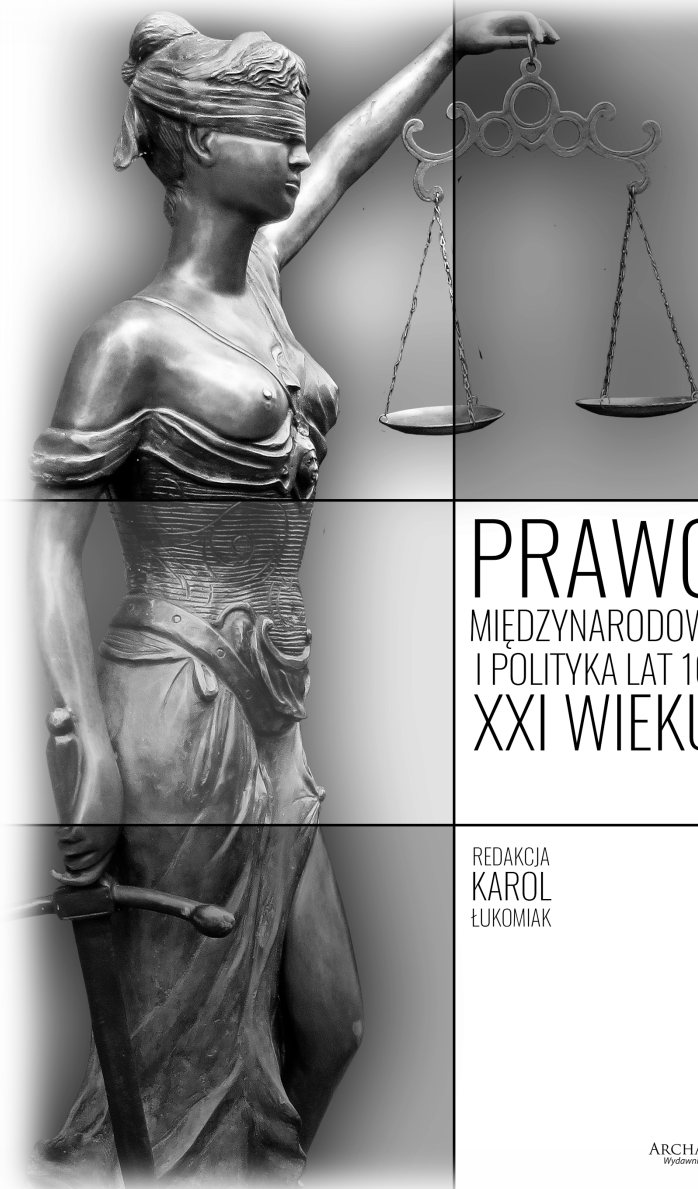


PRAWO MIĘDZYNARODOWE I POLITYKA LAT 10. XXI WIEKU

REDAKCJA
KAROL
ŁUKOMIAK

PRAWO
MIĘDZYNARODOWE
I POLITYKA LAT 10.
XXI WIEKU

REDAKCJA
KAROL ŁUKOMIAK



PRAWO MIĘDZYNARODOWE I POLITYKA LAT 10. XXI WIEKU

REDAKCJA
KAROL
ŁUKOMIAK

ARCHAEGRAPH
Wydawnictwo Naukowe

REDAKCJA
KAROL ŁUKOMIAK

RECENZENCI

DR HAB. RADOŚLAW KRAJEWSKI, PROF. UKW
DR RADEK RAFAŁ WASILEWSKI
DR KRZYSZTOF ZDULSKI

KOREKTA REDAKTORSKA
KAROL ŁUKOMIAK
DIANA ŁUKOMIAK

SKŁAD I PROJEKT OKŁADKI
KAROL ŁUKOMIAK

© COPYRIGHT BY AUTHORS & ARCHAEGRAPH

ISBN: 978-83-66035-99-7

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

ORAZ W REPOZYTORIUM CYFROWYM BIBLIOTEKI NARODOWEJ
I PROFILACH AUTORÓW W INTERNETOWYCH SERWISACH NAUKOWYCH

ARCHAEGRAPH
Wydawnictwo Naukowe

ŁÓDŹ 2021

SPIS TREŚCI

PODLEGANIE UBEZPIECZENIOM SPOŁECZNYM PRZEZ CUDZOZIEMCÓW PRACUJĄCYCH W POLSCE	7
(DOMINIKA DYKIER)	
PRAWO UCHODźCÓW DO EDUKACJI WYZWANIEM XXI WIEKU	17
(DOMINIKA KUŹNICKA- BŁASZKOWSKA)	
ZJAWISKO PRZESTĘPCZOŚCI NIELETNICH W POLSCE W LATACH 2008-2018	37
(MONIKA NIEDŹWIECKA)	
TRANSATLANTYCKIE PARTNERSTWO HANDLOWO-INWESTYCYJNE JAKO STRATEGIA POLITYKI ZAGRANICZNEJ B. OBAMY WOBEC EUROPY	55
(IGA KLESZCZYŃSKA)	
ORGANIZACJA APARATU WYMIARU SPRAWIEDLIWOŚCI W REPUBLICE FEDERALNEJ NIEMIEC	67
(ARTUR ORZEŁ)	
REGUŁY HASKIE DOTYCZĄCE ARBITRAŹU BIZNES/PRAWA CZŁOWIEKA: NOWY TYP ARBITRAŹU W PRAWIE MIĘDZYNARODOWYM?	81
(MACIEJ GAJOS)	
DYREKTYWA PARLAMENTU EUROPEJSKIEGO I RADY 2012/28/UE Z DNIA 25 PAŹDZIERNIKA 2012 R. W SPRAWIE NIEKTÓRYCH DOZWOLONYCH SPOSOBÓW KORZYSTANIA Z UTWORÓW OSIEROCONYCH I JEJ IMPLEMENTACJA DO PRAWA POLSKIEGO	107
(KAROLINA NAWŁATYNA)	
WIELORYBNICTWO – MIĘDZYNARODOWE REGULACJE PRAWNE ORAZ ANALIZA ZAGADNIENIA NA PRZYKŁADZIE ISLANDII	133
(PAULINA KOZIOŁ)	
POJĘCIE RAJU PODATKOWEGO. MIĘDZYNARODOWE SPOSOBY WYKORZYSTYWANIA OAZ PODATKOWYCH	149
(PATRYCJA KULAK)	
ZASADA BUDZENIA ZAUFANIA I UZASADNIONYCH OCZEKIWAŃ W ŚWIELE POSTĘPOWANIA ADMINISTRACYJNEGO NA TLE USTAWY – PRAWO PRZEDSIĘBIORCÓW	177
(MACIEJ KUJAWA)	

ZJAWISKO POSTĘPUJĄCEJ INTERNACJONALIZACJI PRAWA PODATKOWEGO – PODSUMOWANIE DRUGIEJ DEKADY XXI W.	195
(ALEKSANDRA TYCHMAŃSKA)	
NIEODPŁATNA POMOC PRAWNA – REGULACJE PRAWNE, A PRAKTYKA	215
(WERONIKA WOŻNA-BURDZIAK)	
PRAWNOMIĘDZYNARODOWY STATUS MORZA KASPIJSKIEGO	229
(SZYMON WIŚNIEWSKI)	
POLITYKA ROSJI WOBEC WYBRANYCH KONFLIKTÓW NA OBSZARZE POSTRADZIECKIM	243
(OLGA LOZOVA)	

PODLEGANIE UBEZPIECZENIOM SPOŁECZNYM PRZEZ CUDZOZIEMCÓW PRACUJĄCYCH W POLSCE

DOMINIKA DYKIER

ABSOLWENTKA WYDZIAŁU PRAWA I ADMINISTRACJI,
UNIwersytet im. Adama Mickiewicza w Poznaniu

WPROWADZENIE

Przystąpienie Polski do Unii Europejskiej nie tylko przyczyniło się do migracji obywateli w celu poszukiwania pracy w innych państwach członkowskich, ale również ułatwiło dostęp cudzoziemców do polskiego rynku pracy. Jedną z naczelných zasad zagwarantowanych w Traktacie o funkcjonowaniu Unii Europejskiej¹ stanowi, że przepływ osób wewnątrz wspólnoty jest swobodny. Oznacza to, że obywatele państw członkowskich mogą swobodnie przemieszczać się i przebywać w dowolnym miejscu na terytorium Unii Europejskiej. Co do zasady, owo uprawnienie nie jest ograniczone kryteriami ekonomicznymi, a zatem przysługuje wszystkim obywatelom niezależnie od aktywności zawodowej². Przepisy TFUE wskazują jednak na szczególną rolę migracji w celach zarobkowych i ustanawiają swobodę przepływu pracowników. Zasada ta wyraża się w zakazie dyskryminacji ze względu na narodowość pracowników podejmujących pracę w innym państwie członkowskim niż państwo ich pochodzenia. W konsekwencji przysługuje im prawo do podjęcia zatrudnienia na takich samych warunkach, jakie stosuje się wobec obywateli państwa przyjmującego³. Zatem zatrudnienie obywateli państw członkowskich Unii Europejskiej, a także Europejskiego Obszaru Gospodarczego

¹ Artykuł 21 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (wersja skonsolidowana) Dz. Urz. UE 2016 c 202, s. 1 - dalej TFUE, Traktat.

² Miąsik, Półtorak, Wróbel 2012, art. 21 TFUE.

³ Miąsik, Półtorak, Wróbel 2012, art. 45 TFUE.

(tj. Norwegii, Lichtensteinu lub Islandii) oraz Szwajcarii nie jest obwarowane koniecznością spełnienia dodatkowych przesłanek (takich jak np. uzyskanie zezwolenia na pracę), albowiem obywatele tych państw są zatrudniani na takich samych zasadach jak obywatele polscy.

Nieco inaczej natomiast kształtuje się zatrudnienie obywateli krajów nienależących do UE. Ustawa o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy⁴ zawiera szereg przesłanek warunkujących możliwość podjęcia pracy przez cudzoziemców. Wśród nich wymienia się m.in. posiadanie zezwolenia na pobyt stały w Polsce albo statusu uchodźcy nadanego w Rzeczypospolitej Polskiej⁵.

Nieodłącznym elementem legalnego zatrudnienia są ubezpieczenia społeczne. Nie zawsze jednak cudzoziemiec pracujący w Polsce podlegał będzie polskiemu systemowi zabezpieczeń społecznych. Ustalenie właściwego ustawodawstwa w tym zakresie ma znaczenie nie tylko dla pracownika, ale także dla jego pracodawcy, który jest płatnikiem składek ubezpieczeniowych i posiada związane z tym obowiązki zgłoszenia pracownika do ubezpieczeń oraz obliczenia, pobrania i odprowadzenia należnych składek do Zakładu Ubezpieczeń Społecznych⁶. Problem powstaje w przypadku konieczności rozstrzygnięcia, w którym państwie istnieje obowiązek ubezpieczenia społecznego pracownika. W związku z powyższym, właściwym wydaje się przeprowadzenie analizy głównych zasad obowiązujących na gruncie zabezpieczenia społecznego w stosunku do cudzoziemców podejmujących zatrudnienie w Polsce. Niniejsze opracowanie ma na celu próbę ustalenia, kiedy pracujący w Polsce cudzoziemiec będzie podlegał polskiemu systemowi ubezpieczeń społecznych. Przedmiotowe rozważania powstały na skutek interpretacji przepisów prawa oraz analizy poglądów doktryny i orzecznictwa.

PODLEGANIE POLSKIEMU SYSTEMOWI UBEZPIECZEŃ SPOŁECZNYCH

Na gruncie polskiego ustawodawstwa obowiązek ubezpieczenia powstaje wobec każdego, kto posiada na obszarze naszego państwa tytuł do objęcia ubezpieczeniem. Na tej podstawie można wywieść główną zasadę podlegania ubezpieczeniom społecznym przez cudzoziemców w Polsce, a mianowicie:

⁴ Ustawa z dnia 20 kwietnia 2004 r. ...

⁵ Art. 87 ust. 1 Ustawy o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy.

⁶ Art. 36 ust. 2 i art. 46 ust. 1 Ustawy z dnia 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych, Dz.U. z 2020 r. poz. 266 – dalej U.s.u.s.

posiadanie tytułu do objęcia ubezpieczeniem. Zgodnie z przepisami Ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych oraz Ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej⁷ osoby fizyczne, które na obszarze Rzeczypospolitej Polskiej są pracownikami, z wyłączeniem prokuratorów, co do zasady podlegają ubezpieczeniom emerytalnemu, rentowym, wypadkowemu i zdrowotnemu⁸. Powyższa regulacja wyraża zasadę terytorialności, albowiem uzależnia obowiązek objęcia ubezpieczeniem od miejsca aktywności zawodowej, a nie od obywatelstwa czy miejsca zamieszkania. Przepisy ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych nie posługują się jednak wykształconym na gruncie prawa pracy wąskim rozumieniem pojęcia „pracownik”, lecz dokonują rozszerzenia kodeksowej definicji poprzez uwzględnienie, poza osobami pozostającymi w stosunku pracy, także osoby wykonujące pracę na podstawie umowy agencyjnej, umowy zlecenia lub innej umowy o świadczenie usług, do której zgodnie z Kodeksem cywilnym stosuje się przepisy dotyczące zlecenia, albo umowy o dzieło, jeżeli umowę taką zawarły z pracodawcą, z którym pozostają w stosunku pracy, lub jeżeli w ramach takiej umowy wykonują pracę na rzecz pracodawcy, z którym pozostają w stosunku pracy⁹.

Wobec powyższego, polskiemu systemowi ubezpieczeń społecznych podlegać będą cudzoziemcy, którzy spełniają dwa warunki: 1) zawarli z polskim podmiotem umowę o pracę bądź też inną umowę, która rodzi obowiązek ubezpieczeń społecznych oraz 2) na podstawie tej umowy wykonują pracę na terytorium Polski¹⁰. Oba warunki muszą zostać spełnione łącznie, albowiem nawet jeżeli obcokrajowiec nawiąże stosunek pracy w Polsce z polskim pracodawcą, ale miejscem świadczenia jego pracy będzie terytorium obcego państwa, to wobec takiego cudzoziemca nie zaistnieją przesłanki uzasadniające podleganie ubezpieczeniom społecznym w Polsce. Takie stanowisko zostało wyrażone w interpretacji Oddziału ZUS w Lublinie z dnia 3 marca 2016 roku (nr WPI/200000/43/241/2016)¹¹.

Odstępstwo od powyższych reguł przewiduje art. 5 ust. 2 u.s.u.s., zgodnie z którym „nie podlegają ubezpieczeniom społecznym (...) obywatele państw obcych, których pobyt na obszarze Rzeczypospolitej Polskiej nie ma charakteru stałego i którzy są zatrudnieni w obcych przedstawicielstwach dyplomatycznych, urzędach konsularnych, misjach, misjach specjalnych lub instytucjach

⁷ Art. 66 ust. 1 pkt 1 lit. a Ustawy z dnia 27 sierpnia 2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych, Dz.U. z 2019 r. poz. 1373.

⁸ Art. 6 ust. 1 pkt 1 i art. 12 ust. 1 U.s.u.s.

⁹ Art. 8 ust. 1 i 2a u.s.u.s.

¹⁰ Zakład Ubezpieczeń społecznych 2013, s. 22.

¹¹ *Interpretacja Oddziału ZUS w Lublinie z dnia 3 marca 2016 roku.*

międzynarodowych, chyba że umowy międzynarodowe stanowią inaczej”. W praktyce powstał jednak problem co do interpretacji owego przepisu, albowiem był on odczytywany jako mający na celu wyłączenie z zakresu zastosowania ustawy tylko jednej kategorii cudzoziemców, a mianowicie cudzoziemców, których pobyt w Polsce nie ma charakteru stałego i którzy zarazem pracują w obcych przedstawicielstwach dyplomatycznych itp. Tymczasem, z wykładni dokonanej przez Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 28 maja 2008 r. sygn. akt I UK 303/07 wynika zupełnie odmienny pogląd. Sąd Najwyższy uznał bowiem, że użyty w tym przepisie spójnik „i” stanowi złączenie dwóch zdań, które odnoszą się do dwóch niezależnych od siebie kategorii osób wyłączonych spod obowiązku ubezpieczeń społecznych. „Powinien być on zatem odczytywany w ten sposób, że nie podlegają ubezpieczeniom społecznym określonym w ustawie po pierwsze - obywatele państw obcych, których pobyt na obszarze Rzeczypospolitej Polskiej nie ma charakteru stałego i po drugie - obywatele państw obcych, którzy są zatrudnieni w placówkach wymienionych w drugim członie tego przepisu.¹² Należy podkreślić, że takie stanowisko zyskało poparcie judykatury i zostało utrwalone w linii orzeczniczej sądów powszechnych¹³. Warto również nadmienić, że obywatel Polski, który równocześnie posiada obywatelstwo innego państwa, nie może powoływać się na to wyłączenie, albowiem na gruncie przepisów ustawodawstwa krajowego jest traktowany tak, jak gdyby posiadał jedynie obywatelstwo polskie¹⁴. Cudzoziemcy, których pobyt w Polsce ma charakter stały będą zatem podlegali polskiemu prawu w zakresie zabezpieczenia społecznego. W orzecznictwie przyjmuje się, że ocena czy pobyt ma charakter stały nie zależy od intencji bądź zamiaru cudzoziemca co do okresu przebywania na obszarze Polski. Pobyt stały stanowi „pobyt niezmienny w danym okresie, czyli w okresie realizacji podstawy ubezpieczenia¹⁵”. W doktrynie wskazuje się ponadto, że obywatel ma stały pobyt w państwie, na terytorium którego znajduje się centrum jego życiowych (w tym rodzinnych i zawodowych) interesów¹⁶.

¹² Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 28 maja 2008 r., sygn. akt I UK 303/07.

¹³ Wantoch-Rekowski 2015, art. 5; Wyrok SN z dnia 6 stycznia 2009 roku, sygn. akt II UK 116/08, Wyrok Sądu Apelacyjnego w Łodzi z dnia 19 stycznia 2018 roku, sygn. akt III AUa 461/17.

¹⁴ Kwapisz 2013, art. 5.

¹⁵ Wyrok z dnia 17 września 2009 r. sygn. akt II UK 11/09

¹⁶ Gudowska 2014, art. 5.

USTALENIE USTAWODAWSTWA WŁAŚCIWEGO W ZAKRESIE PODLEGANIA UBEZPIECZENIOM SPOŁECZNYM

Zatrudniony w Polsce cudzoziemiec nie zostanie objęty przepisami Ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych, jeżeli prawo wspólnotowe bądź umowa międzynarodowa, której Polska jest stroną stanowią inaczej¹⁷. Odkąd Polska przystąpiła do Unii Europejskiej zasadnicze znaczenie w kwestii ustalenia ustawodawstwa właściwego w zakresie zabezpieczenia społecznego dla cudzoziemców pracujących w Polsce ma Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 883/2004 z dnia 29 kwietnia 2004 roku w sprawie koordynacji systemów zabezpieczenia społecznego¹⁸. Niniejsze rozporządzenie stosuje się od daty wejścia w życie aktu wykonawczego, jakim jest Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 987/2009 z dnia 16 września 2009 r.¹⁹, a zatem od dnia 1 maja 2010 r. Przepisy rozporządzenia znajdują zastosowanie nie tylko w stosunku do obywateli państw członkowskich, ale również bezpaństwowców oraz uchodźców mieszkających w państwie członkowskim, którzy podlegają lub podlegali ustawodawstwu jednego lub kilku państw członkowskich oraz do członków ich rodzin i osób pozostałych przy życiu²⁰. Rozporządzeniem Parlamentu Europejskiego i Rady nr 1231/2010 z dnia 24 listopada 2010 r. rozszerzono przepisy rozporządzenia nr 883/2004 i rozporządzenia nr 987/2009 na obywateli państw trzecich i członków ich rodzin, którzy nie są jeszcze objęci tymi rozporządzeniami jedynie ze względu na swoje obywatelstwo²¹. Powyższe rozporządzenia znajdują zatem zastosowanie w stosunku do wymienionych osób, jeżeli zamieszkują one legalnie w jednym z państw członkowskich UE i jednocześnie znajdują się w sytuacji związanej z innym państwem członkowskim²². W rezultacie zakres podmiotowy unijnego

¹⁷ *Ubezpieczenia społeczne i ubezpieczenie zdrowotne Polaków ...* 2016, s. 22.

¹⁸ Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 883/2004 z 29 kwietnia 2004 r. ... w sprawie koordynacji systemów zabezpieczenia społecznego (Dz.Urz. UE L 166, s. 1) – dalej rozporządzenie nr 883/2004.

¹⁹ Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 987/2009 z 16 września 2009 r. dotyczące wykonywania rozporządzenia (WE) nr 883/2004 w sprawie koordynacji systemów zabezpieczenia społecznego (Dz.Urz. UE L 284, s. 1) – dalej rozporządzenie nr 987/2009.

²⁰ Art. 2 ust. 1 rozporządzenia 883/2004; Ponadto na podstawie art. 2 ust. 2 Rozporządzenia 883/2004 stosuje się je do osób pozostałych przy życiu po osobach zmarłych, które podlegały ustawodawstwu jednego lub kilku Państw Członkowskich, niezależnie od obywatelstwa tych osób, o ile pozostali przy życiu są obywatelami jednego z Państw Członkowskich lub bezpaństwowcami, lub uchodźcami, zamieszkującymi na terytorium jednego z Państw Członkowskich.

²¹ Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1231/2010 z dnia 24 listopada 2010 r. rozszerzające rozporządzenie (WE) nr 883/2004 i rozporządzenie (WE) nr 987/2009 na obywateli państw trzecich, którzy nie są jeszcze objęci tymi rozporządzeniami jedynie ze względu na swoje obywatelstwo (Dz. Urz. UE L 344 s. 1).

²² Góral, Bielik-Jomaa 2015, roz. 4.7.

aktu o koordynacji systemów zabezpieczenia społecznego ma niezwykle szerokie zastosowanie.

Koordinacja, mająca na celu zapewnienie łączności między różniącymi się od siebie systemami państw członkowskich, korzysta z pierwszeństwa stosowania przed ustawodawstwem krajowym. W związku z powyższym, celem ustalenia, któremu systemowi ubezpieczeń społecznych będzie podlegał cudzoziemiec pracujący w Polsce, należy skierować się w pierwszej kolejności ku aktowi unijnemu, którego zadaniem jest wskazanie właściwego ustawodawstwa.

Art. 11 ust. 1 Rozporządzenia 883/2004 wprowadza **zasadę jednego ustawodawstwa**, zgodnie z którą osoby objęte zakresem zastosowania tego aktu podlegają prawu tylko jednego państwa członkowskiego. Reguła ta niesie dla pracowników migrujących w obrębie UE dwie konsekwencje: po pierwsze gwarantuje im, że nie zostaną pozbawieni ochrony socjalnej, a po drugie nie będą podwójnie obciążani z powodu podlegania więcej niż jednemu systemowi zabezpieczenia społecznego państw członkowskich²³.

Zasadniczo właściwym będzie system tego państwa członkowskiego, w którym ubezpieczony wykonuje pracę najemną bądź pracę na własny rachunek (np. działalność gospodarczą)²⁴. Mowa jest zatem o zasadzie *lex loci laboris*, która dotyczy osób aktywnych ekonomicznie, „nawet jeżeli mieszkają na terytorium innego państwa lub mają siedziby w innym państwie członkowskim”²⁵. Ustawodawca unijny co prawda szczegółowo wylicza różne rodzaje aktywności zawodowej, jednakże w istocie obowiązek ubezpieczenia powstaje wyłącznie w odniesieniu do tych form zatrudnienia, co do których przepisy krajowego porządku prawnego przewidują powstanie tytułu do ubezpieczenia²⁶.

Kolejne artykuły rozporządzenia przewidują jednak wyjątki od zasady podlegania ustawodawstwu miejsca wykonywania pracy. W odniesieniu do pracowników delegowanych do pracy w Polsce przez pracodawców, którzy prowadzą działalność gospodarczą w innym państwie członkowskim, stosuje się ustawodawstwo tego innego państwa. Zastrzega się jednak, że okres pracy w tzw. „delegacji” nie może przekraczać 24 miesięcy, a pracownik nie jest wysyłany w celu zastąpienia innej delegowanej osoby²⁷. Podobne reguły dotyczą osób prowadzących działalność gospodarczą na własny rachunek, które

²³ Ślebzak 2012. art. 11.

²⁴ Art. 11 ust. 3 rozporządzenia 883/2004.

²⁵ Uścińska 2013.

²⁶ Ślebzak 2016, s. 10.

²⁷ Art. 12 ust. 1 rozporządzenia 883/2004.

w celu wykonywania pracy przemieszczają się między różnymi państwami członkowskimi. Jeżeli zatem cudzoziemiec tylko przejściowo wykonuje działalność na terytorium Polski, to będzie podlegał systemowi zabezpieczenia społecznego tego państwa, w którym normalnie (a nie jedynie tymczasowo) wykonuje tę działalność. Takie rozwiązanie pozwala ominąć negatywne skutki, jakie płynęłyby z konieczności każdorazowego podlegania systemowi ubezpieczeń obowiązującym w państwie, w którym wyłącznie tymczasowo powadzona jest działalność²⁸.

Kolejne odstępstwo od zasady podlegania ubezpieczeniu państwa świadczenia pracy przewiduje art. 13 rozporządzenia 883/2004, zgodnie z którym osoba, normalnie wykonująca pracę najemną w przynajmniej dwóch państwach członkowskich, podlega ustawodawstwu tego z nich, w którym ma miejsce zamieszkania, ale tylko w przypadku, gdy właśnie w tym państwie wykonuje znaczną część pracy. Natomiast, jeśli znaczną część pracy świadczy w innym państwie niż państwo swojego zamieszkania, to rozporządzenie nakazuje, co do zasady, stosować ustawodawstwo państwa, w którym znajduje się siedziba lub miejsce wykonywania działalności przedsiębiorstwa lub pracodawcy. Osoby będące urzędnikami służby cywilnej, co do zasady podlegają ustawodawstwu państwa, któremu podlega zatrudniająca ich administracja.

Jeżeli na podstawie przepisów o koordynacji właściwym dla cudzoziemca pracującego w Polsce będzie polski system ubezpieczeń społecznych, to zgodnie z zasadą równego traktowania, w zakresie zabezpieczenia społecznego cudzoziemiec będzie miał takie same prawa i obowiązki, jak obywatele Polscy²⁹.

W stosunku do cudzoziemców, będących poza zakresem zastosowania rozporządzenia 883/2004 stosuje się przepisy dwustronnej umowy międzynarodowej o zabezpieczeniu społecznym, zawartej między Polską a państwem, którego obywatelem jest cudzoziemiec. Umowy te opierają się na fundamentach, na których powstało rozporządzenie o koordynacji systemów zabezpieczenia społecznego, a zatem na zasadzie równego traktowania oraz zasadzie jednego ustawodawstwa. Obecnie Polskę łączą umowy z Jugosławią (aktualnie obowiązują w stosunku do Bośni i Hercegowiny, Czarnogóry i Serbii) Macedonią, Stanami Zjednoczonymi Ameryki, Kanadą, Quebec, Koreą Południową, Australią, Ukrainą i Mołdawią³⁰. Jeśli Polska nie zawarła umowy międzynarodowej w zakresie zabezpieczenia społecznego z państwem, którego

²⁸ Ślęzak 2012, art. 12.

²⁹ Stankiewicz 2016.

³⁰ Źródło: <https://www.zus.pl/o-zus/wspolpraca-miedzynarodowa-zus/umowy-miedzynarodowe-o-zabezpieczeniu-spolecznym>, dostęp z dnia 24 lipca 2020 r.

obywatelem jest cudzoziemiec, to sytuację prawną tego cudzoziemca należy rozpatrywać na gruncie polskiej Ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych.

ZAKOŃCZENIE

Podsumowując powyższe rozważania, warto przede wszystkim podkreślić jak istotna jest kolejność sięgania do aktów prawnych regulujących zasady podlegania ubezpieczeniom społecznym. W stosunku do cudzoziemców w pierwszej kolejności należy odnieść się do unijnych rozporządzeń w zakresie koordynacji systemów zabezpieczenia społecznego bądź umowy międzynarodowej, której stroną jest Polska i państwo pochodzenia cudzoziemca, a w razie ich braku bazować na regulacji rodzimej. Co do zasady, cudzoziemiec pracujący w Polsce będzie podlegał ustawodawstwu państwa wykonywania pracy, a zatem polskiemu systemowi ubezpieczeń społecznych. W każdym wypadku należy jednak uprzednio rozważyć, czy nie zachodzą okoliczności wyłączające polskie ustawodawstwo w tym zakresie.

BIBLIOGRAFIA

WYKAZ LITERATURY:

Bielak-Jomaa Edyta, Góral Zbigniew (red.) 2015, *Zatrudnianie cudzoziemców*, LEX.

Gudowska Beata 2014, *Ustawa o systemie ubezpieczeń społecznych. Komentarz*, C.H. Beck.

Kwapisz Krystyna, 2013, *Ustawa o systemie ubezpieczeń społecznych. Komentarz*, Wydawnictwo Prawnicze LexisNexis.

Miąsik Dawid, Półtorak Nina, Wróbel Andrzej (red.) 2012, *Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej. Komentarz. Tom I (art. 1-89)*, Wolters Kluwer Polska.

Stankiewicz Rafał 2016, *Krajowe systemy ochrony zdrowia a Unia Europejska. Przykład Polski*. Wolters Kluwer.

Ślęzak Krzysztof 2016, *Delegowanie równoległe w świetle przepisów dotyczących koordynacji systemów zabezpieczenia społecznego*, „Praca i Zabezpieczenie Społeczne”, nr 8.

Ślęzak Krzysztof 2012, *Koordinacja systemów zabezpieczenia społecznego. Komentarz*. Wolters Kluwer Polska.

Uścińska Gertruda 2013, *Zabezpieczenie społeczne osób korzystających z prawa do przemieszczania się w Unii Europejskiej*, LEX.

Wantoch-Rekowski Jacek (red.) 2015, *Ustawa o systemie ubezpieczeń społecznych. Komentarz*. LEX.

Zakład Ubezpieczeń Społecznych 2016, *Ubezpieczenia społeczne i ubezpieczenie zdrowotne Polaków zatrudnionych za granicą oraz cudzoziemców pracujących w Polsce. Poradnik*, Warszawa.

WYKAZ AKTÓW PRAWNYCH:

Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 883/2004 z 29 kwietnia 2004 r. w sprawie koordynacji systemów zabezpieczenia społecznego (Dz.Urz. UE L 166, s. 1).

Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 987/2009 z 16 września 2009 r. dotyczące wykonywania rozporządzenia (WE) nr 883/2004 w sprawie koordynacji systemów zabezpieczenia społecznego (Dz.Urz. UE L 284, s. 1).

Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1231/2010 z dnia 24 listopada 2010 r. rozszerzające rozporządzenie (WE) nr 883/2004 i rozporządzenie (WE) nr 987/2009 na obywateli państw trzecich, którzy nie są jeszcze objęci tymi rozporządzeniami jedynie ze względu na swoje obywatelstwo (Dz. Urz. UE L 344 s. 1).

Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (wersja skonsolidowana), Dz. Urz. UE 2016 c 202, s. 1.

Ustawa z dnia 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych, Dz.U. z 2020 r. poz. 266.

Ustawa z dnia 20 kwietnia 2004 r. o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy, Dz.U. z 2019 r. poz.1482.

Ustawa z dnia 27 sierpnia 2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych, Dz.U. z 2019 r. poz. 1373.

WYKAZ ORZECZEŃ:

Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 28 maja 2008 r., sygn. akt I UK 303/07.

Wyrok SN z dnia 6 stycznia 2009 roku, sygn. akt II UK 116/08.

Wyrok z dnia 17 września 2009 r. sygn. akt II UK 11/09

Wyrok Sądu Apelacyjnego w Łodzi z dnia 19 stycznia 2018 roku, sygn. akt III AUa 461/17.

Interpretacja Oddziału ZUS w Lublinie z dnia 3 marca 2016 roku (nr WPI/200000/43/241/2016).

ŹRÓDŁA INTERENTOWE:

Interpretacja Oddziału ZUS w Lublinie z dnia 3 marca 2016 roku (nr WPI/200000/43/241/2016); źródło: <https://sip.lex.pl/orzeczenia-i-pisma-urzedowe/pisma-urzedowe/wpi-200000-43-241-2016-brak-obowiazku-odprowadzania-184853845>, dostęp z dnia 24 lipca 2020 r.

<https://www.zus.pl/o-zus/wspolpraca-miedzynarodowa-zus/umowy-miedzynarodowe-o-zabezpieczeniu-spoecznym>.

PRAWO UCHODźCÓW DO EDUKACJI WYZWANIEM XXI WIEKU

DOMINIKA KUŹNICKA- BŁASZKOWSKA
UNIwersYTET WROcŁAWSKI

Napływ uchodźców do krajów europejskich w ostatnich latach¹ postawił przed rządami państw europejskich szereg wyzwań, z którymi kraje te nie do końca potrafią sobie poradzić. Brak odpowiednich procedur, reguł asymilacyjnych jak również niechęć społeczeństwa, sprawia, że sytuacja na Starym Kontynencie jest obecnie niezwykle trudna. Nie można nie zdawać sobie sprawy, że problemy związane z przybywaniem coraz to większej ilości uchodźców nie powinny być rozwiązane przez użycie rozwiązań siłowych, a zobowiązań na gruncie konwencji międzynarodowych poszczególnych państw, a także wyzwań etycznych uniemożliwiających nakazanie uchodźcom opuszczenia terytoriów państw europejskich. Wydaje się, że jedynym możliwym wyjściem z zaistniałej sytuacji jest możliwie największa asymilacja przybyszów.

Szczególnie istotną kwestią jest umożliwienie dzieciom uchodźców kontynuowania rozpoczętej w kraju pochodzenia edukacji, jak również zagwarantowanie nauki języka kraju docelowego oraz wyposażenie uchodźców w kompetencje i umiejętności niezbędne do zdobycia pracy w kraju docelowym. Kwestia edukacji jest niezwykle istotna, biorąc pod uwagę, że w 2018 r. 25% uchodźców, którzy przybyli do Europy stanowiły dzieci². Co więcej, prawo do edukacji jest gwarantowane każdemu zarówno na gruncie Europejskiej Konwencji Praw Człowieka, jak i w Międzynarodowym Pakcie Praw Ekonomicznych, Społecznych i Kulturalnych³ czy w Konwencji

¹ Kwestia migracji uchodźców nie jest jednak problemem nowym, raczej „zapomnianym” w tej części świata, zob. Thompson 1938.

² *Refugees & Migrants Arrivals To Europe In 2018 (Mediterranean)*, <https://data2.unhcr.org/en/documents/download/64891>, 23.10.2018.

³ Międzynarodowy Pakt Praw Gospodarczych, Społecznych i Kulturalnych otwarty do podpisu w Nowym Jorku 19.12.1966 r. (Dz.U. 1977 Nr 38 poz. 169), dalej również jako Pakt.

o Prawach Dziecka⁴. Prawo do nauki należy do drugiej generacji praw człowieka, do grupy praw kulturowych – treść podstawowych dokumentów prawa międzynarodowego nie pozostawia wątpliwości, że ich autorzy mieli świadomość związku prawa do nauki z innymi prawami dotyczącymi szeroko pojętej kultury. W najbardziej ogólnym rozumieniu, prawo do nauki (edukacji) oznacza prawo każdego człowieka do kształcenia się we wszystkich jego postaciach, biorąc pod uwagę fakt, że edukacja służy pośrednio prawom człowieka warunkując ich rozwój oraz otwiera każdej jednostce możliwości intelektualne do korzystania ze swych praw i nadawania im treści⁵.

DEFINICJA UCHODŹCY W PRAWIE MIĘDZYNARODOWYM

Najważniejszym aktem prawnym, który w sposób uniwersalny i powszechny reguluje status uchodźców w prawie międzynarodowym jest Konwencja dotycząca Statusu Uchodźców⁶, której tekst przyjęto w Genewie 28 lipca 1951 r. Konwencja ta nie tylko wprowadziła ogólną definicję terminu „uchodźca”, ale również przyjęła zasadę *non-refoulement*, zgodnie z którą nikt nie może zostać odesłany do kraju, w którym narażony był na prześladowanie oraz wyznacza standardy traktowania uchodźców i wyraźnie określa prawa przysługujące uchodźcom.

Wykładnia przepisów Konwencji Genewskiej pozwala na stwierdzenie, że uchodźcą jest osoba, która „na skutek uzasadnionej obawy przed prześladowaniem z powodu swojej rasy, religii, narodowości, przynależności do określonej grupy społecznej lub z powodu przekonań politycznych przebywa poza granicami państwa, którego jest obywatelem, i nie może lub nie chce z powodu tych obaw korzystać z ochrony tego państwa”, albo która nie ma żadnego obywatelstwa i – znajdując się na skutek podobnych zdarzeń poza państwem swojego dawnego stałego zamieszkania- nie może lub nie chce z powodu tych obaw powrócić do tego państwa. I Konwencja Genewska zawierała jednak ograniczenia czasowe oraz terytorialne, które czynią jej oryginalne postanowienia nieprzystającymi do współczesnego świata. Ochrona praw z niej wynikających dotyczyła jedynie osób które doświadczyły prześladowania na skutek wydarzeń sprzed 1 stycznia 1951 r., które miały miejsce

⁴ Konwencja o prawach dziecka, przyjęta przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych dnia 20.11.1989 r. (Dz. U. 1991 Nr 120 poz. 526).

⁵ Mikosz 1991, s. 980.

⁶ Konwencja dotycząca statusu uchodźców, sporządzona w Genewie dnia 28 lipca 1951 r. (Dz.U. 1991 Nr 119 poz. 515), dalej również jako „Konwencja o statusie uchodźców” lub „Konwencja Genewska”.

w Europie bądź też w Europie lub gdziekolwiek indziej, z tym że państwa-strony mogły samodzielnie zdecydować, czy będą stosowały się do węższego czy szerszego zakresu terytorialnego. Dopiero podpisanie w 1967 r. Protokołu dotyczącego Statusu Uchodźców⁷ zniósło ograniczenia terytorialne i czasowe⁸. Państwa, które podpisały Protokół Nowojorski są zobowiązane do przestrzegania Konwencji Genewskiej, nawet jeśli oficjalnie do niej nie przystąpiły, co czyni z tego dokumentu źródło prawa międzynarodowego o charakterze powszechnym i uniwersalnym.

Uzyskanie statusu uchodźcy nie jest uzależnione od udowodnienia, że było się prześladowanym w swoim kraju przed jego opuszczeniem, ponieważ taka obawa może pojawić się już w trakcie pobytu w innym państwie⁹. Konieczne jest jednak udowodnienie, że strach cudzoziemca wiąże się z prawdopodobieństwem prześladowania, co oznacza, że w kraju pochodzenia znajduje się w położeniu, które spowoduje prześladowanie, jakim jest szkoda lub krzywda, którą wyrządziło państwo lub jego organy jak również brak ochrony ze strony państwa przed prześladowaniem innych osób¹⁰. Związane jest to zatem z jednej strony z obowiązkiem pozytywnym negatywnym państwa dotyczącym powstrzymania się od działań mających na celu prześladowanie jednostki, z drugiej strony państwo ma obowiązek pozytywny aktywnego przeciwdziałania próbom prześladowania podejmowanym przez podmioty prywatne.

Pewne wątpliwości interpretacyjne może budzić brak zdefiniowania terminu „prześladowanie” przez twórców Konwencji Genewskiej, co może rodzić niebezpieczeństwo dowolnej jego interpretacji przez organy nadające status uchodźcy. Praktyka ONZ oraz Urzędu Wysokiego Komisarza Narodów Zjednoczonych do Spraw Uchodźców wypracowała raczej akceptowalny przez Państwa-Strony Konwencji Genewskiej pogląd, że prześladowanie pojmowane jest jako zagrożenie lub naruszenie podstawowych praw: do życia, ochrony przed torturami, okrutnym lub niehumanitarnym traktowaniem albo karaniem, do niekarnania wstecz, wolności myśli, sumienia i wyznania, a także prawa do wolności i bezpieczeństwa osobistego¹¹. Omawiana konwencja zawiera również szczegółowe rozwiązania określające, kto na jej gruncie nie może korzystać ze statusu uchodźcy oraz sytuacji, w których ten status jest utracony.

⁷ Protokół dotyczący statusu uchodźców, sporządzony w Nowym Jorku dnia 31.01.1967 r. (Dz. U. 1991 nr 119 poz. 517), dalej jako „Protokół Nowojorski”.

⁸ Ograniczenie geograficzne zostało zachowane w stosunku do Państw-Stron, które powołały się na nie podpisując Konwencję Genewską.

⁹ Malinowska 2017, s. 17.

¹⁰ Malinowska 2001, s. 95.

¹¹ Potyrała 2005, s. 60.

Konwencja Genewska nie ma zastosowania do osób, które aktualnie korzystają z ochrony lub pomocy organów ONZ, w tym agencji ONZ innych niż Wysoki Komisarz Narodów Zjednoczonych do Spraw Uchodźców¹². Z ochrony przyznanej Konwencją o statusie uchodźców nie korzystają osoby, co do których uznano, że nie wymagają ochrony międzynarodowej bądź co do których uznano, że nie zasługują na ochronę międzynarodową, ponieważ istnieją w stosunku do nich poważne podstawy aby sądzić, że dokonały zbrodni wojennych, przestępstw pospolitych lub dokonały działań sprzecznych z celami i zasadami Narodów Zjednoczonych.

Należy jednak wyraźnie zaznaczyć, że osoby zmuszone do opuszczenia kraju pochodzenia w wyniku konfliktu zbrojnego – międzynarodowego lub wewnętrznego- z reguły nie są uważane za uchodźców w rozumieniu Konwencji z 1951 r. lub Protokołu z 1967 r. Podlegają oni ochronie przyznanej na podstawie innych aktów prawa międzynarodowego np. Konwencji genewskich z 1949 r. o ochronie ofiar wojny¹³ i Protokołu dodatkowego z 1977 r. do Konwencji genewskich z 1949 r¹⁴. dotyczącego ochrony ofiar międzynarodowych konfliktów zbrojnych. Jednocześnie, inwazja obcych sił lub okupacja kraju bądź jego części może powodować prześladowania z jednego lub kilku powodów wymienionych w Konwencji z 1951 r. Jeśli tak się stanie, osoba zainteresowana musi wykazać, że spełnia warunki do przyznania jej statusu uchodźcy zgodnie z Konwencją z 1951 r. Oznacza to, że nie wszystkie osoby, określane (również w dalszej części niniejszego opracowania) powszechnie uchodźcami, rzeczywiście za takie mogą być uznane w myśl Konwencji z 1951 r. i korzystać z ochrony w niej przyznanej. Jednocześnie będą im przysługiwać inne instrumenty ochrony prawnej określone w prawie międzynarodowym.

PRAWO DO EDUKACJI W PRAWIE MIĘDZYNARODOWYM

Akty prawa międzynarodowego odnoszące się do kwestii ochrony praw człowieka, w różny sposób charakteryzują poszczególne elementy prawa do edukacji, w związku z czym trudne jest jednoznaczne wskazanie podmiotów uprawnionych oraz poszczególnych elementów składowych, które mogłyby zostać naruszone.

¹² Kurz 1992, s. 49.

¹³ Konwencje o ochronie ofiar wojny z 12.08.1949 r. (Dz.U. 1956 Nr 38, poz. 171).

¹⁴ Protokoły dodatkowe do Konwencji Genewskich z 12.08.1949 r., dotyczący Ochrony Ofiar Międzynarodowych Konfliktów Zbrojnych (Protokół I) oraz dotyczący Ochrony Ofiar Nie-międzynarodowych Konfliktów Zbrojnych (Protokół II) (Dz. U. 1992 Nr 41, poz. 175).

Na etapie projektowania Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka¹⁵ zastanawiano się nad użyciem adekwatnego terminu, który w pełni wyrażałby treść prawa do edukacji¹⁶. Początkowo prawo to miało obejmować jedynie prawo do kształcenia, ostatecznie jednak zdecydowano się na zastosowanie w tekście Deklaracji wyrażenia prawo do nauczania o szerszym i pełniejszym treściowo znaczeniu. Zgodnie z art. 26 Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka, każdy człowiek ma prawo do nauki. Nauka jest bezpłatna, przynajmniej na stopniu podstawowym. Celem nauczania jest pełny rozwój osobowości ludzkiej i ugruntowanie poszanowania praw człowieka i podstawowych wolności. Podczas prac nad kształtem art. 26 Deklaracji, duże wątpliwości budziło użycie wyrażenia „obowiązkowy” w kontekście przyznawania określonych praw dzieciom i dorosłym. Jednocześnie wydaje się, że uczynienie nauki podstawowej obowiązkową oznacza, że nikt nie może zabronić dziecku dostępu do nauki, gwarantuje się szczególnie prawo dzieci do nauki, ponieważ one same nie posiadają wystarczających narzędzi do ochrony tego prawa, zatem obowiązek jego obrony został nałożony na państwa¹⁷. Ich zadaniem jest zatem takie kształtowanie systemu szkolnictwa aby był on możliwie inkluzyjny i powszechny, jednocześnie państwo powinno aktywnie przeciwdziałać wszelkim formom dyskryminacji w nauczaniu.

Międzynarodowy Pakt Praw Gospodarczych, Socjalnych i Kulturalnych w art. 13 nakłada na Państwa-Strony Paktu obowiązki w zakresie prawa do nauki¹⁸. Zgodnie z postanowieniami Paktu, Państwa-Strony uznały prawo każdego do nauki, które powinno zmierzać do pełnego rozwoju osobowości i poczucia godności ludzkiej, umacniać poszanowanie praw człowieka i podstawowych wolności. Państwa były również zgodne, że nauka powinna umożliwiać wszystkim efektywny udział w wolnym społeczeństwie, rozwijać zrozumienie, tolerancję i przyjaźń między wszystkimi narodami oraz wszystkimi

¹⁵ Interpretując postanowienia Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka w zakresie prawa do edukacji, nie można jednak pominąć ważnych kwestii związanych z wątpliwościami co do jej wiążącego charakteru. Deklaracja nie jest umową międzynarodową, przez wiele lat wątpliwość budziła możliwość powołania się na jej postanowienia w celu ochrony naruszonych praw i wolności. Coraz częściej jednak w doktrynie i orzecznictwie pojawiają się poglądy, zgodne z którymi Powszechna Deklaracja Praw Człowieka ma charakter zwyczaju międzynarodowego, a co za tym idzie należy ją uznać za źródło prawa międzynarodowego. Więcej o zwyczaju międzynarodowym i źródłach prawa międzynarodowego zob. Czapliński, Wyrozumka, 1976, <http://scholarship.law.wm.edu/wmlr/vol17/iss3/6>, s. 530.

¹⁶ Babiuch 2014, s. 314.

¹⁷ Mikosz 1991, s. 984.

¹⁸ Oryginalny tekst Paktu posługuje się pojęciem „*right to education*”, polski ustawodawca konsekwentnie, począwszy od Konstytucji RP posługuje się terminem „prawa do nauki”, zob.: Szoszkiewicz 2018, s. 627.

grupami rasowymi, etnicznymi lub religijnymi, jak również popierać działalność Organizacji Narodów Zjednoczonych na rzecz utrzymania pokoju. Państwa - Strony zobowiązały się do uczynienia nauczania podstawowego obowiązkowym, bezpłatnym i dostępnym dla wszystkich a nauczania średniego powszechnie dostępnym, w szczególności poprzez stopniowe wprowadzania bezpłatnej nauki. Zgodnie z postanowieniami Paktu, nauczanie wyższe powinno być w równym stopniu dostępne dla wszystkich na podstawie kryterium zdolności i zmierzać stopniowego wprowadzania bezpłatnej nauki na tym szczeblu. W przypadku osób, które nie otrzymały podstawowej edukacji, powinno im być zapewnione nauczanie elementarne. Państwa- Strony powinny aktywnie kontynuować rozwój systemu szkół wszystkich stopni, w tym również ustanowić odpowiedni system stypendiów i stale poprawiać warunki materialne personelu nauczającego.

Podmiotem prawa wyrażonego w art. 13 Paktu jest każda jednostka, która niezależnie od posiadanych cech, powinna móc realizować to prawo w taki sposób, aby odpowiadał on stopniowi jej rozwoju intelektualnego i osobowościowego¹⁹. W doktrynie podkreśla się, że prawa do podstawowej edukacji nie można odmówić również osobie dorosłej, chociaż sposób jej organizacji oraz procesu kształcenia może się różnić od tego oferowanego dzieciom²⁰. Wydaje się, że w skład prawa do nauki sformułowanego w Pakcie wchodzi również koncepcja „uczenia się przez całe życie”, szczególnie istotna w kontekście praw osób dorosłych do edukacji w tym również w zakresie szkoleń technicznych związanych z postępem technologicznym i komputeryzacją kolejnych dziedzin życia²¹. Wynika z tego, że prawo do edukacji nie jest przyznane jedynie dzieciom, a państwa-strony Paktu powinny również zagwarantować dostęp do nauki osobom dorosłym. Jednocześnie charakter i zakres tego obowiązku może być różny w przypadku dzieci i dorosłych.

Realizacja poszczególnych obowiązków przez Państwa-Strony Paktu oparta jest na szczegółowych kryteriach wskazanych przez Komitet w Komentarzu Ogólnym nr 13²². Zgodnie z nim, edukacja na każdym etapie powinna spełniać następujące kryteria: ogólnej dostępności, dostępności w praktyce, akceptowalności oraz elastyczności. Zakres niniejszego opracowania nie pozwala na szczegółowe omówienie każdego z wyodrębnionych kryteriów, w kontekście poczynionych rozważań zasadne jest jednak omówienie kryterium

¹⁹ Szoszkiewicz 2018, s. 631.

²⁰ Szoszkiewicz 2018, s. 631.

²¹ OECD 2007, s. 2.

²² Komitet PGSiK, Komentarz Ogólny Nr 13, pkt 50.

ogólnej dostępności i dostępności w praktyce. Pierwsze z kryteriów odnosi się do istnienia i funkcjonowania placówek edukacyjnych oraz istnienia programów nauczania²³. Placówki edukacyjne powinny być rozmieszczone w sposób równomierny na terytorium państwa oraz powinny być funkcjonalne, a programy nauczania powinny wypełniać cele ustanowione w art. 13 ust. 1 Paktu. Kryterium dostępności w praktyce odnosi się do takich elementów jak: dostępność bez dyskryminacji, dostępność fizyczna oraz ekonomiczna dostępność²⁴. Kryterium to zakłada dostępność edukacji dla wszystkich grup, a przede wszystkim tych zagrożonych wykluczeniem, zarówno w prawie jak i faktycznie, dostępność przy rozsądnym nakładzie wysiłku fizycznego. Istotne jest również, aby koszty edukacji były możliwe do zaakceptowania przez każdego.

Również omawiana już uprzednio Konwencja Genewska w swojej treści zawiera gwarancje prawa do edukacji uchodźców. Zgodnie z art. 22, państwa-strony Konwencji o statusie uchodźców, uchodźcom powinny być przyznane takie same prawa w zakresie nauczania podstawowego jak przyznane są obywatelom danego państwa. Uchodźcom zapewnia się równy dostęp do edukacji, w zakresie szkolnictwa innego niż szkolnictwo podstawowe, w szczególności w zakresie dostępu do studiów, uznawania zagranicznych świadectw szkolnych, dyplomów i stopni naukowych a także zwolnienia z czesnego i opłat oraz przyznawania stypendiów. Omawiany artykuł dotyczy jedynie edukacji, nie jest samoistną podstawą do wykonywania zawodu co do którego zdobyte niezbędne umiejętności, jednocześnie na jego podstawie nie można odmówić nikomu rozpoczęcia bądź kontynuowania edukacji jedynie z powodu, że nie będzie on mógł wykonywać wyuczonego zawodu w państwie w którym pobierał nauki²⁵ (np. z uwagi na fakt, że wykonywanie określonych zawodów zaufania publicznego zarezerwowane jest jedynie dla obywateli danego państwa).

Prawa gwarantowane przez art. 22 Konwencji Genewskiej nakładają pozytywne obowiązki na państwo i znajdują zastosowanie jedynie do publicznych placówek edukacyjnych²⁶. Należy podkreślić, że prawa przyznane

²³ Szoszkiewicz 2018, s. 641.

²⁴ Szoszkiewicz 2018, s. 642.

²⁵ Na przykład z powodu zastrzeżenia możliwości wykonywania określonych zawodów zaufania publicznego jedynie przez obywateli państwa, zob. Report of the Ad Hoc Committee on Refugees and Stateless Persons, Second Session: Summary Record of the Thirty-Seventh Meeting Held at the Palais des Nations, Geneva, 16.08.1950 r., s. 27.

²⁶ Report of the Ad Hoc Committee on Refugees and Stateless Persons, Second Session, Geneva, 14 -25.08.1950, s. 50.

uchodźcom w art. 22 rozciągają się na ich dzieci²⁷, wydaje się jednocześnie, że komentowany przepis ma sens jedynie wtedy, kiedy interpretuje się go w sposób zapewniający ciągłość nauki dzieciom uchodźców, dopóki nie nabydą oni odrębnych praw we własnym imieniu bądź dopóki nie zakończą formalnej edukacji²⁸.

Najważniejszym aktem prawa międzynarodowego w dziedzinie ochrony praw dzieci jest Konwencja o Prawach Dziecka, która uznaje że w zakresie prawa dziecka do edukacji mieści się przede wszystkim nauczanie, akcentując powszechny dostęp do właściwego i sprawnie funkcjonującego systemu oświaty²⁹. Za podmioty, którym gwarantuje się prawa przyznane w Konwencji o Prawach Dziecka, uznaje się w myśl jej art. 1 dzieci, czyli wszystkie istoty ludzkie, w wieku poniżej osiemnastu lat, chyba że zgodnie z prawem odnoszącym się do dziecka uzyska ono pełnoletność wcześniej. Istotnym jest również, że zgodnie z art. 2 omawianej Konwencji, jej strony są zobowiązane do respektowania praw przyznanych dzieciom w granicach swojej jurysdykcji niezależnie od rasy, koloru skóry, płci, języka, religii, poglądów politycznych, statusu majątkowego, niepełnosprawności, cenzusu urodzenia lub jakiegokolwiek innego tego dziecka albo jego rodziców bądź opiekuna prawnego. Wydaje się, że na gruncie Konwencji o Prawach Dziecka nie ma wątpliwości, że dzieciom uchodźców przebywającym czasowo bądź stale na terytorium Państwa-Strony Konwencji przysługują wszystkie prawa w niej opisane, w tym również prawo do edukacji wynikające z art. 28 Konwencji o Prawach Dziecka. Dotyczy to również dzieci, których rodzice (bądź one same) nie uzyskały statusu uchodźcy, a znajdują się (choćby nielegalnie) na terytorium Państwa-Strony Konwencji.

Na gruncie omawianej Konwencji Państwa – Strony uznają prawo dziecka do nauki i w celu stopniowego realizowania tego prawa, na zasadzie równych szans, zobowiązały się do uczynienia nauczania podstawowego obowiązkowym i bezpłatnym dla wszystkich, popierania rozwoju różnorodnych form szkolnictwa wyższego (zarówno ogólnokształcącego i zawodowego) oraz uczynienia go dostępnym dla każdego dziecka (poprzez wprowadzenie bezpłatnego nauczania bądź udzielania w razie potrzeby pomocy finansowej), uczynienia

²⁷ Ad Hoc Committee on Statelessness and Related Problems (E/1618), s. 40, <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/NL5/000/05/PDF/NL500005.pdf?OpenElement>, 06.01.2019.

²⁸ Commentary On The Refugee Convention 1951, Articles 2-11, 13-37 Published by the Division of International Protection of the United Nations High Commissioner for Refugees 1997, s. 50.

²⁹ Mikosz 1991, s. 983.

szkolnictwa wyższego dostępnego dla wszystkich na zasadzie zdolności. Ponadto Państwa-Strony są zobowiązane do udostępniania wszystkim dzieciom informacji i poradnictwa szkolnego oraz zawodowego oraz podejmowania kroków na rzecz zapewnienia regularnego uczęszczania do szkół oraz zmniejszenia wskaźnika porzucania nauki. Zgodnie z postanowieniami Konwencji o Prawach Dziecka Państwa – Strony powinny podejmować wszelkie właściwe środki zapewniające, aby dyscyplina szkolna była stosowana w sposób zgodny z ludzką godnością dziecka i z niniejszą Konwencją.

Artykuł 29 Konwencji o Prawach Dziecka zawiera wytyczne w zakresie nauki dzieci i zobowiązuje Państwa-Strony, aby programy nauczania były ukierunkowane na: rozwijanie w jak najpełniejszym zakresie osobowości, talentów oraz zdolności umysłowych i fizycznych dziecka; rozwijanie w dziecku szacunku dla praw człowieka i podstawowych swobód oraz dla zasad zawartych w Karcie Narodów Zjednoczonych; rozwijanie w dziecku szacunku dla jego rodziców, jego tożsamości kulturowej, języka i wartości, dla wartości narodowych kraju, w którym mieszka dziecko, kraju, z którego dziecko pochodzi, jak i dla innych kultur; przygotowanie dziecka do odpowiedniego życia w wolnym społeczeństwie, w duchu zrozumienia, pokoju, tolerancji, równości płci oraz przyjaźni pomiędzy wszystkimi narodami, grupami etnicznymi, narodowymi i religijnymi oraz osobami rdzennego pochodzenia; rozwijanie w dziecku poszanowania środowiska naturalnego. Artykuł 29 nie tylko nadaje prawo określone w art. 28 Konwencji o Prawach Dziecka wymiar jakościowy, ale nakazuje takie funkcjonowanie placówek edukacyjnych, aby zapewnić aby edukacja była skupiona na dziecku, przyjazna dzieciom i zachęcająca ich do rozwoju, a także oparta na wartościach wyrażonych w omawianej Konwencji³⁰.

Odrębnym dokumentem, który dotyczy zagadnienia dyskryminacji w dostępie do edukacji jest Konwencja w sprawie zwalczania dyskryminacji w dziedzinie oświaty z 1960 r.³¹ W rozumieniu Konwencji z 1960 r. dyskryminacja oznacza wszelkie wyróżnianie, wykluczanie, ograniczanie lub uprzywilejowanie ze względu na rasę, kolor skóry, płeć, język, wyznanie, przekonania polityczne lub jakiegokolwiek inne, narodowość lub pochodzenie społeczne, sytuację materialną lub urodzenie, które ma na celu albo którego skutkiem jest przekreślenie lub naruszenie zasady jednakowego traktowania w dziedzinie oświaty. W kontekście zapewnienia odpowiedniej edukacji uchodźcom istotne są postanowienia art. 3 konwencji, zgodnie z którym w celu

³⁰ Komentarz Ogólny nr 1 do Konwencji Praw Dziecka, Genewa, 2001 r.

³¹ Konwencja w sprawie zwalczania dyskryminacji w dziedzinie oświaty, sporządzona w Paryżu z 15.12.1960 r. (Dz.U. 1964 nr 40 poz. 268), dalej Konwencja z 1960 r.

wyeliminowania lub zapobieżenia dyskryminacji w rozumieniu konwencji z 1960 r. państwa będące jej stroną zobowiązują się umożliwić cudzoziemcom zamieszkującym terytorium danego kraju taki sam dostęp do oświaty, jak swym własnym obywatelom.

Na gruncie Europejskiej Konwencji Praw Człowieka³², podstawowe gwarancje w zakresie prawa do edukacji zawarte są w art. 2 Protokołu nr 1. Zgodnie z nim, nikt nie może być pozbawiony prawa do nauki. Artykuł ten odnosi się do wszystkich funkcji państwa związanych z edukacją i nauczaniem, dotyczy on praw osób, które chcą być uczniami lub studentami i ich rodziców, nie dotyczy natomiast nauczycieli³³. Zdaniem Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, państwa-strony Konwencji nie uznały prawa do nauki w postaci, która wymagałaby od nich tworzenia na własny koszt lub dotowania nauczania specjalnego lub na szczególnym poziomie. Państwa-strony jedynie uznały zasadę, że należy zagwarantować każdej osobie znajdującej się pod ich jurysdykcją dostęp do już istniejących instytucji edukacyjnych³⁴. W tym kontekście wydaje się, że na gruncie ETPC nie istnieje pozytywny obowiązek Państwa-Strony do stworzenia i wdrożenia szczególnych rozwiązań w zakresie szkolnictwa skierowanych do osób, które np. nie władają językiem danego państwa bądź z uwagi na swoje pochodzenie wymagają stworzenia odrębnych programów nauczania, w tym w szczególności w zakresie rozwoju duchowego bądź kulturalnego.

Wydaje się jednak, że zasada ta nie dotyczy edukacji podstawowej - jej brak bądź zaniedbania w zakresie jej jakości mogą być uznane za sprzeczne z omawianym przepisem³⁵. Biorąc pod uwagę dotychczasową interpretację przepisów Europejskiej Konwencji Praw Człowieka przez Trybunał, korzystanie z prawa do edukacji na poziomie podstawowym nie jest zależne od zameldowania w danym kraju bądź korzystania w nim ze statusu uchodźcy czy przesiedleńca³⁶. Prawo do edukacji zawarte w art. 2 Protokołu nr 1 obejmuje również dostęp do szkolnictwa średniego i wyższego.

³² Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności sporządzona w Rzymie z 4.11.1950 r., zmieniona następnie Protokołami nr 3, 5 i 8 oraz uzupełniona Protokołem nr 2, dalej „Europejska Konwencja Praw Człowieka”.

³³ *Komentarz do art. 2 Protokołu nr 1*, M. A. Nowicki, *Wokół Konwencji Europejskiej. Komentarz do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka*, Warszawa 2013, s. 886; Decyzja Komisji AGKO v. Grecja z 20.10.1997 r., skarga nr 31117/96.

³⁴ Wyrok ETPC z 23.0.1967 - Sprawa dotycząca niektórych aspektów ustaw poświęconych użyciu języków w edukacji w Belgii” przeciwko Belgii, skargi nr 1474/62, 1677/62, 1691/62, 1769/63, 1994/63 i 2126/64.

³⁵ *Komentarz do art. 2...*, s. 887.

³⁶ Wyrok ETPC z 13.12.2005 r., *Timishev przeciwko Rosji* skargi nr 55762/00 i 55974/00.

Jak można zauważyć, katalog aktów prawnych, które mają gwarantować możliwość kontynuacji edukacji przez uchodźców i ich dzieci jest niezwykle szeroki³⁷. Jednocześnie, gwarancje zawarte w prawie międzynarodowym często mijają się z rzeczywistością w państwach, które dotknęły nagły i niespodziewany napływ dużej liczby uchodźców.

AKTUALNE PROBLEMY W EDUKACJI UCHODźCÓW

Biorąc pod uwagę sytuację uchodźców nie tylko w Europie ale również w innych państwach świata, można zaobserwować kilka powtarzających się wyzwań związanych z ich edukacją. Po pierwsze, dzieci uchodźców padają ofiarą przerw w edukacji (czasami tylko kilku tygodniowych związanych z przesiedleniem, ale w wielu przypadkach są to wieloletnie przerwy), które uniemożliwiają im kontynuowanie nauki na dotychczasowym poziomie w grupie rówieśników. Tylko 50% dzieci uchodźców ma dostęp do publicznej edukacji, podczas gdy światowa średnia w przypadku dzieci przebywających we własnym kraju to ponad 90%³⁸. Przepaść rośnie wraz z wiekiem uchodźców – szacuje się, że jedynie 22% dorosłych uchodźców uczęszcza do szkół ponadpodstawowych (światowa średnia to 84%), a mniej niż 1 % podejmuje naukę na uczelniach wyższych (średnia światowa 34%). Edukacja ponadpodstawowa w przypadku wielu uchodźców jest tylko mrzonką – jedynie 10% uchodźców w Kenii i Pakistanie korzysta z takiej formy kształcenia, podczas gdy w Malezji ten wskaźnik jest jeszcze niższy i wynosi 2%³⁹. Tak znikomy udział w edukacji ponadpodstawowej jest wypadkową wielu czynników w tym przede wszystkim: trwających konfliktów zbrojnych, wielokrotnych zmian miejsca zamieszkania, przeszkód prawnych związanych z rejestracją uchodźców oraz ich przyjęciem do szkół publicznych, a w przypadku uchodźców przebywających na terenie danego kraju nielegalnie, również strach przed urzędami migracyjnymi i wydaleniem do ojczystego kraju⁴⁰. Nierzadko, dzieci uchodźców potrzebują szczególnej opieki, ponieważ doświadczyły traumatycznych przeżyć, które odbijają się na ich rozwoju psychofizycznym, nie potrafią radzić

³⁷ Autorka ograniczyła się jedynie do najważniejszych jej zdaniem aktów prawa międzynarodowego z tego zakresu, pomijając regionalne akty prawa międzynarodowego, regulacje Unii Europejskiej oraz poszczególnych krajów, gdyż ze względu na ramy niniejszego artykułu nie byłoby możliwe omówienie wszystkich regulacji prawnych z zakresu poruszanej tematyki.

³⁸ UNHCR, *Missing Out: Refugee Education in Crisis* (2016). Available from www.unhcr.org/57d9d01d0, dostęp 20.06.2020 r.

³⁹ Dryden-Peterson 2015, s. 1.

⁴⁰ Dryden-Peterson 2015, s. 1.

sobie z emocjami, mogą być agresywne, bądź wręcz przeciwnie- zamknięte w sobie i bojaźliwe.

Bez wątplenia bariera językowa, która dotyka dzieci uchodźców jest również elementem wspólnym w zakresie przeszkód w realizacji prawa do edukacji we większości państw, które uchodźców przyjmują⁴¹. Powoduje ona nie tylko niechęć do uczestniczenia w zajęciach prowadzonych przez szkoły publiczne, brak dostatecznego zrozumienia przyswajanych treści czy konieczność zagwarantowania dzieciom uchodźcom szczególnych warunków, ale może być powodem dla dalszego wykluczenia dzieci z grupy rówieśniczej i przekonania, że obecność dzieci uchodźców na zajęciach dydaktycznych spowalnia rozwój całej grupy⁴². Dotychczas nierozwiązany również został problem wyboru pomiędzy pobieraniem nauki w języku kraju pochodzenia lub kraju docelowego. O ile edukacja w języku kraju docelowego, wpływa bez wątpienia pozytywnie na przyszły związek uchodźcy z krajem docelowym, umożliwia odnalezienie się w nowej rzeczywistości, samodzielne załatwienie wszelkich spraw administracyjnych czy ostatecznie znalezienie pracy w nowym miejscu, to może ona uniemożliwiać zachowanie odpowiednich związków kulturowych i społecznych z krajem pochodzenia, a w konsekwencji zachwiać poczucie tożsamości uchodźcy. Również Europejski Trybunał Praw Człowieka, stwierdza, że prawo do nauki pozbawione by było sensu, gdyby korzystającego z niego osoby nie były uprawnione do tego, aby nauka odbywała się w języku narodowym lub w jednym z takich języków⁴³. Biorąc pod uwagę obecną sytuację wielu z państw, które przyjęły na swój teren uchodźców, niemożliwym jest zapewnienie nauczania na odpowiednim poziomie w każdym z języków narodowych bądź etnicznych uchodźców.

Brak wystarczającego finansowania ośrodków dla uchodźców jak również publicznych placówek oświatowych sprawia, że państwa przyjmujące, pomimo być może nawet dobrych chęci, nie są w stanie zagwarantować realizacji prawa do edukacji wszystkich przybywającym. 50% uchodźców na świecie przebywa jedynie w 7 krajach: Etiopii, Kenii, Libanie, Republice Konga, Czadzie, Turcji i Pakistanie- czyli w państwach, które mają wyraźne problemy z zagwarantowaniem odpowiedniej edukacji własnym obywatelom, a tym bardziej nie są w stanie ponosi dodatkowych kosztów związanych z edukacją

⁴¹ Taki problem występuje również w Polsce, zob. *Realizacja prawa małoletnich cudzoziemców do edukacji. Raport RPO ...*; Pochyra 2019, s. 1; http://refugee.pl/wp-content/uploads/2015/09/10_gazeta-pol.pdf, 04.2019; zob. również: Kupfer [online].

⁴² Dryden-Peterson 2015, s.1.

⁴³ Wyrok ETPC z 19.10.2012 r., Catan i inni v. Republika Mołdowi i Rosji, skargi nr 43370/04, 8252/05 i 18454/06.

uchodźców⁴⁴. Jednocześnie, z ekonomicznego punktu widzenia, nie powinno się wymagać od państw tymczasowego przebywania uchodźców, inwestowania w edukację osób, których celem jest ostatecznie dotarcie do państwa docelowego. Biorąc pod uwagę ekonomię prawa, nie rozsądne jest opłacanie edukacji tych jednostek, które w przyszłość nie będą chciały podjąć pracy w kraju pierwszego kontaktu, a co za tym idzie nie „pokryją” kosztów własnej edukacji poprzez odprowadzanie różnego rodzaju podatków dochodowych, jak również nie będą chciały wykorzystać zdobytej wiedzy i umiejętności w miejscu, w którym je otrzymały.

Brak odpowiedniego wsparcia finansowego placówek edukacyjnych związany jest również z brakiem odpowiedniego systemowego przygotowanie szkół i pracujących w nich nauczycieli⁴⁵. Często ci ostatni nie mają odpowiedniej wiedzy i doświadczenia, aby w odpowiedni sposób zapewnić ciągłość nauki dzieciom, których edukacja przez wiele lat była pozbawiona ciągłości. Nie są oni przygotowani do zmierzenia się z problemem uczęszczania na ich lekcje dzieci w różnym wieku, o bardzo różnym poziomie wiedzy w jednej klasie. Nie zawsze mają oni świadomość różnic kulturowych, a pewne zachowania mogą odbierać jako lekceważące bądź cechujące się negatywnym nastawieniem do nauki, podczas gdy często wynika to z odmiennych reguł wychowania panujących w kręgach kulturowych uchodźców⁴⁶.

Omawiając gwarancje prawa do edukacji dzieci, nie można zapominać o konieczności poszanowania poglądów rodziców w procesie edukacji szkolnej dziecka. Zarówno w Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka (art. 26 ust. 3), jak i Międzynarodowym Pakcie Praw Obywatelskich i Politycznych (art. 18 ust. 4) rodzicom (opiekunom prawnym) przysługuje wolność wyboru rodzaju nauczania dla dzieci, którzy w wyborze kierują się własnymi poglądami, a nie poglądami dziecka. Podobne regulacje znajdują się w Europejskiej Konwencji Praw Człowieka. Art. 2 Protokołu nr 1 gwarantuje poszanowanie przez państwo przekonań religijnych i filozoficznych rodziców w procesie edukacji dziecka. co w efekcie oznacza, że realizacja nauczania powinna być pluralistyczna oraz wolna od indoktrynacji światopoglądowej i religijnej. Przy czym pojęcie „przekonania filozoficzne” należy interpretować jako „poglądy zasługujące na szacunek w demokratycznym społeczeństwie, w odróżnieniu od innych poglądów, których nie daje się pogodzić z ludzką godnością. W żadnym przypadku nie mogą to być poglądy, które naruszałyby

⁴⁴ *Report of the Special Rapporteur on the right to education*, UN 2017, s. 17.

⁴⁵ O'Rourke 2014.

⁴⁶ Nowak [online]; Mackinnon 2014, s.6-7.

fundamentalne prawo dziecka do nauki⁴⁷. Zdaniem Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, celem tej gwarancji jest zapewnienie warunków rozwoju pluralizmu w edukacji, odgrywającego ważną rolę w ochronie demokratycznego społeczeństwa w ujęciu Konwencji⁴⁸. Jednocześnie kwestia ta powoduje wiele wątpliwości związanych przede wszystkim z edukacją religijną i światopoglądową, np. dotyczącą edukacji seksualnej. Wymóg poszanowania przekonań filozoficznych często jest problematyczny w społecznościach homogenicznych, ponieważ teoretycznie nauczyciel powinien zapoznać się z przekonaniami każdego z rodziców uczących się dzieci, jeszcze trudniejsze może się to okazać w przypadku nagłego napływu dużej liczby uczniów z innego kręgu kulturowego, reprezentujących odmienne poglądy religijne i filozoficzne⁴⁹. Wydaje się, że absolutnym obowiązkiem państwa, jest zakaz przeszkadzania w edukacji religijnej lub moralnej dzieci, jednak w sposób w jaki rodzice mają zapewnić takie wychowanie pozostaje problemem otwartym⁵⁰. Na marginesie można zaznaczyć, że problem ten nie dotyczy jedynie edukacji cudzoziemców, dyskusja na temat granic państwowej edukacji religijnej, filozoficznej bądź seksualnej prowadzona jest również w wielu państwach również w odniesieniu do własnych obywateli.

Inną kwestią jest tworzenia odrębnych klas dla cudzoziemców w dużych skupiskach imigrantów, jak to ma miejsce np. w Polsce. Takie praktyki należy ocenić negatywnie, gdyż nie umożliwiają one pełnej adaptacji tych dzieci do funkcjonowania w społeczeństwie, przyczynia się do gettoizacji czy marginalizacji⁵¹. Dzieci uchodźców, często pochodzące z odrębnych kręgów kulturowych powinny nie tylko nauczyć się języka państwa przybycia, ale również przyswoić sobie zasady i normy funkcjonowania w nowym społeczeństwie oraz nawiązywać kontakty towarzyskie z osobami spoza własnej grupy etnicznej⁵². Nie jest to możliwe, w przypadku gdy w sposób systemowy utrudnia, a czasem wręcz uniemożliwia się im kontakt z grupą rówieśniczą-obywatelami kraju przybycia.

Niezależnie od opisanych wyżej trudności, państwa są zobowiązane do zapewnienia realizacji prawa do edukacji uchodźcom przybyłym na ich

⁴⁷ Wyrok ETPC z 25.02.1982 r. w sprawie Campbell i Cosans v. Zjednoczone Królestwo, skarga nr 7511/76 i 7743/76.

⁴⁸ Wyrok ETPC z 12.12.1976 r. w sprawie Kjeldsen, Busk Madsen i Pedersen v. Danii, skargi nr 5095/71, 5920/72 i 5926/72.

⁴⁹ Falski 2014 r., s. 151- 172.

⁵⁰ Sobczak 2012, s. 460.

⁵¹ Sielaczek 2008, s. 135.

⁵² Sielaczek 2008, s. 135.

terytorium. Państwa powinny uwzględnić masowe ruchy ludności w narodowych planach edukacyjnych, tak jak zrobiły to w ostatnich latach rządu Kamerunu, Czadu, Nigerii, Pakistanu czy Południowego Sudanu⁵³. Fundacje, agencje i organizacje międzynarodowe oraz rządy państw powinny wspierać finansowo edukację uchodźców, tak aby zapewnić im pełną realizację omawianego prawa.

W Szwecji uchodźcy mają te same prawa w zakresie korzystania z publicznej edukacji przedszkolnej, szkolnej oraz szkolnictwa wyższego jak jej obywatele, działania te są finansowane przez Szwedzką Agencję Migracyjną⁵⁴. Agencja oferuje również dostęp do darmowych kursów języka szwedzkiego *on-line*, a osoby które wszczęły procedurę uzyskiwania zgody na azyl w Szwecji mogą uczęszczać na kursy języka szwedzkiego organizowane w niemal każdym większym mieście. Władze miast, w których przebywają uchodźcy oczekujący na azyl mają obowiązek zapewnienia, aby dzieci uczęszczały do szkół oraz uczyły się języka szwedzkiego. Warto zauważyć, że działania te podejmowane są również w stosunku do osób, które nie uzyskały jeszcze (a być może nigdy nie uzyskają) statusu uchodźcy.

Władze Nowej Zelandii zapewniają dostęp do bezpłatnej edukacji uchodźcom przebywającym na terytorium państwa, wydały również specjalny podręcznik skierowany do nauczycieli, rodziców i dyrektorów szkół w którym zawarto wytyczne w zakresie przygotowywania szkół i uczniów na przyjęcie uchodźców⁵⁵. Ma on ułatwić pracownikom oświaty przeprowadzanie dzieci uchodźców przez proces adaptacji oraz ich edukację zarówno w zakresie językowym i kulturowym, jak również społecznym.

Refugee Support Network to program powstały z inicjatywy Armii Zbawienia w celu udzielania pomocy uchodźcom chcącym podjąć studia w Londynie, który następnie objął swoim zasięgiem całą Wielką Brytanię⁵⁶. W ramach programu oferowane jest doradztwo zawodowe, wsparcie psychologiczne oraz mentoring. Niezależnie od tego prowadzone są badania w zakresie edukacji uchodźców, przeprowadzane są szkolenia dla nauczycieli akademickich oraz wolontariuszy, a także tworzone są raporty, które mają zapewnić, że głos młodych uchodźców jest uwzględniany w procesie decyzyjnych administracji publicznej.

⁵³ UNHCR, *Missing Out: Refugee...*

⁵⁴ <https://www.migrationsverket.se/English/Private-individuals/Protection-and-asylum-in-Sweden/While-you-are-waiting-for-a-decision/Education.html>, 20.06.2020.

⁵⁵ *A handbook for schools with students from refugee background*, <https://www.education.govt.nz/assets/Documents/School/Supporting-students/ESOL/Final-Refugee-Handbook-For-Schools.pdf>, 20.06.2020.

⁵⁶ <https://www.refugeesupportnetwork.org/>, 20.06.2020.

Na Cyprze, dzieci uchodźców mogą korzystać z *Kofinou Reception Centre*, który został utworzony w celu przyspieszenia ich włączenia w powszechny system edukacji. Dzieci, które zostaną tam zgłoszone mogą korzystać z programu przygotowującego ich do rozpoczęcia nauki w szkołach publicznych, który uwzględnia przede wszystkim naukę języka greckiego. Program jest przeznaczony dla dzieci powyżej 12 lat, które nie zostały przyjęte lub zostały usunięte ze szkół publicznych⁵⁷. W Holandii, edukacja dzieci uchodźców jest obowiązkowa, niezależnie od ich obecnej sytuacji prawnej i przynależności państwowej, w Niemczech obowiązkowe są zajęcia z języka niemieckiego. Jednocześnie w tym ostatnim kraju, dzieci częściej otrzymują kilkugodzinne lekcje języka niemieckiego w obozie dla uchodźców niż uczęszczają na regularne zajęcia w placówkach edukacyjnych⁵⁸.

