy of the European Union Member States. Moreover, in the context of conducting a three-step analysis allowing to determine whether a tax measure constitutes state aid, key guidelines were provided on the determination of the reference system and indicated in which fields its selectivity should be demonstrated.

Keywords: European Commission, Court of Justice of the European Union

AKTUALIZACJA CHARAKTERU BEZPOŚREDNIEGO NARUSZENIA DOBRA PRAWNEGO W WYNIKU PRZESTĘPSTWA URZĘDNICZEGO – UWAGI AKSJOLOGICZNE WOBEC PRAKTYKI

Streszczenie: Celem rozdziału jest zbadanie sposobu aktualizacji wyczerpania przesłanki bezpośredniego naruszenia dobra prawnego w wyniku przestępstwa urzędniczego na tle konstrukcji postępowania karnego co do obowiązku denuncjacji społecznej oraz ocenienie jego użyteczności aksjologicznej. Dzięki wykorzystaniu metod: analitycznej, dogmatycznoprawnej, ekonomicznej analizy prawa, komparatystyki udało się opracować wyselekcjonowane właściwe orzecznictwo obok dorobku legislatury. Pozwoliło to dostrzec, że obecnie zachodzi derywacja istoty ujemności oddziaływania w wymiarze bezpośredniości jedynie w aspekcie ukierunkowania wykonawczego kazuistycznego, czym dodaje się sposobności zajścia publicznoprawnej krzywdy. W aktywnym sędziowskim powinno się bowiem upatrywać wydobywania ducha praw w ujęciu systemowym, który determinuje bezpośredniość równoległym sprzężeniem czynników z różnych płaszczyzn, uwzględnienia realności doświadczenia dolegliwości w wymiarze generalnym (aspekt pasywny obiektywny).

Słowa kluczowe: Bezpośredniość zagrożenia dobra prawnego, aksjologia, przestępstwo urzędnicze.

WSTĘP

Pomysł sporządzenia niniejszego rozdziału zrodził się z zainteresowania metodyką prawnego ograniczania przestrzeni zajścia ujemności w relacji

¹ Mgr, Wydział Prawa i Administracji, Uniwersytet Mikołaja Kopernika w Toruniu (absolwent).

denuncjanta z organami wymiaru sprawiedliwości w Polsce mogącą zapobiegać wzrostom tzw. ciemnej liczby przestępstw. Z uwagi na rozległy charakter zasygnalizowanego zagadnienia podjęte rozważania zostaną ograniczone do wątku denuncjacji społecznej w odniesieniu do przestępstw urzędniczych omawianego w aspekcie ocenności bezpośrednio zagrożenia dobra prawnego tą grupą zachowań penalizowanych. Za cel poczynionych refleksji naukowych z kolei stawia się ukazanie bolączek stanu prawnego w stosownym do tematu zakresie przy równoczesnym wyznaczeniu kierunków naprawczych na etapie stosowania prawa, zwłaszcza w subsumpcji. Autor chce bowiem zweryfikować prawdziwość naukową tezy badawczej w brzmieniu: obecnie zachodzi derywacja istoty ujemności oddziaływania w wymiarze bezpośrednio zagrożenia dobra prawnego w wyniku przestępstwa urzędniczego jedynie w aspekcie ukierunkowania wykonawczego kazuistycznie. Dodaje się tym samym sposobności zajścia publicznoprawnej krzywdy, zaś w aktywizmie sędziowskim powinno się upatrywać wydobywania ducha praw w ujęciu systemowym, który determinuje bezpośrednio równoległym sprzężeniem czynników z różnych płaszczyzn, uwzględnienia realności doświadczenia dolegliwości w wymiarze generalnym (aspekt instytucjonalny zobiektywizowany).

Nie sposób także pominąć zasygnalizowania, że materiał badawczy złożony jest z odpowiednich wzorców i przedmiotów kontroli w aspekcie zapewnienia realizacyjnie kompetencyjnej praworządności organów władzy publicznej obok dorobku judykatury polskiej. Analiza osadza się na tle aksjologii europeizacji pojęcia demokratycznego państwa

prawnego. zostanie dokonana z kolei z wykorzystaniem: metod: analitycznej, dogmatycznoprawnej, ekonomicznej analizy prawa, komparatystyki.

CZĘŚĆ TEORETYCZNA

Mianem przestępstwa urzędniczego określa się:

1. Stypizowane podmiotowo zachowania prawnie niedozwolone, zatem co do zasady o charakterze indywidualnym przesuwające kwalifikacje prawne do pochodnych dla sprawców bez określonych atrybutów;
2. Działania powiązane co do osoby sprawcy dające się sklasyfikować przy przyjęciu za przymiot konieczny zajście sprawowania funkcji publicznych;
3. Uregulowane przede wszystkim w rozdziale XXIX KK;

4. Klasyfikowane do przestępstw przeciwko działalności instytucji państwowych i samorządu terytorialnego, popełnianych przez osoby funkcjonujące w ramach instytucji państwowej lub społecznej².

Tytułem uzupełnienia warto z kolei wspomnieć jeszcze o:

1. Niestosowaniu art. 101-103 KK z uwagi na brzmienie art. 105 par. 2 KK w odniesieniu do: umyślnego przestępstwa: zabójstwa, ciężkiego uszkodzenia ciała, ciężkiego uszczerbku na zdrowiu lub pozbawienia wolności łączonego ze szczególnym udrczeniem, popełnionego przez funkcjonariusza publicznego w związku z pełnieniem obowiązków służbowych
2. Definicji legalnej, wedle której funkcjonariuszem publicznym jest osoba mieszcząca się w enumeratywnym wyliczeniu prawodawcy posługującego się zawodem i wyłączeniami konkretyzowanymi rodzajowo
3. Wątpliwościach interpretacyjnych, jakie może generować rozgraniczenie charakteru czynności w kategoriach warunku przypisania określonej odpowiedzialności prawnej, gdzie reguły doświadczenia niekiedy potrafią zawodzić
4. W doktrynie dominuje pogląd, iż stosownym determinantem nadania statusu funkcjonariusza publicznego jest zakres posiadanych przez niego uprawnień
5. Zrażaniu się potrzeby kazuistycznego ustalania relacyjności wartości względem pozycji krzywdzącego w danej relacji uprawnień i obowiązków w odniesieniu do wywoływanych zdroworozsądkową interpretacją związków faktycznych³.

Wyłania się wiele płaszczyzn osobliwego wartościowania powinności etycznych w prawie znajdujących swą istotną relewancję. Mowa o: zaufaniu (w ogólności i w postaci szczególnie doniosłej w pamięci zbiorowej), powadze w aspekcie statycznym oraz wykonawczym, dobru uogólnionym obok skonkretyzowanego czy ostatecznie redystrybucji czynników środowiskowych aktuarialnie. Aktualizacja w tym ostatnim przypadku następuje samorzutnie na zasadach sprzężenia zwrotnego pozostałych komponentów wyliczenia.

Incydentalność zachowań niepożądanych przybiera dualną postać – co do zajścia wedle relacyjności zobjektywizowanych odbiorów ujemności

² http://encyklopediaap.uw.edu.pl/index.php/Przestępstwa_urzednicze (dostęp: 12 września 2021 r.).

³ K. Walczuk, *Odpowiedzialność karna funkcjonariuszy publicznych* § 2–3 [w:] A. Brzostek, J. Taczowska-Olszewska, K. Walczuk, *Status prawny funkcjonariusza publicznego. Ochrona – obowiązki – odpowiedzialność*, Warszawa 2020 [dostęp: Legalis, 12.09.2021 r.].

koniecznych z dobrowolnych woliwanych nakierowanych emocjonalnością uwidacznianych subsumpcją, a także przypisywalności zobiektywizowanej winy sytuacyjnie wyłącznie w ramach wewnętrznego oddziaływania bezpośrednich ujemności. W tym kontekście warto odwołać się do dorobku judykatury polskiej ilustrującej okoliczności możliwości zajścia skazania za omawianą grupę przestępstw pod postacią:

1. Rezultatu ustalenia, że podmiot przestępstwa urzędniczego, działając w sferze urzędowania, bądź przekroczył swą władzę, bądź też nie dopełnił swych obowiązków i w ten sposób działał na szkodę interesu publicznego lub prywatnego (rozbiór logiczny zdania wskazuje na wariantywność – pojedynczego wyczerpania naruszalności dobra lub nawet kumulatywność ujemności co wtórnie może warunkować wymiar kary dla aplikacji sprawiedliwości naprawczej czynnie adekwatnie).
2. Niekoniecznego, choć istotnego charakteru dolegliwości - samo nastąpienie konkretnej szkody nie jest nieodzowne, wystarczy bowiem działanie na szkodę i możliwość nastąpienia tej szkody objęta zamiarem sprawcy.
3. Dookreśloności prawnej w konkretyzacji normy prawnej w zakresie charakteru: podmiotu, rodzaj czynności i jej stosunek do zakresu urzędowania sprawcy- urzędnika, ustalić, w czym przejawiało się naruszenie obowiązków lub przekroczenie uprawnień służbowych oraz czy sprawca-urzędnik miał świadomość działania na szkodę interesu publicznego lub prywatnego, wreszcie ustalić, czy i jaka szkoda nastąpiła lub mogła nastąpić⁴.

Za przestrzeń miarkowania kary względem winy uchodzi zatem sekwencyjność aktualizacji krzywdy publicznoprawnej identyfikującej uczestników (*ad hoc* następnie względem przypisywalności odpowiedzialności w ujęciu abstrakcyjnym czy generalnym).

W dalszej kolejności dla ukazania pragmatyczności teoretycznego ujęcia praktycznego problemu z teje pracy konieczne jest podniesienie rodzajowego charakteru dobra prawnie chronionego w procesie określenia przestępstw urzędniczych, gdyż pomimo przyjęcia w polskiej doktrynie prawa karnego dychotomii kierowania zamachu z pozycji instytucji tj. zewnętrznie bądź wewnętrznie, podczas, gdy ochroną zdaje się być objęta wiodąco prawidłowa, w tym niezakłócona, działalność instytucji publicznych: państwowych i samorządowych, a po nowelizacji KK w 2000 r., mimo że wykracza to poza

⁴ Wyrok Sądu Najwyższego - Izba Karna z dnia 22 listopada 1957 r. IV K 467/57.

tytuł rozdziału, również międzynarodowych – zarówno w aspekcie sprawnej działalności, jak i utrzymania przez nie autorytetu⁵. Wyłaniają się tutaj trzy zagadnienia problemowe: legitymizacja, praworządność oraz instytucjonalizacja interwencjonizmu publicznego. Przybierają one każdorazowo dualną konstrukcję – wyraz, przejaw pośredniczący, tudzież warunkujący, acz niewystarczający samoistnie. Z teźże przyczyny prawo jest uwstecznonym obrazem przyszłej świadomości dziejowej o krzywdach wydobywanej orzecznictwo. Istota obiektywizmu momentu konstytucyjnego przesądziła jednocześnie o gwarancyjności współlonej państwowości wartości. Owe zabezpieczenie kształtowane jest czynnie i pasywnie na zasadach prawa i obowiązku. Dodatkowo, ocenianego co do: adekwatności, konieczności, zupełności czy czystości minimum etycznego z czerpania uprawnień w odniesieniu do źródła i upostaciowienia.

Nie sposób pominąć także wątku szkody, trybu ścigania, jak również temporalności zajścia czy zasięgu skutkowania przestępstwa urzędniczego w służbie pragmatyczności części badawczej artykułu. Ujemność ulegać tu może ukazaniu w sferze materialnej i niematerialnej⁶. Z jednej strony charakter dobra chronionego przyczynia się do racjonalizacji trybu ścigania z urzędu, z drugiej zbytne przywiązanie do eliminowania ogniw pośrednich przy ocenie dolegliwości przestępstwa urzędniczego zawęża znacząco krąg osób dostrzegających psychologiczną użyteczność denuncjacji społecznej dla redukcji liczby przestępstw nieznanym uprawnionym organom (tzw. wzrostu ciemnej liczby przestępstw), jeśli baczyć na mitręgę i społeczny stosunek do występowania w obronie dobra w ujęciu generalnym obok pasywnej, albo wręcz biernie agresywnej postawy przyjmujących zawiadomienie o możliwości popełnienia czynu zabronionego⁷. Gdy mowa o tej grupie przestępstw każdorazowo mamy do czynienia wyłącznie z występkami, co również nie wpływa pozytywnie na obrazowanie publicznoprawnej prewencji przed krzywdą w kontaktach z upostaciowieniem struktur państwowych⁸.

Deskryptywny wymiar prawa względem zastanej rzeczywistości zbiorowej ucierpiął także przy partykularnym rozszerzaniu ujemności po stronie

⁵ A. Grześkowiak, R. Hałas Rozdział XXIX. KK. Komentarz. Wprowadzenie. A. Grześkowiak, K. Wiak (red.), Kodeks karny. Komentarz. Wyd. 7, Warszawa 2021 [dostęp: Legalis, 12.09.2021 r.].

⁶ Uchw. SN z 29.1.2004 r., I KZP 38/04, OSNKW 2004, Nr 2, poz. 14).

⁷ Wyr. SN z 31.5.1933 r., II K 285/33, OSNK 1933, Nr 8, poz. 157.

