

2/2020

luty



PALESTRA

Pismo Adwokatury Polskiej





luty

2/2020

PALESTRA

P i s m o A d w o k a t u r y P o l s k i e j

Rok LXV nr 747



Naczelna Rada Adwokacka

Redaktor naczelny:
Maciej Gutowski

Sekretarz redakcji:
Klaudiusz Kaleta

Redaktor języka angielskiego:
Julian Bąkowski

Prezydium Kolegium Redakcyjnego:
Piotr Kardas (przewodniczący),
Jacek Giezek (wiceprzewodniczący),
Maciej Łaszczuk (wiceprzewodniczący)

Członkowie Kolegium Redakcyjnego:

Stanisław Balik
Zbigniew Banaszczyk
Andrzej Bąkowski
Monika Florczak-Wątor
Lech Gardocki
Joseph Hoffmann
Aleksander Kappes
Jan Kuklewicz
Katalin Ligeti
Erik Luna
Elwira Marszałkowska-Krześ
Marek Mikołajczyk
Andrzej Mączyński
Frank Meyer
Marek Antoni Nowicki
Adam Olejniczak
Lech K. Paprzycki
Mychajło Petriw
Krzysztof Piesiewicz
Krzysztof Pietrzykowski
Jerzy Pisuliński
Stanisław Rymar
Philippe Sands
Piotr Sendecki
Tomasz Siemiątkowski
Tomasz Sójka
Ewa Stawicka
Stephen C. Thaman
Andrzej Tomaszek
Paweł Wiliński
Witold Wołodkiewicz
Józef Wójcikiewicz
Sławomira Wronkowska-Jaśkiewicz
Włodzimierz Wróbel
Małgorzata Wrzolek-Romańczuk
Stanisław Zabłocki
Jerzy Zajadło
Robert Zawłocki
Piotr Zientarski
Jerzy Zięba

WYDAJE
NACZELNA RADA ADWOKACKA
WARSZAWA

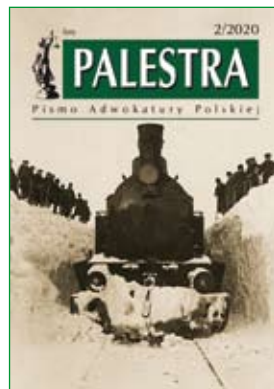
Na okładce:

Jeszcze kilka dekad temu mroźne i śnieżne zimy w Polsce były czymś zupełnie normalnym. Śnieg, który zaczynał padać w listopadzie i grudniu, utrzymywał się przez kilka miesięcy, i to nie tylko w górach, ale na terenie całego kraju.

Według National Oceanic and Atmospheric Administration (Narodowej Agencji Oceanów i Atmosfery – NOAA), amerykańskiej instytucji rządowej zajmującej się prognozowaniem pogody, średnia temperatura na Ziemi od 1880 r. do 2018 r. wzrosła o 1 st. C. Im dalej na północ od równika, tym temperatury wzrastają jednak szybciej. W Kanadzie np. średnia roczna temperatura od 1948 r. wzrosła o 1,7 st. C, a na północy tego kraju o 2,3 st. C. Również w Polsce średnie temperatury wzrastają dwa razy szybciej niż średnia dla całej planety.

Brak naszej reakcji na zachodzące zmiany będzie powodował, że bilans energetyczny Ziemi będzie coraz bardziej zachwiany i ilość zatrzymywanej w atmosferze energii będzie kumulowała się coraz szybciej. Występować będą coraz częściej długotrwałe susze, gwałtowne zjawiska pogodowe, takie jak pożary, powodzie, gradobicia czy wichury. Tworzyć się będzie coraz więcej terenów pustynnych, a nasze dzieci i wnuki tylko z opowiadań i filmów będą znały kuligi z pochodniami, lepienie bałwana, zjeżdżanie na sankach i mnóstwo innych zabaw na śniegu. I tylko drogowcy będą może rzadziej zaskakiwani przez zimę.

Na okładce zdjęcie z „Kuriera Galicyjskiego” (www.kuriergalicyjski.com).



Przygotowanie okładki do druku: Artur Tabaka

Adres Redakcji:
00-202 Warszawa, ul. Świętojerska 16, lok. 33
tel./fax 22 831 27 78, 22 505 25 34, 22 505 25 35
e-mail: redakcja@palestra.pl
Internet: www.palestra.pl

Ark. wyd.: 9. Nakład: 9400 egz.
ISSN 0031-0344, indeks 36851

Spis treści

Artykuły

Krzysztof Fila

- Porównanie struktury dogmatycznej występku i wykroczenia w kontekście użyteczności konstrukcji czynów przepołowionych 5

Adam Behan

- Współczesne systemy informatyczne a typy przestępstw z art. 267 Kodeksu karnego 21

Anna Pacholska

- Pozytywne przesłanki rozwodu w prawie państw Unii Europejskiej – analiza prawnoporównawcza 37

Marcin Tollik

- Objęcie nieruchomości niezabudowanej skutkami ustawy o przekształceniu prawa użytkowania wieczystego gruntów zabudowanych na cele mieszkaniowe w prawo własności tych gruntów 55

Michał Białkowski

- Obniżenie standardu dowodu związku przyczynowego w „procesach medycznych” 63

Mariola Żak

- Prawo do sądu jako element zasady dobrego rządzenia w świetle orzecznictwa z zakresu praw człowieka 72

Najnowsze orzecznictwo

Marek Antoni Nowicki

- Europejski Trybunał Praw Człowieka – przegląd orzecznictwa (I i IV kwartał 2019 r.) 85

Michał Gałęski

Przegląd orzecznictwa Sądu Najwyższego w sprawach karnych
(styczeń–grudzień 2019 r.) 99

Pytania i odpowiedzi prawne

Ewa Stawicka

Czy ulega przedawnieniu roszczenie właściciela gruntu wynikające
z dyspozycji art. 231 § 2 Kodeksu cywilnego? 123

Szpalty pamięci

Tadeusz Winiarek

Zygmunt Skalski (1932–2016) 126

Table of contents 128

Pojęcia kluczowe: wykroczenie, struktura dogmatyczna przestępstwa, czyny przepołowione, uprzywilejowane typy przestępstw, wypadki mniejszej wagi

Artykuły

Krzysztof Fila

PORÓWNANIE STRUKTURY DOGMATYCZNEJ WYSTĘPKU I WYKROCZENIA W KONTEKŚCIE UŻYTECZNOŚCI KONSTRUKCJI CZYNÓW PRZEPOŁOWIONYCH

Artykuł dotyczy problematyki struktury dogmatycznej wykroczenia oraz przestępstwa. Poprzez porównanie dokonane na przykładzie typu kradzieży zwykłej przedstawiono podstawowe zalety i wady konstrukcji czynów przepołowionych. W ostateczności zaproponowano rozwiązanie znoszące takowy sztywny podział na rzecz wprowadzenia do Kodeksu karnego większej liczby tzw. „wypadków mniejszej wagi”, jako typów uprzywilejowanych, w obrębie jednej ustawy.

Użyta przez ustawodawcę w Kodeksie karnym z 1997 r.¹ konstrukcja czynów przepołowionych nie jest *novum* w polskim ustawodawstwie karno-wykroczeniowym. Konstrukcja ta bowiem została utrzymana w tożsamej relacji, w jakiej niektóre typy czynów zabronionych spenalizowanych w Kodeksie karnym z 1969 r. pozostawały względem ich odpowiedników w Kodeksie wykroczeń z 1971 r. Mimo wielu argumentów krytycznych, wypowiedzanych już w czasie tworzenia Kodeksu z 1932 r. (kiedy to uznano, że kwalifikacja prawna dokonywana z uwagi na wysokość szkody byłaby co do zasady po prostu błędna²), a które ponownie pojawiły się w doktrynie także w okresie funkcjonowania bitypów przed 1997 r., zdecydowano się na podtrzymanie takowej konwencji legislacyjnej, która stanowi obecnie – wobec gruntownych nowelizacji ustawodawstwa karnego w ostatnich latach – przedmiot niecichnącej debaty

¹ Ustawa z 6.06.1997 r. – Kodeks karny (Dz.U. z 2019 r. poz. 1950 ze zm.), dalej k.k.

² J. Makarewicz, *Kodeks karny z komentarzem*, Lwów 1932, s. 43.

zarówno doktrynalnej, jak i tej podejmowanej na gruncie rozpatrywania przez sądy konkretnych przypadków.

Celem niniejszej publikacji będzie w pierwszej kolejności porównanie struktury dogmatycznej występku oraz wykroczenia (występujących jako odmiany tego samego bitypu) w ramach zreferowania dotychczas wyrażonych poglądów w doktrynie. Następnie, po wykazaniu pól, na których przestępstwo oraz wykroczenie różnią się, zastanowić należałoby się nad kwestią, czy są to różnice na tyle istotne, aby wskazany podział był utrzymywany w dalszym ciągu przede wszystkim w regulacji ustawowej. Jeżeli odpowiedź na tak postawione pytanie okaże się przecząca, ostatnim zadaniem będzie zaproponowanie być może odmiennego rozwiązania, które lepiej oddawałoby istotę czynów przepołowionych, z uwagi również na aspekty funkcjonalne.

W celu uczynienia rozważań bardziej przejrzystymi w dalszym wywodzie pojawić się będzie dość często standardowy przykład kradzieży zwykłej, która niekiedy przybiera postać wykroczenia określonego w art. 119 § 1 Kodeksu wykroczeń³, aby w innych przypadkach stanowić już występki stypizowane w art. 278 § 1 k.k. Dodatkowo poczynić należy założenie, że art. 119 § 1 k.w. normuje jedynie kradzież zwykłą, pomijając tym samym znamię czasownikowe „przywłaszczenia”, ponieważ z uwagi na taką, a nie inną redakcję wspomnianego przepisu analizę należałoby rozszerzyć dodatkowo o art. 284 § 1 k.k., co uczyniłoby wywód zdecydowanie mniej przejrzystym. Sądzę, że przyjęcie takiego modelu idealizacyjnego uzasadniania twierdzeń, właściwego dla paradygmatu nauk empirycznych, pozwoli – poprzez przyjęcie pewnych założeń kontrfaktycznych – na wyłuskanie istoty różnic zachodzących pomiędzy wykroczeniami a przestępstwami w ogólności⁴, a nie tylko w ograniczeniu do czynów zabronionych, związanych z kradzieżą lub ewentualnie przywłaszczeniem. Poza tym, co niejednokrotnie w doktrynie podkreślano, przy ewentualnych zbiegach kradzieży i przywłaszczenia nieprzekraczających ustawowej granicy kwotowej będą one rozpatrywane zazwyczaj w kontekście jednego wykroczenia, z ewentualnymi modyfikacjami jedynie w zakresie kary⁵.

1. KRYTERIA WYTYCZENIA GRANICY MIĘDZY WYKROCZENIEM A WYSTĘPKIEM

Najbardziej obecnie rozpowszechnionym stanowiskiem w polskiej literaturze jest to wyznaczające granicę między wykroczeniem a występkiem na gruncie społecznej szkodliwości czynu. Oczywiście jest to próba teoretycznego przyporządkowania poszczególnych określeń ustawowych do konkretnego elementu w pięcioelementowej strukturze przestępstwa albo wykroczenia. Nie ulega bowiem wątpliwości, że struktura wykroczenia, zgodnie z pośrednią definicją zawartą w art. 1 k.w., jest w dużej mierze zbliżona w generalnym zarysie do tej, z którą mamy do czynienia, jeśli mówimy o prze-

³ Ustawa z 20.05.1971 r. – Kodeks wykroczeń (Dz.U. z 2019 r. poz. 821 ze zm.), dalej k.w.

⁴ W. Krajewski, *Prawa nauki. Przegląd zagadnień metodologicznych i filozoficznych*, Warszawa 1982, s. 112.

⁵ A Gubiński (w): T. Grzegorzczak, A. Gubiński, *Prawo wykroczeń*, Warszawa 1996, s. 128.

stępstwie. Gwoli przypomnienia, do elementów kumulatywnie definiujących przestępstwo zalicza się zazwyczaj:

- czyn,
- ustawową określoność,
- bezprawność,
- społeczną szkodliwość,
- winę⁶.