Programy związane z edukacją uchodźców wprowadzane są również na poziomie globalnym. Jedną z najbardziej znaczących inicjatyw na rzecz dostępu uchodźców do uczelni wyższych jest *Refugees Welcome Map*⁵⁹. Jest to portal, który gromadzi informacje o inicjatywach podejmowanych przez różne organizacje – zarówno publiczne jak i prywatne- dotyczące uznawania wykształcenia, dostępności edukacji wyższej, wsparcia finansowego dla uchodźców będących studentami, kursów przygotowawczych i wyrównawczych, sposobów zacieśnienia integracji oraz możliwości zatrudnienia. Do programu zgłosiło się do tej pory 195 uczelni wyższych z 27 państw. Oferowana pomoc przybiera różne formy, m.in. tutoring, mentoring, pomocy prawnej, możliwości uczęszczania na zajęcia jako słuchacze przez uchodźców, których status nie został jeszcze potwierdzony (zdobyte zaliczenia można wykorzystać po oficjalnym przyjęciu na kurs czy studia), kursów językowych czy zdania egzaminów przez przedstawienie odpowiednich certyfikatów⁶⁰.

Nie należy zapominać, że to w interesie państw docelowych jest zapewnienie uchodźcom powszechnego dostępu do edukacji i odpowiedniego wykształcenia. Rozwój umiejętności, dostęp do mikrokredytów i poprawa dostępność

⁵⁷ Program ten budzi jednocześnie wątpliwości greckiego ombudsmana, który wskazuje, że nie spełnia on w pełni wymogów związanych z dostępem do edukacji gwarantowanych przez akty prawa międzynarodowego, zob. *Refugee Education in Cyprus: Challenges and Opportunities*, <https://www.unhcr.org/cy/wp-content/uploads/sites/41/2018/03/EducationCyprusApril2017.pdf>, 20.06.2020.

⁵⁸ Crul, Keskiner, Schneider, Lelie, Ghaemina, s. 6.

⁵⁹ European University Association, *Refugees Welcome Map*, <http://www.eua.be/activities-services/eua-campaigns/refugees-welcome-map>, 20.06.2020.

⁶⁰ Derelkowska -Misiunia 2017, s. 32.

internetu jest potrzebna, aby uchodźcy mogli stać się przedsiębiorcami, co z kolei przyczyni się do zwiększenia dochodów państwa⁶¹.

PODSUMOWANIE

Kryzys uchodźczy w Europie, którego świadkami jesteśmy w ostatnich latach obnażył słabość uniwersalnego systemu ochrony praw człowieka. Podstawowe prawa zawarte w międzynarodowych konwencjach takie jak np. prawo do edukacji nie są w pełni gwarantowane ani na Starym Kontynencie ani nigdzie indziej na świecie. Jednocześnie trudno zapewnić dostęp do szkolnictwa publicznego dzieci uchodźców, jeżeli państwa pierwszego kontaktu mają trudności z ich prawidłową rejestracją.

Zarówno państwa pierwszego kontaktu jak i państwa docelowe, a także podmioty prywatne powinny zintensyfikować działania na rzecz rozwoju edukacji uchodźców. Przede wszystkim konieczne jest zapewnienie odpowiedniego finansowania placówek edukacyjnych, lekcji języka kraju pierwszego kontaktu oraz języka angielskiego bądź innego języka powszechnie używanego, informowanie uchodźców o możliwości podjęcia oraz kontynuowania edukacji zarówno w kraju pierwszego kontaktu jak i w kraju docelowym. Niezależnie od tego, należy zapewnić odpowiednie rozwiązania systemowe- przeszkolenie nauczycieli z pracy z dziećmi pochodzącymi z różnych kręgów kulturowych, a także dziećmi dotkniętymi ogromną traumą psychiczną. Niezbędne jest także zwiększenie liczby etatów nauczycieli w szkołach publicznych przede wszystkim w krajach pierwszego kontaktu. Należy pamiętać, że uchodźcy często umieszczani są w obozach w mniejszych miejscowościach, które mogą mieć problemy z zatrudnieniem odpowiedniej ilości nauczycieli.

Jeśli odpowiednie kroki nie zostaną wkrótce podjęte, może się okazać, że napływ uchodźców będzie stanowił poważne zagrożenie dla poszczególnych państw. Jak wskazują statystyki, osoby niewykształcone mają problemy z asymilacją ze społeczeństwem, częściej popełniają przestępstwa, korzystają z zasiłków socjalnych i opieki społecznej. Zainwestowanie czasu i środków w umożliwienie uchodźcom kontynuowania bądź rozpoczęcia edukacji, w tym edukacji zawodowej, a także zapewnienie im możliwości nauki języka państwa pierwszego kontaktu, może sprawić, że chętniej zostaną oni w miejscu przybycia zamiast podróżować dalej do państwa docelowego. Ich odpowiednie wykształcenie oraz znajomość języka oraz lokalnych zwyczajów

⁶¹ Appleby 2017, s.793.

może doprowadzić do szybszego ich wejścia na rynek pracy, zakładania własnych działalności gospodarczych, a w konsekwencji również przyczynienia się do wzrostu gospodarczego w tym kraju. To wszystko sprawia, że zagwarantowanie prawa do edukacji uchodźcom i ich dzieciom jest obecnie jednym z najważniejszych wyzwań przed jakimi stoi współczesny świat.

BIBLIOGRAFIA

Appleby K. 2017, *Strengthening the Global Refugee Protection System: Recommendations for the Global Compact on Refugees*, "Journal on Migration and Human Security" 5(4).

Babiuch H. 2014, *Prawo do edukacji w świetle uniwersalnych i regionalnych systemów ochrony praw człowieka*, Jaskiernia J. (red.), *Uniwersalny i regionalny wymiar ochrony praw człowieka. Nowe wyzwania – nowe rozwiązania*, t. 3., Warszawa.

Crul M., Keskiner E., Schneider J., Lelie F., Ghaemina S., *No lost generation: Education for refugee children. A comparison between Sweden, Germany, The Netherlands and Turkey*.

Czapliński W., Wyrozumka A. 2014, *Prawo międzynarodowe publiczne. Zagadnienia systemowe*, Warszawa.

Derelkowska -Misiunia A. 2017, *Edukacja wyższa uchodźców w UE jako wyzwanie dla polityki migracyjnej*, „Studia Ekonomiczne. Zeszyty naukowe”, nr 319.

Dryden-Peterson S. 2015, *The educational experiences of Refugee Children in Countries of First Asylum*, Waszyngton.

Humphrey J.P. 1976, *The international Bill of Rights: scope and implementation*, "William & Mary Law Review", 17(3).

Kupfer M. 2016, *Accessibility and Quality of Education for Refugees: A Case Study of Kyangwali Refugee Settlement*, "Independent Study Project (ISP) Collection", Paper 2346.

Kurz I. (red. wer. pl.) 1992, *Zasady i tryb ustalania statusu uchodźcy zgodnie z Konwencją dotyczącą statusu uchodźcy z dnia 1951 r. oraz Protokołem dodatkowym do niej z 1967 r.*, Podręcznik, Genewa.

Mackinnon H. 2014, *Education in emergencies: the case of the Dadaab refugee camps*, "Policy Brief" 47.

Malinowska I. 2017, *Wymiar prawny uchodźstwa. Status uchodźcy z perspektywy praw człowieka*, [w:] Wojtaszczyk K.A., Szymańska J., *Uchodźcy w Europie. Uwarunkowania, istota, następstwa*, Warszawa.

Mikosz J. 1991, *Prawo do nauki*, [w:] *Prawa człowieka. Model prawny*, Wrocław-Warszawa-Kraków.

Nirmal B.C. 2001, *Refugees and Human Rights*, "ISIL Year Book of International Humanitarian and Refugee Law", 6.

O'Rourke J. 2014, *Education for Syrian Refugees: The Failure of Second-Generation Human Rights During Extraordinary Crisis*, "Albany Law Review", 78.

Pochyra K. 2019, *Uchodźcy w szkole*, „Refugee.pl. - Gazeta uchodźców”, 10.

Potyrała A. 2005, *Współczesne uchodźstwo*, Poznań.

Refugees & Migrants Arrivals To Europe In 2018 (Mediterranean), <https://data2.unhcr.org/en/documents/download/64891>, 23.10.2018.

Sielaczek R. 2008, *Edukacja jako narzędzie integracji cudzoziemców*, „Kultura i Edukacja” nr 3.

Szozkiewicz Ł. 2018, *Komentarz do art. 13 Międzynarodowego Paktu Praw Gospodarczych, Społecznych i Kulturalnych*, [w:] Z. Kędzia, A. Hernandez-Półczyńska, *Międzynarodowy Pakt Praw Gospodarczych, Społecznych i Kulturalnych. Komentarz*, Warszawa.

Realizacja prawa małoletnich cudzoziemców do edukacji. Raport RPO, „Zasada równego traktowania. Prawo i praktyka”, nr 12.

Report of the Ad Hoc Committee on Refugees and Stateless Persons, Second Session: Summary Record of the Thirty-Seventh Meeting Held at the Palais des Nations, Geneva, 16.08.1950 r.

Pakt Praw Gospodarczych, Społecznych i Kulturalnych. Komentarz, 2018, Warszawa.

Thompson D., *Refugees: A World Problem*, 16 Foreign Aff. 375 (1938).

UNHCR 2016, *Missing Out: Refugee Education in Crisis*.

ZJAWISKO PRZESTĘPCZOŚCI NIELETNICH W POLSCE W LATACH 2008-2018

MONIKA NIEDŹWIECKA
UNIwersytet Szczeciński

WSTĘP

Zjawisko przestępczości nieletnich¹ od dawna pozostaje w kręgu zainteresowań prawników, socjologów, pedagogów czy psychologów. Teoretycy i praktycy nieustannie poszukują nowych rozwiązań w dziedzinie zapobiegania przestępczości nieletnich oraz metod, które pozwoliłyby zapobiegać różnym formom niedostosowania społecznego wśród młodzieży determinujących ich późniejsze zachowania przestępcze. Należy mieć na uwadze fakt, że demoralizacja nieletnich² i w konsekwencji wejście na drogę przestępczą prowadzi do trwałych wypaczeń osobowości, które są bardzo trudne do naprawienia w wieku dorosłym. Z punktu widzenia interesu społecznego przestępczość nieletnich jest zjawiskiem niezwykle szkodliwym³. B. Hołyst wskazuje, że podstawowymi bodźcami, które determinują przestępczość nieletnich są m.in. chęć zdobycia pieniędzy lub innych korzyści materialnych, zaimponowanie innym, powielanie wzorców i zachowań mających swoje źródło w domu rodzinnym

¹ Na potrzeby niniejszego opracowania pojęcie przestępczości nieletnich rozumiane jest jako czyn zabroniony określany przez ustawę jako przestępstwo, przestępstwo skarbowe lub niektóre wykroczenia, dokonane przez osoby nieletnie w rozumieniu ustawy o postępowaniu w sprawach nieletnich.

² W myśl ustawy o postępowaniu w sprawach nieletnich, nieletnimi są: osoby przed ukończeniem 18. roku życia w zakresie zapobiegania i zwalczania demoralizacji, osoby, które po ukończeniu 13 lat, a przed ukończeniem 17 lat dopuściły się czynu karalnego oraz osoby w wieku do 21 lat, wobec których wykonywane są środki wychowawcze i poprawcze (Ustawa z dnia 26 października 1982 r. o postępowaniu w sprawach nieletnich Dz.U. 2018 poz. 969).

³ Papież i Płukis 2000.

czy chęć poszukiwania akceptacji, gdy nie można znaleźć oparcia i poczucia bezpieczeństwa wśród rodziców i bliskich ⁴.

W mediach coraz częściej dyskutuje się na temat zjawiska przestępczości nieletnich wskazując jednocześnie na znaczny wzrost przestępczości w tej grupie wiekowej na przestrzeni ostatnich kilku lat. Asumptem do wzmożonej dyskusji stały się liczne informacje medialne, w treści których informuje się o patologicznych zachowaniach nieletnich, szczególnie w środowisku szkolnym, w którym coraz częściej można zaobserwować zachowania agresywne wśród młodzieży i dzieci. Agresja przejawia się najczęściej w postaci gróźb, obraźliwych wypowiedzi czy agresji fizycznej. Często źródłem eskalacji agresji jest doświadczanie jej w przeszłości ⁵. Z przekazów medialnych coraz częściej dowiadujemy się również, że nastoletni sprawcy dopuszczają się najcięższych typów przestępstw takich jak zbrodnia zabójstwa (najczęściej są to czyny dokonywane na osobach najbliższych tj. rodzice, dziadkowie, rodzeństwo) czy gwałtu czyli najcięższych przestępstw jakie zostały uregulowane w naszym porządku prawnym ⁶. Rodzaj oraz ilość przekazywanych informacji może wzbudzać w społeczeństwie poczucie, że zjawisko przestępczości nieletnich jest coraz bardziej powszechne rodzi się zatem pytanie czy częstotliwość informacji przekazywanych przez media ma odzwierciedlenie w statystykach policyjnych potwierdzając tym samym, że poziom przestępczości nieletnich w Polsce z roku na rok wzrasta?

W niniejszym artykule zaprezentowano dane przedstawiające rozmiary, dynamikę oraz strukturę wybranych czynów karalnych popełnianych przez osoby nieletnie w latach 2008-2018 w Polsce. Zakres czasowy analizowanego zagadnienia odnosi się do danych statystycznych obejmujących okres dekady aby ukazać dynamikę zmian jakie zachodzą na tle analizowanego zagadnienia w tym przedziale czasowym. Na potrzeby niniejszej pracy wykorzystano dane statystyczne za lata 2008-2018. Zakres oraz szczegółowość danych udostępnionych w tym okresie przez Policję oraz Ministerstwo Sprawiedliwości, wydaje się stanowić wystarczającą bazę danych do sformułowania wymiernych wniosków na tle analizowanego zagadnienia.

Prezentowane wyniki zostały opracowane na podstawie danych statystycznych opublikowanych w Informatorze Statystycznym Ministerstwa Sprawiedliwości oraz opracowaniach statystycznych Komendy Głównej Policji w Warszawie. Przedmiotem badań były rozmiary, dynamika oraz struktura

⁴ Hołyst 2001, s. 450-451.

⁵ Pospiszyl i Żabczyńska 1985, s. 17.

⁶ Kołakowska-Przełomiec 2000.

wybranych czynów karalnych popełnianych przez osoby nieletnie w latach 2008 - 2018.

Celem badań było przeprowadzenie analizy danych statystycznych odnoszących się do wybranych czynów karalnych popełnionych przez osoby nieletnie we wskazanym okresie czasu i udzielenie odpowiedzi na pytanie czy poziom przestępczości nieletnich w Polsce w latach 2008-2018 wzrósł.

ETIOLOGIA PRZESTĘPCZOŚCI NIELETNICH

Ilość czynników determinujących zachowania dewiacyjne wśród dzieci i młodzieży jest niezliczona. Nie ulega wątpliwości, że proces odchodzenia od norm i zasad współżycia społecznego oraz porządku prawnego jest bardzo złożony i wielopłaszczyznowy. Do grupy czynników determinujących ten proces powinniśmy zaliczyć przede wszystkim środowisko rodzinne, w którym wychowuje się nieletni (w tym treści i metody wychowawcze, przy pomocy których te treści są przekazywane), problem alkoholizmu, środowisko szkolne oraz przynależność do grup rówieśniczych.

Pomimo znacznej ewolucji pojęcia rodziny na przestrzeni ostatnich lat nadal pozostaje ona instytucją o podstawowym znaczeniu w procesie wychowania dziecka. To rodzice oraz osoby przebywające stale z dzieckiem na wczesnym etapie dzieciństwa kształtują zasadnicze, elementy jego osobowości, które później determinują dorosłe życie człowieka. J. A. C. Brown zwraca uwagę na to, że „w ciągu pierwszych pięciu lat życia, czyli w okresie, kiedy powstają pierwsze zręby charakteru, dziecko uczy się nie tylko kontroli nad swoimi czynnościami odżywiania i wydalania, lecz również sposobów postępowania z ludźmi; jeżeli nie zostanie otoczone miłością niewymuszoną, konsekwentną i bezwarunkową, nauczy się wkrótce dość skomplikowanych i nie-normalnych metod zwracania na siebie uwagi”⁷. Autor zwraca także uwagę na to, że osobowość człowieka składa się z całości jego reakcji na życie, zgodnie z jego życiowym doświadczeniem, ponieważ jest, formą przystosowania się i odczuwa on potrzebę zachowania jej, dlatego najbardziej zakorzenione aspekty postępowania z trudem ulegają zmianie. Nawet wtedy, gdy człowiek znajdzie się w bardziej sprzyjających warunkach, skłonny jest tłumaczyć sobie nowe doświadczenia w sposób, którego nauczył się we wczesnych latach życia. Można więc powiedzieć, że rdzeń osobowości człowieka kształtuje się już w niemowlęctwie i wczesnym dzieciństwie. Zapatrywania i sposób

⁷ Brawn 1962, s. 63-64.

postępowania, które wytworzyły się w pierwszych pięciu latach życia człowieka, trwają w ciągu całego życia i chociaż często ulegają modyfikacji na skutek późniejszych doświadczeń, to nigdy nie zacierają się całkowicie ⁸.

Rola rodzica (opiekuna) bez wątpienia jest najistotniejszą rolą w życiu człowieka. To rodzice stanowią wzór do naśladowania to na nich dziecko wzoruje swoje późniejsze postawy i zachowania. To w środowisku rodzinnym dziecko powinno się nauczyć zasad moralnych oraz zasad współżycia społecznego jakie panują w danym społeczeństwie ⁹. Brak zaangażowania rodziców w ten proces przejawiający się najczęściej brakiem nadzoru nad dzieckiem zarówno w środowisku domowym jak i poza nim a także brak zapewnienia właściwej opieki dostosowanej do wieku dziecka prowadzi do negatywnych skutków w postaci opuszczania zajęć lekcyjnych czy zawierania niewłaściwych znajomości ¹⁰.

Bardzo negatywny wpływ na rozwój dziecka oraz przebieg procesów socjalizacyjnych nieletnich ma również problematyka nadużywania alkoholu. Alkoholizm rodziców ma niezwykle istotne znaczenie dlatego, że leży u podstaw współwystępowania wielu wysoce ujemnych czynników wychowawczych. Należą do nich przede wszystkim awantury, które nierzadko są połączone z eskalacją agresji fizycznej oraz wzajemnymi oskarżeniami czy koniecznością ucieczek z domu po to, aby uniknąć bezpośredniej konfrontacji z pijanym rodzicem. Oprócz złego przykładu sytuacje takie tworzą stan zagrożenia w psychice dziecka. Strach przed biciem oraz częste przebywanie dziecka poza domem bardzo często zakłócają wykonywanie podstawowej roli nieletniego jaką jest rola ucznia. Nadużywanie alkoholu przez rodziców często prowadzi również do kształtowania się u nieletniego nieprawidłowych wzorców co w konsekwencji może prowadzić do powielania postawy rodziców w przyszłości i objawiać się nadużywaniem alkoholu przez osobę nieletnią czy przyjęciem postawy tzw. „wrodzonej bezzadności”, która najczęściej prowadzi do braku jakiegokolwiek aktywności zawodowej ¹¹.

Istotne znaczenie w omawianym aspekcie ma również szkoła, w której młody człowiek może doznawać różnego typu porażek i negatywnych emocji spowodowanych ocenami niedostatecznymi, niepowodzeniami na tle grupy, stygmatyzacją z powodu wyglądu, ubioru czy zachowania bądź całkowitym

⁸ Brawn 1962, s. 64.

⁹ Bułat 2007.

¹⁰ Firla 2001, s. 22.

¹¹ Marczak 200, s. 137-138; Kobes, Legnica, s. 134-135.

odrzuconiem przez zespół klasowy¹². Brak odpowiedniej reakcji na pojawiające się problemy z zachowaniem nieletniego ze strony kadry pedagogicznej oraz rodziców może doprowadzić do eskalacji złych emocji a w konsekwencji do demoralizacji objawiającej się w postaci opuszczania zajęć lekcyjnych czy agresywnego zachowania w stosunku do innych uczniów czy nauczycieli¹³.

Do czynników potencjalnie wpływających na przestępcze zachowanie nieletnich zaliczyć można także przynależność do określonej grupy rówieśniczej. Chęć bycia częścią grupy uznać należy za naturalną potrzebę każdego człowieka. Nieletni chętnie angażują się w działalność grup rówieśniczych, ponieważ szukają w nich akceptacji, bezpieczeństwa i uznania. Niebezpieczeństwo pojawia się wtedy gdy nieformalna grupa nieletnich zrzesza w swoim gronie osoby z podobnymi nałogami (np. narkomania, alkoholizm) czy problemami a w ich strukturach kształtuje się pewnego rodzaju podporządkowanie liderowi grupy. Osoby nieletnie są podatne na sugestie oraz naciski ze strony osób, którym chcą zaimponować i łatwo dają sobą manipulować. W takich sytuacjach istnieje realne niebezpieczeństwo przeobrażenia się grupy rówieśniczej w grupę przestępczą bowiem osoby, które bały się popełnić przestępstwo samodzielnie w towarzystwie nabierają do tego odwagi. Członkowie takich grup najczęściej dokonują włamań, aktów wandalizmu, są także sprawcami przestępstw przeciwko życiu i zdrowiu oraz grupowych gwałtów¹⁴.

CZYNY KARALNE NIELETNICH – SKALA ZJAWISKA

Dane ujęte w tabeli 1 przedstawiają ogólną liczbę czynów karalnych popełnionych przez osoby nieletnie w latach 2008-2018. Największą liczbę czynów karalnych nieletnich odnotowano w roku 2011 wynosiła ona wówczas ponad sto tysięcy. Rok 2012 przyniósł spadek o 6.840 czynów karalnych w porównaniu do roku 2011. Zapoczątkował także tendencję spadkową w zakresie liczebności czynów karalnych nieletnich bowiem z danych statystycznych zamieszczonych w poniższej tabeli wynika, że w kolejnych latach odnotowywano sukcesywny spadek liczby czynów karalnych. Najmniej czynów karalnych odnotowano w roku 2018 gdy ich ogólna liczba wyniosła 25.528 tj. o prawie 75% mniej niż odnotowano w roku 2011 (spadek z 75 498 czynów karalnych do 25.528).

¹² Hołyst 2015, s. 351-352.

¹³ Łobocki 1989, s. 18-20.

¹⁴ Pelc 2010, s. 380-384.

Rok	Czyny karalne nieletnich - ogółem
2018	25 528
2017	26 433
2016	29 222
2015	28 875
2014	42 281
2013	71 562
2012	94 186
2011	101 026
2010	99 187
2009	85 020
2008	74 219

Tabela 1. Ogólna liczba czynów karalnych popełnionych przez osoby nieletnie w latach 2008 -2018. Źródło: opracowanie własne na podstawie danych z Wydziału Statystycznego Informacji Zarządczej, Departamentu Strategii i Funduszy Europejskich Ministerstwa Sprawiedliwości oraz opracowań statystycznych Komendy Głównej Policji w Warszawie.

Dane zestawione w tabeli 2 przedstawiają ogólną liczbę przestępstw stwierdzonych w latach 2008-2018, ogólną liczbę czynów karalnych popełnionych przez osoby nieletnie w tym okresie czasu oraz procentowy udział czynów karalnych nieletnich w ogólnej liczbie odnotowanych przestępstw. Z danych przedstawionych w poniższej tabeli wynika, że największy udział procentowy czynów karalnych nieletnich w stosunku do ogólnej liczby stwierdzonych przestępstw odnotowano w latach 2010-2012. W roku 2010 i 2011 współczynnik procentowy udziału nieletnich był najwyższy i utrzymywał się na poziomie 8,7 %. W roku 2012 wynosił 8,4%. Od roku 2013 zaczęto odnotowywać sukcesywny spadek procentowego udziału czynów karalnych nieletnich w ogólnej liczbie stwierdzonych przestępstw.

Analizując dane statystyczne zawarte w tabeli 2 należy zwrócić uwagę na ogólną liczbę przestępstw stwierdzonych ogółem. Największy współczynnik procentowy udziału nieletnich odnotowano bowiem w okresie gdy ilość popełnianych przestępstw była najwyższa i utrzymywała się na poziomie powyżej miliona stu tysięcy przestępstw stwierdzonych rocznie wraz ze spadkiem ogólnej liczby przestępstw zaczęto odnotowywać spadek udziału czynów karalnych nieletnich w tym zakresie. W roku 2018 współczynnik procentowy

udziału czynów karalnych nieletnich kształtował się na poziomie 3,2 procent co daje spadek o 5,5% w stosunku do roku 2010 i 2011.

Rok	Przestępstwa stwierdzone	Czyny karalne nieletnich	% udziału nieletnich
2018	795 444	25 528	3,2
2017	782 069	26 433	3,4
2016	778 562	29 222	3,7
2015	833 281	28 875	3,4
2014	898 129	42 281	4,7
2013	1 061 239	71 562	6,6
2012	1 119 803	94 186	8,4
2011	1 159 554	101 026	8,7
2010	1 138 523	99 187	8,7
2009	1 129 577	85 020	7,5
2008	1 108 057	74 219	6,7

Tabela 2. Ogólna liczba przestępstw stwierdzonych w latach 2008-2018, ogólna liczba czynów karalnych popełnionych przez osoby nieletnie w latach 2008 -2018 oraz udział procentowy czynów karalnych nieletnich w stosunku do ogólnej liczby przestępstw stwierdzonych. Źródło: opracowanie własne na podstawie danych z Wydziału Statystycznego Informacji Zarządczej, Departamentu Strategii i Funduszy Europejskich Ministerstwa Sprawiedliwości oraz opracowań statystycznych Komendy Głównej Policji w Warszawie.

PRZESTĘPCZOŚĆ NIELETNICH NA TLE WYBRANYCH PRZESTĘPSTW

Czyny karalne dokonywane przez osoby nieletnie wypełniają znamiona większości przestępstw stypizowanych w obecnie obowiązującym Kodeksie karnym (dalej: k.k.). Mając na uwadze powyższe analizę przestępczości nieletnich na tle niniejszej pracy ograniczono do wybranych typów przestępstw takich jak: zabójstwo, przestępstwa rozbójnicze, kradzież z włamaniem, bójka i pobicie, przestępstwa narkotykowe oraz przestępczość na terenie szkół.

W tabeli 3 zawarto dane statystyczne przedstawiające udział czynów karalnych nieletnich w stosunku do ogólnej liczby stwierdzonych przestępstw zabójstw w latach 2008-2018. Z danych przedstawionych w tabeli wynika, że

co roku osoby nieletnie dokonują przestępstw, które są kwalifikowane z art. 148 Kodeksu karnego czyli zbrodni zabójstwa. Największą ilość tego rodzaju czynów odnotowano w roku 2009 tj. 14 przypadków oraz w roku 2016 tj. 11 przypadków. Dokonując analizy tego rodzaju przestępczości należy zwrócić szczególną uwagę na dyspozycję art. 10 k.k., który wyjątkowo umożliwia pociągnięcie do odpowiedzialności karnej na zasadach ogólnych określonych w kodeksie karnym osobę, która ukończyła lat 15 a nie ukończyła lat 17. Osoba ta musi się dopuścić przestępstwa wymienionego w katalogu zamkniętym zawartym w art. 10 k.k. oraz spełnić pozostałe przesłanki uregulowane w treści tego przepisu. W treści katalogu określającego zakres czynów zabronionych za popełnienie, których możliwe jest poniesienie odpowiedzialności na podstawie art. 10 k.k. ujęto m.in. takie przestępstwa jak: zabójstwo, zgwałcenie czy rozbój. Powyższe rozwiązanie jest podyktowane potrzebą reakcji prawnokarnej na zachowania rażąco naruszające najważniejsze dobra chronione prawem. B. Hołyst zwraca uwagę na to, że „określone zachowania nieletnich wymagają takiej samej reakcji ze strony sformalizowanych agend kontroli społecznej jak przestępczość dorosłych”¹⁵.

Rok	Przestępstwa stwierdzone ogółem	Czyny karalne nieletnich
2018	536	2
2017	518	4
2016	469	11
2015	502	4
2014	518	3
2013	574	4
2012	582	4
2011	662	6
2010	680	7
2009	763	14
2008	759	9

Tabela 3. Udział czynów karalnych nieletnich w ogólnej liczbie stwierdzonych przestępstw zabójstwa w latach 2008-2018. Źródło: opracowanie własne na podstawie danych z Wydziału Statystycznego Informacji Zarządczej, Departamentu Strategii i Funduszy Europejskich Ministerstwa Sprawiedliwości oraz opracowań statystycznych Komendy Głównej Policji w Warszawie.

¹⁵ Hołyst 2005.

Poniższa tabela przedstawia udział czynów karalnych nieletnich w ogólnej liczbie stwierdzonych przestępstw rozbójniczych w latach 2008-2018 (do przestępstw rozbójniczych zaliczamy: kradzież rozbójniczą, rozbój oraz wymuszenie). Z danych przedstawionych w tabeli 4 wynika, że osoby nieletnie stosunkowo często dopuszczają się przestępstw rozbójniczych w postaci kradzieży rozbójniczej, rozboju czy wymuszenia.

W latach 2011-2013 udział procentowy czynów karalnych nieletnich wynosił prawie 50% wszystkich przestępstw tego rodzaju (rok 2011 – 47,5%, rok 2012 – 49,8%, rok 2013 – 47,6%). Zjawisko to jest bardzo niepokojące, ponieważ ten rodzaj przestępczości charakteryzuje się szczególną brutalnością oraz demoralizacją sprawców. Przestępstwo rozboju można określić jako czyn „z pogranicza” przestępstw przeciwko mieniu oraz zdrowiu i życiu. Z jednej strony stanowi ono kradzież, co wskazuje na ekonomiczne podłoże przestępstwa, z drugiej jest nierozzerwalnie związane z elementem przemocy wobec ofiary, która poprzez groźby, użycie siły fizycznej czy też zastraszenie zostaje doprowadzona do stanu bezbronności¹⁶.

Od roku 2014 odnotowywano sukcesywny spadek przestępczości zarówno w zakresie ogólnej ilości stwierdzonych przestępstw tego rodzaju jak i czynów karalnych nieletnich w tym zakresie. W roku 2018 udział procentowy czynów karalnych nieletnich wyniósł 22,9% co daje spadek o 24,7% w stosunku do roku 2013.

¹⁶ Gula i Wysocka-Pleczyk 2009, s. 103.

Rok	Przestępstwa stwierdzone ogółem	Czyny karalne nieletnich	% udziału nieletnich
2018	6 801	1560	22,9
2017	8 114	2043	25,2
2016	9 634	2 193	22,7
2015	10 210	2 390	23,5
2014	13 626	4 341	31,85
2013	20 371	9 691	47,6
2012	24 564	12 237	49,8
2011	26 231	12 438	47,5
2010	27 218	11 547	42,5
2009	26 435	9 121	34,5
2008	26 158	8 161	31,2

Tabela 4. Udział czynów karalnych nieletnich w ogólnej liczbie stwierdzonych przestępstw rozbójniczych w latach 2008-2018. Źródło: opracowanie własne na podstawie danych z Wydziału Statystycznego Informacji Zarządczej, Departamentu Strategii i Funduszy Europejskich Ministerstwa Sprawiedliwości oraz opracowań statystycznych Komendy Głównej Policji w Warszawie.

Osoby nieletnie stosunkowo często dopuszczają się także przestępstw kradzieży z włamaniem co przedstawia poniższa tabela. Największą ilość czynów karalnych nieletnich w zakresie tego typu przestępstwa odnotowano w latach 2010-2011. W roku 2010 odnotowano ponad 9.800 czynów karalnych natomiast w roku 2011 ponad 9.300 czynów karalnych nieletnich. Od roku 2012 zauważalny jest sukcesywny spadek czynów karalnych w zakresie tego rodzaju przestępstwa. Najmniejszą ilość czynów karalnych nieletnich w odniesieniu do tego rodzaju przestępstwa odnotowano w roku 2017, wynosiła wówczas 2.238 czynów karanych.

Rok	Przestępstwa stwierdzone ogółem	Czyny karalne nieletnich
2018	69 148	2 670
2017	67 713	2 238
2016	79 930	3 186
2015	94 680	3 239
2014	105 133	4 212
2013	118 419	6 205
2012	127 691	7 796
2011	135 611	9 329
2010	140 085	9 813
2009	135 651	8 546
2008	124 669	8 229

Tabela 5. Udział czynów karalnych nieletnich w ogólnej liczbie stwierdzonych przestępstw kradzieży z włamaniem w latach 2008-2018. Źródło: opracowanie własne na podstawie danych z Wydziału Statystycznego Informacji Zarządczej, Departamentu Strategii i Funduszy Europejskich Ministerstwa Sprawiedliwości oraz opracowań statystycznych Komendy Głównej Policji w Warszawie.

Kolejnym typem przestępstw na jakie należy zwrócić uwagę analizując zagadnienie przestępczości nieletnich jest przestępstwo bójki i pobicia. Coraz częściej mówi się o dużej agresji wśród młodzieży, która objawia się w postaci bezpośredniej konfrontacji z jedną lub większą grupą osób. Analiza danych statystycznych odnoszących się do przestępstwa bójki i pobicia zdaje się potwierdzać stwierdzenia mówiące o wzmożonej agresji wśród młodzieży w ramach konfliktów wręcz. Największą ilość czynów karalnych nieletnich kwalifikowanych jako przestępstwo bójki lub pobicia odnotowano w roku 2011. Wynosiła ona wówczas 5.496 i stanowiła prawie jedną trzecią wszystkich przestępstw tego typu stwierdzonych w roku 2011 tj. 16.447 przestępstw ogółem. Od roku 2012 notowano spadek zarówno w zakresie ogólnej liczby przestępstw tego typu jak i udziału w nich czynów karalnych nieletnich. Najmniejszą ilość czynów karalnych odnotowano w roku 2018. Ogółem odnotowano 4.403 przestępstwa tego typu z czego 551 czynów stanowiły czyny karalne nieletnich (tj. około 13% przestępstw stwierdzonych ogółem).

Rok	Przestępstwa stwierdzone ogółem	Czyny karalne nieletnich
2018	4 403	551
2017	5 071	678
2016	5 587	826
2015	5 550	818
2014	6 849	1 141
2013	8 783	2 219
2012	11 416	3 289
2011	16 447	5 496
2010	11 883	3 158
2009	13 156	3 039
2008	14 409	3 242

Tabela 6. Udział czynów karalnych nieletnich w ogólnej liczbie przestępstw stypizowanych jako bójka lub pobicie w latach 2008 – 2018.. Źródło: opracowanie własne na podstawie danych z Wydziału Statystycznego Informacji Zarządczej, Departamentu Strategii i Funduszy Europejskich Ministerstwa Sprawiedliwości oraz opracowań statystycznych Komendy Głównej Policji w Warszawie.

Kolejnym typem przestępstw których nie sposób nie poddać analizie mając na uwadze przedmiot niniejszego opracowania stanowią przestępstwa narkotykowe. Z danych przedstawionych w tabeli 7 wynika, że nieletni sprawcy czynów karalnych często dopuszczają się czynów zabronionych związanych z przestępczością narkotykową. Istotny wzrost udziału czynów karalnych nieletnich w zakresie tego rodzaju przestępczości odnotowano w latach 2010-2013. Na przestrzeni wskazanych czterech lat ilość czynów karalnych nieletnich utrzymywała się na poziomie ponad dwudziestu tysięcy stanowiąc tym samym około 30% ogólnej liczby stwierdzonych przestępstw tego rodzaju. Analiza danych statystycznych zawartych w tabeli ukazuje, że od roku 2013 zauważalny jest spadek ogólnej liczby przestępstw stwierdzonych ogółem oraz ilości czynów karalnych nieletnich. Rok 2018 przyniósł spadek czynów karalnych nieletnich o ponad 50% w stosunku do lat 2010-2013.

Rok	Przestępstwa stwierdzone ogółem	Czyny karalne nieletnich
2018	60 073	8 996
2017	64 652	8 938
2016	60 449	9080
2015	55 018	8 363
2014	62 085	12 929
2013	72 073	20 609
2012	76 358	22 411
2011	74 535	20 579
2010	72 375	20 279
2009	98 765	15 830
2008	86 432	10 514

Tabela 7. Udział czynów karalnych nieletnich w ogólnej liczbie przestępstw narkotykowych 2008 – 2018. Źródło: opracowanie własne na podstawie danych z Wydziału Statystycznego Informacji Zarządczej, Departamentu Strategii i Funduszy Europejskich Ministerstwa Sprawiedliwości oraz opracowań statystycznych Komendy Głównej Policji w Warszawie.

Jako ostatnie analizie poddano czyny zabronione, które zostały popełnione przez osoby nieletnie na terenie szkół podstawowych oraz gimnazjalnych. Dane zawarte w tabeli 8 ograniczają się do lat 2008-2012, ponieważ statystyki Policyjne zawierają pełną statystykę zaprezentowaną w tabeli jedynie w odniesieniu do tego przedziału czasowego. Mając na uwadze, że dane za rok 2008 są niepełne został on uwzględniony w tabeli jedynie poglądowo.

Rodzaje czynów zabronionych	2008	2009	2010	2011	2012
Uszczerbek na zdrowiu	1 393	2 208	2 953	2 613	1 894
Udział w bójce lub pobiciu	1 141	1 021	1 307	1 503	1 533
Zgwałcenie	9	26	20	14	74
Kradzież	2 803	2 639	2 778	2 664	2 793
Włamanie	698	650	815	785	644
Przestępstwa rozbójnicze	4 079	3 918	6 221	7 577	7 024
Przestępstwa narkotykowe	432	433	520	669	800
Przestępstwa przeciwko funkcjonariuszowi publicznemu	-----	2 223	2 810	2 342	2 329
Naruszenie nietykalności cielesnej	-----	212	276	246	254
Łączna ilość wszystkich przestępstw (w tym niewymienionych w tabeli)	-----	21 040	26 197	28 019	24 794

Tabela 8. Rodzaje oraz ilość przestępstw popełnionych przez osoby nieletnie na terenie szkół podstawowych i gimnazjów w latach 2008-2012. Źródło: opracowanie własne na podstawie opracowań statystycznych Komendy Głównej Policji w Warszawie.

Dane zawarte w tabeli 8 ukazują jak poważnych czynów zabronionych dopuszczają się osoby nieletnie. Po raz kolejny najwięcej czynów karalnych zostało zakwalifikowanych jako przestępstwa rozbójnicze. Zjawiskiem niezwykle zatrważającym jest także wskazana ilość czynów karalnych zakwalifikowanych jako gwałt, w roku 2012 odnotowano aż 74 takie zdarzenia o 65 więcej niż w roku 2008. Niepokojem napawa fakt, że dane statystyczne zawarte w powyższej tabeli przedstawiają zakres czynów karalnych jakie są dokonywane przede wszystkim na koleżankach i kolegach z którymi sprawcy obcuja na co dzień w środowisku szkolnym czyli w miejscu gdzie dzieci powinny czuć się bezpiecznie i komfortowo. Istotnym zagadnieniem są również czyny odnoszące się do przestępczości narkotykowej. Przestępstwa narkotykowe mogą dotyczyć zarówno handlu nielegalnymi substancjami jak i dokonywaniu

przestępstw w celu nabycia środków do zaspokojenia głodu narkotykowego (Pospieszyl, 2008, s. 42). Niezależnie od tego jaką formę przybiera postać danego czynu karalnego jest to zachowanie niezwykle niepożądane i szkodliwe.

ZAKOŃCZENIE

Ilość czynów karalnych popełnionych przez osoby nieletnie w latach 2008-2018 w Polsce nie uległa zwiększeniu. Analiza danych statystycznych ukazuje, że odnotowano wręcz wyraźny spadek ogólnej liczby przestępstw popełnianych przez osoby nieletnie we wskazanym okresie czasu. Podkreślić należy, że w latach 2008-2018 odnotowano również istotny spadek przestępstw popełnionych ogółem na terenie naszego kraju. Rok 2018 przyniósł spadek przestępczości na poziomie ponad 28% w porównaniu do roku 2008 (spadek z 1 108 057 przestępstw w roku 2008 do 795 444 w roku 2018).

Do grupy czynników determinujących spadek przestępczości zaliczyć należy wzrost zamożności Polaków w analizowanym okresie czasu. W latach 2008-2018 odnotowano wyraźny spadek bezrobocia w Polsce. W roku 2008 poziom bezrobocia wynosił 9,5 procent natomiast w roku 2018 spadł do 5,9 procent¹⁷. Zmniejszenie poziomu bezrobocia oznacza, że większa ilość osób posiada dostateczne środki finansowe jakie są im potrzebne na bieżące utrzymanie i nie jest już zmuszona do popełniania przestępstw z powodów ekonomicznych. Należy również podkreślić znaczenie comiesięcznych świadczeń socjalnych wypłacanych przez państwo rodzicom na utrzymanie dzieci w wysokości 500 złotych na każde dziecko co również wpływa na poprawę kondycji finansowej każdej rodziny.

Kolejnym czynnikiem wpływającym bezpośrednio na spadek poziomu przestępczości jest niż demograficzny. Jego skutki są widoczne także w odniesieniu do liczby czynów karalnych nieletnich. Z danych opublikowanych przez Departament Analiz Ekonomicznych i Prognoz Ministerstwa Rodziny, Pracy i Polityki Społecznej wynika, że w roku 1992 przyszło na świat prawie 520 tysięcy dzieci w roku 1993 natomiast około 500 tysięcy co daje nam potencjalnie taką samą ilość nastolatków w wieku 15-16 lat w roku 2008. Dla porównania w roku 2002 odnotowano ponad 350 tysięcy urodzeń a w roku 2003 – 350 tysięcy urodzeń. Z powyższych danych wynika, że na przestrzeni analizowanego okresu czasu odnotowano spadek młodzieży w wieku 15-16 lat o 170 tysięcy osób (spadek o 33%) z 500 - 520 tysięcy w latach 2008 do

17 Ministerstwo Pracy i Polityki Społecznej 2008, 2018.

350 tysięcy w roku 2018. Spadek liczebności naszej populacji oraz starzejące się społeczeństwo ma zatem bezsprzecznie wpływ na ilość popełnianych przestępstw.

Pomimo spadku ilości czynów karalnych z udziałem osób nieletnich niepokojem napawa fakt, że widoczna jest zmiana charakteru zachowań przestępczych. Analiza danych statystycznych ukazuje, że czyny karalne nieletnich są nacechowane coraz większą brutalnością, co wiąże się ze wzrostem udziału czynów karalnych nieletnich o charakterze kryminalnym. Udział czynów karalnych nieletnich w zakresie przestępstw rozbójniczych w roku 2018 utrzymywał się na poziomie 22,9% w odniesieniu do ogólnej liczby przestępstw tego rodzaju. Wysoki wskaźnik przestępstw rozbójniczych odnotowano także na terenie placówek szkolnych w roku 2012 odnotowano aż 7 024 przestępstwa tego typu. Niepokojące są także liczby obrazujące udział nieletnich w przestępstwach bójki, pobicia czy spowodowania uszczerbku na zdrowiu. Należy zwrócić także uwagę na fakt, że nie wszystkie zdarzenia są ewidencjonowane i zgłaszane odpowiednim służbą dlatego uznaje się, że prawdziwa skala tego typu przestępczości przede wszystkim w środowisku szkolnym nie jest znana.

Problem przestępczości nieletnich, choć dalej znaczny i istotny, wydaje się być kontrolowany i objęty właściwymi działaniami, na co wskazywać może systematyczne zmniejszanie się przestępczości ogółem jak i przestępczości wśród osób nieletnich oraz większe poczucie bezpieczeństwa wśród obywateli. Nie można jednak poczytywać spadku przestępczości wśród osób nieletnich jako rozwiązania tego problemu. Rozwój techniki, mediów i wirtualnego świata powoduje, że młodzi ludzie mają jeszcze więcej bodźców i możliwości aby spotkać na swojej drodze nieodpowiednich ludzi i w konsekwencji wejść na drogę przestępczą. Brak kontroli ze strony rodziców, nadzoru nad kontaktami, przeglądanych stronami w Internecie może doprowadzić do tego, że młody człowiek nie uzyska potrzebnej mu pomocy w odpowiednim czasie.

Mając na uwadze powyższe uznać należy, że bardzo ważną rolę w przeciwdziałaniu przestępczości i demoralizacji nieletnich odgrywają jego najbliżsi oraz środowisko szkolne w tym pedagodzy, którzy mają do tego odpowiednie przygotowanie zawodowe.

Problemem, który został ukazany na tle niniejszej pracy jest brak aktualnych, pełnych statystyk, które przedstawiałyby pełny obraz przestępczości nieletnich w zakresie poszczególnych przestępstw, grup wiekowych oraz płci osób nieletnich. Pogłębionej analizie należy poddać także udział czynów karalnych nieletnich w zakresie przestępstw rozbójniczych z uwagi na wysoki odsetek udziału osób nieletnich w tego rodzaju przestępczości. Większą

uwagę należy także poświęcić zagadnieniu przestępczości do jakiej dochodzi na terenie szkół. Istotnym jest także ustalenie czynników, które wpływają na zwiększoną agresję w środowisku rówieśniczym. Ustalenie czynników, które determinują takie zachowania umożliwi skuteczne przeciwdziałanie popełnianiu czynów karalnych oraz umożliwi wdrożenie działań, które będą uczyły młodzież jak poradzić sobie z nadmiarem złych emocji nie dopuszczając do eskalacji agresji wobec osób trzecich.

BIBLIOGRAFIA

- Brawn J.A.C. 1962, *Spoleczna psychologia przemysłu . Stosunki między ludźmi w fabrykach*, Warszawa.
- Bułat K. 2007, *Kryminologia*, Warszawa.
- Firla J. 2001, *Psychospoleczne uwarunkowania przestępczości nieletnich*, Katowice.
- Gula B., Wysocka-Pleczyk M. 2009, *Przestępczość nieletnich*, Kraków.
- Hołyst B. 2001, *Kryminologia*, Warszawa.
- Hołyst B. 2005, *Psychologia kryminalistyczna*, Warszawa.
- Kobes P. 2008, *Politoksykomania jako przejaw demoralizacji nieletnich*, Legnica.
- Kołąkowska-Przełomiec H. 2000, *Zapobieganie przestępczości*, Warszawa.
- Łobocki M. 1989, *Trudności wychowawcze w szkole*, Warszawa.
- Marczak H. 2000, *Dzieci z rodzin dotkniętych alkoholizmem ich sytuacja psychiczna i formy pomocy*, Toruń
- Papież J., Płukis A. (red.) 2000, *Przemoc dzieci i młodzieży w perspektywie polskiej transformacji ustrojowej*, Toruń.
- Pelc E. 2010, *Wpływ wybranych zjawisk patologicznych na bezpieczeństwo i porządek publiczny w Polsce*, Rzeszów.
- Pospieszyl I. 2000, *Patologie społeczne*, Warszawa.
- Pospiszyl K., Żabczyńska E. 1985, *Psychologia dziecka niedostosowanego społecznie*, Warszawa.

Akty normatywne

Ustawa z dnia 26 października 1982 r. o postępowaniu w sprawach nieletnich
Dz.U. 2018 poz. 969.

Źródła internetowe

<https://statystyka.policja.pl/st/wybrane-statystyki/przestepczosc-nieletni/50256,Przestepczosc-nieletnich-1990-2013.html>.

<https://isws.ms.gov.pl/pl/baza-statystyczna/opracowania-wieloletnie/>.

<https://isws.ms.gov.pl/pl/baza-statystyczna/>.

<https://statystyka.policja.pl/st/tagi/16,nieletni.html>.

<https://statystyka.policja.pl/st/informacje/49245,Nieletni-zabojcy.html>.

<https://statystyka.policja.pl/st/informacje/61850,Przestepczosc-w-szkolach.html>.

https://archiwum.mpips.gov.pl/gfx/mpips/userfiles/File/Departament%20Rynku%20Pracy/raporty/bezrobocie_rejestr_12.2008.pdf.

<https://www.gov.pl/web/rodzina/bezrobocie-na-koniec-2018-roku-najnowsze-dane-ministerstwa-rodziny>.

TRANSATLANTYCKIE PARTNERSTWO HANDLOWO-INWESTYCYJNE JAKO STRATEGIA POLITYKI ZAGRANICZNEJ B. OBAMY WOBEC EUROPY

IGA KLESZCZYŃSKA

UNIwersytet Jagielloński w Krakowie

WSTĘP

Zagraniczna polityka gospodarcza stanowiła kluczowy element strategii politycznej Baracka Obamy w latach 2008-2016. Choć wielu ekspertów uważa, że polityka zagraniczna prezydenta została silnie skoncentrowana na sprawach Azji Południowowschodniej (zarówno w wymiarze strategicznym jak i gospodarczym) relacje amerykańsko-europejskie wciąż pozostają w tzw. specjalnym partnerstwie (*special partnership*). Transatlantyckie Partnerstwo Handlowo-Inwestycyjne (*Transatlantic Trade and Investment Partnership* – TTIP) stanowiło negocjowaną od 2013 roku umowę handlową, której głównym celem było utworzenie strefy wolnego handlu między Stanami Zjednoczonymi, a Unią Europejską. Implementacja tego typu umów wymaga harmonizacji standardów technicznych i usunięcia barier handlowych (ceł, różnic w przepisach, ograniczeń inwestycyjnych itp.). Stąd celem niniejszego artykułu jest przedstawienie założeń projektu Partnerstwa Transatlantyckiego w ramach strategii polityki zagranicznej Stanów Zjednoczonych wobec Europy w okresie prezydentury Baracka Obamy. Dlatego hipoteza niniejszego artykułu zakłada, że polityka zagraniczna Baracka Obamy wobec Europy w latach 2009-2017 była determinowana instrumentami handlowo-inwestycyjnymi. Artykuł składa się ze wstępu skupiającego się na wskazaniu głównych założeń merytorycznych i metodologicznych. W dalszej części artykuł skupia się na idei i historii TTIP, potencjalnym zakresie umowy (m.in. dostęp do rynków, bariery pozataryfowe

i regulacyjne, nowe poziomy współpracy). Wreszcie ostatnim elementem artykułu są kontrowersje i główne problemy, które ostatecznie doprowadziły do braku konsensusu negocjacyjnego i wycofania się z umowy przez Donalda Trumpa. Wskazane założenia zostały rozwinięte przez pryzmat teorii liberalizmu instytucjonalnego oraz metod badawczych: historycznej (wskazanie na kontekst przyczynowo skutkowy relacji europejsko-amerykańskich w ujęciu polityczno-gospodarczym), systemowej (znaczenie porozumienia TTIP dla struktury gospodarki światowej) oraz opartej na statystyce opisowej (analiza danych statystycznych dotyczących potencjału handlowego umowy TTIP). Teoria liberalizmu instytucjonalnego, rozwinięta w nauce o stosunkach międzynarodowych przez Josepha Nye'a i Roberta Keohane'a, wskazuje, że współpraca gospodarcza pomiędzy uczestnikami systemu międzynarodowego, niweluje ryzyko występowania konfliktu. Rozwijaniu wzajemnej współpracy sprzyja natomiast instytucjonalizacja relacji poprzez tworzenie organizacji międzynarodowych, międzyrządowych czy regionalnych, do których zaliczyć należy również strefy wolnego handlu. Choć liberalizm wskazuje, że obecny kształt stosunków międzynarodowych niweluje ryzyko występowania konfliktów w znaczeniu wojen klasycznych, rywalizacja zostaje przeniesiona w sferę państwowej (i nie tylko) ekspansji gospodarczej.

POLITYKA HANDLOWA W UJĘCIU TEORETYCZNYM

Od momentu zakończenia Zimnej Wojny i upadku systemu bipolarnego znaczenie globalnego handlu i inwestycji dostarczyło USA znacznych korzyści w kontekście rywalizacji o wpływy geoeconomiczne. Bowiem handel i inwestycje w oparciu o zasady, którymi kierowały się Stany Zjednoczone podczas negocjowania i wdrażania poszczególnych porozumień handlowych pozwoliły na złagodzenie ubóstwa, podniosły standardy życia społecznego oraz zredukowały istniejące konflikty. Mimo to, od początku XXI wieku, amerykańskie poparcie dla liberalizacji handlu stopniowo słabło – przede wszystkim biorąc pod uwagę ostatnie działania administracji Donalda Trumpa. Co więcej, Ameryce coraz trudniej prowadzić kurs kompleksowej polityki handlowej i dotrzymywać kroku innym krajom otwierającym się na nowe rynki zagraniczne - zwłaszcza w szybko rozwijających się gospodarkach Azji Południowo-wschodniej¹. Powodów tego zjawiska jest wiele. Jednym z wielu argumentów jest coraz większa zależność Stanów Zjednoczonych od globalnej struktury

¹ Card, Daschle 2012, s. 2-6.

handlu i inwestycji co wpływa na ogólny dobrobyt tego państwa. USA wciąż należą do najbardziej otwartych gospodarek świata, są największym na świecie importerem zagranicznych towarów i największym inwestorem zagranicznym. Biorąc jednak pod uwagę wielkość ich gospodarki oraz ilość dóbr i usług, które produkują, USA poziom eksportu tego państwa jest niezadowolający. W ciągu ostatniej dekady ich udział w globalnym eksporcie spadł gwałtowniej niż w pozostałych krajach rozwiniętych i konkurencyjnych rynkach wschodzących takich jak Chiny. Dlatego jeśli USA wciąż chcą prosperować w gospodarce światowej ich strategia geoeconomiczna powinna skupiać się na eksporcie oraz inwestycjach zagranicznych w szczególności².

Współczesny system handlu międzynarodowego jest swego rodzaju skodyfikowanym systemem politycznym. Jego reguły wynikające z poszczególnych ustaleń, które odnoszą się do promocji i stabilizacji wymiany gospodarczej, pozostają w opozycji do regulacji wydawanych przez poszczególne rządy. Globalne zasady handlowe zostały ustanowione nie tylko w celu ograniczania protekcjonistycznych praktyk rządów, ale przede wszystkim po to aby promować stabilność w międzynarodowych stosunkach gospodarczych. Warto przypomnieć, że dzisiaj międzynarodowy system handlu składa się z trzech najważniejszych elementów składowych: porozumień międzynarodowych i krajowych oraz wymiany handlowej. Biorąc pod uwagę wskazane założenia, struktura handlu posiada bezpośredni związek z międzynarodową strukturą produkcji, z którą wspólnie tworzy materialną strefę przestrzeni geoeconomicznej. Jednak wymiar handlowy wchodzi w relacje również z przedmiotowymi elementami tej struktury. Do tych kategorii zaliczyć należy przede wszystkim międzynarodową strukturę technologii oraz finansów, które łącznie oddziałują na siebie wzajemnie. Postęp technologiczny oraz innowacje stanowią efektywne instrumenty konkurencyjności poszczególnych przedsiębiorstw oraz gospodarek narodowych w ogóle. Z drugiej strony natomiast, globalna przestrzeń finansowa reguluje funkcjonowanie systemu handlu poprzez rozliczanie oraz minimalizowanie ryzyka walutowego oraz jego finansowanie³.

W praktyce polityka handlowa jest realizowana na podstawie decyzji rządowych, które dotyczą odpłatnej wymiany pomiędzy poszczególnymi państwami. Poszczególne decyzje determinują poziom kontroli oraz oddziałują na skalę obrotów handlowych. Dlatego podobnie jak w przypadku polityki zagranicznej – polityka handlowa posługuje się odpowiednimi narzędziami

² *Economic Report of The President*, 2017, s. 361-365.

³ Winham 2012, s. 172-174.

i mechanizmami, które służą realizacji przyjętej strategii⁴. Należą do nich m.in.: ograniczenia ilościowe, cła importowe, bariery pozataryfowe oraz subwencje eksportowe. Cła są obecnie najpowszechniejszym instrumentem zagranicznej polityki ekonomicznej, które pozwalają na niwelowanie negatywnych efektów przyrostu importu towarów z zagranicy. Natomiast funkcją ograniczeń ilościowych jest wyznaczenie górnego limitu importu określonych dóbr i usług. Należą do nich przede wszystkim embarga, kontyngenty, kwoty ilościowe. Bariery pozataryfowe stanowią wszelkie przepisy prawno-administracyjne, akty prawne oraz i inne regulacje, które określają warunki przepływu w handlu międzynarodowym. Wreszcie, subwencje eksportowe gwarantują formę pomocy finansowej, która wzmacnia konkurencyjność eksporterów zagranicą⁵.

W toku badań nad stosunkami międzynarodowymi i międzynarodowymi stosunkami gospodarczymi, powstało wiele modeli teoretycznych, które służą jako narzędzia eksplanacyjne poszczególnych decyzji rządów oraz ich bezpośrednich kierunków zagranicznej polityki gospodarczej. Warto zwrócić uwagę na kategorię strategicznej polityki handlowej, które skupia się na podnoszeniu poziomu konkurencyjności firm krajowych poprzez stosowanie subsydiów rządowych. Takie działania pozwalają na skuteczne cięcia kosztów produkcji firm krajowych w porównaniu do analogicznych kosztów firm działających zagranicą. Biorąc pod uwagę wskazane założenia, strategiczna polityka handlowa bazuje między innymi na tzw. równowadze Nasha (*Nash Equilibrium*), znanej w literaturze przedmiotu jako teoria gier. Wziąwszy pod uwagę jej zastosowanie strategiczne, teoria gier jest częstą metodą predykcji wyników w naukach społecznych. Bowiem zgodnie z tą koncepcją, żaden z uczestników nie ma powodów do jednostronnego odstępowania od warunków i strategii równowagi. Zatem osiągnięcie możliwie najwyższych zysków kosztem strat partnerów handlowych stanowi o istocie Równowagi Nasha⁶. Dlatego działania zagraniczne poszczególnych przedsiębiorstw są postrzegane przez pryzmat strategicznej polityki handlowej, a więc gry o tzw. sumie zerowej. Biorąc pod uwagę założenia geoeconomii, państwa na drodze współpracy bądź rywalizacji skupiają się na osiągnięciu swoich priorytetów, w warunkach liberalizacji gospodarczej oraz intensyfikacji procesów globalizacyjnych. Przejawem takie działania pozostaje np. polityka proeksportowa, która w zależności od warunków panujących w systemie oraz kondycji danej gospodarki,

⁴ Wróbel 2012, s. 75-76.

⁵ Stepień 2012, s. 16-22.

⁶ *NashEquilibrium* 2010, s. 540-541.

może przyjmować wymiar protekcjonistyczny bądź liberalny⁷. Głównym zadaniem polityki proeksportowej pozostaje realizacja interesów gospodarki narodowej, obejmując całościową politykę gospodarczą państwa. W praktyce, polityka proeksportowa ma gwarantować konkurencyjność oraz wydajność produkcji przy jednoczesnym spadku cen⁸.

Warto przypomnieć, że stosunek prezydenta Baracka Obamy do koncepcji wolnego handlu ulegały licznym perturbacjom. Choć podczas kampanii kandydat Partii Demokratycznej przejawiał poparcie dla gospodarczych idei wolnościowych, to jednak kryzys finansowy z 2008 roku sprawił, że prezydent musiał dokonać rewizji przyjętych strategii. Podczas kampanii prezydenckiej, Obama wyrażał konieczność renegocjacji umów przedsięwziętych podczas prezydentury George W. Busha. Wskazywał również na potrzebę rewizji Północnoamerykańskiego Układu o Wolnym Handlu (NAFTA). W momencie objęcia prezydentury, jego strategia zagranicznej polityki gospodarczej, opierała się na ambitnym zestawie międzynarodowych inicjatyw, które miały stanowić o nowych możliwościach globalnych rynków⁹. Do kategorii tych projektów należy zaliczyć zarówno Transatlantyczne Partnerstwo Handlowo-Inwestycyjne oraz Partnerstwo Transpacyficzne. Co więcej, administracja Obamy podjęła wiele wysiłków na rzecz liberalizacji handlu w sektorze usług oraz rozszerzania zakresu technologii informacyjnych w ramach Światowej Organizacji Handlu (WTO)¹⁰.

ZNACZENIE TRANSATLANTYCKIEGO PARTNERSTWA HANDLOWO INWESTYCYJNEGO

Transatlantyczne Partnerstwo Handlowo Inwestycyjne (*Transatlantic Trade and Investment Partnership* – TTIP) stanowiło potencjalną umowę o wolnym handlu pomiędzy Stanami Zjednoczonymi, a Unią Europejską. Negocjacje porozumienia rozpoczęły się w lipcu 2013 i zgodnie z ustaleniami miały trwać do 2015 roku przez okres dwóch lat. Pierwsze grupy robocze zostały powołane już w 2011 roku składające się z ekspertów rządowych. Ich zadaniem było przede wszystkim opracowanie zakresu przyszłych negocjacji reprezentowane przez Komisarza USA ds. Handlu oraz Wysokiego Przedstawiciela UE ds. Handlu. Wstępnie ustalono, że implementacja tak kompleksowej umowy

⁷ Alessi, MacMahon 2012, s. 2.

⁸ *Trade Policy* 2012, s. 2

⁹ McBride [online].

¹⁰ Froman 2017, s. 4.-10.

handlowo-inwestycyjnej przyczyniłaby się do znacznej liberalizacji globalnego handlu oraz dodatkowego pobudzenia wzrostu gospodarczego i stworzenia nowych miejsc pracy zarówno w USA jak i w państwach Unii Europejskiej. Innym powodem rozpoczęcia negocjacji TTIP, był impas w tzw. dauhańskiej rundzie negocjacyjnej prowadzonej w ramach Światowej Organizacji Handlu¹¹. Jednak w toku narastających problemów negocjacje przedłużyły się do 2016 roku i składały się z 12 rund negocjacyjnych. W momencie objęcia stanowiska prezydenta Stanów Zjednoczonych przez Donalda Trumpa, negocjacje TTIP zostały praktycznie zawieszane. Ostatnia runda negocjacyjna odbyła się w październiku 2016 roku.

Głównym celem porozumienia było wzajemne zwiększenie dostępu do swoich rynków poprzez usunięcie istniejących barier, które uniemożliwiały dostatecznie liberalne relacje handlowo-inwestycyjne. Stąd, potencjalna umowa miała obejmować m.in. wzmocnienie współpracy strategicznej, konwergencję i przejrzystość przepisów administracyjnych, wyznaczenie standardów i opracowanie regulacji dotyczących kwestii praw własności intelektualnej oraz zmniejszenie bądź wyeliminowanie taryf celnych pomiędzy państwami należącymi do Unii Europejskiej, a Stanami Zjednoczonymi. Podobnie jak w przypadku innych, tak rozległych porozumień handlowych, implementacja TTIP mogłaby podważać istniejące zasady i prawo handlowe wynikające z przepisów i funkcjonowania Światowej Organizacji Handlu. Jednak podczas procesów negocjacyjnych narosło zbyt wiele kwestii spornych. Związane były one przede wszystkim z rozbieżnymi preferencjami handlowo-inwestycyjnymi, stosunkiem dotyczącym przyszłych zdolności poszczególnych rządów do kwestii regulacji przepisów oraz wartościami kulturowymi. Warto podkreślić, że wzajemne negocjacje od początku objęte były tajemnicą¹².

Obszar negocjacyjny TTIP wykraczał poza tradycyjny zakres umów o wolnym handlu, które skupia się zazwyczaj na likwidacji barier taryfowych. Partnerstwo Transatlantyckie skupiło się na trzech głównych obszarach: dostępie do rynków, barierach pozataryfowych i regulacyjnych oraz nowych płaszczyznach współpracy. Dostęp do rynków skupiał się na tradycyjnym obszarze ograniczeń umów handlowych. Cła pomiędzy Unią Europejską, a Stanami Zjednoczonymi pozostają i tak na bardzo niskim poziomie około 5% w Unii oraz 3,5% w USA. Wciąż pozostawały jednak pewne grupy towarów objęte wysokimi taryfami jak np. odzież. Problemy negocjacyjne

¹¹ *Transatlantic Trade and Investment Partnership (T-TIP) Negotiations* 2016, s. 2-8.

¹² Dąbrowski 2016, s. 60.

dotyczyły ponadto licznych obszarów wrażliwych: produktów rolnych, rynku kulturowego i audiowizualnego¹³.

Relacje gospodarcze pomiędzy Stanami Zjednoczonymi, a Unią Europejską stanowią najważniejsze miejsce w globalnej strukturze handlowej – biorąc pod uwagę ich historię, zasięg oraz wielkość. Początek procesu stworzenia wzajemnej strefy wolnego handlu datuje się zazwyczaj na rok 1995. Istniało wówczas spore zainteresowanie negocjowaniem tzw. Transatlantyckiej umowy o wolnym handlu (*Transatlantic Free Trade Agreement* – TAFTA). Jednak kryzys strefy Euro i spowolnienie europejskiej gospodarki, a jednocześnie wzrost konkurencyjności ze strony rynków wschodzących sprawiły, że amerykańska władza ustawodawcza ponownie zainteresowała się potencjalną umową o wolnym handlu z partnerami europejskimi w 2013 roku. Mimo to, potencjalnemu porozumieniu handlowemu od początku towarzyszyły liczne kontrowersje¹⁴. Krytycy umowy po stronie amerykańskiej zauważają, że niektóre sektory gospodarki USA są zbyt wrażliwe na import, a administracja nie posiada odpowiednich zdolności do ochrony interesów pracowników, środowiska, a nawet zdrowia żywnościowego. Choć liberalizacja handlu może przynieść liczne zyski w ujęciu systemowym, to jednak koszty z pewnością skoncentrowałyby się na określonych grupach bądź sektorach gospodarki¹⁵.

Partnerstwo Transatlantyckie posiadało znaczenie wielowymiarowe. W szczególności stanowiło szansę na wzmocnienie już rozległych stosunków handlowo-finansowych z Europą. Implementacja potencjalnego porozumienia stanowiłaby zatem pogłębienie strategicznego dostępu do gospodarek interesariuszy. Z drugiej strony natomiast, brak ratyfikacji naraża zarówno stronę amerykańską jak i europejską na działania konkurencyjnych stref wolnego handlu, jakie każda ze stron posiada z państwami trzecimi. Warto przypomnieć, że krótko po tym jak Japonia ogłosiła zamiar przystąpienia do Partnerstwa Transpacyficznego, Unia Europejska zapowiedziała chęć implementacji dwustronnej umowy o wolnym handlu właśnie z tym państwem co faktycznie rozpoczęło się w marcu 2013 roku. Zgodnie z raportem Rady Doradców Gospodarczych USA z 2017 roku, potencjalna implementacja TTIP gwarantowałaby wzrost amerykańskiego PKB rocznie o 0,4% do 2027. Jednak ze względu na zatrzymanie procesu negocjacyjnego, Stany Zjednoczone musiały stanąć w obliczu zmiany trajektorii światowego handlu co powoduje ograniczenie dostępu do światowych rynków. Ponadto, Transatlantyckie Partnerstwo

¹³ Sapiro [online]

¹⁴ *The Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP)* ... 2016, s. 5-10.

¹⁵ Lewis, Parakilas, Schneider-Petsinger 2018, s. 5-7.

Handlowo Inwestycyjne posiadało również istotny wymiar polityczny. Ratyfikacja porozumienia gwarantowałaby zaangażowanie Stanów Zjednoczonych w sprawy europejskie w ogóle¹⁶. Wzmocniłoby to pozycję Unii Europejskiej jako kluczowego partnera USA w systemie. Jednak liczne kwestie sporne obnażyły ostatecznie siłę stosunków transatlantyckich co urzeczywistnia się również w polityce zagranicznej administracji Donalda Trumpa. Warto jednak zaznaczyć, że relacje amerykańsko-europejskie uległy znacznemu osłabieniu (zarówno w ujęciu politycznym jak i gospodarczym) podczas prezydentury Baracka Obamy. Prawdopodobnie zaabsorbowanie sprawami Azji i Pacyfiku oraz symultaniczne negocjowanie Partnerstwa Transpacyficznego można interpretować jako osłabienie relacji z Europą, a tym samym ograniczenie możliwości kluczowych instytucji międzynarodowych o znaczeniu systemowym takich jak NATO¹⁷.

Ostatecznie wokół negocjacji Transatlantyckiego Partnerstwa Handlowo-Inwestycyjnego narosło wiele kontrowersji zarówno po stronie europejskiej jak i amerykańskiej. W USA krytyka skupiona została wokół kwestii żywności modyfikowanej genetycznie oraz oznakowaniach GMO, stosowaniu pestycydów oraz ogólnych rozwiązań w zakresie bezpieczeństwa żywnościowego. Istotnym aspektem pozostawało również utrzymywanie ograniczeń w eksporcie ropy naftowej. Z drugiej strony natomiast, partnerzy europejscy obawiali się wprowadzenia produktów modyfikowanych genetycznie, wprowadzania nowych regulacji dotyczących bezpieczeństwa żywnościowego i ochrony konsumentów, zapewniania ochrony inwestycji i inwestorów. Dla Stanów Zjednoczonych, potencjalna implementacja TTIP mogłaby stanowić bodziec dla wspierania zatrudnienia oraz eksportu, a więc ogólnego ożywienia gospodarczego dla amerykańskiej gospodarki¹⁸. Warto jednak podkreślić ekonomiczne znaczenie porozumienia. Zazwyczaj korzyści wynikające z implementacji umów o wolnym handlu wydają się być rozproszone. Skutki skupiają się na szerokim zakresie przedsiębiorstw bądź konsumentach i innych uczestnikach. Z drugiej strony natomiast, koszty umów są zazwyczaj silnie skoncentrowane – mogą wywoływać niekorzystne skutki dla poszczególnych przedsiębiorstw lub sektora pracowników¹⁹.

Warto podkreślić, że zarówno Transatlantyczne Porozumienie Handlowo-Inwestycyjne i Partnerstwo Transpacyficzne posiadają wiele wspólnych

¹⁶ Hamilton [online]

¹⁷ Vasconcelos, Zaborowski 2016, s. 14-21.

¹⁸ Freund [online:]

¹⁹ Haufbauer [online]

mianowników. Przede wszystkim, obie umowy mogły skoncentrować się na potencjalnym ograniczaniu chińskich wpływów w gospodarce światowej. W przypadku Unii Europejskiej, Stany Zjednoczone mogły pozostać najważniejszym partnerem strategicznym. Choć krótkoterminowe pozytywne aspekty implementacji porozumień są trudne do oszacowania, warto przyjrzeć się aspektom długoterminowym. W tym zakresie TTIP mogłoby zagwarantować współpracę w zakresie regulacji i standardów w dwóch największych rynkach konsumenckich w gospodarce światowej. To mogłoby pozytywnie zdeterminować napływ inwestycji do Stanów Zjednoczonych. Towary wyprodukowane zgodnie ze standardami Stanów Zjednoczonych mogłyby być sprzedawane na rynkach europejskich i na odwrót. Inne kraje, które mogłyby zostać poddane presji prawdopodobnie zostałyby zmuszone do przyjęcia podobnych rozwiązań. Gdyby administracja Trumpa nie wycofała się zarówno z negocjacji TTP i TTIP, nastąpiłaby największa liberalizacja handlu od momentu ustanowienia porozumienia NAFTA²⁰. Administracja Obamy wielokrotnie zmagła się z impasem politycznym w Kongresie. Pomimo konsensusu większości Demokratów i Republikanów co do rosnącego znaczenia handlu w systemie, implementacja porozumień z państwami rozwijającymi się wciąż pozostają bardziej kontrowersyjne od porozumień z państwami rozwiniętymi. Powodem tego stan rzeczy wciąż pozostają obawy o konkurencję ze strony państw o niskich płacach²¹.

PODSUMOWANIE

Umowy o wolnym handlu stanowią skuteczny element prowadzenia polityki zagranicznej Stanów Zjednoczonych od zakończenia Zimnej Wojny. Procesy globalizacyjne i technologizacja systemu międzynarodowego sprawiły, że wojny klasyczne zostały zastąpione państwową ekspansją gospodarczą. Współzależność gospodarcza niweluje bowiem ryzyko występowania konfliktów zbrojnych w państwach rozwiniętych z uwagi na liczne powiązania handlowo-inwestycyjne. Europa od zawsze pozostawała naturalnym sojusznikiem USA zarówno w wymiarze polityczno-gospodarczym jak i społecznym. Jednak podczas prezydentury Baracka Obamy, polityka zagraniczna Stanów Zjednoczonych skupiła się na kwestiach Azji Południowowschodniej i rosnącym znaczeniu chińskiej gospodarki. Choć zaangażowanie USA w latach 2008-2016 we współpracę militarną z sojusznikami europejskimi zostało osłabione, to

²⁰ *Transatlantic Relations ...* 2020, s. 4-11.

²¹ Schneider-Petsinger 2019, s. 4-11.

projekt Transatlantyckiego Partnerstwa Handlowo- Inwestycyjnego wskazywał na konieczność utrzymania ścisłych relacji gospodarczych. Mimo to narastające kontrowersje wokół TTIP doprowadziły ostatecznie do zawieszenia negocjacji.

BIBLIOGRAFIA

Alessi Ch., MacMahon R. 2012, *U.S. Trade Policy*, „Council on Foreign Relations”, New York.

Card A. H., Daschle T. A. 2012, *U.S. Trade and Investment Policy, Independent Task Force Report No. 67*, „Council on Foreign Relations”, New York.

Dąbrowski A. 2016, *Międzynarodowe traktaty wolnego handlu – NAFTA, TTIP, ASEAN*, Akademia Finansów i Biznesu, Warszawa.

Economic Report of The President 2017, Council of the Economic Advisers, Washington.

Freund C. [online:], *The Case for Mutual Recognition of Auto Safety Regulations in TTIP*, „The Peterson Institute for International Economics”, <https://www.piie.com/blogs/trade-investment-policy-watch/case-mutual-recognition-auto-safety-regulations-ttip> [12.08.2020].

Froman M. 2017, *Trade, Growth, and Jobs. U.S. Trade Policy on the Obama Administration*, Washington D.C.

Haliżak E. (red.) 2012, *Geoekonomia*, Warszawa.

Hamilton D. S. [online], *The Geostrategic Aspects of a Transatlantic Trade and Investment Partnership*, „Brookings Institution”, <https://www.brookings.edu/book/the-geostrategic-aspects-of-a-transatlantic-trade-and-investment-partnership/> [12.08.2020].

Haufbauer G. C. [online], *Why Has Trade Stopped Growing? Not Much Liberalization and Lots of Micro-Protection*, „The Peterson Institute for International Economics”, <https://www.piie.com/blogs/trade-investment-policy-watch/why-has-trade-stopped-growing-not-much-liberalization-and-lots> [10.08.2020].

- Lewis P., Parakilas J., Schneider-Petsinger M. 2018, *The Future of the United States and Europe . An Irreplaceable Partnership*, „Chatham House”, London.
- McBride J., [online], *The State of U.S. Trade Policy*, ”Council on Foreign Relations”, <https://www.cfr.org/backgrounder/state-us-trade-policy> [12.08.2020].
- Nash Equilibrium* 2010, *International Encyclopedia of Social Science*, Detroit.
- Ravenhill J. (red.) 2012, *Globalna Ekonomia Polityczna*, Kraków.
- Sapiro M. [online], *Transatlantic trade and investment negotiations: Reaching a consensus on investor-state dispute settlement*, „Brookings Institution”, <https://www.brookings.edu/research/transatlantic-trade-and-investment-negotiations-reaching-a-consensus-on-investor-state-dispute-settlement/> [10.08.2020].
- Schneider-Petsinger M. 2019, *US-EU Trade Relations in the Trump Era. Which Way Forward?*, London.
- Stępień B. 2012, *Handel Zagraniczny: Poradnik dla praktyków*, Warszawa.
- The Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP) – State of Play* 2016, European Commission, Bruksela.
- Trade Policy* 2012, *Secretary-General of the OECD*, Paris.
- Transatlantic Relations: U.S. Interest and Key Issues* 2020, Washington D.C.
- Transatlantic Trade and Investment Partnership (T-TIP) Negotiations*, 2016, Washington D.C.
- Vasconcelos A., Zaborowski M. 2016, *The Obama Moment. European and American Perspective*, The Institute for Strategic Studies.

ORGANIZACJA APARATU WYMIARU SPRAWIEDLIWOŚCI W REPUBLICE FEDERALNEJ NIEMIEC

ARTUR ORZEŁ

UNIWERSYTET PEDAGOGICZNY IM. KOMISJI
EDUKACJI NARODOWEJ W KRAKOWIE

REPUBLIKA FEDERALNA NIEMIEC – INFORMACJE OGÓLNE

Republika Federalna Niemiec (*Bundesrepublik Deutschland*), w swoim obecnym kształcie, funkcjonuje od 1990 roku, kiedy to doszło do jej zjednoczenia z Niemiecką Republiką Demokratyczną. Jako państwo federacyjne składa się z 16 krajów związkowych, które zamieszkują 83 mln mieszkańców, co sprawia, że Niemcy są najludniejszym państwem Unii Europejskiej¹. Republika Federalna Niemiec leży w Europie Środkowej, nad Morzem Bałtyckim oraz Północnym. Graniczy z 9 państwami: Danią, Polską, Republiką Czeską, Austrią, Szwajcarią, Francją, Luksemburgiem, Belgią i Holandią. PKB Republiki Federalnej Niemiec w 2018 r. wyniosło 4212 mln USD, co plasuje ją w ścisłej światowej czołówce². Religią dominującą jest chrześcijaństwo, z czego 28% populacji stanowią katolicy, 26% protestanci³. Językiem urzędowym jest niemiecki.

¹ https://www.destatis.de/DE/Home/_inhalt.html – strona internetowa Federalnego Urzędu Statystycznego, 06.05.2019.

² Dane pochodzą ze strony: [https://www.imf.org/external/pubs/ft/weo/2018/01/weodata/weorept.aspx?pr.x=52&pr.y=12&sy=2016&ey=2023&scsm=1&ssd=1&sort=country&ds=.&br=1&c=134&s=NGDPD%2CPPPGDP%2CNGDPDPC%2CPPPPC%2CLP&grp=0&a=\[data dostępu: 06.05.2019 r.\]](https://www.imf.org/external/pubs/ft/weo/2018/01/weodata/weorept.aspx?pr.x=52&pr.y=12&sy=2016&ey=2023&scsm=1&ssd=1&sort=country&ds=.&br=1&c=134&s=NGDPD%2CPPPGDP%2CNGDPDPC%2CPPPPC%2CLP&grp=0&a=[data dostępu: 06.05.2019 r.])

³ Dane pochodzą ze strony: <https://fowid.de/meldung/religionszugehoerigkeiten-deutschland-2017>, 06.05.2019.