⁸ O. Górniok, R. Zawłocki, Rozdział XXIX. KK. Komentarz, (w:) A. Wąsek, R. Zawłocki (red.), Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz do artykułów 222–316. Tom II. Wyd. 4, Warszawa 2010 [dostęp: Legalis, 12.08.2021 r.].

funkcjonariuszy, co wpływa negatywnie na jawność bezprawności aktywizmu funkcjonariuszy publicznych chcących coraz częściej powołaniem na rozkaz, polecenie służbowe odsunąć poczucie odpowiedzialności za nieprzystawanie postawom do ośrodka piastowania urzędu czy funkcji, a równocześnie osłabianiem więzi ochronnych na linii byt prawny vs. jednostka⁹.

CZĘŚĆ BADAWCZA

Z przeanalizowanej linii orzeczniczej wyłania się jednoznacznie badanie bezpośrednio zagrożenia dobra prawnego przestępstwem urzędniczym wyłącznie kausalnie konkretnie przy eliminacji wydobywania wartości kierunkowych dyrektyw wykładni z ogniw pośrednich, co powoduje stygmatyzm jurysprudencji zamiast pożądanego społecznie prawa w działaniu. Dostrzeżone rozumowanie pomimo wadliwości powywoływania ujemności trwa przy europeizacji standardów konkretyzacji normy prawnej, a powoduje to dociekanie przyczyn zastanego stanu rzeczy. Można tutaj mówić o dominacji rozumienia karnistycznego, obawach o posądzenie o stosowania analogii czy dewaluacja wartości wykładni poprzez nierozumienie niestety istoty praworządnego osądu czy szerzej stosowania prawa w wymiarze przystawalności odpowiedzialnej wolności nacechowanej redystrybucyjnie i optymalizując do krzywd realnymi lub potencjalnymi działaniami państwa. Nad wyraz dotkliwie dla polskiego ładu prawnego wydaje się być pomijanie wartości konstytucyjnych. Mianowicie Polska stanowi przede wszystkim dobra wspólne poszczególnych jednostek, w obrębie którego nie znajduje się przyzwolenie na różnicowanie bez względu na przyczynę zyskującej drugorzędność, a badaną wyłącznie pomocniczo względem ustalenia zobiektywizowanej celowości eliminującej bezprawność tj. dla ustalenia, czy dokonano pozytywnej dyskryminacji¹⁰. Dalej, przewidziano już w momencie konstytucyjnym wielopoziomowe limitowanie dominium władzy publicznej¹¹ Potwierdzeniu uległ także pierwotny wydzźwięk wolności pozwalającej się uznawać za protoplastkę pozostałych¹². Zwielokrotnienie narracji ochronnych dotyczy także dostępności sądu w wymiarze pasywnym i aktywnym¹³. Wobec przedmioty ochrony wyłaniającego się

⁹ B. Stefańska, Rozdział XXIX. KK. Komentarz. Wprowadzenie. (w:) R. Stefański (red.), Kodeks karny. Komentarz. Wyd. 26, Warszawa 2021 [dostęp: Legalis, 12.09. 2021 r.].

¹⁰ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz.U. z 1997 r., Nr 78 poz. 483 ze zm.), art. 1,32-34.

¹¹ Ibidem, art. 2-4, 6-7.

¹² Ibidem, preambuła.

¹³ Ibidem, art. 45.

wcześniejszych rozważań co najmniej zaskakujące jest incydentalne ustalenie powiązań funkcjonalnych wewnętrznie w czym dostrzec można przyzwolenie zajścia wypaczenia interwencjonizmu publicznego działaniami niepożądane kupionego funkcjonariusza publicznego. Status sędziego sądu powszechnego warunkuje podległość Konstytucji i ustawom, zatem zachodzi przestrzeń poszanowania stopniowości aktów używanych w procesie konkretyzacji normy prawnej¹⁴. Charakter ochrony publicznoprawnej wyłaniający się z zasadności konfliktów zagregowanych w środku wartości niepodlegających wspólnemu znajduje granice, tam gdzie rozlokowałoby się przyzwolenie na asymetryzację nieobojętą względem naporu wartości sytuacyjnych jednostkowej powinności kultury organizacyjnej na zasadzie wywiązania skutków przyczyny konsensusu zbiorowego.

Obserwacja dolegliwości krzywdy ze strony funkcjonariusza publicznego dopuszczającego się przestępstwa urzędniczego chociaż zachodzi w relacji wewnętrznej, rozciąga się jednocześnie na zewnątrz poprzez osłabianie bezpieczeństwa prawnego czynnego. Incydentalne doświadczenie uszczerbku dla powinności publicznoprawnych względem jednostki czyni defragmentację następczo sprzężonych z nią interesów warunkowanych intencjonalnością jednostkową. Rozmiar skutków wywołanych działaniem lub zaniechaniem piastuna organu zdaje się dostatecznie wywierać obrazowanie powinności względem osoby odznaczającej się określonymi przedmiotami. To bowiem ranga danego funkcjonariusza determinuje jego pozycję względem innych podmiotów, względem których podjął służbę i może prowadzić do powielania newralgicznych schematów pojemności nieprzerwane zaniechaniem przyjęcia zawiadomienia od potencjalnie zagrożonego naruszeniem dobra prawnego uprawnionego w wyniku przestępstwa o jakie podejrzewa określonych piastunów funkcji urzędniczych.

Wąskie rozumienie ujemności skutkowych zajścia zachowań penalizowanych w kategoriach przestępstw urzędniczych bezspornie można uznać za systemowe przyzwolenie na wzrosty tzw. ciemnej liczby przestępstw. Socjologicznie karanie efektywne opiera się na nieuchronności, nie zaś abstrakcyjnej surowości sankcji skupionych, przez co powinno się wzmacniać współodpowiedzialność za partycypację w kierunkowaniu wydolności przetwarzania czynników produkcji w stopniu najpełniejszym przy możliwości restytucji czy optymalizacji części zasobów. Działania na szkodę instytucji publicznych odznaczają się zarówno rozszerzającym niweczeniem wartości, na które

¹⁴ Ibidem, art. 178.

nastawiona jest ze swojej istoty ich kompetencyjność, jak również wadliwością kształtowania sytuacyjnego położenia jednostki warunkowanego ocennością stanu faktycznego doniosłego prawnie. Państwowość rozpatrywana w kategoriach instrumentarium wydobycia indywidualizmu w określoności bytu niczym dodatności służebnej dla ogółu pierwszorzędnie pozycjonuje operacyjonalizację poznania ingerencyjnego zbiorowości w aplikacji funkcji opiekuńczej wspomaganej, Owa eksploracja musi wywierać narracyjny charakter wolitywnej vs. sankcjonowanej kreacji granicznej swobodnej określoności i ekspozycji woli. Pozwala to wykluczyć kreacyjność przestrzeni opieki opresyjnej scentralizowanej. Państwo nie obejmie opisowością normatywną wobec wstecznego charakteru przystawalnych zjawisk w całości stosownie uniwersum odkrywania prawdy obiektywnej o człowieku, pożądlivosti czy sprawiedliwosci. Gdy z kolei wykluczy multikanałowość raportowania zaburzeń powinności w etyczności współczesnej Europy nie zdoła utrzymać wydolnie autorytetu władzy o przymiocie demokratycznym.

Koncepcja legislatora polskiego umniejsza repozytorium matryc przedmiotów i wzorców kontroli o abstrakcyjnym, acz realnym zewnętrznym podmiotem moderującym doskonałość zbiorową, a także wywołuje paraliżujące deficyty wykonawcze rządów prawa przy nierespektowaniu suwerenności zrealizowanej poprzez przekazanie części kompetencji na rzecz Unii Europejskiej. Prowadzi do opisowości warstwy statycznej rzeczywistości, pomija czynną modyfikowalność rodzajową obrazowania powinności w aspekcie negatywnym oraz pozytywnym od strony centralnej dialogizacji o interesowności bez wyzysku ekonomicznego, pozaekonomicznego w zakresie piastowania organu.

Patologiczność działania instytucji publicznych warunkowana aktywnością piastuna może zostać odebrana wielorako, aczkolwiek w doktrynie dominuje pogląd, zgodnie z którym chociaż ochroną karnoprawną objęte są nie tylko instytucje jako takie, ale również ich pracownicy lub współpracownicy, którzy najczęściej utożsamiani są z funkcjonariuszami lub osobami pełniącymi funkcje publiczną, katalog z rozdziału XXIX nie chroni jednak samodzielnego bytu państwa, jego integralności, funkcjonowania jego jako samego¹⁵.

Przyjmowana koncepcja zarysowuje liczne implikacje problemowe wielokrotniające potencjał dolegliwości aktywizmu publicznego o charakterze korygującym dla abstrakcyjnego bytu jednostkowego.

¹⁵ J. Potulski, *Przestępstwa przeciwko państwu i dobrom zbiorowym* [w:] *SPK T. 8*, L. Gardocki (red.) Warszawa 2018 [dostęp: Legalis, 12.09.2021 r.].

WNIOSKI

W konkluzji wywodu, w pierwszej kolejności wypada podnieść potwierdzenie prawdziwości naukowej hipotezy badawczej wyrażonej we wstępie. Stan prawny jako komponent szerszego zagadnienia normatywizacji scentralizowanej moderacji interesów wykazuje szereg systemowych bolączek. Do najważniejszych zaliczyć można: sprzeczne z racjonalizacją prawodawcy dążącą do faktyczności więzi jednostki z bytem państwowym odseparowywanie wartości od ich nośników wykonawczych wypaczanych politycznością polskiego konstytucjonalizmu za czasu karlenia trójpodziału władz obok osłabiania psychologicznego oddziaływania percepcji funkcjonariuszy publicznych na postawy zbiorowe czy ostatecznie gorszące etycznie wykonawstwo legitymacji rządów wbrew założeniom kompetencyjnym wywodzonym z ustawy zasadniczej. W konotacji z podjętym tematem badawczym wyraźnie widać wypaczenie obrazu sprawowania funkcji w służbie powszechnej, nieefektywność działania polskich organów ścigania niweczzące pożądane zachowania denuncjacyjne na zasadach odruchu etosu obywatelskiego w derywacji pośredniej istoty państwowości jako dobra dziejowego, wspólnego.

Wysunąć zatem należy następujące założenia korygujące:

1. Aktywizm sędziowski jako ilustrator czynnego aspektu prawa musi w ramach wykładni wielopoziomowej w warunkach europeizacji orzecznictwa wydobywać doświadczalność dziejowej krzywdy w kategoriach warunku prawdy poznania.
2. W podejściu systemowym upatrywać można szanse na przejściowe redukcowanie ujemności wynikłych z przestępstwa urzędniczego.
3. Potencjalność bezpośredniości zagrożenia dobra prawnego przestępstwem urzędniczym na zasadach testowania zajścia naruszenia reguł ostrożnościowych przez objętego denuncjacją społeczną powinna wyczerpać przy aplikacji myślenia zdroworozsądkowego myślenia europejskiego powinna wyczerpywać legitymację denuncjacji w stopniu czyniącym bezzasadną odmowę wszczęcia postępowania.
4. Sugerowane w pkt. 3 rozwiązanie musi wykonawczo inkorporować dla utrzymania gwarancji demokratycznych: kompetencyjny faktycznie instytucjonalizm wartościowa powinności, selektywności eliminacyjności ogniw pośrednich czy ostatecznie czystości dowodzenia winy.

BIBLIOGRAFIA

1. Górniok O., Zawłocki R. , *Rozdział XXIX. KK. Komentarz* [w:] *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz do artykułów 222–316. Tom II. Wyd. 4*, Wąsek A., Zawłocki R. (red.), Warszawa 2010 [dostęp: Legalis, 12.09.2021 r.].
2. Grześkowiak A., Hałas J. *Rozdział XXIX. KK. Komentarz. Wprowadzenie* [w:] *Kodeks karny. Komentarz. Wyd. 7*, Grześkowiak A., Wiak K. (red.), Warszawa 2021 [dostęp: Legalis, 12.09.2021 r.].
3. Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz.U. z 1997 r., Nr 78 poz. 483 ze zm.), art. 1, 32-34.
4. Potulski J., *Przestępstwa przeciwko państwu i dobrom zbiorowym* [w:] *SPK T. 8, Warszawa 2018*, Gardocki L. (red.) [dostęp: Legalis, 12.09.2021 r.].
5. Przestępstwa urzędnicze, http://encyklopediaap.uw.edu.pl/index.php/Przestępstwa_urzędnicze [dostęp: 12.09.2021 r.].
6. Stefańska B., *Rozdział XXIX. KK. Komentarz. Wprowadzenie* [w:] *Kodeks karny. Komentarz. Wyd. 26*, Stefański R. (red.), Warszawa 2021 [dostęp: Legalis, 12.09.2021 r.].
7. Walczuk K., *Odpowiedzialność karna funkcjonariuszy publicznych § 2–3* [w:] *Status prawny funkcjonariusza publicznego. Ochrona – obowiązki – odpowiedzialność*, Brzostek A., Taczkowska-Olszewska J., Walczuk K., Warszawa 2020 [dostęp: Legalis, 12.09.2021 r.].
8. Wyr. SN z 31.5.1933 r., II K 285/33, OSNK 1933, Nr 8, poz. 157.
9. Wyrok Sądu Najwyższego - Izba Karna z dnia 22 listopada 1957 r. IV K 467/57 9. Uchw. SN z 29.1.2004 r., I KZP 38/04, OSNKW 2004, Nr 2, poz. 14).