Kolejność nie jest tu przypadkowa, ponieważ, jeśli uznać piętrową strukturę przestępstwa, brak jakiegokolwiek elementu poprzedzającego zwalnia nas z badania wystąpienia elementów kolejnych, jako uzależnionych od podstaw bytowania wyznaczonych przez właśnie elementy poprzedzające. Z kolei jeśli mówimy o pięcioelementowej strukturze wykroczenia, mamy przeważnie na myśli następujące części składowe (w wersji proponowanej przez A. Marka⁷):

- czyn człowieka,
- o znamionach określonych w ustawie,
- zabroniony pod groźbą kary, czyli bezprawny karnie,
- zawiniony,
- społecznie szkodliwy.

Jak widać, wskazane elementy, wykazując pewne odmienności terminologiczne, co do istoty pokrywają się ze swoimi odpowiednikami w strukturze przestępstwa. Jedyną znaczącą różnicą jest kolejność wymienienia dwóch ostatnich składowych, co zapewne jest wyrazem preferencji autora w zakresie przyjętej teorii winy oraz roli, jaką społeczna szkodliwość (dawniej społeczne niebezpieczeństwo) odgrywa w zakresie istnienia bądź nieistnienia wykroczenia. Niemniej jednak możemy zaryzykować stwierdzenie, że w dalszym toku wywodu porównanie dwóch typów, stanowiących odpowiednio wykroczenie oraz przestępstwo w ramach tego samego bitypu, nie będzie napotykać na większe trudności metodologiczne, skoro możliwy do przeprowadzenia będzie zabieg porównania równoległych elementów przy obu typach.

Nieco upraszczając rozważania: uprawnionym zabiegiem będzie odrzucenie kwestii dotyczących istoty czynu, jak i bezprawności, bowiem dygresje tego typu czynione być mogą bez powoływania się na podział czynów zabronionych na wykroczenia i przestępstwa, ponieważ aby zgłębić zagadnienie, czym jest czyn, wystarczy odwołać się do licznych teorii, powstałych na przestrzeni lat, natomiast studia nad bezprawnością prawdopodobnie nie mogą być ograniczone do refleksji w ramach poszczególnych gałęzi prawa, a tym bardziej nieuzasadnione wydaje się być ograniczenie tych refleksji w ramach badań prowadzonych nad przestępstwem albo wykroczeniem odrębnie. Na „placu boju” zostają zatem takie elementy, jak: ustawowa określoność, społeczna szkodliwość oraz wina.

⁶ J. Giezek (w:) *Prawo karne materialne. Część ogólna i szczególna*, red. M. Bojarski, Warszawa 2015, s. 75.

⁷ A. Marek, *Prawo wykroczeń*, Warszawa 1996, s. 54.

2. SPOŁECZNA SZKODLIWOŚĆ

Jak już wspomniano, tradycyjny podział na wykroczenia oraz przestępstwa, będące odmianami tego samego czynu przepołowionego, opiera się na linii demarkacyjnej wyznaczonej przez społeczną szkodliwość czynu. Różnica między występkiem a wykroczeniem sprowadza się zatem do stopnia społecznego niebezpieczeństwa czynu. Większość polskich autorów twierdzi, że różnica ta ma charakter jedynie ilościowy, nie jakościowy. Jednak prezentowane są także stanowiska zakładające różnicę w zgeneralizowanej ocenie stopnia szkodliwości czynów karalnych⁸.

Zwolennicy wyłącznie ilościowego charakteru prezentowanej różnicy, nie zagłębiając się szczegółowo w zagadnienie, wskazują wprost na próg kwotowy określony w art. 119 § 1 k.w., będący ucieśnieniem ocen prawodawcy w zakresie stopnia karygodności poszczególnych typów. Powiemy więc, że od granicy kwoty 500 zł (dawniej kwoty będącej odpowiednikiem 1/4 minimalnego wynagrodzenia, kwoty 250 zł, a nawet 250.000 zł w stosunku jeszcze do zaboru mienia, nie rzeczy ruchomych) czyn kradzieży jest społecznie szkodliwy w stopniu wyższym niż znikomy, natomiast poniżej tej granicy czyn ten jest szkodliwy w stopniu znikomym (wyższym od stopnia braku społecznej szkodliwości)⁹. Twierdzenie to uzasadnione jest faktem, że zapewne zamysłem ustawodawcy było stworzenie logicznej relacji wykluczania się wykroczenia i przestępstwa przy czynach przepołowionych, a więc „zazębiana się obszarów prawa karnego i prawa wykroczeń”¹⁰.

Jednak rozwiązanie takie prowadzi do wielu problemów, zarówno dowodowych, jak też konstrukcyjnych. Jeżeli chodzi o pierwszy ze wspomnianych aspektów, niejednokrotnie w praktyce sprzed reformy sądownictwa, w sprawach o wykroczenia kolegia do spraw wykroczeń miały trudności z ustaleniem wartości zabranej rzeczy, a we wcześniejszej regulacji ustawowej – wartości mienia. W związku z tym m.in. Sąd Najwyższy, odnosząc się do przedstawionego problemu, wygłosił tezę, że wartość mienia należy ustalić na podstawie obiektywnych dowodów, a więc ocena co do wartości mienia nie może być dowolna¹¹, zatem jako błędną należało np. uznać praktykę przyjmowania za wartość graniczną wartości łupu przypadającego współsprawcy w wyniku podziału skradzionego mienia¹², bowiem w „żadnym razie nie można rozłożyć sumy na dwóch współdziałających sprawców i przyjmować, że każdy z nich popełnił wykroczenie”¹³. Tym bardziej niedopuszczalne jest rozbicie czynu dotyczącego ogółu zaboru na czyny stanowiące wykroczenia, a odnoszące się jedynie do poszczególnych przedmiotów tego samego zaboru¹⁴. Sąd Najwyższy w innym z orzeczeń odniósł się także do charakteru szkody, orzekając, że do wartości skradzionej rzeczy należy zaliczyć wyłącznie wartość efektywnej szkody wyrządzonej poszkodowanemu (*damnum*

⁸ A. Marek, *Prawo wykroczeń...*, s. 50.

⁹ Pojawiają się też głosy, że wspomniany próg jest przesunięty zbyt wysoko – tak np. W. Kotowski, *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, Kraków 2004, s. 441.

¹⁰ A. Marek, *Prawo wykroczeń...*, s. 91.

¹¹ Wyrok SN z 16.07.1973 r. (I KR 324/72), OSNKW 1974/1, poz. 9.

¹² T. Bojarski, A. Michalska-Warias, J. Piórkowska-Flieger, M. Szwarczyk, *Kodeks wykroczeń z komentarzem*, Warszawa 1992, s. 251.

¹³ W. Kotowski, *Kodeks...*, s. 439.

¹⁴ Wyrok SN z 26.06.1987 r. (WRN 15/87), OSNKW 1988/1–2, poz. 7.

emergens), pomijając tym samym szkodę w szerokim rozumieniu tego znaczenia w postaci utraconych korzyści (*lucrum cessans*)¹⁵, przy czym wartość mienia powinna być oceniana w odniesieniu do czasu popełnienia czynu i czasu wyrokowania¹⁶.

Z kolei problemy określane jako konstrukcyjne zogniskowane są wokół kwestii przesłanki znikomej społecznej szkodliwości czynu, która to będąc wyrazem opisowego odniesienia się do kryterium ilościowego materialnej cechy przestępstwa, nierzadko może stanowić barierę, aby przy konkretnym stanie faktycznym – przy uwzględnieniu całokształtu okoliczności danej sprawy – niejako „przeskoczyć” do grupy czynów bardziej karygodnych albo mniej karygodnych. Stoi temu na przeszkodzie kwotowe rozgraniczenie dwóch typów, które odzwierciedlając zgeneralizowaną ocenę społecznej szkodliwości dokonaną przez ustawodawcę, hamuje użycie przez sąd w konkretnej sprawie narzędzia w postaci oceny modyfikującej ocenę wyrażoną w pierwszym etapie przez prawodawcę¹⁷. Takie zawężenie swobody orzekania może być w granicznych przypadkach postrzegane jako wyraz braku zaufania ustawodawcy do sądu. Możemy sobie bowiem wyobrazić, że w konkretnym przypadku sprawca, zbliżając się do kwoty granicznej, działał np. pod wpływem motywu zasługującego na szczególne potępienie, a mimo to sąd nie może *contra legem* pociągnąć sprawcy do odpowiedzialności za występki, aby z kolei w przypadku odwrotnym sąd nie mógł przypisać sprawcy „jedynie” wykroczenia, gdy intuicja podpowiadałaby, że mamy tu do czynienia z przypadkiem znikomego stopnia społecznej szkodliwości. Co więcej, w takim przypadku sąd zobligowany będzie do zastosowania art. 17 § 1 pkt 3 Kodeksu postępowania karnego¹⁸, a więc do uwzględnienia konsekwencji, z jakimi mamy do czynienia w przypadku wystąpienia ujemnych przesłanek procesowych.

Dobrym podsumowaniem tej części rozważań będzie sformułowana jeszcze w okresie sprzed wejścia w życie obowiązującej obecnie ustawy karnej, ale nadal aktualna wypowiedź H. Popławskiego, który stwierdził, że dopóki w Kodeksie wykroczeń zawarte są także czyny przepołowione, których jakościowy aspekt społecznej szkodliwości wydaje się wykraczać poza drobne naruszenia o charakterze porządkowym, o tyle mamy do czynienia niekiedy jedynie z rozgraniczeniem ilościowym, wprowadzającym pewien zamęt¹⁹.

3. USTAWOWA OKREŚLONOŚĆ

Próbując sprecyzować pojęcie ustawowej określoności typu czynu zabronionego, możemy – nie popełniając błędu – postawić znak równości pomiędzy tym pojęciem a kompletem zrekonstruowanych znamion danego typu czynu zabronionego. To, że zwykłe odczytanie tekstu przepisu charakteryzującego dany typ czynu zawarty w części szczególnej bądź to Kodeksu karnego, bądź to Kodeksu wykroczeń zazwyczaj nie wystarcza, zauważono przed

¹⁵ Wyrok SN z 26.09.1970 r. (II KR 104/70), OSNKW 1971/2, poz. 27.

¹⁶ Postanowienie Sądu Apelacyjnego w Lublinie z 29.03.1999 r. (II Akz 117/98), „Apelacja – Lublin” 1999/2, poz. 16.

¹⁷ A. Marek, *Prawo wykroczeń...*, s. 50.

¹⁸ Ustawa z 6.06.1997 r. – Kodeks postępowania karnego (Dz.U. z 2020 r. poz. 30 ze zm.), dalej k.p.k.

¹⁹ H. Popławski, *Problem granic przestępstwa i wykroczenia*, „Nowe Prawo” 1973/9.

laty w ramach procesu opracowania założeń derywacyjnej koncepcji wykładni przez autorów związanych z tzw. „szkołą poznańską”. Zgodnie więc z tymi założeniami przepis zawsze podlegać będzie zabiegowi wykładni (wykładni *sensu largo*²⁰) tak, aby po przewyżczeniu rozczłonkowania semantycznego oraz syntaktycznego zastąpić nieuporządkowany tekst prawny zbiorem w wysokim stopniu jednoznacznych norm, będących równoznaczną formą zrekonstruowanego przepisu centralnego, uzupełnionego przepisami modyfikującymi²¹. Jest to poniekąd prawnicza interpretacja podstawowych założeń jednego z naturalistycznych modeli metodologicznych, zwanego antyindukcjonizmem (w wersji określanej mianem hipotetyzmu). Charakterystyczne dla takiego podejścia jest odrzucenie reguły fenomenalizmu ontologicznego, co implikuje twierdzenie, że rzeczywistość zbudowana jest z dwóch warstw: zjawisk dostępnych postrzeganiu oraz istoty zjawisk niedostępnych bezpośrednio postrzeganiu. Przenosząc wspomniane twierdzenie na grunt prawoznawstwa, powiemy, że tekst prawny stanowi jedynie zewnętrzną warstwę istoty, która to dopiero odkrywana jest w procesie interpretacji, tak aby w wyniku wykładni poznać normy kryjące się w warstwie głębszej jeszcze nieuporządkowanego tekstu ustawy.