WYMIAR SPRAWIEDLIWOŚCI – WPROWADZENIE

Organizacja aparatu wymiaru sprawiedliwości Republiki Federalnej Niemiec została uregulowana w IX rozdziale Ustawy Zasadniczej⁴. Niniejszy rozdział określono tytułem „Wymiar sprawiedliwości”. Zawierza on w art. 92, władzę sądowniczą sędziom, a jej wykonywanie Federalnemu Trybunałowi Konstytucyjnemu, sądom federalnym oraz sądom krajów związkowych⁵. Poza Ustawą Zasadniczą, istnieją również ustawy federalne, które szczegółowo określają sposób oraz zakres wykonywania obowiązków przez sądy i sędziów. Do najważniejszych z nich należą: ustawa o Federalnym Trybunale Konstytucyjnym z 17 lipca 1998 r.⁶, ustawa o systemie sądownictwa z 9 maja 1975 r.⁷ oraz ustawa o sędziach z 19 kwietnia 1972 r.⁸ Pozostałe kwestie regulują akty normatywne krajów związkowych. Federacyjny charakter państwa ma znaczący wpływ na organizację i strukturę sądów. Wyróżniamy bowiem sądownictwo federalne oraz sądownictwo krajów związkowych (landów). Podział ten jest skutkiem tendencji do powierzania zadań publicznych krajom związkowym w myśl art. 30 Ustawy Zasadniczej⁹. Charakterystyczną cechą niemieckiego wymiaru sprawiedliwości jest wyraźne oddzielenie sądownictwa od egzekutywy oraz ustawodawstwa. Ma to chronić sędziów od wpływów z zewnątrz. Podkreślał to w orzecznictwie Trybunał Konstytucyjny, który niezawisłość sędziów określał jako niezależność od władzy wykonawczej¹⁰. Taka struktura funkcjonowania, w połączeniu z trójinstancyjnością jest spełnieniem standardów demokratycznego państwa prawa (art. 20 UZ) oraz daje społeczeństwu poczucie sprawiedliwości.

SYTUACJA SĄDOWNICTWA RFN PO ZAKOŃCZENIU II WOJNY ŚWIATOWEJ

Zakończenie II wojny światowej było początkiem szeregu zmian jakie dokonały się w państwie niemieckim. Rozpoczęto tym samym proces denazyfikacji Niemiec, starając się ukazać społeczeństwu okrutność dotychczasowego

⁴ *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949 (tłum.: Ustawa Zasadnicza Republiki Federalnej Niemiec z 23 maja 1949).*

⁵ Tkaczyński 2015, s. 298.

⁶ *Gesetz über das Bundesverfassungsgericht vom 17. Juni 1998.*

⁷ *Gerichtverfassungsgesetz vom 9. Mai 1975.*

⁸ *Deutsches Richtergesetz vom 19. April 1972.*

⁹ Tkaczyński 2015, s.298.

¹⁰ Muszyńska, Hambura 2002, s. 29.

systemu¹¹. Znaczącą rolę odegrało w tym Federalne Ministerstwo Sprawiedliwości, które poczyniło starania w zakresie zmiany struktury prawa, zarówno w jego stanowieniu jak i nauczaniu na uniwersytetach¹². W tym czasie powstała też słynna formuła niemieckiego prawnika Gustava Radbrucha, która choć była jedynie koncepcją filozoficzną, stała się podstawą do wydawania orzeczeń Federalnego Trybunału Konstytucyjnego czy Trybunału Federalnego w sprawach związanych ze zbrodniami wojennymi¹³. W związku z koniecznością wprowadzenia zmian ustrojowych oraz podziałem Niemiec na RFN i NRD uchwalono w 1949 r. Ustawę Zasadniczą. Dla wymiaru sprawiedliwości oznaczało to odejście od centralizacji sądownictwa i przeniesienie, w głównej mierze, ciężaru jego sprawowania na kraje związkowe¹⁴. Zorganizowano także najważniejsze instytucje federalnego sądownictwa: Federalny Trybunał Konstytucyjny (*Bundesverfassungsgerichts*) na czele, którego stanął jego pierwszy w historii prezes Hermann Hoepker-Aschoff oraz Trybunał Federalny (*Bundesgerichtshof*), któremu przewodził Hermann Weinkauff¹⁵. W tym właśnie okresie, na przełomie lat czterdziestych i pięćdziesiątych XX wieku, utworzył się kształt niemieckiego sądownictwa, które funkcjonuje do dziś.

SĄDOWNICTWO KONSTYTUCYJNE

W systemie niemieckiego aparatu wymiaru sprawiedliwości szczególny status uzyskało sądownictwo konstytucyjne. Tworzy je Federalny Trybunał Konstytucyjny oraz niezależne od niego sądy konstytucyjne poszczególnych krajów związkowych (*Landesverfassungsgerichte*). Stoją one na straży wartości, ustanowionych w Ustawie Zasadniczej, a zwłaszcza w jej pierwszym rozdziale, gdzie zawarto tzw. „prawa podstawowe”. Sądownictwo konstytucyjne charakteryzuje się brakiem instancyjności¹⁶. Federalny Trybunał Konstytucyjny należy do naczelných organów państwa. Jest on, w przeciwieństwie do innych sądów federalnych, niezależny od ministerstwa sprawiedliwości, sam ustala swój budżet i posiada pozycję nadrzędną wobec pozostałych sądów¹⁷. Trybunał Konstytucyjny wydaje orzeczenia, które z chwilą ogłoszenia mają moc prawną, w szczególnych wypadkach moc ustawową (może decydować o ważności lub

¹¹ Burzyńska 2011, s. 149-168.

¹² Safferling, s. 26

¹³ Wróblewska 2005, s. 171–186.

¹⁴ https://www.bmjbv.de/DE/Ministerium/GeschichteBMJBV/GeschichteMinisterium_node.html - strona internetowa niemieckiego Ministerstwa Sprawiedliwości, 11.04.2019 .

¹⁵ Fieberg 1989, s. 366-368.

¹⁶ Muszyńska, Hambura, Muszyński 2002, s.7 i 9.

¹⁷ Tkaczyński 2015, s. 305.

nieważności danej normy) i zawsze posiadające moc wiążącą¹⁸. Kompetencje Federalnego Trybunału Konstytucyjnego określił art. 93 UZ. Jest to katalog zamknięty, który obejmuje: nadzór nad funkcjonowaniem ustroju politycznego i federalnego (np. rozstrzygnięcie sporów kompetencyjnych), badanie zgodności prawa z Ustawą Zasadniczą, ochrona praw podstawowych oraz prewencyjna ochrona ustroju państwowego (np. delegalizacja partii politycznej, gdzie zastosowanie ma również art. 21 ust. 2 UZ)¹⁹. W skład Federalnego Trybunału Konstytucyjnego wchodzi dwa senaty. W każdym z nich zasiada ośmiu sędziów, wybranych przez parlament oraz Radę Federacji (art. 94 ust. 1 UZ). Ich kadencja trwa 12 lat, bez prawa do ponownego wyboru. Co 6 lat następuje zmiana połowy składu²⁰. Kandydat na sędziego trybunału musi mieć ukończone 40 lat i posiadać kwalifikacje do wykonywania zawodu sędziego oraz musi zastosować się do zasady *incompatibilitas*²¹. Trybunał Konstytucyjny działa na podstawie przepisów Ustawy Zasadniczej, ustawy o Federalnym Trybunale Konstytucyjnym z 17 lipca 1998 r., a szczegółowe zasady jego organizacji oraz procedury posiedzeń plenarnych określa regulamin²². Federalny Trybunał Konstytucyjny jest instytucją cieszącą się dużym zaufaniem społecznym. Od początku swojego funkcjonowania, aż do końca 2018 roku przeprowadzono w nim blisko 235 tys. procesów. Na wokandę trybunału trafia również wiele skarg konstytucyjnych. W 2018 r. wpłynęło ich 5678, a w 2017 r. 5784²³. Sądy konstytucyjne, działające na poziomie krajów związkowych, mają natomiast zróżnicowany zakres kompetencji, w zależności od prawa funkcjonującego w danym landzie. Ich głównym zadaniem jest, co do zasady, rozstrzygnięcie sporów konstytucyjnych oraz stanie na straży prawa kraju, w którym funkcjonują. Nie zawsze to jednak działa według przytoczonych standardów. Przykładowo Szlezwik-Holsztyn powierzył prawo do rozstrzygnięcia sporów konstytucyjnych Federalnemu Trybunałowi Konstytucyjnemu²⁴.

¹⁸ Janicki 1986, s. 468-471.

¹⁹ Janicki 1986, s. 471-488.

²⁰ Muszyńska, Hambura, Muszyński 2002, s. 9.

²¹ Tkaczyński 2015, s. 308.

²² https://www.bundesverfassungsgericht.de/DE/Verfahren/Rechtsquellen/rechtsquellen_no_de.html – strona internetowa Federalnego Trybunału Konstytucyjnego, 15.04.2019.

²³ Dane pochodzą ze strony: https://www.bundesverfassungsgericht.de/DE/Verfahren/Jahresstatistiken/2018/statistik_2018_node.html 15.04.2019.

²⁴ Muszyńska, Hambura, Muszyński 2002, s. 10.

SĄDOWNICTWO FEDERALNE

Oprócz sądownictwa konstytucyjnego, wymiar sprawiedliwości w Republice Federalnej Niemiec sprawują sądy federalne oraz sądy krajowe. Ustawa Zasadnicza przewiduje, w zamkniętym katalogu, pięć sądów federalnych, których utworzenie jest obligatoryjne. Należą do nich: 1) Trybunał Federalny (*Bundesgerichtshof*) dla sądownictwa powszechnego, czyli dotyczącego spraw cywilnych oraz karnych, z siedzibą w Karlsruhe, 2) Federalny Trybunał Pracy (*Bundesarbeitsgericht*) dla sądów pracy, z siedzibą w Erfurcie, 3) Federalny Trybunał Administracyjny (*Bundesverwaltungsgericht*) dla sądownictwa administracyjnego, z siedzibą w Berlinie, 4) Federalny Trybunał Finansowy (*Bundesfinanzhof*) do spraw finansów, z siedzibą w Monachium, 5) Federalny Trybunał Socjalny (*Bundessozialgericht*) do spraw socjalnych, z siedzibą w Kassel²⁵. Trybunały te stanowią, co do zasady, najwyższe instancje we właściwych dla siebie sprawach, choć mogą wystąpić przypadki, w których będą występować jako pierwsza instancja, jeśli ustawa tak stanowi²⁶. Sądy federalne tworzą Wspólny Senat Trybunałów Najwyższych (*Gemeinsamer Senat*) w myśl art. 95 ust. 3 UZ. Ma to zapewnić jednolitość orzecznictwa, poprzez zapobieganie wydawania sprzecznych ze sobą wyroków. W sprawach o pytania prawne Wspólny Senat orzeka jako Wysoki Senat (*Großer Senat*), który prowadzi tzw. postępowanie wpadkowe (incydentalne). Ustawa Zasadnicza daje także możliwość tworzenia sądów federalnych w sprawach ochrony prawnej działalności gospodarczej, w sprawach karnych wojskowych oraz w sprawach dyscyplinarnych dotyczących służbowej podległości publicznoprawnej (art. 96). Na podstawie tego przepisu powstały: Federalny Sąd Patentowy z siedzibą w Monachium, Federalny Sąd Dyscyplinarny dla urzędników federalnych urzędujący we Frankfurcie oraz Federalny Sąd Wojskowy²⁷.

SĄDOWNICTWO KRAJÓW ZWIĄZKOWYCH

Sądownictwo, sprawowane przez 16 krajów związkowych, podzielone jest na sądownictwo powszechne i sądownictwo szczególne. W skład sądownictwa powszechnego wchodzi sądy prawa cywilnego i karnego. Pozostałe, czyli: sądy pracy, administracyjne ogólne, socjalne oraz finansowe, stanowią sądownictwo

²⁵ Banaszak 2005, s. 99-101.

²⁶ Muszyńska, Hambura, Muszyński 2002, s. 11.

²⁷ Muszyńska, Hambura, Muszyński 2002, s. 12-13.

szczególne²⁸. Podporządkowane są one trybunałom federalnym, właściwym sobie ze względu na gałąź prawa, którą się zajmują. Obowiązkiem krajów związkowych, wynikającym z ustaw federalnych, jest uchwalenie ustrojów sądów oraz ustalenie przebiegu przewodu sądowego.

Sądownictwo powszechne obejmuje cztery stopnie: sądy grodzkie, sądy krajowe, wyższe sądy krajowe oraz instancję rewizyjną jaką jest Trybunał Federalny. Należy jednak pamiętać, że niemieckie sądownictwo, jest co do zasady trójinstancyjne. Sądy najniższego stopnia stanowią sądy grodzkie (*Amtgerichte*). W literaturze można też spotkać się z określeniem „sądy obwodowe”, gdyż słowo „*Amt*” po niemiecku oznacza „obwód”²⁹. Ich liczba, w poszczególnych landach, jest bardzo zróżnicowana. Przykładowo, w Bawarii³⁰ funkcjonuje 26 sądów grodzkich, w Hesji³¹ natomiast 41. Sądy grodzkie orzekają w jednoosobowym składzie, chyba że przepisy szczególne stanowią inaczej. Dodatkowo, sędzia może łączyć swoją funkcję z pracą w innym sądzie grodzkim lub sądzie krajowym. W sprawach cywilnych, występują w sądach grodzkich dwa działy: do spraw spornych i do spraw niespornych³². Pierwszy z nich rozpatruje przede wszystkim roszczenia z tytułu własności, umowy oraz szkody wyrządzone przez czyny niedozwolone. Są to jednak sprawy niższej wagi, w których wartość sporu nie przekracza 5000 Euro. Drugi dział dotyczy spraw rodzinnych, np. postępowania dotyczącego opieki rodziców nad dzieckiem, ustanowienia obowiązku alimentacji czy też rozstrzygania spraw spadkowych. Warto zaznaczyć, że w przypadku spraw rodzinnych, drugą instancją są bezpośrednio wyższe sądy krajowe, z pominięciem sądów krajowych³³. W sprawach karnych sądy grodzkie orzekają w składzie: jeden sędzia zawodowy oraz dwóch ławników (tzw. sąd ławniczy). Ławnik jest urzędem honorowym, który sprawować może jedynie obywatel niemiecki. Na stanowisku ławnika nie może zasiadać osoba pozbawiona praw publicznych, skazana na karę pozbawienia wolności powyżej 6 miesięcy lub osoba, wobec której toczy się postępowanie za czyny zagrożone tymi karami. Na wniosek prokuratora, do składu sądu ławniczego, można dołączyć jeszcze jednego sędziego zawodowego³⁴.

²⁸ Muszyńska, Hambura, Muszyński 2002, s. 10-11.

²⁹ Janicki 1986, s. 499-504.

³⁰ Dane pochodzą ze strony: <https://www.justiz.bayern.de/gerichte-und-behoerden/amtsgerichte/a-f/> 22.04.2019.

³¹ Dane pochodzą ze strony: <https://justizministerium.hessen.de/ueber-uns/links-zu-allen-internetauftritten-der-hessischen-justiz#ogb> 22.04.2019.

³² Janicki 1986, s. 499-504.

³³ Muszyńska, Hambura, Muszyński 2002, s. 22.

³⁴ Muszyńska, Hambura, Muszyński 2002, s. 17-19.

Skład kadry sądów krajowych (*Landgerichte*) stanowią: prezes, sędziowie przewodniczący oraz pozostali sędziowie. Orzekają oni w izbie cywilnej i karnej, jako sąd pierwszej lub drugiej instancji, w przypadku apelacji od wyroku sądu grodzkiego. Kompetencje sądów krajowych wymienione zostały w §70 ustawy o systemie sądownictwa. Należą do nich wszystkie sprawy cywilne, nieprzeznaczone do rozstrzygnięcia sądom grodzkim, a także roszczenia przeciwko sędziom i urzędnikom, wynikające z przekroczenia przez nich uprawnień oraz roszczenia przeciwko państwu lub podmiotom prawa publicznego. Wyroki w tych sprawach wydaje sąd, w trzyosobowym składzie sędziów zawodowych³⁵. W postępowaniu karnym sądy krajowe są właściwe w przypadku przestępstw zagrożonych karą pozbawienia wolności powyżej 4 lat lub gdy zażąda tego prokurator ze względu na wagę sprawy. Sąd krajowy może również orzec umieszczenie w zakładzie psychiatrycznym. Przy sądach krajowych funkcjonują izby karne gospodarcze, które rozpatrują sprawy dotyczące przestępstw skarbowych i gospodarczych. Skład sędziowski w postępowaniu karnym, na szczeblu sądów krajowych, zawiera 3 sędziów zawodowych oraz 2 ławników (wielka izba karna) lub w przypadku apelacji od wyroków sądów grodzkich: jeden sędzia zawodowy i dwóch ławników (mała izba karna). Jeżeli w pierwszej instancji, na wniosek prokuratora, skład sądu ławniczego został powiększony, to w sądzie II instancji należy postąpić tak samo³⁶. Jeżeli w okręgu danego sądu krajowego utrzymywany jest zakład karny dla dorosłych, tworzy się sąd wykonawczy. Ministerstwo sprawiedliwości może także powołać przy sądzie krajowym, sąd rozstrzygający spory handlowe³⁷.

Najwyższym szczeblem sądownictwa powszechnego, na poziomie krajów federalnych, są wyższe sądy krajowe (*Oberlandesgerichte*). Są one właściwe do rozstrzygnięcia apelacji od wyroków sądów grodzkich w sprawach rodzinnych, apelacji od sądów krajowych oraz rozpatrywania wszelkich skarg procesowych na sądy niższych instancji. Wyższe sądy krajowe mogą też występować jako sądy I instancji w sprawach o przestępstwa, takie jak: zdrada stanu, zagrożenie bezpieczeństwa zewnętrznego państwa, zamach na organy i przedstawicieli obcych państw czy dopuszczenie się czynów zabronionych wobec federalnych organów konstytucyjnych. Wyższe sądy krajowe rozpatrują rewizje od sądów niższych instancji. W sądach tych tworzy się senaty karne oraz cywilne, które co do zasady orzekają w 3 osobowym składzie³⁸.

³⁵ Janicki 1986, s. 499-504.

³⁶ Muszyńska, Hambura, Muszyński 2002, s. 19-21.

³⁷ Muszyńska, Hambura, Muszyński 2002, s. 19-21.

³⁸ Janicki 1986, s. 499-504.

WYBRANE ASPEKTY PROCESU SĄDOWEGO

Postępowanie sądowe, w tym także ogłoszenie wyroków i postanowień jest jawne. Sędzia może jednak zarządzić tajność rozprawy w szczególnie uzasadnionych wypadkach. Do takich należą m.in.: zagrożenie bezpieczeństwa państwa lub porządku publicznego, zagrożenie bezpieczeństwa przesłuchiwanego świadka lub gdy sprawa może naruszyć tajemnicę zawodową oraz gdy przesłuchuje się osobę poniżej 16 roku życia. Należy również podkreślić, że postępowanie w sprawach rodzinnych zawsze odbywa się z wyłączeniem jawności. Nie można też nagrywać przebiegu postępowania w celu upublicznienia lub demonstrowania. Można też wyłączyć jawność w sprawie, w której orzeka się umieszczenie osoby w szpitalu psychiatrycznym. Sąd może ukarać osoby naruszające porządek procesowy grzywną do 1000 Euro lub karą aresztu, trwającą maksymalnie tydzień.

Obradami sądu kieruje przewodniczący, który zadaje pytania i udziela prawa głosu. Wyroki są rozstrzygane absolutną większością głosów, jeżeli ustawa nie stanowi inaczej. Żaden z członków składu orzekającego nie może odmówić głosowania. Szczegółowe zasady wydawania wyroków określa ustawa o systemie sądownictwa³⁹.

ZAWODY PRAWNICZE: SĘDZIOWIE, PROKURATORZY, ADWOKACI

Ustawa o sędziach stanowi, że władza sądownicza wykonywana jest przez sędziów zawodowych (*Berufsrichter*) oraz sędziów honorowych (*ehrenamtliche Richter*). Można ich też podzielić według kryterium terytorialnego na: sędziów federalnych i sędziów krajów związkowych. Ustawa o sędziach nie dotyczy jednak sędziów Federalnego Trybunału Konstytucyjnego, ze względu na jego szczególny status w ustroju niemieckim. Sędzią może zostać obywatel Niemiec, dający gwarancję pokojowych i demokratycznych poglądów, posiadający odpowiednie do tego urzędu kwalifikacje. Kandydat na sędziego musi więc ukończyć studia prawnicze i złożyć egzamin państwowy oraz odbyć służbę przygotowawczą, trwającą 2 lata. W przypadku sędziów zawodowych, można wyróżnić ich cztery rodzaje: sędzia dożywotni, sędzia na próbę, sędzia na zlecenie i sędzia na czas określony. Sędzią dożywotnim może być osoba pracująca na stanowisku sędziego co najmniej przez 3 lata. Sprawuje on swoją

³⁹ Muszyńska, Hamburga, Muszyński 2002, s. 23-24.

funkcję, jak sama nazwa wskazuje, dożywotnio. Sędzia na próbę przypomina polskiego asesora sądowego. Urząd ten można sprawować maksymalnie przez pięć lat. Stanowisko sędziego na próbę jest przeznaczone dla osób, które w przyszłości pracować będą jako sędzia lub prokurator dożywotni. Sędzia na próbę nie może w pierwszym roku po swoim mianowaniu orzekać w sprawach rodzinnych. Sytuacja prawna sędziego na zlecenie jest bardzo podobna do sędziego na próbę, gdyż do obydwu rodzajów sędziów stosuje się odpowiednio te same przepisy. Różnica jednak polega na tym, że sędzia na zlecenie to urzędnik, który może zajmować to stanowisko przez dwa lata, a później zostać mianowanym sędzią dożywotnim. Zachowuje on swoje dotychczasowe stanowisko urzędnicze, według którego otrzymuje wynagrodzenie. Może jednak nie wyrazić zgody na mianowanie go sędzią dożywotnim⁴⁰. Sędziowie honorowi stanowią czynnik społeczny w orzecznictwie, a ich kompetencje są podobne do kompetencji ławników⁴¹. Podstawą ich funkcjonowania jest §44 ustawy o sędziach. Sędziowie honorowi są zaprzysiężeni przez prezesa sądu oraz są w swojej władzy niezawiśli, na tych samych zasadach co sędziowie zawodowi⁴². Sędziowie sprawują również kontrolę administracji publicznej, co jest spełnieniem wymogów demokratycznego państwa prawnego w myśl art. 19 ust. 4 UZ⁴³. Organami przedstawicielskimi sędziów na szczeblu federalnym są: Rada Sędziów (*Richterrat*), Rada Prezydialna (*Präsidentialrat*), która uczestniczy w mianowaniu sędziów oraz Trybunał Służbowy Sędziów (*Dienstgericht*). Status prawny sędziego określa art. 97 UZ, w którym podkreślona jest m.in. niezawisłość sędziowska oraz ich podległość ustawom⁴⁴.

Prokuratura, w niemieckim wymiarze sprawiedliwości, podlega Federalnemu Ministerstwu Sprawiedliwości. Najważniejszym organem ścigania jest Federalny Prokurator Generalny, który stoi na straży bezpieczeństwa wewnętrznego i zewnętrznego państwa, ścigając przestępstwa będące dla niego zagrożeniem. Jest on także organem nadrzędnym w stosunku do prokuratorów działających w krajach związkowych. Prokuratura Generalna ma swoją siedzibę w Karlsruhe i działa przy Trybunale Federalnym⁴⁵. Ustawa o ustroju sądów

⁴⁰ Muszyńska, Hambura, Muszyński 2002, s. 25-27.

⁴¹ Kulesza 2016, s. 224-225.

⁴² Muszyńska, Hambura, Muszyński 2002, s. 27.

⁴³ Tkaczyński 2015, s. 358.

⁴⁴ Tkaczyński 2015, s. 28-29.

⁴⁵ <https://www.generalbundesanwalt.de/de/organisation.php> - strona internetowa Federalnego Prokuratora Generalnego, 08.05.2018.

stanowi w §141, że przy każdym sądzie powszechnym istnieje prokuratura odpowiedniego szczebla⁴⁶.

Adwokat, w myśl Ustawy Zasadniczej, co też podkreślał to w swoich orzeczeniach Federalny Trybunał Konstytucyjny, jest niezależnym organem sprawowania wymiaru sprawiedliwości. Zawód ten może wykonywać osoba, która: posiada kwalifikacje wymagane do wykonywania zawodu sędziego, zgodnie z ustawą o sędziach, a także wypełnia warunki ustawy o działalności adwokatów europejskich w Niemczech i zdała egzamin dopuszczający do wykonywania zawodu. Co do zasady, adwokaci występują przed sądem w togach. Praktyka jednak pokazuje, że nie zawsze jest to przez nich przestrzegane, choć formalnie mogą za to zostać usunięci z rozprawy. Adwokaci tworzą Izby Adwokackie na terenie krajów związkowych oraz Federalne Izby Adwokackie, które zajmują się reprezentowaniem interesów adwokatury⁴⁷.

PODSUMOWANIE

Wymiar sprawiedliwości w Republice Federalnej Niemiec jest znakomicie zorganizowany i uważany za jeden z najlepszych na świecie. Niemcy odznaczają się wysoką kulturą oraz świadomością prawną, a uniwersytety świadczą swoje usługi, w zakresie studiów prawniczych, na bardzo wysokim poziomie⁴⁸. Niemcy stanęły przed wielkim wyzwaniem, by po II wojnie światowej, na nowo stworzyć sprawnie funkcjonujące państwo. Choć z początku nie wszystko szło po ich myśli, można teraz śmiało stwierdzić, że obecny niemiecki wymiar sprawiedliwości stanowi wzór dla innych, rozwijających się państw Europy.

⁴⁶ Banaszak 2005, s. 103-104.

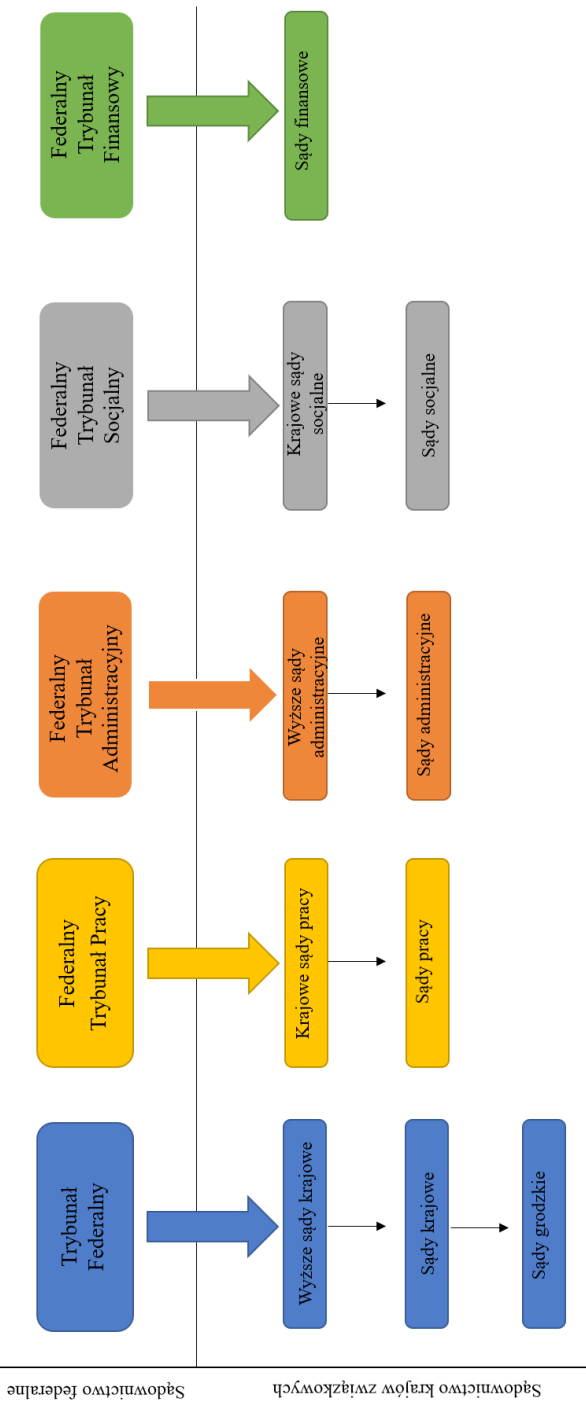
⁴⁷ Stańczyk-Hambura, Hambura, Muszyński 2002, s. 7-17.

⁴⁸ Smits 2006, s. 273.

ORGANIZACJA APARATU WYMIARU SPRAWIEDLIWOŚCI W RFN

FEDERALNY TRYBUNAŁ KONSTITUCYJNY
(*Bundesverfassungsgericht*)

Sądy konstytucyjne krajów związkowych



źródło: opracowanie własne

BIBLIOGRAFIA

Literatura polskojęzyczna

- Banaszak B. 2005, *System konstytucyjny Niemiec*, Warszawa.
- Gelles K. 2011, *Republika Federalna Niemiec: Ustrój, społeczeństwo, gospodarka...*, Wrocław.
- Janicki L. 1986, *Ustrój Państwowy Republiki Federalnej Niemiec*, Poznań.
- Kulesza C. 2016, *Białostockie studia prawnicze 2016*, Białystok.
- Morawski L. 2005, *Wykładnia prawa i inne problemy filozofii prawa*, Toruń.
- Muszyńska A., Hambura S., Muszyński M. 2002, *Wymiar sprawiedliwości RFN: Sądownictwo*, Bielsko-Biała.
- Stańczyk-Hambura G., Hambura S., Muszyński M. 2002, *Wymiar sprawiedliwości RFN: Adwokatura*, Bielsko-Biała.
- Tkaczyński J.W. 2015, *Prawo ustrojowe Niemiec*, Kraków.

Literatura obcojęzyczna

- Fieberg G. 1989, *In Namen des deutschen Volkes Justiz und Nationalsozialismus*, Köln.
- Safferling C., Görtemaker M. 2016, *Die Akte Rosenberg – Das Bundesministerium der Justiz und die NS-Zeit*, München.
- Smits J.M. 2006, *Elgar Encyclopedia of Comparative Law*, Northampton.

Netografia

- www.bmjv.de – strona internetowa Federalnego Ministerstwa Sprawiedliwości Republiki Federalnej Niemiec.
- www.bundesverfassungsgericht.de – strona internetowa Federalnego Trybunału Konstytucyjnego.
- www.destatis.de – strona internetowa Federalnego Urzędu Statystycznego.
- www.fowid.de – strona internetowa Grupy Badawczej „Światopoglądy w Niemczech”.
- www.generalbundesanwalt.de – strona internetowa Federalnego Prokuratora Generalnego.

www.gesetze-im-internet.de – internetowa baza aktów prawnych Republiki Federalnej Niemiec.

www.imf.org – strona internetowa Międzynarodowego Funduszu Walutowego.

www.justiz.bayern.de – strona internetowa bawarskiego sądownictwa.

www.justizministerium.hessen.de – strona internetowa Ministerstwa Sprawiedliwości Hesji.

REGUŁY HASKIE DOTYCZĄCE ARBITRAŻU BIZNES/PRAWA CZŁOWIEKA: NOWY TYP ARBITRAŻU W PRAWIE MIĘDZYNARODOWYM?

MACIEJ GAJOS

UNIwersytet Wrocławski

12 grudnia 2019 r. w Pałacu Pokoju w Hadze nastąpiła uroczysta prezentacja owocu pięcioletniej pracy grupy ekspertów prawa międzynarodowego: Reguł haskich dotyczących arbitrażu biznes/prawa człowieka¹. Wprowadzają one specyficzny model arbitrażu, który miałyby znaleźć zastosowanie w sporach z tytułu naruszeń praw człowieka powstających wskutek transgranicznej aktywności przedsiębiorstw.

Oddziaływanie biznesu na prawa człowieka to szeroko dyskutowany obszar prawa międzynarodowego, który jak dotąd nie poddawał się podejmowanym od dekad wysiłkom regulacyjnym. Wystarczy wskazać, że najważniejszy akt prawny dotyczący tej problematyki, Wytyczne ONZ dotyczące biznesu i praw człowieka (*United Nations Guiding Principles on Business and Human Rights*; dalej jako: UNGP)², nie mają charakteru wiążącego. Ze względu na silne zintegrowanie Reguł haskich z UNGP, przejawiające się choćby *prima facie* w licznych odesłaniach do Wytycznych zawartych w poszczególnych postanowieniach Reguł, nie sposób przedstawić ich analizy z pominięciem kontekstu, jaki wyznaczają UNGP. W pierwszej części artykułu zostaną zaprezentowane podstawowe koncepcje, na których Wytyczne bazują, oraz szczególne normatywne wyzwania, na które musiały one spróbować znaleźć odpowiedź. Druga część natomiast służyć będzie przedstawieniu Reguł haskich i dokonaniu krytycznej analizy ich najistotniejszych aspektów i oceny, na ile mogą one

¹ Center for International Legal Cooperation 2019.

² UNITED NATIONS 2011.

stanowiąc wartościowe uzupełnienie UNGP, przede wszystkim — czy mogą zrekompensować deficyty w egzekwowaniu sformułowanych w nich zasad.

WYTYCZNE ONZ DOTYCZĄCE BIZNESU I PRAW CZŁOWIEKA

Zacząć należy od podstawowego problemu, który stanowi swoisty *leit-motif* większości rozterek, jakich przysparzają kwestie oddziaływania biznesu na prawa człowieka: status korporacji w prawie międzynarodowym od długiego czasu wymyka się jednoznacznym kwalifikacjom. Wydaje się, że ów system prawny silnie zorientowany przede wszystkim na regulowanie relacji pomiędzy suwerennymi państwami, pozostał w tyle za trendami związanymi z pojawianiem się w nim nowych graczy. Międzynarodowe korporacje, nie będąc adresatem obowiązków nakładanych przez międzynarodowe normy z zakresu praw człowieka, niejednokrotnie podejmują działania, które prowadzą do ich naruszeń. B. John wymienia następujące przykłady: negatywne oddziaływanie na zdrowie ludzi poprzez generowanie zanieczyszczeń, wywoływanie katastrof ekologicznych i dopuszczanie się zaniedbań w zakresie bezpieczeństwa; wykorzystywanie pracy przymusowej lub pracy dzieci; przymusowe przesiedlenia ludności, łącznie z ludnością rdzenną; używanie nadmiernej siły przez ochroniarzy pilnujących infrastruktury; czy też dyskryminacja pracowników ze względu na rasę, płeć, orientację seksualną, itp.³ Jeszcze niedawno uznawano, że wszelkie zobowiązania przedsiębiorstw na polu praw człowieka mają z punktu widzenia prawa międzynarodowego charakter pośredni: jedynym ich źródłem mogło być prawo wewnętrzne państw, w których jurysdykcji dany podmiot się znajdował⁴. Globalizacja obnażyła jednak pewne wady tego modelu: korporacje *de facto* nabyły kompetencje do tej pory zastrzeżone tylko dla państw; równocześnie po stronie państw zmniejszyła się zdolność, ale też determinacja do wywiązywania się z własnych obowiązków z zakresu praw człowieka, a także, jak już wskazano, ten nowy układ sił „otworzył drzwi do poważnych i bardzo szkodliwych naruszeń praw człowieka ze strony korporacji”⁵. W. Cragg twierdzi, że w tych nowych okolicznościach przedsiębiorstwa „powinny przyjąć co najmniej część moralnego ciężaru chronienia

³ John 2020.

⁴ Cragg 2009, s. 278.

⁵ Cragg 2009, s. 280.

i promowania poszanowania praw człowieka”⁶. Pojawił się jednak problem: jak tę potrzebę przenieść na grunt normatywny?

Pewną próbą odpowiedzi na to wyzwanie było opracowanie przez Specjalnego Sprawozdawcę Sekretarza Generalnego ONZ Wytucznych dotyczących biznesu i praw człowieka, które zostały przyjęte jednogłośnie na forum Rady Praw Człowieka ONZ w drodze rezolucji 17/4 z dnia 16 czerwca 2011 roku. Mimo że jest to akt należący do typu miękkiego prawa, a zatem niewiążący prawnie, odgrywa on na tym polu bardzo znaczącą rolę i nawet jeśli nie stanowi on finału, to niewątpliwie wyznacza istotny etap starań nad wprowadzeniem do prawa międzynarodowego reżimu właściwego dla działalności międzynarodowych korporacji⁷. Należy zaznaczyć, że pierwsze takie próby miały miejsce już w latach 70-tych, kiedy to podjęto prace nad traktatem regulującym funkcjonowanie przedsiębiorstw, wspierane przez aktywistów oraz państwa rozwijające się i napotykające zarazem zdecydowany sprzeciw przedstawicieli sektora biznesu. Przełom nastąpił jednak dopiero wraz z propozycją Specjalnego Sprawozdawcy, J.G. Ruggie’ego, który to postulował radykalną zmianę podejścia. Jak sam pisze, zamiast „statycznego dokumentu, który ma zostać przyjęty przez rządy, które następnie miałyby nałożyć [obowiązki] na przedsiębiorstwa”, UNGP należało zaprojektować tak, by „wygenerować nową i odmienną dynamikę regulacyjną, w której publiczne i prywatne systemy zarządzania (...) wnoszą własną wartość dodaną, rekompensują swoje słabości i odgrywają role wzajemnie się wzmacniające, z czego może się wykształcić bardziej wszechstronny i efektywny globalny reżim, łącznie z konkretnymi środkami prawnymi”⁸. Ruggie podkreśla następnie z emfazą, że chodzi nie o wprowadzenie klasycznie rozumianej w prawie hierarchii, ale o stworzenie swoistego ekosystemu, który pomieści w sobie oddziaływania jakże różnych aktorów⁹.

⁶ Cragg 2009, s. 283.

⁷ Ruggie 2017, s. 46.

⁸ Ruggie 2017, s. 47.

⁹ Należy jednak mieć na uwadze, że przyjęcie UNGP nie wiąże się z całkowitą rezygnacją z prac nad wiążącym traktatem z zakresu biznes/prawa człowieka. Już w 2013 r. Ekwador wystąpił z propozycją opracowania takiego traktatu, w 2014 r. Rada Praw Człowieka ONZ zdecydowała o powołaniu otwartej grupy roboczej i od tej pory, równoległe z implementacją UNGP, prowadzone są negocjacje w przedmiocie traktatu (zob. McBrearty 2016, s. 11-14).

UNGP oparte są na trzech filarach:

1. Zobowiązania państw w zakresie ochrony praw człowieka¹⁰.
2. Odpowiedzialność przedsiębiorstw za poszanowanie praw człowieka¹¹.
3. Dostęp do środków zaradczych dla ofiar naruszeń związanych z działalnością przedsiębiorstw.

To właśnie trzeci z filarów wysuwa się na pierwszy plan w debacie na temat Reguł haskich. Z dostępem do środków zaradczych wiąże się obowiązek nałożony bezpośrednio na państwa: zgodnie z Zasadą 25 UNGP, państwa muszą podjąć odpowiednie kroki, aby, jeśli naruszenia takie mają miejsce na ich terytorium i/lub w obrębie ich jurysdykcji, tym, których dotknie takie naruszenie, zapewnić, poprzez odpowiednie środki i mechanizmy sądowe, administracyjne, legislacyjne i inne, dostęp do skutecznych środków zaradczych i naprawczych. W trzecim filarze znajdują się również wytyczne kierowane do przedsiębiorstw: aby umożliwić wczesne reagowanie na skargi i natychmiastowe stosowanie środków zaradczych, przedsiębiorstwa powinny stworzyć lub brać udział w skutecznych mechanizmach i procedurach rozpatrywania skarg na poziomie operacyjnym dla osób indywidualnych i społeczności, które mogą ucierpieć z powodu naruszeń praw człowieka (Zasada 29). Rozróżnia się trzy typy mechanizmów rozpoznawania skarg: państwowe sądowe, państwowe pozasądowe i niepaństwowe. Arbitraż będzie mieścił się w ostatniej z tych kategorii.

Powszechnie wskazuje się, że UNGP, mimo szerokiej akceptacji państw i doktryny, nie mają zbyt wiele do zaoferowania w zakresie skutecznych środków ochrony prawnej dla ofiar naruszeń praw człowieka powstających wskutek działalności biznesu. Dotychczasowe środki zaradcze „zawodzą ofiary naruszeń, które mają ograniczony dostęp do sprawiedliwości, jak też przedsiębiorstwa, które często działają w środowiskach prawnej niepewności, gdzie aktorzy nie rywalizują na równym polu”; środki te są „niejednolite, nieprzewidywalne i często nieskuteczne i słabe”¹². Arbitraż biznes/prawa człowieka, jak

¹⁰ Zasada 1: Państwa mają obowiązek zapewnić ochronę przed naruszaniem praw człowieka przez strony trzecie, w tym przedsiębiorstwa, na swoim terytorium i/lub na obszarze objętym ich jurysdykcją. Wymaga to podejmowania odpowiednich kroków w celu zapobiegania takim naruszeniom, ich rozpoznawania, karania oraz zadośćuczynienia za nie, poprzez prowadzenie skutecznej polityki, działania ustawodawcze, regulacje i praktykę orzecznictwa.

¹¹ Zasada 11: Przedsiębiorstwa powinny szanować prawa człowieka. Przedsiębiorstwa powinny unikać naruszania praw człowieka oraz przeciwdziałać negatywnym skutkom wpływu na realizację praw człowieka, do którego się przyczyniły.

¹² Cronstedt i in. 2017.

wskazuje się wyraźnie w komentarzu do Reguł haskich, ma służyć wypełnieniu tej luki w dostępie do środka zaradczego, ułatwiając rozwiązywanie sporów tam, gdzie inne metody są niedostępne lub nieadekwatne¹³.

REGUŁY HASKIE — PODSTAWOWE ZAŁOŻENIA:

Reguły haskie dotyczące arbitrażu biznes/prawa człowieka zostały opracowane pod egidą Center for International Legal Cooperation (CILC) — porządowej holenderskiej organizacji *nonprofit*, która zajmuje się wspieraniem zasady rządów prawa i organizuje w tym celu różnego rodzaju projekty, wdraża inicjatywy o globalnym zasięgu¹⁴. Prace nad Regułami rozpoczęły się wraz z utworzeniem Grupy Roboczej do spraw arbitrażu biznes/prawa człowieka przez C. Cronstedta, J. Eijsboutsa i R. Thompsona¹⁵. Jej skład sukcesywnie poszerzał się o praktyków oraz akademików. Do grupy odpowiedzialnej bezpośrednio za przygotowanie tekstu Reguł haskich weszli specjaliści z zakresu prawa międzynarodowego; na jej czele stanął Bruno Simma, były sędzia Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości¹⁶. Istota Reguł przejawia się w zaproponowaniu pewnego modelu postępowania, w oparciu o który mogłyby być rozstrzygane spory powstające w związku z działalnością biznesu naruszającą prawa człowieka.

Podstawowe cele Reguł haskich

Główne cele Reguł haskich wskazane zostały w preambule: w ust. 2 podkreśla się, że mają one zapewnić w szczególności:

- (a) dla pokrzywdzonych wskutek oddziaływania biznesu w sferze praw człowieka — możliwość uzyskania środka ochrony prawnej;
- (b) dla przedsiębiorstw — mechanizm reagowania na szkodliwe oddziaływanie na prawa człowieka, w których biorą udział.

Cele te stanowią bezpośrednie odniesienie do poszczególnych filarów UNGP: lit. a dotyczy filaru trzeciego, t.j. dostępu do środka zaradczego; natomiast lit. b — filaru drugiego, czyli odpowiedzialności biznesu za poszanowanie praw człowieka¹⁷. W komentarzu do preambuły, autorzy wskazują, że celem Reguł jest zapewnienie z jednej strony „dostępu do środków zaradczych

¹³ Center for International Legal Cooperation 2019a, s. 15.

¹⁴ Center for International Legal Cooperation 2010.

¹⁵ Ross 2017.

¹⁶ Dautaj 2019.

¹⁷ Center for International Legal Cooperation 2019a, s. 13.

dla posiadaczy praw poszkodowanych przez działalność biznesu”, z drugiej zaś — wyposażenie przedsiębiorstw w narzędzia pozwalające na opracowanie strategii zarządzania ryzykiem oraz zagwarantowania zgodności prowadzonej działalności ze standardami praw człowieka¹⁸.

Kluczowe pytanie, które należy zadać sobie w tym kontekście, to dlaczego właśnie arbitraż — co ta metoda rozstrzygania sporów może zaferować w konfrontacji ze specyfiką naruszeń praw człowieka powstających wskutek działalności biznesu. Definicja arbitrażu sformułowana została w art. 37 Konwencji haskiej z 1907 r. o pokojowym załatwieniu sporów: mianowicie, „arbitraż międzynarodowy ma za zadanie rozstrzygnięcie sporów między państwami przez sędziów przez nie wybranych na zasadzie poszanowania prawa. Zastosowanie arbitrażu pociąga za sobą obowiązek poddania się z dobrą wiarą jego wyrokowi”¹⁹. Jak słusznie zauważają W. Czapliński i A. Wyrozumska, „przewaga arbitrażu (...) nad pozostałymi procedurami sądowymi polega na tym, że jest on zwykle bardziej elastyczny, także w doborze norm będących podstawą rozstrzygnięcia. Strony mają też wpływ na skład sądu”²⁰. W opisie projektu figurującym na witrynie internetowej CILC pojawia się teza, że „międzynarodowy arbitraż niesie wielką obietnicę jako metoda do wykorzystania w rozwiązywaniu sporów w przedmiocie praw człowieka z udziałem biznesu”.²¹ Zwraca się uwagę na to, że wielokrotnie spory te powstają w państwach, w których sądownictwo jest dysfunkcyjne i poddane politycznym naciskom i tam mógłby on stanowić istotne uzupełnienie środków ochrony prawnej, jednak zaznacza się, że dostęp do arbitrażu wykazywałby kilka „unikalnych atutów” również w tych regionach, gdzie dostęp do kompetentnych i niezależnych sądów jest zapewniony²².

Adekwatność arbitrażu do rozstrzygania sporów z zakresu biznes/prawa człowieka nie jest bynajmniej, jak nietrudno się domyślić, przyjmowana bez zastrzeżeń. Szczególnie surową ocenę wystawili Regułom haskim przedstawiciele Columbia Center on Sustainable Investment (CCSI). W uwagach przedstawionych w toku procesu publicznych konsultacji wyrazili oni swój sceptycyzm co do tego, czy strategia, której emanację stanowią Reguły haskie, rzeczywiście jest najbardziej właściwą drogą do poszerzenia zakresu odpowiedzialności przedsiębiorstw dopuszczających się naruszeń²³. Badacze

¹⁸ Center for International Legal Cooperation 2019a, s. 14.

¹⁹ Konwencja haska z 1907 r. o pokojowym załatwieniu sporów międzynarodowych.

²⁰ Czapliński, Wyrozumska 2014, s. 825.

²¹ Center for International Legal Cooperation n.d.

²² Center for International Legal Cooperation n.d..

²³ Columbia Center on Sustainable Investment 2019.

z Columbia University wskazują, że arbitraż jako mechanizm załatwiania sporów przejawia skłonność do faworyzowania podmiotów dysponujących pokazniejszymi zasobami, zajmujących silniejszą pozycję i stwarza istotny „potencjał do nadużyć”²⁴.

Należy mieć na uwadze, że postępowanie arbitrażowe może zostać wszczęte tylko za zgodą wszystkich stron. Trzeba przytoczyć za John, że taka zgoda może wynikać — w wypadku sporów wynikłych ze stosunków umownych — ze specjalnej klauzuli zawartej w umowie. W innym wypadku strony mogą zawrzeć specjalne porozumienie po powstaniu sporu, w którym postanowią o poddaniu go arbitrażowi (kompromis arbitrażowy)²⁵. Zasadnicze pytanie brzmi więc: czy przedsiębiorstwa byłyby skłonne wyrazić zgodę na poddanie się takiemu arbitrażowi? Badacze z CCSI twierdzą, że usunięcie z równania sądów krajowych nie rozwiąże problemu z prostego powodu: korporacje „nie chcą być pozywane”²⁶. Przytaczają szereg wybiegów stosowanych przez podmioty z sektora biznesu w celu zablokowania postępowań przed sądami, takich jak *forum non conveniens*, przekształcanie własnych struktur choćby w taki sposób, by spółki matki nie dało się pozwać za działania spółek zależnych²⁷. Sugerują więc, że u podstaw arbitrażu biznes/prawa człowieka leży błędne założenie, jakoby przedsiębiorstwa były skłonne wyrazić zgodę na udział w arbitrażu.

Można jednak spotkać się z głosami, że arbitraż przejawia pewne cechy, dzięki którym mógłby okazać się atrakcyjny dla przedsiębiorstw; John wymienia pośród jego zalet m.in.: możliwość skorzystania z neutralnego forum; koszty potencjalnie niższe niż w wypadku procesu sądowego; szeroką autonomię stron: możliwość uczestniczenia przez nie w wyborze arbitrów, a nawet we wskazaniu właściwych norm prawnych, na podstawie których ma zapisać orzeczenie, a także reguł, według których postępowanie ma być prowadzone²⁸. D. Desierto, twierdząc, że nie należy z góry zakładać braku zgody przedsiębiorstw na arbitraż biznes/prawa człowieka, przytacza jako przykład porozumienie w sprawie bezpieczeństwa pożarowego i bezpieczeństwa budynków w Bangladeszu — ma ono stanowić przejaw (potencjalnej) przychylności podmiotów z sektora biznesu względem arbitrażu jako metody załatwiania sporów²⁹. Sygnatariuszami porozumienia, do którego zawarcia doszło w następstwie katastrofy budowlanej w Szabharze, były związki zawodowe oraz

²⁴ Sachs i in. 2019a, s. 5.

²⁵ John 2020.

²⁶ Sachs i in. 2019a, s. 2.

²⁷ Sachs i in. 2019a.

²⁸ John 2020.

²⁹ Desierto 2019.

przedsiębiorstwa, takie jak H&M, Marks & Spencer, Tesco, Sainsbury's, Benetton, czy też Calvin Klein; zawiera ono klauzulę arbitrażową, przewidującą załatwianie sporów powstających w związku z jego stosowaniem w drodze arbitrażu właśnie³⁰.

Zakres podmiotowy

Oczywiście, nie sposób zignorować faktu, że klasyczna definicja odnosi się wyłącznie do sporów między państwami. Arbitraż niewątpliwie przeszedł jednak głęboką ewolucję, czego dobitnym przykładem jest regulamin UNCITRAL, wzorzec, na którym Reguły haskie bazują i który dotyczy postępowań arbitrażowych w sprawach, gdzie po jednej stronie występuje państwo przyjmujące i inwestor zagraniczny³¹. Y. Dautaj pisze, że Reguły są podyktowane tym właśnie „przesunięciem od międzynarodowego arbitrażu, który jest zorientowany na państwa bądź inwestorów w kierunku przyjęcia podejścia zorientowanego raczej na prawa człowieka”³².

Wstęp do Reguł wskazuje na pluralizm podmiotów, które mogłyby występować w roli stron w arbitrażu biznes/prawa człowieka: wymienia się osoby fizyczne, przedsiębiorstwa, jak również związki zawodowe i stowarzyszenia, a także państwa, jednostki państwowe, organizacje międzynarodowe i organizacje społeczeństwa obywatelskiego, przy czym — dla podkreślenia inkluzywności — na końcu tego wyczerpującego wyliczenia pada sformułowanie: „a także jakiegokolwiek inne strony dowolnego rodzaju”³³. Należy więc zgodzić się z K. Winarsky Green or T. Mackenzie’em, którzy stwierdzają, że podobnie jak UNCITRAL, Reguły haskie nie zawierają żadnych ograniczeń co do ich zakresu podmiotowego³⁴.

Wzorzec — regulamin UNCITRAL

Reguły haskie bazują na modelu arbitrażu UNCITRAL, wprowadzając do niego jednak szereg modyfikacji. Jak wskazuje się w ich preambule, zmiany mają odzwierciedlać m.in. szczególne cechy sporów związanych z oddziaływaniem przedsiębiorstw w sferze praw człowieka; potencjalną potrzebę

³⁰ Alford 2013.

³¹ UNCITRAL Arbitration Rules, <https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/arb-rules-2013/UNCITRAL-Arbitration-Rules-2013-e.pdf>.

³² Dautaj 2019.

³³ Center for International Legal Cooperation 2019a, s. 3.

³⁴ Winarsky Green, McKenzie 2020.

wdrożenia specjalnych środków w odniesieniu do sytuacji ofiar tych oddziaływań; potencjalny brak równowagi stron występujących w sporach; interes publiczny w rozwiązywaniu tych sporów, który może wymagać wysokiego stopnia transparentności postępowań i zapewnienia możliwości udziału zainteresowanym stronom trzecim oraz państwom. Podkreśla się także wagę rozpoznawania spraw przez arbitrow o odpowiedniej ekspertyzie, którzy przestrzegają wysokich standardów postępowania; wreszcie akcentuje się możliwą potrzebę opracowania przez trybunał arbitrażowy specjalnych mechanizmów w celu gromadzenia dowodów i ochrony świadków (Preambuła, ust. 6)³⁵.

Prawo właściwe

Jednym ze specyficznych rozwiązań Reguł haskich jest sposób określenia prawa właściwego, na podstawie którego orzeka trybunał arbitrażowy. Zgodnie z postanowieniem art. 46, trybunał stosuje prawo, reguły prawne lub standardy wskazane przez strony jako właściwe ze względu na przedmiot sporu (ust. 1); w razie braku takiego wskazania trybunał powinien orzekać w oparciu o prawo lub reguły prawne, które uzna za właściwe (ust. 2). Rozróżnienie pomiędzy prawem a regułami prawnymi, jak wyjaśnia się w komentarzu, poddyktowane jest zamiarem wyposażenia stron lub trybunału w kompetencję do sięgnięcia nie tylko do danego systemu prawnego w celu znalezienia podstawy rozstrzygnięcia, ale też do czerpania określonych norm z różnych systemów krajowych i nie tylko (jako przykład podaje się opracowane przez Międzynarodowy Instytut Unifikacji Prawa Prywatnego (UNIDROIT) zasady międzynarodowych umów handlowych)³⁶. Jak wskazuje się w komentarzu, celem tego postanowienia jest pozostawienie stronom jak najszerszego wyboru co do źródeł, na bazie których trybunał ma orzekać: mogą to być więc choćby kodeksy postępowania przyjęte w danej branży czy jakiegokolwiek odpowiednie normy z zakresu praw człowieka, które strony zgodziły się stosować³⁷. Jeśli chodzi o wybór dokonywany przez trybunał arbitrażowy w przypadku, którego dotyczy ust. 2, do właściwego prawa lub reguł prawnych mogą zaliczać się normy z zakresu międzynarodowych praw człowieka; w komentarzu precyzuje się przy tym, że trybunał musi rozważyć potencjalne znaczenie (bezpośrednie i pośrednie) zobowiązań z zakresu praw człowieka ciążyących na państwach, które to albo uczestniczą w sporze jako strona, albo jedna ze stron jest ich

³⁵ Center for International Legal Cooperation 2019a, s. 13-14.

³⁶ Center for International Legal Cooperation 2019a, s. 79-80.

³⁷ Center for International Legal Cooperation 2019a, s. 80.

narodowości³⁸. Wreszcie możliwe jest orzekanie przez trybunał *ex aequo et bono* lub też jako *amiable compositeur*, jednak tylko za wyraźną zgodą stron (ust. 3). Wreszcie nie należy zapominać o ust. 4, który określa, że jakiegolwiek w danym wypadku będzie prawo właściwe, konieczne jest uwzględnianie przez trybunał postanowień konkretnego porozumienia, a także wszelkich odpowiednich zwyczajów handlowych.

Jak zauważają Green Winarsky oraz McKenzie, w sposobie określenia prawa właściwego ujawnia się jedna z istotnych rozbieżności pomiędzy Regulami haskimi a zasadami UNCITRAL, gdzie w kontekście prawa właściwego mowa jest tylko o „regułach prawnych”; sugerują oni, że autorzy haskiego projektu starają się tym samym promować tzw. „kontraktualizację” praw człowieka, a więc zjawisko polegające na wpisywaniu norm z zakresu praw człowieka do kontraktów pomiędzy podmiotami prywatnymi³⁹. Jak piszą L. Hebel i G. Lewkowicz, kontraktualizacja pozwala na przeciwstawianie tych norm jednostkom — stronom kontraktu. Przedstawiają oni przy tym dwie odmiany kontraktualizacji: negatywną, gdzie strony zobowiązują się wzajemnie w umowie do poszanowania nie tylko porządku publicznego, ale również praw człowieka, a także pozytywną, w wypadku której umowa jest wykorzystywana jako „narzędzie promocji praw człowieka” pomiędzy stronami — pozwala ona na inkorporowanie gwarancji tych praw do poszczególnych postanowień umownych⁴⁰. Green Winarsky oraz McKenzie zaznaczają, że kontraktualizacja traktowana jest przez niektórych przedstawicieli doktryny jako sposób złagodzenia deficytu instrumentów prawnych nakładających zobowiązania bezpośrednio na korporacje; upatrują się oni tutaj bardzo głębokiego i fundamentalnego powiązania pomiędzy UNGP a Regulami haskimi⁴¹. Innymi słowy, standardy czerpane z UNGP, które to nie nakładają zobowiązań na przedsiębiorstwa, wpisane do kontraktów zyskują wiążący charakter i stają się przeciwstawialne (*opposable*) — natomiast Reguły haskie, wskazując je jako jedną z dopuszczalnych podstaw orzekania, sprawiają, że nabywają one znaczący walor normatywny.

³⁸ Center for International Legal Cooperation 2019a, s. 80.

³⁹ Winarsky Green, McKenzie 2020.

⁴⁰ Hennebel, Lewkowicz 2009.

⁴¹ Winarsky Green, McKenzie 2020.

ARBITRAŻ BIZNES/PRAWA CZŁOWIEKA A KRYTERIA SKUTECZNOŚCI POZASĄDOWYCH MECHANIZMÓW ROZPATRYWANIA SKARG OKREŚLONE W UNGP

Kierunek szczegółowych rozwiązań ujętych w Regułach haskich został wyznaczony, jak zauważają Green Winarsky oraz McKenzie, w regule 31 UNGP. Mianowicie, w regule tej formułuje się kryteria skuteczności pozasądowych mechanizmów rozpatrywania skarg, które to powinny być: (a) odpowiednio umocowane i rzetelne, (b) dostępne, (c) przewidywalne, (d) sprawiedliwe, (e) przejrzyste, (f) zgodne z prawami człowieka, (g) źródłem ciągłego doskonalenia się, oraz (h) w wymiarze operacyjnym — oparte na zaangażowaniu i dialogu. Biorąc pod uwagę, że należy się spodziewać, iż w sytuacjach, gdzie naprzeciwko siebie będzie stawać przedsiębiorstwo i osoba fizyczna będąca ofiarą naruszeń, będziemy mieć zazwyczaj do czynienia z wyraźną dysproporcją zasobów, warto zwrócić przede wszystkim uwagę na kryterium „dostępności” wskazane w lit. b. W Wytycznych dostępność jest opisana w następujący sposób: „[mechanizmy rozpatrywania skarg] powinny być znane wszystkim grupom interesariuszy, dla których są przeznaczone i zapewniać odpowiednie wsparcie tym, którzy mogą zetknąć się z pewnymi barierami w dostępie do nich”; w komentarzu natomiast wyjaśnia się, że „bariery w dostępie do mechanizmów mogą obejmować brak świadomości ich istnienia, kwestie językowe, analfabetyzm, koszty, fizyczną lokalizację oraz obawę przed odwetem.” W Regułach można odnaleźć szereg postanowień, które mają służyć urzeczywistnieniu tego wzorca.

Wyrównanie pozycji stron

Obszarem, w którym Green Winarsky i McKenzie wskazują na szczególnie ścisłe związki pomiędzy tymi dwoma aktami, Wytycznymi ONZ oraz regułami arbitrażu biznes/prawa człowieka, a gdzie zarazem da się zidentyfikować szereg modyfikacji wprowadzonych w stosunku do regulaminu UNCITRAL, jest kwestia zapewnienia równości stron⁴². Zgodnie z brzmieniem postanowienia art. 5 ust. 2, „jeżeli strona napotyka bariery w dostępie do środków ochrony prawnej, włączając brak świadomości istnienia mechanizmu, brak odpowiedniej reprezentacji, kwestie językowe, analfabetyzm, koszty, fizyczną lokalizację oraz obawę przed odwetem, trybunał arbitrażowy, nie

⁴² Winarsky Green, McKenzie 2020.

naruszając swojej niezależności i bezstronności, zapewni, że taka strona będzie miała rzeczywistą szansę przedstawienia swojej sprawy w uczciwym i efektywnym postępowaniu”. Jest to zarazem kolejny przypadek, w którym treść Reguł wykracza w istotny sposób poza postanowienia w zakresie arbitrażu inwestycyjnego UNCITRAL — tam art. 5 składa się z jednego ustępu, który został do Reguł przeniesiony w niezmienionej formie i ma za przedmiot udział pełnomocników stron w postępowaniu.

Wybór miejsca

Zwiększeniu dostępności służy również art. 20 (tym razem odzwierciedlający właściwe postanowienie reguł UNCITRAL bez żadnych modyfikacji), który stanowi, że jeżeli strony nie porozumieją się wcześniej co do miejsca arbitrażu, zostanie ono wyznaczone przez trybunał arbitrażowy z uwzględnieniem okoliczności sprawy. Postanowienia tego nie sposób odczytywać bez odniesienia do towarzyszącego mu komentarza, gdzie autorzy Reguł haskich nakazują interpretowanie go przez pryzmat jednego z nadrzędnych celów projektu, jakim jest zapewnienie środków ochrony prawnej dla ofiar naruszeń. Postuluje się, by trybunał arbitrażowy zachowywał staranność w celu wyboru takiego miejsca, gdzie w świetle obowiązujących regulacji prawnych rozstrzygnięcie sporów dotyczących naruszeń praw człowieka powstających wskutek działalności biznesu w drodze arbitrażu jest dozwolone; kładzie się również nacisk na to, by trybunał arbitrażowy poszukiwał takiej jurysdykcji, w której możliwa jest na gruncie prawa publicznego rewizja i uchylenie rozstrzygnięć, które naruszają prawa człowieka⁴³. Wybór miejsca, jak dodaje się w komentarzu, powinien uwzględniać również bariery w dostępie do ochrony prawnej, włączając względy bezpieczeństwa, prywatności i poufności stron oraz innych uczestników⁴⁴.

Koszty

Analizując dostępność mechanizmu arbitrażu biznes/prawa człowieka, nie należy pomijać zagadnienia kosztów mającego bardzo doniosłe znaczenie w praktyce. Generalną normę ustanawia art. 53 Reguł haskich, który stanowi, że co do zasady koszty arbitrażu będą ponoszone przez stronę lub strony przegrane; jednakże, trybunał jest wyposażony w kompetencję do rozdzielenia

⁴³ Center for International Legal Cooperation 2019a, s. 42.

⁴⁴ Center for International Legal Cooperation 2019a, s. 42.

kosztów pomiędzy strony, jeżeli uzna, że takie rozdzielenie jest zasadne, biorąc pod uwagę okoliczności sprawy, w tym zachowanie stron w arbitrażu, finansowe obciążenie dla każdej ze stron oraz, jeżeli występuje, interes publiczny. Można więc stwierdzić, że wprowadza się regułę „przeegrany płaci”, która to, jak zaznacza się w komentarzu, stanowi zachętę dla wszczynania postępowania przez strony ekonomicznie słabsze, o ile kierowane przez nich sprawy są oparte na solidnych podstawach faktycznych i prawnych, natomiast równocześnie druga strona jest chroniona przed masowym zalewem niezasadnych powództw. Trybunał arbitrażowy może jednak w pewnych wypadkach odstąpić od tej reguły, dokładnie tak jak w przypadku arbitrażu inwestycyjnego, z tymże w Regułach haskich bliźniacze postanowienie uzupełnione jest o rozwinięcie pojęcia „okoliczności sprawy” mających znaczenie w kontekście podziału kosztów. Przedstawiciele CCSI krytykowali wpisanie do Reguł zasady „przeegrany płaci”, zarzucając jej zdolność wywierania mrozącego efektu⁴⁵ — ofiary naruszeń mogłyby obawiać się wszczynania postępowania ze względu na ryzyko obciążenia ich jego kosztami. Wydaje się jednak, że elastyczność rozwiązania polegającego na przyznaniu trybunałowi arbitrażowi pewnej swobody w rozdziale kosztów, jeśli przemawiają za tym określone względy, stanowi cenne remedium na ten problem, chociaż jego wystarczalność z pewnością zostanie jeszcze poddana weryfikacji w praktyce.

Oddalanie twierdzeń oczywiście bezpodstawnych

Kolejną interesującą regulację z punktu widzenia wyrównania pozycji słabszych stron stanowi art. 26 Reguł haskich, swoista nowość w porównaniu do regulaminu UNCITRAL. Na podstawie tego postanowienia trybunał arbitrażowy wyposażony został w kompetencję do oddalania w uproszczonym, przyspieszonym trybie twierdzeń podnoszonych przez strony, które uzna za oczywiście bezpodstawne. Jak wynika z komentarza, celem tego przepisu jest zabezpieczenie ofiar naruszeń praw człowieka, które wszczynają postępowanie, przed podejmowaniem przez przedsiębiorstwa obrony, która byłaby bezzasadna i służyłaby głównie zniechęceniu skarżących do podejmowania działań czy nawet ich zastraszeniu⁴⁶. W komentarzu pojawia się też inne odniesienie do kwestii równości stron: trybunał arbitrażowy, orzekając na podstawie art. 26, musi mieć na względzie potencjalne dysproporcje pomiędzy stronami; nie powinien oddalać danego żądania czy nie uwzględniać obrony ze względu na

⁴⁵ Sachs i in. 2019.

⁴⁶ Center for International Legal Cooperation 2019a, s. 48.

nieprzedstawienie wymaganych dowodów, jeżeli można racjonalnie przypuszczać, że strona uzupełni te braki w dalszym toku postępowania⁴⁷. Rozwiązanie z art. 26 również zostało jednak negatywnie ocenione przez przedstawicieli CCSI, którzy uznali, że wskazówki w przedmiocie uproszczonego oddalania powództw pozbawionych uzasadnienia prawnego lub faktycznego cechują się nadmierną ogólnością⁴⁸. Podobnie S. Musa pisze w tym kontekście o potrzebie bardziej precyzyjnego określenia ciężaru dowodowego i standardów, według których mają zapadać decyzje na podstawie art. 26⁴⁹.

Ochrona świadków

Warto odnotować także kwestię ochrony świadków, która nabiera w kontekście sporów biznes/prawa człowieka istotnego znaczenia. W komentarzu do art. 33 (Przesłuchania) wskazuje się, że trybunał arbitrażowy może przyjąć specyficzne środki w celu ochrony świadków, przy czym mogą one obejmować nieujawnianie opinii publicznej lub drugiej stronie tożsamości lub miejsca pobytu świadka lub osób z nim spokrewnionych albo związanych (np. poprzez usunięcie jego imienia i nazwiska, jak również informacji pozwalających na jego identyfikację z udostępnianych dokumentów; czy też umożliwienie składania zeznań z użyciem urządzeń zniekształcających obraz lub dźwięk)⁵⁰. Pautaj zauważa, że szerokie uprawnienia trybunału arbitrażowego w zakresie wydawania środków tymczasowych na podstawie art. 30 (zgodnie z ust. 1, trybunał może na żądanie jednej ze stron, powziąć takie środki tymczasowe, jakie uzna za konieczne, włączając w to jakiegokolwiek środki w celu zapobieżenia poważnym szkodom w odniesieniu do możliwości korzystania z praw człowieka mieszczących się w zakresie przedmiotowym sporu) mogą również znaleźć zastosowanie do takich właśnie kwestii, jak zapewnienie uczciwego przesłuchania i integralności procedury. Sygnalizuje zarazem konflikt występujący pomiędzy jawnością postępowania a ochroną świadków⁵¹.

Transparentność i udział ekspertów

W 2017 r. członkowie Grupy Roboczej opracowujący Reguły wskazywali obszary, w których arbitraż biznes/prawa człowieka czekały zasadnicze

⁴⁷ Center for International Legal Cooperation 2019a, s. 48-49.

⁴⁸ Sachs i in. 2019.

⁴⁹ Musa 2020.

⁵⁰ Center for International Legal Cooperation 2019a, s. 64.

⁵¹ Dautaj 2019.

wyzwania: należała do nich choćby ochrona świadków, ale wyróżnili oni także kwestie przejrzystości czy też transparentności, jak również potrzebę rozpoznawania spraw przez arbitrow dysponujących odpowiednią ekspertyzą⁵². Można zaobserwować daleko idącą zbieżność pomiędzy tymi wymaganiami oraz kryteriami sformułowanymi w zasadzie 31 UNGP, gdzie dostępność jest przecież tylko jednym z wyznaczników standardu, który to mechanizm zaproponowany przez twórców Reguł Haskich powinien realizować. Oparcie się na regułach UNCITRAL wiąże się tymczasem z ryzykiem powielania niedoskonałości tego modelu: można tutaj przykładowo wskazać na niedostateczną spójność orzeczeń wydawanych w arbitrażu inwestycyjnym, co prowadzi do braku pewności co do prawa i godzi w uprawnione oczekiwania stron (podczas gdy, zgodnie z zasadą 31 lit. c UNGP, jednym z wymogów stawianych mechanizmowi rozpatrywania skarg jest przewidywalność)⁵³. Jak pisze o arbitrażu inwestycyjnym S. D. Frank, brak przejrzystości i spójności zarówno w zakresie znaczenia reguł prawa, jak i w ich stosowaniu oddziałuje ujemnie na sytuację tych, którzy są nimi związani i ich zdolność do postępowania w zgodności z nimi, „co prowadzi do kryzysu legitymacji”⁵⁴. Innym z formułowanych pod adresem arbitrażu w sporach inwestycyjnych zarzutów jest brak transparentności — K. Kelly-Slaten pisze, że arbitraż prowadzony za zamkniętymi drzwiami, pozbawiony nadzoru ze strony mediów i opinii publicznej, godzi zwłaszcza w państwa rozwijające się — „ich zdolności do podejmowania decyzji w przedmiocie polityki publicznej, egzekwowania regulacji i efektywnego wykorzystywania ich ograniczonych zasobów” (zasada 31 lit. e UNGP — wymóg przejrzystości)⁵⁵. Nasuwa się pytanie, co Reguły haskie mogą zaproponować, by uniknąć powielenia przytoczonych deficytów arbitrażu inwestycyjnego.

Wymóg transparentności odnosi się do jawności postępowań i rozstrzygnięć: transparentności poświęcona jest sekcja IV Reguł haskich: przewiduje się m.in. obowiązek publikacji informacji o rozpoczęciu postępowania arbitrażowego (art. 39), udostępnienia określonych dokumentów związanych z postępowaniem (art. 40), ponadto przesłuchania mają być co do zasady jawne (art. 41). Jak zauważa Dautaj, regulacje dotyczące transparentności nie wnoszą nic ponad to, co znaleźć można w regułach transparentności UNCITRAL⁵⁶. Trudno w istocie dopatrzeć się w tym zakresie jakiegokolwiek

⁵² Cronstedt i in. 2017.

⁵³ Frank 2005, s. 1558.

⁵⁴ Frank 2005, s. 1584

⁵⁵ Kelly-Slaten 2016, s. 94.

⁵⁶ Dautaj 2019.

istotnego *novum*; warto jednak zwrócić uwagę na katalog wyjątków od zasady transparentności zawarty w art. 42, który w pewnym stopniu uwzględnia właściwości spraw biznes/prawa człowieka — informacją chronioną lub tajną może być w wypadku tego typu arbitrażu taka, której „nieujawnienie jest konieczne dla ochrony bezpieczeństwa, fizycznego i psychicznego dobrostanu oraz prywatności stron, świadków, przedstawicieli i innych, którzy uczestniczą w postępowaniu lub wywiera ono wpływ na ich [sytuację]” (ust. 2 lit. f). Trudno jednak mówić w tym wypadku o wyraźnym zastrzeżeniu wymogów w zakresie transparentności.

Co więcej, jak już wskazywano, przewidywalność, a także rzetelność rozstrzygnięć nie zostaną osiągnięte bez udziału arbitrów dysponujących odpowiednią wiedzą i doświadczeniem. Członkowie haskiej Grupy Roboczej, podkreślając znaczenie odpowiedniego przygotowania arbitrów, powołali się postulaty zgłaszane przez reprezentantów organizacji pozarządowych w toku konsultacji, którzy wskazywali, że osoby specjalizujące się w arbitrażu handlowym „nie mają ani ekspertyzy, ani wrażliwości w zakresie problematyki praw człowieka, które pozwoliłyby ofiarom czuć się swobodnie podczas występowania przed trybunałem arbitrażowym”⁵⁷. Należy więc odnotować, że choć autonomia stron w wyborze składu trybunału arbitrażowego zostaje zachowana, art. 11 Reguł haskich wskazuje pewne zasady znajdujące zastosowanie w braku odmiennych postanowień stron lub o ile, we właściwych wypadkach, podmiot wyznaczający arbitrów nie zdecyduje inaczej: wśród tych zasad znajduje się ust. 1 lit. c, zgodnie z którym przewodniczący trybunału albo jedyny arbiter powinien wykazać się ekspertyzą w zakresie międzynarodowego rozstrzygania sporów, a także w dziedzinach relewantnych ze względu na przedmiot danego sporu, które mogą obejmować choćby prawo i praktykę w zakresie biznesu i praw człowieka.

Rozstrzygnięcie i jego wykonanie

Warto zwrócić uwagę na interesującą kwestię wymogów stawianych względem samego rozstrzygnięcia arbitrażowego, które to, jak stanowi art. 45 ust. 4, musi być zgodne z prawami człowieka. W komentarzu można znaleźć objaśnienie, że chodzi o to, iż choć trybunał arbitrażowy dysponuje marginesem uznania w zakresie interpretacji tego pojęcia, w uzasadnieniu

⁵⁷ Cronstedt i in. 2017.

rozstrzygnięcia powinien zawrzeć motywy, dlaczego uznaje je za zgodne z prawami człowieka⁵⁸.

Do kwestii wykonywania orzeczeń w Regułach haskich nie ma bezpośredniego odniesienia; wprowadza się natomiast wyraźne powiązanie pomiędzy Regułami a Konwencją nowojorską o wykonywaniu i uznawaniu zagranicznych orzeczeń arbitrażowych⁵⁹. Postanowienie art. 1 ust. 2 rozstrzyga, że strony zgadzają się, iż jakkolwiek spór, który zostanie przedłożony do arbitrażu na podstawie Reguł, będzie uznawany za spór wynikły ze stosunków handlowych lub transakcji dla celów art. 1 Konwencji nowojorskiej. Zgodnie z kluczowym postanowieniem konwencji, każde z umawiających się państw uzna orzeczenie arbitrażowe za wiążące i wykona je zgodnie z regułami procedury obowiązującej na obszarze, na którym dochodzi się praw z orzeczenia, przy czym uznanie lub wykonanie orzeczeń arbitrażowych nie będzie uzależnione od spełnienia warunków istotnie uciążliwych ani od poniesienia należności sądowych lub opłat istotnie wyższych, niż wymagane dla uznania lub wykonania krajowych orzeczeń arbitrażowych (art. III). W komentarzu do Reguł haskich pojawia się zastrzeżenie, że sądy krajowe wcale nie będą musiały uznać „handlowego” charakteru stosunku prawnego, z którego wynikł spór, w rozumieniu art. 1 ust. 2 Reguł; niemniej autorzy wyrażają przekonanie, że sądy krajowe z pewnością przyznają znaczącą wagę oczekiwaniom i zamiarom stron arbitrażu, i w oparciu o Konwencję nowojorską oraz inne właściwe prawo, znajdą sposób, by zapewnić wykonanie rozstrzygnięcia, które będzie prawidłowe i zgodne z prawami człowieka⁶⁰.

Sfera prywatna vs. sfera publiczna

W kontekście transparentności arbitrażu często wskazuje się, że pojawia się tu problem zacierania się granicy pomiędzy sferą prywatną a publiczną. Nie jest on bynajmniej obcy protoplaście Reguł haskich, a więc arbitrażowi inwestycyjnemu: tak np. S. Brekoulakis zwraca uwagę na możliwe napięcia generowane przez taki arbitraż, tam, gdzie odnosi się on do spraw z pogranicza domeny prywatnej i publicznej; oto bowiem werdykty zapadające w postępowaniach o charakterze *stricte* prywatnym mogą oddziaływać w istotny sposób na interes publiczny i, co więcej, stanowić dla niego zagrożenie (może to poniekąd

⁵⁸ Center for International Legal Cooperation 2019a, s. 78.

⁵⁹ Konwencja o wykonywaniu i uznawaniu zagranicznych orzeczeń arbitrażowych sporządzona w Nowym Jorku dnia 10 czerwca 1958 r.

⁶⁰ Center for International Legal Cooperation 2019a, s. 18.

stanowić ścieżkę do obejścia norm prawa publicznego)⁶¹. Członkowie haskiej Grupy Roboczej zauważyli, że poszanowanie praw człowieka powszechnie uważane jest za sprawę natury publicznej⁶². Tym samym można pokusić się o tezę, że interes publiczny przejawiający się w rozwijaniu i wzmacnianiu standardów ochrony praw człowieka, pociąganiu do odpowiedzialności winnych naruszeń nie pozwala na całkowite „sprywatyzowanie” postępowań.

Bardzo interesujące stanowisko na temat tego często wskazywanego w doktrynie ryzyka, które wiąże się z rzekomym zanikaniem elementu publicznego w arbitrażu biznes/prawa człowieka, prezentuje Desierto⁶³. Podkreśla ona, że prawo prywatne, w którym, owszem, jest osadzona klauzula arbitrażowa zamieszczona w kontrakcie czy też kompromis arbitrażowy, nie istnieje w próżni, a „międzynarodowy arbitraż jest możliwy tylko dzięki temu, że państwo wspiera zamiary umawiających się stron poprzez prawo umów”, które to od niego wprost pochodzi. Następnie dodaje, że międzynarodowy arbitraż istnieje, bo państwa „tworzą tę procedurę jako sposób rozwiązywania sporów, państwa pozwalają stronom posługiwać się tym sposobem rozstrzygnięcia sporów, i państwa uznają oraz wykonują rozstrzygnięcia arbitrażowe w swoich właściwych jurysdykcjach”⁶⁴. Desierto zdaje się więc podawać w wątpliwość tezę, że spory poddawane arbitrażowi całkowicie wymykają się regulacjom prawa publicznego i państwowej kontroli.

Należy w tym świetle pamiętać, że pytanie o zgodę biznesu na udział w arbitrażu to jedno, jednak analizując prawo międzynarodowe, nie ucieknijemy nigdy od politycznego kontekstu i decydującego czynnika, jakim jest wola państw. Można się zastanawiać, czy aby na pewno państwa, chroniąc własną suwerenność, będą godzić się na sytuacje, w których spory dotyczące osób lub przedsiębiorstw poddanych ich jurysdykcji będą rozstrzygane poza sferą ich władczego oddziaływania. Wszak arbitraż polegający na rozstrzygnięciu sporów, co tradycyjnie stanowi domenę władzy sądowniczej, można traktować jako swego rodzaju przejęcie państwowych funkcji. Podobny problem ujawnił się już w odniesieniu do arbitrażu inwestycyjnego: J. Hueckel zwraca uwagę, że normatywne reguły ujęte często w dość ogólny sposób w zawieranych przez państwa międzynarodowych porozumieniach inwestycyjnych, poddane interpretacjom trybunałów arbitrażowych, które dysponują znacznym marginesem swobody, mogą dalece odbiegać od tego, na co państwa pierwotnie się

⁶¹ Brekoulakis 2017.