THE NATURE OF DIRECT VIOLATION
OF A LEGAL GOOD AS A RESULT
OF A CLERICAL OFFENCE -
AXIOLOGICAL REMARKS TOWARDS PRACTICE

Summary: The aim of the article was to examine the way of updating the exhaustion of the premise of direct violation of legal good as a result of a clerical offence on the background of the construction of criminal proceedings as to the obligation of social denunciation and to assess its axiological usefulness. Thanks to the use of the following methods: analytical, dogmatic-legal, law and economic, comparativism, it was possible to develop a selected relevant case law in addition to the achievements of the legislature. It allowed to notice, that at present there is a derivation of the essence of negative impact in directness dimension only in the aspect of executive casuistic orientation, by which the opportunity of occurrence of public legal harm is added. In fact in judicial activism should be seen the extraction of spirit of laws in systemic view, which determines directness by parallel coupling of factors from different levels, taking into account the reality of experience of ailment in general dimension (passive objective aspect).

Keywords: Directness of the threat to the legal good, axiology, official crime.

ZAŚWIADCZENIE WYDANE PRZEZ FARMACEUTĘ – PRZESŁANKI AKSJOLOGICZNE I KONSTRUKCJA PRAWNA UPRAWNIENIA KLIENTA

Streszczenie: Celem artykułu uczyniono ustalenie podstaw prawnych i faktycznych dochodzenia wydania pacjentowi zaświadczenia przez farmaceutę, następnie postanowiono osadzić ten problem w aspekcie aksjologicznym. Posłużenie się metodą dogmatycznoprawną i analityczną pozwoli rozważyć wątki złożone na systemowe podejście do restytucji społecznej w wymiarze zdrowotnym wobec pozycjonowania ośrodka interwencjonizmu publicznego w odniesieniu do dóbr osobistych jednostki. W konsekwencji zdołano stwierdzić, że w obecnym stanie prawnym deskryptywność prawa nie przekłada się na pierwotność wolności w warunkach doposażenia określoności jednostki w przynależności jako pochodnych: prywatności, równości czy zabezpieczenia ochrony zdrowia, co przejawia się w utrudnionym dostępie pacjenta do zaświadczeń wydanego bezpośredniego przez farmaceutę, podczas gdy istnieją przesłanki wywiedzenia obowiązku spełnienia żądania informacyjnego przy europeizacji narracji ochronnych.

Słowa kluczowe: Wydanie zaświadczenia, żądanie wydania zaświadczenia, obowiązek informacyjny, aksjologia, stan prawny w Polsce.

WSTĘP

Asumptem do podjęcia rozważań w niniejszym rozdziale stało się zainteresowanie ochroną prawną dóbr osobistych pacjentów, szczególnie w zakresie zabezpieczenia poszanowania życia rodzinnego i prywatnego w procesach

¹ Mgr, Wydział Prawa i Administracji, Uniwersytet Mikołaja Kopernika w Toruniu (absolwent).

mogących wtórnie pośrednio zagrażać życiu lub zdrowia. Celem artykułu uczyniono z kolei ustalenie podstaw prawnych i faktycznych dochodzenia wydania pacjentowi zaświadczenia przez farmaceutę w aspekcie aksjologicznym. Doniosłości podniesionemu problemowi nadaje fakt, że zakup leków coraz częściej jest ośrodkiem realizacji pomocy społecznej lub przesłanką faktyczną aktualizacji uprawnień wynikających ze stosunku umownego z podmiotem trzecim względem relacji pacjent-farmaceuta jak np. ubezpieczyciel, a więc zdradza się konieczność potwierdzenia poniesionych kosztów. Zasadniczym pytaniem implikującym dalsze analizy, jest zatem, czy owe dowiedzenie faktyczności wydatków może odbywać się jedynie na podstawie przedłożonych dokumentów sprzedaży. Szczegółowość danych zamieszczanych choćby w fakturze może być dla pacjenta nieakceptowalna, w wyniku czego zasadną czyni się kolejną wątpliwość, wydania jakich innych stosownych dokumentów może dochodzić od farmaceuty pacjent i co powinien przyjąć za podstawę dochodzenia swoich roszczeń w obecnie obowiązującym polskim porządku prawnym.

Pierwszorzędnie wypada podnieść, że dokument sprzedaży nie stanowi jedyne dopuszczalne prawem powszechnie obowiązującym sposobu dokumentowania faktu oraz kosztów realizacji recepty. Dalej, można wywieść przekonanie, że farmaceuta może i powinien za wnioskiem zainteresowanego potwierdzić zaświadczeniem dane okoliczności faktyczne relewantne prawnie. Zweryfikowaniu należy na tym tle poddać systemowe podejście do restytucji społecznej w wymiarze zdrowotnym wobec pozycjonowania ośrodka interwencji publicznej w odniesieniu do dóbr osobistych jednostki, jakie mogą być zagrożone w sygnalizowanym kontekście sytuacyjnym i wartości motywujące publicznoprawną troskę w wymiarze uniwersalistycznym. W obliczu czego autor wypracował hipotezy:

- 1) Europeizacja ochrony dóbr osobistych korzystnie wpływa na możliwość dochodzenia prawnie wydania zaświadczenia przez farmaceutę
- 2) Zasadniczą wartością stojącą za uprawnieniem klienta do wnoszenia o wydanie zaświadczenia jest wolność, a wtórnymi stają się: równość, godność, dobrostan psychiczny i fizyczny czy wreszcie integralność osoby ludzkiej
- 3) W obecnym stanie prawnym deskryptywność prawa nie przekłada się na pierwotność wolności w warunkach doposażenia określoności jednostki w przynależności jako pochodnych: prywatności, równości

czy zabezpieczenia ochrony zdrowia, co przejawia się w utrudnionym dostępie pacjenta do zaświadczeń wydanych bezpośredniego przez farmaceutę.

Prawdziwość założeń zostanie poddana ocenie przy wykorzystaniu metody dogmatycznoprawnej oraz analitycznej. Za materiał badawczy posłużą natomiast: orzeczenia organów krajowych i międzynarodowych wyselekcjonowane pod kątem właściwych wzorców i przedmiotów kontroli mechanizmów zabezpieczających omawiane interesy uprawnionych obok obserwowanych tendencji legislatury europejskiej i polskiej, w wyniku których zdefiniowane zostały granice interwencjonizmu publicznego.

CZĘŚĆ TEORETYCZNA

Przedmiot artykułu, chociaż dotyka szczególnych rodzajowo interesów pozostaje osadzony bardziej gałęziowo aniżeli subdyscyplinarnie z istoty własnej wysokiej specjalizacji. Obrót lekami może podlegać opisaniu osobliwymi wartościami z uwagi na desygnaty ochrony doprowadzające do wprowadzenia określonych preparatów na rynek. Nie umniejsza to jednak przeważaniu kwalifikacji do funkcjonowania prawidłowo mechanizmu gospodarki w państwach demokratycznych operujących na poznawaniu własności gospodarczej. Z tej przyczyny relacji pomiędzy podmiotami rynku farmaceutycznego. Tutaj rozumianym jako pacjent i farmaceuta wiodąco wyłania się cywilistyczna równość podmiotów przy dyferencjacji poziomu profesjonalizmu. Gdy mowa zatem o aspektach poszukiwania instrumentarium do wyegzekwowania wydania zaświadczenia w pierwszej kolejności wypada sięgnąć do regulacji kodeksu cywilnego czy dorobku leksykografii polskiej miarkującej deskryptywność języka ogólnego dla potrzeb racjonalizacji wykładni.

Zdolność do czynności prawnych wyraża się możliwością składania relevantnie prawnie powziętej własnej woli w relacjach z innymi pod postacią oświadczeń o zdyferencjonowanym charakterze i nie jest przestrzenią wolną od założenia błędu, a jednocześnie stanowi matrycę kontrolną przyjmowanych ujemności przed przyzwoleniem na upostaciowanie stadialne jakiegokolwiek wyzysku i kontratypizuje niekiedy publicznoprawną funkcję gwarancyjną². Z kolei z chwilą żywego urodzenia aktualizuje się podmiotowa odczuwalność praw i obowiązków jednostkowych określana mianem zdolności prawnej³

² Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny, (tekst jedn.: Dz. U. z 2020 r. poz. 1740 ze zm.) art. 8-10.

³ Ibidem, art. 11,12.

Konstytucyjnie powzięte standardy egalitaryzmu wykonawczo powinny znajdować tu dookreślenie. Systemowo percepcją niwelacji pokrzywdzenia zmierzać się powinno do zabezpieczenia: życia ludzkiego, wartości osobliwości retencjonującej godność ludzką, poszanowania prywatności indywidualnej oraz rodzinnej, redystrybucyjności wspomagającej w obiegu zasobów środowiskowych obustronnie zamkniętym wg reguł sprawiedliwości naprawczej dopuszczającej tylko dyskryminację pozytywną⁴.

Nie można jednocześnie zapomnieć, że w wyniku akcesji Polski do Unii Europejskiej doszło do wyrażenia suwerenności państwowej przybierającej postać upatrywania w przekazaniu części kompetencji organizacji międzynarodowej rozwoju własnych możliwości poznawczych zbiorowości w oparciu o poszukiwanie elementów stycznych płaszczyzn aksjologicznych niepodlegających wyczerpaniu w toku jednostronnej ekspozycji⁵. Stopień realności samowystarczalności bytu państwowego badanie kazuistyczne co do adekwatności i zupełności doświadczenia życiowego współczesnego gremium ponadnarodowego zdaje się być miernikiem oddania dobrego prawa do działania na rzecz poprawy mechanizmów gwarancyjnych opieki publicznoprawnej przy zwiększeniu mobilności Europejczyków⁶.

Jedne akty prawne wiążą bezpośrednio, inne zaś wymagają transpozycji⁷. Wtórnie wyłania się tutaj upatrywanie w limitowaniu skutków obowiązywania prawa europejskiego jednostkowo działania na rzecz utrzymania więzi z konkretnym prawodawcą przy zmierzaniu do wypracowania uniwersum o powinnościach dopełniających obraz wykonawczej minimalizacji sekwencyjności krzywdzenia stosunkach handlowych w których dostrzega się kumulację składników pozwalających odtworzyć zaspokajalność jakościową uporządkowanych ich potrzeb. Interakcje zmierzające do wymiany dóbr są wyrazem rozwoju przystawania odczytywalności odczuwalności cierpienia drugiego człowieka w stopniu koniecznym do utrzymania prawidłowego obiegu zasobów gospodarczych, ale niedające przyzwolenia wobec uczynienia człowieka przedmiotem wykonawczym krzywdzącej izolacji wartości od metodyki działania. Z perspektywy tematu rozważań najistotniejszym zagadnieniem europeizacji ochrony celowościowej przed paralelnością danych dla

⁴ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz.U. z 1997 r., Nr 78 poz. 483 ze zm.), art. 32.

⁵ O kompetencjach powierzonych Unii Europejskiej, <https://monitorkonstytucyjny.eu/archiwa/16552> [dostęp: 10.09.2021 r.).

⁶ Ibidem.

⁷ Zasada bezpośredniego skutku prawa europejskiego, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/?uri=LEGISSUM%3A14547> [dostęp: 10.09.2021 r.).

dostarczenia informacji podmiotu uprawnionemu w postaci RODO. Sygnalizacyjne wspomnieć wypada o:

- 1) Dążeniu do minimalizacji zasobności danych pobieranych jednorazowo dla wyczerpania danego związku sytuacyjnego doniosłych oczywiście prawnie,
- 2) Kategoryzacji danych wedle potencjału wynikowego dolegliwości w skutek nieuprawnionego użycia w wyniku ujawnienia określonych zasobów informacyjnych pochodzących od uprawnionego w relacji niecelowej względem zgody na obrót danymi w stypizowany sposób,
- 3) Społecznej kontroli nadawania użyteczności obrotowi informacyjnemu,
- 4) Eliminacji użyteczności pozycjonowanej pośrednio w stopniu wątpliwym co do etyki,
- 5) Operatywności danymi pozycjonowanej wewnątrznie w ramach wyczerpalności kauzalnej użyteczności⁸.

W języku ogólnym zaświadczenie wywołuje następujące interpretacje znaczeniowe:

1. dokument, tutaj wyłania się pytanie czy dla prawnika może dostarczać szerszych implikacji w wykładni w postaci dalszego dedukowania na temat formy dokumentowej
2. stwierdzenie mające za przedmiot istnienie lub nieistnienie jakiegoś faktu dającego się zbadać empirycznie lub doświadczeniem poznaniem w sposób obiektywizowany
3. ma na celu dowiedzenie lub obalenie danej tezy
4. ma wzmacniać poczucie obiektywizmu co do skonkretyzowanego zajęcia
5. stanowi wynik procesu dowodzenia racji od badania do doświadczalności zewnętrznej względem partykularyzmu interesów⁹.

Nierzadko ponadto bywa wiązany z przymiotami dowodowym¹⁰.

Język prawny stanowi z kolei pochodną nadbudowę opisową ogólników interaktywności zbiorowej. Wobec czego nie dziwi zdecydowanie przez ustawodawcę polskiego o rozumieniu przez dokument nośnika informacji umożliwiającego zapoznanie się z jej treścią¹¹. Zarysowaniu ulegają zatem:

⁸ Kodeks postępowania dla sektora ochrony zdrowia, <https://www.oil.szczecin.pl/upload/files/KODEKS%20POSTEPOWANIA%20DLA%20SEKTORA%20OCHRONY%20ZDROWIA.pdf> [dostęp: 10.09.2021 r.].

⁹ ISJP Bańko, WSJP Żmigrodzki, WSJP PWN dla haseł: zaświadczać, zaświadczenie.