Podążając tym tropem, należy na tym etapie pokusić się o porównanie znamion ustawowych wykroczenia oraz występku. Dla uporządkowania wyводу powiem – choć nie bez uproszczenia – że na znamiona typu czynu zabronionego składają się następujące elementy:

- podmiot,
- przedmiot,
- znamię czasownikowe,
- skutek (przy przestępstwach materialnych),
- ewentualne okoliczności modalne oraz strona podmiotowa.

Podmiot, zarówno przy występku stypizowanym w art. 278 § 1 k.k., jak i w art. 119 § 1 k.w., został określony za pomocą zaimka „kto”. Oznacza to, że w przypadku obu typów czynu zabronionego mamy do czynienia z czynami, które może popełnić każdy, bowiem jak długo nie ustalimy, że dany typ czynu zabronionego odnosi się jedynie do sprawców wyszczególnionych z uwagi na posiadane cechy, tak długo mówić będziemy o przestępstwie albo wykroczeniu powszechnym²².

Idąc dalej, zauważamy także, że w zakresie przedmiotu nie występują w obu przypadkach żadne różnice. Przedmiotem zarówno przestępstwa kradzieży zwykłej, jak i wykroczenia kradzieży zwykłej jest bowiem cudza rzecz ruchoma, czyli „każdy przedmiot, który przejawia wartość materialną, dającą się wyrazić w pieniądzu”. Pojęcie to zatem, z uwagi na pewien stopień separacji regulacji prawnokarnej wobec regulacji prawnocywilnej, musi być interpretowane szerzej²³. Recz jest cudza, gdy posiada właściciela, a sprawcy nie przysługuje względem niej żadne prawo rzeczowe wyłączające

²⁰ J. Wróblewski (w:) W. Lang, J. Wróblewski, S. Zawadzki, *Teoria państwa i prawa*, Warszawa 1979, s. 436.

²¹ M. Zieliński, *Derywacyjna koncepcja wykładni jako koncepcja zintegrowana*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2006/3, s. 93–101.

²² J. Lachowski (w:) *Kodeks karny. Komentarz*, red. V. Konarska-Wrzošek, Warszawa 2016, s. 1169.

²³ J. Lachowski, *Kodeks...*, s. 1169.

inne osoby, przy czym rzecz jest cudza nawet dla współwłaściciela tej rzeczy²⁴. Natomiast poprzez „ruchomość” należy rozumieć taki stan, w którym daną rzecz, z uwagi na jej właściwości fizyczne, można przenosić lub przewozić pomiędzy różnymi miejscami²⁵. Na marginesie należy dodać, że w uprzednio obowiązującym stanie prawnym za przedmiot zaboru traktowano przy kradzieży mienie. Definicję mienia znajdujemy w art. 44¹ k.c., który stanowi, że mieniem jest własność oraz inne prawa majątkowe. Dlatego też wypowiedzi utożsamiające zabór (własności) rzeczy ruchomych z zaborem rzeczy oraz innych praw majątkowych związanych z rzeczą (niekiedy dalej określaną w piśmiennictwie mieniem ruchomym²⁶) wydają się być nieuzasadnione w kontekście założenia o racjonalności prawodawcy, który nie posługuje się w tekstach prawnych wyrażeniami synonimicznymi. Stanowiskiem uwzględniającym podany postulat jest stanowisko zakładające, że pojęcie rzeczy ruchomej jest pojęciem zakresowo zawierającym się w pojęciu mienia, a obejmującym rzeczy ruchome *sensu stricto* oraz energię²⁷.

Przechodząc do znamienia czasownikowego, na pierwszy rzut oka widać, że znamię wyrażone w art. 278 § 1 k.k. różni się literalnie od tego wyrażonego w art. 119 § 1 k.w., bowiem w pierwszym przypadku ustawodawca posługuje się wyrażeniem zaboru w celu przywłaszczenia, natomiast w drugim przypadku użyte jest już wyrażenie „kradnie”. Różnica ta wydaje się jednak być tylko różnicą w zakresie przyjętej techniki legislacyjnej, ponieważ tę samą czynność można zarówno wyrazić w sposób opisowy („kto zabiera w celu przywłaszczenia cudzą rzecz ruchomą...”), jak i w sposób nazwowy („kto kradnie...”), nie powodując przy tym zmiany znaczeniowej²⁸. Toteż bez popełnienia błędu można przyjąć, że znamiona czasownikowe w obu przepisach dotyczą tego samego przypadku zaboru cudzej rzeczy, polegającego na pozbawieniu władztwa określonej osoby nad danym przedmiotem i na przeniesieniu tego władztwa na osobę sprawcy kradzieży²⁹. Co więcej, zabór ten dokonany być musi wbrew woli osoby uprawnionej do władania rzeczą³⁰. Z władaniem rzeczą mamy do czynienia wtedy, gdy pokrzywdzony jest w posiadaniu danej rzeczy, przy czym posiadanie to na gruncie prawa karnego nie jest jednoznaczne z pojęciem posiadania na gruncie prawa cywilnego, ponieważ swym zakresem obejmuje ono również dzierżenie³¹. Ponadto zabór musi być bezprawny, tzn. bez żadnej podstawy prawnej, zatem np. zabór rzeczy w celu zabezpieczenia roszczeń majątkowych nie będzie zaborem bezprawnym, dokonanym w celu przywłaszczenia³². Przyjmuje się, że przestępstwo albo wykroczenie jest popełniane właśnie w momencie dokonania tej czynności zaboru³³.

²⁴ M. Bojarski, *Prawo...*, s. 249.

²⁵ G. Kasicki, A. Wiśniewski, *Kodeks wykroczeń z komentarzem*, Warszawa 2002, s. 324.

²⁶ Tak np. B. Kurzępa, *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, Warszawa 2008, s. 428.

²⁷ L. Wilk (w:) *Kodeks karny. Część szczególna*, red. M. Królikowski, R. Zawłocki, t. II, Warszawa 2017, s. 604.

²⁸ J. Giezek (w:) *Prawo...*, s. 63.

²⁹ G. Kasicki, A. Wiśniewski, *Kodeks...*, s. 322.

³⁰ J. Lachowski (w:) *Kodeks...*, s. 1171.

³¹ G. Kasicki, A. Wiśniewski, *Kodeks...*, s. 322.

³² Wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z 2.10.1996 r. (II Aka 232/96), „Prokuratura i Prawo” 1997/17.

³³ M. Bojarski i in., *Prawo...*, s. 249.

Dokonawszy pobieżnej analizy trzech pierwszych kategorii typów znamion, można przejść do zagadnień związanych ze stroną podmiotową omawianych czynów, pomijając zagadnienia związane z okolicznościami modalnymi (które nie występują w typach podstawowych kradzieży, co najwyżej w znaczeniu negatywnym³⁴) oraz zagadnienia związane ze skutkiem, o ile bowiem wskazanie, czym jest ów skutek, nie nastęrcza większych trudności (jest to bezprawne przejście posiadania rzeczy), o tyle temat powiązania skutku z realizacją znamion typu mógłby być przedmiotem odrębnej obszernej publikacji.

Zaczynając od rekonstrukcji znamion strony podmiotowej czynu stypizowanego w art. 278 § 1 k.k., zważyć należy na wstępie na rozczłonkowanie syntaktyczne normy będącej podstawą rozważań. Podstawą bowiem rekonstrukcji omawianej normy będzie zarówno przepis art. 9 k.k., jak i przepis art. 278 § 1 k.k. Pierwszy ze wskazanych przepisów pełni funkcję przednawiasową, uzupełniając tym samym przepisy zawarte w części szczególnej Kodeksu karnego, zatem mamy tu do czynienia ze zbiegiem przepisów *sensu largo*, ponieważ *a contrario* za zbieg przepisów *sensu stricto* P. Kardas uznaje nie zbieg zrębowych jednostek tekstu prawnego zawierających zasadniczą charakterystykę danego typu czynu zabronionego, lecz zbieg kwalifikacji prawnych, tzn. „kompletnych, odczytanych ze wszystkich relewantnych w danych okolicznościach przepisów, znamion typu czynu zabronionego”³⁵. Dochodzimy zatem do wstępnej konstatacji, że czyn stypizowany w art. 278 § 1 k.k. mógłby być popełniony zarówno umyślnie, jak i nieumyślnie, jeżeli ustawa by tak stanowiła (kradzież stanowi występki w myśl art. 7 w zw. z art. 8 k.k.), jednak z uwagi na użyte w treści wspomnianego artykułu wyrażenie „w celu” nasze rozważania ograniczyć musimy tylko do umyślności, i to wyłącznie w postaci zamiaru kierunkowego (bepośredniego)³⁶.

Z kolei normę zakazującą popełnienia wykroczenia kradzieży analogicznie konstruować będziemy z art. 119 § 1 k.w., uzupełniając tenże przepis o elementy zawarte w art. 6 k.w. Zgodnie z funkcjonującą w polskim ustawodawstwie zasadą ekwiwalencji form winy zwolnieni możemy być wstępnie z ustalenia, czy czyn zostaje popełniony umyślnie bądź nieumyślnie na etapie przypisywania znamion czynu; forma winy będzie już natomiast istotna np. na etapie wymiaru kary, za H. Popławskim powiemy bowiem, że zasada ekwiwalencji winy nie polega na tym, że organ procesowy powinien poprzestać na stwierdzeniu winy – powinien on także określić jej rodzaj, choćby z uwagi na przesłanki wymiaru kary³⁷. Idąc nawet krok dalej, powiemy, że „chcąc (...) w postępowaniu przed kolegium do spraw wykroczeń [obecnie sądem – przyp. K.F.] doprowadzić do ukarania sprawcy, należy udowodnić mu winę umyślną, bądź winę nieumyślną, aby obalić domniemanie niewinności”³⁸. Natomiast użyte w dyspozycji normy wynikającej z art. 119 § 1 k.w. sformułowanie „kradnie” wymusza na nas już ostateczne stwierdzenie, że czynność ta – co już wcześniej udowodniono – nie jest niczym innym niż zaborem

³⁴ Zob. W. Wolter, *Kumulatywny zbieg przepisów ustawy*, Warszawa 1960, s. 43.

³⁵ P. Kardas, *Zbieg przepisów ustawy w prawie karnym. Analiza teoretyczna*, Warszawa 2011, s. 294.

³⁶ M. Bojarski (w:) *Prawo karne materialne. Część ogólna i szczególna*, red. M. Bojarski, Warszawa 2015, s. 733.

³⁷ H. Popławski, *Problem...*, s. 73.

³⁸ M. Bojarski i in., *Prawo...*, s. 26.

w celu przywłaszczenia, a więc zaborem dokonywanym w zamiarze bezpośrednim połączonym z chęcią przywłaszczenia (*animus rem sibi habendi*), przy czym zamiaru nie można utożsamiać z chęcią osiągnięcia korzyści majątkowej – jest to motyw dodatkowy. Ostatecznym celem sprawcy, tak samo jak w przypadku występku kradzieży, będzie zapewnienie sobie możliwości rozporządzenia zabraną rzeczą w taki sposób, jak gdyby sprawca był jej właścicielem³⁹.