⁶² Cronstedt i in. 2017.

⁶³ Desierto 2019.

⁶⁴ Desierto 2019.

zgodziły⁶⁵. Wskazuje, że państwa, przekazując rozpoznawanie sporów instytucjom „zewnętrznym”, samoograniczają się w możliwościach sprawowania ich podstawowej funkcji, jaką jest ochrona własnych obywateli⁶⁶. Może to więc niejednokrotnie budzić ich sprzeciw i stanowić bodziec do podejmowania działań w celu „odzyskiwania”, lepszego zabezpieczenia własnych prerogatyw. Tym samym można więc oczekiwać, że w postępowaniach prowadzonych na podstawie Reguł haskich taki kontekst polityczny ujawni się w takim czy innym stopniu — tym wyraźniej, im większą popularnością taki arbitraż będzie się cieszył wśród zainteresowanych aktorów.

PODSUMOWANIE

Na chwilę obecną trudno jest ocenić, jaką rolę rozwiązania przewidziane w Regułach haskich mogą odegrać w przyszłości. Niewątpliwie jednak propozycja przedstawiona przez ekspertów działających pod egidą CILC przejawia wiele ciekawych aspektów, choć nie jest ona pozbawiona pewnych słabszych punktów, przez które narażona jest na krytykę.

Sceptycy często podnoszą zarzut, że arbitraż biznes/prawa człowieka nie rozwiąże problemu braku wystarczających środków ochrony prawnej i nie doprowadzi do osiągnięcia celów wskazanych w filarze trzecim UNGP. Wydaje się jednak, że pytanie o wystarczalność tego modelu jest raczej chybotne. Zgodzić należy się z Desierto, którą broniąc zasadności arbitrażu biznes/prawa człowieka, zastrzega, że intencją autorów Reguł haskich nie było stworzenie jedyne go słusznego mechanizmu, który miałby całkowicie zdominować i wyprzeć inne metody załatwiania tej szczególnej kategorii sporów, czy to z udziałem sądów, czy bez (w tym wypadku „żaden mechanizm rozwiązywania sporów (...) nie jest doskonały”). Podkreśla jednak, że wobec niedostatku prawnie wiążących instrumentów znajdujących zastosowanie do niekorzystnego oddziaływania przedsiębiorstw w sferze prawa człowieka, „nie stać nas na zrezygnowanie z opcji arbitrażu”⁶⁷.

Wcale nie należy poszukiwać uniwersalnego rozwiązania — podobnie w raporcie w tym przedmiocie przedłożonym przez Wysokiego Komisarza Praw Człowieka ONZ Zgromadzeniu Ogólnemu w maju 2020 r., w kontekście mechanizmów niepaństwowych pojawia się następująca teza: „podczas gdy takie mechanizmy nie muszą indywidualnie być w stanie zapewnić środka

⁶⁵ Hueckel 2012.

⁶⁶ Hueckel 2012.

⁶⁷ Desierto 2019.

zaradczy, który będzie posiadał wszystkie cechy «skutecznego środka zaradczego» w danych okolicznościach, mogą stanowić jednakowoż cenny wkład do «bukietu środków zaradczych», które są dostępne”. Następnie dodaje się, że celem jest stworzenie szerokiego wachlarza dostępnych remediów, zarówno metod sądowych, jak i pozasądowych, oraz ich kombinacji, tak aby uprawniony mógł pomiędzy nimi swobodnie wybrać⁶⁸. Wydaje się, że arbitraż doskonale wpisująby się w ten swoisty pejzaż. Skądinąd w samej preambule Reguł haskich wyraźnie zostało zaznaczone, że arbitraż na ich podstawie nie ma bynajmniej służyć jako generalny substytut dla państwowych mechanizmów sądowych i pozasądowych (ust. 3); w komentarzu akcentuje się natomiast jego ewentualny komplementarny charakter⁶⁹.

Można zastanawiać się zarazem, czy Reguły Haskie w swoich propozycjach modyfikacji względem regulaminu UNCITRAL nie są jednak zbyt zachowawcze, nie zatrzymują się w pół kroku. Specyfika sporów z obszaru biznes i prawa człowieka znajduje w nich tylko częściowe odzwierciedlenie. Tak np. Musa zarzuca im pozostawianie luk i furtek, „którymi należy pilnie się zająć, jeżeli [Reguły Haskie] mają być traktowane jako faktyczna opcja dla posiadaczy praw człowieka, bez względu na elastyczność (...), którą zapewniają, by ułatwić ich przyjęcie”⁷⁰.

Co więcej, wiele z zarzutów, jakie można skierować pod adresem Reguł haskich, można odnieść również do samych UNGP. W punkcie wyjścia debat na temat biznesu i praw człowieka należy bowiem wskazać dokument, który nie jest prawnie wiążącym traktatem i proponuje „miękkie”, zdecentralizowane podejście: pojawiają się na tym tle kontrowersje sygnalizowane przez L.C. Backer, która twierdzi, że Wytyczne mogą stanowić nie tyle swoisty etap przejściowy, ścieżkę do objęcia tego obszaru „twardymi” normami prawa międzynarodowego lub krajowego, ale wręcz przeciwnie — rzeczywistą przeszkodę do podjęcia działań regulacyjnych⁷¹. Samo rozróżnienie pomiędzy obowiązkiem państw do ochrony praw człowieka a odpowiedzialnością przedsiębiorstw za ich poszanowanie stale jest kwestionowane; ten spór bynajmniej nie został zamknięty: np. S. Deva przekonuje, że na korporacjach powinna spoczywać nie tylko ogólnie ujęta odpowiedzialność w zakresie poszanowania praw człowieka, ale też powinny być one wyraźnie zobowiązane

⁶⁸ The United Nations High Commissioner for Human Rights 2020.

⁶⁹ Center for International Legal Cooperation 2019a, s. 15.

⁷⁰ Musa 2020.

⁷¹ Backer 2015, s. 462.

do ochrony i realizacji tychże praw; twierdzi ona, że precyzyjne ustalenie zakresu obowiązków podmiotów z sektora biznesu wciąż wymaga dalszych prac⁷².

Praktyka zweryfikuje Reguły Haskie: pokaże ona, na ile cieszą się one rzeczywistym zainteresowaniem potencjalnych stron; jeżeli będą wszczynane postępowania na ich podstawie, prędko ujawnią się również pola wymagające dalszych korekt i uzgodnień. Warto z uwagą przyglądać się ich dalszemu losowi: być może okaże się, że „nie tędy droga”, a może wręcz przeciwnie, może ten nowy model arbitrażu okaże się trafioną odpowiedzią na zjawisko wzrastającego pluralizmu aktorów w prawie międzynarodowym i w istocie zdoła wypełnić w pewnym stopniu zdiagnozowaną przez badaczy lukę w środkach zaradczych dostępnych dla ofiar naruszeń praw człowieka powstających wskutek działalności biznesu.

BIBLIOGRAFIA

Akty prawne:

Konwencja haska z 1907 r. o pokojowym załatwianiu sporów międzynarodowych, <https://sip.lex.pl/akty-prawne/dzu-dziennik-ustaw/konwencja-o-pokojowym-zalatwianiu-sporow-miedzynarodowych-haga-1907-10-16777740>, 30.07.2020.

Konwencja o wykonywaniu i uznawaniu zagranicznych orzeczeń arbitrażowych sporządzona w Nowym Jorku dnia 10 czerwca 1958 r., <http://www.newyork-convention.org/11165/web/files/original/1/5/15465.pdf>, 30.07.2020.

Literatura:

Alford R. 2013, *Arbitrating Bangladesh Labor Rights (Part II)*, *Kluwer Arbitration Blog*, wpis na blogu, http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2013/05/15/arbitrating-bangladesh-labor-rights-part-ii/?_ga=2.104109382.777508227.1596097584-694010327.1585311588&doing_wp_cron=1596212502.9736559391021728515625, 12.08.2020.

⁷² Deva 2017, s. 69.

Backer L.C. 2015, *Moving Forward the UN Guiding Principles for Business and Human Rights: Between Enterprise Social Norm, State Domestic Legal Orders, and the Treaty Law that Might Bind Them All*, „Fordham International Law Journal”, t. 38, Nr 2.

Brekoulakis, S. 2017, *The Protection of the Public Interest in Public Private Arbitrations*, Kluwer Arbitration Blog, wpis na blogu, http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2017/05/08/the-protection-of-the-public-interest-in-public-private-arbitrations/?doing_wp_cron=1596132419.2444419860839843750000, 11.08.2020.

Cragg W. 2009, *Business and Human Rights: A Principle and Value-Based Analysis*, [w]: Brenkert G.B. (red.), *The Oxford Handbook of Business Ethics*, Oxford.

Cronstedt C., Eijsbouts J., Margolis A., Scheltema M., Thompson R.C. Ratner, S. 2017, *International Arbitration of Business and Human Rights: A Step Forward*, Kluwer Arbitration Blog, wpis na blogu, http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2017/11/16/international-arbitration-business-human-rights-step-forward/?doing_wp_cron=1596188748.0149021148681640625000, 11.08.2020.

Czapliński W., Wyrozumski A. 2014, *Prawo międzynarodowe publiczne. Zagadnienia systemowe*, Warszawa.

Dautaj, Y. 2019, *Roll Out the Red Carpet: The Hague Rules on Business and Human Rights Arbitration are Finally Here!*, Kluwer Arbitration Blog, wpis na blogu, http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2019/12/26/roll-out-the-red-carpet-the-hague-rules-on-business-and-human-rights-arbitration-are-finally-here/?doing_wp_cron=1596273789.5966858863830566406250, 30.07.2020.

Desierto D. 2019, *Why Arbitrate Business and Human Rights Disputes? Public Consultation Period Open for the Draft Hague Rules on Business and Human Rights Arbitration*, EJIL Talk!, wpis na blogu, <https://www.ejiltalk.org/public-consultation-period-until-august-25-for-the-draft-hague-rules-on-business-and-human-rights-arbitration/>, 30.07.2020.

Deva, S. 2017, *Business and Human Rights: Time to Move Beyond the "Present"?*, [w]: Rodríguez-Garavito C. (red.), *Business and Human Rights. Beyond the End of the Beginning*, Cambridge.

Frank S.D. 2005, *The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law Through Inconsistent Decisions*, „Fordham Law Review”, t. 73, Nr 4.

Hennebel, L., Lewkowicz, G. 2009, *La contractualisation des droits de l'home: de la théorie à la pratique du pluralisme juridique*, [w] Lewkowicz G., Xifaras M. (red.), *Repenser le contrat*, Paryż.

Hueckel, J. 2012, *Rebalancing Legitimacy and Sovereignty in International Investment Agreements*, „Emory Law Journal”, t. 61, Nr 3.

John, B. 2020, *The Hague Rules on Business and Human Rights Arbitration*, *Global Arbitration News*, wpis na blogu, <https://globalarbitrationnews.com/the-hague-rules-on-business-and-human-rights-arbitration/> 30.07.2020.

Kelly-Slaten K. 2016 *UNCITRAL Transparency: an Examination of the 2014 International Arbitration Transparency Rules and Their Effect on Investor-State Environmental Disputes and Economic Fairness*, „Yearbook on Arbitration and Mediation”, t. 8.

McBrearty S. 2016, *The Proposed Business and Human Rights Treaty: Four Challenges and an Opportunity*, „Harvard International Law Journal”, t. 57.

Musa S. 2020, *The Hague Rules on Business and Human Rights Arbitration: Noteworthy or Not Worthy for Victims of Human Rights Violations?*, *Kluwer Arbitration Blog*, wpis na blogu, http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2020/05/05/the-hague-rules-on-business-and-human-rights-arbitration-noteworthy-or-not-worthy-for-victims-of-human-rights-violations/?doing_wp_cron=1596111127.8185160160064697265625, 1.08.2020.

Ross A. 2017, *Call for new rules for human rights disputes involving business*, *Global Arbitration Review*, wpis na blogu, <https://globalarbitrationreview.com/article/1138589/call-for-new-rules-for-human-rights-disputes-involving-business>, 1.08.2020.

Ruggie J.G. 2017, *Hierarchy or Ecosystem? Regulating Human Rights Risks of Multinational Enterprises*, [w]: Rodríguez-Garavito C. (red.), *Business and Human Rights. Beyond the End of the Beginning*, Cambridge.

Sachs, L., Johnson, L., Cordes, K., Coleman, J., Guven, B. 2019, *Saving the Business and Human Rights Arbitration Rule Project: Put Human Rights Holders at the Heart*, <http://ccsi.columbia.edu/2019/09/06/saving-the-business-and-human-rights-arbitration-rule-project-put-human-rights-holders-at-the-heart/> 31.07.2020.

Sachs, L., Johnson, L., Cordes, K., Coleman, J., Guven, B. 2019a, *The Business and Human Rights Arbitration Rule Project: Falling short of its access to justice objectives*, <http://ccsi.columbia.edu/files/2019/09/CCSI-BHR-Arb-Long-version-FINAL.pdf>, 1.08.2020.

Winarsky Green, K., McKenzie, T. 2020, *Culturally Appropriate and Rights-Compatible”: The Esprit De Corps Of the United Nations Guiding Principles on Business and Human Rights & the Hague Rules on Business and Human Rights Arbitration*, EJIL Talk!, wpis na blogu, <https://www.ejiltalk.org/culturally-appropriate-and-rights-compatible-the-esprit-de-corps-of-the-united-nations-guiding-principles-on-business-and-human-rights-the-hague-rules-on-business-and-human-rights/>, 1.08.2020.

Inne

Center for International Legal Cooperation 2010, *Anniversary brochure – 25 years of CILC*, <https://www.cilc.nl/cms/wp-content/uploads/2014/10/CILC-25folder.pdf>, 11.08.2020.

Center for International Legal Cooperation 2019, *Report. Launch symposium of The Hague Rules on Business and Human Rights Arbitration*, https://www.cilc.nl/cms/wp-content/uploads/2020/02/The-Hague-Rules-on-Business-and-Human-Rights-Arbitration_Launch-Report-.pdf, 27.07.2020.

Center for International Legal Cooperation 2019a, *The Hague Rules on Business and Human Rights Arbitration*, https://www.cilc.nl/cms/wp-content/uploads/2019/12/The-Hague-Rules-on-Business-and-Human-Rights-Arbitration_CILC-digital-version.pdf, 28.07.2020.

The Hague Rules on Business and Human Rights Arbitration, <https://www.cilc.nl/project/the-hague-rules-on-business-and-human-rights-arbitration/>, 30.07.2020.

Columbia Center on Sustainable Investment 2019, *Comments to the Elements Paper*, <http://ccsi.columbia.edu/files/2019/02/CCSI-Submission-on-BHR-Arbitration-Elements-Paper.pdf>, 2.08.2020.

UNCITRAL 2013, *UNCITRAL Arbitration Rules*, <https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/arb-rules-2013/UNCITRAL-Arbitration-Rules-2013-e.pdf>, 29.07.2020.

UNITED NATIONS 2011, *Guiding principles on business and human rights: implementing the United Nations "Protect, Respect and Remedy" framework*, (tłum. na j. polski: Dziegiel A., Polski Instytut Praw Człowieka i Biznesu, Fundacja im. Friedricha Eberta, NSZZ „Solidarność”), https://pihrb.org/wp-content/uploads/2014/10/Wytyczne-ONZ-UNGPs-BHR-PL_web_PiHRB.pdf, 29.07.2020.

The United Nations High Commissioner for Human Rights 2020, *Improving accountability and access to remedy for victims of business-related human rights abuse through non-State-based grievance mechanisms. Report, A/HRC/44/32*, <https://undocs.org/A/HRC/44/32>, 31.07.2020.

DYREKTYWA PARLAMENTU
EUROPEJSKIEGO I RADY 2012/28/UE
Z DNIA 25 PAŹDZIERNIKA 2012 R.
W SPRAWIE NIEKTÓRYCH
DOZWOLONÝCH SPOSOBÓW
KORZYSTANIA Z UTWORÓW
OSIEROCONÝCH I JEJ IMPLEMENTACJA
DO PRAWA POLSKIEGO

KAROLINA NAWŁATYNA
UNIwersytet Marii Curie-Skłodowskiej w Lublinie

UWAGI WSTĘPNE

Postulat dopuszczenia możliwości korzystania z utworów osieroconych od zawsze budził zainteresowanie wywołując wiele kontrowersji. Wątpliwości nasuwał już sam fakt eksploatacji utworów, które wciąż pozostają pod ochroną prawa autorskiego. W toczących się wokół tej kwestii dyskusjach wskazywano również niemożliwe do uniknięcia przy tworzeniu regulacji problemy, związane z koniecznością pogodzenia interesów wszystkich zainteresowanych stron, tj. podmiotów autorskoupawnionych, przyszłych beneficjentów dozwolonego użytku utworów osieroconych i odbiorców udostępnionych utworów. Decyzja o uregulowaniu dozwolonego użytku utworów osieroconych na szczeblu unijnym była wynikiem uznania celu publicznego za nadrzędny wobec interesów podmiotów autorskoupawnionych, którzy nie wykonują przyznaných im uprawnień¹.

Efektom wielu konsultacji społecznych, rozmów, konferencji i wieloletnich prac legislacyjnych było przyjęcie w dniu 25 października 2012 r.

¹ Marcinkowska, Laskowska 2017, s. 665-666.

dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2012/28/UE w sprawie niektórych dozwolonych sposobów korzystania z utworów osieroconych². Celem dyrektywy było stworzenie ram prawnych dla ułatwienia digitalizacji i rozpowszechniania utworów oraz innych przedmiotów podlegających ochronie prawem autorskim lub prawami pokrewnymi, co do których podmioty uprawnione nie są znane lub, nawet jeśli są znane, to ich odnalezienie jest niemożliwe. Zadaniem, jakie postawił sobie unijny prawodawca, było rozwiązanie konkretnego problemu prawnego dotyczącego statusu utworu osieroconego oraz jego konsekwencji w kontekście upoważnionych użytkowników i dozwolonych sposobów korzystania z utworów lub fonogramów, które kwalifikują się jako dzieła osierocone³.

Celem artykułu jest omówienie prac legislacyjnych, podjętych na szczeblu unijnym i zwińczonych przyjęciem dyrektywy 2012/28/UE, analiza przyjętych w niej rozwiązań prawnych oraz przedstawienie procesu jej implementacji do polskiego porządku prawnego. Taka kolejność prowadzonych rozważań pozwoli ukazać genezę regulacji instytucji dozwolonego użytku utworów osieroconych w prawie polskim oraz ocenić dokonaną transpozycję prawa unijnego do polskiego porządku prawnego.

PIERWSZE INICJATYWY UNIJNE DOTYCZĄCE PROBLEMATYKI UTWORÓW OSIEROCONYCH

Problem utworów osieroconych wyłonił się na tle prawa wspólnotowego Unii Europejskiej w trakcie tworzenia Europejskiej Biblioteki Cyfrowej (ang. *European Digital Library*), a konkretnie wtedy, gdy wystąpiła konieczność digitalizacji zbiorów europejskich instytucji kultury⁴. W tym czasie prawo wtórne Unii Europejskiej nie zawierało przepisów bezpośrednio regulujących problematykę eksploatacji dzieł osieroconych. Postanowienia dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2001/29/WE z dnia 22 maja 2001 r. w sprawie harmonizacji niektórych aspektów praw autorskich i pokrewnych w społeczeństwie informacyjnym⁵ oraz dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2006/116/WE z dnia 12 grudnia 2006 r. w sprawie czasu ochrony

² Dz. Urz. UE L 299, s. 5, dalej jako „dyrektywa 2012/28/UE”.

³ Zob. pkt 3 preambuły dyrektywy 2012/28/UE.

⁴ Vetulani-Cegiel 2014, s. 172.

⁵ Dz. Urz. WE L 167, s. 10, ze zm., dalej jako „dyrektywa 2001/28/WE”.

prawa autorskiego i niektórych praw pokrewnych⁶ miały zastosowanie do dzieł osieroconych, ale tylko w sposób pośredni⁷.

Działania Komisji Europejskiej zmierzające do utworzenia sieci europejskich bibliotek cyfrowych miały swój początek w inicjatywie sześciu państw członkowskich Unii Europejskiej. Przedstawiciele Francji, Hiszpanii, Niemiec, Polski, Węgier i Włoch wystosowali 28 kwietnia 2005 r. list do Komisji Europejskiej, który dotyczył cyfryzacji zbiorów europejskich instytucji kultury oraz pomysłu utworzenia Europejskiej Biblioteki Cyfrowej⁸. W odpowiedzi Komisja Europejska skierowała prace do DG INFSO (ang. *Digital Libraries and Public Sector Information*, jednostka E4) i opublikowała oficjalny komunikat⁹, podkreślając w nim konieczność stałej i stabilnej współpracy instytucji kulturalnych państw członkowskich Unii Europejskiej w zakresie bibliotek cyfrowych. Efektem tych działań był zainicjowany we wrześniu 2005 r., program europejskich bibliotek cyfrowych, tzw. *i2010: Digital Libraries*¹⁰.

Inicjatywa *i2010: Digital Libraries* przyczyniła się do przygotowania przez Komisję Europejską jednego z pierwszych dokumentów unijnych odnoszących się wprost do problematyki dzieł osieroconych¹¹. Dnia 24 sierpnia 2006 r. przyjęto zalecenia Komisji 2006/585/WE w sprawie digitalizacji i udostępniania w Internecie dorobku kulturowego oraz w sprawie ochrony zasobów cyfrowych¹², które zostało poparte konkluzjami Rady 2006/C 297/01¹³. W zaleceniach Komisja rekomendowała państwom członkowskim, aby ulepszały warunki ramowe dla digitalizacji i udostępniania w internecie dorobku kulturowego, m.in. poprzez stworzenie procedur ułatwiających wykorzystanie dzieł osieroconych, po konsultacji z zainteresowanymi stronami (pkt 6 lit. a i c zaleceń Komisji Europejskiej). Zalecenia, choć nie mają mocy prawnie wiążącej¹⁴, zainicjowały unijną dyskusję na temat utworów osieroconych, a Komisja Europejska podjęła szereg działań o charakterze konsultacyjnym.

Jednym z nich było zorganizowanie w dniu 14 września 2007 r. konferencji dotyczącej problematyki dzieł osieroconych z udziałem przedstawicieli

⁶ Dz. Urz. UE L 372, s. 12, ze zm.

⁷ Vetulani 2009, s. 39.

⁸ Vetulani-Cęgiel 2014, s. 177.

⁹ Komisja Wspólnot Europejskich 2005.

¹⁰ Vetulani-Cęgiel 2014, s. 177.

¹¹ Stanisławska-Kloc 2013a, s.123.

¹² Dz. Urz. UE L 236, s. 28.

¹³ Konkluzje Rady 2006/C 297/01 w sprawie digitalizacji i udostępniania w Internecie dorobku kulturowego oraz w sprawie ochrony zasobów cyfrowych (Dz. Urz. UE C 297, s. 1).

¹⁴ Zob. art. 288 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (Dz. Urz. UE C 202 z 2016 r., s. 47).

zainteresowanych środowisk, tj. instytucji kulturalnych, organizacji zrzeszających podmioty uprawnione i instytucji zarządzających prawami autorskimi. Podjęta wówczas dyskusja zmierzała w kierunku określenia wytycznych dotyczących prowadzenia poszukiwań podmiotów uprawnionych z tytułu praw autorskich i praw pokrewnych. Kolejnym krokiem było powołanie przez Komisję czterech sektorowych grup roboczych (sektor tekstowy, muzyczny/brzmieniowy, wizualny/fotograficzny i audiowizualny), których zadaniem było opracowanie tych wytycznych¹⁵. Prace trwały do czerwca 2008 r., kiedy to reprezentanci podmiotów uprawnionych oraz instytucji kulturalnych podpisali tzw. memorandum *MoU* (ang. *Memorandum of Understanding on Diligent Search Guidelines for Orphan Works*), w którym zawarli opracowane wspólnie wytyczne i uznali je jako standardowe dla dzieł osieroconych¹⁶.

Dzieła osierocone stały się także tematem rozważań w Zielonej Księdze – „Prawo autorskie w gospodarce opartej na wiedzy” (ang. *Green Paper – „Copyright in the Knowledge Economy”*)¹⁷, którą wydano 16 lipca 2008 r. Księga miała zapoczątkować debatę społeczną nad zwiększeniem swobody przepływu wiedzy i innowacji, określanej jako tzw. „piąta swoboda” (obok czterech traktatowych swobód przepływu towarów, usług, osób i kapitału). Wskazywano wówczas, że utwory osierocone stanowią zagrożenie dla realizacji projektów digitalizacyjnych, związanych z rozpowszechnianiem wiedzy w środowisku *on-line*¹⁸.

Problem dzieł osieroconych podniesiony został w trakcie publicznego wysłuchania (ang. *Public Hearing on Orphan Works*) w dniu 26 października 2009 r. Zainicjowana tam dyskusja koncentrowała się wokół znalezienia sposobu zarządzania tymi utworami, który pozwoliłby na ich digitalizację i rozpowszechnianie. Debata kontynuowana była na kolejnym publicznym wysłuchaniu w dniu 10 listopada 2009 r., zorganizowanym przez szwedzką prezydencję i Parlament Europejski¹⁹.

Innym forum dyskusyjnym była powołana przez Komisję Europejską w kwietniu 2010 r. grupa analityczna ds. umieszczenia europejskiego dziedzictwa kulturowego w Internecie (ang. *Reflection Group of Bringing Europe’s Cultural Heritage On-Line*), złożona z przedstawicieli najważniejszych instytucji związanych z realizacją idei ochrony dziedzictwa europejskiego. Jej zadaniem

¹⁵ Vetulani-Cęgiel 2014, s. 182-183.

¹⁶ Vetulani 2009, s. 43-44.

¹⁷ Komisja Wspólnot Europejskich 2008.

¹⁸ Stanisławska-Kloc 2013a, s. 128-129.

¹⁹ Vetulani-Cęgiel 2014, s. 187.

było opracowanie internetowego dostępu do zasobów kulturalnych i zaproponowanie rozwiązań w zakresie przyspieszenia cyfryzacji. Raport końcowy grupy z 2011 r., tzw. „Nowy renesans”, zawierał osiem postulatów odnośnie przyszłego uregulowania prawnego, których spełnienie pozwoli skutecznie rozwiązać problem dzieł osieroconych. Wśród nich znalazły się zapisy dotyczące m.in. objęcia rozwiązaniami wszystkich kategorii utworów oraz wprowadzenia zasady wzajemnej uznawalności osieroconego charakteru utworu²⁰.

PRACE LEGISLACYJNE NAD PRZYGOTOWANIEM DYREKTYWY W SPRAWIE UTWORÓW OSIEROCONYCH

Parlament Europejski w dniu 5 maja 2010 r. przyjął rezolucję²¹, w której wezwał Komisję Europejską do przygotowania aktu prawnego regulującego kwestię dzieł osieroconych. Z kolei Rada Unii Europejskiej, wspierając prace Komisji mające na celu ułatwienie cyfryzacji dzieł osieroconych, przyjęła w dniu 10 maja 2010 r. konkluzje dotyczące kontynuacji działań związanych z otwarciem europejskiej biblioteki cyfrowej – Europeana²². W odpowiedzi Komisja Europejska skierowała do pozostałych organów UE komunikat dotyczący Europejskiej Agendy Cyfrowej (ang. *A Digital Agenda for Europe*), w którym zawiadomiła o podjęciu dalszych kroków w kwestii dzieł osieroconych²³.

Z końcem 2010 r. przedstawiono pierwszy, ale jeszcze nieformalny projekt dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady w zakresie wzajemnego uznawania dzieł osieroconych w sektorze drukowanym (ang. *Proposal for a Directive on Mutual Recognition of Orphan Works in The Print Sector*)²⁴. Proponowana regulacja swym zakresem obejmowała jednak tylko niektóre kategorie dzieł – utwory tekstowe oraz wizualne, w tym fotografie²⁵. Projekt ten nie został oficjalnie opublikowany przez organy UE.

Wkrótce po tym, 24 maja 2011 r., Komisja Europejska opublikowała nową propozycję dyrektywy w sprawie niektórych dozwolonych możliwości wykorzystywania utworów osieroconych (ang. *Proposal for a Directive of the*

²⁰ Na ten temat zob. szerzej Stanisławska-Kloc 2013a, s. 129-130.

²¹ Rezolucja Parlamentu Europejskiego z dnia 5 maja 2010 r. w sprawie Europeany – kolejnych kroków (Dz. Urz. UE C 81 E, s. 16).

²² Europeana to jedyny, bezpośredni i wielojęzyczny portal oraz punkt dostępu do europejskiego dziedzictwa kulturowego, obejmujący europejską bibliotekę cyfrową, muzeum i archiwum – tak pkt 1 rezolucji Parlamentu Europejskiego z dnia 5 maja 2010 r. w sprawie Europeany – kolejnych kroków.

²³ Vetulani-Cęgiel 2014, s. 189-190.

²⁴ Stanisławska-Kloc 2013a, s. 117.

²⁵ Vetulani-Cęgiel 2014, s. 190.

European Parliament and of the Council on Certain Permitted Uses of Orphan Works)²⁶ i skierowała ją do Parlamentu Europejskiego i Rady²⁷. W uzasadnieniu wniosku przedstawiono szczegółową analizę możliwych rozwiązań prawnych, które pozwoliłyby na eksploatację utworów osieroconych w kontekście działalności instytucji kulturowych. Wzięto pod uwagę sześć możliwych rozwiązań:

- niepodejmowanie żadnych działań,
- wprowadzenie ustawowych wyjątków od praw autorskich i praw pokrewnych dla instytucji kultury w zakresie niekomercyjnego udostępniania *on-line* utworów osieroconych,
- wprowadzenie systemu rozszerzonego zbiorowego zarządu prawami autorskimi i pokrewnymi,
- wprowadzenie licencji przyznawanych przez organizacje zbiorowego zarządu prawami autorskimi i prawami pokrewnymi w odniesieniu do konkretnego utworu (płatnych lub bezpłatnych), przy zapewnieniu mechanizmu kontroli wysokości taryf,
- wprowadzenie licencji dla poszczególnych utworów osieroconych udzielanych przez podmioty publiczne,
- wzajemne uznawanie osieroconego statusu utworu²⁸.

Przez wzgląd na podstawowy cel regulacji, jakim było ustanowienie wspólnotowego systemu eksploatacji utworów osieroconych, zdecydowano się na ostatnią opcję, czyli rozwiązanie oparte na wzajemnym uznawaniu przez państwa członkowskie osieroconego statusu utworu²⁹. Ostateczna wersja projektu dyrektywy, stanowiąca wynik trójstronnych uzgodnień między Komisją Europejską, Parlamentem Europejskim i Radą (ang. *Draft Consolidated Text for a Directive of the European Parliament and of the Council on Certain Permitted Uses of Orphan Works*) przedstawiona została wiosną 2012 r. Przegłosowana została 13 września 2012 r. przez Parlament Europejski, a 4 października 2012 r. przyjęła ją Rada UE³⁰. Dyrektywę opublikowano w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 25 października 2012 r.

²⁶ Komisja Europejska 2011.

²⁷ Stanisławska-Kloc 2013a, s. 118.

²⁸ Osmańska 2015, s. 225.

²⁹ Vetulani-Cęgiel 2014, s. 193.

³⁰ Na uwagę zasługuje fakt, że prawodawca unijny zrezygnował z dokonania nowelizacji dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2001/29/WE z dnia 22 maja 2001 r. w sprawie harmonizacji niektórych aspektów praw autorskich i pokrewnych w społeczeństwie informacyjnym, i zdecydował się uchwalić w tym zakresie odrębny akt prawny. W doktrynie wskazuje się, że takie działanie miało na celu nie tylko podkreślenie wyjątkowego charakteru

ZAKRES PRZEDMIOTOWY I PODMIOTOWY DYREKTYWY 2012/28/UE

Mianem „osierocone” określa się utwory, wobec których albo nie można ustalić (lub jest to bardzo utrudnione) tożsamości osoby autorsko uprawnionej (twórcy albo osoby upoważnionej do wykonywania praw autorskich), albo nie można nawiązać z tym podmiotem kontaktu (lub jest to bardzo utrudnione), co powoduje, że nie jest możliwe uzyskanie od niego zgody na eksploatację dzieła³¹. Utwory osierocone to zatem utwory, co do których autorskie prawa majątkowe jeszcze nie wygasły.

W istocie wszystkie utwory będące przedmiotem prawa autorskiego mogą stać się „osieroconymi”, gdy podmiot autorsko uprawniony nie będzie znany albo odnalezienie go okaże się niemożliwe, bo niezależnie od charakteru dzieła (literacki, plastyczny, fotograficzny, muzyczny itd.) może wystąpić problem ze wskazaniem podmiotu autorsko uprawnionego. Jednakże prawodawca unijny zdecydował, że dyrektywa 2012/28/UE, zgodnie z art. 1 ust. 2, będzie miała zastosowanie jedynie do utworów:

a) opublikowanych w postaci książek, czasopism, gazet, magazynów oraz innych tekstów pisanych, które znajdują się w zbiorach publicznie dostępnych bibliotek, placówek oświatowych lub muzeów, a także w zbiorach archiwów lub instytucji odpowiedzialnych za dziedzictwo filmowe lub dźwiękowe;

b) filmowych lub audiowizualnych i fonogramów znajdujących się w zbiorach publicznie dostępnych bibliotek, placówek oświatowych lub muzeów, a także w zbiorach archiwów lub instytucji odpowiedzialnych za dziedzictwo filmowe lub dźwiękowe; oraz

c) utworów filmowych lub audiowizualnych i fonogramów wyprodukowanych przez nadawców publicznych do dnia 31 grudnia 2002 r. włącznie i znajdujących się w ich archiwach

– które są chronione prawami autorskimi lub pokrewnymi i które zostały po raz pierwszy opublikowane na terytorium państwa członkowskiego lub –

tej regulacji, ale również stanowiło zabezpieczenie wobec prób nowelizacji dyrektywy 2001/29/WE, które mogłyby doprowadzić w przyszłości do zachwiania ustalonego porządku w regulacji prawnej dozwolonego użytku. Należy też nadmienić, że pierwszy tytuł propozycji nowej dyrektywy brzmiał: „o wzajemnym uznawaniu osieroconego charakteru utworów z sektora wydawniczego” (ang. „*On Mutual Recognition of Orphan Works in the Print Sector*”). Ostatecznie postanowiono jednak odstąpić od wyraźnego akcentowania wzajemnego uznawania osieroconego statusu dzieła (mimo zachowania go w treści aktu), a także z odniesienia do utworów z sektora wydawniczego, z uwagi na fakt objęcia regulacją także fonogramów – zob. Stanisławska-Kloc 2013a, s. 131-132.

³¹ Por. Stanisławska-Kloc 2007, s. 455; Vetulani 2009, s. 27; Błęszyński 2013, s. 93.

w przypadku braku publikacji – po raz pierwszy nadane na terytorium państwa członkowskiego. Dyrektywa ma także zastosowanie do utworów i fonogramów, które nigdy nie zostały opublikowane ani nadane, lecz które zostały publicznie udostępnione – za zgodą podmiotów uprawnionych – przez uprawnione organizacje, wyłącznie, jeśli można rozsądnie założyć, że podmioty uprawnione nie sprzeciwiłyby się korzystaniu z nich (art. 2 ust. 3 dyrektywy 2012/28/UE). W stosunku do innych niż ww. utworów i przedmiotów praw pokrewnych dyrektywa będzie miała zastosowanie tylko wtedy, gdy będą one zawarte we wskazanych w art. 2 ust. 2 i 3 dyrektywy 2012/28/UE utworach lub fonogramach, będą do nich włączone lub będą stanowić ich integralną część (art. 2 ust. 4 dyrektywy 2012/28/UE).

Do korzystania z utworów osieroconych, zgodnie z art. 1 ust. 1 dyrektywy 2012/28/UE, upoważnione zostały publicznie dostępne biblioteki, placówki oświatowe oraz muzea, archiwa, instytucje odpowiedzialne za dziedzictwo filmowe lub dźwiękowe i nadawcy publiczni mający siedzibę w państwach członkowskich. Uprawnione instytucje mogą korzystać z utworów osieroconych znajdujących się w ich zbiorach wyłącznie w celu realizacji zadań leżących w interesie publicznym. Przepisy unijne nie przesądzają jednak struktury własnościowej tych organizacji, gdyż ograniczenie możliwości korzystania z utworów osieroconych i objęcie regulacją wyłącznie instytucji publicznych nie byłoby zgodne z założeniami dyrektywy 2012/28/UE. Wymogiem stawianym wobec bibliotek, placówek oświatowych i muzeów jest natomiast ich publiczna dostępność, czyli faktyczna możliwość korzystania z zasobów tych podmiotów przez indywidualnych odbiorców³². W konsekwencji w ramach dozwolonego użytku z utworów osieroconych korzystając mogą także prywatne biblioteki, placówki oświatowe czy muzea, o ile takie korzystanie służy wypełnianiu statutowych zadań tych jednostek, realizowanych w interesie publicznym.

NABYCIE I UTRATA STATUSU UTWORU OSIEROCONEGO

Warunkiem *sine qua non* korzystania z utworu osieroconego przez ustawowo upoważnione do tego instytucje jest uprzednie przeprowadzenie starannego poszukiwania każdego z uprawnionych, którym przysługują autorskie prawa majątkowe do tego utworu³³. Dopiero gdy wynik takiego badania nie doprowadzi do nawiązania kontaktu z podmiotem autorskouprawnionym,

³² Gienas 2016, s. 366-367.

³³ Sieńczyło-Chlabicz 2017, s. 339.

utwór będzie mógł zostać uznany za osierocony. Jest to zatem wstępny i konieczny warunek rozpoczęcia eksploatacji utworu osieroconego. Zasady przeprowadzania starannych poszukiwań określa art. 3 dyrektywy 2012/28/UE.

Staranne poszukiwanie przeprowadzane jest w państwie członkowskim, w którym utwór po raz pierwszy został opublikowany lub – w przypadku braku publikacji – nadany. W stosunku do utworów filmowych lub audiowizualnych, których producent ma siedzibę lub miejsce stałego pobytu w państwie członkowskim, staranne poszukiwanie przeprowadzane jest w państwie członkowskim siedziby lub miejsca stałego pobytu producenta, a w stosunku do utworów i fonogramów, które nigdy nie zostały opublikowane ani nadane, lecz które zostały publicznie udostępnione przez uprawnioną organizację za zgodą podmiotu autorskoprawnionego – w państwie członkowskim, w którym siedzibę ma ta organizacja (art. 3 ust. 3 dyrektywy 2012/28/UE). Jeżeli są powody, by sądzić, że właściwe informacje na temat podmiotów uprawnionych można znaleźć w innych państwach, należy również sprawdzić źródła informacji dostępne w tych państwach (art. 3 ust. 4 dyrektywy 2012/28/UE).

Badanie statusu utworu polega na sprawdzeniu informacji na temat osób autorskoprawnionych w źródłach odpowiednich dla poszczególnych kategorii utworów. Muszą to być źródła, które zawierają informacje dotyczące utworów i innych przedmiotów objętych ochroną³⁴. Źródła odpowiednie dla danej kategorii poszczególnych utworów lub fonogramów określane są przez każde państwo członkowskie w porozumieniu z podmiotami uprawnionymi i użytkownikami, ale muszą one obejmować przynajmniej źródła wymienione w załączniku do dyrektywy 2012/28/UE (art. 3 ust. 2 dyrektywy 2012/28/UE)³⁵.

W pkt 16 preambuły dyrektywy 2012/28/UE wskazano, że państwa członkowskie powinny zapewnić, by zainteresowane organizacje zachowywały rejestr przeprowadzonych przez nie starannych poszukiwań oraz by rezultaty takich poszukiwań, składające się przede wszystkim z wszelkich informacji świadczących o tym, że utwór lub fonogram należy uznać za utwór osierocony,

³⁴ Zob. pkt 14 preambuły dyrektywy 2012/28/UE.

³⁵ Przykładowo, w odniesieniu do opublikowanych książek, źródła obejmują: a) egzemplarz obowiązkowy, katalogi biblioteczne i dokumentacje władz przechowywane przez biblioteki i inne instytucje; b) stowarzyszenia wydawców i autorów w danym kraju; c) istniejące bazy danych i rejestry, WATCH (ang. *Writers, Artists and their Copyright Holders*), ISBN (ang. *International Standard Book Number*) oraz bazy danych zawierające wykaz książek wydanych drukiem; d) bazy danych odpowiednich organizacji zbiorowego zarządzania, w szczególności organizacji zajmujących się prawami do zwielokrotniania; e) źródła zawierające wiele baz danych i rejestrów, w tym VIAF (ang. *Virtual International Authority Files*) i ARROW (ang. *Accessible Registries of Rights Information and Orphan Works*) – zob. załącznik do dyrektywy 2012/28/UE.

a także informacji dotyczących zmiany statusu oraz korzystania z utworów osieroconych przez te organizacje, były gromadzone i powszechnie dostępne, w szczególności przez umieszczenie odpowiednich informacji w internetowej bazie danych. Mając na względzie wymiar ogólnoeuropejski i chcąc uniknąć powielania wysiłków przy starannych poszukiwaniach, unijny prawodawca uznał za konieczne utworzenie jednej, ogólnounijnej bazy danych *on-line* zawierającej dane o utworach osieroconych. Utworzenie bazy oraz zarządzanie nią powierzono Urzędowi Unii Europejskiej ds. Własności Intelektualnej (ang. *European Union Intellectual Property Office*, EUIPO)³⁶. Uruchomienie bazy nastąpiło 28 października 2014 r.³⁷ Baza jest jawna i zapewnia publiczny dostęp do zawartych w niej informacji³⁸.

Zgodnie z art. 3 ust. 5 dyrektywy 2012/28/UE państwa członkowskie zapewniają prowadzenie przez beneficjentów dozwolonego użytku utworów osieroconych rejestru przeprowadzanych przez nie starannych poszukiwań i przekazywanie właściwym organom krajowym informacji o wynikach poszukiwań, na podstawie których stwierdzono status utworów osieroconych, sposobach korzystania z utworów osieroconych, wszelkich zmianach dotyczących statusu utworu osieroconego, a także ich danych kontaktowych. Właściwe organy krajowe przekazują powyższe informacje Urzędowi Unii Europejskiej ds. Własności Intelektualnej niezwłocznie po ich otrzymaniu (art. 3 ust. 6 dyrektywy 2012/28/UE). Rejestrując utwór osierocony w bazie zamieszcza się

³⁶ Zob. pkt 16 preambuły dyrektywy 2012/28/UE. Odnotowania wymaga, że unijny prawodawca w dyrektywie 2012/28/UE posługuje się pierwotną nazwą „Urząd Harmonizacji Rynku Wewnętrznego”. Należy jednak zauważyć, że w dniu 23 marca 2016 r. weszło w życie rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2015/2424 z dnia 16 grudnia 2015 r. zmieniające rozporządzenie Rady (WE) nr 207/2009 w sprawie wspólnotowego znaku towarowego i rozporządzenie Komisji (WE) nr 2868/95 wykonujące rozporządzenie Rady (WE) nr 40/94 w sprawie wspólnotowego znaku towarowego oraz uchylające rozporządzenie Komisji (WE) nr 2869/95 w sprawie opłat na rzecz Urzędu Harmonizacji w ramach Rynku Wewnętrznego (znaki towarowe i wzory) (Dz. Urz. UE L 341, s. 21). Zgodnie z pkt 2 preambuły tego rozporządzenia, aby lepiej odzwierciedlić faktyczną pracę wykonywaną przez Urząd, jego nazwę zastąpiono nazwą „Urząd Unii Europejskiej ds. Własności Intelektualnej” (EUIPO). Rozporządzenie to obowiązywało do 30 września 2017 r. Od 1 października 2017 r. stosuje się rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2017/1001 z dnia 14 czerwca 2017 r. w sprawie znaku towarowego Unii Europejskiej (Dz. Urz. UE L 154, s. 1). Zgodnie z art. 2 ust. 1 tego aktu ustanawia się Urząd Unii Europejskiej ds. Własności Intelektualnej. Z kolei ust. 2 tego przepisu wskazuje, że wszystkie odesłania do Urzędu Harmonizacji w ramach Rynku Wewnętrznego (znaki towarowe i wzory) w prawie Unii traktuje się jako odesłania do Urzędu Unii Europejskiej ds. Własności Intelektualnej. W konsekwencji, w niniejszym artykule przyjęto terminologię obowiązującą obecnie w prawie wspólnotowym, tj. „Urząd Unii Europejskiej ds. Własności Intelektualnej” bądź „EUIPO”.

³⁷ Polskie podmioty uzyskały możliwość korzystania z niej dopiero z dniem wejścia w życie nowelizacji ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych, czyli 20 października 2015 r.

³⁸ Baza jest dostępna na stronie internetowej <https://euipo.europa.eu/orphanworks/>.

jego ogólny opis, wyniki starannych poszukiwań, cel, w jakim jest on eksploatowany i dane kontaktowe beneficjenta, który z niego korzysta. W razie jakichkolwiek zmian statusu utworu, spowodowanych np. odnalezieniem podmiotu autorskoprawnego, dokonuje się odpowiednich zmian w bazie³⁹.

Zasadą, na której oparto całą regulację dozwolonych sposobów korzystania z utworów osieroconych w dyrektywie 2012/28/UE, jest wzajemne uznawanie osieroconego statusu dzieła. Zgodnie z art. 4 dyrektywy 2012/28/UE, utwór lub fonogram, który w jednym z państw członkowskich uznano za utwór osierocony, uznaje się za utwór osierocony również w pozostałych państwach członkowskich. W konsekwencji taki utwór lub fonogram można wykorzystywać i mieć do niego dostęp we wszystkich państwach członkowskich.

Nabywanie statusu utworu osieroconego nie jest nieodwracalne. Zgodnie z art. 5 dyrektywy 2012/28/UE, państwa członkowskie zobowiązane są zapewnić podmiotowi uprawnionemu do utworu lub fonogramu uznanego za utwór osierocony możliwość unieważnienia, w dowolnym momencie, statusu utworu osieroconego, w zakresie przysługujących mu praw. Wygaśnięcie statusu utworu osieroconego nie tylko skutkuje niemożnością jego eksploatacji przez beneficjentów dozwolonego użytku, ale również generuje możliwość uzyskania przez uprawnionego godziwej rekompensaty za korzystanie z jego utworu jako utworu osieroconego⁴⁰.

Pojęcie godziwej rekompensaty po raz pierwszy pojawiło się w prawie wspólnotowym w dyrektywie 2001/29/WE. W pkt 35 preambuły tego aktu wskazano, że w niektórych przypadkach dotyczących wyjątków lub ograniczeń podmioty praw autorskich powinny otrzymać godziwą rekompensatę jako wynagrodzenie za korzystanie z ich utworów lub innych przedmiotów objętych ochroną. Przy określaniu formy, szczegółowych warunków i ewentualnej wysokości takiej godziwej rekompensaty należy uwzględnić okoliczności każdego przypadku. Przy ocenie tych okoliczności pomocne kryterium stanowi potencjalna szkoda poniesiona przez podmiot praw autorskich w wyniku danej czynności. W przypadku, gdy podmiot praw autorskich przyjął już zapłatę w innej formie, np. jako strona opłaty licencyjnej, specjalna lub oddzielna zapłata może nie być należna. Nadto, w niektórych przypadkach, gdy szkoda poniesiona przez podmiot praw autorskich jest niewielka, może nie powstać żadne zobowiązanie do zapłaty. Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej w swoim orzecznictwie wskazuje, że pojęcie godziwej rekompensaty nie jest

³⁹ Ślęzak 2017, s. 368.

⁴⁰ Gienas 2016, s. 389.

definiowane poprzez odesłanie do prawa krajowego, więc należy je postrzegać jako autonomiczne pojęcie prawa wspólnotowego, które na gruncie dyrektywy 2001/29/WE podlega jednolitej wykładni na terytorium Unii Europejskiej. Godziwa rekompensata, zgodnie z założeniami prawodawstwa unijnego, ma na celu „odpowiednie” wynagrodzenie podmiotom praw autorskich korzystania bez ich zgody z ich chronionych utworów⁴¹.

W art. 6 ust. 5 dyrektywy 2012/28/UE postanowiono, że państwa członkowskie zapewniają podmiotom uprawnionym, które dokonały unieważnienia statusu utworów lub innych przedmiotów objętych ochroną jako utworów osieroconych, godziwą rekompensatę za korzystanie przez organizacje z takich utworów lub innych przedmiotów objętych ochroną. Prawo do godziwej rekompensaty nie jest jednak prawem przyznanym bezwzględnie – państwom członkowskim pozostawiono pełną swobodę w wyborze okoliczności, w których będzie mieć miejsce wypłata rekompensaty. Jej wysokość jest ustalana – w granicach określonych w prawie Unii Europejskiej – na podstawie prawa państwa członkowskiego, w którym siedzibę ma organizacja korzystająca z danego utworu osieroconego.

DOZWOLONE SPOSOBY KORZYSTANIA Z UTWORÓW OSIEROCONYCH

Dozwolone sposoby korzystania z utworów osieroconych przez uprawnione instytucje zostały wskazane w art. 6 ust. 1 dyrektywy 2012/28/UE. Zgodnie z tym przepisem, państwa członkowskie przewidują wyjątek lub ograniczenie w odniesieniu do prawa zwielokrotnienia i prawa publicznego udostępniania, aby zapewnić, by uprawnione organizacje mogły korzystać z utworów osieroconych znajdujących się w ich zbiorach w następujące sposoby: dokonując czynności zwielokrotnienia utworu osieroconego, w rozumieniu art. 2 dyrektywy 2001/29/WE, do celów digitalizacji, udostępniania, indeksowania, katalogowania, ochrony i odnawiania oraz publicznie udostępniając utwór osierocony, w rozumieniu art. 3 dyrektywy 2001/29/WE. Jak widać,

⁴¹ Zob. wyrok Trybunału Sprawiedliwości (UE) z dnia 21 października 2010 r. w sprawie C-467/08 *Padawan SL* przeciwko *Sociedad General de Autores y Editores de España (SGAE)* (Legalis nr 262534); wyrok Trybunału Sprawiedliwości (UE) z dnia 9 czerwca 2016 r. w sprawie C-470/14 *Entidad de Gestión de Derechos de los Productores Audiovisuales (EGEDA), Derechos de Autor de Medios Audiovisuales (DAMA), Visual Entidad de Gestión de Artistas Plásticos (VEGAP)* przeciwko *Administración del Estado, Asociación Multisectorial de Empresas de la Electrónica, las Tecnologías de la Información y la Comunicación, de las Telecomunicaciones y de los contenidos Digitales (Ametic)* (Legalis nr 1468809).

potrzeba digitalizacji zbiorów i udostępniania ich odbiorcom stanowi przyczynę, ale i granicę dla dozwolonego użytku⁴².

Prawo do zwielokrotniania utworu, w myśl art. 2 dyrektywy 2001/29/WE, obejmuje wyłączne prawo do zezwalania lub zabraniań bezpośredniego lub pośredniego, tymczasowego lub stałego zwielokrotniania utworu, przy wykorzystaniu wszelkich środków i w jakiegokolwiek formie, w całości lub częściowo. Dyrektywa 2001/29/WE nie definiuje jednak ani pojęcia zwielokrotniania, ani pojęcia częściowego zwielokrotniania. Trybunał Sprawiedliwości (UE) wskazał, że pojęcia te należy definiować mając na uwadze brzmienie i kontekst przepisu art. 2 dyrektywy 2001/29/WE, w którym są one zawarte, oraz w świetle ogólnych celów, do których dąży ta dyrektywa, i przepisów prawa międzynarodowego⁴³. Jednocześnie podkreślił, że motyw 21 dyrektywy 2001/29/WE wymaga, aby zakres czynności, do których stosuje się prawo do zwielokrotniania, interpretować szeroko. Wymóg szerokiej interpretacji rzeczonych czynności wynika ponadto z brzmienia samego art. 2 tej dyrektywy, w którym unijny prawodawca używa takich wyrażen jak „bezpośrednio lub pośrednio”, „tymczasowo lub stale”, „przy wykorzystaniu wszelkich środków” i „w jakiegokolwiek formie”. W literaturze przedmiotu podkreśla się, że wskazane w art. 2 dyrektywy 2001/29/WE prawo zezwalania lub zabraniań na zwielokrotniania odnosi się do zwielokrotniania *on-line* i *off-line* – w formie materialnej lub niematerialnej⁴⁴. Należy też zauważyć, że dyrektywa 2012/28/UE zawęża istotnie zakres prawa do zwielokrotniania, bowiem zwielokrotnianie może zostać dokonane wyłącznie dla celów digitalizacji, udostępniania, indeksowania, katalogowania, ochrony i odnawiania.

Z kolei zgodnie z art. 3 ust. 1 dyrektywy 2001/19/WE prawo do publicznego udostępniania to wyłączne prawo do zezwalania lub zabraniań na jakiegokolwiek publiczne udostępnianie utworów, drogą przewodową lub bezprzewodową, włączając podawanie ich do publicznej wiadomości w taki sposób, że osoby postronne mają do nich dostęp w wybranym przez siebie miejscu i czasie. Pojęcie publicznego udostępniania w rozumieniu art. 3 ust. 1 dyrektywy 2001/29/WE, wymaga, aby twory objęte ochroną zostały rzeczywiście udostępnione „publicznie”. Pojęcie publiczności, do którego odwołuje się wskazany przepis, oznacza, iż chodzi o nieokreśloną liczbę potencjalnych

⁴² Marcinkowska, Laskowska 2017, s. 669.

⁴³ Wyrok Trybunału Sprawiedliwości (UE) z dnia 16 lipca 2009 r. w sprawie C-5/08 *Infopaq International AIS* przeciwko *Danske Dagblades Forening* (Legalis nr 159540).

⁴⁴ Matlak 2004, s. 40; Michalak 2013, s. 27.

odbiorców i zakłada dodatkowo dość znaczną liczbę osób⁴⁵. Termin „publiczne” zawiera w sobie pewien minimalny próg, co wyklucza z tego pojęcia zbyt małą lub nieznaczną liczbę danych osób⁴⁶.

Zakres dozwolonego użytku został ograniczony poprzez wskazanie celów, w jakich może odbywać się korzystanie z utworów osieroconych przez uprawnione do tego instytucje⁴⁷. Już w pkt 20 preambuły dyrektywy 2012/28/WE podkreślono, że aby wspierać naukę i rozpowszechnianie kultury, państwa członkowskie powinny przewidzieć wyjątek bądź ograniczenie dla monopolu prawnoautorskiego, który umożliwiłby uprawnionym instytucjom zwielokrotnianie i publiczne udostępnianie utworów osieroconych, ale tylko pod warunkiem że korzystanie to będzie związane z realizacją ich zadań leżących w interesie publicznym⁴⁸, a w szczególności z ochroną i odnową ich zbiorów, w tym cyfrowych, oraz zapewnianiem do nich dostępu w celach kulturalnych i edukacyjnych⁴⁹. Cele powtarza art. 6 ust. 2 dyrektywy.

Podkreślenia wymaga, że tylko akty eksploatacji podejmowane we wskazanych celach wchodzą w zakres dozwolonych sposobów korzystania z utworów osieroconych, bo jedynie takie cele, związane z interesem publicznym, uzasadniają ustanowienie wyjątków lub ograniczeń dla monopolu prawnoautorskiego. Ingerencja prawodawcy, podyktowana brakiem możliwości legalnego korzystania z utworu osieroconego, nie może w sposób nadmierny lub nieuzasadniony wkraczać w obszar praw wyłącznych podmiotu autorsko-uprawnionego. Prawa te nie przestaną podlegać ochronie tylko z uwagi na fakt, że kontakt z twórcą dzieła lub inną osobą uprawnioną nie jest możliwy.

Działalność beneficjentów omawianej postaci licencji w zakresie korzystania z utworów osieroconych nie może być skierowana na osiągnięcie bezpośredniej lub pośredniej korzyści gospodarczej lub handlowej, bowiem cel

⁴⁵ Tak wyrok Trybunału Sprawiedliwości (UE) z dnia 7 grudnia 2006 r. w sprawie C-306/05 *Sociedad General de Autores y Editores de Espana (SGAE)* przeciwko *Rafael Hoteles SA* (Legalis nr 157050).

⁴⁶ Tak wyrok Trybunału Sprawiedliwości (UE) z dnia 15 marca 2012 r. w sprawie C-135/10 *Società Consortile Fonografici (SCF)* przeciwko *Marco Del Corso* (Legalis nr 443469). Na temat publicznego udostępniania w świetle dyrektywy 2001/29/WE zob. szerzej Traple 2017, s. 228 i n. wraz z powołanym tam orzecnictwem Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej.

⁴⁷ Ślęzak 2017, s. 357.

⁴⁸ Należy zauważyć, że „interes publiczny”, będący niewątpliwie zwrotem niedookreślonym, stanowi w systemie prawnym jedną z najważniejszych klauzul generalnych. Klauzula interesu publicznego spotykana jest najczęściej w prawie publicznym – tak Żurawik 2012.

⁴⁹ W literaturze przedmiotu wskazuje się, że omawiane cele tworzą jedynie pewne ramy, które powinny zostać wypełnione odpowiednią treścią przez odwołanie się do statutów poszczególnych instytucji upoważnionych do korzystania z utworów osieroconych na podstawie omawianej postaci licencji; por. Ślęzak 2017, s. 357.

dozwolonego użytku utworów osieroconych nie może być celem komercyjnym⁵⁰. Jednak już w preambule dyrektywy 2012/28/UE zwrócono uwagę, że w celu stworzenia zachęt do digitalizacji utworów beneficjenci dozwolonego użytku powinni mieć możliwość uzyskiwania dochodów związanych z korzystaniem przez nich z utworów osieroconych w celu realizacji zadań leżących w interesie publicznym, w tym w ramach umów o partnerstwie publiczno-prywatnym (pkt 23 preambuły dyrektywy)⁵¹. W konsekwencji art. 6 ust. 2 dyrektywy 2012/28/UE, zezwala na uzyskiwanie przychodów z korzystania z utworów osieroconych, pod warunkiem, że zostaną one przeznaczone na pokrycie bezpośrednich kosztów digitalizacji i publicznego udostępniania utworów osieroconych. Digitalizacja utworu, która polega zasadniczo na przekonwertowaniu go z formatu analogicznego na format cyfrowy, stanowi czynność zwielokrotnienia tego utworu, a więc jedno z pól eksploatacji objętych dozwolonym użytkowaniem⁵². Wskazuje się, że opłata za korzystanie z utworu osieroconego nie może być wysoka i powinna przypominać np. opłatę za wyrobienie karty bibliotecznej. Nie jest to bowiem opłata za udostępnienie utworu chronionego prawami autorskimi, którą pobierają np. komercyjne platformy oferujące muzykę bądź filmy, tylko opłata za fakt dokonania digitalizacji i samą czynność udostępnienia⁵³.

IMPLEMENTACJA DYREKTYWY 2012/28/UE DO PRAWA POLSKIEGO

Państwa członkowskie, zgodnie z art. 9 ust. 1 dyrektywy, zobowiązane były implementować dyrektywę do 29 października 2014 r. Biorąc pod uwagę fakt, że dyrektywa wprowadziła kilka nowych instytucji, których implementacja nie tylko musiała wpasować się w kanony krajowego prawa autorskiego, ale i być spójna z innymi zobowiązaniami międzynarodowymi, chociażby z konwencją berneńską⁵⁴, czas ten był stosunkowo krótki⁵⁵. Nadto, państwa zobowiązane zostały do niezwłocznego przekazania Komisji Europejskiej tekstów przepisów prawa krajowego, przyjętych w dziedzinie objętej dyrektywą⁵⁶.

⁵⁰ Michalak 2013, s. 27; Marcinkowska, Laskowska 2017, s. 667.

⁵¹ Zob. pkt 21 preambuły dyrektywy 2012/28/UE.

⁵² Zob. wyrok Trybunału Sprawiedliwości (UE) z dnia 11 września 2014 r. w sprawie C-117/13 *Technische Universität Darmstadt* przeciwko *Eugen Ulmer KG* (Legalis nr 1048675).

⁵³ Michalak 2013, s. 26.

⁵⁴ Konwencja berneńska o ochronie dzieł literackich i artystycznych z dnia 9 września 1886 r., Akt paryski sporządzony w Paryżu dnia 24 lipca 1971 r. (Dz.U. z 1990 r. nr 82, poz. 474, zał.).

⁵⁵ Michalak 2013, s. 20.

⁵⁶ Stanisławska-Kloc 2013a, s. 153.

Prawodawca unijny przyjął w dyrektywie model harmonizacji minimalnej, który pozwala państwom członkowskim na najszerszy zakres swobody implementacyjnej⁵⁷. Dyrektywa ustanowiła jedynie pewne minimalne standardy prawne, jakie musiały zostać przez państwa przyjęte. Wśród nich można wskazać m.in. definicję utworu osieroconego, wykaz instytucji uprawnionych do korzystania z utworów osieroconych, wzajemne uznawanie osieroconego statusu utworu czy też obowiązek przeprowadzenia starannych poszukiwań. W pozostałym zakresie państwa członkowskie miały pełną swobodę zarówno w wyborze formy, jak i środków stosowanych do osiągnięcia celu dyrektywy⁵⁸. Mogły także przyjąć w swoich ustawodawstwach rozwiązania dalej idące niż wskazane minimalne standardy dyrektywy, z tym zastrzeżeniem, że w zakresie wykraczającym poza określone w dyrektywie dozwolone sposoby korzystania z utworów osieroconych, korzystanie takie powinno zostać uregulowane w oparciu o konstrukcję licencji.

Regulacje wykraczające poza minimalne standardy zawarte w dyrektywie wprowadziły w swoich ustawodawstwach takie państwa jak Belgia, Francja, Hiszpania, Holandia, Niemcy, Wielka Brytania. Z kolei Chorwacja, Czechy, Estonia, Grecja, Irlandia, Luksemburg, Malta i Słowacja zdecydowały się implementować przepisy unijne wprost. Odmienne rozwiązanie, oparte na systemie rozszerzonych licencji zbiorowych udzielanych przez organizacje zbiorowego zarządzania prawami autorskimi wprowadzono w krajach skandynawskich – Danii, Finlandii, Islandii, Norwegii i Szwecji. W Szwajcarii rozwiązania oparto na mechanizmie przymusowego zbiorowego zarządu, a na Węgrzech wybrano system centralnego udzielania licencji⁵⁹.

Należy zauważyć, że wprowadzenie do polskiego porządku prawnego regulacji ograniczającej się wyłącznie do postanowień zawartych w dyrektywie powodowałoby szereg problemów w dziedzinie prawa autorskiego. Ustawa, w ówczesnym kształcie, przewidywała już kilka rozwiązań odnoszących się do utworów osieroconych. Implementowanie dyrektywy, bez dokonania zmian postanowień znajdujących się już w ustawie o prawie autorskim i prawach pokrewnych, nie było możliwe⁶⁰. Z tych względów, już w trakcie trwania unijnego procesu legislacyjnego, Ministerstwo Kultury i Dziedzictwa Narodowego przeprowadziło szereg konsultacji społecznych dotyczących przygotowywanych

⁵⁷ Michalak 2013, s. 21.

⁵⁸ Sieńczyło-Chlabicz, Banasiuk 2014, s. 26.

⁵⁹ *Uzasadnienie*, zał. do rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych oraz ustawy o grach hazardowych, druk sejmowy nr 3449, Sejm RP VII kadencji, s. 87-89.

⁶⁰ Obara 2013, s. 201-202.

przez Komisję Europejską dokumentów, w tym projektów dyrektywy w sprawie dzieł osieroconych⁶¹.

Po przyjęciu dyrektywy resort, przygotowując się do wypełnienia obowiązku implementacji, wystąpił z inicjatywą zorganizowania w marcu 2013 r. Forum Prawa Autorskiego – konferencji poświęconej regulacji utworów osieroconych i utworów niedostępnych w handlu⁶². Do dyskusji zaproszono przedstawicieli organizacji pozarządowych, fundacji, organizacji zbiorowego zarządzania, instytucji kultury i nauki, wydawców, nadawców oraz twórców⁶³. Uczestników Forum poproszono o wypełnienie kwestionariusza, który zawierał dziewięć szczegółowych pytań, przygotowanych z myślą o wdrożeniu rozwiązań wykraczających poza implementację dyrektywy⁶⁴. W odpowiedziach wskazano na szereg problemów praktycznych związanych z ówczesnym korzystaniem z utworów osieroconych. ZAiKS wymienił wśród nich przede wszystkim niemożność skontaktowania się z podmiotami uprawnionymi, a Biblioteka Narodowa zwróciła uwagę na trudności związane z określeniem czy okres ochrony danego dzieła już wygasł, czy jest to już może utwór osierocony⁶⁵. Zdecydowana większość podmiotów, które zgłosiły uwagi, opowiedziało się za rozszerzeniem zakresu uregulowania i objęciem krajową regulacją wszystkich kategorii utworów osieroconych⁶⁶. Co ciekawe, kilka instytucji (m.in. KOPIPOL, Polska Izba Książki, Polskie Stowarzyszenie Wydawców Muzycznych, SAIW „Polska Książka” oraz ZAiKS) opowiedziało się za wprowadzeniem modelu rozszerzonych licencji zbiorowych, dostrzegając jego zalety z perspektywy użytkowników. Niektórzy (m.in.: Centrum Analiz Fundacji Republikańskiej, Cyfrowy Polsat, Centrum Cyfrowe: Projekt Polska, Fundacja Nowoczesna Polska, Orange Polska i PKPP Lewiatan) wskazali, jako bardziej

⁶¹ Pierwsze odbyły się na przełomie maja i czerwca 2011 r., a kolejne w kwietniu i w maju 2012 r. – zob. Pietruch-Reizes 2014, s. 559.

⁶² Obara 2013, s. 197.

⁶³ Na konferencji obecni byli m.in. przedstawiciele Biblioteki Narodowej, Centrum Analiz Fundacji Republikańskiej, FilMOTEKI Narodowej, Centrum Cyfrowego Projekt Polska, Cyfrowego Polsatu, Fundacji Nowoczesna Polska, Stowarzyszenia Zbiorowego Zarządzania Prawami Autorskimi Twórców Dzieł Naukowych i Technicznych KOPIPOL, Polskiej Izby Książki, Polskiego Stowarzyszenia Wydawców Muzycznych, Stowarzyszenia Autorów i Wydawców „Polska Książka” oraz ZAiKS.

⁶⁴ Zob. Ministerstwo Kultury i Dziedzictwa Narodowego 2013a. Pkt 5 zawiera kwestionariusz dotyczący wdrożenia do polskiej regulacji przepisów dotyczących dzieł osieroconych i dzieł niedostępnych w handlu.

⁶⁵ Ministerstwo Kultury i Dziedzictwa Narodowego 2013b.

⁶⁶ Odmienne stanowisko wyraziło Stowarzyszenie Zbiorowego Zarządzania Prawami Autorskimi Twórców Dzieł Naukowych i Technicznych KOPIPOL oraz Stowarzyszenie Autorów i Wydawców „Polska Książka”, które skłaniały się ku pozostaniu przy rozwiązaniach wskazanych w dyrektywie.

odpowiedni na polskim rynku, model licencji obligatoryjnych. Zaprezentowane przez poszczególne podmioty stanowiska pomogły Ministerstwu Kultury i Dziedzictwa Narodowego przygotować dokument „Planowane kierunki wdrożenia regulacji dotyczącej problemu dzieł osieroconych i dzieł niedostępnych dla handlu”⁶⁷, który został przedstawiony podczas drugiej edycji Forum Prawa Autorskiego, zwołanego na czerwiec 2013 r.⁶⁸

Zastanawiano się, jaki model regulacji powinien wybrać polski ustawodawca. Wśród możliwych rozwiązań wskazano wprowadzenie dwóch oddzielnych reżimów regulacji. Pierwszy z nich umożliwiłby korzystanie z utworów osieroconych na zasadach przewidzianych w dyrektywie, a drugi – odnoszący się do utworów nieobjętych dyrektywą – regulowałby korzystanie z utworu w ramach licencji niewyłącznych, zawieranych na czas określony pomiędzy organizacją zbiorowego zarządzania a użytkownikiem⁶⁹. Uzasadnienie dla tego postulatu można odnaleźć w materiałach opracowanych przez Ministerstwo Kultury i Dziedzictwa Narodowego: „Wszelkie rozwiązania umożliwiające korzystanie innym podmiotom niż określone w dyrektywie, z innych niż określone w dyrektywie utworów i przedmiotów praw pokrewnych oraz na innych niż określone w dyrektywie polach eksploatacji nie są możliwe w oparciu o dozwolony użytek, ze względu na obowiązywanie przepisów dyrektywy 2001/29/WE w sprawie harmonizacji niektórych aspektów prawa autorskiego i praw pokrewnych w społeczeństwie informacyjnym”⁷⁰.

Rozważania koncertowały się również wokół techniki legislacyjnej związanej z implementacją. Przedstawiciele doktryny zgodnie opowiadali się za przeprowadzeniem nowelizacji obowiązującej ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych, odrzucając propozycję uchwalenia nowej ustawy dotyczącej utworów osieroconych. Na takie rozwiązanie zdecydowało się także kilka innych państw członkowskich UE – Czechy, Dania, Grecja, Niemcy i Węgry⁷¹.

Ostatecznie implementacja postanowień dyrektywy do prawa polskiego została dokonana ustawą z dnia 11 września 2015 r. o zmianie ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych oraz ustawy o grach hazardowych⁷², która weszła w życie 20 października 2015 r. Regulacja instytucji dozwolonego użytku utworów osieroconych znalazła się w rozdziale 3. ustawy z dnia

⁶⁷ Ministerstwo Kultury i Dziedzictwa Narodowego 2013c.

⁶⁸ Pietruch-Reizes 2014, s. 561.

⁶⁹ Stanisławska-Kloc 2013b, s. 87-88.

⁷⁰ Ministerstwo Kultury i Dziedzictwa Narodowego 2013a, s. 4.

⁷¹ Zob. Michalak 2013, s. 22; Sieńczyło-Chlabicz, Banasiuk 2014, s. 27.

⁷² Dz.U. z 2015 r. poz. 1639.

4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych „Treść prawa autorskiego”, w oddziale 5. „Dozwolony użytek utworów osieroconych”⁷³. Uzasadnione było to faktem, że regulacja utworów osieroconych stanowi wyjątek od monopolu prawnoautorskiego i ogranicza treść autorskich praw majątkowych. Rozwiązania przyjęte przez polskiego ustawodawcę prawidłowo implementują unijną regulację korzystania z utworów osieroconych w ramach dozwolonego użytku, ale przedstawiciele doktryny postulują, by w przyszłości rozważyć kwestię ewentualnego wprowadzenia, obok instytucji dozwolonego użytku, innego sposobu korzystania z utworów osieroconych (np. systemu angażującego organizacje zbiorowego zarządzania do licencjonowania korzystania z utworów osieroconych)⁷⁴.

UWAGI KOŃCOWE

Mankamentem zaprezentowanych rozwiązań normatywnych, przyjętych na szczeblu unijnym i implementowanych do polskiego porządku prawnego, jest niewątpliwie daleko idące ograniczenie zakresu przedmiotowego dozwolonego użytku utworów osieroconych. Prawodawca unijny, a w ślad zanim ustawodawca polski, zalicza do utworów osieroconych tylko ściśle określone kategorie dzieł, wyodrębnione ze względu na kryterium przedmiotowe, jakim jest sposób ich utrwalenia. Takie rozwiązanie jest niewystarczające, bo w istocie wszystkie twory będące przedmiotem prawa autorskiego – a nie tylko te, które mieszczą się w którejś z ustawowo wskazanych kategorii utworów osieroconych – mogą stać się „osieroconymi”, gdy podmiot autorskoprawny nie będzie znany albo odnalezienie go okaże się niemożliwe.

Wyraźnie ograniczony jest również zakres podmiotowy dyrektywy 2012/28/UE. W praktyce instytucje kultury takie jak opery, operetki, orkiestry, filharmonie, teatry, kina, domy kultury czy galerie sztuki nie mogą korzystać z tej formy eksploatacji utworów osieroconych. Rozwiązanie to trudno ocenić jako korzystne, bo często to właśnie w galeriach, teatrach czy domach kultury znajdują się twory osierocone. Nadto, regulacja nie objęła swym zakresem także osób fizycznych, które przecież niejednokrotnie znajdują się w posiadaniu osieroconych dzieł opublikowanych, takich jak choćby stare czasopisma czy plakaty.

Niewystarczająca i niespójna wydaje się także regulacja dotycząca nabycia i utraty statusu utworu osieroconego. Należy zauważyć, że

⁷³ Tekst jedn.: Dz.U. z 2019 r. poz. 1231 ze zm.

⁷⁴ Banasiuk 2017, s. 192-193.

w dyrektywie 2012/28/UE w ogóle nie przewidziano żadnej procedury dotyczącej wygaśnięcia statusu utworu osieroconego. W art. 5 stwierdzono jedynie, że państwa członkowskie zapewniają podmiotowi uprawnionemu do utworu lub fonogramu uznanego za utwór osierocony możliwość unieważnienia, w dowolnym momencie, statusu utworu osieroconego, w zakresie przysługujących mu praw. Nie sprecyzowano jednak, w jaki sposób należy tę możliwość uregulować w przepisach krajowych. Okoliczność, że państwom członkowskim pozostawiono całkowitą swobodę w tym zakresie, nie sprzyja procesowi harmonizacji przepisów prawa autorskiego w Unii Europejskiej. Przyjęte rozwiązania mogą znacząco od siebie odbiegać, bowiem brak jest w regulacjach unijnych rozstrzygnięcia, jakie działania powinien podjąć uprawniony, któremu przysługują autorskie prawa majątkowe do utworu uznanego za osierocony.

Zakres uprawnień udzielony instytucjom upoważnionym do korzystania z utworów osieroconych jest również dość wąski i obejmuje jedynie zwielokrotnianie utworów osieroconych do celów digitalizacji, udostępniania, indeksowania, katalogowania, ochrony i odnawiania oraz ich publiczne udostępnianie. Nadto, jest to możliwe wyłącznie w celu realizacji zadań leżących w interesie publicznym.

Z powyższych względów, rozwiązania przyjęte na szczeblu unijnym i implementowane do prawa polskiego rozwiązują problem utworów osieroconych jedynie w sposób częściowy. Należy również odnotować wyraźne braki na tym polu w prawie międzynarodowym. Konwencja berneńska o ochronie dzieł literackich i artystycznych z 1886 r. w ogóle nie zawiera przepisów dostosowanych do specyfiki dzieł osieroconych. Tak samo należałoby ocenić postanowienia traktatu WIPO o prawie autorskim⁷⁵ oraz traktatu WIPO o artystycznych wykonaniach i fonogramach z 1996 r.⁷⁶ Taki stan rzeczy może niepokoić, skoro obecnie znajdujemy się w dobie dynamicznego rozwoju globalnej komunikacji, przekraczającej granice państw. W obliczu tego faktu stosowne rozwiązania powinny być przyjęte właśnie na szczeblu międzynarodowym, a nie tylko krajowym czy nawet unijnym.

⁷⁵ Traktat Światowej Organizacji Własności Intelektualnej o prawie autorskim (ang. *World Intellectual Property Organization Copyright Treaty*, WCT), sporządzony w Genewie dnia 20 grudnia 1996 r. (Dz.U. z 2005 r. nr 3, poz. 12).

⁷⁶ Traktat Światowej Organizacji Własności Intelektualnej o artystycznych wykonaniach i fonogramach (ang. *World Intellectual Property Organization Performances and Phonograms Treaty*, WPPT), sporządzony w Genewie dnia 20 grudnia 1996 r. (Dz.U. z 2004 r. nr 41, poz. 375).

BIBLIOGRAFIA

LITERATURA

Banasiuk J. 2017, *Korzystanie z utworów osieroconych – w poszukiwaniu optymalnych rozwiązań legislacyjnych*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego”, z. 1.

Błęszyński J. 2013, *Ustawa o prawie autorskim i prawach pokrewnych. Problemy de lege ferenda*, (w:) A. Matlak, S. Stanisławska-Kloc (red.), *Spory o własność intelektualną. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorom Januszowi Barcie i Ryszardowi Markiewiczowi*, Warszawa.

Gienas K. 2016, (w:) E. Ferenc-Szydełko (red.), *Ustawa o prawie autorskim i prawach pokrewnych. Komentarz*, Warszawa.

Marcinkowska J., Laskowska E. 2017, (w:) J. Barta (red.), *System prawa prywatnego*, t. 13, *Prawo autorskie*, Warszawa.

Matlak A. 2004, *Prawo autorskie w społeczeństwie informacyjnym*, Kraków.

Michalak A. 2013, *Kierunki implementacji dyrektywy 2012/28/UE (dzieła osierocone) do prawa polskiego*, „Europejski Przegląd Sądowy”, nr 10.

Obara M. 2013, *Prace nad nowelizacją ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych w obszarze utworów osieroconych*, (w:) D. Sokołowska (red.), *Dzieła osierocone. Korzystanie z dzieł osieroconych w świetle Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2012/28/UE z dnia 25 października 2012*, Poznań.

Osmańska M. 2015, *Rola organizacji zbiorowego zarządzania prawami autorskimi w regulacjach prawnych dotyczących utworów osieroconych*, „Themis Polska Nova”, nr 2.

Pietruch-Reizes D. 2014, *Digitalizacja i rozpowszechnianie utworów osieroconych w świetle dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2012/28/UE z 25 października 2012 roku*, „Przegląd Biblioteczny”, z. 4.

Sieńczyło-Chlabicz J., Banasiuk J. 2014, *Utwory osierocone – propozycje nowelizacji prawa autorskiego w zakresie starannego poszukiwania podmiotu praw autorskich*, „Państwo i Prawo”, z. 10.

Sieńczyło-Chlabicz J. 2017, *Nabywanie i utrata statusu utworu osieroconego – uwagi de lege lata i de lege ferenda*, (w:) P. Kostański, P. Podrecki, T. Targosz (red.), *EXPERIENTA DOCET. Księga jubileuszowa ofiarowana Pani Profesor Elżbiecie Traple*, Warszawa.

Stanisławska-Kloc S. 2007, *Utwory „osierocone”*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego. Prace z Prawa Własności Intelektualnej”, nr 4.

Stanisławska-Kloc S. 2013a, *Dyrektywa 2012/28/UE o utworach osieroconych – czy jesteśmy na właściwej drodze do rozwiązania problemu?*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego”, z. 1.

Stanisławska-Kloc S. 2013b, *Dyrektywa 2012/28 dotycząca korzystania z utworów osieroconych – kilka uwag przed dokonaniem polskiej implementacji*, (w:) D. Sokołowska (red.), *Dzieła osierocone. Korzystanie z dzieł osieroconych w świetle Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2012/28/UE z dnia 25 października 2012*, Poznań.