¹⁰ Ibidem.

¹¹ Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny, (tekst jedn.: Dz. U. z 2020 r. poz. 1740 ze zm.), art. 773.

drugorzędny charakter upostaciowienia zapisu oddającej zastany stan rzeczy, rozdział przekazu od elementów, które go umożliwiają, konieczność zapewnienia wydolności dekodowania kulturowo konkretyzacji treściowej czy ostatecznie wyraz odtwarzalności faktów i ich wykładnik obiektywizacji. Instytucjonalizacja powinności moderacyjnych konfliktów zbiorowych przełożyła się na dyferencjację surogatów dowodzenia, jakie wywołuje w obiegu prawnym pochodzenie warunkujące powagę rzeczy stwierdzonej obarczonej ściśle ograniczoną wzruszalnością na dokumenty prywatne obok urzędowych¹². Z uwagi na przestrzeń przetwarzalności informacji podlegającą prawu prywatnemu w przypadku zaświadczenia od farmaceuty mówimy o dokumencie przynależnym do pierwszej grupy, co osłabia domniemania prawne, ale nie wyłącza absolutnie na zasadach automatyzmu mocy dowodowej tegoż dowodu.

Pomoc społeczna realizowana w sposób scentralizowany musi podlegać limitacji wykonawczej czy kontroli. Charakter troski publicznoprawnej racjonalizuje zakres informacji, co do których uprawnione są instytucje pomocowe, natomiast warto zwrócić uwagę, że dane użyteczne we władaniu instytucji zostały określone rodzajowo nie zaś kauzalnie i konkretnie¹³. Zrada to pytanie, czy w zgodzie na przetwarzanie danych o wysokim stopniu wrażliwości na potrzeby postępowania administracyjnego w ramach pomocy społecznej nie mieści się wyłącznie Uprawnienie do zbadania ogólnego faktu wyczerpującego przesłanki wsparcia tak aby nie umiejętnością pragmatyzmu informacyjnego dostarczających ujemności wypaczeniem potencjału wykorzystania pozycji dominującej organu nad jednostką godząco wtórnie w godność ludzką w dostępie do medykamentów pozwalających utrzymać sprawność organizmu warunkującą faktyczność ochrony życia i zdrowia w sposób wolny od tortur i równego nieludzkiego lub poniżającego traktowania¹⁴. Nie dziwi bowiem traktowanie w odmowie wydania zaświadczenia przez farmaceutę ograniczenia niezaburzonego, aktywnego oraz pasywnego dostępu do leczenia farmakologicznego. Z drugiej strony nie da się pominąć niezwykle restrykcyjnego dążenia piastuna organu do wykazania iluzorycznej racjonalności aksjologicznej obrotu danymi wrażliwymi skoncentrowanych w małych ośrodkach, gdzie poziom anonimizacji danych w ogniwach pośrednich jest znikome, a jednocześnie odmowa udzielenia informacji niewspółmiernie szerokich

¹² Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 grudnia 1999 r. I CKN 281/98.

¹³ Bochenek M., *Ochrona danych osobowych w pomocy społecznej w pytaniach i odpowiedziach*. Wstęp, art. 100., Wolters Kluwer, Warszawa 2019 [dostęp: Lex, 10.09.2021 r.).

¹⁴ Prawo do ochrony zdrowia i dostępu do świadczeń opieki zdrowotnej, http://www.repozytorium.uni.wroc.pl/Content/53682/PDF/36_Sylwia_Jarosz_Zukowska.pdf [dostęp: Lex, 10.09.2021 r.] wraz z przywołanymi tam źródłami poznania prawa.

zakresowo do intencji wartościujących funkcjonalnie ustawodawcę wywołuje pasywną i degresywną realizację funkcji ochronnej od strony arbitrażu moralności publicznej.

CZĘŚĆ BADAWCZA

Pewność obrotu prawnego uchodzi nierzadko za środek pozycjonowania bezpieczeństwa prawnego wykonawczo. Złożoność świata podlegającego opisowi prawnemu nie sprzyja wyczerpalności interesów deskryptywnością wyłącznie wprost, stąd potrzebne jest równościowe podejście systemowe do wydobywania wartości będących nośnikiem prawdy obiektywnej o cierpiącym człowieku. W obecnym stanie prawnym nie znajdziemy literalnego przyzwolenia na wydawanie zaświadczeń przez farmaceutów, jednak aksjologia stojąca u podstaw konstrukcji zawodu zaufania publicznego i szczególnej przestrzeni obrotu handlowego wyłania pragmatyzm celowościowego wykładania racjonalizacji roszczeń w przedmiocie dokumentowania za danych wysoko wrażliwych dających się zidentyfikować równie pełnie co do pragmatyzmu opisu wartościującego moralne i prawnie sankcjonowane powinności wytwórstwa opiekuńczo nie kauzalnie, a rodzajowo. Drugi sposób zmniejsza pole dostarczenia dolegliwości nadużycia pozycji dominującej profesjonalisty w obrębie relacji z jednostką. Stosowanie konstytucji wprost jednolicie względem wszystkich podmiotów położonych w identycznej sytuacji relewantnej prawnie. Pozwala się uznać za wystarczającą matrycę kontrolną do dochodzenia realizacji uprawnienia pacjenta przy poszanowaniu ekonomiki obiegowej informacyjności użytecznej dla organów w stopniu minimalnym, niezbędnym do realizacji świadczeń pomocowych po stronie publicznoprawnej. Użyteczność controllingu nie zostanie umieszczona w wyniku zgeneralizowania części danych ujętych w zaświadczeniu, a wydatnie mnie wzmocni pozycję wolnością jednostki w relacji z organem administracji publicznej na zasadach wyrównania deficytów poznawczych awolitywnych przy równoległym respektowaniu minimalizacji konieczności nadużyć przy eliminacji faktycznej dostępności leku.

Tytułem egzemplifikacji działania na rzecz zredukowania szczegółowości danych podlegających uwzględnieniu w zaświadczeniu w porównaniu do dokumentów sprzedaży wystarczy wskazać grupowanie leków według substancji czynnej czy szerzej przypadłości, w ramach której według schematów terapeutycznych wdrażane jest skonkretyzowane leczenie farmakologiczne typizowane wedle ICD-10 co do zasady popartego badaniami naukowymi

znaczeniem terapeutycznym działaniem substancji wiodącej i pomocniczej. Zdrowie pozostaje sferą szczególną, intymną należną do składowej życia prywatnego i rodzinnego warunkowanego właściwym poziom zabezpieczenia w całości, acz realizowanych obszarowo czy stadialnie w zakresie komfortu zdrowotnego i psychicznego warunkującego właściwe pełnienie ról społecznych i zawodowych przez podmiot zainteresowany. Konieczność przeprowadzenia etapowej oceny sytuacyjnej analizującej zasadność udzielania pomocy ze środków publicznych musi być zapewniane zarówno wykonawczo jak również instytucjonalnie. Wystąpienie z żądaniem informacyjnym przez organ uprawniony może mieć wymiar paraliżujący względem jednostki, szczególnie w przypadku automatycznego ujęcia powiązania między dobrowolnym a koniecznym przekazaniem odpowiedzi wyłączającym możliwość korzystania ze wsparcia publicznego. Wydaje się, iż wystarczy zaznaczyć w tym miejscu, że zaufanie do organu determinuje szczególne obowiązki etyczne w wymiarze obrazowania zasadności postępowania przez piastunów nie tylko w wymiarze podstawy prawnej, ale przede wszystkim egzegezy pośredniego wyinterpretowania optymalizacji zachowań obcowania z czynnikami środowiskowymi o ograniczonym polu eksploracji dobrowolnością oddającą opisową transcendentną godność człowieka. Dobrowolność wyrażenia woli daje się przybrać poza realizacyjnym zamknięciem do rangi obowiązku pozytywnego lub negatywnego państwa, a przede wszystkim do oddanie należności nieprzystających do wyzysku amoralnego lapidarnego partykularnie warunkowanego polityką informacyjną, a nade wszystko sprowadza się do komunikatywnego pozycjonowania operatywności wokół pozycjonowania faktycznym i prawnym sposobem przystającym do określoności aspiracje jednostkowych awolitywnych wynikających ze zdrowia w stopniu dostarczającym sankcjonowania rozsiątego społecznie.

Integralność osoby ludzkiej obejmuje zarówno realny wyraz własnych potrzeb i umiejętności obok wrażliwości na czynniki poznawcze zewnętrzne względem środowiska bytowania jednostki. Polityka informacyjna realizowane przez podmioty publiczne powinna zaspokajać obie płaszczyzny określoności woli jednostkowej bez narażania na ostracyzm zsekwencjonowany dobozem proporcjonalności deskrypcji uwarunkowań zdrowotnych oddziałujących pośrednio na inne obszary aktywności międzyludzkiej docelowo mogąca asymetrię obniżającą wydolność funkcjonowania pośród ujemności niezawinionych działaniami sprzecznymi z dobrem ogółu. Prawo jako nauka pochodna względem rzeczywistości jaką obiektywizuje musi rozgraniczać interesowność konieczną od pożądaną. W przypadku obecnie występujących

obowiązków informacyjnych interpretowanych ściśle przez organy publiczne poprzez pobieranie opisowości stanu zdrowia pacjentów przyzwala na zajęcie dolegliwości rozproszonych w kontaktach z administracją publiczną. Jakość informacyjna wynikająca z zaświadczenia nie umniejsza istocie stopniowania uprawnień pacjentów w zakresie pomocy publicznej przy finansowaniu wydatków na leki. Jeśli z kolei mowa o relacyjności typowo cywilistycznej na przykład z ubezpieczycielem tutaj już tym bardziej powinno się ograniczać związki informacyjne mogące faktycznie wzmacniać okoliczności zajęcia wyzysku nieprofesjonalisty dla utrzymania sztucznej przynależności atrybucji koniecznej partykularn profesjonalście.

WNIOSKI

W wyniku zestawienie rozważań teoretycznych z praktycznymi zdołano dowieść prawdziwość naukową poczynionych we wstępie założeń badawczych. Europeizacja ochrony danych osobowych pacjentów przyczyniła się do zwiększenia selektywności zasobów informacyjnych dostarczonym organu administracji publicznej przy uwzględnieniu stopnia potencjału nieuprawnionego użycia zewnętrznie przetworzonych czynników osobowych poznawczych. Od farmaceutów można oczekiwać wzmaganie standardów ochronnych w codziennej praktyce mającej zapewnić faktyczny dostęp do ochrony zdrowia oddawanej w przymiotach aksjologicznych zgodny z obecną wiedzą medyczną. Wykonywanie zawodu zaufania publicznego nakłada szczególnie obowiązek podnoszenia kwalifikacji zawodowych zmierzających do odpowiadania na wyzwania rynkowe, a nie dziwi się jak się wydaje mieszczanie się tutaj powielonej, rozproszonej znajomości matryc kontrolnych uprawnień, ponieważ prywatny charakter dokumentu nie wyłącza możliwości wypowiedzenia z niego skutków prawnych o równej wadze prawnej jak dokument urzędowy. Kultura prawna polska wymaga zmiany w tym znaczeniu, iż zaświadczenie nie powinno być już utożsamiane z standaryzowanym drukiem, a dowodzeniem informacyjnym powinno być dostarczenie użytecznych informacji w służbie realizacji uprawnień jednostkowych w kontaktach z organizacjami publicznymi. Zupełność danych powinna być oceniana w duchu minimalistycznym przyzwalający jednostce na bycie wyłącznym dysponentem uprawnień w zakresie kształtowanie dokładności opisu swojej określoności w świecie. Wolność jednostki zasługuje na przymiot ochronny głównie w zakresie ocenę czystej nieskrępowanej świadomości oddania dokładności opisowej wolności informacyjnej dostarczającej wyłącznie uniwersalnie aksjologicznie pobudek

oceny wydolności poznawczych jednostek wynikających z prywatnego charakteru kierunkowa niania mechanizmów zabezpieczenia z własnych interesów zdrowotnych.

BIBLIOGRAFIA

1. Bańko ISJP, Żmigrodzki WSJP, WSJP PWN dla haseł: zaświadczać, zaświadczenie.
2. Kodeks postępowania dla sektora ochrony zdrowia, <https://www.oil.szczecin.pl/upload/files/KODEKS%20POSTEPOWANIA%20DLA%20SEKTORA%20OCHRONY%20ZDROWIA.pdf> [dostęp: 10.09.2021 r.).
3. Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz.U. z 1997 r., Nr 78 poz. 483 ze zm.), art. 32.
4. M. Bochenek, Ochrona danych osobowych w pomocy społecznej w pytaniach i odpowiedziach. Wstęp, art. 100., Wolters Kluwer, Warszawa 2019 [dostęp: Lex, 10. 0 9 . 2021 r.).
5. O kompetencjach powierzonych Unii Europejskiej, <https://monitorkonstytucyjny.eu/archiwa/16552> [dostęp: 10.09.2021 r.).
6. Prawo do ochrony zdrowia i dostępu do świadczeń opieki zdrowotnej, http://www.repozytorium.uni.wroc.pl/Content/53682/PDF/36_Sylwia_Jarosz_Zukowska.pdf [dostęp: Lex, 10.09.2021 r.] wraz z przywołanymi tam źródłami poznania prawa.
7. Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny, (tekst jedn.: Dz. U. z 2020 r. poz. 1740 ze zm.)
8. Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 grudnia 1999 r. I CKN 281/98
9. Zasada bezpośredniego skutku prawa europejskiego, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/?uri=LEGISSUM%3A114547> [dostęp: 10.09.2021 r.).