Możemy zatem pokusić się o stwierdzenie, że w zakresie znamion strony podmiotowej porównywane przepisy różnią się jedynie na gruncie przepisów zrębowych, w art. 9 k.k. posłużono się bowiem formułą „czyn popełniony jest umyślnie/nieumyślnie...”, natomiast w art. 6 k.k. formuła ta przybrała postać „wykroczenie umyślnie/nieumyślnie zachodzi wtedy, gdy...”. Warto na marginesie zaznaczyć, że drugie ze wspomnianych sformułowań było przez długie lata odpowiednikiem podobnego określenia zawartego w Kodeksie karnym z 1969 r., gdzie ustawodawca w art. 7 posłużył się zwrotem „przestępstwo umyślnie/nieumyślnie zachodzi wtedy, gdy...”. Czym jest więc ta różnica, która wydaje się być zasadniczą na gruncie niesynonimicznej wykładni językowej? Na tak postawione pytanie należałoby odpowiedzieć, odwołując się do denotacji pojęć „czyn”, „wykroczenie”, „przestępstwo”. Nietrudno zauważyć, że każde wykroczenie jest czynem, tak samo jak każde przestępstwo jest zarazem czynem. Toteż w sytuacji, gdy wykroczenie albo przestępstwo popełniane są np. umyślnie, to także i czyn, będący wszak podstawą tychże, popełniany jest z konieczności także umyślnie. Badając więc skutek w zakresie znamion strony podmiotowej, powiemy, że na tym gruncie sformułowania „czyn popełniony jest umyślnie/nieumyślnie...” oraz „wykroczenie umyślnie/nieumyślnie zachodzi wtedy, gdy...” spełniać będą tożsamą funkcję, określając – przynajmniej na tym etapie – czy dany czyn, będący podstawą prawnokarnego wartościowania w obrębie wykroczenia albo występku, popełniony został umyślnie czy nieumyślnie. Tym samym w obu przypadkach zastanawiać się będziemy, czy znamiona strony podmiotowej konkretnego czynu zostały ostatecznie zrealizowane.

4. WINA

Ostatnim zagadnieniem, które będzie poruszone w związku z dokonywanym porównaniem, jest zagadnienie winy. Pojęcie to rozpatrywane będzie jedynie w ujęciu teorii normatywnych winy, ponieważ tylko na takiej płaszczyźnie możliwy wydaje się zabieg porównania sformułowań ujętych w przepisach Kodeksu karnego oraz Kodeksu wykroczeń. W innym przypadku dociekalibyśmy samej istoty winy, co prowadzić musiałoby do analizy wielu wyrażonych w doktrynie na przestrzeni lat zgoła odmiennych poglądów, które przykładowo omawiany element subiektywny łączyły albo wyłączenie z ustawową typizacją czynu, albo z bezprawnością, albo w końcu traktowały winę jako samodzielny element przestępstwa.

W sekcji dotyczącej ustawowej określoności przyjęta została już koncepcja, że „umyślność” oraz „nieumyślność” zgodnie z zamysłem ustawodawcy i prawnokarnego, i wykroczeniowego należą do znamion strony podmiotowej, a więc najwłaściwszym podej-

³⁹ M. Bojarski i in., *Prawo...*, s. 250–251.

ściem na gruncie polskiego powojennego piśmiennictwa wydaje się być analiza dwóch dominujących, jednakże nie do końca przeciwstawnych, kierunków.

Pierwszy z nich znajduje wyraz w poglądach głoszonych przez zwolenników tzw. kompleksowej teorii normatywnej winy⁴⁰. Przedstawiciele tego kierunku recypują dorobek psychologicznych teorii winy (które to stronę podmiotową utożsamiają z pojęciem winy), poszerzając ten pogląd, poprzez wskazanie także na drugą funkcję strony podmiotowej czynu zabronionego, która wyraża się tym, że także na etapie ustawowej typizacji strona podmiotowa odgrywa niebagatelną rolę. Dzieje się tak, ponieważ każdy stypizowany w normie prawnokarnej czyn zabroniony, oprócz podmiotu, przedmiotu, znamienia czasownikowego, okoliczności modalnych lub znamion strony przedmiotowej, posiada także w swoim opisie znamiona strony podmiotowej. Na podstawie tak zbudowanej konstrukcji przedstawiciele kompleksowej teorii normatywnej operują takimi pojęciami jak „wina umyślna” oraz „wina nieumyślna”, przez winę należy bowiem rozumieć „ujemnie oceniony stosunek psychiczny sprawcy do czynu”⁴¹.

Drugim z kierunków, na który niewątpliwie należy także zwrócić uwagę, jest kierunek propagowany przez zwolenników tzw. czystej teorii normatywnej winy. Przyjmując pięcioelementową strukturę przestępstwa, zwolennicy tejże koncepcji sytuują stronę podmiotową tylko i wyłącznie na piętrze ustawowej określoności (typizacji przestępstwa). W związku z tym wina zostaje niejako „oczyszczona” z przymiotników „umyślny” bądź „nieumyślny”, a więc rozumiana jest jedynie jako związek wymagalności z zarzucalnością, w układzie, w którym pierwsze z wymienionych pojęć jest przesłanką *sine qua non* zaistnienia drugiego. Toteż usytuowanie umyślności i nieumyślności jako składników opisu czynu zabronionego wyklucza uwzględnienie tych samych elementów podmiotowych jako bezpośredniej podstawy zarzutu przy określaniu winy⁴².

W dużym skrócie scharakteryzowawszy główne założenia obu teorii, należy je na obecnym etapie rozważań odnieść do obowiązujących regulacji prawnych. W takim wypadku wszelkie formułowane wypowiedzi będą wypowiedziami analitycznymi, odnoszącymi się do zagadnienia obowiązywania norm w określonej przestrzeni i czasie. Posługując się jako narzędziem badawczym formułą *teoria a1 jest prawomocna (albo nieprawomocna) w odniesieniu do systemu prawa s, obowiązującego w czasie t i przestrzeni p*, będziemy uprawnieni do stwierdzenia, że po podstawieniu określonych zmiennych twierdzenie to będzie prawomocne względem określonego systemu obecnie obowiązujących norm. Zgodnie z tym tokiem rozumowania bezsprzecznym faktem jest, że art. 6 k.w. różni się w warstwie językowej względem swojego odpowiednika unormowanego w art. 9 k.k. Zakładając racjonalność prawodawcy, musimy dojść do wniosku, że w obowiązującym Kodeksie karnym ustawodawca przesądził o tym, że to czyn, a nie przestępstwo, popełniany jest umyślnie bądź nieumyślnie⁴³. Wielu autorów, podając wyżej przytoczony argument, twierdzi, że jest on wystarczający do przyjęcia czystej koncepcji normatywnej na gruncie obecnie obowiązującej ustawy karnej. Dla poparcia tak ukształtowanego

⁴⁰ A. Marek, *Prawo karne*, Warszawa 2016, s. 138.

⁴¹ W. Wolter, *Nauka o przestępstwie*, Warszawa 1973, s. 117.

⁴² T. Przesławski (w:) *Kodeks karny. Komentarz*, red. R. Stefański, Warszawa 2014, s. 152.

⁴³ A. Zoll (w:) *Kodeks karny. Część ogólna*, red. W. Wróbel, A. Zoll, Warszawa 2012, s. 84.

stanowiska warto też odnieść się do woli historycznego prawodawcy. Jeden z twórców Kodeksu karnego – A. Zoll – niejednokrotnie podkreślał, że „ustalenie umyślności bądź nieumyślności nie przesądza winy sprawcy, tylko warunkuje wystąpienie winy, jako zarzutu związanego z popełnieniem czynu zabronionego”⁴⁴. Jednakże w opinii autora argumentem przesądzającym za przyjęciem czystej koncepcji normatywnej przy takim, a nie innym kształcie przepisów prawno-karnych jest fakt, że sprawca może popełnić czyn umyślnie bądź też nieumyślnie także wtedy, gdy zachodzą okoliczności wyłączające winę, np. wiek sprawcy.

A contrario, na gruncie Kodeksu wykroczeń co prawda ustawodawca nie posługuje się terminami „wina umyślna” oraz „wina nieumyślna”, nie zamierzając rozstrzygać teoretycznych sporów dotyczących istoty winy⁴⁵, jednak następuje zabieg określenia, kiedy to występuje wykroczenie umyślne, a kiedy nieumyślne. Posłużenie się sformułowaniem „wykroczenie umyślne” praktycznie przesądza, że na gruncie Kodeksu wykroczeń prawomocną teorią, na podstawie której ustalać będziemy występowanie winy, będzie kompleksowa normatywna teoria winy. Przybliżać nas będzie zatem takie stanowisko do zależności, które zostały względem zagadnienia winy wypowiedziane w doktrynie za czasów obowiązywania Kodeksu karnego z 1969 r.

Porównując oba ujęcia normatywne winy, odpowiednie dla każdej z dwóch omawianych ustaw, jesteśmy skłonni bez głębszej refleksji stwierdzić, że wina w ujęciu kompleksowej teorii normatywnej będzie – poprzez swoje dodatkowe nacechowanie elementami psychologicznymi – w pewnym stopniu różnić się od ujęcia winy w ramach czystej teorii normatywnej, gdzie pojęcie to sprowadzane jest do wystąpienia wymagalności, a w konsekwencji zarzucalności. Ale czy na pewno czysta teoria normatywna winy jest na tyle „czysta”, na ile wskazywałaby jej nazwa? Zważmy na to, że społeczna szkodliwość, według poglądów prezentowanych przez zdecydowaną większość członków doktryny karnistycznej, współwyznacza winę, natomiast społeczną szkodliwość współwyznaczają też znamiona strony podmiotowej, według definicji legalnej zawartej w art. 115 § 2 k.k. Znaczy to ni mniej, ni więcej, że z logicznego punktu widzenia znamiona strony podmiotowej także powinny wyznaczać zawinienie⁴⁶. Prowadzi to nas do słusznej konstatacji, że „obie teorie normatywne winy nie pomijają znaczenia czynnika psychicznego w ustalaniu winy, z tą jednak różnicą, że w przypadku jej *czystej* odmiany dochodzi on do głosu drogą okólną poprzez [umyślnie albo nieumyślnie popełniony – przyp. K.F.] czyn zabroniony”⁴⁷. Toteż dochodzimy poniekąd do stwierdzenia, że wina w ujęciu obu teorii normatywnych jest podobnym zjawiskiem prawnym, być może różniącym się nieznacznie jedynie stopniem natężenia elementów zaczerpniętych z dorobku psychologicznych teorii winy, bowiem według W. Woltera „żadna teoria normatywna nie bagatelizuje elementów psychologicznych, nie czyni tego również skrajna teoria czystej

⁴⁴ A. Zoll, *Komentarz do art. 9 Kodeksu karnego*, Legalis/el., teza 1.

⁴⁵ A. Gubiński (w:) T. Grzegorzcyk, A. Gubiński, *Prawo...*, s. 83.

⁴⁶ P. Kardas, J. Majewski, *O dwóch znaczeniach winy w prawie karnym*, „Państwo i Prawo” 1993/10, s. 78–79.

⁴⁷ T. Kaczmarek, *Sporne problemy umyślności* (w:) *Umyślność i jej formy. Pokłosie VII Bielańskiego Kolokwium Karnistycznego*, red. J. Majewski, Toruń 2011, s. 49.

normatywnej winy, która waży czynnik psychiczny przesuwając do kategorii czynu ze względu na finalistyczną koncepcję czynu i dopiero na tak upodmiotowionym czynie dokonuje oceny”⁴⁸.

5. PROPOZYCJE ZMIAN USTAWOWYCH

Zgodnie z naszym przeczuciem, wynikającym czy to z intuicji, czy też ze znajomości dotychczas poczynionych w doktrynie ustaleń, chcąc nie chcąc musimy stwierdzić, że różnica pomiędzy występkiem a wykroczeniem, będących odmianami tego samego bitypu, sprowadza się niestety tylko do elementu społecznej szkodliwości czynu, i to wyłącznie w jego ilościowym aspekcie. W pewnym stopniu możemy czuć się rozczarowani tym, że prezentowane różnice sprowadzają się w ujęciu redukcjonistycznym jedynie do progu kwotowego, powyżej którego czyn uprzednio wypełniający znamiona wykroczenia staje się już występkiem, a więc przestępstwem. Rodzi się zatem pytanie, czy podział ten w ogóle z jakichkolwiek powodów, innych niż uwarunkowania historyczne, ma sens.