Ślęzak P. 2017, (w:) P. Ślęzak (red.), *Ustawa o prawie autorskim i prawach pokrewnych. Komentarz*, Warszawa.

Traple E. 2017, (w:) J. Barta (red.), *System prawa prywatnego*, t. 13, *Prawo autorskie*, Warszawa.

Vetulani A. 2009, *Dzieła osierocone – w poszukiwaniu europejskiego rozwiązania*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego. Prace z Prawa Własności Intelektualnej”, nr 1.

Vetulani-Cęgiel A. 2014, *Lobbing w procesie kształtowania prawa autorskiego w Unii Europejskiej. Studium przypadków: czas trwania praw pokrewnych, dzieła osierocone*, ACTA, Warszawa.

Żurawik A. 2012, *Klauzula interesu publicznego w prawie gospodarczym krajowym i unijnym*, LEX nr 158281.

AKTY PRAWA MIĘDZYNARODOWEGO

Konwencja berneńska o ochronie dzieł literackich i artystycznych z dnia 9 września 1886 r., Akt paryski sporządzony w Paryżu dnia 24 lipca 1971 r., Dz.U. z 1990 r. nr 82, poz. 474, zał.

Traktat Światowej Organizacji Własności Intelektualnej o prawie autorskim (ang. *World Intellectual Property Organization Copyright Treaty*, WCT), sporządzony w Genewie dnia 20 grudnia 1996 r., Dz.U. z 2005 r. nr 3, poz. 12.

Traktat Światowej Organizacji Własności Intelektualnej o artystycznych wykonaniach i fonogramach (ang. *World Intellectual Property Organization Performances and Phonograms Treaty*, WPPT), sporządzony w Genewie dnia 20 grudnia 1996 r., Dz.U. z 2004 r. nr 41, poz. 375.

Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, Dz. Urz. UE C 202 z 2016 r., s. 47.

AKTY PRAWA UNIJNEGO

Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2015/2424 z dnia 16 grudnia 2015 r. zmieniające rozporządzenie Rady (WE) nr 207/2009 w sprawie wspólnotowego znaku towarowego i rozporządzenie Komisji (WE) nr 2868/95 wykonujące rozporządzenie Rady (WE) nr 40/94 w sprawie wspólnotowego znaku towarowego oraz uchylające rozporządzenie Komisji (WE) nr 2869/95 w sprawie opłat na rzecz Urzędu Harmonizacji w ramach Rynku Wewnętrznego (znaki towarowe i wzory), Dz. Urz. UE L 341, s. 21.

Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2017/1001 z dnia 14 czerwca 2017 r. w sprawie znaku towarowego Unii Europejskiej, Dz. Urz. UE L 154, s. 1.

Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2001/29/WE z dnia 22 maja 2001 r. w sprawie harmonizacji niektórych aspektów praw autorskich i pokrewnych w społeczeństwie informacyjnym, Dz. Urz. WE L 167, s. 10, ze zm.

Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2006/116/WE z dnia 12 grudnia 2006 r. w sprawie czasu ochrony prawa autorskiego i niektórych praw pokrewnych, Dz. Urz. UE L 372, s. 12, ze zm.

Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2012/28/UE z dnia 25 października 2012 r. w sprawie niektórych dozwolonych sposobów korzystania z utworów osieroconych, Dz. Urz. UE L 299, s. 5.

AKTY PRAWA POLSKIEGO

Ustawa z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych, tekst jedn.: Dz.U. z 2019 r. poz. 1231 ze zm.

Ustawa z dnia 11 września 2015 r. o zmianie ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych oraz ustawy o grach hazardowych, Dz.U. z 2015 r. poz. 1639.

ORZECZNICTWO TRYBUNAŁU SPRAWIEDLIWOŚCI (UE)

Wyrok Trybunału Sprawiedliwości (UE) z dnia 7 grudnia 2006 r. w sprawie C-306/05 *Sociedad General de Autores y Editores de Espana (SGAE)* przeciwko *Rafael Hoteles*, Legalis nr 157050.

Wyrok Trybunału Sprawiedliwości (UE) z dnia 16 lipca 2009 r. w sprawie C-5/08 *Infopaq International A/S* przeciwko *Danske Dagblades Forening*, Legalis nr 159540.

Wyrok Trybunału Sprawiedliwości (UE) z dnia 21 października 2010 r. w sprawie C-467/08 *Padawan SL* przeciwko *Sociedad General de Autores y Editores de Espana (SGAE)*, Legalis nr 262534.

Wyrok Trybunału Sprawiedliwości (UE) z dnia 15 marca 2012 r. w sprawie C-135/10 *Società Consortile Fonografici (SCF)* przeciwko *Marco Del Corso*, Legalis nr 443469.

Wyrok Trybunału Sprawiedliwości (UE) z dnia 11 września 2014 r. w sprawie C-117/13 *Technische Universität Darmstadt* przeciwko *Eugen Ulmer KG*, Legalis nr 1048675.

Wyrok Trybunału Sprawiedliwości (UE) z dnia 9 czerwca 2016 r. w sprawie C-470/14 *Entidad de Gestión de Derechos de los Productores Audiovisuales (EGEDA), Derechos de Autor de Medios Audiovisuales (DAMA), Visual Entidad de Gestión de Artistas Plásticos (VEGAP)* przeciwko *Administración del Estado, Asociación Multisectorial de Empresas de la Electrónica, las Tecnologías de la Información y la Comunicación, de las Telecomunicaciones y de los contenidos Digitales (Ametic)*, Legalis nr 1468809.

INNE MATERIAŁY

Komisja Wspólnot Europejskich 2005, *Komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego oraz Komitetu Regionów – i2010: biblioteki cyfrowe*, Bruksela 30.09.2005, COM (2005) 456 wersja ostateczna, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/PDF/?uri=CELEX:52005DC0465&from=PL> (5.09.2020 r.).

Zalecenie Komisji 2006/585/WE z dnia 24 sierpnia 2006 r. w sprawie digitalizacji i udostępniania w Internecie dorobku kulturowego oraz w sprawie ochrony zasobów cyfrowych, Dz. Urz. UE L 236, s. 28.

Konkluzje Rady 2006/C 297/01 w sprawie digitalizacji i udostępniania w Internecie dorobku kulturowego oraz w sprawie ochrony zasobów cyfrowych, Dz. Urz. UE C 297, s. 1.

Komisja Wspólnot Europejskich 2008, *Zielona Księga – Prawo autorskie w gospodarce opartej na wiedzy*, Bruksela 16.07.2008 r., COM (2008) 466 wersja ostateczna, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/PDF/?uri=CELEX:52008DC0466&from=PL> (5.09.2020 r.).

Rezolucja Parlamentu Europejskiego z dnia 5 maja 2010 r. w sprawie Europejany – kolejnych kroków, Dz. Urz. UE C 81 E, s. 16.

Komisja Europejska 2011, *Wniosek – Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie niektórych dozwolonych możliwości wykorzystywania utworów osieroconych*, Bruksela 24.05.2011 r., COM (2011) 289 wersja ostateczna, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/PDF/?uri=CELEX:52011P-C0289&from=PL> (5.09.2020 r.).

Ministerstwo Kultury i Dziedzictwa Narodowego 2013a, *Tezy. Dzieła osierocone i dzieła niedostępne w handlu. Wprowadzenie do dyskusji o wdrożeniu do polskiego systemu prawa*, Forum Prawa Autorskiego, Warszawa 20.03.2013 r., http://www.prawoautorskie.gov.pl/media/forum_prawa_autorskiego/Tezy_-_dzieła_osierocone_i_dzieła_niedostępne_w_handlu_22_03_v__3.pdf (5.09.2020 r.).

Ministerstwo Kultury i Dziedzictwa Narodowego 2013b, *Podsumowanie odpowiedzi na kwestionariusz dotyczący problemu dzieł osieroconych i niedostępnych w handlu*, Forum Prawa Autorskiego, Warszawa 6.06.2013 r., http://www.prawoautorskie.gov.pl/media/drugie_forum_/Podsumowanie_odpowiedzi_na_kwestionariusz_po_FPA_finalne.pdf (5.09.2020 r.).

Ministerstwo Kultury i Dziedzictwa Narodowego 2013c, *Planowane kierunki wdrożenia regulacji dotyczącej problemu dzieł osieroconych i dzieł niedostępnych w handlu*, Forum Prawa Autorskiego, Warszawa 6.06.2013 r., http://www.prawoautorskie.gov.pl/media/drugie_forum_/Zalozenia_regulacji_problemu_dziel_osieroconych_Forum_Prawa_Autorskiego.pdf (5.09.2020 r.).

Uzasadnienie, zał. do rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych oraz ustawy o grach hazardowych, druk sejmowy nr 3449, Sejm RP VII kadencji, 20.05.2015 r., <http://www.sejm.gov.pl/sejm7.nsf/druk.xsp?nr=3449> (5.09.2020 r.).

STRONY INTERNETOWE

[https://euiipo.europa.eu/orphanworks/.](https://euiipo.europa.eu/orphanworks/)

WIELORYBNICTWO – MIĘDZYNARODOWE REGULACJE PRAWNE ORAZ ANALIZA ZAGADNIENIA NA PRZYKŁADZIE ISLANDII

PAULINA KOZIOŁ
UNIwersytet Wrocławski

WPROWADZENIE

Rozważania związane z tematem wielorybnictwa, należy rozpocząć od przedstawienia definicji czym tak naprawdę jest wielorybnictwo. W regulacjach prawa międzynarodowego nie ma definicji, która wprost definiowałaby czym jest wielorybnictwo. Zgodnie z definicją słownikową wielorybnictwo to „dziedzina przemysłu obejmująca połów i przetwórstwo waleni, głównie z grup: wielorybów gładkoscórych, wielorybów fałdowców i kaszalotów”¹.

Z kolei w dokumencie prawnym, jakim jest Międzynarodowa Konwencja o uregulowaniu połowów wielorybów z dnia 2 grudnia 1946 r.² nie ma odniesienia wprost do definicji związanej z wielorybnictwem, definicja taka może powstać poprzez analizę artykułów, które mają odniesienie do uregulowania połowów wielorybów. Wspominana wyżej Konwencja w art. 2 wprowadza jedynie definicje poniższych terminów związanych bezpośrednio z zagadnieniem wielorybnictwa:

- „statek przetwórczy” – znaczy statek, na którym przerabia się wieloryby w całości lub w częściach;
- „stacja lądowa” – znaczy fabryka na lądzie, w której przerabia się wieloryby w całości lub w częściach;

¹ <https://encyklopedia.pwn.pl/haslo/wielorybnictwo;3995819.html>, 05.09.2020.

² Dz.U. 2009 nr 143 poz. 1165, 05.09.2020.

- "wielorybnik" – znaczy statek wykorzystywany dla potrzeb polowania, odłowu, holowania, przetrzymywania na nich wielorybów, lub rozpoznawania ich stad;”.

Dopiero Plan do Międzynarodowej Konwencji o uregulowaniu połowów wielorybów, który został wprowadzony przez Komisję na 59 corocznym posiedzeniu, które odbyło się w maju 2007 r. wprowadza definicję i objaśnienia, wśród których zostało przedstawione zagadnienie "małego wielorybnictwa", co oznacza „operacje połowowe z zastosowaniem statków, wyposażonych w napęd motorowy i zamontowane działka harpunniczne, polujących wyłącznie na płetwala karłowatego, wala butelkonosego, wala Cuviera, grindwala lub orkę”.

Plan ten ponadto wprowadził podział na Wieloryby fiszbinowe, a także Wieloryby zębate. Obecnie szacuje się, że na świecie istnieje ponad 80 gatunków waleni³, a ich rozróżnienia można dokonać w oparciu o podział, który został dokonany w wyżej wspomnianym planie, a więc Zębowce (Odontoceti) i Fiszbinowce (Mysticeti). Do tej pierwszej grupy wielorybów zaliczane są osobniki, które posiadają uzębienie, a jego forma może być zróżnicowana⁴. Do drugiej grupy zaliczane są osobniki, które nie posiadają uzębienia, a jedynie fiszbiny, które mają postać nieregularnych płyt zwisających z podniebienia, których głównym zadaniem jest filtracja pokarmu⁵.

W tematycznej literaturze spotyka się również dodatkowy podział na Prawalenie (Archaeoceti)⁶, które odnoszą się do wymarłych osobników waleni, od których pochodzą współczesne gatunki. Warto wskazać, również na interesujący fakt związany z życiem wielorybów, a mianowicie ich długowieczność, gdyż szacuje się, że niektóre z gatunków wielorybów, które zamieszkują obszar Oceanu Arktycznego, żyją nawet więcej niż 200 lat⁷.

W odniesieniu do historii wielorybnictwa należy wskazać, że ma ono bardzo długą historię. Część źródeł wskazuje, że pierwsi, którzy polowali na wieloryby to Norwedzy⁸, natomiast inne źródła wskazują, że byli to Baskowie⁹.

³ <https://iwc.int/lives>, 05.09.2020.

⁴ <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/B9780128043271002612>, 05.09.2020.

⁵ <http://www.fao.org/tempref/docrep/fao/009/t0725e/t0725e07.pdf>, 05.09.2020.

⁶ <https://www.oxfordreference.com/view/10.1093/oi/authority.20110803095421867>, 05.09.2020

⁷ <https://www.sciencemag.org/news/2015/01/how-some-whales-live-more-200-years>, 05.09.2020

⁸ <https://www.nationalgeographic.org/article/big-fish-history-whaling/>, 05.09.2020.

⁹ <https://wwf.panda.org/?13796/The-History-of-Whaling-and-the-International-Whaling-Commission-IWC>, 05.09.2020.

Biorąc pod uwagę informacje przedstawione w literaturze, można stwierdzić, że polowania na wieloryby rozpoczęły się między IX a XI wiekiem¹⁰. Do grona prekursorów wielorybnictwa zalicza się także Francuzów i Japończyków.

Wzrost zainteresowania wielorybnictwem nastąpił w późnym średnio-wieczu i wiekach późniejszych, szczególnie wieku XVIII, XIX i XX. W tym okresie rozwinęły się ponadto metody i techniki polowania na wieloryby oraz zwiększyło się zainteresowanie polowaniem na wieloryby wśród innych państw, które nastąpiło m.in. w Stanach Zjednoczonych. Wśród głównych powodów, dla których polowanie na wieloryby upowszechniło się w wyżej wskazanych okresach należy zaliczyć przede wszystkim, chęć pozyskania nie tylko mięsa i skóry wielorybów, ale także oleju i ich szkieletu. Szczególnie popularne stało się wykorzystywanie oleju wielorybiego, który był używany w celu oświetlenia wnętrz domów i ulic, a także jako smar do maszyn w okresie rozkwitu przemysłu¹¹. Co więcej w późniejszym okresie olej wielorybi był używany również do produkcji mydła, a nawet margaryny¹². Wspominany wyżej szkielet, a także fiszby wykorzystywane były głównie w branży modowej.

Zgodnie z klasyfikacją Międzynarodowej Komisji Wielorybnictwa współ-cześnie można wyróżnić trzy kategorie polowań na wieloryby:

- polowanie na wieloryby związane z zaspokojeniem potrzeb ludów tubylczych i rdzennych społeczności;
- polowanie na wieloryby w celach komercyjnych;
- polowanie na wieloryby związane z celami naukowymi¹³.

Każde z powyższych ma odpowiednie uregulowanie i określone zasady, kiedy może wystąpić, zgodnie z zapisem Międzynarodowej Konwencji o uregulowaniu połowów wielorybów, jednak dokładniejszą analizę przedstawię w dalszej części mojej pracy.

Powyżej zaprezentowane informacje stanowią wprowadzenie do głównego tematu jakim jest Wielorybnictwo – międzynarodowe regulacje prawne oraz analiza zagadnienia na przykładzie Islandii. We wstępie nie odniosłam się wprost do historii wielorybnictwa na Islandii, gdyż zostanie to zaprezentowane w dalszej części pracy, ukazując przy tym kompleksowe zagadnienie jakim jest analiza wielorybnictwa na przykładzie Islandii. W dalszej części mojej pracy rozwinę ponadto zagadnienia związane z międzynarodowymi regulacjami prawnymi dotyczącymi wielorybnictwa, a w szczególności zwrócę uwagę

¹⁰ <https://www.whaling.jp/english/history.html>, 05.09.2020.

¹¹ <https://seascout.pl/wielorybnicy/>, 05.09.2020.

¹² <https://www.livescience.com/why-whaling-nineteenth-century.html>, 05.09.2020.

¹³ <https://iwc.int/whaling>, 05.09.2020.

na działalność Międzynarodowej Komisji Wielorybnictwa. W zakończeniu mojej pracy przedstawię podsumowanie, a także perspektywy na przyszłość związane z polowaniem na wieloryby w XXI wieku.

PRZEGLĄD MIĘDZYNARODOWYCH DOKUMENTÓW PRAWNYCH REGULUJĄCYCH KWESTIĘ WIELORYBNICTWA

Początek zainteresowania uregulowaniem kwestii połowów wielorybów nastąpił w latach 30 XX wieku. Było to spowodowane przede wszystkim chęcią zabezpieczenia tego gatunku ze względu na fakt, iż populacja wielorybów ucierpiała znacząco w trakcie I wojny światowej, w głównej mierze ze względu na wykorzystywanie oleju wielorybów do produkcji materiałów wybuchowych¹⁴. Pierwsza międzynarodowa Konwencja o uregulowaniu połowów wielorybów została podpisana w Genewie 24 września 1931 r.¹⁵ Konwencja została podpisana z inicjatywy organizacji Ligi Narodów. Miała ona zastosowanie jedynie do gatunku wielorybów bezzębnych, a z jej stosowania wyłączyła pod pewnymi warunkami ludy tubylcze. Ponadto zgodnie z art. 4 i art.5 zabraniała zabijania określonych w konwencji gatunków wielorybów, a także zabijania, poławiania cieląt i młodych wielorybów oraz towarzyszących im matek. Zapis w konwencji nakazywał wykorzystanie w możliwie jak najpełniejszy sposób schwytanego wieloryba, a załogi trudniące się połowem wielorybów powinny mieć odpowiednie pozwolenie od danego państwa sygnatariusza konwencji. Co więcej załogi te po schwytaniu wieloryba powinny przekazywać jak najdokładniejsze biologiczne i geograficzne informacje związane z danym wielorybem i miejscem jego połowu. Państwa sygnatariusze konwencji zostali zobowiązani do przekazywania informacji statystycznych związanych z połowem wielorybów do Międzynarodowego Biura Statystyk Wielorybniczych w Oslo. Wyżej wspomniane biuro powstało w 1930 r. na mocy działalności państw Ligi Narodów, ale przede wszystkim jako efekt działalności Międzynarodowej Rady Badań Morza¹⁶.

Powyższa konwencja Ligi Narodów zobowiązywała państwa sygnatariuszy do określonych działań, jednak nie wprowadziła zapisu o żadnych

¹⁴ <https://wwf.panda.org/?13796/The-History-of-Whaling-and-the-International-Whaling-Commission-IWC>, 05.09.2020.

¹⁵ Dz.U.1935.14.75.

¹⁶ <https://www.ices.dk/sites/pub/Publication%20Reports/Marine%20Science%20Symposia/Phase%202/ICES%20Marine%20Science%20Symposia%20-%20Volume%20215%20-%202002%20-%20Part%2054%20of%2070.pdf>, 05.09.2020.

konsekwencjach ich nieprzestrzegania, co więcej nie została podpisana przez wszystkie państwa, które trudniły się połowem wielorybów.

Kolejnym istotnym przedsięwzięciem związanym z regulacjami dotyczącymi połowów wielorybów było Międzynarodowe Porozumienie regulujące połowy wielorybów podpisane w Londynie w 8 czerwca 1937 r. Porozumienie zostało podpisane na jeden rok z możliwością przedłużenia i regulowało kwestie zbliżone do wcześniej wprowadzonej Konwencji Ligi Narodów, jednak zostało podpisane przez znacznie mniejszą grupę państw. Wprowadzało dodatkowe definicje i rozróżnienie wielorybów, a ponadto w pełniejszym zakresie regulowało gatunki objęte zakazem połowów¹⁷.

Powyższe porozumienie i dołączone do niego protokoły, które zostały podpisane rok później – 24 czerwca 1938r. stanowiły podwaliny do podpisania Międzynarodowej Konwencji o uregulowaniu połowów wielorybów 2 grudnia 1946 r.

Konwencja ta do tej pory stanowi najważniejszy dokument regulujący kwestie połowów wielorybów na świecie. Wraz z jej uchwaleniem powołano do życia Międzynarodową Komisję Wielorybniczą, w skład której wchodzi jeden członek reprezentujący państwo – sygnatariusza Konwencji. Konwencja swoim kształtem przypomina swoją poprzedniczkę z 1931 r., jednak w zdecydowanie w rozszerzonej wersji. W preambule Konwencji znajduje się zapis związany z jej głównym celem jakim jest „zabezpieczenie dla przyszłych pokoleń wielkiego przyrodniczego zasobu, jakim jest pogłowie wielorybów” ponadto wskazuje, że „historia wielorybnictwa dowodzi faktu nadmiernych połowów na coraz bardziej licznych akwenach i coraz większej liczby gatunków wielorybów w stopniu tak znacznym, że potrzebna jest ochrona wszystkich gatunków wielorybów przed dalszymi połowami”.

Działalność Komisji skupia się przede wszystkim na ustalaniu planów połowów wielorybów w celach naukowych, monitorowaniu oraz zbieraniu statystyk, ustalaniu gatunków walen wymagających szczególnej ochrony, a także miejsc i akwenów wyłączonych całkowicie z połowów. Ponadto w ramach działalności Komisji ustalane są tzw. rezerwaty oraz sanktuaria walen. W ramach swoich zadań i kompetencji Komisja skupia się również na działalności naukowo-badawczej i organizacji corocznych spotkań przedstawicieli państw członkowskich oraz organizacji pozarządowych, które stanowią forum do wspólnego dialogu i wypracowania norm i standardów dotyczących wielorybnictwa. W 1982 r. Komisja wprowadziła Moratorium, na mocy którego

¹⁷ <https://iea.uoregon.edu/treaty-text/1937-whalingentxt>, 05.09.2020.

zakazuje się wszelkich komercyjnych połowów wielorybów, a weszło ono w życie w 1986 r.¹⁸. Obecnie Międzynarodowa Komisja Wielorybnicza składa się z 88 członków (przedstawiciele państw sygnatariuszy). Niektóre państwa zdecydowały się porzucić swoje członkostwo w Komisji i należą do nich m.in. Japonia, która zdecydowała się opuścić Komisję i Konwencję w ubiegłym roku. Ponadto inne państwa, które opuściły Komisję i zapisy Konwencji to m.in. Kanada, Egipt, Filipiny i Wenezuela.

Oprócz działalności Międzynarodowej Komisji Wielorybnictwa, od momentu jej powstania na forum międzynarodowym zostały uchwalone inne regulacje odnoszące się do zagadnień związanych z połowem wielorybów. Należy tutaj wskazać m.in. Konwencję o międzynarodowym handlu dzikimi zwierzętami i roślinami gatunków zagrożonych (CITES) z 1975 r.¹⁹ wraz z późniejszymi rezolucjami, które wprowadziły m.in. zakaz handlu mięsem wielorybów²⁰.

Prawne odniesienia związane z wielorybami znalazły się również w art. 65 i art. 120 Konwencji Narodów Zjednoczonych o prawie morza, podpisanej w Montego Bay w 1982 r. Konwencja w swoich zapisach wskazała, że państwa powinny „współpracować w celu zachowania ssaków morskich, a zwłaszcza starać się za pośrednictwem odpowiednich organizacji międzynarodowych zachować i badać walenie oraz gospodarować nimi”²¹. Powyższe zapisy są bardzo ogólne, jednak odsyłają wprost do szczegółowych regulacji prawnych wyspecjalizowanych przez odpowiednie organizacje międzynarodowe, takie jak Międzynarodowa Komisja Wielorybnictwa.

Kwestie związane z wielorybnictwem są również poruszane na forum Unii Europejskiej i jak dotąd powstało wiele rezolucji i zaleceń UE w tym temacie, a wśród nich warto wymienić chociażby Rezolucję Parlamentu Europejskiego z dnia 12 września 2017 r. w sprawie polowań na wieloryby w Norwegii²². UE w ramach swojej działalności dba o ochronę środowiska o zasięgu regionalnym i międzynarodowym, a w ramach tego znajdują zastosowanie również ochrona waleni. Ponadto w załączniku IV tzw. dyrektywy siedliskowej UE²³ zostały wymienione wszystkie gatunki waleni, które podlegają

¹⁸ <https://iwc.int/commercial>, 05.09.2020.

¹⁹ Dz.U. 1991 Nr 27, poz. 112, 05.09.2020.

²⁰ <https://cites.org/eng/res/11/11-04.php>, 05.09.2020.

²¹ Dz.U. 2002 nr 59 poz. 543.

²² https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2017-0328_PL.html, 05.09.2020.

²³ Dyrektywa 92/43/EWG w sprawie ochrony siedlisk przyrodniczych oraz dzikiej fauny i flory, Dz.U. L 206 z 22.7.1992, s. 7.

ochronie na wodach należących do państw członkowskich UE. Oznacza to, że nie mogą one być poławiane, szczególnie do celów komercyjnych, czy też zabijane²⁴. Unia Europejska w swojej działalności wspiera i popiera działania i inicjatywy Międzynarodowej Komisji Wielorybnictwa.

ANALIZA WIELORYBNICTWA – ISLANDIA

Pierwsze połowy wielorybów na wodach należących do Islandii datowane są na XII w., a były one prowadzone nie przez samych Islandczyków, a Basków, którzy w pogoni za waleniami dopływali do wód okalających terytorium Islandii. Co więcej istnieją ograniczone źródła, wskazujące na to, że jedne z pierwszych quasi stacji wielorybniczych na terytorium Islandii zostały założone również przez Basków w XVII w.²⁵ Islandczycy handlowali z Baskami zarówno narzędziami jak i złowionym przez nich mięsem wielorybów, jednak ze względu na ograniczone materiały źródłowe z tego okresu ciężko jest wskazać do końca jak przebiegała ta współpraca²⁶. Uważa się, że Islandczycy nie posiadali wiedzy i umiejętności efektywnego polowania na wieloryby w tamtym okresie²⁷.

W XIX wieku na wodach islandzkich połowów dokonywały również jednostki należące do Norwegii, Danii i Stanów Zjednoczonych²⁸. W 1883 r. Norwegia uzyskała prawo budowy pierwszej oficjalnej stacji wielorybniczej na Islandii, a w przeciągu kilku lat rozwinięto budowę stacji do kilkunastu²⁹. Szczytuje się, że Norwedzy rocznie byli w stanie złowić ok. 500 sztuk wielorybów³⁰.

XIX wiek to również okres, kiedy powstało pierwsze islandzkie przedsiębiorstwo zajmujące się połowem wielorybów. Powstało ono w 1897 r. i nazywało się Hval-Industri Aktieselskabet Island³¹, jednak już po kilku latach zbankrutowało i zostało sprzedane zagranicznym inwestorom.

Na początku XX wieku – w 1913 r. islandzki parlament Alpingi wprowadził zakaz połowów wielorybów, który trwał do 1928 r.³² Wznowienie połowów wielorybów przez Islandczyków nastąpiło w latach 30 XX wieku,

²⁴ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/HTML/?uri=CLEX:52017PC0463&from=DE>, 05.09.2020.

²⁵ <https://www.ifaw.is/history/>, 06.09.2020.

²⁶ <https://www.ifaw.is/history/>, 06.09.2020.

²⁷ Jakobsson, Halfdanarson 1992, s. 244.

²⁸ Tonnessen, Johnsen 1982, s. 75.

²⁹ Rasmussen 2014, s. 82.

³⁰ Jakobsson, Halfdanarson 1992, s. 244.

³¹ Tonnessen, Johnsen, 1982 s. 81.

³² Jakobsson, Halfdanarson 1992, s. 244.

głównie za sprawą utworzenia pierwszej w pełni islandzkiej stacji wielorybniczej, a także regulacji prawnych z 1935 r., które umożliwiały polowania na wieloryby z wykorzystaniem nowoczesnych metod³³. Z kolei po II wojnie światowej w 1949 r. powstało islandzkie przedsiębiorstwo wielorybnicze Hvalur h/f, co po islandzku oznacza wieloryba, warto wskazać, że przedsiębiorstwo to wciąż istnieje.

Islandia w momencie powstania Międzynarodowej Komisji Wielorybnictwa na Międzynarodowej Konferencji Wielorybniczej w 1946 r. była obserwatorem, a następnie rok później podpisała Międzynarodową Konwencję o uregulowaniu połowów wielorybów, która weszła w życie w 1948 r.³⁴ Islandia przystępując do Konwencji wciąż kontynuowała połowy wielorybów i tak do 1975 r. szacuje się, że połowy przedsiębiorstwa Hvalur h/f wynosiły ok. 400 wielorybów rocznie³⁵.

Ze względu na zmniejszającą się populację wielorybów Międzynarodowa Komisja Wielorybnictwa postanowiła wprowadzić w 1982 r. całkowity zakaz połowań komercyjnych na wieloryby, a miał on w pełni obowiązywać od 1986 r. Islandia wprost nie sprzeciwiła się regulacjom wprowadzonym przez Międzynarodową Komisję Wielorybnictwa, ale też nie zastosowała się do jej postanowień. Było to tłumaczone przede wszystkim art. VIII Międzynarodowej Konwencji o uregulowaniu połowów wielorybów, który dopuszczał połów wielorybów, gdy jest to uzasadnione celem naukowo-badawczym. Ponadto Islandia eksportowała mięso wielorybie do Japonii, mimo, że postanowienia powyższej Konwencji zakazywały eksportu mięsa wielorybiego za granicę³⁶. Utrzymany zakaz związany z połowem wielorybów sprawił, że Islandia oficjalnie wystąpiła z Międzynarodowej Komisji Wielorybnictwa w czerwcu 1992 r., a powróciła do niej po 10 latach w 2002 r. Warto dodać, że zanim Islandia ponownie przystąpiła do Międzynarodowej Komisji Wielorybnictwa, w 2010 r. podpisała również Konwencję o międzynarodowym handlu dzikimi zwierzętami i roślinami gatunków zagrożonych.

Bardzo często spotykane jest twierdzenie, że wielorybnictwo należy do tradycji islandzkich podobnie jak spożywanie mięsa wielorybiego. Islandia posiada silne związki z wielorybami o czym świadczą liczne opowieści i legendy, w których występują wieloryby. Wśród tych historii występują

³³ <https://digitalcommons.law.uga.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=http://scholar.google.pl/&httpsredir=1&article=1360&context=gjicl>, 06.09.2020.

³⁴ <https://treaties.un.org/pages/showDetails.aspx?objid=0800000280150135>, 06.09.2020.

³⁵ <https://www.ifaw.is/history/>, 06.09.2020.

³⁶ <https://www.ifaw.is/history/>, 06.09.2020.

zróznicowania w określaniu wielorybów jako “dobre wieloryby” i “diabelskie wieloryby”³⁷. Z nimi związane są również przesady jak m.in. taki, że nie powinno się rozmawiać o wielorybach na otwartym morzu, bo może to przynieść nieszczęście³⁸. Wieloryby były również bohaterami sag jak m.in. saga Heimskringla o królu Olafie Tryggvasonie. Saga ta opisuje zamiary podboju Islandii przez duńskiego króla Haralda Sinozębnego, który zanim zdecydował się na wysłanie swoich wojsk na wyspę, zlecił jednemu z magików, aby zamienił się w wieloryba i spróbował opłynąć wyspę, po to aby znaleźć jej najsłabsze punkty. Misja jednak nie zakończyła się sukcesem, gdyż Islandia, jak wierzono była strzeżona przez dobre duchy, które nie pozwoliły magikowi wielorybowi wejść na ląd³⁹. Większość legend i historii, które odnoszą się do spotkań Islandczyków z wielorybami, ukazuje je jako bardzo mądre zwierzęta, do których należy zachować respekt⁴⁰.

Wieloryb po islandzku to “hvalur”, ale istnieje również określenie “hvalreki”, które odnosi się do wielorybów, które utknęły na brzegu, lub zostały na niego wyrzucone. Określenie to znaczy również „niespodziewane szczęście”⁴¹, co można wytłumaczyć, tym, że znalezienie takiego wieloryba stanowiło spore szczęście, gdyż w okresie niedostatku pożywienia, był on jego źródłem⁴². Wierzono również, że tak zesłane wieloryby są darem Boga⁴³.

Islandii przypisuje się to, że wieloryby stanowią element tradycyjnej kuchni, co jednak jest błędem, biorąc pod uwagę badania opinii publicznej przeprowadzone przez Instytut Gallupa w 2018 r., które wykazały, że jedynie 3 % Islandczyków spożywało mięso wieloryba 6 lub więcej razy w ciągu ostatnich 12 miesięcy, natomiast 82 % Islandczyków odpowiedziało, że nigdy w życiu nie spożywało mięsa wielorybiego⁴⁴. Na Islandii istnieją bary i restauracje jak np. Priir Frakkar⁴⁵, które serwują mięso wielorybie w różnych postaciach, jednak są one skierowane głównie do turystów jako atrakcja turystyczna, stwarzając przy tym błędne przekonanie, że jest to element lokalnej kuchni.

³⁷ <https://www.northsailing.is/2005/03/11/icelandic-myths-and-tales-of-whales/>, 06.09.2020.

³⁸ <https://www.northsailing.is/2005/03/11/icelandic-myths-and-tales-of-whales/>, 06.09.2020.

³⁹ <https://guidetoiceland.is/pl/islandzka-natura/obserwowanie-wielorybow-na-islandii>, 06.09.2020.

⁴⁰ <http://www.worldtrans.org/creators/whale/myths0.html>, 06.09.2020.

⁴¹ <https://glosbe.com/is/en/hvalreki>, 06.09.2020.

⁴² <https://grapevine.is/mag/articles/2017/05/18/words-of-interest-whale-tales/>, 06.09.2020.

⁴³ Rasmussen 2014, s. 81.

⁴⁴ <https://icelandmag.is/article/whaling-not-icelandic-tradition>, 06.09.2020.

⁴⁵ <https://www.3frakkar.is/matsedill>, 06.09.2020.

Islandia, mimo że powróciła do Międzynarodowej Komisji Wielorybnictwa to wciąż kontynuowała połowy wielorybów, nie stosując się do postanowień Międzynarodowej Konwencji o uregulowaniu połowów wielorybów. Szacuje się, że w okresie 2006 -2015 zabito ponad 700 wielorybów⁴⁶. W 2018 r. islandzkie ministerstwo do spraw rybołówstwa ogłosiło maksymalny roczny limit połowów wielorybów ustalając go na 209 finwali i 217 płetwali karłowatych. Ma on obowiązywać w latach 2018-2025⁴⁷. Jednak obecnie należy zauważyć zmianę w podejściu, a mianowicie ten rok jest już 2 z rzędu, w którym jedno z dwóch wciąż istniejących na Islandii przedsiębiorstw wielorybniczych Hvalur h/f zadeklarowało, że nie będzie poławiać żadnego wieloryba, podobnie jak uczyniło to w ubiegłym roku⁴⁸. Ten rok jest również przełomowy, bo właściciel drugiego islandzkiego przedsiębiorstwa wielorybniczego (IP-Utgerd) Gunnar Bergmann Jonsson oznajmił, że „Nigdy więcej nie wypłynę na polowanie na wieloryby. Kończę z tym na dobre”⁴⁹. Jego przedsiębiorstwo IP-Utherd zajmują się głównie połowem płetwali karłowatych, a swoją wypowiedź umotywował dodatkowo tym, że z roku na rok zmniejsza się populacja wielorybów, a co więcej ich połowy stają się coraz bardziej nieopłacalne.

Obecnie dla Islandczyków bardziej opłacalne i dochodowe są organizowane rejsy turystyczne, podczas których można zobaczyć wieloryba. Na Islandii istnieje spora liczba przedsiębiorstw, która oferuje takie usługi zarówno dla grup jak i prywatnych osób. Islandia z roku na rok staje się coraz popularniejszym kierunkiem turystycznym, a wraz z nim rośnie zainteresowanie wyżej wspomnianymi rejsami. Firmy potrafią organizować rejsy cały rok, wiedząc nawet, że w niektórych okresach, spotkanie wieloryba jest niemożliwe na danym obszarze, a jako rekompensatę w sytuacji braku ujrzenia go, oferują ponowną możliwość wypłynięcia.

Warto wskazać również, na powstałe w Islandii muzea wielorybów. Jedno z nich znajduje się w Husavíku i powstało w 1997 r., a kolejne powstało w 2014 r. w Reykjavíku. Muzea skierowane są nie tylko do turystów, ale również samych Islandczyków, szczególnie dzieci i młodzieży, dla której organizowane są specjalne lekcje i warsztaty związane z życiem wielorybów

⁴⁶ <https://us.whales.org/our-4-goals/stop-whaling/whaling-in-iceland/>, 06.09.2020.

⁴⁷ <https://edition.cnn.com/2019/02/22/europe/iceland-allows-whale-hunting-trnd/index.html>, 06.09.2020.

⁴⁸ <https://www.nationalgeographic.com/science/2020/04/commercial-whaling-may-be-over-iceland/>, 06.09.2020.

⁴⁹ <https://uk.whales.org/2020/04/27/success-icelandic-minke-whale-hunts-end-after-years-of-wdc-campaigning/w> 06.09.2020.

tw. „wielorybia szkoła”⁵⁰. Co więcej organizowane są lokalnie wprowadzone dni wielorybów – pierwsze zostały zorganizowane w Reykjavíku 30 czerwca 2018 r., a drugie 22 czerwca 2019 r. Podczas dni zorganizowano wiele atrakcji związanych z życiem wielorybów, a głównym ich celem było zwrócenie uwagi na te niesamowite ssaki, a także edukacja na temat ochrony i zabezpieczenia zasobów morskich⁵¹.

PODSUMOWANIE I PERSPEKTYWY NA PRZYSZŁOŚĆ

Wielorybnictwo jest zjawiskiem, posiadającym długą historię sięgającą wczesnego średniowiecza. W historii wielorybnictwa można zauważyć okresy wzmożonych polowań, ale też ich ograniczenia. Zmiany związane z podejściem do wielorybnictwa nastąpiły po I wojnie światowej i były kontynuowane, a niewątpliwym sukcesem stało się powołanie Międzynarodowej Komisji wielorybniczej.

Obecnie istnieje bardzo duże zaangażowanie organizacji pozarządowych, jak i społeczności międzynarodowej na rzecz zaprzestania komercyjnych polowań waleni. Warto wskazać, tutaj przede wszystkim działalność Międzynarodowego Funduszu na rzecz Dobrostanu Zwierząt (IFAW), który w 2010 r. rozpoczął kampanie skierowaną do Islandii. Kampania była zatytułowana „Meet us do't eat us” – co przetłumaczyć można jako spotkaj się z nami, nie jedz nas, a jej głównym celem było zwrócenie uwagi na problem polowań na wieloryby, które powinny się zakończyć, a w zamian zachęcała do oglądania tych zwierząt podczas m.in. rejsów.

Islandia jest idealnym przykładem tego, jak można ograniczyć, a w niedalekiej przyszłości zapewne całkowicie wyeliminować wielorybnictwo wykorzystując głównie akcje edukacyjne, których celem jest zwiększenie świadomości społeczeństwa.

Niepokojące są jednak doniesienia z Japonii, która w 2019 r. opuściła Międzynarodową Komisję Wielorybniczą i kontynuuje połowy, a mięso z waleni stanowi tam jeden z luksusowych przysmaków. Podobnie Norwegia mimo, iż w 1960 r. dołączyła do Międzynarodowej Komisji Wielorybniczej i przyjęła na siebie zobowiązania Moratorium z 1982 r. dalej kontynuuje komercyjne połowy waleni.

⁵⁰ <https://www.hvalasafn.is/en/whale-school/>, 06.09.2020.

⁵¹ <https://www.ifaw.org/international/journal/the-second-annual-whale-day-in-iceland-a-look-at-my-experience-celebrating-with-whale-experts-and-campaigners>, 06.09.2020.

Jednym z głównych problemów, przez który nie można wyeliminować całkowicie zjawiska wielorybnictwa jest „brak twardych regulacji międzynarodowych” oraz brak konsekwencji za nieprzestrzeganie postanowień obecnych regulacji prawnych.

Postępujące zmiany w świadomości społeczeństw oraz ich i działania oddolne w ramach wielu akcji i inicjatyw lokalnych, a także internetowych, poprzez m.in. tworzenie petycji dają nadzieję na to, że społeczność ta wpłynie na państwa, które wciąż trudnią się wielorybnictwem, a praktyka ta niebawem dobiegnie końca

BIBLIOGRAFIA

Akty prawne

Dyrektywa 92/43/EWG w sprawie ochrony siedlisk przyrodniczych oraz dzikiej fauny i flory, Dz.U. L 206 z 22.7.1992, s. 7.

Konwencja o uregulowaniu połowów wielorybów Dz.U.1935.14.75.

Konwencja o międzynarodowym handlu dzikimi zwierzętami i roślinami gatunków zagrożonych (CITES) z 1975 r Dz.U. 1991 Nr 27, poz. 112.

Konwencja Narodów Zjednoczonych o prawie morza, sporządzona w Montego Bay dnia 10 grudnia 1982 r. Dz.U. 2002 nr 59 poz. 543.

Międzynarodowa Konwencja o uregulowaniu połowów wielorybów z dnia 2 grudnia 1946 r. Dz.U. 2009 nr 143 poz. 1165.

Literatura

Gillespie A., 2005, *Whaling Diplomacy: Defining Issues in International Environmental Law*, Cheltenham.

Rasmussen M. 2014, *The whaling versus whale-watching debate. The resumption of Icelandic whaling* (in:) *Whale-watching: Sustainable Tourism and Ecological Management*, (red.) J.Higham, L. Bejder, R. Williams, New York.

Jakobsson A. S., Halfdanarson G. 1992, *Historical Dictionary of Iceland*, Maryland.

Tonnessen J. N., Johnsen A. O. 1982, *The History of Modern Whaling*, Sandefjord.

Źródła internetowe

<https://www.3frakkar.is/matsedill>, 06.09.2020.

<https://adventures.is/blog/whales-of-iceland/>, 06.09.2020.

<https://archive.is/20130127133504/http://www.latimes.com/news/opinion/editorials/la-ed-whale21oct21,0,3701388.story?coll=la-news-comment-editorials>, 02.08.2020.

<https://www.animallaw.info/article/overview-laws-and-regulations-protecting-whales>, 02.08.2020.

<https://awionline.org/content/icelandic-whaling>.

<https://www.britannica.com/topic/whaling/Modern-whaling>, 02.08.2020.

<https://cites.org/eng/res/11/11-04.php>, 05.09.2020.

<https://digitalcommons.law.uga.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=http://scholar.google.pl/&httpsredir=1&article=1360&context=gjicl>, 06.09.2020.

<https://edition.cnn.com/2019/02/22/europe/iceland-allows-whale-hunting/trnd/index.html>, 06.09.2020.

<http://www.ejil.org/pdfs/14/5/454.pdf>, 02.08.2020.

<https://encyklopedia.pwn.pl/haslo/wielorybnictwo;3995819.html>, 05.09.2020.

https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2017-0328_PL.html, 05.09.2020.

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/HTML/?uri=CELEX:52017PC0463&from=DE>, 05.09.2020.

<http://www.fao.org/tempref/docrep/fao/009/t0725e/t0725e07.pdf>, 05.09.2020.

<https://glosbe.com/is/en/hvalreki>, 06.09.2020.

<https://www.gov.pl/web/srodowisko/miedzynarodowej-konwencji-o-uregulowaniu-polowow-wielorybow-icrw>, 02.08.2020.

<https://grapevine.is/mag/articles/2017/05/18/words-of-interest-whale-tales/>, 06.09.2020.

<https://grapevine.is/mag/articles/2018/07/23/the-last-whaler-why-is-whaling-in-iceland-still-a-thing/>, 02.08.2020.

<https://grapevine.is/news/2019/02/20/icelands-fishing-minister-green-lights-whale-hunting-to-2023/>, 02.08.2020.

<https://guidetoiceland.is/pl/islandzka-natura/obserwowanie-wielorybow-na-islandii>, 06.09.2020.

http://www.humanesociety.org/sites/default/files/archive/assets/pdfs/Iceland_report_pt1.pdf, 05.09.2020.

<https://www.ices.dk/Pages/default.aspx>, 05.09.2020.

<https://www.hvalasafn.is/en/whale-school/>, 06.09.2020.

<https://icelandmag.is/article/whaling-not-icelandic-tradition>, 02.08.2020.

<https://www.ices.dk/sites/pub/Publication%20Reports/Marine%20Science%20Symposia/Phase%202/ICES%20Marine%20Science%20Symposia%20-%20Volume%20215%20-%202002%20-%20Part%2054%20of%2070.pdf>, 05.09.2020.

<https://iea.uoregon.edu/treaty-text/1937-whalingentxt>, 05.09.2020.

<https://www.ifaw.is/history/>, 02.08.2020.

<https://www.ifaw.org/international/journal/the-second-annual-whale-day-in-iceland-a-look-at-my-experience-celebrating-with-whale-experts-and-campaigners>, 06.09.2020.

<https://www.infor.pl/akt-prawny/DZU.2009.143.0001165,miedzynarodowa-konwencja-o-uregulowaniu-polowow-wielorybow.html>, 02.08.2020.

<https://iwc.int/commercial>, 05.09.2020.

<https://iwc.int/home>, 02.08.2020.

<https://iwc.int/whaling>, 05.09.2020.

<https://www.livescience.com/why-whaling-nineteenth-century.html>, 05.09.2020

<https://www.national-geographic.pl/arttykul/islandia-rezygnuje-z-zabijania-wielorybow>, 02.08.2020.

<https://www.nationalgeographic.org/article/big-fish-history-whaling/>, 02.08.2020.

<https://www.nationalgeographic.com/science/2020/04/commercial-whaling-may-be-over-iceland/>, 06.09.2020.

<https://naukawpolsce.pap.pl/aktualnosci/news%2C360885%2Cpolska-oficjalnie-w-miedzynarodowej-komisji-wielorybniczej.html>, 02.08.2020.

<https://www.northsailing.is/2005/03/11/icelandic-myths-and-tales-of-whales/>, 06.09.2020.

<https://www.oxfordreference.com/view/10.1093/oi/authority.20110803095421867>, 05.09.2020.

<https://www.prawo.pl/akty/dz-u-1935-14-75,16778153.html>, 02.08.2020.

<https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/B9780128043271002612>, 05.09.2020.

<https://www.sciencemag.org/news/2015/01/how-some-whales-live-more-200-year>, 05.09.2020.

<https://seascout.pl/wielorybnicy/>, 05.09.2020.

<https://sip.lex.pl/akty-prawne/dzu-dziennik-ustaw/konwencja-o-uregulowaniu-polowu-wielorybow-genewa-1931-09-24-16778153>, 02.08.2020.

<https://skemman.is/bitstream/1946/15765/1/BA%20ritgerð.pdf>, 02.08.2020.

<https://theanimalfund.net/en/whaling-in-iceland/>, 06.09.2020.

<https://treaties.un.org/pages/showDetails.aspx?objid=0800000280150135>, 06.09.2020.

<https://uk.whales.org/2020/04/27/success-icelandic-minke-whale-hunts-end-after-years-of-wdc-campaigning/>, 06.09.2020.

<https://us.whales.org/our-4-goals/stop-whaling/whaling-in-iceland/>, 06.09.2020.

<https://web.archive.org/web/20090621202950/http://www.whalemuseum.is/whaling-iceland/history-of-whaling/>, 02.08.2020.

<https://www.whaling.jp/english/history.html>, 02.08.2020.

<http://www.worldtrans.org/creators/whale/myths0.html>, 06.09.2020.

<https://wwf.panda.org/?13796/The-History-of-Whaling-and-the-International-Whaling-Commission-IWC>, 05.09.2020.

RAJE PODATKOWE. MIĘDZYNARODOWE OPTYMALIZACJE PODATKOWE Z WYKORZYSTANIEM RAJÓW PODATKOWYCH.

PATRYCJA KULAK
UNIwersytet Wrocławski

WSTĘP

Prowadzenie działalności gospodarczej jest związane z dużymi nakładami pieniężnymi. Im większe przedsiębiorstwo, tym generuje większe zyski, ale również odnotowuje duże wydatki. Sporą ich część stanowią podatki. Z tego powodu, przedsiębiorstwa międzynarodowe wybierają na siedzibę swojego przedsiębiorstwa takie kraje, w których system podatkowy jest korzystny nie tylko pod względem wysokości podatków, lecz również z uwagi na przejrzystość systemu podatkowego oraz całego systemu prawnego. Przedsiębiorcy poszukują takich państw, w których władza nie ingeruje w swobodę działalności gospodarczej, a także takich, które posiadają sprzyjający przedsiębiorcom system bankowy. Równie chętnie przedsiębiorcy współpracują z innymi podmiotami, mającymi siedzibę na takim terytorium. Nic dziwnego, że władze państw, które zwiększają wysokość podatków lub nakładają na przedsiębiorców kolejne zobowiązania, a także ingerują w prowadzoną przez nich działalność, nie będą budziły zaufania przedsiębiorców. W świetle powyższego, przedsiębiorcy mogą unikać rejestracji przedsiębiorstw w takich krajach i poszukiwać innych, alternatywnych miejsc do prowadzenia swojej działalności. Nie tylko osoby prawne, ale również osoby fizyczne mogą stosować różnego rodzaju optymalizacje podatkowe.

Raje podatkowe są powszechnie kojarzone w sposób negatywny, przede wszystkim są postrzegane jako narzędzie do popełniania przestępstw podatkowych. Raje podatkowe mogą być narzędziem wykorzystywanym do optymalizowania wysokości podatków. Optymalizacje podatkowe nie stanowią czynności sprzecznej z literą prawa. Polski ustawodawca nie nakłada na podatników obowiązku uiszczania danin publicznych w wysokości maksymalnej, tym samym nie zabrania podatnikom poszukiwania form ich optymalizacji, pod warunkiem, że są to legalne sposoby zmniejszania podstawy opodatkowania. Wszystko, czego ustawodawca nie zabronił podatnikom jest dla nich dozwolone. Niestety, oprócz legalnych form optymalizacji, w niektórych sytuacjach dochodzi do przekroczenia granicy prawa, stąd istotnym jest, ażeby na arenie międzynarodowej uważnie przyglądać się strukturze optymalizacji podatkowych z wykorzystaniem rajów podatkowych przez poszczególne podmioty.

Raj podatkowy to wyłącznie potoczny termin, stosowany dla opisanego państwa lub terytorium, stosującego szkodliwą konkurencję podatkową. Jednakże, z uwagi na powszechność tego wyrażenia, którym posługuje się również doktryna i literatura, będzie ono używane również w niniejszym opracowaniu. W polskim porządku prawnym nie funkcjonuje definicja legalnego rajów podatkowych. Rozporządzenia¹ posługują się jedynie zwrotem „kraje lub terytoria stosujące szkodliwą konkurencję podatkową w zakresie podatku dochodowego”, co zostanie jeszcze przedstawione w dalszej części pracy.

Z uwagi na fakt, iż tematyka optymalizacji podatkowych z wykorzystaniem rajów podatkowych jest niezwykle obszerna pod względem merytorycznym, ramy niniejszego artykułu zostaną ograniczone do prób zdefiniowania czym jest raj podatkowy, podania jego cech charakterystycznych, następnie przedstawienia tzw. list rajów podatkowych, sporządzonych przez wybrane państwa i organizacje międzynarodowe, następnie zostaną przedstawione negatywne konsekwencje tworzenia rajów podatkowych, sposoby optymalizacji danin publicznych z wykorzystaniem rajów podatkowych przez podatników, różnice pomiędzy uchylaniem się od opodatkowania, a unikaniem opodatkowania, jak również przeciwdziałanie międzynarodowym optymalizacjom podatkowym.

¹ Rozporządzenie Ministra Finansów z dnia 28 marca 2019 r. w sprawie określenia krajów i terytoriów stosujących szkodliwą konkurencję podatkową w zakresie podatku dochodowego od osób prawnych, Dz.U.2019.600 oraz rozporządzenie Ministra Finansów z dnia 28 marca 2019 r. w sprawie określenia krajów i terytoriów stosujących szkodliwą konkurencję podatkową w zakresie podatku dochodowego od osób fizycznych, Dz.U.2019.599.

RAJE PODATKOWE. DEFINICJA.

Raj podatkowy, nazywany jest również potocznie „oazą podatkową”, „terytorium *offshorowym*”, czy „podatkowym azylem”, a nawet „międzynarodowym centrum finansowym”². Powyższe pojęcia stanowią wyłącznie potoczne określenia, bowiem w polskim porządku prawnym nie funkcjonuje definicja legalna raju podatkowego. Polskie przepisy posługują się pojęciem „państwa i terytoria stosujące szkodliwą konkurencję podatkową”, nie wyjaśniając jednocześnie jego znaczenia, o czym w dalszej części pracy.

Należy podkreślić, iż raje podatkowe nie są wytworem XXI wieku, ani też XX wieku. Historia tworzenia rajów podatkowych sięga aż czasów starożytnych. Praktycznie od momentu pojawienia się podatku, kreatywność ludzka skupiła się na sposobach zminimalizowania podstawy opodatkowania i dała początek stworzeniu rajów podatkowych. Najstarszym odnotowanym wydarzeniem było zjawisko praktykowane przez greckich kupców, którzy z uwagi na podatek importowy, nałożony przez miasto-państwo Ateny, składowali swoje towary w innych *poleis*, celem uniknięcia płacenia ww. podatku. W późniejszych okresach również pojawiały się epizody optymalizowania opodatkowania, jednakże niewątpliwie rozwój centrów *offshor-owych* to wiek XX. Jednym z pierwszych takich terytoriów były Wyspy Bermudzkie oraz Lichtenstein, a także Szwajcaria. Szwajcaria jest dobrym przykładem tego, że określenie „raj podatkowy” oznacza nie tylko terytorium, na którym obowiązują niskie lub zerowe podatki, ale również takie, w których tajemnica bankowa jest jedną z najpilniej strzeżonych. Szwajcaria otrzymała takie określenie po tym, jak instytucje finansowe i bankowe odmawiały organom innych państw udostępnienia jakichkolwiek informacji na temat swoich klientów. Wymiana informacji przez instytucje finansowe z organami innych państw nadal jest jedną z przesłanek kwalifikowania danego terytorium jako raju podatkowego³.

Największy rozwój rajów podatkowych to czasy dekolonizacji i powstawania małych państw. Początkowo, bardzo często były to terytoria niewielkie, nieposiadające żadnych surowców, bardzo często również ubogie. Celem zwiększenia swojej pozycji na arenie międzynarodowej, jak również zapewnienia sobie stałych dochodów, kraje te zaczęły wprowadzać korzystne dla podatników regulacje prawne. Liberalizacja przepisów prawa podatkowego okazała się sposobem na uzyskanie dochodu. Stąd pierwsze raje podatkowe XX w. to głównie państwa wyspiarskie, położone w okolicach Morza Karaibskiego,

² Grzywacz 2010, s. 51.

³ Mazur 2002, s. 98-99.

Oceanii czy Ameryki Środkowej⁴. J. Grzywacz podkreśla, iż rajami podatkowymi są najczęściej tzw. mikropaństwa o niewielkiej liczbie ludności oraz małej powierzchni, w których najczęściej nie występują żadne surowce mineralne, a także jest odnotowana niska aktywność gospodarcza⁵.

Na arenie międzynarodowej podejmowane są próby zdefiniowania rajów podatkowego. Organizacja Współpracy Gospodarczej i Rozwoju proponuje następującą definicję: „rajem podatkowym jest obszar, na którym istnieje system prawny umożliwiający podmiotom zagranicznym redukcję obciążeń podatkowych, w stosunku do ich macierzystych krajów”⁶. Z kolei A. Starchild, uważa, że podatkowym azylem są takie kraje, których systemy prawne, podatkowe, tradycja, przepisy, a nawet ustalenia zawarte w umowach międzynarodowych, umożliwiają jednostce redukcję obciążeń finansowych, w tym nawet w stopniu całkowitym⁷.

J. Grzywacz uważa, że najczęściej używaną i najlepiej opisującą azyle podatkowe jest definicja podana przez Departament Skarbu Stanów Zjednoczonych, tj. rajem podatkowym jest „państwo posiadające niską lub zerową stopę podatkową na wszystkie lub wybrane kategorie dochodów, pewien poziom tajemnicy bankowej lub handlowej oraz minimalne lub żadne wymogi rezerw w banku centralnym lub żadne ograniczenia wymiany walut. Większość rajów podatkowych ma nieskomplikowane wymogi licencyjne i regulacyjne dla banków i innych przedsiębiorstw”⁸.

Próby definicji oaz podatkowych podejmowało się również wiele państw świata, w tym Polska, jednakże nie została opracowana legalna definicja tego pojęcia. W ślad za Ł. Mazurem- „według nieoficjalnej definicji Ministerstwa Finansów RP za raj podatkowy należy uznać kraj lub terytorium charakteryzujące się brakiem lub szczególnie niskim opodatkowaniem. Administracja amerykańska nakazuje utożsamiać je z państwami, które na swoim terytorium posiadają niską lub zerową stawkę podatkową na wszystkie lub wybrane rodzaje dochodów, wysoki poziom tajemnicy bankowej i handlowej, nieskomplikowane przepisy w zakresie wymogów licencyjnych, brak ograniczeń w zakresie wymiany walut czy rezerw walutowych w swoich bankach centralnych”⁹.

Mimo, iż starania legislacyjne nie przyniosły oczekiwanych skutków, tj. nie uregulowano definicji legalnej oazy podatkowej, to podczas prób

⁴ Mazur 2002, s. 98-99.

⁵ Grzywacz 2010., s. 53.

⁶ Mazur 2002, s. 99

⁷ Starchild 1944, s. 7.

⁸ Grzywacz 2010, s. 52.

⁹ Mazur 2002, s. 99.

definicyjnych wyróżniono kilka elementów charakterystycznych dla rajów podatkowych, tj. niskie stawki podatków lub zerowe, przejrzysty, stabilny i elastyczny system podatkowy, stabilny system polityczny i ekonomiczny, położenie geograficzne, zapewnienie wysokiego poziomu przestrzegania tajemnicy bankowej oraz handlowej, rozwój komunikacyjny i infrastrukturalny terytorium, przejrzysty i liberalny system prawa dewizowego, liberalny system prawa bankowego, rozbudowane zaplecze doradcze ze strony doradców finansowych, księgowych, następnie niskie opłaty związane z rejestracją spółki, niskie koszty prowadzenia działalności gospodarczej, czy kwestia podpisania z wieloma państwami świata umów w przedmiocie podwójnego opodatkowania¹⁰. Niektórzy przedstawiciele doktryny wskazują również na nie podejmowanie współpracy z fiskusem czy z Prokuraturami innych państw (przykładowo Karaiby czy Zjednoczone Emiraty Arabskie).

Co istotne, J. Grzywacz podkreśla, iż „liberalne prawo bankowe umożliwia nie tylko łatwe, ale i prawie anonimowe otwieranie kont bankowych, a bezwzględny obowiązek zachowania tajemnicy bankowej pozwala na bezpieczne i dyskretne dokonywanie wszelkich operacji finansowych. Często ustawodawstwo jest skonstruowane w taki sposób, że nie można ustalić stanu rachunków bankowych bądź tożsamości ich posiadaczy oraz samych właścicieli banku. Udzielenie tego typu informacji jest najczęściej równoznaczne z naruszeniem obowiązującego tam prawa bankowego”¹¹. Następnie podkreśla, iż raje podatkowe często oferują obcokrajowcom wykwalifikowaną kadrę księgowych, doradców podatkowych, czy pracowników do ich dyspozycji. Ważnym jest, ażeby na terenie rajów podatkowych nie występowały żadne konflikty wewnętrzne, jak również międzynarodowe, w tym wojny, gdyż zagraża to stabilności gospodarczej kraju¹².

Niezwykle pomocnym przy próbie zdefiniowania pojęcia rajy podatkowego może okazać się wskazanie zadań, jakie mają spełniać raje podatkowe, tj. przede wszystkim uzyskanie oszczędności podatkowych, zapewnienie anonimowości dla osób zarządzających przedsiębiorstwami, jak również dla udziałowców takich przedsiębiorstw oraz ochrona majątków ww. osób¹³.

Jak już zostało wspomniane, w ustawodawstwie polskim nie występuje definicja legalna „raju podatkowego” - jest to wyłącznie potoczne określenie, używane powszechnie w doktrynie i literaturze. Rozporządzenia Ministra

¹⁰ Mazur 2002, s. 99-101.

¹¹ Grzywacz 2010, s. 59.

¹² Grzywacz 2010, s. 61-62.

¹³ Mazur 2002, s. 101.

Finansów, tj. rozporządzenie Ministra Finansów z dnia 28 marca 2019 r. w sprawie określenia krajów i terytoriów, stosujących szkodliwą konkurencję podatkową w zakresie podatku dochodowego od osób prawnych¹⁴ oraz rozporządzenie Ministra Finansów z dnia z dnia 28 marca 2019 r. w sprawie określenia krajów i terytoriów, stosujących szkodliwą konkurencję podatkową w zakresie podatku dochodowego od osób fizycznych¹⁵ wprowadzają nomenklaturę „kraje i terytoria, stosujące szkodliwą konkurencję podatkową w zakresie podatku dochodowego”, jednakże nawet to określenie nie zostało zdefiniowane w ww. aktach prawnych. Powyższe regulacje zawierają jedynie wyliczenie krajów oraz terytoriów, które są uważane przez polskie organy państwowe za stosujące szkodliwą konkurencję podatkową.

Inne państwa lub organizacje międzynarodowe mogą przygotować odmienne wyliczenie oaz podatkowych, stosujących szkodliwą konkurencję podatkową. Nie sposób stwierdzić, która lista rajów podatkowych ma być tą wiodącą, z którą powinny być zgodne wszystkie pozostałe. Aktualnie regulacje dotyczące sporządzania list rajów podatkowych nie zostały zharmonizowane, a państwa na całym świecie regulują tę kwestię swoimi wewnętrznymi przepisami. Również Unia Europejska sporządza własne listy rajów podatkowych. Mimo zharmonizowanych regulacji unijnych, również poszczególne państwa członkowskie sporządzają swoje odrębne listy rajów podatkowych. Warto mieć na względzie, iż przedmiotowe listy rajów podatkowych są stale modyfikowane, bowiem niektóre z oaz podatkowych zaczynają spełniać kryteria stosowania uczciwej konkurencji podatkowej, z kolei inne tak zmieniają swoje systemy podatkowe, że stanowią niebezpieczną konkurencję podatkową, a tym samym, na listę są wpisywane kolejne terytoria.

Interesującą instytucją są również tzw. prywatne raje podatkowe. Nie posiadają one odrębnej jurysdykcji podatkowej, tak jak kraje stanowiące oazy podatkowe. Nomenklatura zaczęła funkcjonować, gdy po II wojnie światowej obywatel brytyjski dokonał zajęcia platformy znajdującej się niedaleko Anglii i ogłosił ją rajem podatkowym. Aktualnie powstają pomysły na stworzenie kolejnych prywatnych rajów podatkowych, jednakże nie trzeba się domyślać,

¹⁴ Rozporządzenie Ministra Finansów z dnia 28 marca 2019 r. w sprawie określenia krajów i terytoriów stosujących szkodliwą konkurencję podatkową w zakresie podatku dochodowego od osób prawnych, Dz.U.2019.600.

¹⁵ Rozporządzenie Ministra Finansów z dnia 28 marca 2019 r. w sprawie określenia krajów i terytoriów stosujących szkodliwą konkurencję podatkową w zakresie podatku dochodowego od osób fizycznych, Dz.U.2019.599.

iz przedmiotowy pomysł wydaje się isticie utopijnym, a praktycznie wszystkie takie projekty okazują się później być oszustwami¹⁶.

Początkowo, kraje oraz organizacje międzynarodowe nie podejmowały prób zwalczania rajów podatkowych i utrzymywały pozytywne relacje z oazami podatkowymi. Z czasem jednak, gdy niektóre z krajów na całym świecie ponosiły znaczące straty finansowe, na skutek wypływu kapitału z budżetu państwa, do rajów podatkowych, postanowiło podjąć interwencję. Uciążliwe straty finansowe spowodowały konieczność podjęcia działań, celem przeciwdziałania tworzeniu oaz podatkowych. Jednym z pierwszych form podjętej współpracy był raport, podjęty w 1998 r. na forum OECD - *Harmful Tax Competition: An Emerging Global Issue*. Raport ten powstał właśnie z obawy przed utratą wpływów dochodów do budżetu państw z tytułu danin publicznych. Powyższy dokument dał początek ścisłej współpracy państw, celem przeciwdziałania tworzenia szkodliwych systemów podatkowych. W związku z powyższym, w 2000 r. ukazała się lista rajów podatkowych, opracowana przez OECD. Na przedmiotowej liście widniało 35 państw, przede wszystkim: Dominikana, Panama, Seszele, Malediwy, Wyspy Dziewicze, Wyspy Marshalla czy Bahamy¹⁷. Powyższe przyczyniło się do tworzenia również prywatnych list rajów podatkowych. J. Głuchowski podaje między innymi: *Tax Haven Encyclopedia*, która zawierała 21 podstawowych oaz podatkowych, kolejno lista *Les refuges fiscal*, zawierająca 15 rajów podatkowych, takich jak: Szwajcaria, Lichtenstein, Hongkong czy Panama. Prywatną listę rajów podatkowych stanowi również *The International Tax Haven Directory*, zawierająca 47 terytoriów, stanowiących raje podatkowe¹⁸. Jak można zauważyć nawet prywatne listy rajów podatkowych różnią się liczbą uznawanych przez nie terytoriów za oazy podatkowe.

Podmioty prawa międzynarodowego zamiast tworzyć ogólne definicje legalne rajów podatkowych, coraz częściej tworzą listy państw, które są uważane w ich opinii za raje podatkowe. A zatem podają przykłady państw, które są oazami podatkowymi, mimo iż nie istnieje klarowna definicja rajów podatkowych. Co prawda, funkcjonują w doktrynie i literaturze ogólne kryteria kwalifikacji danego państwa jako rajów podatkowych, jednakże skoro konkretne państwo podaje przykłady rajów podatkowych, dobrze byłoby ażeby ujawniło również kryteria ich wyboru w postaci definicji oazy podatkowej, bowiem z pewnością niektóre z tych kryteriów, które proponuje doktryna mają mniejszy, a niektóre większy wpływ na kwalifikacje konkretnych państw jako rajów podatkowych.

¹⁶ Lipowski 2004, s. 159.

¹⁷ Grzywacz 2010, s. 69-70.

¹⁸ Głuchowski 1996, s. 40-41.

Tradycja sporządzania list wywodzi się z państw anglosaskich. Takie listy zazwyczaj posiadają charakter otwarty, ażeby możliwym było ich stałe modyfikowanie. Listy są tworzone przez państwa, jak również przez organizacje międzynarodowe, a nawet przez podmioty prywatne. Zestawienia te różnią się od siebie, bowiem jeden podmiot może przyjąć inne kryteria kwalifikacji kraju jako raju podatkowego, z kolei inny podmiot może przyjąć odmienne czynniki¹⁹. W dalszej części pracy zostaną zaprezentowane listy rajów podatkowych, sporządzone przez odpowiednie organy Polski, Francji oraz Unii Europejskiej, dzięki czemu można zauważyć wyraźne różnice pomiędzy składnikami tych zestawień.

Wyróżnia się w literaturze nawet trzy rodzaje list rajów podatkowych, tj. białe, szare oraz czarne. Najczęściej podmioty jednak tworzą jeden lub dwa rodzaje ww. list. Takie rozróżnienie można zauważyć przykładowo w Unii Europejskiej, stąd warto wskazać na czym powyższe rozróżnienie polega. Białe listy zawierają wyliczenie państw, które nie są oazami podatkowymi, jednakże stosują różnorodne preferencje podatkowe, korzystniejsze dla podatników, aniżeli państwo, które taką białą listę sporządza. Szara lista wyróżnia państwa, które również nie są uznawane za raje podatkowe w ocenie państwa sporządzającego przedmiotową listę, jednakże istnieją powody, z uwagi na które można zakwalifikować dane terytorium jako raj podatkowy. Z kolei, czarna lista zawiera podstawowe oazy podatkowe. Czasem czarna lista zawiera wyłącznie raje podatkowe, które są uznawane za takie przez większość państw świata (tzw. typowe raje podatkowe), przykładowo z uwagi na brak jakichkolwiek podatków lub istnienie wyłącznie symboliczne danin publicznych. Najczęściej sporządza się jednak czarną listę. Historia sporządzania list rajów podatkowych zaczyna się w 1972 r., kiedy to Niemcy sporządziły swoją listę rajów podatkowych, którą podzieliły na trzy części- w zależności od stawek podatków, które stosują. Następnie, w ślad za Niemcami, podążyła Francja, która w 1975 r. sporządziła dwie listy rajów podatkowych²⁰.

POLSKA LISTA RAJÓW PODATKOWYCH

Na regulacje krajowe dotyczące znaków towarowych składają dwa rozporządzenia Ministra Finansów, tj. rozporządzenie Ministra Finansów z dnia 28 marca 2019 r. w sprawie określenia krajów i terytoriów, stosujących szkodliwą konkurencję podatkową w zakresie podatku dochodowego od osób

¹⁹ Grzywacz 2010, s. 69-70.

²⁰ Grzywacz 2010, s. 71- 72.

prawnych oraz rozporządzenie Ministra Finansów z dnia z dnia 28 marca 2019 r. w sprawie określenia krajów i terytoriów, stosujących szkodliwą konkurencję podatkową w zakresie podatku dochodowego od osób fizycznych. Oba rozporządzenia zawierają taką samą listę terytoriów i krajów, uznawanych przez polskie władze za raje podatkowe.

Zgodnie z powyższymi regulacjami szkodliwa konkurencja podatkowa jest stosowana w systemach podatkowych w następujących krajach oraz terytoriach: „1) Księstwo Andory; 2) Anguilla – Terytorium Zamorskie Zjednoczonego Królestwa Wielkiej Brytanii i Irlandii Północnej; 3) Antigua i Barbuda; 4) Sint-Maarten, Curaçao – kraje wchodzące w skład Królestwa Niderlandów; 5) Królestwo Bahrajnu; 6) Brytyjskie Wyspy Dziewicze-Terytorium Zamorskie Zjednoczonego Królestwa Wielkiej Brytanii i Irlandii Północnej; 7) Wyspy Cooka – Samorządne Terytorium Stowarzyszone z Nową Zelandią; 8) Wspólnota Dominiki; 9) Grenada; 10) Sark – Terytorium Zależne Korony Brytyjskiej; 11) Hongkong- Specjalny Region Administracyjny Chińskiej Republiki Ludowej; 12) Republika Liberii; 13) Makau- Specjalny Region Administracyjny Chińskiej Republiki Ludowej; 14) Republika Malediwów; 15) Republika Wysp Marshalla; 16) Republika Mauritiusu; 17) Księstwo Monako; 18) Republika Nauru; 19) Niue- Samorządne Terytorium Stowarzyszone z Nową Zelandią; 20) Republika Panamy; 21) Niezależne Państwo Samoa; 22) Republika Seszeli; 23) Saint Lucia; 24) Królestwo Tonga; 25) Wyspy Dziewicze Stanów Zjednoczonych- Terytorium Nieinkorporowane Stanów Zjednoczonych; 26) Republika Vanuatu”²¹. Delegacja ustawowa do wydania przedmiotowych rozporządzeń znajduje się odpowiednio w art. 11j ust. 2 ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych²² oraz w art. 23v ust. 2 ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych²³.

Powyższa lista jest stale modyfikowana - jeśli dany kraj zdecyduje się na współpracę i udostępnianie informacji polskim organom, przede wszystkim Fiskusowi czy Prokuraturze, jest on usuwany z przedmiotowej listy. Aktualnie polska lista rajów podatkowych zawiera 26 państw. Co istotne, w Polsce nie ma podziału na listę szarą i czarną - funkcjonuje tylko jedna lista - w przeciwieństwie do Unii Europejskiej, o czym w dalszej części pracy.

²¹ Par. 1 rozporządzenia Ministra Finansów w sprawie określenia krajów i terytoriów stosujących szkodliwą konkurencję podatkową w zakresie podatku dochodowego od osób prawnych oraz par. 1 rozporządzenia Ministra Finansów w sprawie określenia krajów i terytoriów stosujących szkodliwą konkurencję podatkową w zakresie podatku dochodowego od osób fizycznych,

²² Ustawa z dnia 15 lutego 1992 r. o podatku dochodowym od osób prawnych, Dz.U.2020.1406.

²³ Ustawa z dnia 26 lipca 1991 r. o podatku dochodowym od osób fizycznych, Dz.U.2020.1426.

Zdaniem T. Lipowskiego „wprowadzenie do polskiego ustawodawstwa podatkowego wykazu państw i terytoriów, stosujących szkodliwą konkurencję podatkową ocenić należy pozytywnie, gdyż potrzeba taka istniała już od dawna, a wytyczne Ministerstwa Finansów kierowane do organów podatkowych nie mogły pełnić roli listy rajów podatkowych”²⁴.

Warte wskazania jest, iż pierwsze rozporządzenie Ministra Finansów z dnia 11 grudnia 2000 r. w przedmiocie wyliczenia krajów stosujących szkodliwą konkurencję podatkową²⁵, wymieniało jako specjalne raje podatkowe w zakresie transakcji dotyczących usług administracyjnych oraz innych świadczeń o charakterze niematerialnym, Republikę Federalną Niemiec czy Republikę Francuską²⁶. T. Lipowski tłumaczy powyższe faktem, iż „przy dokonywaniu kwalifikacji w omawianym zakresie koniecznym jest zachowanie pewnej dozy racjonalności i zdawania sobie sprawy z względności niektórych ustaleń, albowiem każde państwo w większym lub mniejszym zakresie może spełniać rolę raju podatkowego, czego dowodem jest chociażby polska lista krajów, stosujących szkodliwą konkurencję podatkową”²⁷.

Jak sytuacja wygląda w innych państwach? Przykładowo „na francuskiej czarnej liście, opublikowanej w styczniu 2020 r. widniało jedynie 13 państw, tj. Anguilla, Bahamy, Fidżi, wyspa Guam, Wyspy Dziewicze Stanów Zjednoczonych, Brytyjskie Wyspy Dziewicze, Oman, Panama, Samoa Amerykańskie, Wyspy Samoa, Seszele, Trynidad i Tobago oraz Vanuatu. W dużej mierze pokrywa się ona z listą unijną. Francja dodała jednak Anguillę, Wyspy Dziewicze, Seszele oraz Bahamy. Wskazuje się także, że w porównaniu do francuskiej listy rajów podatkowych, opublikowanej w 2016 r., wiele krajów nie jest już uznawana za raje podatkowe z racji, iż zdecydowały się podpisać z Francją umowę o wymianie informacji. Jedynym krajem, który znajduje się na starej i nowej francuskiej liście, jest Panama, przede wszystkim z powodu skandalu znanego jako *Panama Papers*, o czym dalej w niniejszym opracowaniu”²⁸.

Niewątpliwie można rzec, iż co kraj, to inna lista rajów podatkowych- bowiem państwa za raj podatkowy uznają terytorium lub kraj o korzystniejszym systemie podatkowym, aniżeli ten, który sami posiadają, stąd miarą wyjściową, porównawczą zawsze będzie system podatkowy danego państwa, sporządzającego przedmiotową listę. Można wręcz stwierdzić, że im korzystniejszy

²⁴ Lipowski 2004, s. 281.

²⁵ Rozporządzenie Ministra Finansów z dnia 11 grudnia 2000 r. w sprawie określenia krajów i terytoriów stosujących szkodliwą konkurencję podatkową, Dz.U.2000.115.1203.

²⁶ Lipowski 2004, s. 279-281.

²⁷ Lipowski 2004, s. 281.

²⁸ Sobczak [online].

dla podatników system podatkowo-prawny danego państwa, tym mniej terytoriów-rajów podatkowych takie państwo umieści na swojej liście.

UNIJNA LISTA RAJÓW PODATKOWYCH

Jak zostało już wcześniej wskazane, również Unia Europejska sporządza listy rajów podatkowych, tj. czarną oraz szarą listę rajów podatkowych. Na czarnej liście rajów podatkowych, zgodnie z Konkluzjami Rady w sprawie zmienionego unijnego wykazu jurysdykcji niechętnych współpracy do celów podatkowych z dnia 26 lutego 2021 r.²⁹, ukazały się państwa lub terytoria, w których funkcjonują szkodliwe systemy podatkowe, a ponadto, które nie wykazują chęci współpracy z organami innych państw - tzw. czarna lista rajów podatkowych. Znajduje się na niej aktualnie 12 państw lub części terytoriów państw (niekoniecznie rajem podatkowym musi być całe terytorium państwa), a są to: Samoa Amerykańskie, Samoa, Fidżi, Guam, Anguilla, Trynidad i Tobago, Wyspy Dziewicze Stanów Zjednoczonych, Vanuatu, Panama, Seszele, Palau oraz Dominika. Warto podkreślić, iż również Unia Europejska nie posługuje się pojęciem raj podatkowy, a wprowadza nową nazwę, tj. jurysdykcja niechętna współpracy do celów podatkowych- a zatem odmiennie, aniżeli polskie przepisy³⁰. Mimo wprowadzonej odmienne nomenklatury, również UE nie definiuje ww. pojęcia.

Ww. wykaz oprócz listy czarnej rajów podatkowych, zawiera szarą listę rajów podatkowych, tj. w załączniku nr II zostały zamieszczone informacje na temat „stanu współpracy z Unią Europejską w odniesieniu do zobowiązań podjętych przez jurysdykcje współpracujące w celu wdrożenia zasad dobrego zarządzania w kwestiach podatkowych”. Są to kraje stosujące szkodliwą konkurencję podatkową, jednakże które podjęły współpracę z UE celem wykreślenia ich z listy rajów podatkowych. Kraje te otrzymują od organów Unii Europejskiej zadania mające na celu podjęcie odpowiednich reform w określonym- ustalonym z organami UE terminie. Przykładowo, Unia Europejska zobowiązała Turcję do wdrożenia automatycznej wymiany informacji poprzez podpisanie wielostronnej umowy między właściwymi organami lub na skutek zawarcia umów dwustronnych-do dnia 31 maja 2021 r., z kolei do dnia 30 czerwca 2021 r. zobowiązano ten kraj do podjęcia faktycznych działań

²⁹ Konkluzje Rady w sprawie zmienionego unijnego wykazu jurysdykcji niechętnych współpracy do celów podatkowych z dnia 26 lutego 2021 r. Dz.U.U.E.C.2021.66.40.