PHARMACIST-ISSUED CERTIFICATE -
AXIOLOGICAL PREMISES AND LEGAL CONSTRUCTION
OF CLIENT ENTITLEMENT

Summary: The aim of the article is to determine the legal and factual basis for the investigation of the issuance of a certificate to the patient by the pharmacist, then decided to set this problem in the axiological aspect. The use of dogmatic-legal and analytical method will allow to consider the threads that make up the systemic approach to social restitution in the health dimension in relation to the positioning of the center of public interventionism in relation to personal rights of the individual. As a consequence, it has been possible to state that in the current state of law, the descriptiveness of law does not translate into the primordially of freedom in the conditions of retrofitting the determinateness of the individual in belonging as derivatives: privacy, equality or health protection security, which manifests itself in the hindered access of the patient to the certificates issued directly by the pharmacist, while there are prerequisites to derive the obligation to fulfill the information demand with the Europeanization of protection narratives.

Keywords: Issuing a certificate, request for issuing a certificate, information obligation, axiology, legal status in Poland.

OCHRONA INFORMACJI NIEJAWNYCH W KONTRWYWIADZIE WOJSKOWYM RP

Streszczenie: Celem artykułu jest pochylenie się i szczegółowe omówienie kwestii związanej ze szczególnym typem ochrony informacji, czyli niejawnych w odniesieniu do Kontrwywiadu Służby Wojskowej w Rzeczypospolitej Polskiej. W kontekście ochrony informacji niejawnych umocowanie w swoim funkcjonowaniu ma Ustawa z dnia 5 sierpnia 2010 r. o ochronie informacji niejawnych (Dz.U. z 2018 r. poz. 412 z późn. zm.), zaś określa ona zasady ochrony informacji, których ujawnienie wpłynęłoby lub mogłoby wpłynąć na powstanie szkody wobec Rzeczypospolitej Polskiej. Podejmując przy tym oceny, zasadności dbałości o instytucję informacji niejawnych w kontrwywiadzie wojskowym RP. Resumując celem artykułu jest analiza, dynamika, uniwersalność ustawy o ochronie informacji niejawnych w oparciu o funkcjonowaniu służby kontrwywiadu w RP poprzez analizę na zasadzie od ogółu do szczegółu, przy powołaniu się na określone źródła prawa, uwzględniając wady i zalety, funkcje takiej ochrony i zwrócenie uwagi na ochronę informacji niejawnych w kontekście kandydatów i pracowników w służbie kontrwywiadu wojskowego RP.

Słowa kluczowe: tajemnica, ochrona, bezpieczeństwo kraju, kontrwywiad wojskowy.

Orcid: 0000-0002-4600-5056.

Celem artykułu jest pochylenie się i szczegółowe omówienie kwestii związanej ze szczególnym typem ochrony informacji, czyli niejawnych w odniesieniu do Kontrwywiadu Służby Wojskowej w Rzeczypospolitej Polskiej. W kontekście ochrony informacji niejawnych umocowanie w swoim funkcjonowaniu ma Ustawa z dnia 5 sierpnia 2010 r. o ochronie informacji niejawnych

¹ Student, University of Białystok.

(Dz.U. z 2018 r. poz. 412 z późn. zm.), zaś określa ona zasady ochrony informacji, których ujawnienie wpłynęłoby lub mogłoby wpłynąć na powstanie szkody wobec Rzeczypospolitej Polskiej. Na zasadach określonych w ustawie szczególnej określonym Informacjom niejawnym przypisuje się klauzulę tajności wobec tego jaką szkodę może przynieść nieuprawnione ujawnienie. Natomiast w istocie odpowiednią klauzulę tajności dokonuje osoba posiadająca uprawnienie do podpisania dokumentu bądź ta osoba, jest uprawniona do oznaczenia danego materiału przy czym niedopuszczalne jest zawyżanie lub zaniżanie klauzuli tajności informacji niejawnych. Zaś pewne jednostki organizacyjne, w których są przetwarzane informacje niejawne, stosują odpowiednie środki bezpieczeństwa fizycznego. Albowiem zakres stosowania tych środków jest w pełni uzależniony się od określonego poziomu związanego z zagrożeniami odnośnie nieprofesjonalnego dostępu do informacji niejawnych bądź ich skuteczną utratą. W istocie, by zapewnić określony poziom ochrony informacji niejawnych, które są oznaczone klauzulą „tajne” i „ściśle tajne” dokonuje się utworzenia kancelarii tajnej. Ponadto kierownik danej jednostki organizacyjnej podejmuje się poinformowania SKW odnośnie utworzenia bądź zamknięcie kancelarii tajnej, po uprzednim określeniu klauzuli związanej z tajnością segregowanych, katalogowanych, przetwarzanych informacji. Zaś formalnie przetwarzaniem pewnych informacji niejawnych stają się wszelkie operacje, które wykonywane są w kontekście do informacji niejawnych, a także i na tych informacjach realizowane są w szczególności m.in. wytwarzanie, modyfikowanie, kopiowanie, klasyfikowanie, gromadzenie, przechowywanie, przekazywanie lub udostępnianie. Resumując celem artykułu jest analiza, dynamika, uniwersalność ustawy o ochronie informacji niejawnych w oparciu o funkcjonowaniu służby kontrwywiadu w RP poprzez analizę na zasadzie od ogółu do szczegółu, przy powołaniu się na określone źródła prawa, uwzględniając wady i zalety, funkcje takiej ochrony. Celem pracy jest ocena funkcjonowania systemu ochrony informacji niejawnych w kontrwywiadzie wojskowym RP. Albowiem instytucja ochrony danych stanowi bardzo istotną rolę w społeczeństwie. W dobie wszechstronnego procesu globalizacji, postępu na gruncie nauki, technologii, w końcu rozwoju światowej sieci komputerowej, każdy człowiek czy instytucja jest narażona na ryzyko wystąpienia naruszenia wszelkich dóbr czy niezbywalnych praw, cennych dla podmiotu. W Polsce poddane ochronie jest wiele aspektów są dane osobowe, informacje odnośnie funkcjonowania pewnych instytucji, transakcji biznesowych, umów o zakazie konkurencji ect. W XXI wieku świat doświadczył wiele przejawów zagrożeń, aktów wymierzonych

w społeczeństwo i jego dobra, przykładem są wydarzenia ataku terrorystycznego na World Trade Center (WTC) zlokalizowane w Nowym Jorku i Pentagon, które miały miejsce we wrześniu 2001 roku, a także działania, będące zamachem kompleksu podziemnej kolei transportu miejskiego w Londynie, które miały miejsce w lipcu 2007 roku. Wówczas funkcjonowanie społeczeństwa zostało poważnie zaburzone, bowiem wydarzenia spowodowały ofiary w ludziach, a także wiele szkód wpływając na rozszerzenie świadomości odnośnie występującego zagrożenia, w znaczeniu już nie tylko wewnętrznego, ale również w zakresie zewnętrznym. Zauważono, iż problemy związane z zaburzeniem ładu i harmonii na danym terytorium globu wpływają, bardzo negatywnie na poczucie bezpieczeństwa w innych państwach. Występowanie zagrożenia na danym terytorium wpływa na realne obawy o stabilność ciągłości gospodarczej, handlowej oraz militarnej. Przejawy terroryzmu stały się stałym czynnikiem, który występuje regularnie i wpływa na powiązanie z funkcjonującymi w powszechnej świadomości społeczeństwa problemów globalnych na kanwie określonych przejawów działań terrorystycznych:

- a) Dotyczy w określonym zakresie państw, które są zamieszkane przez ludność;
- b) Występuje wysoki stopień niebezpieczeństwa w stosunku do ludności, na wielu terenach, w różnych terytoriach państw globu;
- c) Ryzyko zagrożenia, które jest prawdopodobne ma tendencję wzrostową i o wyższej częstotliwości oraz regularności występowania;
- d) Występuje prawdopodobieństwo, iż w następstwie niepożądanych procesów, czynników, które w ujęciu globalnym może spowodować powstanie walk przy zastosowaniu broni, wojska, by podejmować działania bezpośrednio.

Przytoczone problemy w wysokim stopniu wpływają na bezpieczeństwo, obronność oraz kształtowanie się sylwetki państw na arenie międzynarodowej².

Działania wymierzone w określone terytorium, ludność o charakterze terrorystycznym nieustannie przechodzi ewaluację, sposobu działania, wybranego celu ataku, bowiem już niekoniecznie są to miejsca użyteczności publicznej, ale również zbiór zapisów pewnych informacji, również tych zapisanych poprzez światową sieć komputerową. W dziejach świata każde z państw

^{xxxioief} M. Cieślarczyk, *Kultura bezpieczeństwa i obronności*, Wyd. AP, Siedlce 2010, s. 210; J. Piwowarski, *Rozwój osobowości jako przyczynek do konstrukcji autonomicznego systemu bezpieczeństwa*, [w:] „Zeszyt Problemowy. Nauka – Praktyka – Refleksja” WSBPiI „Apeiron”, nr 2, Kraków 2011, s. 31.

posiada określone tajemnice, plany, strategie, tajnych danych, które są ich gwarantem bezpieczeństwa. Zaburzenie granic, normy ochrony informacji niejawnych, które są utajone przed opinią publiczną, wpłynie negatywnie na utrzymanie ładu i harmonii funkcjonowania danego terytorium oraz społeczeństwa. Albowiem o terminie: *informacja* możemy mówić, jako swoista możliwość komunikowania się jednostki społecznej w danej zbiorowości³ czy też traktuje się ją jako produkt, który ma wartość w ujęciu wartości ekonomicznej i kształtowaniu się powszechnego konsumpcjonizmu⁴. Powszechnie również informacja podlega szczególnej ochronie, ponieważ wpływa na wiele aspektów życia społecznego, bowiem niepożądanym jest wystąpienie wycieku określonych danych wbrew woli posiadacza.

Na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej w wyniku wielu doświadczeń historycznych, wielu ustrojów politycznych aspekt instytucji bezpieczeństwa informacji jest powszechnie znany i wymagalny wobec określonych grup społecznych, grup zawodowych, których czynności również, dnia codziennego wpływają na zachowanie bezpieczeństwa i rzetelność powierzonego zadania według społecznych oczekiwań. Odnośnie zachowania bezpieczeństwa informacji traktuje powszechny i najwyższy akt prawny w Polsce – Konstytucja Rzeczypospolitej, ona w szerokim zakresie posiada zapis odnośnie dbałości o dobro i troskę wobec państwa⁵.

Istotne przemiany, rozwój Polski, czyli wstąpienie do NATO i Unii Europejskiej spowodowało, iż pojawił się wymóg dostosowania regulacji prawnych, również pod kątem dbałości o ochronę informacji niejawnych, zatem ustawę z dnia 22 stycznia 1999 roku odnośnie informacji niejawnych⁶, która jawiła się jako nieco archaiczna wobec powszechnie występujących problemów, wyzwań oraz dylematów, zastąpiono więc ustawą o tym samym brzmieniu z dnia 5 sierpnia 2010 roku, a jej obowiązywanie wskazano na termin 2 stycznia 2011 roku⁷. Pojawienie się w powszechnym porządku prawnym, zmienionej pod względem treściowym ustawy odnośnie ochrony informacji niejawnych, wprowadzono następujące terminy tj. „informacja niejawna” skutecznie zastępując tym archaiczne określenia, natomiast klauzula została wyodrębniona na trójstopniowym poziomie tj. „ściśle tajne”, „tajne”, „poufne”, „zastrzeżone”,

³ J. Oleński, *Elementy ekonomiki informacji*, Uniwersytet Warszawski, Warszawa 2000, s. 40.

⁴ J. Oleński, *Ekonomika informacji. Podstawy*, Polskie Wydawnictwo Ekonomiczne, Warszawa 2001, s. 310.

⁵ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r., Dz.U. 1997, nr 78, poz. 483 ze zm.

⁶ Dz.U. z 1999 r. Nr 11, poz. 95 ze zm.

⁷ Dz.U. z 2010 r. Nr 182, poz. 1228.

które było uzależnione od stopnia powagi danego zbioru informacji, a także jest rezultatem wcześniej obowiązującego aktu szczególnego, który posiadał zbyt słaby poziom zabezpieczenia, ochrony danej informacji⁸. Ustawa z dnia 5 sierpnia 2010 roku precyzuje zakres i przedmiot ochrony prawnej, także wskazuje przede wszystkim negatywne skutki związanej z dostępem do informacji niejawnych, oznaczonych jako: „ściśle tajne” przez niepożądane osoby, poprzez m.in.:

- Zaburzenie struktur państwa, jego niepodległości czy suwerenności;
- Wpłyne na poważne zagrożenie w kwestii bezpieczeństwa kraju na płaszczyźnie wewnętrznej, a także przyjętego porządku prawnego w myśl aktu konstytucji RP;
- Spowodować osłabienie pozycji na arenie międzynarodowej, a także pogorszenie relacji z sojusznikami;
- Skutecznie wpłyne na osłabienie mobilizacji militarnej wojska;
- Wpłyne na pewne wykrycie, ujawnienie osób, które realizują zadania wywiadu czy też kontrwywiadu;
- Stworzy realne zagrożenie dla zdrowia i życia funkcjonariuszy, osób wykonujących zadania w ramach określonych działań z zakresu operacyjno-rozpoznawczych;
- Ponadto może to wpłynąć na ochronę zdrowia i życia świadka koronnego oraz osoby z nim spokrewnione, a także te z bliskiego otoczenia.