Przyglądając się aspektowi procesowemu, skonstatować należy, że w pewnej mierze pożądanym zjawiskiem jest utrzymywanie podziału czynów przepołowionych na obie kategorie, choćby z uwagi na duże uproszczenia w postępowaniu w sprawach o wykroczenia względem procedury *stricte* karnej, wpływające na przyspieszenie (przynajmniej w założeniach) reakcji na czyny nacechowane przeważnie niższym stopniem społecznej szkodliwości. Uproszczenie to w szczególności ma znaczenie w postępowaniu mandatomowym, gdy organ nie musi rozpatrywać np. tak złożonych zagadnień jak określenie postaci zamiaru, poprzestając jedynie na ustaleniu wystąpienia winy⁴⁹. Jednak z drugiej strony, część spraw wykroczeniowych jest ostatecznie rozpoznawana przez sąd rejonowy, czy to w wyniku niespełnienia przesłanek przeprowadzenia postępowań szczególnych, czy też np. w wyniku odmowy przyjęcia mandatu, skutkującej złożeniem do sądu wniosku o ukaranie w trybie art. 99 Kodeksu postępowania w sprawach o wykroczenia⁵⁰. Z ustrojowego punktu widzenia⁵¹ ten sam sąd będzie zatem rozstrzygać o odpowiedzialności karnej (z różnicą jedynie co do wydziału), zasadniczo bowiem w pierwszej instancji właściwym sądem w sprawach o występkę także będzie sąd rejonowy.

Czy zatem przepołowienie nadal powinno przebiegać na styku ustawy karnej oraz wykroczeniowej, czy być może rezygnując z tego rodzaju sztuczności względem uwarunkowań ustrojowych, jak i procesowych, powinniśmy bitypy unormować w jednej ustawie materialnej? Oczywiście w grę zawsze wchodziłoby stanowisko pośrednie, zakładające stosowanie tej samej procedury przy orzekaniu o rozbitym z materialnego punktu widzenia czynie w dwóch kodeksach.

⁴⁸ W. Wolter, *Nauka...*, s. 118.

⁴⁹ A. Marek, *Prawo wykroczeń...*, s. 74 i n.

⁵⁰ Ustawa z 24.07.2001 r. – Kodeks postępowania w sprawach o wykroczenia (Dz.U. z 2019 r. poz. 1120 ze zm.), dalej k.p.w.

⁵¹ Nierzadko można ostatnio usłyszeć wypowiedzi, także padające ze strony przedstawicieli Ministerstwa Sprawiedliwości, postulujące wprowadzenie tzw. „sędziów pokoju”, mających odciążać sądy w rozpatrywaniu spraw związanych z odpowiedzialnością z tytułu wykroczeń. Projekty te budzą jednak zasadnicze wątpliwości w kontekście art. 177 Konstytucji RP.

Wydaje się, że najprostszym rozwiązaniem byłoby jednak przepołowienie czynu w ramach tej samej jednostki redakcyjnej ustawy, tzn. – mówiąc prościej – wprowadzenie do Kodeksu karnego typów uprzywilejowanych niektórych przestępstw, w warstwie tekstowej zredegowanych przy użyciu – już wykorzystywanego przez ustawodawcę w innych przypadkach – sformułowania „w przypadku mniejszej wagi”. W takiej sytuacji, w zależności od przyjętej teorii, albo pomiędzy dotychczasowym występkiem i wykroczeniem zachodzić będzie stosunek zawierania, albo wykluczania⁵², co wskazywać będzie w obu przypadkach na pozorność ewentualnego zbiegu przepisów.

Powszechnie akceptowanym poglądem jest bowiem, że typ zmodyfikowany (a więc i uprzywilejowany) przestępstwa, będąc bardziej szczegółowym unormowaniem, zawiera się w całości w typie podstawowym, pozostając do niego w relacji *lex specialis – lex generalis*⁵³, przy czym trzeba zauważyć, że zastosowanie zasady *lex specialis derogat legi generali* nie jest zabiegiem koniecznie wynikającym z relacji logicznych, lecz stanowi rozstrzygnięcie funkcjonalne, o teleologicznym charakterze⁵⁴. Konsekwencją takiego ujęcia będzie możliwość przypisania sprawcy typu generalnego w przypadku, gdy z jakichś powodów nie zrealizuje on znamion typu specjalnego. Jednak sama operacja „powracania” do typu generalnego nie daje klarownego wyjaśnienia, jakie znamiona swoim zachowaniem realizuje, sprowadzając typ podstawowy do roli kategorii, która będzie miała zastosowanie w ostateczności, gdy znamiona żadnego z typów zmodyfikowanych nie zostaną w całości wypełnione. Dlatego też koncepcją (*notabene* w czystej postaci niemal powszechnie obecnie w doktrynie odrzucaną), która redukuje do minimum wskazane przed chwilą słabości, jest teoria znamion negatywnych⁵⁵ autorstwa W. Woltera, której głównym założeniem jest to, że typy podstawowe oraz zmodyfikowane przestępstw są uregulowane na tym samym stopniu ogólności – „nie mają wspólnego pola zastosowania”⁵⁶. Prowadzi nas to do wniosku, że pomiędzy zakresami konfrontowanych przepisów zachodzić zawsze będzie relacja wzajemnego wykluczania. Dzięki takiemu zabiegowi można z dużą dozą dokładności stwierdzić, jaki jest także komplet znamion typu podstawowego⁵⁷ i jakie zachowania w sensie negatywnym na pewno nie będą się mieścić w zakresie zastosowania danej normy.

6. WNIOSKI KOŃCOWE

Wprowadzając do ustawy wskazane w poprzedniej sekcji rozwiązanie, przesunęlibyśmy dotychczas występujące przepołowienie czynów z granicy, jaką wyznaczają

⁵² P. Kardas, *Lex specialis – logiczna czy teleologiczna reguła przesądzająca o pozorności zbiegu przepisów w prawie karnym* (w:) *Teoretyczne i praktyczne problemy współczesnego prawa karnego. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Tadeuszowi Bojarskiemu*, red. A. Michalska-Warias, Lublin 2011, s. 151.

⁵³ A. Spotowski, *Pomijalny (pozorny) bieg przepisów*, Warszawa 1976, s. 69.

⁵⁴ J. Wróblewski, *Lex specialis a lex generalis*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Łódzkiego” 1963/28, s. 16.

⁵⁵ W. Wolter, *Kumulatywny...*, s. 43.

⁵⁶ W. Wolter, *Kumulatywny...*, s. 32.

⁵⁷ Zagadnieniem dyskusyjnym w ramach teorii znamion negatywnych jest także kwestia, który typ, uwzględniając relatywność tych pojęć, uprawnieni jesteśmy nazywać podstawowym, a który uprzywilejowanym bądź też kwalifikowanym.

przedmiotowo ustawa karna oraz wykroczeniowa, na granicę, która przebiegałaby na styku typu podstawowego oraz typów zmodyfikowanych danego czynu. Pora zatem rozważyć, z jakimi konsekwencjami, zarówno pozytywnymi, jak i negatywnymi, wiązałyby się takie rozstrzygnięcie na poziomie legislacyjnym.

Zaczynając od wad, powiemy, że z jednej strony zapewne byłoby dość dużym utrudnieniem, gdyby np. w sytuacjach drobnych kradzieży, tzw. „kieszonkowych”, niemożliwe było nałożenie grzywny w drodze mandatu karnego w przypadku, gdy sprawca byłby schwytany na gorącym uczynku. W omawianej sytuacji kierowanie sprawy do sądu spowodowałoby *de facto* jedynie nieusprawiedliwioną i niezrozumiałą dla uczestników postępowania przewłokę w sprawie, której okoliczności nie budzą najmniejszych wątpliwości, a wyrządzona szkoda ogranicza się zazwyczaj do wysokości kilkudziesięciu złotych. Odwleczona w czasie reakcja karna mogłaby tylko osłabić społeczne poczucie sprawiedliwości w przypadkach, gdy wymagana jest reakcja natychmiastowa, niewymagająca stosowania czasochłonnej procedury sądowej. Ponadto wpływ zbyt dużej liczby spraw wykroczeniowych do sądów, w przypadkach gdy w obecnym stanie prawnym sprawca nie odmawia przyjęcia mandatu karnego, mógłby spowodować paraliż w funkcjonowaniu tych sądów. Z drugiej jednak strony, jak już wcześniej wskazywano, obecnie przepołowienie czynu dokonywane jest na poziomie zgeneralizowanej oceny społecznej szkodliwości, dokonanej uprzednio przez ustawodawcę. Uwarunkowanie to hamuje użycie przez sąd w konkretnej sprawie narzędzia w postaci oceny modyfikującej ocenę wyrażoną w pierwszym etapie przez legislatora, co niekiedy może prowadzić do zbyt surowej reakcji prawnokarnej w przypadkach mniejszej wagi, przy których to jednak sprawca swoim zachowaniem przekroczył sztywny próg kwotowy, ale także w przypadkach podobnych może prowadzić z kolei do zbyt łagodnej reakcji prawnokarnej w sytuacjach, gdy np. stopień winy, a więc i społecznej szkodliwości, jest znaczny. Proponowana zatem zmiana w konstrukcjach legislacyjnych prowadziłaby w pierwszej kolejności do całościowego badania spraw, z uwzględnieniem wszystkich istotnych ich okoliczności, z drugiej strony do uelastycznienia reakcji na konkretne czyny zabronione. Dzięki takiemu zabiegowi w większym stopniu mogłaby być realizowana dyrektywa wyrażona w art. 53 § 1 k.k., mówiąca o uznaniowym wymierzaniu kar przez sąd w granicach przewidzianych ustawami, z uwzględnieniem całokształtu okoliczności rozpatrywanej sprawy.

Wydaje się, że argumenty przemawiające za wprowadzeniem proponowanych zmian są donioślejsze niż argumenty przeciwne, zwłaszcza w kontekście unormowanego w Kodeksie postępowania karnego postępowania nakazowego, które prezentując cechy zbliżone do wykroczeniowych postępowań szczególnych, będąc w praktyce wymiaru sprawiedliwości należycie wykorzystywane, mogłoby stanowić środek skutecznie odciążający sądy w sprawach, które z uwagi na niebudzące wątpliwości okoliczności nie wymagają nawet przeprowadzenia rozprawy. Pamiętajmy też, że oczywiście przesunięcie niektórych czynów z Kodeksu wykroczeń do Kodeksu karnego nie przekreślałoby racji bytu w porządku prawnym pierwszej z wymienionych ustaw, bowiem zdecydowana większość typów czynów zabronionych w polskim ustawodawstwie wyraźnie usytuowana jest albo w grupie wykroczeń, albo przestępstw, nie zawierając tym samym co do istoty cechy przepołowienia.

ABSTRACT

Krzysztof Fila

The author is a PhD student at the Department of Criminal Materials Law of the Faculty of Law, Administration and Economics of the University of Wrocław; advocate trainee (District Bar Association in Wrocław).

A comparison of the dogmatic structure of minor offense and crime in the context of the usefulness of the construction of bisected deeds

The text deals with the problem of dogmatic structure of minor offence and crime. Through the comparison made on the example of the type of theft, the basic advantages and disadvantages of the bisected deeds were presented. As a last resort, a solution was proposed abolishing such a rigid division for the use of „lesser deeds” as the privileged types in the typology of crimes.

Keywords: *minor offence, dogmatic structure of crime, bisected deeds, privileged types of crimes, lesser deeds*

Krzysztof Fila

ORCID: 0000-0002-8386-1775; e-mail: filakrzysiek@wp.pl

Autor jest doktorantem w Katedrze Prawa Karnego Materialnego Wydziału Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego; aplikantem adwokackim (ORA we Wrocławiu).