³⁰ Konkluzje Rady w sprawie zmienionego unijnego wykazu jurysdykcji niechętnych współpracy do celów podatkowych.

celem wymiany informacji z państwami członkowskimi. Kilku państwom Unia Europejska przedłużyła czas na zmianę szkodliwego systemu podatkowego, przykładowo dodatkowy termin otrzymały: Australia, Jamajka, Jordania. Na szarą listę rajów podatkowych składają się: Turcja, Botswana, Eswatini, Jordania, Tajlandia, Malediwy, Australia, Jamajka. Unia Europejska przyjęła nawet odmienną nomenklaturę dla krajów, podejmujących współpracę z UE, celem zmiany szkodliwego systemu podatkowego, w odróżnieniu od tych, które nie wyrażają chęci takiej współpracy, tj. „jurysdykcje współpracujące w celu wdrożenia zasad dobrego zarządzania w kwestiach podatkowych”³¹.

Pierwszy unijny wykaz jurysdykcji niechętnych współpracy do celów podatkowych został przyjęty dnia 5 grudnia 2017 r. Rada zleciła Grupie ds. Kodeksu Postępowania przeprowadzenie prac przygotowawczych w celu utworzenia pierwotnego wykazu (przyjętego dnia 5 grudnia 2017 r.). Co istotne, w tym celu Grupa zweryfikowała 92 jurysdykcje, biorąc jednocześnie pod uwagę: „więzi gospodarcze z Unią Europejską, stabilność instytucjonalną, znaczenie sektora finansowego danego kraju”. Powyższa analiza pozwoliła Radzie przyjąć pierwszy wykaz dnia 5 grudnia 2017 r. Wykaz objął wtedy aż 17 państw lub terytoriów spoza Unii Europejskiej, charakteryzujących się w jej ocenie- niekorzystnym systemem podatkowym. Od tej pory wykaz był już kilkakrotnie aktualizowany, a najważniejsze zmiany miały miejsce w marcu 2019 r. oraz w lutym 2020 r., bowiem pod koniec 2018 r., a także pod koniec 2019 r. mijały terminy wdrożenia przez kraje, o niekorzystnych systemach podatkowych unijnych, zobowiązań, celem przeciwdziałania funkcjonowania szkodliwym systemom podatkowym. Aktualnie, tj. od 2020 r. wykaz jest aktualizowany dwa razy w roku³².

Lista unijna oraz polska lista zawierają różnice w wykazie rajów podatkowych. W tym celu Minister Finansów, Funduszy i Polityki Regionalnej wydał obwieszczenie z dnia 26 lutego 2021 r. w sprawie państw lub terytoriów, które zostały uznane przez Unię Europejską za raje podatkowe, a których nie zakwalifikowała w ten sposób Polska. Ww. obwieszczenie wskazuje następujące terytoria:

1. Republika Fidżi
2. Guam
3. Republika Palau

³¹ Konkluzje Rady w sprawie zmienionego unijnego wykazu jurysdykcji niechętnych współpracy do celów podatkowych.

³² <https://www.consilium.europa.eu/pl/policies/eu-list-of-non-cooperative-jurisdictions/>, dostęp: dnia 11.03.2021.

4. Republika Trynidadu i Tobago
5. Samoa Amerykańskie³³.

Należy podkreślić, iż przedmiotowa unijna lista rajów podatkowych stanowi jedynie konkluzje Rady, a zatem nie jest aktem wiążącym państwa członkowskie Unii Europejskiej. Unia Europejska podkreśla w Konkluzjach Rady w sprawie zmienionego unijnego wykazu jurysdykcji niechętnych współpracy do celów podatkowych, iż „zwraca się do instytucji i państw członkowskich UE, stosownie do sytuacji, by nadal uwzględniały zmieniony unijny wykaz przedstawiony w załączniku I w polityce zagranicznej, stosunkach gospodarczych i współpracy na rzecz rozwoju z odnośnymi państwami trzecimi, bez uszczerbku dla odpowiednich sfer kompetencji państw członkowskich i Unii wynikających z Traktatów”³⁴.

Ww. listy Unia Europejska zaczęła sporządzać po aferze panamskiej tzw. *Panama Papers*, tj. sytuacji ujawnienia rzeczywistej działalności panamskiej kancelarii podatkowo- prawnej Mossack Fonseca, której głównym przedmiotem działalności była sprzedaż zakładanych spółek *offshore*. Tym samym więc pośrednio przyczyniała się do ukrywania majątków znanych osób, w tym również polityków, zobowiązanych do publikacji swoich przychodów. Z uwagi na osoby, które brały udział w przedmiotowym wydarzeniu, skutki tego były niezwykle doniosłe, przede wszystkim aresztowano wiele znanych osobistości. Celem ukazania rozmiaru tego zdarzenia, szacuje się, że ww. kancelaria prawno- podatkowa reprezentowała nawet ponad 300 tysięcy spółek *offshore*³⁵.

Sporządzenie przez Unię Europejską szarej i czarnej listy było kluczowe celem ukazania przejrzystości regulacji różnych państw, a dzięki wpisaniu niektórych z nich na przedmiotowe listy, zmieniają one swoje ustawodawstwa na spełniające wymogi unijne. Podstawowe pytanie, które rodzi się po wstępnej lekturze, to konsekwencja uwzględnienia w zestawieniu rajów podatkowych konkretnego państwa. Jakie skutki dla przedsiębiorców, posiadających siedzibę w takim państwie ma fakt wpisania tego kraju na listę rajów podatkowych? Oprócz ryzyka reputacyjnego i utraty wiarygodności w oczach konsumentów,

³³ Obwieszczenie Ministra Finansów, Funduszy i Polityki Regionalnej z dnia 26 lutego 2021 r. w sprawie ogłoszenia listy krajów i terytoriów wskazanych w unijnym wykazie jurysdykcji niechętnych współpracy do celów podatkowych przyjmowanym przez Radę Unii Europejskiej, które nie zostały ujęte w wykazie krajów i terytoriów stosujących szkodliwą konkurencję podatkową wydawanym na podstawie przepisów o podatku dochodowym od osób fizycznych oraz przepisów o podatku dochodowym od osób prawnych, oraz dnia przyjęcia tego wykazu przez Radę Unii Europejskiej, M.P.2021.225.

³⁴ Konkluzje Rady w sprawie zmienionego unijnego wykazu jurysdykcji niechętnych współpracy do celów podatkowych.

³⁵ https://en.wikipedia.org/wiki/Panama_Papers,

którzy są odbiorcami towarów, oferowanych przez przedsiębiorę lub świadczo-nych usług, co ma bezpośredni wpływ na osiągnięty zysk, przedsiębiorstwa takie mogą narazić się również inne konsekwencje. A. Punczewicz grupuje możliwe konsekwencje zakwalifikowania kraju na listę rajów podatkowych. Pierwsza z grup, to obowiązki o charakterze informacyjnym, w tym obowiązek raportowania oraz wykazania substancji biznesowej, kolejną konsekwencją jest odmowa preferencyjnego traktowania, jak również wzrost obciążeń fiskalnych co do dochodu osiągniętego z funkcjonowania przedsiębiorstw zarejestrowanych na terytorium rajów podatkowych, przejawiających się podwyższeniem podstawy opodatkowania, czy limity odliczania kosztów uzyskania przychodu³⁶.

Próbie przeciwdziałania niekorzystnemu opodatkowaniu podejmuje także Unia Europejska w Dyrektywie Rady UE 2016/1164 z 12.07.2016 r.³⁷ (znana też jako Dyrektywa ATAD od skrótu *Anti-Tax Avoidance Directive*) z racji, iż niekorzystne systemy podatkowe innych państw świata mają bezpośredni wpływ na funkcjonowanie unijnego rynku wewnętrznego. Trzeba mieć jednak na uwadze, iż przedmiotowa dyrektywa jest stosowana wyłącznie do tych podatników, którzy podlegają opodatkowaniu podatkiem od osób prawnych w co najmniej jednym państwie członkowskim (nie dotyczy podatników podlegających podatkowi dochodowemu od osób fizycznych)³⁸. Motorem dla wprowadzenia przedmiotowej dyrektywy było działanie Organizacji Współpracy Gospodarczej i Rozwoju (OECD), celem przeciwdziałania rajom podatkowym. Ww. organizacja wraz z innymi państwami sporządziła Plan Działań BEPS, który miał stanowić punkt wyjścia do walki z krajami o niekorzystnym systemie podatkowym³⁹. Jednakże przedmiotowy Plan Działań nie miał mocy wiążącej, miał charakter wyłącznie opiniodawczy, a więc stanowił tzw. *soft-law*. Nie istniały żadne sankcje za nieprzestrzeganie go. Postanowienia powyższego planu działań zostały również przyjęte przez Radę Unii Europejskiej. Powyższe tym bardziej zwróciło uwagę państw Unii Europejskiej na problem szkodliwych systemów podatkowych, do których transferowano z UE kapitał, który powinien trafić do budżetów państw członkowskich. Tym sposobem Unia Europejska, w ślad za OECD przyznała, że zachodzi

³⁶ Punczewicz [online].

³⁷ Dyrektywa Rady (UE) 2016/1164 z dnia 12 lipca 2016 r. ustanawiająca przepisy mające na celu przeciwdziałanie praktykom unikania opodatkowania, które mają bezpośredni wpływ na funkcjonowanie rynku wewnętrznego, Dz.U.UE.L.2016.193.1.

³⁸ Art. 1 ust. 1 Dyrektywy Rady (UE) ustanawiającej przepisy mające na celu przeciwdziałanie praktykom unikania opodatkowania, które mają bezpośredni wpływ na funkcjonowanie rynku wewnętrznego.

³⁹ Dmowski 2019, s. 16.

konieczność zapewnienia, ażeby podatki były płacone w miejscu, gdzie są generowane zyski i wytwarzana jest wartość (tym zresztą zdaniem rozpoczyna się preambuła ww. dyrektywy)⁴⁰.

Ww. akt prawny posiada niezwykle rozbudowaną preambułę. Już w motywie numer 3 ww. dyrektywy został nakreślony problem, któremu należało przeciwdziałać, wprowadzając przedmiotową dyrektywę, tj. „konieczne jest ustanowienie przepisów, aby podnieść przeciętny poziom ochrony przed agresywnym planowaniem podatkowym na rynku wewnętrznym. Ponieważ przepisy te będą musiały pasować do 28 odrębnych systemów podatku od osób prawnych, powinny one ograniczać się do przepisów ogólnych i pozostawiać kwestie ich wdrożenia w gestii państw członkowskich, które są w stanie lepiej określić szczegółowe elementy tych przepisów w sposób optymalnie odpowiadający ich systemowi podatku od osób prawnych. Ten cel można osiągnąć poprzez ustanowienie minimalnego poziomu ochrony krajowych systemów podatku od osób prawnych w celu przeciwdziałania praktykom unikania opodatkowania w całej Unii”⁴¹. A zatem Unia Europejska przyjęła system, w którym harmonizuje jedynie podstawowe regulacje przeciwdziałania agresywnemu planowaniu podatkowemu, jednocześnie jest świadoma, iż całkowita harmonizacja przepisów w tym zakresie jest w Unii Europejskiej mało prawdopodobna, tym samym pozostawia szczegółową regulację w tym zakresie samodzielnie państwom członkowskim. Z drugiej strony, w motywie numer 16 ww. dyrektywa podkreśla, iż harmonizacja w niewielkim chociaż stopniu jest niezwykle potrzebna: „z uwagi na fakt, że jednym z kluczowych celów niniejszej dyrektywy jest zwiększenie odporności całego rynku wewnętrznego na transgraniczne praktyki unikania opodatkowania, celu tego nie można w wystarczającym stopniu osiągnąć w drodze samodzielnych działań podejmowanych przez państwa członkowskie. Krajowe systemy podatku od osób prawnych nie są jednolite, w związku z czym działania podejmowane niezależnie przez państwa członkowskie doprowadziłyby tylko do powielenia obecnej fragmentacji rynku wewnętrznego w zakresie podatków bezpośrednich. Sprzyjałoby to zatem utrwaleniu obecnych niewydolności i zakłóceń w przypadku interakcji pomiędzy różnymi środkami krajowymi. Doprowadziłoby to do braku koordynacji działań. Natomiast ze względu na fakt, że duża część niewydolności na rynku wewnętrznym prowadzi zasadniczo

⁴⁰ Dmowski 2019, s. 16.

⁴¹ Motyw numer 3 Dyrektywy Rady (UE) ustanawiającej przepisy mające na celu przeciwdziałanie praktykom unikania opodatkowania, które mają bezpośredni wpływ na funkcjonowanie rynku wewnętrznego.

do problemów o charakterze transgranicznym, środki naprawcze należy przyjąć na poziomie Unii (...) Ustanawiając minimalny poziom ochrony rynku wewnętrznego, niniejsza dyrektywa ma na celu jedynie zapewnienie - w minimalnym niezbędnym zakresie- koordynacji działań wewnątrz Unii, aby umożliwić realizację jej celów⁴².

Kolejno, motyw numer 5 przedmiotowej dyrektywy przedstawia konieczne do podjęcia działania, jakie należy podjąć, celem przeciwdziałania niekorzystnym systemom podatkowym, a tym samym celem przeciwdziałania utracie przez państwa członkowskie Unii Europejskiej wpływów do budżetu z tytułu podatków, tj. „konieczne jest ustanowienie przepisów przeciwdziałających erozji baz podatkowych na rynku wewnętrznym i przenoszeniu zysków poza obszar rynku wewnętrznego. Aby pomóc w osiągnięciu tego celu, wymagane jest wprowadzenie przepisów w następujących dziedzinach:

- ograniczenie możliwości odliczania odsetek;
 - opodatkowanie niezrealizowanych zysków kapitałowych w przypadku przeniesienia aktywów,
 - rezydencji podatkowej lub stałego zakładu (*exit taxation*);
 - przepisy ogólne przeciw unikaniu opodatkowania;
 - zasady dotyczące kontrolowanych spółek zagranicznych;
 - oraz zasady przeciwdziałające rozbieżnościom w kwalifikacji struktur hybrydowych.
- ponadto, w przypadku gdy stosowanie tych przepisów prowadzi do podwójnego opodatkowania, podatnicy powinni mieć prawo do odliczeń z tytułu podatku zapłaconego w innym państwie członkowskim lub państwie trzecim, w zależności od przypadku⁴³.

UCHYLANIE SIĘ OD OPODATKOWANIA ORAZ UNIKANIE OPODATKOWANIA

Głównym celem tworzenia korzystnych dla podatników systemów podatkowych jest zoptymalizowanie należności podatkowych, tj. zminimalizowanie podstawy opodatkowania do koniecznego minimum. Niestety, największym problemem, nieoderwalnie związanym z funkcjonowaniem rajów

⁴² Motyw numer 16 Dyrektywy Rady (UE) ustanawiającej przepisy mające na celu przeciwdziałanie praktykom unikania opodatkowania, które mają bezpośredni wpływ na funkcjonowanie rynku wewnętrznego.

⁴³ Motyw numer 5 Dyrektywy Rady (UE) ustanawiającej przepisy mające na celu przeciwdziałanie praktykom unikania opodatkowania, które mają bezpośredni wpływ na funkcjonowanie rynku wewnętrznego.

podatkowych jest fakt, iż są one wykorzystywane również do uchylania się od opodatkowania, a tym samym do popełniania przestępstw, których wykrycie z uwagi na konstrukcje oraz podatkowych jest niezwykle problematyczne (w świetle powyższego, niezbędnym jest odróżnienie znaczenia powyższych pojęć, tj. uchylania się od opodatkowania oraz unikania opodatkowania z uwagi na fakt, iż jeden termin dotyczy działań legalnych, z kolei drugi - sprzecznych z literą prawa działań podatników. W potocznej mowie bardzo często nie są one odróżniane).

Na wstępie warto zastanowić się nad pobudkami przedsiębiorców poszukujących sposobów optymalizacji podatkowych. W doktrynie funkcjonuje pojęcie oporu wobec podatków. Niewątpliwie, podatnicy poszukują form optymalizacji podatkowych z uwagi na znaczące obciążenia podatkowe, które są kojarzone z tyranią władzy, a opór wobec niej jest w ocenie podatników w pewnych sytuacjach usprawiedliwiony. Jak wskazuje H. Kuzińska- moralne przyzwolenie na stosowanie szeregu optymalizacji podatkowych jest tym większe, gdy władza państwowa nie cieszy się respektem wśród obywateli. Wpływ na zachowanie podatników mają z pewnością również potencjalne skutki ucieczki przed podatkami, tj. konsekwencje prawne, w tym karne. Uczciwość wobec innych podatników oraz wobec państwa stanowi dla niektórych hamulec przed ucieczką przed podatkami, głównie z zastosowaniem tych form sprzecznych z literą prawa⁴⁴. „W koncepcji uczciwości wobec państwa wskazuje się na podstawową zasadę- podatnicy są tym bardziej skłonni uczciwie płacić podatki, im bardziej uczciwe jest wobec nich państwo. Podobna relacja występuje, jeśli podatnik dostrzega w swoim środowisku lojalne postawy innych podatników wobec zobowiązań podatkowych- jest on bardziej zdecydowany do podobnych zachowań. Ta relacja jest często wskazywana jako tzw. moralność podatkowa”⁴⁵. Kolejną impulsem ucieczki przed opodatkowaniem jest sytuacja ekonomiczna podatników, na którą duży wpływ ma niewątpliwie koniunktura gospodarcza. Podatnicy, którzy znajdują się w korzystnej sytuacji finansowej niewątpliwie rzadziej będą podejmować próby ucieczki przed opodatkowaniem⁴⁶.

Unikanie opodatkowania to legalna forma obniżania należności publiczno-prawnych. J. Grzywacz podkreśla, iż „każdy może kształtować swoje sprawy tak, ażeby wynikające z nich obciążenia podatkowe były jak najniższe. Nie ma bowiem obowiązku umożliwiania organom podatkowym zagarnięcia jak

⁴⁴ Kuzińska 2018, s. 17-18.

⁴⁵ Kuzińska 2018, s. 17-18.

⁴⁶ Kuzińska 2018, s.20-22.

największych części dochodu”⁴⁷. Z kolei R. Nawrot twierdzi, że „unikanie opodatkowania stanowi zatem wykorzystywanie obowiązujących przepisów prawnych w celu zmniejszenia zobowiązań podatkowych będąc utożsamiane z działaniami mieszczącymi się w ramach polityki fiskalnej przedsiębiorstw, które mogą tak ukształtować swą strukturę biznesową, aby podatkowa kwalifikacja operacji gospodarczych podejmowanych w ramach tej struktury była możliwie korzystna, tj. wiązała się z możliwie najniższymi obciążeniami fiskalnymi”⁴⁸. To, co zostało podkreślone na wstępie- w polskim porządku prawnym nie istnieje regulacja prawna zobowiązująca podatników do uiszczania podatków w najwyższym wymiarze. Co więcej, jedną z podstawowych zasad prawa podatkowego, mającą źródło wprost w Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej⁴⁹ jest rozstrzygnięcie wszelkich wątpliwości na korzyść podatnika. Trybunał Konstytucyjny w uchwale z dnia 26 kwietnia 1994 r. przyznał, iż „interpretacja rozszerzająca obowiązek podatkowy (...) bez wyraźnego brzmienia ustawy (...) byłaby niezgodna z pojęciem demokratycznego państwa prawnego”⁵⁰. Podatnicy mają obowiązek uiszczania takich podatków, które zostały wprowadzone w wyniku ustawy i co do których nie ma żadnych wątpliwości interpretacyjnych. Z powyższego wynika, iż gdyby ustawodawca miał wolę zakazania optymalizowania podstawy opodatkowania, uczyniłby to. Zatem wszelkie regulacje o charakterze niejasnym, niezrozumiałym należy interpretować na korzyść podatnika. Wobec tego podejmowanie wszelkich działań, mających na celu optymalizację podatkową, o ile są zgodne z literą prawa, jest uprawnieniem podatnika⁵¹.

W pewnych sytuacjach odróżnienie działalności legalnej podatnika, mającej na celu zoptymalizowanie swoich podatków od nielegalnego uchylania się od opodatkowania, może okazać się niezwykle trudne z uwagi na złożoność systemu podatkowego, jak również skomplikowanie sytuacji prawnych, w których potencjalnie może znaleźć się podatnik⁵². W pewnych przypadkach odróżnienie działań legalnych od niezgodnych z literą prawa, może być problematyczne. J. Głuchowski proponuje w takich sytuacjach zweryfikować działalność podatników według określonych kryteriów, tj. należy ocenić motyw, jakim kieruje się podatnik, następnie fikcyjny charakter jego działania,

⁴⁷ Grzywacz 2010, s. 54.

⁴⁸ Nawrot 2014, s. 25.

⁴⁹ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r., Dz.U.1997.78.483.

⁵⁰ Uchwała Trybunału Konstytucyjnego z dnia 26 kwietnia 1994 r., sygn. akt: W.11/93, Dz.U. z 1994 r., nr 62, poz. 263.

⁵¹ Nawrot 2014, s. 26.

⁵² Grzywacz 2010, s. 55.

wysokość zaoszczędzonego kapitału w odpowiedzi na zastosowaną optymalizację podatkową, a także należy przeprowadzić ocenę władz podatkowych⁵³.

W odróżnieniu od legalnej formy optymalizacji podatkowej, tj. unikania opodatkowania, istnieje forma sprzeczna z porządkiem prawnym, tj. uchylanie się od opodatkowania, która jest zagrożona sankcjami karno-skarbowymi, o czym poniżej. Przykładowo, uchylanie się od opodatkowania w przypadku osób fizycznych może przybrać postać fałszowania zeznań podatkowych, składania fałszywych zeznań podatkowych, czy ogólnie - zatajania informacji o dochodach. W przypadku osób prawnych tych możliwości jest więcej, tj. przykładowo poprzez niezgłoszenie prowadzenia działalności o charakterze gospodarczym odpowiednim władzom państwa, na terenie którego działa osoba prawna, niewykazanie pełnej sumy podlegającej opodatkowaniu, dokonywanie odliczeń, co do których nie przysługuje uprawnienie, zgłaszanie doliczeń od wydatków, które w rzeczywistości nie zostały przez osobę prawną poniesione, czy przykładowo dokonywanie odliczeń amortyzacji urządzeń, których w rzeczywistości osoba prawna nie posiada⁵⁴. Wobec powyższego, uchylanie się od opodatkowania może sprowadzać się do nieujawniania odpowiednim organom podstawy lub przedmiotu opodatkowania, poprzez zaniżanie podstawy opodatkowania przykładowo na skutek przyjmowania płatności bez faktury lub na skutek zawyżania kosztów uzyskania przychodu czy wystawiania tzw. „pustych faktur”⁵⁵.

Jak zostało powyżej wskazane, przestępstwo uchylania się od opodatkowania zostało stypizowane w art. 54 Kodeksu karnego skarbowego, tj. w przypadku gdy podatnik, który uchylając się od opodatkowania, nie ujawnia właściwemu organowi przedmiotu lub podstawy opodatkowania lub nie składa deklaracji, przez co naraża podatek na uszczuplenie, podlega karze grzywny do 720 stawek dziennych albo karze pozbawienia wolności, albo obu tym karom łącznie. Niższa sankcja jest przewidziana dla tych podatników, którzy dopuścili się narażenia na uszczuplenie kwoty małej wartości, tj. kara grzywny w wysokości do 720 stawek dziennych. Z kolei, jeśli kwota podatku narażonego na uszczuplenie nie przekracza ustawowego progu, sprawca podlega karze grzywny za wykroczenie skarbowe⁵⁶.

⁵³ Głuchowski 1996, s. 50.

⁵⁴ Grzywacz 2010, s. 57.

⁵⁵ Nawrot 2014, s. 30.

⁵⁶ Ustawa z dnia 10 września 1999 r. Kodeks karny skarbowy, Dz.U.2021.408.

JAK SĄ WYKORZYSTYWANE RAJE PODATKOWE?

Sposoby wykorzystywania rajów podatkowych z pewnością nie stanowią zamkniętego katalogu. Kreatywność podatników nie zna granic, a stale powstają kolejne sposoby wykorzystywania rajów podatkowych. Gdyby wszystkie sposoby były powszechnie znane, władze poszczególnych państw nie miałyby problemów z wykrywaniem optymalizacji, które- jak zostało powyżej wskazane- mogą i niejednokrotnie okazują się próbami uchylania się od opodatkowania. Poniżej kilka podstawowych sposobów wykorzystywania oaz podatkowych przez podatników, które są powszechnie znane w doktrynie i literaturze.

Osoby fizyczne celem zoptymalizowania płaconych podatków zmieniają rezydencję podatkową na rezydencję rajy podatkowego, w których nie są pobierane podatki dochodowe od osób fizycznych lub występują jedynie w symbolicznej wysokości. Zmieniając miejsce zamieszkania bez względu na źródło uzyskiwanych dochodów, podatnik uiszcza podatki w miejscu rezydencji, tj. w rajy podatkowym. Jednakże aktualnie nie jest to częsty proceder, bowiem rajy podatkowe starają się uniemożliwić zbyt dużemu napływowi obcokrajowców i ustalają szereg wymagających kryteriów, które należy spełnić chcąc zmienić rezydencję podatkową. W praktyce, niezbyt wielu podatników spełnia te kryteria⁵⁷.

J. Grzywacz zwraca uwagę również na formę optymalizowania opodatkowania z wykorzystaniem zjawiska transferu zysków, tj. na sytuację, gdy przedsiębiorstwa starają się osiągnąć jak najmniejsze zyski w kraju macierzystym, w którym obowiązują wysokie podatki. Stąd przedsiębiorcy starają się zwiększyć koszty utrzymania takiego przedsiębiorstwa w kraju macierzystym, przykładowo poprzez sprzedaż towarów lub oferowanie usług po cenie znacznie zawyżonej, aniżeli cena rynkowa, z przedsiębiorstwa w rajy podatkowym do przedsiębiorstwa założonego w państwie o wysokim opodatkowaniu. Oprócz zawyżania cen, J. Grzywacz w ślad za M. Żyniewiczem oraz D. Załupką, wskazuje, iż udzielanie pożyczek wysokooprocentowanych przez przedsiębiorstwa, które mają siedzibę w rajy podatkowym dla przedsiębiorstw w państwie macierzystym, w którym obowiązują wysokie podatki jest najbardziej powszechną formą transferu zysków z przedsiębiorstwa w kraju macierzystym do rajy podatkowego, gdzie w ten sposób podatnik unika zapłaty podatku. Ww. przedsiębiorstwa są zazwyczaj powiązane ze sobą osobowo lub kapitałowo⁵⁸.

⁵⁷ Grzywacz 2010, s. 79-80.

⁵⁸ Grzywacz 2010, s. 80-82.

Kolejnym sposobem optymalizacji podatkowych z wykorzystaniem rajów podatkowych jest dosyć powszechnie stosowana w tym celu spółka rotacyjna. Spółki te mogą przybrać różne postaci, przykładowo spółki holdingowej, administracyjnej, licencyjnej, czy finansowej. Celem spółki rotacyjnej jest zmniejszenie kwoty opodatkowania w kraju, w którym obowiązują wysokie podatki, najczęściej poprzez świadczenie przez spółkę rotacyjną takich usług, które są trudne do zweryfikowania, czy rzeczywiście zostały wyświadczone. Przykładem może być sprzedaż patentów, licencji, praw autorskich, czy *know-how* przez spółkę rotacyjną przedsiębiorstwu, mającemu siedzibę w kraju o wysokim opodatkowaniu⁵⁹.

Częstym zjawiskiem zmniejszania opodatkowania z wykorzystaniem oaz podatkowych jest pranie brudnych pieniędzy. Przede wszystkim z uwagi na luki prawne w prawie bankowym oraz prawie karnym raje podatkowe umożliwiają pranie pieniędzy. Kapitał pochodzący z przestępstw lokuje się w bankach w rajach podatkowych, które zapewniają najwyższy poziom anonimowości, następnie tak „wyprany” kapitał jest wypłacany po czasie i przekazywany do kraju pochodzenia. Istnieje wiele sposobów na pranie brudnych pieniędzy z wykorzystaniem rajów podatkowych, przykładem mogą być opisane wyżej sposoby na optymalizację podatkową, z tą różnicą że przy praniu brudnych pieniędzy występuje kapitał pochodzący z przestępstwa. Innym sposobem może być wykorzystanie spółki z rajy podatkowego do pośrednictwa w sprzedaży handlowej, tj. spółka X z siedzibą w kraju, w którym stosuje się wysokie opodatkowanie sprzedaje towar spółce Y z rajy podatkowego po zaniżonej marży, spółka Y z kolei dokonuje dalszej sprzedaży do spółki Z po wyższej marży, w ten sposób dochód zostanie wygenerowany w rajy podatkowym. J. Grzywacz podkreśla również, iż częstą sytuacją jest wystawianie fikcyjnych faktur przez spółki z siedzibą w rajy podatkowym na spółki powiązane kapitałowo lub osobowo ze spółką z siedzibą w kraju o wysokim opodatkowaniu⁶⁰.

J. Grzywacz podaje ciekawy przykład prania brudnych pieniędzy z wykorzystaniem rajów podatkowych, który pozwala zrozumieć przedmiotową materię, tj. przestępcy dopuszczający się prania brudnych pieniędzy rejestrują anonimowo spółkę na terenie rajy podatkowego, następnie zakładają rachunki bankowe w różnych innych rajach podatkowych i kolejno „brudne pieniądze” są wpłacane i wypłacane na kolejne rachunki bankowe, w taki sposób, ażeby zgubić ich trop. Następnie tak „wyprane pieniądze” ponownie wracają na

⁵⁹ Grzywacz 2010, s. 83-85.

⁶⁰ Grzywacz 2010, s. 90.

teren państwa, gdzie przebywa przestępca, dopuszczający się tego procederu. W wielu przypadkach banki, które obsługują takie konta bankowe w rzeczywistości nie istnieją lub posiadają jedynie wirtualne biura na terytorium rajów podatkowych. Powrót tzw. „czystego kapitału” dokonuje się przykładowo poprzez wystawienie świadectwa depozytowego przez bank, działający w rajku podatkowym. Z kolei pod zastaw takiego świadectwa depozytowego w państwie macierzystym przestępca zaciągają kredyty, w ten sposób otrzymując „czysty” kapitał⁶¹. Istnieje wiele mechanizmów prania brudnych pieniędzy z wykorzystaniem rajów podatkowych, przede wszystkim różnią się one w zależności od systemu prawnego rajku podatkowego, układu biznesowego, a nawet wyobraźni samych przestępców, jednakże można wyodrębnić elementy wspólne, które mogą świadczyć o procederze prania brudnych pieniędzy: „skomplikowana droga pieniądza wiodąca przez wiele państw, nielogiczne kierunki rozliczeń eksportowo- importowych, krótki okres przechowywania środków na kontach, czy nierozszyfrowane tytuły płatności”⁶².

Bezspornie, patrząc na potencjalne sposoby wykorzystywania rajów podatkowych, nie budzi wątpliwości, dlaczego ich renoma nie znajduje się na wysokim poziomie. Jednakże, trzeba mieć na uwadze, iż nie każde relacje przedsiębiorców ze spółkami, mającymi siedzibę w rajach podatkowych mają na celu pranie brudnych pieniędzy. Sama relacja biznesowa z przedsiębiorcami, mającymi siedzibę w oazach podatkowych nie jest nielegalna. W ramach swobody prowadzenia działalności gospodarczej, polscy przedsiębiorcy mogą utrzymywać relacje z takimi przedsiębiorcami. Sam fakt utrzymywania takich relacji nie jest sprzeczny z literą prawa. Jednakże, podtrzymywanie takich relacji biznesowych ze spółką zarejestrowaną w rajku podatkowym, może narazić takiego przedsiębiorcę na utratę zaufania konsumentów, jak również wzbudzenie zainteresowania działalnością gospodarczą ze strony władz państwowych, w tym Prokuratury, czy Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów.

Konkludując, J. Grzywacz wskazuje, iż „raje podatkowe są wykorzystywane w procederze prania pieniędzy i stanowią poważne zagrożenie dla efektywnych sposobów walki z tym zjawiskiem. Dzieje się tak dzięki stosowaniu wielu metod w ramach uchylania się od opodatkowania lub unikania opodatkowania. Obu tym procesom sprzyja postępująca liberalizacja prawa dewizowego, co z kolei jest związane z procesem globalizacji gospodarki światowej

⁶¹ Grzywacz 2010, s. 89-93.

⁶² Grzywacz 2010, s. 91.

oraz intensywną konkurencją w zakresie pozyskiwania inwestorów. Istnienie rajów podatkowych, jak i możliwość zakładania spółek offshore są na rękę zbyt wielu zainteresowanym, w tym również znaczącym osobistościom ze sfer gospodarczych, politycznych i naukowych. Należy jednak mieć na uwadze, że wielu przedsiębiorców poszukuje ulg podatkowych i prowadzi legalne transakcje również z rajami podatkowymi⁶³.

PRZECIWDZIAŁANIE MIĘDZYKRAJOWYM OPTIMALIZACJOM PODATKOWYM

Dlaczego tak istotnym jest, ażeby państwa na całym świecie przeciwdziałały tworzeniu rajów podatkowych? D. Kemme, B. Parikh oraz T. Steigner w artykule pt. „*Tax Havens, Tax Evasion and Tax Information Exchange Agreements in the OECD*”⁶⁴, opublikowanym w 2018 r. powtarzają, że utracone dochody z podatków są znaczące i obejmują wiele krajów. Przykładowo, „*Canadians for Tax Fairness* poinformował, że w dziesięciu zagranicznych rajach podatkowych przetrzymywanych jest 170 miliardów CAD. Brytyjski Guardian ujawnił, że ponad 100 najbogatszych Brytyjczyków chroni miliardy funtów na nieujawnionych rachunkach zagranicznych. Włochy tracą rocznie 91 miliardów euro wpływów z podatków z powodu uchylania się od płacenia podatków (*Reuters.com*)”⁶⁵.

Negatywne skutki funkcjonowania rajów podatkowych wymusiły niejako konieczność przeciwdziałania tworzeniu takich struktur. Niewątpliwie, ażeby przeciwdziałanie rajom podatkowym było skuteczne, niezbędnym jest, ażeby państwa na całym świecie podejmowały regularną współpracę, mającą na celu przeciwdziałanie funkcjonowaniu szkodliwym systemom podatkowym. Bez takiej współpracy, zjawisko rajów podatkowych niestety nie jest w stanie być nadzorowane z uwagi na jego transgraniczny wymiar. Najbardziej podstawową możliwością zapobiegania istnieniu rajów podatkowych jest tworzenie takich krajowych regulacji prawnych, które będą uszczelniać system podatkowy poszczególnych państw.

Analizując polskie regulacje „antyrajowe” należy zwrócić uwagę na umowy w przedmiocie współpracy i wymiany informacji w sprawach podatkowych. Przykład może stanowić umowa zawarta pomiędzy Rządem Rzeczypospolitej Polskiej, a Rządem Bermudów (zgodnie z upoważnieniem Rządu

⁶³ Grzywacz 2010, s. 95.

⁶⁴ Kemme, Parikh, Steigner 2017.

⁶⁵ Kemme, Parikh, Steigner 2017.

Zjednoczonego Królestwa Wielkiej Brytanii i Irlandii Północnej) o wymianie informacji w sprawach podatkowych oraz Uzgodnienia końcowe dotyczące interpretacji oraz stosowania Umowy między Rządem Rzeczypospolitej Polskiej a Rządem Bermudów o wymianie informacji w sprawach podatkowych, podpisane w Londynie dnia 25 listopada 2013 r.⁶⁶ Jak można zauważyć, choćby na ww. przykładzie przedmiotowe umowy nie stanowią rozbudowanej regulacji, jednakże regulują najistotniejsze dla przedmiotowej problematyki, kwestie, tj. przedmiotu umowy- zobowiązania stron umowy do wymiany informacji pomiędzy organami państwowymi o istotnym znaczeniu dla stosowania prawa podatkowego⁶⁷, następnie do wyliczenia podatków co do których ww. umowa ma zastosowanie, tj. w przypadku Polski jest to podatek dochodowy od osób fizycznych oraz od osób prawnych, a w przypadku Rządu Bermudów dotyczy to wszystkich podatków bezpośrednich bez względu na rodzaj i nazwę⁶⁸, przypadków kiedy wniosek o udostępnienie informacji musi zostać uwzględniony a kiedy państwo- strona umawiająca się może odmówić udostępnienia określonych informacji⁶⁹. Ponadto, wszystkie informacje przekazywane pomiędzy stronami mają charakter informacji poufnych, a ich ujawnienie jest możliwe jedynie dla realizacji celu umowy⁷⁰. Umowa może również zostać wypowiedziana przez każdą z umawiających się Stron⁷¹. Mimo nieobszerszej treści merytorycznej, umowy takie mają duże znaczenie dla kwalifikacji danego terytorium jako ranu podatkowego. Zdaniem J. Heckemeyer oraz A. Hemmerich „po zawarciu przez raj podatkowy umowy o wymianie informacji podatkowych, jego atrakcyjność dla osób uchylających się od opodatkowania powinna zmniejszać się, ponieważ przejrzystość zwiększa ryzyko wykrycia, a tym samym spodziewane koszty uchylania się od opodatkowania”⁷².

⁶⁶ Umowa między Rządem Rzeczypospolitej Polskiej a Rządem Bermudów (zgodnie z upoważnieniem Rządu Zjednoczonego Królestwa Wielkiej Brytanii i Irlandii Północnej) o wymianie informacji w sprawach podatkowych oraz Uzgodnienia końcowe dotyczące interpretacji oraz stosowania Umowy między Rządem Rzeczypospolitej Polskiej a Rządem Bermudów o wymianie informacji w sprawach podatkowych, Dz.U.2015.223.

⁶⁷ Art. 2 Umowy między Rządem Rzeczypospolitej Polskiej a Rządem Bermudów o wymianie informacji w sprawach podatkowych.

⁶⁸ Art. 3 ust. 1 Umowy między Rządem Rzeczypospolitej Polskiej a Rządem Bermudów o wymianie informacji w sprawach podatkowych.

⁶⁹ Art. 5 oraz art. 7 Umowy między Rządem Rzeczypospolitej Polskiej a Rządem Bermudów o wymianie informacji w sprawach podatkowych.

⁷⁰ Art. 8 Umowy między Rządem Rzeczypospolitej Polskiej a Rządem Bermudów o wymianie informacji w sprawach podatkowych.

⁷¹ Art. 13 Umowy między Rządem Rzeczypospolitej Polskiej a Rządem Bermudów o wymianie informacji w sprawach podatkowych.

⁷² Heckemeyer, Hemmerich, *Wymiana informacji i inwestycje w rajach podatkowych na rynkach papierów wartościowych OECD*, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3029219, dostęp dnia: 10.03.2021.

W opinii autorów, o których wspominam powyżej, zawieranie takich umów może stanowić efekt odstrasający od wykorzystywania rajów podatkowych do sprzecznych z prawem celów.

ZAKOŃCZENIE

O ile unikanie opodatkowania stanowi legalną formę optymalizacji podatkowych, stanowiącą uprawnienie podatników, o tyle uchylaniu się od opodatkowania należy skutecznie zapobiegać. Niekontrolowany wypływ kapitału z tytułu danin publicznych może mieć negatywne skutki dla wszystkich państw świata, bowiem będzie powiększał deficyt budżetowy, a tym samym dług publiczny państwa, zwiększając jego zadłużenie. Jest to poważny problem, który może zagrozić stabilności finansowej nie jednego kraju. W dzisiejszych czasach globalizacji, kryzys finansowy w jednym państwie bardzo często może oznaczać problemy finansowe w innych krajach. W szczególności takie powiązania mają znaczenie w przypadku Unii Europejskiej, w której współpraca znajduje się na tak zaawansowanym poziomie, że kryzys w jednym państwie, powoduje zwiększenie unijnych wydatków (co dotyka wszystkie państwa członkowskie UE) na pomoc dla takiego kraju- co już było możliwe do zaobserwowania na arenie unijnej. Stąd, w interesie wszystkich państw, nie tylko krajów członkowskich Unii Europejskiej, powinno leżeć przeciwdziałanie rajom podatkowym, które mogą być wykorzystywane do nielegalnych form optymalizowania podstawy opodatkowania. Z drugiej jednak strony, częstą sytuacją jest nadmierne obciążanie podatników przez rządy państw. Duża ilość podatków, nieprzejrzysty system prawny, nakładający na podatników liczne obowiązki, przyczynia się do poszukiwania przez nich korzystniejszych warunków płacenia danin publicznych. Nakładanie zbyt wielu zobowiązań, w tym wysokich podatków może spowodować odwrotny do zamierzonego skutek- zamiast wpływów do budżetu, podatnicy będą poszukiwali sposobów na płacenie niższych podatków. Problem funkcjonowania rajów podatkowych jest złożony, przede wszystkim dlatego, że z jednej strony oazy podatkowe mogą być wykorzystywane do celów zgodnych z prawem, w szczególności z podstawowymi uprawnieniami podatników, a z drugiej strony mogą być pomocne do popełniania przestępstw.

BIBLIOGRAFIA

Akty prawne

Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r., Dz.U.1997.78.483.

Ustawa z dnia 26 lipca 1991 r. o podatku dochodowym od osób fizycznych, Dz.U.2020.1426. Ustawa z dnia 15 lutego 1992 r. o podatku dochodowym od osób prawnych, Dz.U.2020.1406.

Ustawa z dnia 10 września 1999 r. Kodeks karny skarbowy, Dz.U.2021.408.

Dyrektywa Rady (UE) 2016/1164 z dnia 12 lipca 2016 r. ustanawiająca przepisy mające na celu przeciwdziałanie praktykom unikania opodatkowania, które mają bezpośredni wpływ na funkcjonowanie rynku wewnętrznego, Dz.U.U.E.L.2016.193.1.

Rozporządzenie Ministra Finansów z dnia 11 grudnia 2000 r. w sprawie określenia krajów i terytoriów stosujących szkodliwą konkurencję podatkową, Dz.U.2000.115.1203.

Rozporządzenie Ministra Finansów z dnia 28 marca 2019 r. w sprawie określenia krajów i terytoriów stosujących szkodliwą konkurencję podatkową w zakresie podatku dochodowego od osób prawnych, Dz.U.2019.600.

Rozporządzenie Ministra Finansów z dnia 28 marca 2019 r. w sprawie określenia krajów i terytoriów stosujących szkodliwą konkurencję podatkową w zakresie podatku dochodowego od osób fizycznych, Dz.U.2019.599.

Obwieszczenie Ministra Finansów, Funduszy i Polityki Regionalnej z dnia 26 lutego 2021 r. w sprawie ogłoszenia listy krajów i terytoriów wskazanych w unijnym wykazie jurysdykcji niechętnych współpracy do celów podatkowych przyjmowanym przez Radę Unii Europejskiej, które nie zostały ujęte w wykazie krajów i terytoriów stosujących szkodliwą konkurencję podatkową wydawanym na podstawie przepisów o podatku dochodowym od osób fizycznych oraz przepisów o podatku dochodowym od osób prawnych, oraz dnia przyjęcia tego wykazu przez Radę Unii Europejskiej, M.P.2021.225.

Umowa między Rządem Rzeczypospolitej Polskiej a Rządem Bermudów (zgodnie z upoważnieniem Rządu Zjednoczonego Królestwa Wielkiej Brytanii i Irlandii Północnej) o wymianie informacji w sprawach podatkowych oraz Uzgodnienia końcowe dotyczące interpretacji oraz stosowania Umowy

między Rządem Rzeczypospolitej Polskiej a Rządem Bermudów o wymianie informacji w sprawach podatkowych, Dz.U.2015.223.

Konkluzje Rady w sprawie zmienionego unijnego wykazu jurysdykcji niechętnych współpracy do celów podatkowych z dnia 26 lutego 2021 r. Dz.U.U.E.C.2021.66.40.

Orzecznictwo

Uchwała Trybunału Konstytucyjnego z dnia 26 kwietnia 1994 r., sygn. akt: W.11/93, Dz.U. z 1994 r., nr 62, poz. 263.

Literatura

Dmowski A. 2019, *Skutki implementacji dyrektywy ATAD do polskiego systemu prawnego*, „Doradztwo Podatkowe - Biuletyn Instytutu Studiów Podatkowych”, Nr 8.

Głuchowski J. 1996, *Oazy podatkowe*, Warszawa.

Grzywacz J. 2010, *Pranie pieniędzy, metody, raje podatkowe, zwalczanie*, Warszawa.

Kemme D., Parikh B., Steigner T., 2017, *Tax Havens, Tax Evasion and Tax-Information Exchange Agreements in the OECD*, „European Financial Management”, Vol. 23, No. 3.

Kuzińska H. (red.), Bełdzikowski M., Hasny-Łoń M., 2018, *Ucieczka przed podatkami i kontrola podatkowa*, Warszawa.

Lipowski T. 2004, *Raje podatkowe a unikanie opodatkowania*, Warszawa.

Mazur Ł. (red.), Chróścicki P., Gwóźdź D. 2002, *Optymalizacja podatkowa*, Warszawa.

Nawrot R. 2014, *Międzynarodowa optymalizacja podatkowa*, Warszawa.

Starchild A., The tax haven report. How to internationalize your capital protection and profit, Scope International, Waterlooville 1944.

Źródła internetowe

Heckemeyer J., Hemmerich A. 2018, *Information Exchange and Tax Haven Investment in OECD Securities Markets*, <https://ssrn.com/abstract=3029219>.

https://en.wikipedia.org/wiki/Panama_Papers.

<https://www.consilium.europa.eu/pl/policies/eu-list-of-non-cooperative-jurisdictions/>.

Puncewicz A., *Czy na pewno chcemy do raju (podatkowego)?*, <https://crido.pl/blog-taxes/czy-na-pewno-chcemy-do-raju-podatkowego/>.

Sobczak K., *13 terytoriów na francuskiej liście rajów podatkowych*, <https://sip.lex.pl/#/external-news/1795659151?keyword=lista%20raj%C3%B3w%20podatkowych%20we%20Francji&cm=STOP>.

ZASADA BUDZENIA ZAUFANIA I UZASADNIONYCH OCZEKIWAŃ W ŚWIETLE POSTĘPOWANIA ADMINISTRACYJNEGO NA TLE USTAWY – PRAWO PRZEDSIĘBIORCÓW

MACIEJ KUJAWA
UNIwersytet Jagielloński

WSTĘP

W nauce prawa administracyjnego klasyczna triada Bernatzika obejmuje swym zakresem interes faktyczny, interes prawny oraz publiczne prawo podmiotowe. Na skutek współczesnych dążeń, które determinowane są przez probywatelskie i probiznesowe tendencje, które są odzwierciedlane w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, triada ta jest uzupełniana przez doktrynę uzasadnionych oczekiwań, prawa refleksowe czy roszczenia prawne¹.

Na wstępie niniejszego wywodu kluczowe jest zdefiniowanie podstawowych pojęć związanych z rozumieniem triady Bernatzika. Począwszy od interesu faktycznego należy wskazać, że interes ten opiera się na subiektywnym przekonaniu podmiotu, polegającym na formułowaniu ocen lub postulatów w stosunku do organu administracyjnego, które to przekonanie nie ma odzwierciedlenia w obowiązujących przepisach prawa². Kolejną kategorią jest interes prawny, który ma charakter subiektywny oraz indywidualny, a co więcej zasadzony jest w przepisach prawnych. Charakterystycznymi cechami interesu prawnego jest jego niezbywalność, aktualność i konkretność. Interes ten

¹ Zimmermann 2018.

² Zimmermann 2018.

podlega ochronie prawnej opartej na konstrukcji legitymacji procesowej, a zatem zdolności do bycia stroną w postępowaniu administracyjnym³. Ostatnie są publiczne prawa podmiotowe, które cechują się możliwością żądania określonego zachowania ze strony organu administracji np. żądania wydania aktu administracyjnego o określonej treści⁴.

W nauce prawa administracyjnego – uzasadnione oczekiwania umieszcza się jako kategorię pośrednią pomiędzy interesem faktycznym a interesem prawnym. Umieszczenie jej na tym miejscu wynika przede wszystkim z charakteru uzasadnionych oczekiwań, które przez przymiotnikowe określenie „uzasadnione” wyrażają coś więcej niż subiektywną wolę podmiotu. Odwołują się one do pozaprawnych wartości, które ze swej natury wymagają szerszej ochrony niż ma się to w przypadku interesu faktycznego⁵.

W obecnych czasach uzasadnione oczekiwania odgrywają coraz większą rolę. W doktrynie i orzecznictwie biorą swój początek z wartości traktatowych czy konstytucyjnych, stając się zasadą o kluczowej, a wręcz fundamentalnej roli. W otoczeniu biznesowym oczekiwania te niejednokrotnie wpływają na zmniejszenie ryzyka prawnego i ekonomicznego wykonywania działalności gospodarczej. Z tego też względu pozostają w obszarze zainteresowania prawników i przedstawicieli biznesu.

ZASADA BUDZENIA ZAUFANIA

Zasada budzenia zaufania, inaczej zwana również zasadą zaufania wobec organów państwa lub zasadą pogłębiania zaufania, została przewidziana w art. 8 Kodeksu postępowania administracyjnego. W doktrynie wskazuje się, że charakter tej zasady nie sprowadza się jedynie do jej postrzegania jako dyrektywy działania organu administracji publicznej w konkretnym postępowaniu, ale dyrektywy, która powinna być wdrażana przez wszystkie organy państwowe⁶.

Zasada budzenia zaufania z perspektywy systemowej jest zasadą o charakterze naczelnym i podstawowym, stanowiącą punkt wyjścia dla realizacji innych pozostałych określonych w kodeksie zasad. Nie można tracić z pola widzenia, że choćby na gruncie kodeksu postępowania administracyjnego szczegółowymi realizatorami tej dyrektywy są zasada przekonywania,

³ Zimmermann 2018.

⁴ Zimmermann 2018.

⁵ Zimmermann 2018.

⁶ Malanowski 2020, uwagi do art. 8

informowania czy choćby patrząc dalej obowiązek uzasadniania decyzji przez organy administracji publicznej. Na gruncie jej stosowania narodził się przede wszystkim problem co do szerokości jej obowiązywania. Formułowane były bowiem tezy zawężające stosowania tejsze reguły wyłącznie do postępowań uregulowanych na zasadach ogólnych oraz traktujące zasadę szeroko. Zgodzić należy się z szerokim zastosowaniem omawianego problemu ⁷.

Należy zgodzić się z poglądem, że zasada budzenia zaufania ma swoje źródło w aksjologii konstytucyjnej ⁸. Wyrażona w Konstytucji RP zasada praworządności wyznaczająca granice działania organów władzy publicznej w ujęciu prawnym stanowi uniwersalną zasadę z której czerpie się wskaźniki postępowania organów. Zauważyć należy, że w otoczeniu biznesowym zasady te, choć z pozoru wydają się istotniejsze dla osób fizycznych, odgrywają szczególne znaczenie. Wynika to przede wszystkim z obciążenia prawnego i fiskalnego nakładanego na podmioty prowadzące działalność gospodarczą, które niejednokrotnie podejmują swoje decyzje w warunkach ryzyka gospodarczego. Z tego też względu niezbędnym jest zapewnienie materialnoprawnych gwarancji prawidłowego rozwoju i pewności wobec determinant prawnych.

Z uwagi na charakter wywodu i zastosowanie zasady praworządności i budzenia zaufania, należy wskazać, na aspekt postępowania administracyjnego. Postępowanie administracyjne ujmowane jest w doktrynie jako zorganizowany ciąg czynności faktyczno-prawnych służących ustabilizowaniu sytuacji prawnej strony tego postępowania ⁹. Stąd też ważne jest aby postępowanie administracyjne odpowiadało standardom równego traktowania, proporcjonalności i bezstronności ¹⁰.

Zasada budzenia zaufania jest zatem odpowiedzią na formułowany postulat humanizacji działań administracji publicznej w relacji z jednostką. Chodzi bowiem o to, aby działania takich organów spełniały wspomniane wyżej standardy a ponadto by działania te były zrozumiałe dla obywatela ¹¹. Niedopuszczalna jest sytuacja w której organ zachowuje się w sposób chaotyczny, podejmując czynności pozorne lub zbędne z perspektywy prowadzonego postępowania, co więcej jeżeli w tożsamyh sprawach podejmuje zróżnicowane rozstrzygnięcia. Charakter tejsze zasady we względach humanizacji jest egzemplifikowany w orzecznictwie sądów ¹².

⁷ Knysiak-Sudyka 2019, uwagi do art. 8.

⁸ Kędziora 2018, Legalis; uwagi do art. 8.

⁹ Knysiak-Sudyka 2019.

¹⁰ Chrościelewski, Kmiecik 2019, uwagi do art. 8.

¹¹ Kędziora 2018.

¹² Chrościelewski, Kmiecik 2019.

Opisywana zasada służy przeciwdziałaniu dowolności organu administracyjnego, działaniom niedopuszczalnym, które stanowiłyby swoistego rodzaju wykorzystywanie błędów obywatela lub po prostu „żerowanie” na tych błędach w celu osiągnięcia określonych, partykularnych i korzystnych z perspektywy wyłącznie organu korzyści. Trafnie wskazuje się, że zasada budzenia zaufania wymusza na organie prowadzenie postępowania w ten sposób, aby spotkało się ono z pozytywną reakcją społeczeństwa, co bezpośrednio przełoży się na skuteczność egzekwowania rozstrzygnięć podejmowanych przez organ i posłuch wśród społeczeństwa¹³.

Godnym odnotowania jest, że zasada budzenia zaufania z uwagi na swój poziom ogólności jest zasadą o niedookreślonym desygnacie. Nie da się z góry ustalić *definiensa* tej dyrektywy¹⁴. Wynikiem tego jest poszukiwanie przez orzecznictwo wspierane przez doktrynę reguł, które są immanentnie związane z zasadą budzenia zaufania. Wśród tych reguł wyróżnia się min. zasadę równości, zasadę jednolitości czy zasadę rozstrzygania wątpliwości na korzyść strony, jeżeli nie stoi temu na przeszkodzie interes społeczny. Wyodrębnienie tychże reguł z punktu widzenia przedsiębiorców ma doniosłe znaczenie ze względu na jak już wspomniano poruszanie się w obrębie często zmieniających się przepisów i innych determinant prawnych.

Wśród działań, które można zakwalifikować jako oczywiste naruszenie zasady budzenia zaufania są: (a) działanie organu polegająca na nieustosunkowaniu się do twierdzeń podnoszonych przez stronę, (b) zmienność poglądów, które nie jest należycie uzasadniona, (c) sformułowanie osnowy decyzji w taki sposób, że pozostaje ona oczywiście niejasna dla strony postępowania¹⁵. Powyższe stoją również w sprzeczności z zasadą praworządności, która jak już wspomniano, stanowi prądródło zasady pogłębiania zaufania.

Przedstawiony kontekst wydanie został zasadzony w ramach konstytucyjnej aksjologii. Wymiar unijny tejże zasady jest związany z zasadą uzasadnionych (uprawnionych) oczekiwań, która będzie przedmiotem dalszej części niniejszego wywodu, a która stanowi niejako rozwinięcie tejże zasady w § 2 art. 8 kodeksu postępowania administracyjnego. Z uwagi na przynależność Rzeczypospolitej Polskiej do Unii Europejskiej kontekst ten nie może uchodzić z pola widzenia, zaś sama zasada nie może być interpretowana w oderwaniu od niego.

¹³ Chrościelewski, Kmieciak 2019.

¹⁴ Adamiak 2019, uwagi na tle art. 8.

¹⁵ Knysiak-Sudyka 2019.

Na tle stosowania przez organy władzy publicznej zasady pogłębiania zaufania rysuje się doniosły problem skutków jej naruszenia. Po pierwsze należy zadać sobie pytanie czy naruszenie tejże zasady wpływa na ważność podjętego rozstrzygnięcia, a po drugie czy podjęcie rozstrzygnięcia w warunkach tegoż naruszenia i stwierdzenie wpływu na ważność implikuje, że decyzja jest nieważna. W doktrynie wskazuje się, że naruszenie komentowanej zasady nie stanowi dostatecznej podstawy wznowienia postępowania, a powinno być rozpatrywane jako przesłanka uzasadniająca stwierdzenie nieważności postępowania (zgodnie z art. 156 § 1 pkt 2 *in fine* k.p.a.). Podnosi się również, że przedmiotowe naruszenie może być również rozpatrywane w odniesieniu do art. 145 § 1 pkt 1 lit. c ustawy – Prawo o postępowaniu administracyjnym jako podstawa uchylecia zaskarżonej decyzji administracyjnej¹⁶.

Sygnalizacyjnie należy wskazać, że z uwagi na otwarty charakter klauzuli oraz bardzo ogólną zawartość treściową nie można w sposób jednoznaczny wskazać jednolitej reguły postępowania organu ani też katalogu zachowań organu wyczerpujących naruszenie tej reguły¹⁷. Takie analizy możliwe są jedynie przy uwzględnieniu konkretnego kontekstu faktycznego.

UZASADNIONE (UPRAWNIONE) OCZEKIWANIA

Uzasadnione (uprawnione oczekiwania) (ang. *legitimate expectations*) rozwinęły się pod wpływem nurtu orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej. Swój początek zasada ta bierze jednak z prawa niemieckiego w którym znana była jako zasada *Vertrauensschutz*¹⁸. Znamienną jest także zasady została podkreślona przez jej komplementarny charakter względem zasady pewności prawa, która stanowi trzon konstytucyjnej zasady demokratycznego państwa prawnego, ale również trzon wartości na których opiera się Unia Europejska.

Dla lepszego zrozumienia treści zasady uzasadnionych oczekiwań poszukiwać należy w prawie niemieckim. W prawie niemieckim zasada ta doznaje szczególnego powiązania z zasadą ochrony praw nabytych, co więcej jest ona emanacją zaufania jednostki wobec organów administracji publicznej w zakresie przewidywania konsekwencji podejmowanych przezeń zachowań¹⁹. Już niniejsze obrazuje, dlaczego zasada ta odgrywa szczególną rolę w środowisku

¹⁶ Knysiak-Sudyka 2019.

¹⁷ Knysiak-Sudyka 2019.

¹⁸ Lemańska 2016.

¹⁹ Lemańska 2016.

stricte biznesowym (mikro-, małych, średnich i dużych przedsiębiorstwach, a nawet i korporacji), niejednokrotnie w odniesieniu do postępowań podatkowych czy też postępowań reglamentacyjnych. W prawie unijnym rozwój doktryny uzasadnionych oczekiwań zawdzięcza się wyrokowi w sprawie Mulder I, w którym Trybunał Sprawiedliwości UE postulował o przyznanie ochrony uzasadnionych oczekiwań wobec organów unijnych²⁰.

Bez komentarza nie może pozostać sfera aksjologiczna uzasadnionych oczekiwań. Względy takiego stanu rzeczy przemawiają, co słusznie jest podkreślane, na zestawieniu tychże oczekiwań z zasadą pewności prawa. W doktrynie wskazuje się, że pewność prawa jest wartością obiektywną, którą stosuje się w wymiarze przedmiotowym, zaś uzasadnione oczekiwania egzemplifikują podmiotowy i subiektywny charakter²¹. Zarysowany kierunek jest właściwy z uwagi na fakt, że uprawnione oczekiwania są uszczegółowieniem tak ogólnej zasady jaką jest pewność prawa²².

Z uwagi na charakter wyводу, już na jego marginesie w celach klasyfikacyjnych należy wspomnieć o zasadzie pewności prawa w unijnym porządku. Istotny odnotowania jest fakt, że pewność prawa jest zasadą ogólną, która choć nie została skodyfikowana na gruncie prawa traktatowego Unii Europejskiej, to została uznana za fundamentalną przez unijny trybunał²³. Pewność prawa, podobnie jak uzasadnione oczekiwania, zasadza się w problematyce prawa publicznego jako dyrektywa wyznaczająca charakter relacji pomiędzy jednostką a organami administracji publicznej²⁴.

W tym względzie widać, że polski ustawodawca starał się dotychczas podążać na nurtem i trendem kształtowanym przez Trybunał, jednocześnie jak się wydaje nie tracąc z pola widzenia wewnętrznego, autonomicznego środowiska, w którym się znajduje. Zasada pewności prawa znajduje swoje źródło w konstytucyjnej aksjologii, co było zresztą wielokrotnie podkreślane w orzecznictwie polskiego Trybunału Konstytucyjnego.

Zdaniem Trybunału Konstytucyjnego pewność prawa nie może być rozumiana jedynie jako zachowanie pewnej względnej stabilności porządku prawnego, ale również kształtowanie przewidywalnej w tym względzie praktyki organu administracyjnego, w ten sposób, aby obywatel mógł

²⁰ Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 28 kwietnia 1988 r. sygn. akt 120/86.

²¹ Kasiński, Stahl, Wlazlak 2015.

²² Kasiński, Stahl, Wlazlak 2015.

²³ Niedźwiedz 2020, s. 56 – 57.

²⁴ Niedźwiedz 2020, s. 57.

podejmować decyzje dotyczące swojego otoczenia życiowego w zaufaniu do organów administracji publicznej²⁵.

W doktrynie wskazuje się na szereg aktów działania lub aktów prawnych, które mogą być przejawem źródła uzasadnionych oczekiwań. Wśród nich wyróżnia się między innymi prawo stanowione, decyzję, zwyczaj, milczenie czy nawet orzecznictwo sądowe²⁶.

Derywatem uzasadnionych oczekiwań pozostają obecnie nie tylko dorobek orzeczniczy unijnego trybunału, lecz również unijne akty *soft law*. Co istotne kształtowanie się doktryny uzasadnionych oczekiwań było poddane długotrwałemu procesowi i jak wskazuje się w doktrynie, proces ten wpłynął niewątpliwie na kształt unijnego prawa²⁷. Na gruncie utrwalonego orzecznictwa unijnego zostały wykształcone przesłanki, które stanowią podwaliny co do uznania określonych oczekiwań za uzasadnione. Wśród wspomnianych przesłanek wyróżnia się: (i) istnienie określonego aktu administracyjnego, który wzbudził u podmiotu określone oczekiwanie prawne, (ii) spełnienie testu tzw. obiektywizacji skutku prawnego tj. że uzasadnione oczekiwania powstają u podmiotu cechującego się rozsądnością i przezornością oraz (iii) brak kolizji interesu publicznego z uzasadnionymi oczekiwaniami²⁸. Powyższe przesłanki jak się wydaje mają charakter komplementarny tj. uzupełniają się wzajemnie, a ich jednoczesne spełnienie jest koniecznym elementem opisywanej zasady.

W przypadku pierwszej przesłanki należy zauważyć, że wąskie rozumienie pojęcia aktu administracyjnego, który sprowadzałby się jedynie do decyzji administracyjnej byłoby niedopuszczalne. Złożony charakter uzasadnionych oczekiwań wymaga aby poszukiwać tego źródła nie tyle w utrwalonej praktyce administracyjnej, która ujawniona zostaje przez organ przez podejmowanie decyzji administracyjnych o określonej pożądanej treści w tożsamych stanach faktycznych. Wydaje się, że należy sięgać głębiej i rozumieć przez to zarówno akty prawa *soft law* jak również inne akty prawne²⁹. Przesłanka druga zaś konstytuuje przykład modelowego podmiotu – oznacza to, że uzasadnionych oczekiwań nie może wywodzić podmiot, który nie jest rozsądny i przezorny. W kontekście tym niezbędne jest wskazanie na aspekt praktyczny w stosunku do podmiotów prowadzących działalność gospodarczą. Jak wskazał Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej, podmiot gospodarczy nie może opierać się

²⁵ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 14 czerwca 2000 r. sygn. akt P 3/00; Florczak-Wątor, [w:] Tuleja 2019, uwagi do art. 2.

²⁶ Lemańska 2016.

²⁷ Lemańska 2016.

²⁸ Niedźwiedz 2020, s. 57.

²⁹ Rakoczy 2020.

na uzasadnionych oczekiwaniach, jeżeli decyzje podejmowane są w ramach swobodnego uznania organ w takich obszarach jak organizacja wspólnego rynku, choćby dlatego, że rynek ten z uwagi na dynamiczny charakter, podlega ciągłym zmianom³⁰. Jak widać z powyższego przykładu rola podmiotów gospodarczych została nieco zmniejszona, nie można jednak *a priori* oceniać, że sytuacja ciągłych i dynamicznych zmian w otoczeniu biznesowym ma miejsce zawsze lub zdecydowanie często.

W odniesieniu do przesłanki trzeciej – biorąc pod uwagę uzasadnione oczekiwania niezbędne jest ich zestawienie z interesem publicznym. Problematyka kolizji interesu publicznego z interesem indywidualnym znana jest polskiemu porządkowi prawnemu i kształtowała się w zróżnicowany sposób w zależności od okresu ustrojowego w którym znajdowała się Polska. Obecnie, zdaniem Sądu Najwyższego, w ślad którego idzie Naczelny Sąd Administracyjny, interes publiczny nie może być postrzegany w kategoriach automatyzmu działania administracji publicznej. Musi on zostać konkretnie wskazany i uzasadniony, uzasadniony w tym znaczeniu, że organ zobowiązany jest wskazać na motywy i powody, które legły u podstaw przyznania pierwszeństwa interesowi publicznemu³¹. Zadanie to jest niezwykle trudne z tego względu, że oba pojęcia pozostają niedookreślone i ustalenie ich treści znaczeniowej *in abstracto* stanowi nie lada wyzwanie³².

Podobnie rzecz się ma w przypadku rozumienia uzasadnionych oczekiwań w tymże kontekście na tle problematyki unijnej. I w tej sytuacji niedopuszczalne jest kierowanie się automatyzmem. Nie da się również wykluczyć, że w konkretnych okolicznościach interes publiczny będzie pozostawał z uzasadnionymi oczekiwaniami w oczywistej sprzeczności³³. Niemniej jednak taka sytuacja nie uprawnia do przyznania pierwszeństwa interesowi publicznemu. Podobnie jak na gruncie polski, tak na gruncie unijnym, to na organie ciąży obowiązek wyważenia obu interesów i ustalenia, który z nich zasługuje na ochronę³⁴. W tym celu niezwykle pomocna może okazać się zasada proporcjonalności, która wyznaczy granice ochrony jaka powinna zostać przyznana interesowi publicznemu.

Uprawnione oczekiwania znalazły swoją regulację w pośród ogólnych zasad kodeksu postępowania administracyjnego w paragrafie 2 artykułu 8 tym

³⁰ Rakoczy 2020.

³¹ Wyrok Sądu Najwyższego z dn. 18 listopada 1993 r., sygn. akt III ARN 49/93.

³² Lemańska 2016.

³³ Lemańska 2016.

³⁴ Prus 2012, s. 36.

samym statuując zasadę ogólną postępowania administracyjnego w Polsce. Zgodnie z tymże artykułem „organy administracji publicznej bez uzasadnionej przyczyny nie odstępują od utrwalonej praktyki rozstrzygania spraw w takim samym stanie faktycznym i prawnym”. W tym przypadku omawiana zasada ma służyć ustabilizowaniu praktyki administracyjnej i przewidywalności jej działań, słusznie podnosi się jednak, że w przypadku tych decyzji w których organ dysponuje uznaniem administracyjnym, jej zastosowanie obarczone jest ryzykiem³⁵. Ustawodawca na gruncie przepisu posługuje się pojęciem utrwalonej praktyki przez którą należy rozumieć stabilny, wieloletni schemat postępowania organu w tożsamych prawnych i faktycznych sytuacjach³⁶. Ze stylistyki językowej przepisu wynika jednak, że w uzasadnionych przypadkach organ prowadzący postępowanie może odstąpić od tak utrwalonej praktyki. Istotnie, przesądza o tym zasada wyważania interesu publicznego i interesu indywidualnego, która została opisana w art. 7 k.p.a. (Na gruncie Kodeksu postępowania administracyjnego, z uwagi na poddanie tych kategorii stylizacji charakterystycznej dla reżimu komunistycznego, interes publiczny to interes indywidualny, zaś interes indywidualny to słuszny interes obywateli). Przyczyną takiego odstępstwa może być doniosłe orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego, Naczelnego Sądu Administracyjnego czy Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej.

Przedmiotowa regulacja została umieszczona w tej samej jednostce redakcyjnej, co wspomniana wcześniej, zasada budzenia zaufania. W tym też względzie należy rozpatrzyć jaki jest stosunek obu zasad względem siebie. Wydaje się, że na gruncie obowiązującego prawa, ale również wypowiedzi orzecznictwa i doktryn, pomiędzy zasadą budzenia zaufania a uzasadnionymi oczekiwaniami zachodzi, pod względem treściowym, stosunek nadrzędności³⁷. Oznacza to, że zasada pogłębiania zaufania jest pojęciem szerszym i nie zawsze będzie ona pozostawała treściowo równorzędna pojęciu uprawnionych oczekiwań. Wprowadzenie jednakże tychże oczekiwań doprowadziło do powstania nowej kategorii normatywnej, która można uznać, że pełni funkcję kluczową dla realizacji zasady budzenia zaufania³⁸.

Celem uzasadnionych oczekiwań w istocie jest modyfikacja polityki administracyjnej w relacji petent – jednostka lub podmiot gospodarczy. Państwo w imieniu którego działają organy muszą tworzyć środowisko przyjazne

³⁵ Knysiak-Sudyka 2019.

³⁶ Knysiak-Sudyka 2019.

³⁷ Chmielewski 2018.

³⁸ Chmielewski 2018.

otoczeniu gospodarczemu, stwarzać „przedpole” prawne do działania w duchu zaufania do organów publicznych.

UZASADNIONE OCZEKIWANIA NA GRUNCIE USTAWY – PRAWO PRZEDSIĘBIORCÓW

Dnia 6 marca 2018 roku została uchwalona ustawa – Prawo przedsiębiorców zwana inaczej „Konstytucją dla Biznesu”, która zastąpiła poprzednio obowiązującą ustawę z dnia 2 lipca 2004 roku o swobodzie działalności gospodarczej.

Nadrzędnym celem wprowadzanej ustawy było przeprowadzenie reformy instytucjonalnej o wymiernym skutku dla otoczenia biznesowego. W szczególności chodziło o stworzenie stabilnych, przyjaznych i jednolicie uregulowanych zasad wykonywania działalności gospodarczej w Polsce³⁹. Ponadto, ustawa jako kompleksowy akt prawny, miała stwarzać prawna gwarancje wykonywania działalności gospodarczej ze zmniejszonym ryzykiem, w ten sposób pobudzać rynek do symultanicznego wzrostu⁴⁰.

Znamiennym w zakresie wpływu uzasadnionych oczekiwań na wprowadzenie nowej ustawy było wprowadzenie art. 14 ustawy, zgodnie z którym, organ bez uzasadnionej przyczyny nie odstępuje od utrwalonej praktyki w takim samym stanie faktycznym i prawnym. Stanowi to powielenie zatem zasady wyrażonej na gruncie art. 8 § 2 k.p.a., która przewidywała również podobny schemat działania organów administracji publicznej w stosunku do osoby będącej stroną postępowania administracyjnego⁴¹.

Jak już wcześniej wskazywano cel przywołanej normy prawnej odpowiada cechom uzasadnionych oczekiwań, a zatem dążeniem ustawodawcy było zapewnienie przewidywalności działania organów, tym razem w sferze prowadzenia działalności gospodarczej. Działanie ze strony ustawodawcy nie może dziwić, choćby dlatego, że prowadzenie działalności gospodarczej obarczone jest nie tylko ryzykiem ekonomicznym, ale również prawnym w szczególności ze strony podatkowoprawnej. Stąd też, wspieranie przedsiębiorczości odbywa się przez minimalizowanie ryzyka, które wiąże się najpoważniejszymi konsekwencjami.

Słusznie podnosi się w doktrynie, że przepisu tego nie można interpretować w oderwaniu od celu uchwalonej ustawy. Stanowisko takie w całości

³⁹ Uzasadnienie projektu ustawy, s. 39.

⁴⁰ Uzasadnienie projektu ustawy s. 40.

⁴¹ Pietrzak 2019.

potwierdza wyżej zaprezentowaną tezę. A zatem powiązania wymagana art. 14 ustawy z zakresem przedmiotowym ustawy, który został wskazany w art. 1. W tym przypadku zakres przedmiotowy obejmuje podejmowanie, wykonywanie i zakończenie działalności gospodarczej na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej⁴². Wspomniana zasada dotyczy (i) praw i obowiązków wynikających z przepisów prawa powszechnie obowiązującego i aktów konkretyzowanych indywidualnie oraz (ii) formułuje dyrektywę postępowania organów administracji publicznej⁴³.

Warto zauważyć, że mylący może być w tym względzie aspekt tejże zasady, a przede wszystkim granice jej stosowalności. Omawiana zasada ma wymiar ściśle praktycystyczny, a to z tego względu, że jej celem samym w sobie nie jest zapewnienie pewności co do prawa, bo to w sferze działalności gospodarczej podlega ono dynamicznym zmianom, lecz stworzenie sytuacji przewidywalności i stabilności praktyki administracyjnej w konkretnych, tożsamy (niekoniecznie identycznych) stanach faktycznych⁴⁴. Pojęcie utrwalonej praktyki powinno być interpretowane jako działanie wieloletnie i ramowe⁴⁵.

Stosowanie niniejszej zasady nie ma jednak charakteru absolutnego, już w samej treści normy prawnej przewiduje się dopuszczalność odstąpienia od praktyki w uzasadnionych przypadkach. Powyższe może rodzić problemy natury interpretacyjnej i pewną skłonność organów administracyjnych do interpretacji zastosowanego wyjątku na swoją korzyść. Jak już wcześniej podkreślano pojęcie „uzasadnionego przypadku” będzie inaczej definiowane w stosunku do decyzji uznaniowych organu, a inaczej w stosunku do decyzji związanych. W obliczu jednak poczynionych rozważań i stanowiska doktryny należy zauważyć, że odstąpienie od praktyki jest możliwe pod warunkiem przeprowadzenia testu proporcjonalności i wyważenia obu interesów, bowiem za odstąpieniem od ustalonej praktyki będzie przemawiał interes publiczny.

Brak absolutyzmu omawianej zasady jest również wskazywany w orzecznictwie. Zasada ta powinna być interpretowana bowiem systemowo, nie może być elementem ograniczającym organ administracji w sytuacji, gdy odstąpienie od praktyki wynika z nieprawidłowej interpretacji przepisów w stosunku do poprzednio wydanych decyzji⁴⁶. Co więcej w orzecznictwie formułuje się pogląd, że zasada praworządności powinna mieć charakter priorytetowy

⁴² Pietrzak 2019.

⁴³ Pietrzak 2019.

⁴⁴ Lubeńczuk, Wołoszyn-Cichocka, Zdyb 2019, Legalis; uwagi do art. 14.

⁴⁵ Pietrzak 2019.

⁴⁶ Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego z dnia 27 marca 2013 roku w Warszawie, sygn. akt VIII SA/Wa 12/13.

względem oczekiwań, niedopuszczalna jest sytuacja w której podnosi się zarzut wydania błędnej decyzji w ocenie skarżącego, choćby jej wydanie było prawidłowe, ale odstępowało od utrwalonej praktyki⁴⁷.

Wskazać należy na brzmienie art. 10 Prawa przedsiębiorców, zgodnie z którym, organ kieruje się w swoich działaniach zasadą zaufania do przedsiębiorcy, zakładając, że działa on zgodnie z prawem, uczciwie oraz z poszanowaniem dobrych obyczajów. Co więcej art. 10 ustawy konstytuuje, że niedające się usunąć wątpliwości co do stanu faktycznego, rozstrzygane są przez organ na korzyść przedsiębiorcy. Artykuł 10 wprowadza zatem zasadę domniemania uczciwości przedsiębiorcy, które to domniemanie jest domniemaniem *iuris tantum*. Wydaje się jednak w świetle analizy przedmiotowej regulacji, że jej egzekwowanie w praktyce będzie utrudnione. Praktyczne znaczenie zasady może ujawnić się w toku postępowań prowadzonych przez organy administracji publicznej, jednak i tutaj jawi się istotny problem związany z obowiązkiem wykazywania spełnienia określonych przesłanek, niejednokrotnie o charakterze opisowym i ocennym, przez przedsiębiorcę w celu uzyskania decyzji określonej treści⁴⁸.

Drugą zasadą wywodzoną z art. 10 ustawy jest zasada rozstrzygnięcia wątpliwości na korzyść przedsiębiorcy, zgodnie z którą, w ramach postępowania prowadzonego przez organ administracji publicznej, wątpliwości dotyczące stanu faktycznego, które nie zostały usunięte rozstrzygnięte zostaną na korzyść przedsiębiorcy, a zatem formułowany jest względny zakaz działania na niekorzyść. Historycznego ujęcia tejże zasady należy upatrywać w prawnokarnej zasadzie domniemania niewinności, należy jednak mieć na uwadze fakt, że została ona przeniesiona, i tak też musi być interpretowana, na grunt publicznonprawny (administracyjnoprawny). Wątpliwości powstałe w toku postępowania muszą mieć charakter obiektywny⁴⁹. Względność omawianego zakazu wynika z wprowadzonych przez ustawodawcę wyjątków tj. zasada nie obowiązuje, jeżeli (i) w postępowaniu uczestniczą podmioty o spornych interesach lub wynik postępowania ma bezpośredni wpływ na interes osób trzecich; (ii) odrębne przepisy wymagają od przedsiębiorcy wykazania określonych faktów; oraz (iii) wymaga tego ważny interes publiczny, w tym istotne interesy państwa, a w szczególności jego bezpieczeństwa, obronności lub porządku publicznego. Na podstawie powyższego należy wskazać, że zastosowanie

⁴⁷ Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 8 marca 2016 roku, sygn. akt II OSK 1688/14.

⁴⁸ Pietrzak 2019, uwagi do art.10.

⁴⁹ Pietrzak 2019, uwagi do art. 10.

praktyczne zasady może mieć w tych postępowaniach w których wyłączono przepisy kodeksu postępowania administracyjnego bądź też w postępowania administracyjnych, których celem będzie przyznanie przedsiębiorcy określonych uprawnień, ich ograniczenie bądź odebranie jak również w tych postępowaniach, które będą nastawione na nałożenie na przedsiębiorcę obowiązku⁵⁰.

Węzłowo przez pryzmat art. 10 ustawy należy spojrzeć na art. 11 ustawy, w myśl którego, sformułowano zasadę przyjaznej interpretacji przepisów prawnych, w razie wątpliwości co do treści normy prawnej, na korzyść przedsiębiorcy, o ile celem normy jest nałożenie obowiązku bądź ograniczenie lub odebranie uprawnienia względem przedsiębiorcy. Podobnie jak zasada z art. 10 ustawy, zasada przyjaznej interpretacji przepisów ma również względny charakter i uzależniona od tożsamyh, jak wskazane poprzednio, wyjątków. Wskazać należy, że cel przepisu, jest rozmyty, przede wszystkim dlatego, że organ administracji publicznej w toku postępowania, powinien dążyć do rekonstrukcji normy prawnej i dokonać aktu subsumpcji. A zatem jak się wydaje, praktyczne zastosowanie omawianej zasady będzie miało miejsce w sytuacji w której nie uda się uzyskać klaryfikującego rezultatu osiągniętego przy uwzględnieniu wykładni językowej i systemowej przepisu. Słusznie wskazuje się, że przedmiotowa zasada ma uzasadnienie w sytuacjach tych w których treść językowa przepisu pozostawia luz interpretacyjny⁵¹.