Natomiast w przypadku oznaczenia informacji jako „tajne” a jego naruszenie, bądź niebezpieczne przekazanie, ujawnienie może wpłynąć na poważny uszczerbek w kwestii ładu i porządku kraju:

- Wpłyne na podejmowanie decyzji, a także finalizowanie zadań z zakresu suwerenności i jej ochrony, czy też szeroko rozumianego porządku w systemie przepisów konstytucyjnych RP;
- Wystąpi destabilizacja w wzajemnych stosunkach RP z innymi krajami bądź organizacjami o zasięgu międzynarodowym;
- Będzie czynnikiem wpływającym na zaburzenie w sferze poprawnego funkcjonowania założeń, zadań ochronnych państwa czy też organizacji Sił Zbrojnych RP;
- Również wpływając na znaczącą przeszkodę w realizacji działań z zakresu operacyjno-rozpoznawczych, które wynikają z konieczności zapewnienia

⁸ Zob. Uzasadnienie rządowego projektu ustawy o ochronie informacji niejawnych oraz o zmianie niektórych ustaw z 16 lutego 2010 r., druk nr 2791, s. 1–3.

- określonego poczucia bezpieczeństwa, stabilności kraju, a także innych przejawów działań z kategorii zbrodni, zwalczania ich przez odpowiednio przeznaczone do tego służby bądź instytucje;
- Skutecznie wpływając destabilizację harmonijnego, efektywnego realizowania zadań przez przedstawicieli organów ścigania, a także szeroko rozumiany wymiar sprawiedliwości;
 - Ponadto wpływając na stabilność RP w sferze ekonomicznej i trwałości realizowanych działań w tym zakresie.

W kontekście przetwarzania informacji dokonuje się także poprzez oznaczenie informacjom niejawnym klauzuli „zastrzeżone”, w memencie, gdy nie dokonano jednego z powyższych oznaczeń z zakresu tajności. Ponadto klauzule tajności nadaje osoba do tego uprawniona. Wszelkie zależności, procedury w kontekście traktowania informacji niejawnych są uregulowane w Ustawie o ochronie informacji niejawnych z dnia 5 sierpnia 2010 roku. Przepis szczególny reguluje kwestię związaną z tym jak bardzo ważnym aspektem jest dbałość o wszelkie informacje, bowiem niedbalstwo, celowe negatywne działanie może wpłynąć na osłabienie nawet szeroko pojmowanych interesów Rzeczypospolitej⁹.

Wszelkie funkcjonujące w Polsce służby tj. CBA, ABW, AW, SKW, SWW posiadają, określone na podstawie aktu prawnego, uprawnienia do zdobywania, również niejawnie, danych osobowych. Powyższe służby mają możliwość swobodnego korzystania z określonych informacji, które zostały zebrane w toku działalności operacyjno-rozpoznawczych, przez uprawnione do tych działań określone instytucje, służby, które mogą je odpowiednio przetwarzać w kontekście ustawy o ochronie danych osobowych¹⁰. SKW powstał w 2006 roku razem z służbami takimi jak SWW, ABW, AW i CBA¹¹, której celem jest dbałość, zapewnienie ochrony SZ RP, a także innym jednostkom bądź takim, które są pod nadzorem ministra z tego zakresu, przed wszelkimi działaniami, które mogą godzić w poczucie bezpieczeństwa, trwanie i poprawne funkcjonowanie sił zbrojnych.

Aspekt bezpieczeństwa informacji jest bardzo ważny dla większości służb, które funkcjonują w strukturze RP. Od potencjalnego kandydata, pragnącego

⁹ Ustawa z dnia 5 sierpnia 2010 r. o ochronie informacji niejawnych (Dz. U. 2010 Nr 182 poz. 1228).

¹⁰ Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. o ochronie danych osobowych (Dz. U. z 2016 r., poz. 922 z późn. zm.).

¹¹ Ustawa z dnia 9 czerwca 2006 r. o Służbie Kontrwywiadu Wojskowego oraz Służbie Wywiadu Wojskowego (Dz.U. z 2014 r. poz. 253, z późn. zm.), art. 1 i 2.

być częścią służb w Polsce, wymaga się m.in. by była to osoba: „*dająca rękojmię zachowania tajemnicy stosownie do wymogów określonych w przepisach o ochronie informacji niejawnych.*”¹² Kandydat musi stanowić gwarant, iż swoją postawą, odpowiednim zachowaniem, a także podejmując określone decyzje będzie na straży dbałości o szeroko rozumiany interes państwa. Albowiem w toku naboru niejednokrotnie kandydat ma styczność ze złożonymi pytaniami na które niekiedy sam zainteresowany nie jest w stanie odpowiedzieć. Pytania charakteryzują się głęboką wnikliwością w wiele aspektów życia kandydata, ale celem zapewnienia bezpieczeństwa RP. Wszelkie informacje, których kandydat nie jest w stanie przedstawić zazwyczaj jest wzywany do weryfikacji, doprecyzowania celem dalszego procesu rekrutacyjnego. Niekiedy już na pierwszych etapach naboru kandydataura przez służbę może być odrzucona, nawet bez podania przyczyny. Dopasowanie kandydata do określonej służby jest bardzo istotna, bowiem należy rozpatrywać to na płaszczyźnie studium przypadku, albowiem jedna osoba niepożądanym zachowaniem może wpłynąć na osłabienie określonej misji, działania, służby, a także Rzeczypospolitej. Art. 5 ust. 1 pkt. 1 lit. g wskazano, iż SKW podejmuje się także działania, które mają na celu rozpoznawanie czy też wykrywanie pewnych przestępstw, które są charakteryzowane jako: (...) „*godzących w bezpieczeństwo potencjału obronnego państwa, SZ RP oraz jednostek organizacyjnych MON, a także państw, które zapewniają wzajemność*”¹³. Wobec powyższego przepisu jesteśmy w stanie wskazać, iż jak wielką wagę stanowi umiejętność kształtowania, pielęgnowania w przedstawicielach służby SKW poufności w kontekście przetwarzania informacji o różnym stopniu poufności, tajności. Zakres dostępu do takich informacji niekiedy ma silny związek z osobą, która ma nad nią pieczę, ale także z osobami z gospodarstwa domowego, styl życia, życie towarzyskie, obyczaje, nawyki, rytuały, które mogą wpłynąć na niepowetowane szkody w kontekście stabilności trwania całej Rzeczypospolitej w szerokim rozumieniu. Ustawa szczególnie regulująca funkcjonowanie SKW czy ochronę informacji niejawnych jest bardzo ważna w kontekście dbałości o suwerenność kraju, zapewnienie poczucia bezpieczeństwa jego mieszkańcom, poprzez otoczenie opieki i swoisty nadzór nad siłami zbrojnymi oraz jednostkami podległymi właściwemu ministrowi w tej kwestii. Niekiedy zwykły obywatel określany jako: „cywil” jest zdziwiony tym, jakie są realizowane procedury,

¹² <https://www.podlaski.strazgraniczna.pl/pod/komenda/sprawy-kadrowe/nabor-do-sluzby-1/23486,Nabor-do-sluzby-w-Podlaskim-Oddziale-Strazy-Granicznej.html> [dostęp: 20.04.2021].

¹³ Ustawa z dnia 9 czerwca 2006 r. o Służbie Kontrwywiadu Wojskowego oraz Służbie Wywiadu Wojskowego (Dz.U. z 2014 r. poz. 253, z późn. zm.), Art. 5 ust. 1 pkt. 1 lit. G.

działania w celu zapewnienia bezpieczeństwa na poziomie dokumentacji wewnętrznej, zapewnienia ochrony wizyjnej, pracowniczej nad danymi informacjami i z jakimi wiąże się to kosztami. Jednakże dbałość o wiele aspektów w państwie na poziomie do szczególności wpływa na większy gwarant stabilności kraju, ochrony jego interesów na arenie międzynarodowej. Polska w kontekście prawa międzynarodowego posiada wiele umów podpisanych z różnymi krajami, bardzo często są one wynikiem odpowiedniej postawy w dyplomacji, działaniom wewnątrz kraju, które wpływają na postrzeganie RP przez inne kraje, które wyrażają chęć w ramach współpracy na różnych płaszczyznach wpływając m.in. na rozwój gospodarczy, zbrojny kraju. Dbłość i trwanie „twardych” przepisów, norm, reguł w kontekście obrotu, przetwarzania informacji jest bardzo ważna w perspektywie zachowania stabilności i harmonii w kraju w przyszłości.

Bibliografia

1. Cieślarczyk M., *Kultura bezpieczeństwa i obronności*, Wyd. AP, Siedlce 2010, s. 210; J. Piwowarski, *Rozwój osobowości jako przyczynek do konstrukcji autonomicznego systemu bezpieczeństwa*, [w:] „Zeszyt Problemowy. Nauka – Praktyka – Refleksja” WSBPiI „Apeiron”, nr 2, Kraków 2011, s. 31.
2. Dz.U. z 1999 r. Nr 11, poz. 95 ze zm.
3. Dz.U. z 2010 r. Nr 182, poz. 1228.
4. <https://www.podlaski.strazgraniczna.pl/pod/komenda/sprawy-kadrowe/nabor-do-sluzby-1/23486,Nabor-do-sluzby-w-Podlaskim-Oddziale-Strazy-Granicznej.html> [dostęp: 20.04.2021].
5. Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r., Dz.U. 1997, nr 78, poz. 483 ze zm.
6. Oleński J., *Elementy ekonomiki informacji*, Uniwersytet Warszawski, Warszawa 2000, s. 40.
7. Oleński J., *Ekonomika informacji. Podstawy*, Polskie Wydawnictwo Ekonomiczne, Warszawa 2001, s. 310.
8. Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. o ochronie danych osobowych (Dz. U. z 2016 r., poz. 922 z późn. zm.).

9. Ustawa z dnia 9 czerwca 2006 r. o Służbie Kontrwywiadu Wojskowego oraz Służbie Wywiadu Wojskowego (Dz.U. z 2014 r. poz. 253, z późn. zm.), art. 1 i 2.
10. Ustawa z dnia 5 sierpnia 2010 r. o ochronie informacji niejawnych (Dz. U. 2010 Nr 182 poz. 1228).
11. Zob. Uzasadnienie rządowego projektu ustawy o ochronie informacji niejawnych oraz o zmianie niektórych ustaw z 16 lutego 2010 r., druk nr 2791, s. 1–3.

PROTECTION OF CLASSIFIED INFORMATION IN POLISH MILITARY COUNTERINTELLIGENCE

Summary: The aim of the article is to lean and discuss in detail the issue related to a particular type of protection of information, i.e. classified information in relation to the Counterintelligence Military Service in the Republic of Poland. In the context of the protection of classified information, the Act of 5 August 2010 on the protection of classified information (Journal of Laws of 2018, item 412, as amended) has its foundation, and it sets out the principles for the protection of information, the disclosure of which would Or could affect the occurrence of damage to the Republic of Poland. In doing so, it undertakes assessments of the legitimacy of taking care of the institution of classified information in the military counterintelligence of the Republic of Poland. Resuming, the aim of the article is the analysis, dynamics, universality of the Law on Protection of Classified Information based on the functioning of counterintelligence service in the Republic of Poland through the analysis on the principle from the general to the specific, referring to specific sources of law, taking into account the advantages and disadvantages, functions of such protection and paying attention to the protection of classified information in the context of candidates and employees in the military counterintelligence service of the Republic of Poland.

Keywords: secret, protection, national security, military counterintelligence.

ASSESSMENT CRITERIA OF INDIVIDUAL CHARACTER OF INDUSTRIAL DESIGNS

Summary: The paper below is devoted to assessment criteria of individual character of industrial designs. Pursuant to Article 104 of p.w.p., industrial design shall be considered to have individual character if the overall impression it produces on the informed user differs from the overall impression produced on such a user by any design which has been made available before the date according to which priority is determined. In assessing the individual character, the degree of freedom of the designer in developing the design shall be taken into consideration. Analogically to the EU regulation, in assessing individual character, the criterion of the overall impression and freedom of the designer in developing the design are of vital importance.

Keywords: industrial design, overall impression, the degree of freedom of the designer, informed user.

ORCID: 0000-0003-1281-9446.

GENERAL INFORMATION

Industrial design is one of industrial property rights whose aim is to protect the external appearance of an industrial or craft product. They may include both two-dimensional products, e.g. labels, graphic designs, logos or ornamentations, and three-dimensional ones – chairs, tables or sofas².

¹ MA, Department of Intellectual Property Law, Public Economic Law and Labor Law, Faculty of Law, University of Białystok; correspondence address: ul. Adama Mickiewicza 1, 15-213 Białystok, Poland.

² B. Munari, *Design as Art*, Penguin Books 2019, p. 33, 101.

Pursuant to Article 102(1) of the Industrial Property Law Act³ of 30 June 2000, industrial design is a form of a product or its part which is new and has individual character given to it especially by the characteristics of its lines, contours, shapes, colors, texture or material and its ornamentation. There is a great convergence in the wording between the Polish definition of industrial design and definitions of the concept of ‘design’ contained in Council Regulation (EC) No 6/2002 of 12 December 2001 on Community designs⁴ and Directive 98/71/EC of the European Parliament and of the Council of 13 October 1998 on the legal protection of designs⁵.

A purpose of this paper is the analysis of criteria based on which the assessment of individual character of industrial design is made. This objective will be achieved through the analysis of the doctrine’s opinions thereon and European case-law. Basic research methods used in the paper embrace the critical analysis of the subject literature and deductive method.