BIBLIOGRAFIA ZAŁĄCZNIKOWA

Prawo karne materialne. Część ogólna i szczególna, red. M. Bojarski, Warszawa 2015

Bojarski Tadeusz, Michalska-Warias Aneta, Piórkowska-Flieger Joanna, Szwarczyk Maciej, *Kodeks wykroczeń z komentarzem*, Warszawa 1992

Grzegorz Tomasz, Gubiński Arnold, *Prawo wykroczeń*, Warszawa 1996

Kardas Piotr, Majewski Jarosław, *O dwóch znaczeniach winy w prawie karnym*, „Państwo i Prawo” 1993/10

Kardas Piotr, *Zbieg przepisów ustawy w prawie karnym. Analiza teoretyczna*, Warszawa 2011

Kasicki Grzegorz, Wiśniewski Andrzej, *Kodeks wykroczeń z komentarzem*, Warszawa 2002

- Konarska-Wrzošek Violetta (red.)**, *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2016
- Kotowski Wojciech**, *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, Kraków 2004
- Krajewski Władysław**, *Prawa nauki. Przegląd zagadnień metodologicznych i filozoficznych*, Warszawa 1982
- Królikowski Michał, Zawłocki Robert (red.)**, *Kodeks karny. Część szczególna, t. II*, Warszawa 2017
- Kurzępa Bolesław**, *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, Warszawa 2008
- Lang Wiesław, Wróblewski Jerzy, Zawadzki Sylwester**, *Teoria państwa i prawa*, Warszawa 1979
- Majewski Jarosław (red.)**, *Umysłność i jej formy. Pokłosie VII Bielańskiego Kolokwium Karnistycznego*, Toruń 2011
- Makarewicz Juliusz**, *Kodeks karny z komentarzem*, Lwów 1932
- Marek Andrzej**, *Prawo karne*, Warszawa 2016
- Marek Andrzej**, *Prawo wykroczeń*, Warszawa 1996
- Michalska-Warias Aneta (red.)**, *Teoretyczne i praktyczne problemy współczesnego prawa karnego. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Tadeuszowi Bojarskiemu*, Lublin 2011
- Popławski Henryk**, *Problem granic przestępstwa i wykroczenia*, „Nowe Prawo” 1973/9.
- Spotowski Andrzej**, *Pomijalny (pozorny) zbieg przepisów*, Warszawa 1976
- Stefański Ryszard (red.)**, *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2014
- Wolter Władysław**, *Nauka o przestępstwie*, Warszawa 1973
- Wróbel Włodzimierz, Zoll Andrzej (red.)**, *Kodeks karny. Część ogólna*, Warszawa 2012
- Wróblewski Jerzy**, *Lex specialis a lex generalis*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Łódzkiego” 1963/28
- Zieliński Maciej**, *Derywacyjna koncepcja wykładni jako koncepcja zintegrowana*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2006/3
- Zoll Andrzej**, *Komentarz do art. 9 Kodeksu karnego*, Legalis/el.

Pojęcia kluczowe: system informatyczny, bezprawny dostęp do Wi-Fi, uzyskanie dostępu do systemu informatycznego, botnet, bezpieczeństwo informacji, atak komputerowy, DDoS

Artykuły

Adam Behan

WSPÓŁCZESNE SYSTEMY INFORMATYCZNE A TYPY PRZESTĘPSTW Z ART. 267 KODEKSU KARNEGO

Artykuł porusza sporne kwestie wybranych przestępstw z art. 267 k.k., dotyczące nieuprawnionego uzyskania dostępu do informacji dla niego nieprzeznaczonej, w kontekście współczesnego rozwoju technologicznego. Z wykorzystaniem metody analizy dogmatycznej oraz wiedzy informatycznej omówione zostały w nim między innymi aspekty bezprawnego podłączania się do niezabezpieczonej sieci Wi-Fi i jego prawnokarnej kwalifikacji. Analizie poddano pojęcie „system informatyczny”, konkludując, że jego rozumienie musi ewoluować wraz z rozwojem technologicznym. Autor dowodzi, że zniamię to jest pojęciem szerokim i na licznych przykładach ilustruje, jakie zachowania mogą współcześnie stanowić podstawę kryminalizacji na podstawie art. 267 k.k.

Artykuł poświęcony jest analizie wybranych typów czynu zabronionego z art. 267 Kodeksu karnego¹ i ich znamion², tj. „bezprawnemu uzyskaniu informacji”, na które ze względu na dynamicznie postępujący rozwój techniczny należy spojrzeć z nowej per-

¹ Ustawa z 6.06.1997 r. – Kodeks karny (Dz.U. z 2019 r. poz. 1950 ze zm.) – dalej k.k.

² Art. 267 § 1–5 k.k.: „§ 1. Kto bez uprawnienia uzyskuje dostęp do informacji dla niego nieprzeznaczonej, otwierając zamknięte pismo, podłączając się do sieci telekomunikacyjnej lub przełamując albo omijając elektroniczne, magnetyczne, informatyczne lub inne szczególnie jej zabezpieczenie, podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 2. § 2. Tej samej karze podlega, kto bez uprawnienia uzyskuje dostęp do całości lub części systemu informatycznego. § 3. Tej samej karze podlega, kto w celu uzyskania informacji, do której nie jest uprawniony, zakłada lub posługuje się urządzeniem podsłuchowym, wizualnym albo innym urządzeniem lub oprogramowaniem. § 4. Tej samej karze podlega, kto informację uzyskaną w sposób określony w § 1–3 ujawnia innej osobie. § 5. Ściganie przestępstwa określonego w § 1–4 następuje na wniosek pokrzywdzonego”.

spektywy. Rozważania zawarte w dotychczasowej literaturze nie przystają bowiem do ukształtowanej obecnie rzeczywistości ze względu na nieuwzględnienie w piśmiennictwie aspektu rozwoju technicznego, który sprawił, że pojawiły się nowe sposoby popełniania opisanych w poniższych rozważaniach przestępstw. Zjawiska te muszą prowadzić do rewizji dotychczas dominującej wykładni tej regulacji. Nie ma ponadto ani w judykaturze, ani w piśmiennictwie stanowiska, które rozstrzygałoby w przekonujący sposób problem odpowiedzialności karnej sprawcy w przypadku podłączenia się osoby nieuprawnionej do niezabezpieczonej sieci Wi-Fi czy wyczerpująco poruszało kwestię desygnatów pojęcia „system informatyczny”, do którego odwołuje się art. 267 § 2 k.k. W rezultacie rozważań zostanie wykazane, że można pociągnąć do odpowiedzialności karnej osobę, która bezprawnie podłącza się do otwartej sieci bezprzewodowej, oraz nie ma przeszkód, żeby za system informatyczny uznana została nowoczesna łódówka.

1. ZNAMIE „PODŁĄCZENIA SIĘ DO SIECI TELEKOMUNIKACYJNEJ”

Analizując pierwszy z zarysowanych problemów, należy rozpocząć od pojęcia „podłączenia się do sieci telekomunikacyjnej”, o którym stanowi art. 267 § 1 k.k., oraz jego rozumienia na gruncie tego przepisu, które nie może zostać uznane za trafne. Włodzimierz Wróbel w prezentowanym w poprzednich wydaniach komentarza do części szczególnej Kodeksu karnego poglądzie wskazuje bowiem, że „użyty w art. 267 § 1 czasownik: «podłączyć się» wskazuje na sieć w znaczeniu materialnym, jako zespół urządzeń i przewodów (kabli) służących do przekazywania informacji. W przypadku uzyskania bezprawnego dostępu do sieci bezprzewodowych używa się terminu «połączenie logiczne» (por. Prawo telekomunikacyjne). Co prawda użyte w Prawie telekomunikacyjnym określenie «połączenie» obejmuje także fizyczne połączenie urządzeń, ale definicja zawarta w art. 2 pkt 24a Prawa telekomunikacyjnego ma charakter definicji projektującej. Gdyby ustawodawca chciał objąć penalizacją z art. 267 § 1 także przyłączenie się do sieci bezprzewodowych, to posłużyłby się terminem «połączenie», nawiązując bezpośrednio do definicji zawartej w Prawie telekomunikacyjnym. Użycie terminu «podłączenie» sugeruje inny zakres znaczeniowy, obejmujący wyłącznie połączenie fizyczne. Rozróżnienie to ma istotne znaczenie, bowiem w przypadku podłączenia się do sieci telekomunikacyjnej nie jest konieczne przełamywanie szczególnego zabezpieczenia. Ustawodawca wychodzi bowiem z założenia, że materialnym zabezpieczeniem informacji jest właśnie przesyłanie jej poprzez sieć kablową (przewodową), która nie jest powszechnie dostępna i wymaga szczególnych urządzeń odbiorczych. Odmienna interpretacja, zakładająca, że czasownik «podłączyć się» obejmuje także sieci bezprzewodowe, oznaczałaby, że każde korzystanie z Internetu za pomocą otwartych sieci bezprzewodowych Wi-Fi stanowiłoby realizację znamion typu czynu zabronionego z art. 267, jeżeli wiązałoby się z uzyskaniem nieuprawnionego dostępu do informacji (choćby informacja ta nie była zabezpieczona). Tymczasem informacja przekazywana za pośrednictwem urządzeń połączonych w sieci przewodowej z reguły nie ma charakteru powszechnie dostępnej³.

³ W. Wróbel (w:) *Kodeks karny. Część szczególna*, t. 2, *Komentarz do art. 117–277*, red. A. Zoll, LEX/el. 2013, art. 267.

Nie sposób zgodzić się z poglądem powołanego autora, ograniczającym zakres zastosowania normy jedynie do połączeń kablowych, a wyłączającym spod ochrony połączenia z sieciami bezprzewodowymi. W najnowszym wydaniu komentarza ów nietrafny pogląd został zmieniony. Autor wskazuje, że „odłączenie może dotyczyć zarówno sieci przewodowej, jak i bezprzewodowej (znajduje to potwierdzenie w tekście uzasadnienia projektu ustawy nowelizującej art. 267 – por. VI kadencja, druk sejm. nr 458; B. Kunicka-Michalska, *Przestępstwa...*, s. 925)”.

Tak radykalna zmiana wymaga jednak pogłębionej analizy i szczegółowego uzasadnienia. Po pierwsze, nietrafny wydawał się argument, zgodnie z którym „gdyby ustawodawca chciał objąć penalizacją z art. 267 § 1 k.k. także przyłączenie się do sieci bezprzewodowych, to posłużyłby się terminem «połączenie», nawiązując bezpośrednio do definicji zawartej w Prawie telekomunikacyjnym”. Intencja ustawodawcy w czasie uchwalania rzeczonych przepisów była dokładnie odwrotna. Znalazło to wyraz w dyskusji sejmowej nad projektem ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw⁴, w czasie szesnastego posiedzenia Sejmu VI kadencji 29.05.2008 r., w wypowiedzi podsekretarza stanu w Ministerstwie Sprawiedliwości (projekt ustawy był projektem rządowym) Łukasza Rędziniaka, który stwierdził, że projekt przewiduje również zastąpienie dotychczasowego znamienia strony przedmiotowej czynu, wyrażonego sformułowaniem: podłączając się do przewodu służącego do przekazywania informacji, znamieniem wyrażonym sformułowaniem: podłączając się do sieci telekomunikacyjnej. Umożliwia to poszerzenie ochrony prawnej wynikającej z dyspozycji tego przepisu także na sieci bezprzewodowe⁵.

Podobna interpretacja zawarta jest w wypowiedzi posła Witolda Pohla z 4.09.2008 r., który stwierdził podczas drugiego czytania projektu owej ustawy, że „wprowadzamy również możliwość karalności poprzez ustalenie, iż tego rodzaju przestępstwo może też nastąpić, nie tak jak to było w poprzedniej regulacji, poprzez ingerencję w systemy sieci bezprzewodowej”⁶.

Po drugie, definicja zawarta w art. 2 pkt 24a Prawa telekomunikacyjnego⁷ została dodana niemal rok po nowelizacji Kodeksu karnego wprowadzającej obecne brzmienie art. 267 k.k. Ustawodawca nie mógł więc odwołać się do nieistniejącej jeszcze definicji. Także sama – dodana niemal rok później – definicja, jak zauważa W. Wróbel, bynajmniej nie ogranicza połączenia wyłącznie do połączenia „fizycznego”. Za nieprzekonywające w tym kontekście należy uznać twierdzenie, że jest to definicja projektująca, co uzasadniać by miało wyłączenie połączeń bezprzewodowych spod jej zakresu, zwłaszcza że Autor trafnie przywołuje art. 2 pkt 35 Prawa telekomunikacyjnego jako źródło normatywnej definicji sieci telekomunikacyjnej użytej w art. 267 § 1 k.k., gdzie definiowana

⁴ Ustawa z 24.10.2008 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. poz. 1344).