W ustawie nie brak również gwarancji, których celem jest budowanie zaufania wobec organów administracji. Norma taka została wyrażona w art. 12 ustawy, zgodnie z którym, organ prowadzi postępowanie w sposób budzący zaufanie przedsiębiorców do władzy publicznej, kierując się zasadami proporcjonalności, bezstronności i równego traktowania. Praktyczystyczny aspekt tejszy zasady wyraża się w takim postępowaniu organu, które będzie nie tylko budziło zaufanie, ale również świadczyło o kompetentnym i sprawnym działaniu tegoż. Znaczenia tej zasady nie można pominąć, że w względu na to, że ma ona swoje umocowanie w konstytucyjnej zasadzie praworządności i jest silnie akcentowana w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego⁵². Co więcej jej wprowadzenie do ustawy miało na celu nadanie jej znaczenia prawnego w stosunkach pomiędzy otoczeniem gospodarczym a organami publicznymi⁵³. To niezwykle istotne, jeżeli spojrzy się na art. 12 przez pryzmat regulacji dotyczącej uzasadnionych oczekiwań, bowiem zasad budzenia zaufania opiera

⁵⁰ Pietrzak 2019, uwagi do art. 10.

⁵¹ Zdyb 2019, uwagi do art. 11.

⁵² Kokocińska 2019, uwagi do art. 12.

⁵³ Kokocińska 2019, uwagi do art. 12.

się na obowiązku respektowania konstytucyjnej zasady proporcjonalności ale również bezstronności i równego traktowania. Zasada proporcjonalności będzie w tym przypadku wyznaczała słuszną granicę a zarazem dyrektywę dla organu przed podjęciem konkretnego działania co do tego na ile jest ono konieczne, adekwatne i niezbędne dla osiągnięcia celu publicznego. Wskazać należy, że powyższe zasady budujące treść art. 12 Prawa przedsiębiorców wywodzą się z konstytucyjnej aksjologii i konstytuują dyrektywy postępowania organu administracji publicznej⁵⁴. W tym zakresie zasadę proporcjonalności należałoby ujmować w ogólnej dopuszczalności podejmowania przez przedsiębiorcę działań niesprzeciwiających się prawu, a ewentualne ograniczenie praw przedsiębiorcy powinno znaleźć umocowanie w ustawie i odbywać się z poszanowaniem zasady wolności gospodarczej⁵⁵. Zasada bezstronności będzie dotyczyła sposobu postępowania organów administracji publicznej względem przedsiębiorców, której to administracji działania powinny być wolne od pozaprawnych motywacji lub interesów⁵⁶. Zasada równego traktowania wymaga natomiast, aby organy administracji publicznej w swoim postępowaniu kierowały się obowiązkiem traktowania podmiotów znajdujących się w takiej samej sytuacji w ten sam sposób. Podstawą odstąpienia będzie zatem istnienie relewantnej i obiektywnej cechy różniącej podmioty, co miałyby dawać podstawę do uprzywilejowania jednego z nich.

PODSUMOWANIE

Rekapitulując powyższe rozważania, należy stwierdzić, że zasada budzenia zaufania i uzasadnione oczekiwania mają swój początek w zasadzie demokratycznego państwa prawnego, a dokładnie w zasadzie praworządności. Pod wpływem orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej rola przedmiotowych oczekiwań wzrosła i stała się już nie tylko wartością wskazywaną w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego, ale również w fundamentalną wartością na której podstawie funkcjonuje Unia Europejska.

Uzasadnione oczekiwania jak i zasada budzenia zaufania są kluczowe dla otoczenia gospodarczego i odgrywają znamienne rolę w stosunkach biznesowych z organami administracji publicznej. Jak już wskazywano w wywodzie, celem tychże zasad je łagodzenie ryzyka związanego z podejmowaniem i wykonywaniem działalności gospodarczej w warunkach wolnego rynku,

⁵⁴ Pietrzak 2019, uwagi do art. 12.

⁵⁵ Pietrzak 2019, uwagi do art. 12.

⁵⁶ Pietrzak 2019, uwagi do art. 12.

który z uwagi na swoją dynamikę, wymusza na ustawodawcy przeprowadzenie szeregu zmian prawnych. Dlatego też, niezbędne jest zapewnienie na poziomie na którym dochodzi do konkretyzacji norm generalno-abstrakcyjnych w normy konkretno-indywidualne, podstawowych gwarancji, które zmienią oblicze dotychczasowej praktyki administracyjnej organów publicznych, w taki sposób, że staną się one przyjazne, stabilne, przewidywalne dla rozsądnego i przezornego przedsiębiorcy.

Postawić sobie należy jednak pytanie czy gwarancje te mogą być skuteczne przez ich zapewnienie na poziomie ogólnych i niedookreślonych norm prawnych. Wydaje się, że odpowiedź na to pytanie jest pozytywna. W tym procesie znajdują się również sądy administracyjne, samorządowe kolegia odwoławcze, Trybunał Konstytucyjny czy Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej, które dostarczają cennych informacji na temat tego jaki kierunek winien być obrany przez krajowe organy i w jaki sposób najlepiej zasady takie jak te będące przedmiotem niniejszej analizy powinny być realizowane.

BIBLIOGRAFIA

Wydawnictwa zwarte:

- Adamiak B. 2019, *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, Warszawa.
- Chmielewski J. 2018, *Zasada budzenia zaufania w ogólnym postępowaniu administracyjnym*, LEX.
- Chrościelewski W., Kmieciak Z. (red. nau.) 2019, *Kodeks postępowania administracyjnego*, Warszawa.
- Florczak-Wątor M. 2019, *Komentarz do art. 2 Konstytucji RP*, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, red. P. Tuleja, Warszawa.
- Kasiński M., Stahl M., Wlazlak K. 2015, *Sprawiedliwość i zaufanie do władz publicznych w prawie administracyjnym*, Warszawa.
- Kędziora R. 2017, *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, Warszawa.

Knysiak-Sudyka H. 2019, *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, Warszawa.

Kokocińska K. 2019, *Komentarz do art. 12 Prawa przedsiębiorców*, [w:] *Konstytucja biznesu. Komentarz*, pod red. M. Wierzbickiego, Warszawa.

Lemańska J. 2016, *Uzasadnione oczekiwania w perspektywie prawa krajowego i regulacji europejskich*, Warszawa.

Lubeńczuk G., Wołoszyn-Cichocka A., Zdyb M. 2019, *Prawo przedsiębiorców. Komentarz*, Warszawa.

Malanowski J. 2020, [w:] *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, red. M. Hausera, Warszawa.

Niedźwiedź M. 2020, *Zasady ogólne europejskiego prawa administracyjnego – zasada ochrony uzasadnionych oczekiwań*, „Europejski Przegląd Sądowy”, nr 7.

Pietrzak A. 2019, *Prawo przedsiębiorców. Komentarz*, Warszawa.

Prus Ł., 2012, *W kwestii ochrony uzasadnionych oczekiwań w prawie administracyjnym UE*, „Europejski Przegląd Sądowy”, nr 3.

Rakoczy B. 2020, *Prawo przedsiębiorców*, Warszawa.

Zimmermann J. 2018, *Prawo administracyjne*, Warszawa.

Ustawy

Ustawa z dnia 14 czerwca 1960 roku – Kodeks postępowania administracyjnego (Dz.U. z 2020 roku poz. 1298); dalej: k.p.a. lub Kodeks postępowania administracyjnego.

Ustawa z dnia 30 sierpnia 2002 roku – Prawo o postępowaniu administracyjnym (Dz.U. z 2019 r. poz. 2325).

Ustawa z dnia 6 marca 2018 roku – Prawo przedsiębiorców (Dz.U. z 2020 r., poz. 1086).

Wyroki

Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 28 kwietnia 1988 r. sygn. akt 120/86.

Wyrok Sądu Najwyższego z dn. 18 listopada 1993 r., sygn. akt III ARN 49/93.

Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 14 czerwca 2000 r. sygn. akt P 3/00.

Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego z dnia 27 marca 2013 roku w Warszawie, sygn. akt VIII SA/Wa 12/13.

Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 8 marca 2016 roku, sygn. akt II OSK 1688/14.

Źródła internetowe

<http://orka.sejm.gov.pl/Druki8ka.nsf/0/9E761CF9B6B03CBCC12581E10059DD88/%24File/2051.pdf>, 30.07.2020; Uzasadnienie projektu ustawy).

ZJAWISKO POSTĘPUJĄCEJ INTERNACJONALIZACJI PRAWA PODATKOWEGO - PODSUMOWANIE DRUGIEJ DEKADY XXI W.¹

ALEKSANDRA TYCHMAŃSKA
SZKOŁA DOKTORSKA NAUK SPOŁECZNYCH
NA UNIWERSYTECIE WARSZAWSKIM

WPROWADZENIE

Celem artykułu jest wskazanie najważniejszych inicjatyw w sprawach podatkowych podjętych na arenie międzynarodowej w ostatniej dekadzie, a następnie prześledzenie na ich przykładzie zjawiska postępującej internacjonalizacji prawa podatkowego. Ponadto w ramach artykułu podjęta jest próba odpowiedzi na pytanie o to czy proces internacjonalizacji prawa podatkowego będzie się rozwijał oraz jakie mechanizmy współpracy państw w sprawach podatkowych będą odpowiednie dla zapewnienia państwom efektywnego kształtowania polityk fiskalnych.

EWOLUCJA CHARAKTERU PRAWA PODATKOWEGO

Tradycyjnie prawo podatkowe było postrzegane jako domena ściśle państwowa, a władztwo państwa nad sprawami podatkowymi stanowiło manifestację suwerenności państwa². Jednak z czasem, w związku z postępującymi

¹ Praca naukowa finansowana ze środków budżetowych na naukę w latach 2018-2022 jako projekt badawczy w ramach programu „Diamentowy Grant”.

² Lebner 2000, s. 5.

procesami globalizacji, prawo podatkowe stało się przedmiotem zainteresowania również prawa międzynarodowego³.

Postępujące procesy globalizacji mają wpływ na prawo podatkowe, które w coraz większym zakresie zaczyna stanowić domenę również prawa międzynarodowego. Procesy globalizacji wiążą się z osłabieniem barier instytucjonalnych, a tym samym znacznym zwiększeniem mobilności kapitału⁴. Ponadto globalizacja zachęca niektóre państwa do przyciągania kapitału poprzez wprowadzanie podatkowych zachęt inwestycyjnych m.in. w postaci zerowego lub bardzo niskiego poziomu opodatkowania dochodu. Przedmiotowe działania prowadzą do wzmocnienia konkurencji podatkowej między państwami. Państwa pozostają w pewnego rodzaju konflikcie wewnętrznym, ponieważ z jednej strony widzą potrzebę współpracy w sprawach podatkowych, a z drugiej strony konkurują między sobą w zakresie tworzenia korzystnych dla podatników warunków, które zachęcą ich do prowadzenia działalności na ich terytorium⁵.

W kontekście rozważań nad ewolucją prawa podatkowego w kierunku zwiększania roli aspektu międzynarodowego, warto także wspomnieć, iż obecnie prawo podatkowe mierzy się z licznymi problemami o charakterze międzynarodowym takimi jak: problem unikania i uchylania się od opodatkowania, problem podwójnego opodatkowania, konkurencja podatkowa między różnymi jurysdykcjami czy problemy związane ze zlokalizowaniem miejsca, w którym powstaje dochód. W ostatnim czasie możemy także zaobserwować powstawanie oraz rozwój różnych ponadnarodowych instytucji, które w swoim działaniu skupiają się na sprawach podatkowych. Na arenie międzynarodowej jest podejmowane również coraz więcej inicjatyw, które potwierdzają zwiększanie się współpracy państw w sprawach podatkowych. W dalszej części, artykuł skupi się na przedstawieniu najważniejszych z nich.

³ Na marginesie rozważań warto wskazać, że w doktrynie istnieją spory o to, od którego momentu możemy mówić o początku globalizacji. Na potrzeby artykułu przyjęto, że na przestrzeni XVIII-XX w. możemy mówić o wzroście powiązań między państwami w sferze społecznej, kulturalnej oraz gospodarczej. Natomiast od lat 70. XX w. obserwujemy rozwój procesów globalizacji (Riaz Mir, Mahnaz Hassan, Majeed Qadri 2014, s. 610).

⁴ Michie 2011, s. 193.

⁵ Buttenham, Maikawa 2016, s. 466.

NAJWAŻNIEJSZE INICJATYWY W ZAKRESIE PRAWA PODATKOWEGO NA ARENIE MIĘDZYNARODOWEJ W CIĄGU OSTATNIEJ DEKADY

W ostatniej dekadzie (tj. w latach 2010-2020) na arenie międzynarodowej zostało podjęte wiele istotnych inicjatyw w zakresie prawa podatkowego. Poniżej omówiono najważniejsze z nich.

CCCTB

Koncepcja wspólnej skonsolidowanej podstawy opodatkowania (z ang. *Common Consolidated Corporate Tax Base*)

Pierwszy raz Komisja Europejska przedstawiła projekt dyrektywy w sprawie CCCTB w 2011 r. W uzasadnieniu do projektu wskazano, że w związku z tym, że ustawodawstwo państw członkowskich w zakresie podatków dochodowych nie podlega harmonizacji, często dochodzi do sytuacji, w których ten sam dochód zostaje opodatkowany w dwóch państwach. Problem ten jest szczególnie znaczący w przypadku opodatkowania grup międzynarodowych, które podlegają regulacjom z zakresu cen transferowych, natomiast zastosowanie zasady ceny rynkowej (*arm's length approach*) wiąże się często z dużymi kosztami *compliance* oraz niekoniecznie stanowi najlepszy klucz alokacji dochodu, realizujący zasadę zgodną z którą dochód powinien być opodatkowany w miejscu, w którym powstaje.

Zastosowanie CCCTB odnosiłoby się do sytuacji, w której dana grupa kapitałowa działa w różnych krajach członkowskich UE. Projekt zakładał ujednoczenie podstawy opodatkowania, czyli usystematyzowanie określania przychodów i kosztów podatkowych we wszystkich krajach członkowskich. Następnie dodawano by podstawy opodatkowania danej grupy kapitałowej, wypracowane w różnych państwach członkowskich oraz przydzielano by każdemu z tych państw (według specjalnego klucza alokacji) określoną część podstawy opodatkowania. Określanie stawek podatkowych pozostałoby w kompetencji państw członkowskich⁶.

Propozycja Komisji Europejskiej nie spotkała się z akceptacją państw członkowskich. W 2016 r. Komisja Europejska ponownie przedstawiła propozycję wprowadzenia CCCTB, jednak tym razem w podziale na dwa etapy w celu stopniowego wprowadzenia CCCTB (w podziale na dwie

⁶ Proposal for a Council Directive on a Common Consolidated Corporate Tax Base 2011, s. 4-5

dyrektywy). Działanie takie miało na celu pewnego rodzaju oswojenie państw członkowskich z ideą CCCTB, w związku z tym, że państwa członkowskie były niechętnie na dzielenie się między sobą podstawą opodatkowania, a następnie dochodami podatkowymi. Pierwszy etap obejmowałby wprowadzenie we wszystkich państwach członkowskich wspólnej podstawy opodatkowania (tzw. CCTB), czyli wspólnych zasad obliczania podstawy opodatkowania w podatku dochodowym od osób prawnych, dyrektywa wprowadzałaby również niektóre przepisy dotyczące unikania opodatkowania oraz międzynarodowych aspektów proponowanego systemu podatkowego⁷. Drugi etap określony w projekcie dyrektywy w zakresie Wspólnej Skonsolidowanej Podstawy Opodatkowania (CCCTB) zakładałby wprowadzenie obowiązku konsolidacji wcześniej przyjętej wspólnej podstawy opodatkowania. Propozycja Komisji Europejskiej z 2016 r. również nie weszła w życie.

BEPS

Erozja podstawy opodatkowania i transfer zysków

(ang. *Base Erosion and Profit Shifting*)

W 2013 r. Organizacja Współpracy Gospodarczej i Rozwoju (dalej: „OECD”) wspólnie z państwami G20 przyjęła program BEPS mający na celu przeciwdziałanie unikaniu i uchylaniu się od opodatkowania. Konieczność jego przyjęcia łączyła się z rozwojem globalizacji, która ma szczególnie silny wpływ na sposób działania przedsiębiorstw międzynarodowych (dalej: „MNE”). Warto zaznaczyć, iż we wstępie dokumentu BEPS zaznaczono, że decydowanie o sprawach podatkowych pozostaje w kompetencji państw jako atrybut ich suwerenności, jednakże w związku z rozwojem globalizacji, która pozwala podatnikom - w szczególności MNE wykorzystywać rozbieżności w systemach podatkowych państw w celu zmniejszenia swoich zobowiązań podatkowych, koniecznym jest wypracowanie na arenie międzynarodowej wspólnych rozwiązań mających na celu przeciwdziałanie unikaniu i uchylaniu się od opodatkowania⁸. Celem programu BEPS jest „opracowanie nowych standardów międzynarodowych, które zapewnią spójność opodatkowania osób prawnych na poziomie międzynarodowym”⁹.

⁷ Komisja Europejska 2016, Proposal for a Council Directive on a Common Corporate Tax Base, s. 3.

⁸ OECD 2013, s. 9-11.

⁹ OECD 2013, s. 13

BEPS odnosi się do strategii planowania podatkowego, które wykorzystują luki i rozbieżności w przepisach podatkowych różnych jurysdykcji w celu sztucznego przenoszenia zysków do jurysdykcji o niskim lub zerowym opodatkowaniu, w których prowadzona jest niewielka działalność gospodarcza lub nie prowadzi się jej wcale. W efekcie dochodzi do erozji podstawy opodatkowania, ponieważ podatnicy w krajach, w których rzeczywiście prowadzą działalność, odliczają od podstawy opodatkowania różnego rodzaju płatności dokonane na rzecz podmiotów powiązanych posiadających jurysdykcję w krajach, w których wypracowany przez nie dochód nie podlegał opodatkowaniu bądź podlegał opodatkowaniu na minimalnym poziomie (tzw. raje podatkowe).

Program BEPS obejmuje 15 działań, których podjęcie umożliwi przeciwdziałanie erozji podstawy opodatkowania. Poszczególne działania w ramach programu BEPS są następujące: 1) Zaadresowanie wyzwań podatkowych związanych z rozwojem gospodarki cyfrowej; 2) Neutralizacja efektów struktur hybrydowych, które wykorzystują niespójności systemów podatkowych; 3) Wzmocnienie zasad opodatkowania kontrolowanych podmiotów zagranicznych (CFC); 4) Ograniczenie erozji podstawy opodatkowania poprzez odliczanie odsetek i innych opłat za usługi finansowe; 5) Zwalczanie szkodliwych praktyk podatkowych w sposób bardziej efektywny przy uwzględnieniu transparentności i substancji (ang. *substance*) transakcji; 6) Zapobieganie nadużyciom związanym z nadużyciem postanowień DTT; 7) Zapobieganie sztucznemu unikaniu statusu zakładu podatkowego (ang. *permanent establishment*); 8) Zapewnienie, że ceny transferowe odpowiadają kreowaniu wartości aktywów niematerialnych; 9) Zapewnienie zgodności cen transferowych z kreowaniem wartości ryzyka oraz kapitału; 10) Zapewnienie zgodności cen transferowych z kreowaniem wartości dodanej; 11) Ustanowienie metodologii zbierania oraz analizowania danych dotyczących zjawiska zmniejszania podstawy opodatkowania i transferu zysków; 12) Wprowadzenie obowiązku ujawniania przez podatników wykorzystywanych agresywnych strategii podatkowych; 13) Zdefiniowanie na nowo dokumentacji cen transferowych; 14) Usprawnienie mechanizmów rozwiązywania sporów międzynarodowych; 15) Stworzenie wielostronnej umowy umożliwiającej wprowadzenie Planu Działań BEPS oraz modyfikacji istniejących umów w sprawie unikania podwójnego opodatkowania¹⁰.

Warto wspomnieć, że w prace nad programem BEPS były zaangażowane państwa członkowskie G20 oraz OECD, jednak udział w projektowaniu

¹⁰ OECD 2013, s. 14-26.

nowych międzynarodowych uregulowań podatkowych był zapewniony również państwom rozwijającym się, które m.in. brały udział w pracach Komitetu OECD do spraw Spraw Fiskalnych (ang. *Committee on Fiscal Affairs*) oraz w grupach roboczych Komitetu. W ramach współpracy regionalnej z krajami Afryki, Azji Pacyficznej, Ameryki Łacińskiej, Europy Wschodniej oraz w Azji Centralnej, prowadzono konsultacje za pośrednictwem organizacji regionalnych takich jak African Tax Administration Forum, the Centre de Rencontre des Administrations Fiscales, the Intra-European Organization of Tax Administrations czy też za pośrednictwem organizacji międzynarodowych takich jak m.in. ONZ, Międzynarodowy Fundusz Walutowy (dalej: „IMF”) czy Bank Światowy¹¹.

Inclusive Framework on BEPS

W 2015 r. po ogłoszeniu pakietu BEPS kraje G20 zasygnalizowały OECD, że koniecznym jest stworzenie odpowiednich ram, które pozwolą wdrożyć rozwiązania BEPS również w krajach nienależących do OECD, w tym w rozwijających się. Inclusive Framework on BEPS (dalej: „IF”) zostało powołane w styczniu 2016 r. Do grudnia 2019 r. do inicjatywy przystąpiło 137 krajów¹². W celu uzyskania członkostwa w IF, kraj lub jurysdykcja musi zobowiązać się do skorzystania z pakietu BEPS oraz wpłacać corocznie składkę członkowską.

W ramach IF większość krajów członkowskich podpisało Konwencję wielostronną implementującą środki traktatowego prawa podatkowego mające na celu zapobieganie erozji podstawy opodatkowania i przenoszeniu zysku, sporządzona w Paryżu dnia 24 listopada 2016 r., podpisana w Paryżu dnia 7 czerwca 2017 r. (dalej: „Konwencja MLI” lub „MLI”)¹³. Ponadto od 2018 r. kraje IF są zaangażowane w dyskusje nad wspólnymi rozwiązaniami, które pozwolą w sposób efektywny zarządzać sprawami podatkowymi państw w obliczu digitalizacji gospodarki - przyjęto podejście dwustopniowe w osiągnięciu porozumienia przez państwa członkowskie IF. Pierwszy filar zakłada przyjęcie wspólnych rozwiązań w zakresie określenia sposobu alokacji dochodu do opodatkowania, który powstaje w gospodarce cyfrowej, drugi filar obejmuje pakiet rozwiązań, który umożliwi nałożenie minimalnego podatku na przychody wygenerowane przez MNE operujące w środowisku cyfrowym¹⁴.

¹¹ Saint-Amans 2016.

¹² www.oecd.org/tax/beps/inclusive-framework-on-beps-composition.pdf, 04.09.2020.

¹³ Szczegółowe informacje dotyczące MLI zostały zamieszczone w punkcie 4.

¹⁴ OECD 2020, s. 4-6.

Konwencja MLI

Przyjęcie Konwencji MLI było zapisane jako jedno z 15 działań w ramach programu BEPS. Standardowo umowa o unikaniu podwójnego opodatkowania (dalej: „DTT”) jest zawierana pomiędzy dwoma krajami. DTT może zostać zmieniona, możliwe jest również przyjęcie nowej umowy, jednak proces ten jest długotrwały, często poprzedzony wieloletnimi negocjacjami pomiędzy państwami. Celem Konwencji MLI jest zapewnienie mechanizmu jednorazowej modyfikacji postanowień poszczególnych DTT bez potrzeby prowadzenia długotrwałych negocjacji w celu zawarcia umowy bilateralnej. W pierwszej kolejności państwo chcące korzystać z powyżej wspomnianego systemu, musi zdeponować instrument ratyfikacji Konwencji MLI. Następnie państwo notyfikuje konkretne DTT, które chce objąć MLI oraz ewentualnie zgłasza zastrzeżenia o niestosowaniu wybranych postanowień MLI do konkretnej DTT. W sytuacji, w której drugie państwo również notyfikowało określoną DTT do zmiany i nie zgłosiło zastrzeżeń do konkretnych zastrzeżeń (tzw. *match* stanowisk), DTT jest stosowane w kształcie po zmianach¹⁵.

Konwencja MLI posiada tzw. minimalny standard stosowania, który zobowiązane jest przyjąć każde państwo przystępujące do MLI. Standard ten obejmuje nowe rozwiązania w zakresie regulacji z zakresu wzajemnego porozumiewania się, zastosowanie klauzuli antyabuzywnej *principle purpose test*, która odmawia korzyści z zastosowania konkretnego DTT, w sytuacji w której ich uzyskanie stanowiło jeden z głównych celów lub główny cel transakcji. Minimalny standard zastosowania obejmuje również przyjęcie preambuły MLI, która wskazuje, że celem DTT jest zapewnienie unikania podwójnego opodatkowania dochodu, nie umożliwienie unikania opodatkowania w ogóle.

Konwencja MLI zawiera również szereg rozwiązań, które jej sygnatariusze mogą przyjąć dobrowolnie. Obejmują one m.in. przepisy z zakresu ograniczenia nadużycia struktur hybrydowych, możliwość wprowadzenia jako metody unikania podwójnego opodatkowania dochodu metody proporcjonalnego odliczenia (zamiast metody wyłączenia z progresją), przepisy, które uzależniają zastosowania zwolnienia bądź wyłączenia z opodatkowania dywidend od spełnienia warunku posiadania akcji, udziałów, praw głosu lub podobnych praw w spółce wypłacającej dywidendę przynajmniej przez okres 365 dni, przepisy z zakresu klauzuli nieruchomościowej, która wprowadza 365 dniowy przedział czasowy - w sytuacji, w której dana spółka będzie mogła być zakwalifikowana

¹⁵ www.podatki.gov.pl/podatkowa-wspolpraca-miedzynarodowa/konwencja-mli, 05.09.2020.

jako nieruchomościowa nawet przez jeden dzień w okresie 365 dni, możliwe będzie zastosowanie klauzuli nieruchomościowej. Konwencja MLI obejmuje również rozwiązania dotyczące rozstrzygania konfliktów związanych z podwójną rezydencją podatkową, przepisy z zakresu sztucznego unikania powstania zakładu podatkowego czy współpracy państw w zakresie korekty zysków podmiotów powiązanych.

Na dzień 22 lipca 2020 94 kraje przystąpiły do Konwencji MLI ¹⁶.

Dyrektywy ATAD

Dyrektywa Rady (UE) 2016/1164 z dnia 12 lipca 2016 r. ustanawiająca przepisy mające na celu przeciwdziałanie praktykom unikania opodatkowania, które mają bezpośredni wpływ na funkcjonowanie rynku wewnętrznego (dalej: „dyrektywa ATAD”) ustanawia przepisy o przeciwdziałaniu praktykom unikania opodatkowania. Nakazuje państwom członkowskim wprowadzenie przepisów m.in. w zakresie zagranicznych podmiotów kontrolowanych (CFC), podatku od niezrealizowanych zysków (tzw. *exit tax*), traktowania dla celów podatkowych struktur hybrydowych, ogólnej klauzuli przeciwko unikaniu opodatkowania oraz cienkiej kapitalizacji. Dyrektywa ATAD określa minimalne standardy, które każde z państw członkowskich musi wdrożyć. W przypadku niektórych środków zapisanych w dyrektywie ATAD przewidziano ich dobrowolne zastosowanie. Co do zasady większość państw członkowskich dokonała implementacji postanowień dyrektywy ATAD (Popa 2019).

Dyrektywa Rady (UE) 2017/952 z dnia 29 maja 2017 r. zmieniająca dyrektywę (UE) 2016/1164 w zakresie rozbieżności w kwalifikacji struktur hybrydowych dotyczących państw trzecich (dalej: „dyrektywa ATAD 2”) ustanawia przepisy dotyczące ram w których należy kwalifikować rozbieżności hybrydowe (rozbieżności hybrydowe powstają na skutek odmiennego traktowania podmiotu bądź instrumentu finansowego przez prawo podatkowe różnych jurysdykcji). Warto także wspomnieć, że rozwiązania zaproponowane w dyrektywie ATAD w znacznej mierze powielają rozwiązania zaproponowane w raporcie OECD „OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements. Action 2: 2015 Final Report” z 2015 r. ¹⁷.

¹⁶ <https://www.oecd.org/tax/treaties/beps-mli-signatories-and-parties.pdf>, 03.09.2020.

¹⁷ Kondej, Dziadosz 2020, s. 41.

Global Forum on Transparency and Exchange of Information for Tax Purposes

Global Forum on Transparency and Exchange of Information for Tax Purposes (dalej: „Forum”) zostało założone w 2000 r., w 2009 r. Forum zostało zrestrukturyzowane. Forum działa pod auspicjami OECD i G20. Do Forum przystąpiło 161 państw¹⁸. To wiodący międzynarodowy organ skupiony na wdrażaniu standardów globalnej przejrzystości i mechanizmów wymiany informacji podatkowych na całym świecie. Należy podkreślić, iż wymiana informacji podatkowych stanowi kluczowe działanie w przeciwdziałaniu unikaniu i uchylaniu się od opodatkowania

W swojej działalności Forum skupia się na trzech obszarach: 1) wymiana informacji na żądanie; 2) automatyczna wymiana informacji; 3) pomoc techniczna państwom rozwijającym się. Wymiana informacji na żądanie stanowi podstawowe narzędzie organów podatkowych na całym świecie służące zapewnieniu płacenia przez podatników podatków we właściwej wysokości. Standard wymiany informacji na żądanie (dalej: „standard EOIR”) funkcjonuje od momentu założenia Forum, czyli od 2000 r.¹⁹. Zgodnie ze standardem EOIR organy podatkowe mogą zwracać się do organów podatkowych innych państw o informacje, które umożliwią im prowadzenie kontroli podatkowych. Informacje, o które można się zwrócić, obejmują zapisy księgowo, wyciągi bankowe czy informacje odnoszące się do tytułu prawnego do aktywów. Automatyczna wymiana informacji (dalej: „standard AEOI”) jest prowadzona począwszy od 2017 r. Automatyczna wymiana informacji wymaga corocznej wymiany informacji dotyczących kont finansowych posiadanych przez nierezydentów w określonym przez standard AEOI formacie. Ponadto Forum zapewnia pomoc techniczną krajom rozwijającym się w zakresie efektywnego wdrażania międzynarodowych standardów wymiany informacji podatkowych.

Platform for Collaboration on Tax

Platform for Collaboration on Tax (dalej: „PCT”) stanowi wspólną inicjatywę IMF, OECD, ONZ oraz Grupy Banku Światowego. Jej celem jest zintensyfikowanie współpracy między organizacjami założycielskimi w kwestiach podatkowych. PCT formalizuje sposób prowadzenia dyskusji między organizacjami, służy wzmocnieniu zdolności organizacji członkowskich PCT

¹⁸ <http://www.oecd.org/tax/transparency/>, 05.09.2020.

¹⁹ OECD 2017, s. 7.

w działaniu na rzecz polepszenia zarządzania sprawami podatkowymi w krajach rozwijających się, zapewnia wymianę wiedzy między organizacjami oraz forum, na którym organizacje mogą wspólnie formułować wytyczne swojego działania w sprawach podatkowych. Ponadto w ramach swoich prac analitycznych, PCT skupia się na zapewnieniu krajom rozwijającym się prostych i praktycznych narzędzi oraz wytycznych przydatnych w zaadresowaniu problemów, z którymi mierzy się ich system podatkowy. PCT dąży również do zwiększenia udziału państw rozwijających się w dyskusji nad kształtem rozwiązań przedstawianych na arenie międzynarodowej w zakresie międzynarodowego prawa podatkowego poprzez organizację różnego rodzaju wydarzeń, konsultacji w formie zdalnej czy warsztatów, na których państwa rozwijające się mogą przedstawić problemy, z którymi mierzy się ich system podatkowy²⁰. Warto również wspomnieć, że w ramach swoich prac PCT opublikowało trzy instrukcje. Pierwsza z nich zatytułowana „Tools for the assessment of tax incentives for investment” przedstawia podatkowe zachęty inwestycyjne, które kraje o niskich dochodach mogą zastosować, a których zastosowanie przyczyni się do wzmocnienia systemu podatkowego. Druga instrukcja „Toolkit for addressing difficulties in accessing comparables data for transfer pricing analyses” wskazuje na problemy związane z uzyskiwaniem danych porównawczych pozwalających wykazać, że w transakcjach pomiędzy podmiotami powiązany mi zastosowano ceny na poziomie rynkowym oraz przedstawia m.in. możliwe sposoby pozwalające na ustalenie cen transferowych na poziomie rynkowym w sytuacji braku dostępności odpowiednich danych. Trzecia z instrukcji „The Taxation of Offshore Indirect Transfers - A Toolkit” przedstawia dwa główne podejścia, które można przyjąć w celu opodatkowania pośrednich transferów offshore (ang. *offshore indirect transfers*) przez kraj, w którym znajduje się podstawowy składnik aktywów.

Tax Inspector Without Borders („TIWB”)

TIWB to wspólna inicjatywa OECD oraz Programu Narodów Zjednoczonych do spraw Rozwoju (United Nations Development Programme, dalej: „UNDP”), która skupia się na wsparciu administracji krajów rozwijających się w prowadzeniu efektywnych kontroli podatkowych. TIWB oferuje specjalne programy dla administracji podatkowych krajów rozwijających się w trakcie których wybrani eksperci będą współpracować bezpośrednio z lokalnymi

²⁰ <https://www.tax-platform.org/what-we-do>, 03.09.2020.

urzędnikami podatkowymi przy bieżących kontrolach podatkowych, udzielając im zarówno porad w jaki sposób prowadzić kontrolę, jak i zapewniając wsparcie merytoryczne.

TIWB zapewnia wsparcie ekspercie m.in. w takich obszarach, jak ceny transferowe, cienka kapitalizacja, porozumienia cenowe, zasady przeciwdziałania unikaniu opodatkowania; podatki konsumpcyjne (np. VAT, GST) czy ocena ryzyka w celu dokonania odpowiedniego wyboru podmiotu, który zostanie poddany kontroli podatkowej. Obecnie uruchomiono programy wsparcia w Armenii, w Beninie, w Botswanie, na Zielonym Przylądku, w Republice Środkowoafrykańskiej, w Chadzie, w Kolumbii, w Egipcie, w Eswatini, w Ghanie, w Hondurasie, na Jamajce, w Kenii, w Liberii, na Madagaskarze, na Mali, w Mongolii, w Nigerii, w Pakistanie, w Papui Nowej Gwinei, w Sierra Leone, na Sri Lance, w Tunezji, w Ugandzie, na Ukrainie, w Zambii oraz w Zimbabwe²¹.

NETWORK OF TAX ORGANIZATIONS („NTO”)

NTO stanowi sieć regionalnych oraz międzynarodowych organizacji administracji podatkowych. Została utworzona w 2018 r. Jej celem jest zapewnienie forum, na którym organizacje członkowskie będą mogły wypracować określone formy współpracy oraz koordynacji w celu polepszenia sposobu funkcjonowania administracji podatkowych. W ramach NTO administracje podatkowe wymieniają doświadczenia oraz świadczą na swoją rzecz określone usługi. Dostarczają także określone rozwiązania przydatne dla sprawnego funkcjonowania administracji podatkowych. Ponadto NTO reprezentuje swoich członków na forach różnych organizacji międzynarodowych. Do NTO należą następujące organizacje: African Tax Administration Forum („ATAF”), the Association of Tax Authorities of Islamic Countries (dalej: „ATAIC”), the Commonwealth Association of Tax Administrators (dalej: „CATA”), the Inter-American Center of Tax Administrations (dalej: „CIAT”), the Caribbean Organization of Tax Administrators (dalej: „COTA”), the Center for Exchange and Studies of Tax Administration Leaders (dalej: „CREDAF”), the Intra-European Organization of Tax Administrations

²¹ www.tiwb.org, 05.09.2020.

(dalej: „IOTA”), the Pacific Islands Tax Administrators Association (dalej: „PITAA”), and the West African Tax Administration Forum (dalej: „WATAF”) ²².

International Tax Dialogue

The International Tax Dialogue (dalej: „ITD”) został powołany w 2002 r. przez OECD, IMF oraz Bank Światowy w celu stworzenia platformy do współpracy organizacji założycielskich w sprawach podatkowych. W następnych latach do ITD dołączyły inne ważne podmioty zaangażowane w sprawy podatkowe - Komisja Europejska, Inter-American Development Bank oraz CIAT. Z organizacją współpracują również regionalne organizacje podatkowe: the Economic Commission for Latin America and the Caribbean oraz ATAF.

Działania ITD skupiają się na stworzeniu przestrzeni do wymiany doświadczeń oraz wiedzy na temat spraw podatkowych przez przedstawicieli rządów odpowiedzialnych za sprawy podatkowe, regionalne i międzynarodowe organizacje skupione na sprawach podatkowych oraz inne kluczowe podmioty w dziedzinie prawa podatkowego. ITD okresowo organizuje międzynarodowe oraz regionalne konferencje, w trakcie których omawiane są kluczowe kwestie związane z międzynarodowym prawem podatkowym. W konferencjach biorą udział eksperci oraz praktycy prawa podatkowego, którzy wymieniają między sobą doświadczenia z zakresu spraw podatkowych oraz wspierają tworzenie nowych inicjatyw międzynarodowych dotyczących podatków ²³.

ZJAWISKO INTERNACJONALIZACJI PRAWA PODATKOWEGO

Zjawisko internacjonalizacji prawa podatkowego można zdefiniować jako proces w ramach którego prawo podatkowe staje się w coraz większym stopniu przedmiotem zainteresowania prawa międzynarodowego, a krajowe przepisy prawa podatkowego w coraz bardziej znaczącym zakresie bazują na rozwiązaniach zaproponowanych na arenie międzynarodowej. Zjawisko internacjonalizacji prawa podatkowego wiąże się również z tym, że państwa dostrzegają, że jeżeli państwo chce z sukcesem realizować swoją politykę

²² <https://www.ciat.org/establishment-of-the-network-of-tax-organizations-nto/?lang=en>, 04.09.2020.

²³ International Tax Dialogue 2013, s. 1-2.

w zakresie opodatkowania, musi współpracować z innymi rządami oraz innymi formami zrzeszeń, ponieważ w związku z procesami globalizacji, prawo podatkowe nie stanowi obecnie domeny jedynie prawa wewnętrznego.

Warto wspomnieć, że proces internacjonalizacji prawa podatkowego przebiega szczególnie silnie w obszarze podatków dochodowych. W trakcie ostatniej dekady państwa na niespotykaną skalę zaczęły się angażować w inicjatywy mające na celu walkę z unikaniem i uchylaniem się od opodatkowania. Wynika to z faktu, że w celu zwalczania zjawiska unikania i uchylania się od opodatkowania, konieczna jest współpraca państw, ponieważ w sytuacji w której państwa nie wypracują wspólnego podejścia, istnieje poważne zagrożenie rozwoju zjawiska konkurencji podatkowej między państwami. Do najważniejszych inicjatyw w zakresie unikania i uchylania się od opodatkowania należy zaliczyć program BEPS, Inclusive Framework on BEPS, Global Forum on Transparency and Exchange of Information for Tax Purposes oraz na poziomie Unii Europejskiej - dyrektywę ATAD i dyrektywę ATAD 2.

Ponadto w trakcie ostatniej dekady nastąpiło znaczne zwiększenie udziału państw rozwijających się w dyskusji nad międzynarodowym prawem podatkowym. Coraz częściej zwracana jest uwaga na konieczność zaangażowania w dyskusję dotyczącą spraw podatkowych państw rozwijających się oraz zwrócenie uwagi na specyficzne problemy, z którymi państwa rozwijające się mierzą. Wynika to m.in. z tego, że w podatkach, inaczej niż przykładowo w handlu międzynarodowym, państwa małe bądź państwa rozwijające się, swoimi działaniami mogą silnie oddziaływać na krajobraz międzynarodowy²⁴. W ostatniej dekadzie podjęto wiele inicjatyw nakierowanych na zwiększenie udziału państw rozwijających się w międzynarodowej dyskusji nad sprawami podatkowymi. Za najlepszy przykład w tym względzie można uznać Inclusive Framework on BEPS, w ramach którego zarówno państwa rozwinięte jak i państwa rozwijające się, mogą wspólnie kształtować rozwiązania służące zwiększeniu transparentności i sprawności systemów podatkowych. Do równie istotnych inicjatyw należą projekty międzynarodowe mające na celu przekazanie państwom rozwijającym się wiedzy z zakresu rozważnego projektowania systemu podatkowego, efektywnego prowadzenia kontroli podatkowych czy udostępnienie państwom rozwijającym się technologii zapewniających sprawne zarządzanie sprawami podatkowymi (w tym kontekście warto wskazać

²⁴ IMF 2019, s. 42.

projekty takie jak Tax Inspector Without Borders czy Platform for Collaboration on Tax).

Innym istotnym obszarem współpracy państw w sprawach podatkowych jest wymiana rozwiązań i wiedzy w zakresie mechanizmów podatkowych. Coraz częściej na arenie międzynarodowej są organizowane różnego rodzaju konferencje, które służą wymianie doświadczeń między państwami w przedmiocie opodatkowania. Ponadto organizacje międzynarodowe prowadzą działalność analityczną w wyniku której przedstawiają istotne raporty dotyczące bieżących problemów i rozwiązań, które można wprowadzić w zakresie podatków.

Na zakończenie warto wskazać, że w ostatniej dekadzie podjęto także próbę wprowadzenia w Unii Europejskiej CCCTB - wspólnej skonsolidowanej podstawy opodatkowania. Była to istotna próba częściowej harmonizacji ustawodawstw państw członkowskich w zakresie podatków dochodowych, które co do zasady pozostają przedmiotem władztwa państw członkowskich. Co prawda ostatecznie państwa członkowskie nie były gotowe na ograniczenie swojej suwerenności w zakresie opodatkowania MNE, jednak inicjatywa ta pokazuje, że pojawiają się na arenie Unii Europejskiej inicjatywy, które są nakierowane na znaczne przybliżenie podatkowych ustawodawstw państw członkowskich. Na marginesie rozważań należy wskazać, że w ostatnim czasie Unia Europejska coraz częściej przedstawia projekty wprowadzenia na poziomie Unii Europejskiej nowych podatków, m.in. pojawiły się propozycje wprowadzenia podatku od odpadów z tworzyw sztucznych, podatku cyfrowego (ang. *digital tax*), opłaty za korzystanie z jednolitego rynku przez największe koncerny międzynarodowe czy podatku węglowego (ang. *carbon tax*)²⁵. Wszystkie te działania w przekonaniu autora stanowią przejaw zjawiska internacjonalizacji prawa podatkowego.

MOŻLIWE WARIANTY INSTYTUCJONALIZACJI WSPÓŁPRACY PAŃSTW W SPRAWACH PODATKOWYCH

Zastanawiając się nad możliwościami instytucjonalizacji współpracy państw w sprawach podatkowych można wyróżnić dwa warianty:

²⁵ <https://visegradinsight.eu/time-to-tax-eu-covid-19/>, 02.09.2020.

Zwiększenie roli w sprawach podatkowych obecnie funkcjonujących organizacji (m.in. OECD, ONZ, Unia Europejska, IMF)

Obecnie platformą do prowadzenia dyskusji nad kształtem rozwiązań podatkowych są takie organizacje jak OECD, ONZ, Unia Europejska, IMF czy G20. Można także zaobserwować, że organizacje te coraz częściej podejmują się prac nad sprawami podatkowymi, a także nawiązują współpracę między sobą.

Wydaje się, że najbardziej aktywna na tym polu jest OECD. Co prawda to organizacja reprezentująca interesy państw rozwiniętych, jednak coraz częściej w swoich raportach podkreśla, że dla właściwego kształtowania międzynarodowego prawa podatkowego koniecznym jest uwzględnianie interesów państw rozwijających oraz zaangażowanie ich w aktywną współpracę²⁶, a także prowadzi różnego rodzaju inicjatywy nakierowane na państwa rozwijające się - przykładowo Platform for Collaboration on Tax czy Tax Inspector Without Borders. Możliwym jest więc, że rola OECD będzie się systematycznie zwiększała i w przyszłości organizacja ta będzie głównym podmiotem odpowiedzialnym za koordynację współpracy państw w sprawach podatkowych.

Powołanie międzynarodowej organizacji podatkowej

Nieliczni badacze wysuwali koncepcje powołania międzynarodowej organizacji podatkowej. V. Tanzi przedstawił ideę World Tax Authority, organizacji, która byłaby odpowiedzialna głównie za zapewnianie technicznego wsparcia państwom w zakresie międzynarodowego prawa podatkowego²⁷. Do jej zadań należałoby m.in. przygotowywanie różnego rodzaju statystyk, raportów, rozwijanie standardów międzynarodowych, nadzorowanie rozwoju państw w zakresie polityki podatkowej, rozwijanie mechanizmu wymiany informacji podatkowych między państwami, przewodniczenie inicjatywom skierowanym na walkę z konkurencją podatkową czy stworzenie procedur arbitrażowych między państwami.

Inną koncepcję przedstawił T. Rixen, który postulował utworzenie międzynarodowej organizacji jako systemu umożliwiającego globalne zarządzanie podatkami²⁸. Organizacja ta posiadałaby prawa i uprawnienia wykonawcze sankcjonujące rządy, które angażują się w konkurencję podatkową. Rządy

²⁶ por. IMF, OECD, UN, World Bank 2011, s. 26.

²⁷ Tanzi 1999.

²⁸ Rixen 2011, s. 197-227.

państw powinny również znieść wszystkie zasady, które uniemożliwiają innym krajom egzekwowanie zasady członkostwa, takie jak rygorystyczne przepisy dotyczące tajemnicy bankowej lub odmowa wymiany informacji z innymi organami podatkowymi. Ponadto na forum organizacji kraje mogłyby osiągnąć porozumienie w sprawie wspólnej skonsolidowanej podstawy opodatkowania. Organizacja miałaby działać w ramach instytucjonalnych ONZ²⁹.

Należy także wskazać, że część badaczy uważa, że powołanie ponadnarodowego ciała odpowiedzialnego za sprawy podatkowe państw za działanie szkodliwe, niepotrzebne bądź biorąc pod uwagę niechęć państw do ograniczania ich suwerenności w zakresie polityki fiskalnej - nierealistyczne. Przykładowo, T. Magalhaes wskazuje na znaczenie regionalnych organizacji podatkowych państw rozwijających się, które wzmacniając swoje znaczenie mają szansę uczestniczyć w dialogu dotyczącym światowego opodatkowania z państwami rozwiniętymi. Równocześnie podkreśla on, że międzynarodowa organizacja podatkowa służyłaby głównie interesom państw rozwiniętych, w związku z tym za bezcelowe uważa jej powołanie³⁰.

PODSUMOWANIE

Podsumowując, ostatnia dekada pokazuje, że na arenie międzynarodowej miało miejsce wiele istotnych wydarzeń i inicjatyw w sprawach podatkowych. Zdaniem autorki w związku z postępującym zjawiskiem internacjonalizacji prawa podatkowego, należy spodziewać się dalszego rozszerzania współpracy państw w sprawach podatkowych. Ostatnia dekada pokazuje jak współpraca ta jest istotna dla sprawnego prowadzenia polityki fiskalnej oraz, iż państwo chcąc efektywnie projektować przepisy z zakresu prawa podatkowego, nie może działać w próżni i musi brać pod uwagę ustalenia poczynione na arenie międzynarodowej.

Prawdopodobnie potrzeba będzie jeszcze wielu lat, żeby państwa zdecydowały się utworzyć międzynarodową organizację podatkową, której byłyby skłonne przekazać część władztwa w sprawach podatkowych. W najbliższych latach bardziej realnym wydaje się systematyczne zwiększanie inicjatyw w sprawach podatkowych na gruncie obecnie funkcjonujących organizacji takich jak OECD, ONZ czy Unia Europejska. W związku z tym, że coraz częściej podkreślana jest potrzeba zaangażowanie we współpracę międzynarodową państw rozwijających się, znaczenia będą prawdopodobnie również nabierały

²⁹ Rixen 2016, s. 335.

³⁰ Magalhaes, s. 22.

regionalne organizacje podatkowe reprezentujące interesy państw rozwijających się jako główny łącznik tych państw z organizacjami międzynarodowymi.

BIBLIOGRAFIA

Monografie

Dziadosz K., Kondej M., 2020, *Implementacja dyrektywy ATA2 w zakresie przeciwdziałania powstawaniu rozbieżności hybrydowych*, „Przegląd Podatkowy” 4.

IMF 2019, *Corporate Taxation in the Global Economy*, „IMF Policy Paper”

IMF, OECD, UN, World Bank 2011, *Supporting the Development of More Effective Tax Systems*, <https://www.imf.org/external/np/g20/pdf/110311.pdf>.

International Tax Dialogue 2013, *International Tax Dialogue: Key issues and debates in VAT, SME taxation and the tax treatment of the financial sector*, <https://www.oecd.org/tax/tax-global/ITD-publication-decade-sharing-experiences.pdf>.

Michie J. 2011, *The Handbook of Globalisation*, Cheltenham.

OECD 2013, *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*, *OECD Publishing*, <http://dx.doi.org/10.1787/9789264202719-en>.

OECD 2017, *Tax Transparency 2017: Report on Progress*, <http://www.oecd.org/tax/transparency/global-forum-annual-report-2017.pdf>.

OECD 2019, *Addressing the Tax Challenges of the Digitalisation of the Economy – Policy Note, as approved by the Inclusive Framework on BEPS on 23 January 2019*, <https://www.oecd.org/tax/beps/policy-note-beps-inclusive-framework-addressing-tax-challenges-digitalisation.pdf>

OECD 2020, *Statement by the OECD/G20 Inclusive Framework on BEPS on the Two-Pillar Approach to Address the Tax Challenges Arising from the Digitalisation of the Economy – January 2020*, *OECD/G20 Inclusive Framework on BEPS*, OECD, Paryż.

Rixen T. 2016, *Global Tax Governance: What is Wrong with It and How to Fix It*, Colchester.

The Platform for Collaboration on Tax 2015, *Tools for the assessment of tax incentives for investment*, http://www.tax-platform.org/sites/pct/files/publications/100756-Tax-incentives-Main-report-options-PUBLIC_0.pdf.

The Platform for Collaboration on Tax 2017, *A Toolkit for Addressing Difficulties in Accessing Comparables Data for Transfer Pricing Analyses*, <http://www.tax-platform.org/sites/pct/files/publications/116573-REVISED-PUBLIC-toolkit-on-comparability-and-mineral-pricing.pdf>.

The Platform for Collaboration on Tax 2020, *The Taxation of Offshore Indirect Transfers - A Toolkit*, https://www.tax-platform.org/sites/pct/files/publications/PCT_Toolkit_The_Taxation_of_Offshore_Indirect_Transfers.pdf

Akty prawne

Dyrektywa Rady (UE) 2016/1164 z dnia 12 lipca 2016 r. ustanawiająca przepisy mające na celu przeciwdziałanie praktykom unikania opodatkowania, które mają bezpośredni wpływ na funkcjonowanie rynku wewnętrznego.

Dyrektywa Rady (UE) 2017/952 z dnia 29 maja 2017 r. zmieniająca dyrektywę (UE) 2016/1164 w zakresie rozbieżności w kwalifikacji struktur hybrydowych dotyczących państw trzecich.

Komisja Europejska (2011), Proposal for a Council Directive on a Common Consolidated Corporate Tax Base, 2011/0058 (CNS).

Komisja Europejska (2016), Proposal for a Council Directive on a Common Consolidated Corporate Tax Base, 2016/0336 (CNS).

Komisja Europejska (2016), Proposal for a Council Directive on a Common Corporate Tax Base, 2016/0337 (CNS).

Konwencja wielostronna implementująca środki traktatowego prawa podatkowego mające na celu zapobieganie erozji podstawy opodatkowania i przenoszeniu zysku, sporządzona w Paryżu dnia 24 listopada 2016 r., podpisana w Paryżu dnia 7 czerwca 2017 r.

Czasopisma

Magalhaes T. 2018, *What is Really Wrong with Global Tax Governance and How to Properly Fix It*, „World Tax”, Vol. 10, No. 4.

Lehner M. 2000, *Limitation of the national power of taxation by the fundamental freedoms and non-discrimination clauses of the EC Treaty*, „EC Tax Review”.

Riaz U., Mahnaz Hassan M., Majeed Qadri M. 2014, *Understanding Globalization and its Future: An Analysis*, „Pakistan Journal of Social Sciences” Vol. 34, No. 2.

Popa O. 2019, *European Union - An Overview of ATAD Implementation in EU Member States*, „European Taxation”, Volume 59, No. 2/3.

Rixen T. 2011, *From Double Tax Avoidance to Tax Competition: Explaining the institutional trajectory of international tax governance*, „Review of International Political Economy” No. 18(2).

Saint-Amans P., Raffaele Russo 2016, *International/OECD - The BEPS Package: Promise Kept*, „Bulletin for International Taxation” Vol. 70, No. 4.

Tanzi V. 1999, *Is there a need for a World Tax Organization?*, [w:] *The Economic of Globalization*, red. A. Razin, E. Sadka, Nowy Jork.

Źródła internetowe

<https://www.ciat.org/establishment-of-the-network-of-tax-organizations-nto/?lang=en>

<https://www.ibfd.org/IBFD-Tax-Portal/NewsNew-Tables-Monitor-Anti-Tax-Avoidance-Directive-implementation>.

<http://www.itdweb.org>.

<https://www.oecd.org/ctp/tax-global/international-tax-dialogue.htm>.

<https://www.oecd.org/tax/beps/>.

<http://www.oecd.org/ctp/platform-for-collaboration-on-tax.htm>.

<https://www.oecd.org/tax/treaties/beps-mli-signatories-and-parties.pdf>.

www.podatki.gov.pl/podatkowa-wspolpraca-miedzynarodowa/konwencja-mli.

<https://www.tax-platform.org>.

<https://www.tiwb.org>.

<https://visegradinsight.eu/time-to-tax-eu-covid-19/>.

NIEODPŁATNA POMOC PRAWNA – REGULACJE PRAWNE, A PRAKTYKA

WERONIKA WOŹNA-BURDZIAK
UNIwersytet Szczeciński

NIEODPŁATNA POMOC PRAWNA, NIEODPŁATNE PORADNICTWO OBYWATELSKIE I EDUKACJA PRAWNA - WPROWADZENIE

System nieodpłatnej pomocy prawnej, nieodpłatnego poradnictwa obywatelskiego i edukacji prawnej (dalej NPP, NPO i EP) działa w Polsce od 4 lat. Od początku wejścia w życie systemu pomocy prawnej do chwili obecnej nastąpiło wiele zmian zarówno w odniesieniu do zakresu podmiotowego jak i przedmiotowego. Nietrudno wskazać cel jaki miał zostać zrealizowany poprzez wprowadzenie owego programu – umożliwienie skorzystania z pomocy profesjonalisty osobom, których nie stać na poniesienie kosztów odpłatnej pomocy prawnej. Zatem chodziło w dużej mierze o urzeczywistnienie zasady „Prawo dla wszystkich”. Patrząc na samo założenie należałoby uznać, że wprowadzenie takiego programu jest jak najbardziej słuszne i potrzebne. Nie każdemu bowiem stać na uzyskanie pomocy profesjonalisty, a niekiedy taka pomoc jest wręcz niezbędna. Jednak realizacja przedmiotowego zadania nastęrcza wiele trudności. Głównym celem niniejszej pracy jest wskazanie na uregulowania prawne dotyczące NPP, NPO i EP z ukazaniem praktycznej strony omawianego zagadnienia.

Zanim jednak uwaga zostanie poświęcona poszczególnym problemom związanym z funkcjonowaniem i organizacją zadania, zasadnym wydaje się w pierwszej kolejności wskazanie na podstawę prawną owego systemu. Podstawowym aktem regulującym tematykę związaną z NPP, NPO i EP jest ustawa z dnia 5 sierpnia 2015 r. o nieodpłatnej pomocy prawnej, nieodpłatnym poradnictwie obywatelskim oraz edukacji

prawnej (dalej ustawa o NPP, NPO i EP)¹. Ponadto poza ustawą kwestie organizacyjne reguluje również rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 21 grudnia 2018 r. w sprawie nieodpłatnej pomocy prawnej oraz nieodpłatnego poradnictwa obywatelskiego² (dalej rozporządzenie o NPP i NPO).

Zadanie, o którym mowa jest zadaniem zleconym z zakresu administracji rządowej. Cała organizacja zadania spoczywa na powiecie. Powiat może zawrzeć z sąsiednimi gminami umowę na realizację przedmiotowego systemu jednak nie jest to obligatoryjne³. Na wykonanie zadania powiat otrzymuje dotację celową będącą w dyspozycji danego wojewody. Ustawodawca narzuca podział dotacji, jednak o samym sposobie finansowania będzie jeszcze mowa w dalszej części opracowania. Dla usystematyzowania informacji należy jeszcze wspomnieć, iż owszem na powiecie spoczywa obowiązek organizacji obsługi administracyjnej zadania jednak w całym schemacie organizacyjnym występują jeszcze tzw. wykonawcy. Wykonawcami są adwokaci, radcowie prawni oraz wykonawcy z ramienia organizacji pozarządowych, a więc osoby które udzielają pomocy prawnej, bądź świadczą poradnictwo obywatelskie. Pomoc świadczona jest w punktach NPP i NPO, organizowanych przez powiat i przysługuje tzw. osobom uprawnionym. Powyżej w dużym skrócie przedstawiony został schemat funkcjonowania NPP, NPO i EP, który oczywiście w dalszej części pracy będzie rozszerzany o wybrane przez autora aspekty związane z funkcjonowaniem systemu.

ZAKRES PRZEDMIOTOWY USTAWY

Aby móc przejść do problematyki związanej z zakresem przedmiotowym ustawy należy w pierwszej kolejności zdefiniować pojęcie NPP i NPO. Zgodnie z definicją zawartą w ustawie (art. 3 ustawy o NPP, NPO i EP) poprzez NPP należy rozumieć np. poinformowanie osoby uprawnionej o obowiązującym stanie prawnym, wskazanie rozwiązania problemu prawnego, sporządzenie projektu pisma czy mediację⁴. Oczywiście to tylko przykłady, a to jakiej konkretnie pomocy potrzebuje osoba uprawniona zależy od tego z jakim problemem zwraca się do wykonawcy. NPP świadczona jest przez adwokatów lub radców prawnych losowanych co roku przez odpowiednie Okręgowe Rady

¹ Dz. U. z 2019 r., poz. 294

² Dz. U. z 2018 r., poz. 2492

³ Kaczocho 2016.

⁴ Mediacja została wprowadzona jako element NPP i NPO w wyniku nowelizacji ustawy, która weszła w życie w 2019 r., jednak stała się obligatoryjna do zorganizowania przez powiat z początkiem 2020 r.

Adwokackie lub Okręgowe Izby Radców Prawnych (dalej ORA i OIRP). Powiat corocznie podpisuje z Radami i Izbami porozumienie na mocy którego wyłaniani są konkretni wykonawcy z którymi powiat zawiera umowy na świadczenie NPP.

Poza NPP ustawodawca wskazuje również na NPO. Definicja NPO została zawarta w art. 3a ustawy o NPP, NPO i EP. Jest to stosunkowa nowość bowiem zostało ono wprowadzone w 2019 r. Na samym początku funkcjonowała jedynie darmowa pomoc prawna i edukacja prawna. Jak wskazuje wnioskodawca zmian, wprowadzenie NPO miało na celu niesienie pomocy tym osobom, których problemy wymagają większego nakładu pracy, jak np. sporządzenie planu działania w przypadku zadłużenia, a sama pomoc może nie zakończyć się na jednej wizycie⁵. NPO udzielana jest przez doradców obywatelskich z ramienia organizacji pozarządowych. Organizacje takie corocznie wyłaniane są przez powiat w otwartym konkursie ofert. Zasady oraz sposób organizacji konkursu określa ustawa z dnia 24 kwietnia 2003 r. o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie⁶. Oczywiście organizacja poprzez swoich wykonawców może również świadczyć NPP, (zgodnie z regulacją ustawową połowa wszystkich punktów przypadających na powiat powinna zostać obsadzona przez organizacje pozarządowe), jednak ustawodawca jasno wskazuje, iż połowa punktów które są przeznaczone do obsadzenia przez organizacje pozarządowe musi zostać przeznaczona na NPO. To co ważne, to aby osoby świadczące NPO miały ukończony kurs doradcy obywatelskiego, o którym mowa w ustawie o NPP, NPO i EP. Jednak o samych wykonawcach będzie jeszcze mowa w dalszej części opracowania.

Warto w tym miejscu odnieść się do sposobu organizacji świadczenia pomocy. Jak wynika z art. 8 ustawy o NPP, NPO i EP pomoc świadczona jest w punktach podczas dyżurów. Dyżur każdego wykonawcy trwa 4h dziennie, bez znaczenia czy jest to NPP czy NPO. To ile dany powiat ma punktów do zorganizowania należy wyliczyć na podstawie wytycznych ustawowych. W 2019 r. w Polsce łącznie funkcjonowało 1 529 punktów z czego 756 obsadzonych było przez wykonawców z ramienia samorządów prawniczych, natomiast 773 punkty były prowadzone przez organizacje pozarządowe⁷.

⁵ Wystąpienie wnioskodawcy zmian ustawy o NPP, NPO i EP (Prezydenta RP), <https://www.prezydent.pl/aktualnosci/wydarzenia/art,1273,pomoc-bliska-tobie-nieodplatna-pomoc-prawna.html>, 17.09.2020.

⁶ Dz. U. 2020 r., poz. 1057.

⁷ Ocena Ministra Sprawiedliwości z realizacji zadań z zakresu NPP, NPO i EP za 2019 r., s. 2, <https://darmowapomocprawna.ms.gov.pl/pl/aktualnosci/news,14919,ocena-ministra-sprawiedliwosci-z-realizacji-zadan.html>, 21.12.2020.

I już w tym miejscu pojawia się pewna wątpliwość. Bowiern w uzasadnieniu zmian ustawy wnioskodawca wskazał na konieczność wprowadzenia pomocy długoterminowej, jaką ma być właśnie NPO nie odnosząc się w żaden sposób do charakteru NPP. Pojawia się zatem pytanie czy NPP powinno być traktowane jako doraźna pomoc prawna, podczas gdy NPO ma służyć rozwiązywaniu złożonych problemów, które nie są bezpośrednio związane z prawem, a osoba uprawniona nie potrzebuje pomocy adwokata czy radcy prawnego, a wystarczy pomoc doradcy obywatelskiego? Próżno szukać odpowiedzi na to pytanie w ustawie o NPP, NPO i EP. Ustawodawca w żaden sposób nie wskazuje na chociażby czasowe ograniczenie w korzystaniu czy to z NPP czy z NPO. Pojawia się zatem pytanie, czy zbyt częste korzystanie z NPP może być w jakikolwiek sposób ograniczane przez podmiot odpowiedzialny? Po przeanalizowaniu ustawy na postawione pytanie należy odpowiedzieć negatywnie. Nie istnieją jakiegokolwiek prawne przesłanki do tego, ażeby reglamentować dostęp do NPP. Zatem każda osoba uprawniona może korzystać z NPP bez jakiegokolwiek ograniczenia ilościowego, co z całą pewnością może doprowadzić do sytuacji, w której wykonawca jest traktowany jako permanentna pomoc do rozwiązywania wszelkiego rodzaju problemów prawnych. W efekcie zarówno NPP jak i NPO mogą być traktowane jako pomoc długoterminowa co może burzyć pewne istotne założenia dotyczące owego systemu pomocy. W przypadku gdy każda osoba uprawniona może korzystać z NPP przez czas nieograniczony równowaga pomiędzy nieodpłatną pomocą prawną, a odpłatnymi poradami prawnymi zostaje znacznie zachwiana. Z całą pewnością wiele osób zgłaszających się po pomoc prawną boryka się z problemami prawnymi, których rozwiązanie wymaga więcej niż jednej wizyty, podczas gdy ustawodawca nie wskazuje na żadne ramy ograniczające korzystanie z takowej pomocy, ażeby nie nosiła ona znamion stałej współpracy osoby uprawnionej z wykonawcą bądź nie wymagała pracy wykonawcy poza godzinami dyżuru. W tym miejscu pojawia się również pytanie, czy wprowadzenie NPO pozwoliło bardziej zrealizować założenia i cele jakie stawiano wprowadzając zmiany w ustawie? Jak wynika z oceny Ministra Sprawiedliwości z realizacji zadań z zakresu NPP, NPO i EP za 2019 r. w ramach NPP w 2019 r. udzielono 401 185 porad podczas gdy w ramach NPO porad udzielono 53 870⁸. Dysproporcja między ilością porad jest dość znaczna, jednak zgodnie z art. 11 ust. 1c ustawy o NPP, NPO i EP należy

⁸ Ocena Ministra Sprawiedliwości z realizacji zadań z zakresu NPP, NPO i EP za 2019 r., s. 4, <https://darmowapomocprawna.ms.gov.pl/pl/aktualnosci/news,14919,ocena-ministra-sprawiedliwosci-z-realizacji-zadan.html> 21.12.2020.

przeznaczyć połowę punktów przekazanych organizacjom pozarządowym na świadczenie w nich NPO. Co więcej dla potencjalnej osoby uprawnionej ograniczenie między NPP, a NPO nie zostało dostatecznie jasno przedstawione, a trudno przecież wyobrazić sobie sytuację, w której osoba uprawniona zanim skorzysta z pomocy przeprowadzi dostatecznie wnikliwe rozpoznanie nad tym, jakiej pomocy potrzebuje. Ponadto może też dochodzić do sytuacji, w których osoby uprawnione świadomie nie będą chciały korzystać z pomocy doradców obywatelskich jeżeli będą miały możliwość skorzystania z porady adwokata czy radcy prawnego. Być może warto byłoby się zastanowić nad wprowadzeniem punktów hybrydowych – takich w których doradca obywatelski będzie jednocześnie adwokatem lub radcą prawnym. Wówczas to wykonawca będzie mógłby ocenić z jakiego rodzaju pomocy powinna skorzystać osoba uprawniona bez konieczności zmiany wykonawcy. Statystyki wyraźnie pokazują, że zdecydowana większość osób korzysta z porad prawnych, a nie obywatelskich w związku z czym wprowadzenie punktów hybrydowych pozwoliłoby uniknąć sytuacji, w której doradcy obywatelscy byłiby jedynie gotowi do świadczenia pomocy, jednak z braku chętnych nie mogliby jej udzielać.

OSOBA UPRAWNIONA – ZAKRES PODMIOTOWY USTAWY

Zgodnie z ustawą o NPP, NPO i EP program o którym mowa kierowany jest do osób, które nie mają wystarczających środków finansowych aby zgłosić się po odpłatną poradę prawną lub poradnictwo obywatelskie (od maja 2019 r. również osobie fizycznej prowadzącej jednoosobową działalność gospodarczą niezatrudniającą innych osób w ciągu ostatniego roku), a więc do tzw. osób uprawnionych. Jest to dość lakoniczna definicja, która zaczęła funkcjonować od 2019 r., a więc od momentu wejścia w życie zmian pierwotnej ustawy. Przed nastąpieniem zmian osobami uprawnionymi były osoby, które np. posiadały Kartę Dużej Rodziny, kobiety w ciąży, jak też osoby które nie ukończyły 26 roku życia i te, które ukończyły 65 rok życia⁹. Widać więc wyraźnie, że zakres podmiotowy przed wejściem w życie zmian był znacznie węższy. Choć od początku celem było wprowadzenie jak najszerszego kręgu uprawnionych¹⁰. Obecnie osobą uprawnioną jest każdy, kto w swoim subiektywnym odczuciu nie ma wystarczających środków finansowych aby skorzystać z odpłatnej pomocy prawnej. Najwyższa Izba Kontroli w informacjach

⁹ Bartnik, Kowalska 2019, s. 61.

¹⁰ Stefaniuk 2016, s. 872-873.

o wynikach kontroli funkcjonowania systemu NPP (przed 2019 r.) podała, iż ze względu na zawężony katalog podmiotów mogących skorzystać z pomocy, dostępu do systemu pozbawienie są te osoby, które w rzeczywistości najbardziej potrzebują wsparcia profesjonalisty. Uznano również, iż przyjęte przed nowelizacją rozwiązania nie przynoszą spodziewanych rezultatów, bowiem wykorzystano jedynie $\frac{3}{4}$ potencjału całego przedsięwzięcia¹¹.

Wedle aktualnych uregulowań aby móc skorzystać zarówno z NPP, jak i NPO koniecznym jest wypełnienie oświadczenia, w którym należy oświadczyć, iż nie jest się w stanie ponieść kosztów odpłatnej pomocy prawnej¹². Nie zrozumiałe jest jednak w jakim celu ustawodawca zdecydował się wprowadzić cały system składania oświadczeń skoro złożenie fałszywego oświadczenia nie pociąga dla osoby która je złożyła jakichkolwiek negatywnych konsekwencji - oświadczenie to nie jest składane pod rygorem odpowiedzialności karnej. Jak wskazał wnioskodawca zmian – brak odpowiedzialności za złożenie fałszywego oświadczenia ma hołdować zasadzie zaufania Państwa do obywatela¹³. Takie rozwiązanie może prowadzić do tego, iż z NPP i NPO korzystają osoby, które mogłyby skorzystać z odpłatnej pomocy, blokując tym samym dostęp do darmowej porady osobom, które rzeczywiście tego potrzebują. Jak wynika z uzasadnienia do zmian ustawy o NPP, NPO i EP poprzedni katalog podmiotów mogących skorzystać z NPP był niepotrzebnie zawężony, przez co cel jaki został postawiony programowi nie mógł zostać zrealizowany¹⁴. Pojawiają się jednak wątpliwości, czy brak jakichkolwiek ograniczeń poza pozornym reglamentacją dostępności jedynie dla osób o niedostatecznym cenzusie majątkowym, pozwala w większym zakresie wykorzystać zasoby całego systemu. Słusznym wydaje się stwierdzenie, iż wprowadzone rozwiązanie jest niekorzystne nie tylko dla osób rzeczywiście nie mogących skorzystać z pomocy profesjonalisty odpłatnie ale również dla młodych radców prawnych i adwokatów, którzy rozpoczynają dopiero swoją samodzielną działalność. Jak już wspomniano NPP

¹¹ Informacja o wynikach kontroli dot. funkcjonowania systemu nieodpłatnej pomocy prawnej sporządzona przez Najwyższą Izbę kontroli z 2018 r., <https://www.nik.gov.pl/aktualnosci/pomoc-prawna-nieodplatna-potrzebuj-pomocy.html> 21.12.2020.

¹² W wyniku pandemii SARS-CoV2 dokonano kolejnej nowelizacji ustawy o NPP, NPO i EP na mocy której ustawodawca wyłączył obowiązek składania oświadczenia w przypadku obowiązywania stanu zagrożenia epidemicznego, stanu epidemii albo wprowadzenia stanu nadzwyczajnego. Na ten temat zob. szerzej Bartnik, Kowalska, Krysztofowicz 2020.

¹³ Wystąpienie wnioskodawcy zmian ustawy o NPP, NPO i EP (Prezydenta RP), <https://www.prezydent.pl/aktualnosci/wydarzenia/art,1273,pomoc-bliska-tobie-nieodplatna-pomoc-prawna.html>, 17.09.2020.

¹⁴ Informacja o wynikach kontroli dot. funkcjonowania systemu nieodpłatnej pomocy prawnej sporządzona przez Najwyższą Izbę kontroli z 2018 r., <https://www.nik.gov.pl/aktualnosci/pomoc-prawna-nieodplatna-potrzebuj-pomocy.html>, 21.12.2020.

z ramienia samorządów prawniczych świadczą radcowie prawni i adwokaci. Corocznie powiat zawiera porozumienie z odpowiednią ORA i OIRP, w którym to porozumieniu samorzady prawnicze zobowiązują się do wskazania powiatowi stosownie adwokatów i radców prawnych, którzy będą na terenie danego powiatu świadczyć NPP. Oczywiście powiat stosowną umowę zawiera już z konkretnym wykonawcą – adwokatem lub radcą prawnym. Najczęściej wybór wykonawcy, który będzie świadczył NPP z ramienia samorządu odbywa się poprzez losowanie¹⁵. Wracając zatem do problemu nie każdy radca prawny czy adwokat ma szansę być wybranym do świadczenia NPP, a w sytuacji, gdy nie ma praktycznie żadnego ograniczenia podmiotowego co do korzystania z darmowej pomocy może dojść do zachwiania relacji pomiędzy odpłatnym poradnictwem prawnym, a darmową pomocą. Niewiele będzie bowiem osób, które mając możliwość skorzystania z pomocy profesjonalisty nieodpłatnie, wybiorą pomoc odpłatną.. Nie należy też zapominać o baraku ograniczenia czasowego czy ilościowego przy korzystaniu z NPP czy NPO o czym była już wcześniej mowa.

WYKONAWCY NPP I NPO

Przy definiowaniu NPP i NPO wskazano, iż NPP świadczą adwokaci i radcowie prawni natomiast NPO świadczą doradcy obywatelscy. Była już mowa o tym, iż organizacje pozarządowe mogą obsadzać punkty, w których świadczona jest NPP jak i NPO. To co budzi jednak pewne wątpliwości to fakt, że w sytuacji gdy organizacja pozarządowa obsadza punkt, w którym ma być świadczona NPP to osobą, która będzie udzielała porad prawnych nie musi być adwokat czy radca prawny – może to być osoba, która ukończyła wyższe studia prawnicze i posiada 3-letnie doświadczenie w wykonywaniu wymagających wiedzy prawniczej czynności bezpośrednio związanych ze świadczeniem pomocy prawnej. Owszem osoba uprawniona w takiej sytuacji musi złożyć oświadczenie, że jest świadoma, że porady udzieli jej ktoś, kto nie jest ani adwokatem ani radcą prawnym¹⁶. Powoduje to jednak pewien dysonans pojęciowy, ponieważ w art. 5 ustawy o NPP, NPO i EP jasno wskazano, że NPP może udzielać wyłącznie adwokat lub radca prawny (w wyjątkowych okolicznościach aplikant adwokacki lub radcowski), a w dalszej części ustawy

¹⁵ Takie rozwiązanie wykorzystywała między innymi OIRP w Szczecinie, <https://oirp.szczecin.pl/inicjatywy/bezplatna-pomoc-prawna/proces-wyznaczania-radcow-prawnych-do-pnpp-w-2020-r-w-oirp-w-szczecinie/>, 19.09.2020.

¹⁶ Oświadczenie, o którym mowa stanowi załącznik nr 2 do ustawy o NPP, NPO i EP.

odchodzi się od tego w przypadku organizacji pozarządowych. Założenie, że system ma umożliwić skorzystanie z pomocy profesjonalisty zostało zachwiane poprzez umożliwienie świadczenia NPP również przez osoby bez tytułu adwokata lub radcy prawnego. Może przecież dojść do sytuacji gdzie pomoc taka będzie świadczona przez osobę, która dopiero ukończyła studia i mimo 3 lat praktyki nie będzie miała tak dużego doświadczenia lub wiedzy w porównaniu do osoby z tytułem radcy prawnego czy adwokata, a osoba uprawniona nie zawsze będzie tego świadoma. Tytuł radcy prawnego czy adwokata daje bowiem pewniejszą gwarancję posiadanej wiedzy i doświadczenia niżeli samo ukończenie studiów i praktyka, której zakres nie został przez ustawodawcę dostatecznie szczegółowo wskazany. Co więcej bycie radcą prawnym czy adwokatem wymusza ciągle doszkalanie się¹⁷, natomiast osoba świadcząca NPP która jedynie ukończyła studia prawnicze i posiada 3-letnie doświadczenie nie ma nałożonego na siebie obowiązku poszerzania i doskonalenia swojej wiedzy w zakresie świadczenia darmowych porad prawnych.

FINANSOWANIE NPP I NPO

Jak już wspomniano zadanie NPP, NPO i EP jest zadaniem z zakresu administracji rządowej i jest finansowane z dotacji celowej przyznawanej powiatom¹⁸.

Powiat nie może jednak przyznanej dotacji podzielić wedle własnego uznania. Po pierwsze należy wskazać, iż wysokość przyznanej dotacji zależy przede wszystkim od kwoty bazowej, która jest corocznie ustalana w drodze rozporządzenia przez Ministra Sprawiedliwości w porozumieniu z ministrem właściwym do spraw budżetu. Ustawodawca wskazał procentowy podział dotacji w zależności od kosztów związanych z realizacją zadania – art. 20 ustawy o NPP, NPO i EP. I tak 91% ma być przeznaczone na wynagrodzenia dla wykonawców. Jednak ustawodawca w żaden sposób nie wskazał jak należy rozparcelować wyliczoną kwotę, czyli najprościej mówiąc jak wyliczyć wynagrodzenie konkretnego wykonawcy. Każdy powiat samodzielnie musi wyliczyć stawkę przy wynagrodzeniu każdego z wykonawców i przyjąć własne kryteria, które przy wyliczaniu stawki będą brane pod uwagę. Nie sposób zatem wskazać, który ze sposobów jest właściwy bowiem ustawodawca wskazał jedynie na procentowy podział dotacji, bez wskazania na jakiegokolwiek sposobu wyliczania poszczególnych kwot.

¹⁷ Powyższe wynika chociażby z art. 14 Kodeksu Etyki Radcy Prawnego .

¹⁸ Lach 2016.

Co więcej od 2020 r. obowiązkiem powiatu było wprowadzenie możliwości przeprowadzenia nieodpłatnej mediacji. Ustawodawca wskazał, że wynagrodzenie mediatora wylicza się proporcjonalnie do czasu poświęconego na przeprowadzenie mediacji (art. 6 ust. 3 ustawy o NPP, NPO i EP) jednak poza niniejszą regulacją nie ma żadnego wskazania jak takie wynagrodzenie wyliczyć. Jeżeli chodzi o procentowy podział dotacji tam również nie ma mowy o kwocie, jaka powinna być z góry przeznaczona na finansowanie mediacji. Powstaje zatem pytanie, jaką kwotę powiat powinien przeznaczyć na przeprowadzanie mediacji. Należy podkreślić, iż podziału dotacji i wyliczenia wynagrodzeń należy dokonać przed rozpoczęciem roku budżetowego w innym przypadku wykonawcy nie wiedzieliby jakiej wysokości będą ich wynagrodzenia. Jeżeli przyjmie się jakąś hipotetyczną liczbę mediacji w roku i przeznaczy na to stosowną kwotę z 91% dotacji przeznaczonej na wynagrodzenia może dojść do sytuacji, w której kwota ta nie będzie wystarczająca, ponieważ np. spotkań mediacyjnych będzie więcej niż powiat założył. Albo zaistnieje sytuacja odwrotna – spotkań tych będzie zdecydowanie mniej od założonej ilości, wówczas dotacja musiałaby zostać zwrócona, co więcej wynagrodzenia pozostałych wykonawców zostałyby uszczuplone bez potrzeby. Należy też wspomnieć, że mimo dodania kolejnego elementu jakim jest mediacja, kwota bazowa nie uległa zwiększeniu - zarówno w 2019 r. jak i w 2020 r. 5 500 zł¹⁹. Powiaty otrzymały zatem dodatkowe obowiązki związane z organizacją warunków do przeprowadzenia mediacji bez dodatkowego dofinansowania nie tylko na obsługę organizacyjno-techniczną ale również na wynagrodzenia dla mediatorów.