THE CRITERION OF DIFFERENT OVERALL IMPRESSIONS

The concept of overall impression has not been defined by the Polish legislator analogically to the EU regulation. The meaning of this term has been further clarified by the relevant case-law and doctrine. Overall impression is understood as a complete and comprehensive impression. The opinion of the doctrine’s representatives thereon, among others of J. Sieńczyło-Chlabicz⁶, should be approved of. She rightly emphasizes that overall impression is mainly a visual one because eye perception is a dominant way of learning about a product. It seems, however, that analogically to arguments presented in the EU regulation, it should be assumed that in the wake of the scheduled reform of industrial design law, it would be reasonable to consider whether overall impression should solely be based on the visual impression or on the perception of other senses as well. Undoubtedly, the assessment of individual character is predominantly made by the sense of sight and visual impressions. Nevertheless, it is worth considering whether cognitive potentials

³ Industrial Property Law Act of 30 June 2000 (Journal of Laws of 2021, item 324) – hereinafter referred to as p.w.p.

⁴ Council Regulation (EC) No 6/2002 of 12 December 2001 on Community designs (EC Official Journal L 003, 05.01.2002), hereinafter referred to as Regulation 6/2002.

⁵ Directive 98/71/EC of the European Parliament and of the Council of 13 October 1998 on the legal protection of designs, i.e. EC Official Journal L 289, 28.10.1998, hereinafter referred to as Directive 98/71.

⁶ J. Sieńczyło-Chlabicz, Komentarz do art. 104 p.w.p. (in:) Prawo własności przemysłowej. Komentarz, Legalis 2020, point 17.

of industrial designs could be extended. This could certainly be considered a form of industrial design law modernization, similar to non-conventional trademarks. One of the essential advantages of non-conventional trademarks is the fact that sound, taste or smell markings may be perceived by unsighted people too⁷.

Pursuant to Article 104 of p.w.p., industrial design has individual character if the overall impression it produces on the informed user differs from the overall impression produced on such a user by any design which has been made available before the date according to which priority is determined⁸.

In assessing individual character of a design, we should consider the overall impression a specific design produces on the informed user. A given design shall be considered to have individual character provided it evokes a different overall impression than the impression evoked by a counter-design⁹.

The prerequisite of individual character derives from the German judicial practice. It was incorporated into the Polish legal order by the Act of 6 June 2002 amending the Industrial Property Law Act¹⁰ in order to approximate Polish law concerning industrial designs to the EU law. A fundamental difference therein was the replacement of the requirement of design's originality by the prerequisite of individual character¹¹.

A purpose of the test of individual character of a design is to establish the degree of difference between the designs. The test of individual character is not based on the essence of the design and skills necessary to create it. It is an objective test which is based on the impression a given design produces on the informed user¹².

The Polish doctrine points out that point 13 of the preamble to Directive 98/71 is helpful in determining the content of the concept of individual character of industrial design. According to A. Tischner, however, the Polish translated version of Directive 98/71 departs from the Directive's original wording, which becomes apparent after comparing the wordings of the Directive in Polish, English, German and French versions. A. Tischner

⁷ <http://iplectual.pl/pl/zniesienie-wymogu-graficznej-przedstawialnosci-dla-krajowych-znakow-towarowych> [02.02.2021].

⁸ S. Zeuner, A. Wininger, Community Design - A New IP Right for a 450 Million Consumer Market, Intellectual Property Law Newsletter 2005, Vol. 23, Issue 3, p. 35.

⁹ D. Stone., EU Design Cases Looking up, Managing Intellectual Property 2016, Vol. 28, p. 28.

¹⁰ Journal of Laws of 2002, No 108, item 945.

¹¹ J. Steńczyło – Chłabicz, Przesłanki zdolności rejestrowej wzoru przemysłowego, Zeszyty Naukowe Sądownictwa Administracyjnego 2011, No 3, p. 68.

¹² D. Musker, Art. 6 CDR Commentary. (in:) Concise European Trade Mark and Design Law, ed. Ch. Gielen, V. von Bomhard, Kluwer Law International 2001, p. 368.

points out that the English term ‘the existing design corpus’ has been wrongly expressed in the Polish language version as ‘*istniejąca całość wzoru*’ (which would correspond to ‘the existing design completeness’). A. Tischner suggests replacing it with a more adequate term, i.e. ‘*istniejący zasób (zbiór) wzorów*’ (which would correspond to ‘the existing design output (set)’). It seems that such a solution has been confirmed in case-law because in the Court of Justice of the European Union’s judgment of 19 June 2014 in *Karen Millen Fashions Ltd v. Dunnes Stores* cae, Dunnes Stores, the Court explains this term as ‘the existing design corpus’¹³ (expressed therein in Polish as ‘*dotychczasowy dorobek wzorniczy*’, which would correspond to ‘the existing design output’), which is much closer to understanding this concept as the design output rather than the existing design completeness. In the above-mentioned judgment, the CJEU also provides other hints indicating how to interpret the concept of individual character. The Court explains that in order for the design to be considered to have individual character, the overall impression which that design produces on the informed user must be different from that produced on such a user not by a combination of features taken in isolation and drawn from a number of earlier designs, but by one or more earlier designs, taken individually¹⁴.

THE SCOPE OF DESIGNS COMPARISON BASED ON THE CRITERION OF OVERALL IMPRESSION

The test of individual character should be carried out on the basis of the appearance of the whole design. Regardless of the number of details both designs differ in, when the overall impression produced by the design embraces one of their similarities, the design will not have individual character. In assessing individual character of a design, the degree of freedom of the designer in developing the design shall be taken into consideration¹⁵. In some cases, even slight differences between designs may be considered significant if the overall impression produced by the design is different¹⁶.

Interpretative problems are created by the concept of a ‘different overall impression’. This term has been defined neither by the legislator nor

¹³ Judgment of the Court of 19 June 2014, case C-345/13, *Karen Millen Fashions Ltd v Dunnes Stores and Dunnes Stores (Limerick) Ltd*, ECLI:EU:C:2014:2013, points 31-32.

¹⁴ Judgment of the Court of 19 June 2014, case C-345/13, *Karen Millen Fashions Ltd v Dunnes Stores and Dunnes Stores (Limerick) Ltd*, ECLI:EU:C:2014:2013, point 35.

¹⁵ D. Stone., *EU Design Cases Looking up, Managing Intellectual Property 2016*, Vol. 28, p. 28.

¹⁶ U. Suthersanen, *Design Law in Europe*, London 2000, Sweet & Maxwell, 1st edition, p. 38.

the doctrine or case-law. It should be emphasized that visual impressions play the greatest role in the assessment of overall impression. However, A. Wojciechowska¹⁷ underlines that we should remember that the opinion according to which solely external elements that are perceived by the sense of sight are subject to the protection of the right in registration derives neither from the p.w.p. provisions nor the EU law. Undoubtedly, in accordance with the opinion prevailing in the Polish doctrine and case-law, solely elements perceived by the sense of sight can be subject to the right in registration. The same view has also been presented by the EU Court in Grupo Promer case - the Court concluded that the 'overall impression' Article 9(1) of Directive 98/71 refers to must be a visual one.

What evokes doubts is the question whether only those features that are perceived visually can be recognized as design features, or perhaps also those that may be perceived by other senses. Such a conclusion could be drawn on the ground of historical arguments and drafting works on the EU industrial design law. The historical concept of a design was not only based on the design features perceived by sight but other senses too, among others the sense of touch.

In assessing individual character, the concept of overall impression implies it is 'a visual test' which assesses those elements of the design that can be perceived by an eye. However, with regard to designs where a key role is played by texture or fabric, it seems appropriate to consider not only visual elements of the design but all elements thereof including those perceived by senses other than sight¹⁸.

In assessing individual character, a disputable issue arising numerous doubts is the question about the required character of a difference between both designs. Initially, the term 'clear difference' was to be used in the draft directive but eventually it was renounced. It results from recital 13 of the preamble to Directive 98/71 that the assessment as to whether a design has individual character should be based on determination of the existence of a clear difference between the overall impression produced on the informed user. According to A. Wojciechowska, preamble to Directive 98/71 has not been harmonized with the Directive provisions, which creates difficulties

¹⁷ A. Wojciechowska, *Wzory przemysłowe- warunki uzyskania prawa z rejestracji w świetle ustawy – Prawo własności przemysłowej oraz regulacji wspólnotowej*", Radca Prawny 2004, no 3, p. 11.

¹⁸ U. Suthersanen, *Design Law in Europe*, London 2000, Sweet & Maxwell, 1st edition, p. 39.

in their proper interpretation¹⁹. M. Poźniak- Niedzielska²⁰ has adopted a position consistent with the adoption of the criterion of a clearly different overall impression. This issue evokes doubts because until the prerequisite of the overall impression a given design produces on the informed user is not interpreted convergently, the criterion of a difference will certainly be solely adopted in some cases while in others, the criterion of a clear difference, which is absolutely not a desired solution. It should be remembered that predominant features of a design may in some cases determine the overall impression produced by a given design. For this reason, the assessment of the importance of a given feature for the overall impression generated by a design helps to assess the overall impression it produces on the informed user²¹.

The overall impression produced on the informed user should be compared with the overall impression produced on this user by a prior design. A design has individual character if any design which has been made available to the public before does not have predominant features corresponding to the design it is compared to, and when the features of a design correspond to the features of any design which has been made available to the public before but at least one of the features that has been repeated does not correspond to the features existing in a prior design²².

THE CRITERION OF FREEDOM OF THE DESIGNER IN DEVELOPING THE DESIGN

In assessing individual character, two criteria that should be taken into account while carrying out such an assessment have been indicated. In order to examine individual character, it is absolutely necessary to explain the concept of overall impression and the criterion of freedom of the designer in developing the design because the assessment of individual character should be made on the grounds of these concepts²³.

¹⁹ A. Wojciechowska, *Wzory przemysłowe- warunki uzyskania prawa z rejestracji w świetle ustawy – Prawo własności przemysłowej oraz regulacji wspólnotowej*", *Radca Prawny* 2004, no 3, p. 11.

²⁰ M. Poźniak – Niedzielska, *Ochrona wzorów przemysłowych w prawie europejskim*, *Europejski Przegląd Sądowy* 2007, no 1, p. 5.

²¹ P. Maier, M. Schlötelburg, *Manual on the European Community Design*, Köln: Heymanns 2003, p. 13.

²² P. Maier, M. Schlötelburg, *Manual on the European Community Design*, Köln: Heymanns 2003, p. 13.

²³ K. Moore, *Anatomy of a Design Regime*, *Indiana Journal of Global Legal Studies* 2015, Vol. 22, Issue 2, p. 792.

The degree of freedom of the designer in developing the design may be limited with regard to two aspects: the design's function and the existing design corpus. In accordance with the relevant case-law, the designer's degree of freedom in developing his design is established, *inter alia*, by the constraints of the features imposed by the technical function of the product or an element thereof²⁴. Depending on the desired effect, a designer favors simpler or more original and sophisticated configurations and shapes²⁵.

For instance, the degree of freedom of the designer in the case of a bottle will be restrained by its application. Since a bottle is intended to store liquids, it must, *inter alia*, be sealed with a cap. A bottle designer is also restrained by the existing design corpus within this scope. In the above case, the degree of freedom of the designer is not high because the existing design corpus in this field is wide while designing restrictions resulting from the product's technical function, *i.e.* storing liquid, have a strong impact on limiting this freedom. In consequence, the bottle that is slightly different from the prior design may be considered to have individual character.

The likelihood of creating a new design differing from those that have been made available before is smaller if the design relates to the branch where many similar designs have already been made available. When freedom of the designer in developing the design is much restricted, smaller differences between designs are sufficient to acknowledge that the design has individual character. If the degree of freedom of the designer is high, the design may be considered to have individual character only if the designs differ significantly.

The degree of freedom of the designer in developing the design should each time be analyzed with reference to the relevant branch of industry where a given design is used. The branch should not be extended in relation to the area wherein the assessment is made because it will lead to a wrong assumption that a designer enjoyed a very wide degree of freedom. The degree of freedom of the designer should be assessed separately in each case.

In the judgment of 13 November 2012²⁶ the Court found that the degree of freedom of the designer should be considered high or very high if various cross-sections of the same product can be imagined, and if the product

²⁴ Judgment of 18 March 2010, *Grupo Promer Mon Graphic – PepsiCo*, T-9/07, EU:T:2010:96, point 67.

²⁵ B. Munari, *Design as Art*, Penguin Books 2019, p. 117.

²⁶ Judgment of the Court of 13 November 2012, *Antrax It Srl v OHIM*, in joined cases T-83/11 and T-84/11, EU:T:2012:592, points 46-52, similar: Judgment of the Court of 5 July 2017 in *Gamet S.A. v EUIPO* case, T-306/16, EU:T:2017:466, points 45–47.

can be manufactured in a great variety of different shapes, colors and with the use of a wide range of materials.

Furthermore, the degree of freedom of the designer should also be considered high if the description of a given product is very wide and does not contain any precise information about the product's type or function, and when constraints of functionality relating to the presence of certain basic elements cannot influence, to a significant degree, the product's shape and general appearance because it may take various shapes and may be subject to various solutions²⁷.