⁵ Zob. [http://orka2.sejm.gov.pl/StenoInter6.nsf/0/D3E3D14097A98452C1257458007DFB79/\\$file/16_b_ksiazka.pdf](http://orka2.sejm.gov.pl/StenoInter6.nsf/0/D3E3D14097A98452C1257458007DFB79/$file/16_b_ksiazka.pdf) (dostęp: 20.01.2020 r.).

⁶ Zob. [http://orka2.sejm.gov.pl/StenoInter6.nsf/0/11D4AC6DBDD93C83C12574BA007E2B60/\\$file/21_c_ksiazka_kopia.pdf](http://orka2.sejm.gov.pl/StenoInter6.nsf/0/11D4AC6DBDD93C83C12574BA007E2B60/$file/21_c_ksiazka_kopia.pdf) (dostęp: 20.01.2020 r.).

⁷ Ustawa z 16.07.2004 r. – Prawo telekomunikacyjne (Dz.U. z 2016 r. poz. 1489).

jest ona jako „systemy transmisyjne oraz urządzenia komutacyjne lub przekierowujące, a także inne zasoby, w tym nieaktywne elementy sieci, które umożliwiają nadawanie, odbiór lub transmisję sygnałów za pomocą przewodów, fal radiowych, optycznych lub innych środków wykorzystujących energię elektromagnetyczną, niezależnie od ich rodzaju”.

Definicja sieci przedstawiona w tej ustawie nie zawęża zatem pojęcia sieci telekomunikacyjnej wyłącznie do połączeń przewodowych, traktując połączenia bezprzewodowe czy optyczne jako równoważne, korespondując w tym zakresie z dodanym później art. 2 pkt 24a Prawa telekomunikacyjnego.

Należy też zwrócić uwagę, że z informatycznego punktu widzenia łączeniu podlegają sieci. Podłączyć można urządzenie i bez znaczenia jest tu, czy podłączenie następuje w formie przewodowej, bezprzewodowej, czy optycznej. Trudno też znaleźć racjonalny argument, dlaczego podłączenie się do niezabezpieczonej sieci Wi-Fi miałyby pozostawać poza zakresem regulacji tego przepisu, gdy jednocześnie penalizowane jest na gruncie art. 267 § 2 k.k. podłączenie się kablem do tego samego routera, który propaguje sygnał sieci bezprzewodowej.

Oczywiście można postawić takiemu stanowisku zarzut nadmiernej, a nawet absurdalnej punitivności, polegający na tym, że przejście przez miasto z telefonem komórkowym, który automatycznie łączy się z otwartymi sieciami bezprzewodowymi, oznaczać będzie realizację znamion art. 267 § 1 k.k., i to zapewne w czynie ciągłym. Mieć jednak należy na względzie kilka okoliczności.

Po pierwsze, od kilku lat wszystkie sprzedawane routery (czy to kupowane przez użytkowników samodzielnie, czy dostarczane przez internetowych dostawców) mają domyślnie włączone zabezpieczenia sieci bezprzewodowej w standardzie min. WPA2⁸. Z tego powodu nie występują w zasadzie sieci, które byłyby pozbawione zabezpieczeń wbrew woli ich dysponentów.

Po wtóre, aby dezaktywować zabezpieczenia, trzeba uczynić to świadomie, mając choćby podstawy wiedzy informatycznej. Nie da się tego zrobić przypadkowo, naciskając przycisk na urządzeniu. Oczywiście występuje mnóstwo otwartych sieci bezprzewodowych – na dworcach, w hotelach czy restauracjach – ale wynika to z chęci zapewnienia dostępu do Internetu klientom czy podróżnym. Jest to celowe działanie osób udostępniających ten sygnał, trudno zatem w tym przypadku mówić o korzystaniu z takiej sieci „bez uprawnienia”. Z drugiej strony jest bardzo niewiele otwartych sieci spoza powyższej grupy⁹. Można twierdzić, że osoba dezaktywująca zabezpieczenia w swojej sieci musi liczyć się z tym, że osoby będą z niej korzystać nawet nieświadomie, kiedy ich telefon/tablet/komputer automatycznie połączy się z taką siecią, ale nie ekskulpuje to automatycznie, zdaniem autora niniejszego opracowania, odpowiedzialności karnej sprawcy. Nie można bowiem twierdzić, że skoro właściciel nie zamknął swojego samochodu, to wolno do niego wsiąść i w nim siedzieć, tym bardziej że obecnie trudniej argumentować, iż naruszenie to (podłączenie

⁸ Więcej zob. V. Ramachandran, *BackTrack 5. Testy penetracyjne sieci Wi-Fi*, Gliwice 2013.

⁹ Zob. statystyki: <https://www.wigle.net> (dostęp: 20.01.2020 r.). Według szacunków w 2002 r. niezabezpieczonych było ok 65% sieci. Dziś liczba ta nie przekracza 8%, a wliczone są w nią również otwarte przez dysponentów hotspoty.

do niezabezpieczonej sieci) dokonane zostało przypadkiem. Należy bowiem mieć na uwadze, że obecnie domyślne ustawienia zdecydowanej większości systemów operacyjnych urządzeń mobilnych (iOS, Android czy Windows Mobile) nie nawiązują automatycznie połączeń z otwartymi sieciami bezprzewodowymi. Paradoksalnie wynika to z kwestii bezpieczeństwa ich samych. Podłączenie urządzenia (telefonu, tabletu, komputera itd.) do niezasyfrowanej (otwartej) sieci spreparowanej przez hakera daje mu nieograniczony dostęp do danych w przypadku uruchomienia na nim aplikacji niewykorzystujących szyfrowanych protokołów przesyłu danych¹⁰, a w przypadku aplikacji wykorzystujących szyfrowanie – dostarcza mu informację o wykorzystywanych protokołach, adresach IP czy usługach, z których korzysta.

Mając powyższe rozważania na względzie, należy dokonać krytycznej analizy nowego poglądu wyrażonego w komentarzu W. Wróbla¹¹, w którym możemy przeczytać, że „należy wyróżnić przy tym [podłączeniu się do sieci – dopisek A.B.] trzy sytuacje. Po pierwsze, może zdarzyć się tak, że osoba uzyska dostęp do sieci otwartej. W tym wypadku z oczywistych względów nie dojdzie do realizacji znamion, każda osoba jest bowiem jej potencjalnym uprawnionym użytkownikiem. Po drugie, sprawca może podłączyć się do sieci w sposób nieuprawniony, w wyniku czego uzyska możliwość przesyłania i odbierania informacji, co do których jest uprawniony. Dochodzi tutaj jedynie do nieuprawnionego wykorzystania urządzenia przesyłowego. Zachowanie takie także nie stanowi czynu przestępnego – czyn sprawcy nie odnosi się bowiem w ogóle do jakiegokolwiek informacji o charakterze poufnych, pozostając poza zakresem ochrony normy. Po trzecie – podłączenie się do sieci może wiązać się z uzyskaniem dostępu do określonych danych, udostępnionych wyłącznie jej użytkownikom (np. na dysku sieciowym) i objętych ochroną art. 267. Jeśli sprawca uzyskuje do nich dostęp w wyniku podłączenia się do sieci, jego zachowanie może realizować znamiona przestępstwa. Należy przy tym podkreślić, że nawet w tym wypadku konieczne będzie wykazanie, że sprawca co najmniej godził się na uzyskanie dostępu; okoliczności tej nie można wywodzić z samego faktu przełamania zabezpieczenia”.

Odnosząc się do pierwszej ewentualności, oczywiście można stwierdzić, że każdy jest potencjalnie uprawniony, dysponent może bowiem dać każdemu prawo skorzystania z tej sieci, podobnie jak wchodząc do sklepu, jesteśmy potencjalnie uprawnieni do wzięcia towaru z półki po uzyskaniu zgody właściciela (co rzecz jasna zwyczajowo dzieje się po uiszczeniu wartości pieniężnej wynoszącej cenę produktu). Jednakowoż podobnie jak wzięcie towaru bez zgody dysponenta będziemy rozważać na gruncie znamion art. 278 k.k., tak skorzystanie z sieci bez zgody uprawnionego dysponenta będzie należało rozważać pod kątem realizacji znamion z art. 267 k.k.

Komentując drugą i trzecią ewentualność, i wskazując na ich nietrafność, odwołać się należy do szczegółowych rozważań uczynionych poniżej.

¹⁰ Innymi słowy, podłączenie się do takiej sieci Wi-Fi i przesyłanie danych niezasyfrowanym protokołem sprawia, że dane są widoczne przy odpowiedniej konfiguracji dla każdego znajdującego się w jej zasięgu.

¹¹ *Kodeks karny. Część szczególna*, t. 2, cz. 1, *Komentarz do art. 117–211a*, red. W. Wróbel, A. Zoll, LEX/el. 2017 – komentarz, stan prawny: 30.09.2017 r., teza 13.

2. ZNAMIĘ „UZYSKANIA DOSTĘPU DO INFORMACJI”

Samo podłączenie się bez uprawnienia do niezabezpieczonej sieci telekomunikacyjnej nie wystarczy do realizacji znamion typu czynu zabronionego opisanego w art. 267 § 1 k.k. Konieczny jest również „dostęp do informacji” będący wynikiem takiego zachowania. Powszechnie przyjmuje się w literaturze, że „przez pojęcie to należy rozumieć (...) stworzenie sobie możliwości zapoznania się z informacją”¹². Wykazać należałoby, że nieuprawniony dostęp do bezprzewodowej sieci łączy się choćby z możliwością jej uzyskania. W przypadku podłączenia się z siecią bezprzewodową mamy możliwość zapoznania się z informacją, ale takie informacje uzyskujemy już w momencie zestawienia samego połączenia. Pomijając szczegóły techniczne, warto nadmienić, że w momencie połączenia się z siecią karta sieciowa (a co za tym idzie – również użytkownik) otrzymuje bardzo wiele szczegółowych parametrów (będących informacjami) dotyczących jej konfiguracji, koniecznych, aby w ogóle możliwa była komunikacja. Należą do nich między innymi: przydzielony przez router (a dokładniej przez serwer DHCP zainstalowany na nim) adres IP z maską podsieci, adresy serwerów DNS¹³, czas dzierżawy adresu przydzielanego przez serwer DHCP (czyli okres, na który otrzymujemy od routera dany adres IP przy połączeniu z siecią bezprzewodową), adres MAC routera (który z kolei pozwala na sprawdzenie, jakiego producenta jest to urządzenie¹⁴, co może mieć znaczenie przy próbie łamania zabezpieczeń samego routera) czy wreszcie informacja o samym dostawcy Internetu, który obsługuje połączenie¹⁵.

Wszystkie te informacje mogą pomóc poznać strukturę sieci w danej lokalizacji. Kwalifikować je należy jako informacje, których uzyskanie powinno być poprzedzone zgodą dysponenta, a ich uzyskanie bez jego zgody (poprzez podłączenie się do sieci bezprzewodowej) niewątpliwie wypełnia znamię „uzyskania dostępu do informacji” przewidziane w § 1 omawianego przepisu.

Na marginesie powyższych rozważań dodać należy tylko, że zestaw powyższych informacji (poza czasem dzierżawy) uzyskujemy również podczas podłączenia kablowego.

¹² W. Wróbel (w:) *Kodeks...*, red. A. Zoll, art. 267, teza 6; J. Piórkowska-Flieger (w:) *Kodeks karny. Komentarz*, red. T. Bojarski, LEX 2016, art. 267, teza 3.

¹³ Domain Name System – system rozwiązywania nazw służący, w największym skrócie, do zamiany domeny na adres IP, www.google.pl na 216.58.194.99.