Jak już wspomniano, na powiecie ciąży obowiązek organizacji miejsc, w których świadczona będzie NPP czy NPO. Chodzi o aranżacje pomieszczeń, wyposażenie ich w biurka, krzesła czy komputery – pełen zakres wyposażenia został określony w §5 rozporządzenia o NPP, NPO i EP. Na finansowanie powyższego powiat może przeznaczyć 6% całej dotacji. Pojawia się zatem pytanie, czy z owych 6% może być również wypłacane wynagrodzenie dla pracowników, którzy zajmują się organizacją całego zadania - chodzi np. o rozpiśnięcie konkursu, podpisanie umów z wykonawcami, comiesięczne rozliczanie wykonawców z wykonanej pracy i wypłacenie im stosownych wynagrodzeń.

¹⁹ Powyższe wynika z rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 5 września 2018 r. w sprawie wysokości kwoty bazowej stanowiącej podstawę ustalenia wysokości dotacji na finansowanie zadania polegającego na udzielaniu nieodpłatnej pomocy prawnej w 2019 r. (Dz. U. 2018 r., poz. 1755) oraz z rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 27 września 2019 r. w sprawie wysokości kwoty bazowej w 2020 r. (Dz. U. 2019 r., poz. 1930).

Miasto Stołeczne Warszawa sygnalizowało już problem z brakiem wystarczającej ilości środków finansowych na pokrycie kosztów obsługi organizacyjno-technicznej zadania²⁰. Oczywiście to ile etatów potrzebnych jest do realizacji przedmiotowego zadania zależy od ilości punktów przypadających na powiat. Jednak w przypadku powiatów, w których punktów jest dużo, np. 15 nie można powiedzieć, że do koordynowania zadania wystarczy pół etatu bowiem obowiązków spoczywających na powiecie jest dość dużo, a większość z nich należy spełniać przez cały rok.

Poza wynagrodzeniami i obsługą organizacyjno-techniczną pozostaje jeszcze EP. Pozostałe 3% dotacji jest przeznaczane właśnie na realizację zadania z zakresu EP. Czyli wszelkiego rodzaju działań edukacyjnych zmierzających do zwiększenia świadomości prawnej społeczeństwa. Realizacja przedmiotowego zadania spoczywa w dużej mierze na organizacjach pozarządowych. Zgodnie z art. 11 ust. 7 ustawy o NPP, NPO i EP każdej organizacji powierza się raz na rok wykonanie zadania z zakresu EP. W przypadku gdy w powiecie działa więcej niż jedna organizacja, powierzone zadania mogą obejmować tę samą formę ale inną tematykę – jak chociażby opracowanie poradników – w każdym z poradników może być opracowany inny problem prawny. Wówczas każda organizacja może otrzymać wynagrodzenie w takiej samej kwocie co nie rozdziłoby problemów przy podziale kwoty dotacji przeznaczonej na ten cel.

NPP, NPO I EP W CZASIE PANDEMII SARS-COV-2

Znaczący wpływ na funkcjonowanie systemu NPP, NPO i EP ma wybuch pandemii SARS-CoV-2. Do ustawy o NPP, NPO i EP wprowadzono regulację umożliwiającą udzielanie porad poza punktem oraz za pośrednictwem środków porozumiewania się na odległość. Co ważne zmiana ta ma charakter stały i została wprowadzona z mocą wsteczną, bowiem wprowadzono ją ustawą z dnia 14 maja 2020 r. o zmianie niektórych ustaw w zakresie działań osłonowych w związku z rozprzestrzenieniem się wirusa SARS-CoV-2 z mocą od 13 marca 2020 r.

Nie jest to jednak jedyna zmiana jaka została wprowadzona ze względu na zagrożenie wirusem. W art. 28a wprowadzono dodatkowo regulację umożliwiającą w okresie wystąpienia stanu zagrożenia epidemicznego, stanu epidemii albo wprowadzenia stanu nadzwyczajnego uzyskanie pomocy

²⁰ Krakowiak [online] https://regiony.rp.pl/prawo/23977-brakuje-pieniedzy-na-dzialanie-punktow-pomocy-prawnej?utm_source=rp&utm_medium=teaser_redirect, 18.09.2020.

bez konieczności składania oświadczenia, o którym mowa w art. 4 ust. 2 ustawy o NPP, NPO i EP.

PODSUMOWANIE

Wprowadzenie systemu NPP, NPO i EP należy ocenić jako pozytywne. Z całą pewnością umożliwienie skorzystania z pomocy profesjonalisty osobom, których sytuacja finansowa nie pozwala na skorzystania z odpłatnej pomocy prawnej dla wielu jest jedynym sposobem na rozwiązanie ich problemów. Jednak sposób organizacji pozostawia w dalszym ciągu wiele wątpliwości. W wielu kwestiach powiat musi samodzielnie rozwiązywać problemy, które ani w ustawie, ani w rozporządzeniu nie zostały dostatecznie szczegółowo uregulowane. Co więcej umożliwienie korzystania z pomocy każdemu kto tylko złoży stosowne oświadczenie przestaje być pomocą dla osób potrzebujących, jak to określano w uzasadnieniu do ustawy, a staje się powszechnym i dostępnym dla każdego wsparciem profesjonalisty co jak już podkreślano może burzyć równowagę pomiędzy odpłatną pomocą prawną, a przedmiotowym zadaniem.

BIBLIOGRAFIA

Akty orawne

Ustawa z dnia z dnia 5 sierpnia 2015 r. o nieodpłatnej pomocy prawnej, nieodpłatnym poradnictwie obywatelskim oraz edukacji prawnej.

Ustawa z dnia z dnia 24 kwietnia 2003 r. o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie.

Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 21 grudnia 2018 r. w sprawie nieodpłatnej pomocy prawnej oraz nieodpłatnego poradnictwa obywatelskiego.

Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 5 września 2018 r. w sprawie wysokości kwoty bazowej stanowiącej podstawę ustalenia wysokości dotacji na finansowanie zadania polegającego na udzielaniu nieodpłatnej pomocy prawnej w 2019 r.

Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 27 września 2019 r. w sprawie wysokości kwoty bazowej w 2020 r.

Literatura

Uzasadnienie do projektu ustawy z dnia 5 sierpnia 2015 r. o nieodpłatnej pomocy prawnej oraz edukacji prawnej.

Wystąpienie Prezydenta RP Andrzeja Dudy na spotkaniu dotyczącym nieodpłatnej pomocy prawnej [online].

Informacja o wynikach kontroli dot. funkcjonowania systemu nieodpłatnej pomocy prawnej sporządzona przez Najwyższą Izbę kontroli z 2018 r. [online].

Ocena Ministra Sprawiedliwości z realizacji zadań z zakresu NPP, NPO oraz EP za 2019 rok [online].

Bartnik A., Kowalska S. Krysztofowicz K. 2020, *Nieodpłatna pomoc prawna online w czasach epidemii*, Warszawa.

Kaczocho M. 2016, *Ustawa o nieodpłatnej pomocy prawnej. Komentarz*, Warszawa.

Lach D. E. 2016, *Nieodpłatna pomoc prawna jako instrument zabezpieczenia społecznego*, „Ruch prawniczy, ekonomiczny i społeczny”, nr 3.

Stefaniuk M. 2016, *Społeczna potrzeba nieodpłatnej pomocy prawnej – beneficjenci regulacji ustawowej*, „Studia Iuridica Lublinensia” vol. XXV, nr 3.

Netografia

<https://www.prezydent.pl/aktualnosci/wydarzenia/art,1273,pomoc-bliska-tobie-nieodplatna-pomoc-prawna.html>, 17.09.2020.

<https://oirp.szczecin.pl/inicjatywy/bezplatna-pomoc-prawna/proces-wyznaczania-radcow-prawnych-do-pnpp-w-2020-r-w-oirp-w-szczecinie/>, 19.09.2020.

https://regiony.rp.pl/prawo/23977-brakuje-pieniedzy-na-dzialanie-punktow-pomocy-prawnej?utm_source=rp&utm_medium=teaser_redirect, 18.09.2020.

<https://www.nik.gov.pl/aktualnosci/pomoc-prawna-nieodplatna-potrzebujepomocy.html>, 21.12.2020.

<https://darmowapomocprawna.ms.gov.pl/pl/aktualnosci/news,14919,ocena-ministra-sprawiedliwosci-z-realizacji-zadan.html>, 21.12.2020.

lex.pl

legalis.pl

PRAWNOMIĘDZYNARODOWY STATUS MORZA KASPIJSKIEGO

SZYMON WIŚNIEWSKI
UNIwersytet Warszawski

Jednym z ważniejszych problemów, które pojawiły się na arenie międzynarodowej po rozpadzie ZSRR było zdefiniowanie statusu prawnego Morza Kaspijskiego. Przez kilkadziesiąt lat akwen regulowany był na mocy bilateralnych porozumień zawartych najpierw między Rosyjską Federacyjną Socjalistyczną Republiką Radziecką a Persją w 1921 roku, a następnie między Związkiem Socjalistycznych Republik Radzieckich a Iranem w 1940 roku. Jednakże wraz z ukonstytuowaniem się trzech nowych państw nadbrzeżnych w 1991 roku ten stan rzeczy musiał ulec zmianie. Kwestia ta, ze względu na strategiczne położenie geograficzne akwenu, a także bogactwo zasobów energetycznych, od początku lat 90. XX wieku budziła spory między pięcioma państwami regionu – Azerbejdżanem, Iranem, Kazachstanem, Rosją oraz Turkmenistanem. Przez ponad dwadzieścia lat decydenci państw wysuwali – nierzadko sprzeczne – koncepcje podziału Morza Kaspijskiego, prowadzili negocjacje, a także formowali grupy robocze. Ostatecznie 12 sierpnia 2018 roku podczas V Kaspijskiego Szczytu w Aktau w Kazachstanie przywódcy pięciu państw podpisali Konwencję o prawnym statusie Morza Kaspijskiego. Umowa międzynarodowa ze względu na zawarte w niej postanowienia ma duże znaczenie zarówno dla polityki, gospodarki i bezpieczeństwa poszczególnych państw, jak również dla całego regionu jako takiego. Istotnym jest zatem poddanie analizie całokształtu okoliczności towarzyszących jej podpisaniu, treści oraz skutków, które może wywołać.

CHARAKTERYSTYKA REGIONU

Morze Kaspijskie jest akwenem wodnym położonym na styku Europy i Azji. Chociaż powszechnie tytułuje się ten obszar wodny jako morze,

to z hydrologicznego punktu widzenia nie może zostać w ten sposób zaklasyfikowane, gdyż zgodnie z definicją zaproponowaną przez Stefana Trzeciaka morze jest to „akwen będący częścią oceanu zwykle przylegający do lądu, oddzielony od otwartego oceanu półwyspem, wyspą lub archipelagiem wysp, podwodnym wzniesieniem”¹. W związku z tym Morze Kaspijskie jest jeziorem i to największym na świecie o powierzchni 371 000 km².

W skład regionu kaspijskiego wchodzi pięć państw położonych nad Morzem tj. Azerbejdżan, Iran, Kazachstan, Rosja oraz Turkmenistan, określanych także mianem „kaspijskiej piątki”³. Najbardziej znaczącymi miastami nadbrzeżnymi są: Baku (Azerbejdżan), Machaczkała (Rosja), Raszt (Iran), Atyrau (Kazachstan), Turkmenbaszy (Turkmenistan). Natomiast rzeki wpadające do Morza Kaspijskiego, na które warto zwrócić uwagę to: Wołga, Kuma, Terek, Kura, Qezel Uzan, Atrek, Emba, czy Ural. Region kaspijski ze względu na przechodzącą przez niego infrastrukturę komunikacyjną łączącą Europę i Azję, a także bogactwo zasobów energetycznych, gdyż szacuje się, że na jego szelfie znajduje się 48 mld baryłek ropy naftowej oraz 8,3 bln m³ gazu ziemnego⁴, zaczyna odgrywać coraz większą rolę na arenie międzynarodowej.

EWOLUCJA STATUSU PRAWNEGO I KONCEPCJE PODZIAŁU AKWENU

Status prawny Morza Kaspijskiego po raz pierwszy został uregulowany na mocy umowy zawartej w 1921 roku między Rosyjską Federacyjną Socjalistyczną Republiką Radziecką a Persją. Zgodnie z dokumentem RFSRR przekazała Persji wyspę Aszuradeh oraz port Anzali. Ponadto uzgodniono, że w przypadku, gdy w skład załogi statku perskiego znajdującego się na Morzu Kaspijskim wejdą obywatele państw trzecich, którzy wykorzystują swój pobyt do celów nieprzyjaznych Rosji, RFSRR ma prawo żądać od Persji usunięcia ich. Strony postanowiły także, że od momentu podpisania umowy będą w równym stopniu korzystać z prawa do swobodnej żeglugi pod własną banderą na Morzu Kaspijskim, co zostało uniemożliwione wcześniej na mocy traktatu turkmeńskiego z 1828 r.⁵ W kolejnych latach państwa rozwijały dwustronną współpracę w zakresie regulacji prawnej Morza Kaspijskiego.

¹ Trzeciak 2000, s. 153)

² Нусенова 2020, s. 359.

³ Akiner 2004, s. 3-13.

⁴ Legucka 2018.

⁵ *Договор между Российской Социалистической Федеративной Советской Республикой и Персией* 1921.

W 1927 roku doszło do podpisania traktatu „O eksploatacji zasobów rybnych południowego wybrzeża”, natomiast w 1931 r państwa zawarły umowę „O osadnictwie, handlu i żegludze”. Na mocy umowy z 1935 roku postanowiono, że na Morzu Kaspijskim mogą znajdować się jedynie statki państw nadbrzeżnych. W ten sposób wody akwenu zostały zamknięte dla krajów trzecich⁶.

Kolejnym ważnym aktem prawnym regulującym status Morza Kaspijskiego była umowa o handlu i żegludze zawarta między ZSRR a Iranem w 1940 roku. Państwa postanowiły, że statki handlowe pływające pod banderą ZSRR lub Iranu na Morzu Kaspijskim będą traktowane w portach drugiej Strony na zasadach równych pod każdym względem statkom narodowym. Wyznaczono 10-milowy pas morski będący strefą połowową. Ponadto, strony potwierdziły, że na Morzu Kaspijskim mogą przebywać tylko statki należące do ZSRR lub Iranu, a także ich obywateli, organizacji handlowych i transportowych⁷.

Powyższy stan prawny w sposób niezakłócony funkcjonował do momentu rozpadu ZSRR w 1991 roku i powstania w regionie trzech nowych niepodległych państw: Azerbejdżanu, Kazachstanu i Turkmenistanu. Wówczas pojawiła się konieczność podziału akwenu między nieistniejące wcześniej podmioty, co było spowodowane faktem, że na podstawie art. 34 konwencji wiedeńskiej o sukcesji państw w odniesieniu do traktatów, Azerbejdżan, Kazachstan i Turkmenistan nie uznały sukcesji umów w odniesieniu do Morza Kaspijskiego zawartych w pierwszej połowie XX wieku⁸. W związku z tym podstawowym zadaniem nadbrzeżnych państw było wypracowanie konsensusu w zakresie prawnego statusu Morza Kaspijskiego.

W 1992 roku rozpoczął się proces wielostronnych negocjacji mających na celu wypracowanie stanowiska dotyczącego prawnego statusu Morza Kaspijskiego, w szczególności dotyczyło to uregulowania kwestii żeglugi, rybołówstwa, energetyki, a także ochrony środowiska⁹. Głównym problemem, z którymi państwa musiały się zmierzyć była klasyfikacja akwenu. Jeżeli zostałby on uznany za morze, to na gruncie prawa międzynarodowego rodziłoby to szereg konsekwencji. Zastosowanie do podziału obszaru Morza Kaspijskiego znalazłaby wówczas Konwencja Narodów Zjednoczonych o Prawie Morza z 1982 roku. Skutkowałoby to m.in. koniecznością wydzielenia pasa morza terytorialnego, wyłącznej strefy ekonomicznej czy szelfu kontynentalnego co

⁶ Хабиби-Рудсари 2013, s. 112.

⁷ *Договор о торговле и мореплаваннии между Союзом Советских Социалистических Республик и Ираном* 1940.

⁸ Мохамадреза 2018, s. 158.

⁹ Гулиева 2015, s. 26-27.

w zupełności przesądzałyby podziale akwenu jego między państwa nadbrzeżne. Zaklasyfikowanie Morza Kaspijskiego jako jeziora oznaczałoby natomiast, że to państwa zainteresowane w całości decydowałyby o podziale obszaru¹⁰, gdyż brak jest międzynarodowej konwencji regulującej status jezior transgranicznych. W tych okolicznościach państwa zaczęły prezentować koncepcje dotyczące podziału Morza Kaspijskiego, które odzwierciedlały ich interesy narodowe.

Na początku lat 90. XX wieku stanowisko Moskwy w sprawie reżimu prawnego akwenu zostało wyrażone podczas konferencji „Morze Kaspijskie: problemy prawne”. Wtedy to specjalny przedstawiciel Prezydenta Federacji Rosyjskiej Wiktor Kałużnyj stwierdził:

Uważaliśmy i uważamy, że prawny status Morza Kaspijskiego został już określony. Reguluje go umowa między Rosyjską Socjalistyczną Federacyjną Republiką Radziecką a Persją z 26 lutego 1921 r. oraz traktat o handlu i żegludze między Związkiem Socjalistycznych Republik Radzieckich a Iranem z 25 marca 1940 r. Reżimy swobody żeglugi, rybołówstwa, zakaz żeglugi statków pod banderami krajów nieprzylegających do Morza, ustanowione na mocy tych porozumień nadal funkcjonują i muszą być ściśle przestrzegane. Dotyczy to zarówno „starych”, jak i „nowych” państw kaspijskich, których głowy stwierdziły wraz kolegami z innych państw WNP w Deklaracji z Ałma-Aty, że gwarantują wykonanie zobowiązań międzynarodowych wynikających z umów zawartych przez ZSRR¹¹.

Ponadto strona rosyjska uważała, że Morze Kaspijskie jest unikalnym zbiornikiem wodnym, którego nie można uznać za morze z punktu widzenia regulacji prawa międzynarodowego ze względu na brak połączenia z oceanem, chociaż niewątpliwie akwen wykazuje pewne cechy morza – rozmiar czy zasolenie wody¹². Uznanie Morza Kaspijskiego za morze w znaczeniu prawa międzynarodowego oznaczałoby otwarcie dostępu do akwenu dla państw trzecich, na co ze względów politycznych i bezpieczeństwa Rosja nie mogła wyrazić zgody¹³. Pod koniec lat 90. optyka rosyjskich władz uległa zmianie. Ministerstwo Spraw Zagranicznych Federacji Rosyjskiej deklarowało konieczność podziału dna morskiego pomiędzy państwa kaspijskie wzdłuż tzw. „linii środkowej”, jednakowo oddalonej od istniejących granic lądowych państw. Zgodnie z powyższą koncepcją procentowy podział państw w zasobach dna

¹⁰ Wojcieszak 2019, s. 57.

¹¹ Леухова, Пьянов 2013, s. 235.

¹² Мохамадреза 2018, s. 158.

¹³ Гулиева 2015, s. 27-28.

Morza Kaspijskiego wyglądałby następująco: Rosja - około 19%, Iran – około 14%, Azerbejdżan – ponad 19%, Kazachstan – ponad 29%, Turkmenistan – ponad 19%¹⁴.

Należy zwrócić uwagę na stanowisko drugiego tzw. starego kaspijskiego państwa – Iranu. Teheran podobnie jak Moskwa na początku lat 90. uważał, że Morze Kaspijskie ma wyjątkowy charakter, co nie pozwala zastosować do niego reguł międzynarodowego prawa morza. Ponadto państwo twierdziło, że dopóki w życie nie wejdą nowe umowy międzynarodowe dostosowujące status akwenu do zmienionej sytuacji międzynarodowej, obowiązywać powinny umowy zawarte między ZSRR a Iranem¹⁵. Teheran już w lutym 1992 roku wystąpił z propozycją utworzenia międzynarodowej regionalnej organizacji, której celem było zbliżenie interesów gospodarczych i politycznych krajów uczestniczących w eksploatacji zasobów Morza Kaspijskiego, współpraca państw regionu, tworzenie stabilności i pokojowej atmosfery¹⁶. Teheran stał na stanowisku, że zarządzanie Morzem Kaspijskim powinno odbywać się na zasadzie kondominiom, zgodnie z którą każde państwo nadbrzeżne posiadałoby własną strefę narodową, natomiast pozostała część zarządzana byłaby wspólnie przez wszystkie nadkaspjskie państwa. W drugiej połowie lat 90. stanowisko Iranu uległo zmianie. Państwo gotowe było przystać na jeden z trzech wariantów podziału akwenu – albo ustanowienia granicy państwowej na Morzu Kaspijskim o szerokości 20 mil, albo całkowity podział akwenu na strefy narodowe, albo zasadę podziału akwenu na pięć równych części. Reguła przyznająca po 20% każdej stronie byłaby bardzo korzystna dla Teheranu, gdyż przy podziale na podstawie linii środkowej, Iran mógłby korzystać jedynie z 12% zasobów Morza Kaspijskiego. Warto w tym kontekście zwrócić uwagę na słowa wygłoszone przez ministra spraw zagranicznych Iranu Kamala Kharaziego:

Nasze główne stanowisko było i pozostaje następujące: znieść wszystkie podziały przybrzeżnego obszaru wodnego tak, aby można było wykorzystać większość akwenu, będącego wspólną własnością wszystkich państw nadbrzeżnych, na zasadzie równoprawnego kondominium. Niemniej jednak, aby ułatwić drogę do porozumienia, jesteśmy gotowi do negocjacji w sprawie reżimu prawnego opartego na zasadzie podziału Morza na sektory.

Polityk ponadto proponował, by do podziału akwenu zastosować

¹⁴ Леухова, Пьянов 2013, s. 236.

¹⁵ Мохамадреза 2018, s. 159.

¹⁶ Гулиева 2015, s. 27.

następujące zasady: jednomyślności w przyjmowaniu wszelkich umów; równości państw nadbrzeżnych we wszystkich sprawach – od suwerenności po korzystanie z zasobów morza, dna i podglebia; jednego reżimu prawnego mającego zastosowanie do całego obszaru wodnego; zakazu podwójnego reżimu; niezakłóconego i niedyskryminacyjnego przepływu statków; przekształcenia Morza Kaspijskiego w strefę zdemilitaryzowaną i wykorzystywania go wyłącznie do celów pokojowych; ochrony środowiska, a także zasadę odpowiedzialności w stosunku do akwenu, która byłaby nieograniczona do żadnych ram czasowych¹⁷.

Odmienne od irańskiego stanowisko reprezentował Azerbejdżan. Zdaniem Baku akwen należało podzielić między państwa nadbrzeżne wzdłuż linii środkowej, na sektory narodowe, których granice będą granicami państwowymi. Władze sprzeciwiały się powszechnemu korzystaniu z Morza Kaspijskiego. Powyższa koncepcja znalazła swoje zastosowanie w art. 11 Konstytucji Azerbejdżanu z 1995 roku, zgodnie z którym właściwy sektor Morza Kaspijskiego stanowi część składową terytorium państwa¹⁸. Azerbejdżan zmienił swoje podejście na początku XXI wieku, czego wyrazem było wspólne oświadczenie azersko-rosyjskie w sprawie zasad współpracy na morzu Kaspijskim podpisane przez Władimira Putina i Hejdara Alijewa 9 stycznia 2001 roku. Zgodnie z dokumentem, w pierwszej kolejności dno zbiornika należy rozgraniczyć między sąsiadami i przeciwnymi państwami na sektory metodą linii środkowej z uwzględnieniem punktów równooddalonych i zmodyfikowanych za zgodą stron. Co więcej, państwa ustaliły, że będą uznawały wyłączne prawo państwa nadbrzeżnego w stosunku do zasobów mineralnych, a także innej zgodnej z prawem gospodarczej działalności na dnie akwenu¹⁹. Należy zwrócić uwagę, że w oświadczeniu państw mowa jest jedynie o wykonywaniu suwerennych praw w odniesieniu do zasobów naturalnych, a nie jak postulował wcześniej Azerbejdżan w stosunku do całego terytorium²⁰.

Przejdźmy następnie do analizy stanowiska reprezentowanego przez Kazachstan. Początkowo władze uważały, że Morze Kaspijskie jest jeziorem, w związku z tym musi być podzielone na sektory narodowe. Jednakże długi proces negocjacji i nieustępliwość nadbrzeżnych krajów spowodowały, że największe państwo Azji Centralnej zdecydowało się na kompromis. Jak zauważył ówczesny prezydent Nursułtan Nazarbajew: „Kazachstan zajął pośrednie

¹⁷ Леухова, Пьянов 2013, s. 236.

¹⁸ Леухова, Пьянов 2013, s. 237.

¹⁹ *Совместное заявление о принципах сотрудничества на Каспийском море* 2001.

²⁰ Леухова, Пьянов 2013, s. 237.

stanowisko, proponując podejście sektorowe do dna morskiego i podglebia oraz zasadę wspólnego użytkowania dla żeglugi, rybołówstwa, przestrzeni powietrznej i ochrony środowiska”²¹. W związku z tym Kazachstan stwierdzał, że należy traktować akwen jak zamknięte morze, które miałyby podlegać Konwencji Narodów Zjednoczonych o Prawie Morza. W takich okolicznościach trzeba by było dokonać podziału dna i podglebia na sektory narodowe, pas wody o szerokości 12 mil morskich uznać za morze terytorialne, określić strefy połowowe o uzgodnionej szerokości, natomiast pozostały obszar wodny podlegałby wspólnej eksploatacji²².

W toku negocjacji zmienne stanowisko reprezentował Turkmenistan. W pierwszej połowie lat 90. XX wieku władze postrzegały Morze Kaspijskie jako zbiornik wód śródlądowych, do których zasady i normy prawa międzynarodowego publicznego nie znajdują zastosowania. Jednakże w drugiej połowie dekady Aszchabad opowiadał się za podziałem na sektory narodowe, co znajduje potwierdzenie w słowach pierwszego prezydenta Turkmenistanu Saparmurata Nijazaowa:

Dotychczas prawny reżim Morza Kaspijskiego był określony przez umowy między Związkiem Radzieckim a Iranem, Morze było podzielone między te kraje. Zmiana sytuacji geopolitycznej doprowadziła do powstania nowej równowagi interesów w regionie i konieczności wypracowania nowego podejścia do określenia statusu Morza Kaspijskiego. Większość państw kaspijskich opowiada się za sektorową koncepcją podziału. Turkmenistan jest zadowolony z takiego podejścia, tak jak był zadowolony z koncepcji kondominium. Jednakże w związku z praktycznymi krokami podejmowanymi przez szereg państw kaspijskich, związanymi z zagospodarowaniem węglowodorów na Morzu, zasada ta straciła na znaczeniu. Ważne dla nas, w obu przypadkach, jest uwzględnienie interesów wszystkich państw nadbrzeżnych, tak aby współpraca na Morzu Kaspijskim opierała się na wzajemnym szacunku, równości i wzajemnych korzyściach. Morze Kaspijskie powinno być zbiornikiem harmonii, a jego bogactwo własnością wszystkich państw nadbrzeżnych, z których każde ma prawo do równej części akwenu²³.

Jak już zostało wspomniane, stanowisko Turkmenistanu często ulegało zmianie. Z jednej strony w latach 90. XX wieku decydenci wielokrotnie twierdzili, że nie są przeciwni proponowanej przez Iran koncepcji podziału zasobów na pięć równych części, z drugiej zaś w oświadczeniach z pierwszych lat XXI

²¹ Назарбаев 2002.

²² Леухова, Пьянов 2013, s. 237.

²³ Леухова, Пьянов 2013, s. 237.

wieku Turkmenistan dopuszczał możliwość podziału akwenu według linii środkowej²⁴.

DROGA KU POROZUMIENIU

Na początkowym etapie uregulowania prawnego statusu Morza Kaspijskiego możemy wyróżnić następujące wydarzenia. Po pierwsze, było to powołanie na poziomie wiceministrów spraw zagranicznych państw kaspijskiej piątki w 1996 roku Specjalnej Roboczej Grupy, która miała pracować nad regulacją prawnego statusu Morza Kaspijskiego, a także podpisanie w latach 1998-2003 dwustronnych umów, a ostatecznie trójstronnego porozumienia między Azerbejdżanem, Kazachstanem i Rosją w zakresie uregulowania północnej części akwenu.

Trudności w dojściu do konsensusu państw nadbrzeżnych, spowodowały, że poszczególne kraje wzięły na siebie ciężar uregulowania statusu prawnego akwenu. 6 czerwca 1998 roku Kazachstan i Rosja podpisały pierwszą dwustronną umowę w zakresie regulacji dna północnej części Morza Kaspijskiego²⁵. Zgodnie z porozumieniem dno podzielono wzdłuż zmodyfikowanej linii środkowej, która wyznaczona została na podstawie równych odległości od linii podstawowych, z uwzględnieniem wysp, struktur geologicznych i innych szczególnych okoliczności. Określono także wspólne użytkowanie powierzchni wody, z uwzględnieniem zapewnienia swobody żeglugi, przestrzegania uzgodnionych norm połowowych i ochrony środowiska. Co więcej, państwa w zakresie swojego terytorium uzyskały prawo do wykonywania badań i gospodarowania zasobami naturalnymi dna morskiego²⁶. Ponad trzy lata później tj. 29 listopada 2001 roku dwustronną umowę o podobnym charakterze podpisały Kazachstan i Azerbejdżan. Dno Morza Kaspijskiego wyznaczone zostało wzdłuż linii środkowej, którą określa się na podstawie równej odległości od najbliższych punktów wybrzeża i wysp. W zakresie swoich sektorów państwa wykonywały suwerenne prawa w celu badania i zagospodarowania zasobów naturalnych dna morskiego oraz zarządzania nim, w tym układania kabli i rurociągów podmorskich, tworzenia sztucznych wysp, nasypów,

²⁴ Леухова, Пьянов 2013, s. 237.

²⁵ Pohl 2018, s. 166.

²⁶ *Соглашение между Российской Федерацией и Республикой Казахстан о разграничении дна северной части Каспийского моря в целях осуществления суверенных прав на недропользование* 1998.

platform i innych konstrukcji inżynierskich²⁷. Kolejnym aktem prawnym regulującym północną część akwenu była umowa zawarta między Rosją i Azerbejdżanem 23 września 2002. Na jej mocy dno Morza Kaspijskiego podzielone zostało na podstawie zmodyfikowanej linii środkowej oraz z uwzględnieniem zasad prawa międzynarodowego i praktyki państw obowiązującej na Morzu Kaspijskim. Państwa wykonywać miały suwerenne prawa w odniesieniu do zasobów naturalnych, w zakresie wyznaczonych sektorów narodowych. Co ważne, strony nie określiły rozgraniczenia powierzchni wodnej²⁸. Wreszcie 14 maja 2003 roku zawarta została trójstronna umowa między Azerbejdżanem, Kazachstanem i Rosją o rozgraniczeniu terytorium Morza Kaspijskiego. Państwa na podstawie wcześniej określonych regulacji ustaliły punkt styku linii rozgraniczających sektory narodowe północnej części Morza Kaspijskiego. Podzielone zostało 64% terytorium akwenu – Azerbejdżanowi przypadło 18%, Kazachstanowi – 27%, natomiast Rosji – 19%²⁹.

Wobec powyższego należy zwrócić uwagę, że porozumienia zawarte między północnymi państwami regionu nie regulowały kompleksowo problemu, gdyż dotyczyły jedynie części akwenu i tylko dna Morza Kaspijskiego. Stanowiły jednak ważne działania, które przybliżyły państwa do wypracowania wspólnego stanowiska i rozwiązania problemu³⁰.

Kolejnym etapem na drodze dojścia do konsensusu było zorganizowanie tzw. Kaspijskich Szczytów, czyli cyklu międzynarodowych konferencji na poziomie przywódców państw położonych nad Morzem Kaspijskim, mającego na celu wypracowanie prawnego statusu Morza Kaspijskiego. Odbływały się one kolejno w Aszchabadzie, Teheranie, Baku, Astrachaniu i Aktau. Stopniowo w toku wielostronnych negocjacji państwa wypracowywały wspólne stanowisko, co ostatecznie spowodowało, że 12 sierpnia 2018 roku podczas V Kaspijskiego Szczytu w Aktau w Kazachstanie przywódcy pięciu państw brzegowych podpisali Konwencję o prawnym statusie Morza Kaspijskiego.

²⁷ *Соглашение между Республикой Казахстан и Азербайджанской Республикой о разграничении дна Каспийского моря между Республикой Казахстан и Азербайджанской Республикой* 2001.

²⁸ *Соглашение между Российской Федерацией и Азербайджанской Республикой о разграничении сопредельных участков дна Каспийского моря* 2002.

²⁹ *Соглашение между Российской Федерацией, Азербайджанской Республикой и Республикой Казахстан о точке стыка линий разграничения сопредельных участков дна Каспийского моря* 2003.

³⁰ Pohl 2019, s. 166-167.

UREGULOWANIE PRAWNEGO STATUSU MORZA KASPIJSKIEGO

Podpisanie wielostronnej umowy zakończyło trwające ponad dwadzieścia lat negocjacje państw. Wymagało to pracy ponad pięćdziesięciu grup roboczych, dwunastu spotkań szefów dyplomacji oraz czterech zgromadzeń przywódców państw³¹. Porozumienie określa prawa i obowiązki krajów nadbrzeżnych w zakresie użytkowania akwenu, w tym jego wód, dna, podglebia, zasobów naturalnych i przestrzeni powietrznej. Umowa zapobiega fragmentacji prawa międzynarodowego publicznego, a także jest wyrazem efektywnej współpracy regionalnej państw.

W zakresie rozgraniczenia i podziału Morza Kaspijskiego postanowiono, że obszar wodny zostanie podzielony na: wody wewnętrzne tj. wody znajdujące się między lądem a linią podstawową; wody terytorialne stanowiące pas wód podlegający suwerenności państwa przybrzeżnego o szerokości nieprzekraczającej 15 mil morskich od linii podstawowej; strefy połowowe, czyli strefę morską, w której państwo nadbrzeżne ma wyłączne prawo do pozyskiwania wodnych zasobów biologicznych o szerokości nieprzekraczającej 10 mil morskich przylegająca do wód terytorialnych; wspólny obszar wodny – obszar znajdujący się poza zewnętrznymi granicami stref połowowych i użytkowany przez wszystkie państwa. Natomiast rozgraniczenie dna morskiego Morza Kaspijskiego na sektory ma odbyć się za porozumieniem państw sąsiednich i przeciwstawnych, z uwzględnieniem ogólnie uznanych zasad i norm prawa międzynarodowego. Jeśli chodzi o budowę sztucznych wysp, instalacji i konstrukcji to państwo nadbrzeżne ma wyłączne prawo do budowy, wydawania zezwoleń, regulowania, eksploatacji i użytkowania sztucznych wysp, instalacji lub konstrukcji w swoim sektorze. Co więcej, państwo nadbrzeżne może ustanowić strefy wokół sztucznych wysp, instalacji lub konstrukcji, jeśli uzna to za konieczne, w celu zapewnienia bezpieczeństwa nawigacji, sztucznych wysp, instalacji konstrukcji. Szerokość stref bezpieczeństwa nie może przekroczyć 500 metrów, mierzac od punktu na zewnętrznej krawędzi sztucznych wysp, instalacji lub konstrukcji. Wyznaczenie stref połowowych między państwami ma odbyć się w drodze porozumienia, z uwzględnieniem zasad i norm prawa międzynarodowego. W swojej strefie połowowej każde państwo ma wyłączne prawo do połowu biologicznych zasobów wodnych zgodnie z Konwencją, innymi umowami państw oraz zgodnie z ustawodawstwem krajowym.

³¹ Wojcieszak 2017, s. 63.

Strony na podstawie niniejszej umowy i mechanizmów międzynarodowych wspólnie określą całkowity dopuszczalny limit połowów wspólnych wodnych zasobów biologicznych i rozdzielają go na podstawie krajowych kwot. W zakresie żeglugi statki pływające pod banderami państw nadbrzeżnych korzystają ze swobody poza zewnętrznymi granicami wód terytorialnych. Każdy kraj kaspijskiej piątki zapewni statkom pływającym pod banderami innych państw przewożącym towary, pasażerów, bagaże, a także holującym i prowadzącym akcje ratunkowe takie same traktowanie, jakie przysługuje statkom narodowym w zakresie swobodnego dostępu do portów na Morzu Kaspijskim. Ważnym punktem umowy są kwestie wojskowości. Państwa zabraniają przebywania na Morzu Kaspijskim sił zbrojnych państw trzecich. Tryb i warunki przepływu okrętów wojennych i okrętów podwodnych nadbrzeżnych krajów przez wody terytorialne zostaną określone na podstawie umów między państwem bandery a państwem nadbrzeżnym, a w przypadku braku takich umów - na podstawie ustawodawstwa państwa nadbrzeżnego. Co więcej, w przypadku, gdy wpłynięcie okrętu wojennego na wody terytorialne jest konieczne ze względu na siłę wyższą lub katastrofę naturalną albo w celu udzielenia pomocy osobom, statkom i samolotom znajdującym się w niebezpieczeństwie, przy zbliżaniu się do wód terytorialnych dowódca okrętu wojennego składa stosowne zawiadomienie państwu nadbrzeżnemu, a wpłynięcie odbywa się na trasie określonej przez dowódcę statku w porozumieniu z państwem nadbrzeżnym. Procedura i warunki wprowadzania okrętów wojennych na wody wewnętrzne z powodu siły wyższej lub katastrofy naturalnej lub udzielania pomocy osobom, statkom i samolotom znajdującym się w niebezpieczeństwie są określane na podstawie umów między państwem bandery a państwem nadbrzeżnym, a w przypadku braku takich umów - na podstawie ustawodawstwa dotyczącego obszarów przybrzeżnych. Każde państwo sprawuje jurysdykcję nad statkami pływającymi pod własną banderą. W ramach swojego sektora państwa sprawują jurysdykcję nad sztucznymi wyspami, instalacjami, konstrukcjami oraz podmorskimi kablami i rurociągami. Każde państwo wykonując suwerenne prawa do użytkowania dna i innych uzasadnionych działań gospodarczych związanych z eksploatacją zasobów naturalnych czy pozyskiwaniem zasobów biologicznych. Ponadto, każda strona Konwencji może podjąć działania przeciwko statkom innych państw, w tym przeszukanie, inspekcję, pościg, zatrzymanie, aresztowanie i wszczęcie procesu sądowego, jakie mogą być konieczne do wyegzekwowania przepisów ustawowych i wykonawczych. Państwa mają wyłączne prawo do regulowania, zezwalania i prowadzenia morskich badań naukowych na swoich wodach terytorialnych i w strefie połowowej. Statki

pływające pod banderami stron mogą prowadzić morskie badania naukowe na wodach terytorialnych i w strefie połowowej drugiej strony wyłącznie za jej pisemną zgodą i na warunkach przez nią określonych. Państwa mogą układać podmorskie kable i rurociągi wzdłuż dna Morza Kaspijskiego, pod warunkiem, że ich projekty są zgodne z wymogami i normami środowiskowymi zapisanymi w traktatach międzynarodowych. Wyznaczenie trasy układania podmorskich kabli i rurociągów następuje w drodze porozumienia z państwem, przez którego sektor należy poprowadzić podmorskie kable lub rurociągi. Państwa na mocy Konwencji zobowiązały się także do ochrony i zachowania systemu ekologicznego Morza Kaspijskiego oraz wszystkich jego elementów. Samodzielnie lub wspólnie będą podejmować wszelkie niezbędne środki w celu zachowania różnorodności biologicznej, ochrony, odtwarzania, zrównoważonego i racjonalnego użytkowania biologicznych zasobów akwenu, zapobiegania, zmniejszania i kontrolowania zanieczyszczenia Morza Kaspijskiego z dowolnego źródła. Działania niszczące różnorodność biologiczną akwenu są zabronione. Państwa nadbrzeżne, zgodnie z normami prawa międzynarodowego, odpowiadają za szkody wyrządzone systemowi ekologicznemu Morza Kaspijskiego³².

PERSPEKTYWY WSPÓŁPRACY W REGIONIE

Wielostronne porozumienie nadało Morzu Kaspijskiemu unikalny charakter. Z punktu widzenia prawa międzynarodowego nie można zaklasyfikować je ani jako morze, ani jako transgraniczne jezioro. Jednakże konwencja ma bardzo duże znaczenie dla państw regionu. Należy zauważyć, że nie zakończyła ona procesu regulacji prawnej największego jeziora na świecie, gdyż ograniczenie jego dna ma nastąpić na podstawie umów między sąsiadującymi państwami. Ponadto, ze względu na odmienny reżim regulacji powierzchni wody i dna akwenu, Konwencja może w przyszłości być źródłem wielu problemów natury politycznej czy ekonomicznej.

Jednymi z ważniejszych postanowień dla państw, w szczególności dla Rosji i Iranu, jest zablokowanie możliwości żeglugi oraz stacjonowania jednostek wojskowych państw trzecich na obszarze akwenu, w szczególności Stanów Zjednoczonych a także, co ważne dla Azerbejdżanu i Turkmenistanu w kontekście budowy transkaspjskiego gazociągu, postanowienie na mocy, którego trasy układania podmorskich kabli i rurociągów następuje w drodze

³² *Конвенция о правовом статусе Каспийского моря 2018.*

porozumienia jedynie z państwem, przez którego sektor należy je poprowadzić. Ta druga regulacja uderza w interesy zarówno Rosji, jak i Iranu, dla których tranzyt surowców energetycznych jest jednym z ważniejszych aspektów geopolitycznych, a budowa transkaspijskiej magistrali narusza interesy gospodarcze. W związku z tym, Moskwa i Teheran na mocy umowy zachowały prawo do sprzeciwu w zakresie budowy rurociągów ze względów środowiskowych.

Mimo wszystkich zastrzeżeń należy przyznać, że Konwencja o prawnym statusie Morza Kaspijskiego wnosi olbrzymi wkład na drodze do harmonijnej egzystencji oraz zgodnej aktywności gospodarczej państw położonych nad Morzem Kaspijskim.

BIBLIOGRAFIA

Akiner S. 2004, *The Caspian. Politics, Energy and security*, Londyn - Nowy Jork.

Legucka A. 2018, *Uregulowanie statusu Morza Kaspijskiego*, https://pism.pl/publikacje/Uregulowanie_statusu_Morza_Kaspijskiego, 04.09.2020.

Pohl A. 2018, *Problem statusu Morza Kaspijskiego w perspektywie bezpieczeństwa energetycznego Unii Europejskiej*, [w:] *Relacje Unii Europejskiej z Azją Centralną*, red. Wallas T., Fiedler R., Poznań.

Trzeciak S. 2000, *Meteorologia morska z oceanografią*, Warszawa.

Wojcieszak Ł. 2019, *Porozumienie regulujące status Morza Kaspijskiego – geneza i znaczenie*, „Nowa Polityka Wschodnia”, 1 (20).

Гулиева М. Э. 2015, *Конвенция по международно-правовому статусу Каспийского моря – договор, который решит судьбу региона*, „Международное право и международные организации”, 1.

Договор между Российской Социалистической Федеративной Советской Республикой и Персией, <http://istmat.info/node/46893>, 02.09.2020.

Договор о торговле и мореплавании между Союзом Советских Социалистических Республик и Ираном, <http://docs.cntd.ru/document/901861932>, 04.09.2020.

Конвенция о правовом статусе Каспийского моря, <http://kremlin.ru/supplement/5328>, 04.09.2020.

Леухова М. Г., Пьянов А. Е. 2013, *Проблема правового статуса Каспийского моря в отношениях прикаспийских государств в 1990 – 2000 гг.*, „Вестник КемГУ”, 2 (54), т. 3.

Мохамадреза М. 2018, *Правовой статус Каспийского моря*, „Matters of Russian and International law”, 8.

Назарбаев Н. 2002, *Как нам поделить Каспии*, <https://iz.ru/news/267931>, [dostęp: 4 września 2020].

Нусенова А. Ж. 2020, *Правовой статус Каспийского моря: право на недропользование*, „Вестник Института законодательства и правовой информации Республики Казахстан”, 1(59).

Совместное заявление о принципах сотрудничества на Каспийском море, <http://kremlin.ru/supplement/3262>, 04.09.2020.

Соглашение между Республикой Казахстан и Азербайджанской Республикой о разграничении дна Каспийского моря между Республикой Казахстан и Азербайджанской Республикой, https://online.zakon.kz/document/?doc_id=1039417, 04.09.2020.

Соглашение между Российской Федерацией и Азербайджанской Республикой о разграничении сопредельных участков дна Каспийского моря, <http://kremlin.ru/supplement/3806>, 04.09.2020.

Соглашение между Российской Федерацией и Республикой Казахстан о разграничении дна северной части Каспийского моря в целях осуществления суверенных прав на недропользование, <http://docs.cntd.ru/document/901889338>, 04.09.2020.

Соглашение между Российской Федерацией, Азербайджанской Республикой и Республикой Казахстан о точке стыка линий разграничения сопредельных участков дна Каспийского моря, <http://docs.cntd.ru/document/499003914>, 04.09.2020.

Хабиби-Рудсари Р. 2013, *Российско-иранские отношения в регионе Каспийского моря*, „Политэкс”, 2(9).

POLITYKA ROSJI WOBEC WYBRANYCH KONFLIKTÓW NA OBSZARZE POSTRADZIECKIM

OLGA LOZOVA

UNIwersytet Kardynała Stefana Wyszyńskiego

W dzisiejszych czasach Federacja Rosyjska jest ważnym partnerem strategicznym krajów Europy. Jednocześnie stanowi ona wielkie wyzwanie i zagrożenie dla świata, gdyż konflikty do których wywołania się przyczyniła w państwach postradzieckich są rażącym naruszeniem prawa międzynarodowego. Stały się również instrumentem w Europie Środkowo-Wschodniej oraz Azji. Celem niniejszego artykułu jest zaprezentowanie rosyjskiej polityki na obszarze postradzieckim na przykładzie wybranych konfliktów o charakterze militarnym i hybrydowym. Przystępując do zbadania danego tematu, należy sprecyzować hipotezę, a mianowicie imperialna polityka Federacji Rosyjskiej stanowi zagrożenie dla państw byłego Związku Radzieckiego oraz sygnatariuszy Układu Warszawskiego. W udowodnieniu powyższej hipotezy pomocne będą pytania badawcze: jakich metod używa Federacja Rosyjska w celu poszerzenia swoich wpływów na państwa, należące do jej strefy interesów? Rozpad Związku Radzieckiego w 1991 roku oznaczał zakończenie zimnej wojny oraz powstanie nowego układu geopolitycznego, związanego z absolutną przewagą Stanów Zjednoczonych na arenie międzynarodowej. Strategicznie ważnym obszarem stała się Europa Środkowo-Wschodnia chociażby dlatego, że nowo powstałe państwa stały przez koniecznością określenia swoich polityk zagranicznych. Większość krajów postradzieckich przeżywała kryzysy polityczne i gospodarcze, związane z procesami kształtowania państwowości i poszukiwaniem właściwej ścieżki rozwoju. Postradziecka Rosja, która jako jedna z pierwszych ogłosiła deklarację niepodległości, od razu otworzyła się na ideę odbudowy imperium, rekonstrukcję tzw. „rosyjskiej samobytności”, rozumianej w kategorii czynników etnicznych i geograficznych. Na tych elementach

została zbudowana rosyjska myśl eurazjatyizmu¹. Po rozpadzie ZSRR nabyła ona szczególnego znaczenia pod kątem polityki prozwiązkowej. Najbardziej znanymi zwolennikami tego nurtu są Aleksander Dugin i Lew Gumilow, którzy postrzegają Europę Środkowo-Wschodnią jako część Rosji.

Obecne działania Rosji stanowią część planu, mającego na celu przywrócenie ładu globalnego, który powstał po II wojnie światowej. Federacja Rosyjska dąży do równego statusu ze Stanami Zjednoczonymi oraz zabezpieczenia, że zachód nie będzie ingerował w jej politykę wewnętrzną.

ROZPAD ZSRR

Badacze procesów zachodzących w Związku Radzieckim sformułowali dwie teorie, tłumaczące przyczyny upadku ZSRR: obiektywizm i subiektywizm. Pierwsza polega na tym, że imperialny model rządów panujący w Związku Radzieckim wraz z komunistyczną ideologią, opartą przede wszystkim na traktatach Karola Marksa, *a priori* był skazany na rozpad. Idea marksizmu polegała na równości społecznej, natomiast w porewolucyjnej Rosji przeobraziła się w totalitarny system, oparty na represjach licznych grup².

Drugie tzw. „subiektywne podejście” tłumaczy rozpad Związku Radzieckiego jako skutek upadku gospodarczego bloku. W pierwszej kolejności, przez niekonkurencyjność systemu planowego w porównaniu do rynkowego na Zachodzie. Okazało się, że gospodarka planowa nie była w stanie zabezpieczyć potrzeb obywateli kraju rad, a rozbudowany system biurokracyjny utrudniał jej funkcjonowanie. Oprócz tego, sankcje ekonomiczne nałożone na ZSRR w 1979 roku na skutek interwencji w Afganistanie w znacznej mierze przytłumiły rozwój bloku³.

Katalizatorem rozpadu mocarstwa były nieudane próby zreformowania ZSRR przez Michaiła Gorbaczowa, które przyczyniły się do rozbudzenia wśród poszczególnych narodowości dążeń do suwerenności i rozpoczęcia tzw. „Jesieni Ludów”. Z kolei upadek gospodarczy, wycofanie wojsk z Afganistanu, azersko-ormiański konflikt o Górski Karabach i wojna gruzińsko-osetyjska były ilustracją słabości ZSRR.

¹ Gołąbek 2012, s. 9

² Латиш 2007, s. 207, nr 5

³ Латиш 2007, s. 207, nr 5

POLITYKA POSTRADZIECKIEJ ROSJI

W czerwcu 1990 r. Rosja ogłosiła deklarację suwerenności państwowej, a w 1991 roku odbyły się wybory prezydenckie, w których zwyciężył Borys Jelcyn. Deklaracja suwerenności Rosji była skierowana przeciwko nadmiernej centralizacji, a nie idei zachowania Związku Radzieckiego. Aczkolwiek, ciekawym faktem jest to, że w przeciwieństwie do innych republik radzieckich Federacja Rosyjska nie ogłosiła deklaracji niepodległości. W ten sposób Rosja od samego początku istnienia dążyła do zachowania mocarstwowej pozycji z czasów radzieckich⁴. Postradziecka Rosja w swojej polityce zagranicznej przede wszystkim skupiła się na obszarze Europy Środkowo-Wschodniej oraz azjatyckich państwach byłego ZSRR. W związku z tym, pojawiły się instrumenty wpływu politycznego i ekonomicznego, które miały na celu kontrolowanie procesów odbywających się ww. państwach. Przy tym warto wskazać, że upadek ZSRR w 1991 roku był też spowodowany dezintegracją systemów polityczno-gospodarczych w jego byłych krajach członkowskich. Okres funkcjonowania kraju związkowego wywarł zasadniczy wpływ na republiki, dlatego, że wszystkie były zależne od siebie. Stało się oczywiste iż nowy układ geopolityczny dla wielu państw będzie stanowił problem w uniezależnianiu gospodarek narodowych.

W związku z tym, 8 grudnia 1991 roku prezydenci Rosji, Ukrainy i Białorusi podjęli decyzję o utworzeniu Wspólnoty Niepodległych Państw. To porozumienie ostatecznie stwierdzało: „ZSRR przestał istnieć jako podmiot prawa międzynarodowego oraz jako byt geopolityczny”⁵.

Porozumienie miało charakter otwarty, czyli każdy byłby członkiem Związku Radzieckiego mógł przystąpić do WNP. Warto zauważyć iż pierwotne założenia w strukturze WNP nie regulowały wielu zasadniczych kwestii takich jak: podział majątku ZSRR oraz arsenału nuklearnego, a także rozłożenia zadłużenia zewnętrznego. Wokół tych kwestii narosło dużo kontrowersji, a nawet konfliktów między państwami. Poza tym różne interesy oraz kierunki polityki zagranicznej zasadniczo zmieniły pierwotne założenia w ramach tej organizacji⁶. Wśród 15 niepodległych państw, które przystąpiły do WNP, największym i najsilniejszym była Federacja Rosyjska (FR). Po rozpadzie ZSRR, Rosja przejęła jego prawa i zobowiązania. Jej powierzchnia zajmuje 4/5 całego terytorium ZSRR wraz z licznymi zasobami surowców naturalnych, mianowicie gazu i ropy. Jako sukcesorska Związku Radzieckiego otrzymała prawo udziału we

⁴ Mazur 2007, s. 169.

⁵ cyt. za Станкевич 2001, s. 52.

⁶ Постановление от 12 декабря 1991 года N 2014-1.

wszystkich organizacjach międzynarodowych, członkiem których był ZSRR, zajęła również jego miejsce w Radzie Bezpieczeństwa Organizacji Narodów Zjednoczonych (RB ONZ), czyli od samego początku istnienia miała wiodącą pozycję na arenie międzynarodowej. Polityka Rosji wpływała na sytuację we Wspólnocie Niepodległych Państw. W latach 1992-1995 następowały próby zacieśniania stosunków pomiędzy jej członkami w obszarze polityczno-militarnym. Dla przykładu w 1992 roku Federacja Rosyjska, a także Armenia, Kazachstan, Kirgistan i Tadżykistan podpisały traktat taszkiencki - Układ o Bezpieczeństwie Zbiorowym. W latach 1993-1994 przystąpiły do niego Azerbejdżan, Białoruś i Gruzja. W dokumentach państwowych o dążeniach imperialistycznych Rosji po raz pierwszy napisano na początku lat 90. Były to założenia polityki zagranicznej FR (1993), Doktryna obronna Federacji Rosyjskiej (1993), Strategiczny kurs Rosji w stosunku do państw - członków WNP (1995)⁷. Z powyższego można wywnioskować, że władze rosyjskie początkowo traktowały Wspólnotę Niepodległych Państw jako próbę odnowienia ZSRR w nowym układzie geopolitycznym świata. W styczniu 1993 r. kraje członkowskie WNP uchwaliły Statut organizacji. Precyzyjnie określono w nim, że „*Wspólnota nie jest państwem i nie ma uprawnień ponadnarodowych*”⁸. Statut ilustrował to, że sygnatariusze Wspólnoty mieli różne wizje na temat jej funkcjonowania. Zamiarem Ukrainy i Białorusi była współpraca, a przede wszystkim, pokojowe rozwiązanie Związku Radzieckiego. Rosja miała inny plan. W konsekwencji Wspólnota Niepodległych Państw z prawnego punktu widzenia nie jest ani organizacją międzynarodową, ani ponadnarodową. Ona jest zbiorem państw postradzieckich o różnym stopniu współpracy i wzajemnej integracji, przez to ma dość rozbudowaną strukturę organów regulujących gospodarkę, bezpieczeństwo, system militarny, a nawet współpracę pomiędzy organami wewnątrz państw członkowskich⁹. Na początku lat 90. podpisano ponad 70 dokumentów, regulujących współpracę militarną pomiędzy członkami WNP. Większość z nich miała na celu kontrolowanie dotychczas wspólnego potencjału obronnego, który po rozpadzie ZSRR został rozproszony pomiędzy nowo utworzonymi państwami, poza tym regulowały zasady gwarancji bezpieczeństwa w okresie przejściowym. Jednakże wojny, które Rosja zaczęła prowadzić już w pierwszej dekadzie swojego istnienia, pokazały, że brak skuteczności umów zawartych w ramach WNP¹⁰. Ze względu na swoją

⁷ Mazur 2007, s. 175.

⁸ cyt. za Mazur 2007, s. 175.

⁹ Kuspys, 2016.

¹⁰ Kuspys, 2016.

silną pozycję na arenie międzynarodowej Rosja uniknęła konsekwencji w wyniku jej działań w Naddniestrzu.

KONFLIKT O NADDNIESTRZE

Pod koniec lat 80. w Mołdawskiej Socjalistycznej Republice Radzieckiej, podobnie jak i w innych państwach bloku wschodniego, rozpoczęły się przemiany ustrojowe. Powołano Front Ludowy Mołdawii, który miał na celu uniezależnienie się od Związku Radzieckiego oraz uzyskanie niezależności. Ruchy nacjonalistyczne dążyły do m.in. uznania wspólnej tożsamości etnicznej Mołdawii i Rumunii oraz uznania języka mołdawskiego za jedyny język urzędowy¹¹.

Wywoływało to niezadowolenie wśród mieszkańców Naddniestrza, którzy nie utożsamiali siebie z rumuńską kulturą. Miała na to wpływ radziecka propaganda, która od momentu aneksji Besarabii w 1940 roku, próbowała wzbudzić nienawiść do państwa rumuńskiego. W związku z tym, w Naddniestrzu narodziły się ruchy mające na celu obronę języka rosyjskiego.

W 1989 roku została utworzona Zjednoczona Rada Kolektywów Pracowniczych (OSTK) na czele której stanął Igor Smirnow - przedstawiciel naddniestrzańskich separatystów pochodzenia rosyjskiego, mieszkający w Tyraspolu od 1987 roku¹². W grudniu 1989 roku na terenie Naddniestrza przeprowadzono referendum ws. utworzenia Naddniestrzańskiej Autonomicznej Socjalistycznej Republiki Radzieckiej. Za tym rozwiązaniem opowiedziało się oficjalnie 91,1% głosujących¹³.

Po proklamowaniu niepodległości w Tyraspolu, w Mołdawii wybuchł konflikt zbrojny. Ważną w tym kontekście kwestią był udział rosyjskich jednostek wojskowych (XIV armia ZSRR, przemianowana na XIV armię rosyjską), które stacjonowały na terenie Naddniestrza od czasów radzieckich¹⁴. Po rozpadzie ZSRR żołnierze tej jednostki oddali się pod rozkazy władz Naddniestrza. W związku z czym, sprawowanie kontroli nad tym terytorium przez władze mołdawskie było mało realne. Tym samym doszło do tzw. zamrożenia konfliktu. Oznaczało to zawieszenie broni, ale jednocześnie strona rosyjska używała innych środków w postaci propagandy w mediach, zamknięcia rumuńskojęzycznych placówek oświatowych, blokady węzła kolejowego w Benderach itd. Od 1993 roku społeczność międzynarodowa zajęła się rozwiązaniem konfliktu

¹¹ Sezhanova, 2017.

¹² Grosul, Guzhenkova 2004, ss. 367-368.

¹³ Grosul, Guzhenkova 2004, ss. 367-368.

¹⁴ Zdaniuk, 2006.

w Naddniestrzu. Rozpoczęły się pięciostronne negocjacje z udziałem OBWE, Mołdawii, Naddniestrza, Rosji i Ukrainy. W roku 1999 FR zobowiązała się do wycofania wojsk i uzbrojenia z Naddniestrza, ale ta obietnica nie została dotrzymana. Sytuację komplikowało to, że ukraińskie kręgi oligarchiczne powiązane z Rosją wspierały ten obszar gospodarczo¹⁵.

Udział Federacji Rosyjskiej w konflikcie w Naddniestrzu był spowodowany nie tylko obroną języka rosyjskiego, a przede wszystkim zachowaniem swoich wpływów w tak bogatym regionie. Mołdawia została odcięta od Dniestru i Prutu, co powoduje znaczne komplikacje gospodarcze tego kraju. Kontrolę w Naddniestrzu sprawują rosyjskie służby specjalne oraz osoby połączone z rosyjskim wielkim biznesem. Obecnie Naddniestrze jest tworem państwowym, który nie uzyskał uznania na arenie międzynarodowej. Jest ono uznawane jako część Republiki Mołdawii.

POCZĄTEK RZĄDÓW WŁADIMIRA PUTINA

Dojście do władzy ówczesnego premiera Rosji Władimira Putina wiązało się z wielkimi nadziejami społeczeństwa. Społeczność międzynarodowa sceptycznie była nastawiona do tego polityka. Po wygranych wyborach Władimir Putin wprowadził reformy, centralizujące władzę, a także zwiększył polityczny wpływ na rynek medialny¹⁶. Zwycięstwo w II wojnie czeczeńskiej oraz wzrost cen surowców energetycznych przyczyniły się do zbudowania układu, który podporządkował się Putinowi. Za jego rządów doszło do pogłębienia kryzysu gruzińsko-rosyjskiego, który skutkowało wojną pięciodniową.

WOJNA W GRUZJI

Gruzja jest położona na Kaukazie Południowym, na pograniczu Europy i Azji z dostępem do Morza Czarnego oraz wokół gór Kaukaz. Takie położenie wpływa na to, że Gruzja pozostaje strategicznie ważnym regionem. Ważnym czynnikiem jest to, że Kaukaz zamieszkuje wiele narodowości. Z tego powodu jest to region niestabilny, gdzie na przestrzeni lat dochodziło do starć etniczno-religijnych i ruchów separatystycznych. Rosjanie rozpoczęli opanowywać Kaukaz w XVI wieku podsycając miejscowe podziały. Na przełomie XVIII i XIX wieku Gruzini atakowani przez Persów również zwrócili się do Imperium Rosyjskiego o udzielenie pomocy. W latach 1801-1810 Gruzja

¹⁵ Zdaniuk, 2006.

¹⁶ Szydywar-Grabowska, 2015.

została włączona do Imperium Rosyjskiego, a w 1846 na jej terytorium utworzono okręg osetyjski, powstanie którego można uznać za narodziny Osetii Południowej¹⁷. Osetia Południowa położona jest na północy Gruzji. Za czasów Imperium Rosyjskiego, a później ZSRR ludność przybywała do tego regionu z Osetii Północnej. Rosja zmierzała do rusyfikacji ludności zamieszkałej na tych obszarach, których tereny górskie mają dla niej znaczenie strategiczne¹⁸.

Polityka podporządkowania narodów Kaukazu prowadzona przez Rosję wywołała powstanie ruchów rewolucyjnych. Po wybuchu rewolucji w Rosji w 1917 roku, Gruzja ogłosiła niepodległość. 26 maja 1918 roku została utworzona Demokratyczna Republika Gruzji, którą opanowali bolszewicy w 1921 roku. Gruzińska SRR 12 marca 1922 roku weszła w skład Zakaukaskiej SRR, a stan ten utrzymywał się do 5 grudnia 1939 roku¹⁹. Z kolei Abchazja weszła w skład Gruzji w 1931 roku po tym jak Józef Stalin przekazał ją jako dar swoim rodakom. Otrzymała status autonomii. Po rozpadzie ZSRR gruziński rząd zdecydował o odebraniu Abchazji statusu autonomicznego, co wywołało protest i ogłoszenie niepodległości poprzez rząd w Suchumi w 1992 roku. Po interwencji zbrojnej Tbilisi podporządkowało południowo-wschodnią część Abchazji.

Po rozpadzie ZSRR władze lokalne utworzyły Republikę Południowej Osetii oraz wyraziły chęć zjednoczenia z Federacją Rosyjską. W odpowiedzi na te działania, Gruzja wysłała armię, by spacyfikować zbuntowany region. W związku z tym, relacje gruzińsko-rosyjskie stawały się coraz bardziej napięte. Do poważnego kryzysu doszło po „rewolucji róż” w 2003 roku²⁰. Prezydentem został Michael Saakaszwili, który przyjął prozachodni kierunek polityki zagranicznej państwa. W polityce wewnętrznej dążył do odzyskania kontroli nad zbuntowanymi regionami.

Rządy Saakaszwilego wiązały się przetasowaniem wśród elit politycznych oraz reformami w sferze bezpieczeństwa, ochrony porządku publicznego, gospodarki i edukacji. Władze rosyjskie opowiadały się za współpracą pomiędzy państwami: mówiono o zamknięciu rosyjskich baz wojskowych, współpracy na granicy z Czeczenią oraz wsparcia w procesie pokojowym z Abchazją. Natomiast pod koniec 2005 roku, Moskwa wstrzymała import gruzińskich produktów. Miało to na celu wstrzymanie rozwoju gospodarczego Gruzji, gdyż FR pozostawała jej głównym partnerem handlowym. Po tym jak w 2008 roku

¹⁷ Zawadzki, 2011, s. 159.

¹⁸ Brażkiewicz 2010, s. 93.

¹⁹ Zawadzki, 2011, s. 160.

²⁰ Brażkiewicz 2010, s. 93.

Saakaszwili ponownie został wybrany na prezydenta, a Gruzja rozważała wstąpienie do NATO, możliwość otwartej konfrontacji pomiędzy Moskwą a Tbilisi stawała się coraz bardziej realna. Gruzjińskie szturmowce monitorowały przestrzeń Abchazji. 20 kwietnia 2008 roku z rosyjskiego myśliwca MiG-29 został zestrzelony gruzijski samolot rozpoznawczy. Niezadowolenie z zaistniałej sytuacji wyraziły NATO, UE, Stany Zjednoczone, Wielka Brytania, kraje bałtyckie, Polska oraz Ukraina. Kreml ze swojej strony oskarżył Gruzję o przygotowanie do napaści zbrojnej na Abchazję i zadeklarował konieczność ochrony Rosjan zamieszkałych na tym terenie. Do tego regionu zostały wysłane rosyjskie siły pokojowe. Rosyjskie siły zbrojne, które miały pełnić rolę pokojową i rozjemczą, wspierały działania separatystów zmierzające do oderwania się od rządów Tbilisi. Gruzja i Rosja w lipcu 2008 roku rozpoczęła manewry wojskowe na swoich granicach. W skutku doszło do wojny pięciodniowej i wkroczenia wojsk rosyjskich na terytoria Osetii Południowej i Abchazji. Prozachodnie aspiracje Gruzji były nieakceptowalne przez Moskwę. Pięciodniowa wojna była niemal najbardziej znaczącym konfliktem od lat 90. Obecnie Abchazja i Osetia Południowa są uzależnione od Rosji i mimo, że przez społeczność międzynarodową są uznawane jako gruzińskie terytoria, Tbilisi nie ma środków kontroli nad nimi. W wyniku działań została w całości zniszczona gospodarka tych terenów. Wojna rosyjsko-gruzińska nie miała znaczącego wpływu na relacje Rosji ze światem. Europa oraz Stany Zjednoczone nie wyraziły chęci zaangażowania się w otwarty konflikt zbrojny między dwoma państwami. Dało to podstawę do poszerzenia ambicji mocarstwowych Rosji.

WOJNA NA UKRAINIE

Wewnętrzny chaos na Ukrainie w 2014 roku, spowodowany obaleniem rządu i ucieczką prezydenta Wiktora Janukowycza, Władimir Putin wykorzystał jako powód do aneksji półwyspu krymskiego. Należy wspomnieć, że problem Krymu pozostawał otwarty od momentu odzyskania przez Ukrainę niepodległości w 1991 roku. W listopadzie 1990 roku fakt przekazania półwyspu Ukrainie został ponownie potwierdzony podpisaniem rosyjsko-ukraińskiej umowy, zgodnie z którą strony rezygnowały z możliwych roszczeń terytorialnych a w lutym 1991 roku w wyniku referendum Krymu nadano status autonomii. W wyniku licznych deportacji i Wielkiego Głodu Krym różni się od reszty Ukrainy historycznie, etnicznie, kulturowo i językowo.

Według ostatniego spisu powszechnego na Ukrainie mającego miejsce w 2001 roku, AR Krym zamieszkiwało 58,5 % Rosjan, 24,4 % Ukraińców, 12,1 % Tatarów i 1,5 % Białorusinów. W stolicy Autonomicznej Republiki Sewastopolu Rosjanie stanowili aż 71,6 %, Ukraińcy 22,4 %, a Białorusini 1,6 %. Łącznie półwysep Krymski zamieszkiwało 60,4 % ludności rosyjskiej²¹.

Podobną sytuację można zaobserwować i w Donbasie, do którego w okresie wyemigrowało wielu Rosjan do pracy w przemyśle ciężkim, głównie wydobywczym. Ogółem do Donbasu w czasach ZSRR przesiedlonych zostało około 3,5 miliona ludzi²². Ponadto stosunkowo duży udział w ruchach migracyjnych miał element przestępczy. Sprzyjało temu osiedlanie w Donbasie byłych więźniów oraz ludzi niewiadomego pochodzenia. Część skazańców w czasach radzieckich w ramach odbywanej kary wysyłanych było do kopalni węgla kamiennego Ułatwiło to powstanie mafii na tym obszarze w latach 90. Językiem dominującym w tym regionie stał się rosyjski co sprzyjało rozwojowi separatyzmu.

Sygnalem do rozpoczęcia działań na Krymie i w Donbasie (tzw. „rosyjskiej wiosny”) stało się zniesienie przez Radę Najwyższą ustawy o językach regionalnych, która miała umożliwić regionom Ukrainy nadanie językowi rosyjskiemu statusu oficjalnego. Oprócz tego po Euromajdanie na Ukrainie rozpoczął się proces dekomunizacji²³.

W rzeczywistości „rosyjska wiosna” była operacją dywersyjną prowadzoną przez rosyjskie służby specjalne. Miała i ma ona na celu podporządkowanie Ukrainy, uniemożliwienie jej integracji z UE i NATO oraz też utrzymanie kontroli nad bogatym Donbasem i rozszerzenie dostępu do Morza Czarnego poprzez zajęcie Krymu²⁴.

Mimo porozumień mińskich i negocjacji mających miejsca od 2014 roku, wojna na Ukrainie wciąż trwa. W dniu 22 lipca 2020 roku Trójstronna Grupa Kontaktowa uzgodniła wprowadzenie pełnego zawieszenia broni w Donbasie z dniem 27 lipca. Jednakże, rzecznik Władimira Putina Dmitrij Pieskow zaznaczył, że Rosja nie może dać gwarancji w tej sprawie, gdyż, zdaniem władz rosyjskich, nie bierze udziału w konflikcie²⁵.

²¹ *Всеукраїнський перепис населення, 2001.*

²² *Кузьо 2018, s. 344.*

²³ *Кузьо 2018, s. 350.*

²⁴ *Кузьо 2018, s. 345.*

²⁵ *Росія не гарантує..., 2020.*

HYBRYDOWY CHARAKTER OMÓWIONYCH KONFLIKTÓW

W każdym z trzech wymienionych konfliktów, możemy zaobserwować podobieństwa. Mołdowa, Gruzja oraz Ukraina nie są członkami ani NATO, ani UE. Warto też wskazać, że omówione powyżej konflikty nie mają znaczącego wpływu na pozycję Rosji w układzie międzynarodowym. Rosyjskie władze w swojej polityce i propagandzie medialnej posługują się tezą, że obrona Rosjan mieszkających poza granicami swojego państwa pochodzenia jest jednym z naczelných zadań rosyjskiej polityki zagranicznej i bezpieczeństwa. O tym m.in. wspominał premier Federacji Rosyjskiej Dmitrij Miedwiediew²⁶. Ponadto art. 38 Strategii Bezpieczeństwa Federacji Rosyjskiej wskazuje na to, że jednym z kierunków polityki Rosji jest zapewnienie bezpieczeństwa i ochrony praw i interesów Rosjan za granicą²⁷. Z instrumentów wpływu ekonomicznego można wyróżnić wykorzystywanie eksportu gazu do wywierania nacisków zarówno w bliskiej zagranicy jak i w Europie.

Te czynniki mają wpływ na kreowanie stosunków Rosji z pozostałymi państwami oraz dają możliwość podejmowania działań w kierunku tzw. „rusyfikacji” krajów znajdujących się w jej sferze interesów. Zdaniem byłego ambasadora USA przy NATO oraz specjalnego wysłannika USA do spraw Ukrainy Kurta Volkera, taktyka Rosji stanowi nie tylko pogwałcenie prawa międzynarodowego, a ale nosi też charakter wojny hybrydowej, która była już stosowana w Estonii w 2007 roku i w Gruzji w 2008 roku²⁸.

Mimo że świat uznał te konflikty za rażące naruszenie prawa międzynarodowego, nie podjęto w tym kierunku poważnych działań na rzecz ograniczenia wpływów FR. Rosja jest państwem mającym broń nuklearną. Ponadto posiadanie statusu stałego członka RB ONZ i możliwość nakładania prawa weta daje jej metody do prowadzenia swoich działań na arenie międzynarodowej.

ZAKOŃCZENIE

Na przełomie XX i XXI wieku konflikty zaczęły mieć charakter głównie wewnętrzny, a często asymetryczny. Tymczasem art. 2 pkt. 7 Karty Narodów Zjednoczonych stanowi, że „żadne postanowienie niniejszej Karty nie upoważnia Organizacji Narodów Zjednoczonych do interwencji w sprawach, które z istoty swej należą do kompetencji wewnętrznej któregośkolwiek

²⁶ *Власти не бросят...* 2018

²⁷ О Стратегии Национальной Безопасности РФ 31.12.2015 г. N 683.

²⁸ Banasik, Parafianowicz 2015, s. 11.

państwa, ani do żądania od członków, aby przekazywali takie sprawy do załatwienia według niniejszej Karty²⁹. Zastrzeżono przy tym, że nie odnosi się to do przypadków możliwości użycia siły lub stosowania groźby w relacjach międzynarodowych w sytuacji zagrożenia pokoju i bezpieczeństwa na świecie i ewentualnych działań autoryzowanych przez RB w trybie przewidzianym przez rozdział VII Karty³⁰. Ogranicza to w poważnym stopniu możliwość użycia skutecznych środków (w tym przede wszystkim siły) w przypadku konfliktów wewnętrznych, choć w debacie publicznej na temat dopuszczalności podejmowania międzynarodowej interwencji w suwerennym państwie, ścierają się oczywiście zarówno argumenty prawne, jak i moralne. Przyjęcie poprawek do Konstytucji FR w lipcu bieżącego roku m.in. postawiło rosyjskie prawo wewnętrzne nad prawem międzynarodowym i utrwaliło pozycję Putina jako prezydenta państwa. Tym Kreml otwarcie zademonstrował brak poszanowania umów międzynarodowych. Ponadto militaryzacja polityki rosyjskiej nawiązującą do czasów II wojny światowej świadczą o rozprzestrzenianiu dążeń imperialistycznych tego kraju nie tylko na obszar byłego ZSRR, a i na byłe państwa sygnatariusze Układu Warszawskiego. Przykładem tego może posłużyć budowa rosyjskiej bazy śmigłowców wojskowych w Zatoce Fińskiej w 2019 roku. Skutkuje to zagrożeniem nie tylko dla Europy Środkowo-Wschodniej, a i dla całego świata. W konfliktach z udziałem Rosji ostatniej dekady świat zademonstrował swoją słabość i niechęć otwartej konfrontacji z FR. Niechęć utraty partnerstwa z Rosją i ignorowanie konfliktów militarnych znajdujących się na wschodniej flance NATO niesie bezpośrednie niebezpieczeństwo dla Sojuszu Północnoatlantyckiego, a przede wszystkim dla Polski i krajów bałtyckich.

²⁹ cyt. za UN Charter.

³⁰ UN Charter.

BIBLIOGRAFIA

Akty prawne:

UN Charter, <https://www.un.org/en/sections/un-charter/un-charter-full-text/>, 20.07.2020.

Постановление Верховного Совета РСФСР "О ратификации Соглашения о создании Содружества Независимых Государств". 12 декабря 1991 года., <http://projects.rusarchives.ru/statehood/10-03-posta-novlenie-ratifikaciya-sng.shtml>, 20.07.2020.

Указ Президента Российской Федерации о Стратегии национальной безопасности Российской Федерации до 2020 года, <http://pravo.gov.ru/proxy/ips/?docbody=&nd=102129631>, 20.07.2020.

Monografie naukowe

Grosul V. A., Guzenkova T. S. 2004, *Pridnestrov'e*, [w:] E. M. Kožokin, *Moldaviâ: Sovremennye tendencii razvitiâ*, Moskwa.

Gołąbek B. 2012, *Lew Gumilow i Aleksander Dugin. O dwóch obliczach eurazjatyzm w Rosji po 1991 roku*, Kraków.

Legucka A. 2015, *System bezpieczeństwa obszaru postradzieckiego*, Kraków.

Кузьо Т. 2018, *Война Путина против Украины. Революция, национализм и криминалитет*, Киев.

Станкевич З. А. 2001, *История крушения СССР. Политико-правовые аспекты*, Москва.

Czasopisma

Banasik M., Parafianowicz R. 2016, *Teoria i Praktyka działań hybrydowych*, „Zeszyty naukowe AON”, nr 2.

Brażkiewicz D. 2010, *Wojna rosyjsko-gruzińska* „Kwartalnik Bellona”, nr 1.

Mazur R. 2007, *Wspólnota niepodległych państw: integracja czy dezintegracja?*, „Wschodnioznawstwo”, nr 1.

Латиш Ю. В. 2007, *Чому розпався СРСР? Підходи та концепції в сучасній історіографії*, "Історичні науки", №5, Київ,

Artykuły opublikowane w Internecie

Kuspys P. 2016, *Wspólnota Niepodległych Państw – stan faktyczny i perspektywy*, <http://fae.pl/biuletynopiniewnpwczorajidzis.pdf>, [dostęp: 28.07.2020 r.];

Sezhanova V. 2017, *Powstanie Naddniestrzańskiej Republiki Mołdawskiej i jego implikacje*, *Studia Europejskie*, nr 1.

Szydywar-Grabowska K. 2015, *Rosja Putina – ewolucja wewnętrzna*, https://www.im.edu.pl/wp-content/uploads/2015/10/K_Szydywar_Rosja-Putina-%E2%80%93-ewolucja-wewn%C4%99trzna.pdf, 25.07.2020.

Zdaniuk B. 2006, *Naddniestrze – ostatni relikw zimnej wojny*, "Społeczeństwo i Polityka", nr 3(8).

Źródła internetowe:

Naddniestrze – mała Rosja pomiędzy Ukrainą a Mołdawią, <https://www.polskieradio.pl/39/156/Artykul/1497674,Naddniestrze-mala-Rosja-miedzy-Ukraina-i-Moldawia>, 28.07.2020.

Всеукраїнський перепис населення 2001 року, <https://2001.ukrcensus.gov.ua/>, 26.07.2020.

Росія не гарантує дотримання перемир'я на Донбасі, <https://www.pravda.com.ua/news/2020/07/27/7260841/>, 27.07.2020.

ISBN: 978-83-66035-99-7