THE IMPACT OF THE DEGREE OF FREEDOM OF THE DESIGNER ON THE ASSESSMENT OF DESIGN'S INDIVIDUAL CHARACTER

The degree of freedom of the designer in developing the design is a criterion based on which individual character of industrial design should be assessed. A margin of the designer's freedom affects the character of necessary differences occurring between the designs so that a given design could be deemed to have individual character, i.e. whether these differences must be significant or whether only slight differences are sufficient²⁸. The issue of the assessment of the degree of freedom of the designer has been widely discussed in the European courts case-law.

In *Antrax It Srl v EUIPO* case the Court found that a general design trend cannot be regarded as a factor which restricts the designer's freedom since it is precisely that freedom which allows designing new solutions in the context of an existing trend in a given field²⁹. The Court's right position thereon should be approved of because designers should be independent in creating a design and they should attempt to create unique designs. Due to this, it should be stated that the Court

²⁷ Judgment of the Court of 15 October 2015 in *Promarc Technics s.c. Tomasz Pokrywa, Rafał Natorski v EUIPO* case, T-251/14, EU:T:2015:780, point 55, similar: Judgment of the Court of 14 June 2011 in *Sphere Time v EUIPO* case, T-68/10, EU:T:2011:269, points 68 and 69; Judgment of the Court of 21 November 2013 in *El Hogar Perfecto del Siglo XXI, SL v EUIPO* case, T-337/12, EU:T:2013:601, points 36–39; Judgment of the Court of 29 October 2015 in *Roca Sanitario, SA v EUIPO* case, T 334/14, EU:T:2015:817, points 45–52.

²⁸ K. Szczepanowska- Kozłowska, *Zdolność rejestracyjna wzoru w prawie Unii Europejskiej*, *Przegląd Prawa Handlowego* 2005, no 3, p. 47.

²⁹ Judgment of the Court of 13 November 2012 in *Antrax It Srl v EUIPO* joined cases T-83/11 and T-84/11, ECLI:EU:T:2012:592, point 95.

was right to assume that a general design trend cannot be regarded as a restriction of the designer's freedom.

In *Shenzhen Taiden Industrial Co. Ltd v EUIPO* case the Court observed that the question whether a design does or does not follow a general design trend is relevant, at the most, in relation to the aesthetic perception of the design concerned and can therefore, possibly, have an influence on the commercial success of the product in which the design is incorporated³⁰. By contrast, it is not relevant in the examination of the individual character of the design concerned, which consists in verifying whether the overall impression produced by it differs from the overall impressions produced by the designs made available earlier, irrespective of the aesthetic or commercial considerations³¹.

The issue of the relation between the degree of freedom of the designer and individual character of industrial design has also been examined by the EU Court in *H&M Hennes & Mauritz BV & Co. KG v EUIPO* case³².

In the Court's opinion, the factor relating to the freedom of the designer in developing the contested design cannot on its own determine the assessment of individual character of this design even though it is a factor that allows to make such assessment and, as such, it has to be taken into consideration. The degree of freedom of the designer in developing the design cannot be recognized as an independent factor which determines how different two designs have to be to acknowledge that one of them has individual character.

Considering the impact of the degree of freedom of the designer on the assessment of individual character of industrial design, it could be observed that the formula of inverse proportion applies therein. When a designer enjoys much freedom in developing the design, slight differences are less often sufficient to produce a different overall impression on the informed user. When, on the other hand, a designer enjoys much limited freedom, slight

³⁰ Buchwalter J., Glenn J., Music Biro K.E., Babb Morris J.D. and M., Ornamentality as related to patentability of designs, *Corpus Juris Secundum* June 2020, Volume 69, § 115, p. 2.

³¹ Judgment of the Court of 22 June 2010 in *Shenzhen Taiden Industrial Co. Ltd v EUIPO* case, T-153/08, ECLI:EU:T:2010:248, point 58, similar: Judgment of the Court of 4 February 2014 in *Sachi Premium-Outdoor Furniture v EUIPO* case, T-357/12, ECLI:EU:T:2014:55, point 24, Judgment of the Court of 17 November 2017 in *Ciarko sp. z o.o. sp.k. v EUIPO* case, ECLI:EU:T:2017:819, point 58, Judgment of the Court of 4 February 2014 in *Sachi Premium-Outdoor Furniture v EUIPO* case, T-357/12, ECLI:EU:T:2014:55, point 24.

³² Judgment of the Court of 10 September 2015 in *H&M Hennes & Mauritz BV & Co. KG v EUIPO* case, T-525/13, ECLI:EU:T:2015:617, point 35, similar: Judgment of the Court of 4 July 2017 in *Thomas Murphy v EUIPO* case, T-90/16, ECLI:EU:T:2017:464, point 38.

differences occurring between the designs could be sufficient to produce a different overall impression on the informed user³³.

It has been confirmed in the European case-law that in result of a high degree of freedom of the designer, designs which do not demonstrate significant differences produce the same overall impression on the informed user. In consequence, the contested design has no individual character. On the other hand, however, a small degree of freedom of the designer favors the adoption of the solution according to which even minor differences between the designs could produce a different overall impression on the informed user and, in consequence, decide that the contested design has individual character³⁴.

CONCLUSION

Individual character of industrial design should be assessed on the grounds of two statutory criteria: the criterion of overall impression and the degree of freedom of the designer. Analogical criteria to evaluate this prerequisite have been envisaged in Directive 98/71 and Regulation 6/2002.

Industrial design has no individual character if the overall impression it produces does not differ from the overall impression produced by the design which have been made available earlier³⁵. The lack of individual character should be assessed in a different way than the lack of design's novelty. Considering whether a given design has individual character, should not we take into account the appearance of the whole design rather than its individual elements as in the case of the examination of design's novelty³⁶?

Regardless of the number of details differentiating both designs, if the overall impression it produces is different, the design will have individual character. The very size of differences between the designs itself does not have a decisive character therein because even minor differences between the designs can be assumed as significant if the overall impression produced

³³ K. Szczepanowska- Kozłowska, *Zdolność rejestracyjna wzoru w prawie Unii Europejskiej*, *Przegląd Prawa Handlowego* 2005, no 3, p. 47.

³⁴ Judgment of the Court of 9 September 2011 in Kwang Yang Motor Co., Ltd v EUIPO case, T-10/08, EU:T:2011:446, point 33, Judgment of the Court of 13 November 2012 in Antrax It Srl v OHIM joined cases T-83/11 and T-84/11, EU:T:2012:592, point 45, Judgment of the Court of 21 June 2018 in Haverkamp IP GmbH v EUIPO case, T-227/16, EU:T:2018:370, point 54.

³⁵ M. Poźniak- Niedzielska, *Ochrona wzorów przemysłowych w prawie europejskim*, *Europejski Przegląd Sądowy* 2007, no 1, p. 5.

³⁶ K. Szczepanowska- Kozłowska, *Zdolność rejestracyjna wzoru w prawie Unii Europejskiej*, *Przegląd Prawa Handlowego* 2005, no 3, p. 48.

by the design is different³⁷. The importance of these differences for the overall impression produced by a given design should be taken into account³⁸ while the assessment whether the design produces different overall impression or not should be made on the basis of the above-mentioned consideration³⁹.

Furthermore, assessing individual character of the design, the degree of freedom of the designer in developing the design should be taken into account as well⁴⁰. The criterion of the degree of freedom of the designer is essential when the design is created and, consequently, when assessing whether the design has individual character. Each and every time, it must be assessed how much freedom has the designer actually enjoyed. In developing the design, many factors must be included therein, for instance, specific features, character and purpose of the product the design refers to, or the features resulting from selling the product. The greater the freedom of the designer in developing the design, the larger the differences between the designs should be⁴¹. If the designer enjoys only limited freedom in developing the design due to technical limitations imposed by the product, the designs may differ insignificantly but produce a different overall impression.

Summing up, individual character of industrial design should be assessed on the grounds of the criteria provided for by the legislator. These concepts have been specified more precisely by the doctrine and relevant case-law. Additionally, the overall impression produced by a given design and the degree of the designer's freedom in developing the design should be considered separately in each and every case.

BIBLIOGRAPHY

Legal acts

1. Council Regulation (EC) No 6/2002 of 12 December 2001 on Community designs (EC Official Journal, L 003 of 2002, p. 1 as amended).

³⁷ U. Suthersanen, *Design Law in Europe*, London 2000, Sweet & Maxwell, 1st edition, p. 38.

³⁸ M. Poźniak- Niedzielska, *Ochrona wzorów przemysłowych w prawie europejskim*, *Europejski Przegląd Sądowy* 2007, no 1, p. 5.

³⁹ Ionescu. O.J., *Condition for the Existence of the Individual Character of a Design*, *Romanian Journal of Intellectual Property Law* 2013, Issue 3, p. 92.

⁴⁰ D. Stone., *EU Design Cases Looking up*, *Managing Intellectual Property* 2016, Vol. 28, p. 28.

⁴¹ K. Moore, *Anatomy of a Design Regime*, *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 2015, Vol. 22, p. 799.

2. Directive 98/71/EC of the European Parliament and of the Council of 13 October 1998 on the legal protection of designs (EC Official Journal, L 289 of 28.10.1998).
3. Industrial Property Law Act of 30 June 2000 (Journal of Laws of 2021, item 324).

The Court of Justice of the European Union case-law

1. Judgment of 19 June 2014, case C-345/13, Karen Millen Fashions Ltd v Dunnes Stores and Dunnes Stores (Limerick) Ltd, ECLI:EU:C:2014:2013.

European Union Court case-law

1. Judgment of 18 March 2010, Grupo Promer Mon Graphic – PepsiCo, T-9/07, EU:T:2010:96.
2. Judgment of 22 June 2010 in Shenzhen Taiden Industrial Co. Ltd v EUIPO case, T-153/08, ECLI:EU:T:2010:248.
3. Judgment of 14 June 2011 in Sphere Time v EUIPO case, T-68/10, EU:T:2011:269.
4. Judgment of 9 September 2011 in Kwang Yang Motor Co., Ltd v EUIPO case, T-10/08, EU:T:2011:446.
5. Judgment of 13 November 2012 in Antrax It Srl v OHIM joined cases T-83/11 and T-84/11, EU:T:2012:592.
6. Judgment of 5 July 2017 in Gamet S.A. v EUIPO case, T-306/16, EU:T:2017:466.
7. Judgment of 21 November 2013 in El Hogar Perfecto del Siglo XXI, SL v EUIPO case, T-337/12, EU:T:2013:601.
8. Judgment of 4 February 2014 in Sachi Premium-Outdoor Furniture v EUIPO case, T-357/12, ECLI:EU:T:2014:55.
9. Judgment of 15 October 2015 in Promarc Technics s.c. Tomasz Pokrywa, Rafał Naturski v EUIPO case, T-251/14, EU:T:2015:780.
10. Judgment of 29 October 2015 in Roca Sanitario, SA v EUIPO case, T 334/14, EU:T:2015:817.

11. Judgment of 4 July 2017 in Thomas Murphy v EUIPO case, T-90/16, ECLI:EU:T:2017:464.
12. Judgment of 17 November 2017 in Ciarko sp. z o.o. sp.k. v EUIPO case, ECLI:EU:T:2017:819.
13. Judgment of 21 June 2018 in Haverkamp IP GmbH v EUIPO case, T-227/16, EU:T:2018:370.

Literature

1. Buchwalter J., Glenn J., Music Biro K.E., Babb Morris J.D. and M., Ornamentality as related to patentability of designs, *Corpus Juris Secundum* June 2020, Vol. 69, Issue 115
2. Ionescu O.J., Condition for the Existence of the Individual Character of a Design, *Romanian Journal of Intellectual Property Law* 2013, Issue 3
3. Maier P., Schlötelburg M., *Manual on the European Community Design*, Köln: Heymanns 2003
4. Moore K., Anatomy of a Design Regime, *Indiana Journal of Global Legal Studies* 2015, Vol. 22, Issue 2
5. Munari B., *Design as Art*, Penguin Books 2019
6. Musker D., Art. 6 CDR Commentary. (in:) *Concise European Trade Mark and Design Law*, ed. Ch. Gielen, V. von Bomhard, Kluwer Law International 2001
7. Poźniak – Niedzielska M., Ochrona wzorów przemysłowych w prawie europejskim, *Europejski Przegląd Sądowy* 2007, no 1
8. Sieńczyło – Chłabcz J., Przesłanki zdolności rejestrowej wzoru przemysłowego, *Zeszyty Naukowe Sądownictwa Administracyjnego* 2011, no 3
9. Sieńczyło-Chłabcz J., Komentarz do art. 104 p.w.p. (in:) *Prawo własności przemysłowej. Komentarz.*, Warszawa 2020, Legalis
10. Stone D., *EU Design Cases Looking up, Managing Intellectual Property* 2016, Vol. 28
11. Suthersanen U., *Design Law in Europe*, London 2000, Sweet & Maxwell, 1st edition

12. Szczepanowska- Kozłowska K., Zdolność rejestracyjna wzoru w prawie Unii Europejskiej, *Przegląd Prawa Handlowego* 2005, no 3
13. Wojciechowska A., Wzory przemysłowe- warunki uzyskania prawa z rejestracji w świetle ustawy – Prawo własności przemysłowej oraz regulacji wspólnotowej", *Radca Prawny* 2004, no 3
14. Zeuner S., Wininger A., Community Design - A New IP Right for a 450 Million Consumer Market, *Intellectual Property Law Newsletter* 2005, Vol. 23, Issue 3

Internet resources

<http://iplectual.pl/pl/zniesienie-wymogu-graficznej-przedstawialnosci-dla-krajowych-znakow-towarowych> (accessed on 5 January 2022)