¹⁴ W sieci znajdują się serwisy, gdzie na podstawie adresu MAC można sprawdzić producenta urządzenia, np. <https://macvendors.com> (dostęp: 7.01.2020 r.). Wynika to z tego, że pierwsze 24 bity adresu jednoznacznie wskazują producenta karty sieciowej.

¹⁵ Jeżeli otwarcie koperty, w której znajduje się kartka: „Witamy w gronie klientów firmy X – najlepszego dostawcy Internetu”, wypełniać będzie znamiona z art. 267 § 1 k.k., nie wzbudzając u nikogo żadnych wątpliwości dotyczących konstytucyjnej zasady proporcjonalności, to nie może budzić wątpliwości, że uzyskanie tożsamej informacji (oraz wielu innych) poprzez podłączenie się do sieci również to kryterium spełni.

3. WYŁĄCZENIE ODPOWIEDZIALNOŚCI KARNEJ

Oczywiście rozpatrując *in concreto* odpowiedzialność sprawcy za podłączenie się do sieci bezprzewodowej, należy mieć w orbicie zainteresowania art. 1 § 2 k.k. i dokonać wnikliwego ważenia stopnia społecznej szkodliwości takiego czynu oraz rozważyć kwestię ewentualnego usprawiedliwionego błędu sprawcy co do bezprawności. W świadomości społecznej nie jest oczywiste, że podłączenie się do czyjejś sieci bezprzewodowej wypełniać może znamiona typu czynu zabronionego i w ogóle być czynem bezprawnym; świadomości takiej nie ma zwłaszcza wśród mniej obeznanych technologicznie osób. Istotne w toku prowadzonego postępowania będzie zwłaszcza zbadanie identyfikatora sieci – SSID (*Service Set Identifier*), czyli nazwy propagowanej przez router w celu jej odróżnienia od pozostałych. Inaczej bowiem, mając na względzie unormowania art. 30 k.k., oceniać należy podłączenie się do niezabezpieczonej sieci „prywatna_siec_Adama”, a inaczej do tej nazwanej „otwarta_siec_Krakow”. Można przekonywająco argumentować, że podłączając się do sieci o SSID „otwarta sieć Kraków”, sprawca pozostawał w przekonaniu, iż podłączał się do owej sieci za „zgodą” dysponenta. Przyjęte jest bowiem powszechnie, że tak oznaczane są sieci udostępniane przez ich dysponentów do korzystania przez użytkowników, a dostęp do nich jest dostępem otwartym i bezpłatnym. W przypadku zatem gdy dana osoba w taki sposób nazwie swoją otwartą sieć i będzie propagować (udostępniać) sygnał Wi-Fi, twierdzenie, jakoby nie wyrażała zgody na podłączenie się do niej innych użytkowników, traktować należy z uwzględnieniem uwarunkowań kulturowych i językowych, o których mowa powyżej. Sprawca, który do takowej sieci by się podłączył (bez formalnej zgody dysponenta, ale wyłącznie poprzez analizę SSID), może skutecznie podnieść zarzut błędu co do bezprawności czynu i wyłączyć swoją odpowiedzialność za takie zachowanie.

A contrario – nazwanie sieci „prywatna sieć Adama”, z tych samych powodów, które opisano powyżej (tj. powszechnie przyjętego kulturowego i językowego znaczenia takiego nazewnictwa), przemawiać powinno za możliwością pociągnięcia takiego sprawcy do odpowiedzialności karnej.

Niewątpliwie przy ocenie takiego zachowania i ewentualnej możliwości powołania się na błąd sprawcy znaczenie będzie miała lokalizacja, w której znajdować się będzie owa sieć. Inaczej – w perspektywie oceny możliwości usprawiedliwionego błędu – traktować należy podłączenie się w centrum handlowym do otwartej sieci o nazwie np. „Kwadrat”, która nie zdradza, czy jest to sieć udostępniona np. przez restaurację o tej samej nazwie, a inaczej sytuację, w której otwarta sieć o tej nazwie będzie funkcjonować w bloku mieszkalnym nieposiadającym lokali gastronomicznych czy punktów usługowych. Tylko w pierwszym przypadku wydaje się zasadna możliwość przyjęcia instytucji art. 30 k.k. Często można też w miejscach publicznych znaleźć sieci, których nazwa wręcz sugeruje, że są to propagowane z telefonów, ograniczone w zasięgu sieci przeznaczone dla wąskiej grupy odbiorców i niebędące sieciami o publicznym dostępie, np. „Marek iPhone”¹⁶. Nie ma, według autora, po-

¹⁶ Wszystkie najpopularniejsze obecnie systemy operacyjne umożliwiają stworzenie z telefonu komórkowego/tabletu/komputera hotspota – czyli ograniczonej możliwościami anteny danego urządzenia

wodów, aby w takim przypadku wyłączyć odpowiedzialność karną sprawcy tylko dlatego, że podłączanie dokonane zostało na terenie centrum handlowego.

Powyższemu stanowisku można przeciwstawić argument, że sieć taka propagowana jest przecież w przestrzeni publicznej, sygnał z domowego routera może bowiem docierać np. na ulicę znajdującą przy mieszkaniu, więc niejako daje to prawo osobie postronnej do podłączenia się do niej, analogicznie jak dozwolone jest siedzenie na ławce znajdującej się na ulicy. Ta argumentacja wydaje się wadliwa z dwóch powodów. Po pierwsze, nie ma prostych technicznych możliwości ograniczenia propagacji takiego sygnału poza mieszkanie. Fakt, że np. pół bloku jest w zasięgu danej sieci Wi-Fi, nie wynika zazwyczaj z tego, iż dysponent chce, aby tak było, lecz ze specyfiki działania samego sygnału Wi-Fi, który rozchodzi się we wszystkich kierunkach, „ignorując” fakt istnienia drzwi czy ścian, a tym bardziej – prawa własności sąsiada. Ponadto nikt nie miałby wątpliwości, że podłączenie się do kabla sieciowego, który biegnie nad ulicą, tj. w przestrzeni publicznej, czy na klatce w bloku, w celu podłączenia się do czyjejś sieci, realizowałoby znamiona typu czynu zabronionego opisanego w omawianym artykule. Jak wyczerpująco wykazano powyżej, na gruncie art. 267 § 1 k.k. nie ma znaczenia, czy podłączenie następuje w formie kablowej, bezprzewodowej, czy optycznej. Jest to bowiem tylko techniczny sposób realizacji takiego samego podłączenia i nie może on decydować o dopuszczalności czy bezprawności tożsamego *de facto* zachowania.

Sam koncept karania za podłączenie się bez uprawnienia do cudzej, otwartej¹⁷ sieci Wi-Fi, jakkolwiek nie jest powszechny, to nie jest też obcy prawodawstwu światowemu. Ukształtowane jest pojęcie określające takie zachowanie – *piggybacking*. Zachowanie takie penalizowane jest m.in. w Hongkongu¹⁸, Singapurze¹⁹ i niektórych stanach USA²⁰. Nie jest to zachowanie pozostające bez wpływu na dysponenta tego łącza. Pomijając wszelkie możliwe naruszenia, których można dokonać, podłączając się do tej sieci, należy stwierdzić, że najbardziej prozaicznym i widocznym efektem takiego działania może być spadek szybkości łącza, gdy sprawca zajmie większość pasma internetowego. Mając na względzie działanie NAT²¹ i specyfikę jego funkcjonowania, trzeba pamiętać, że każdy podłączający się do routera, otrzymując prywatny adres IP, na zewnątrz tejże sieci widoczny jest pod jednym, publicznym adresem IP. Wejście np. na stronę z pornografią dziecięcą przez takiego atakujące-

sieci bezprzewodowej działającej w analogiczny do routera sposób, udostępniającej podłączonym użytkownikom Internet.

¹⁷ W przypadku przełamania zabezpieczenia sieci odpowiedzialność karna jest oczywista.

¹⁸ Zob. Hong-Kong e-legislation, Cap. 200 Crimes Ordinance – Section 161, <https://www.elegislation.gov.hk/hk/cap200/en/s161> (dostęp: 7.01.2020 r.).

¹⁹ Zob. Singapore Statutes Online, Computer Misuse and Cybersecurity Act, Part II: Offences, <https://sso.agc.gov.sg/Act/CMCA1993?ProvIds=P11I-.#pr6-> (dostęp: 7.01.2020 r.).

²⁰ Szerzej na ten temat: [https://en.wikipedia.org/wiki/Piggybacking_\(Internet_access\)](https://en.wikipedia.org/wiki/Piggybacking_(Internet_access)) (dostęp: 7.01.2020 r.).

²¹ NAT (*Network Address Translation*, translacja adresów sieciowych) to technika zmiany adresów IP podczas przesyłania ruchu sieciowego przez router. Więcej zob. K.R. Fall, W. Richard Stevens, *TCP/IP od środka. Protokoły*, Gliwice 2013, s. 329 i n.

go na zewnątrz będzie niezwykle trudne (jakkolwiek czasami nie niemożliwe) do odróżnienia od wejścia na ten sam serwis przez rzeczywistego dysponenta. Może to rodzić poważne problemy dla takiej osoby, gdy skierowane zostanie wobec niej postępowanie karne o rozpowszechnianie takich materiałów²².

Idąc krok dalej, należy rozważyć kwalifikację prawną zachowania polegającego na zalogowaniu się do webowego panelu ustawień routera, nawet takiego, który nie ma żadnych zabezpieczeń w postaci hasła. Kluczowe staje się w tym momencie rozstrzygnięcie, czy w takim przypadku mamy do czynienia z „systemem informatycznym”, o którym stanowi § 2 komentowanego artykułu i jego znaczenie na gruncie obecnie obowiązującego stanu prawnego. Znamię to znalazło się w polskim Kodeksie karnym na skutek implementacji do naszego systemu prawnego decyzji ramowej Rady z 24.02.2005 r. w sprawie ataków na systemy informatyczne²³. Zdefiniowano tam system informatyczny jako „wszelkie urządzenia lub grupę połączonych lub powiązanych urządzeń, z których jedno lub więcej, zgodnie z oprogramowaniem, dokonuje automatycznego przetwarzania danych komputerowych, jak również danych przechowywanych, przetwarzanych, odzyskanych lub przekazanych przez nie w celach ich eksploatacji, użycia, ochrony lub utrzymania”.

Decyzja ramowa Rady 2005/222/WSiSW została zastąpiona przez dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady z 12.08.2013 r. dotyczącą ataków na systemy informatyczne²⁴. Z kolei art. 1 pkt a Konwencji Rady Europy o cyberprzestępczości sporządzonej w Budapeszcie 23.11.2001 r.²⁵, a ratyfikowanej przez Polskę 12.09.2014 r.²⁶, definiuje system informatyczny jako „każde urządzenie lub grupę wzajemnie połączonych lub związanych ze sobą urządzeń, z których jedno lub więcej, zgodnie z programem, wykonuje automatyczne przetwarzanie danych”.

Definiując to pojęcie, odwołać należy się również do art. 7 ust. 2a ustawy z 29.08.1997 r. o ochronie danych osobowych²⁷, który przyjmował, że systemem takim jest „zespół współpracujących ze sobą urządzeń, programów, procedur przetwarzania informacji i narzędzi programowych zastosowanych w celu przetwarzania danych”.

Na marginesie powyższych rozważań docenić należy podejmowane przez ustawodawcę próby ujednoczenia chaosu terminologicznego, z jakim mamy do czynienia w rozdz. XXXIII k.k. Niedawna nowelizacja Kodeksu karnego usunęła z art. 269a oraz 269b k.k. pojęcie systemu komputerowego, zastępując je pojęciem systemu informatycz-

²² Obrona przed takim zarzutem jest bardzo utrudniona. Wszystkie połączenia widoczne są z jednego numeru IP. Jedynie analiza komputera przeprowadzona przez biegłego może rozwiać wątpliwości, że takie materiały nie są na nim przechowywane, co niestety wiązać się będzie z zabranieniem sprzętu na okres nawet kilku miesięcy.

²³ Decyzja ramowa Rady 2005/222/WSiSW z 24.02.2005 r. w sprawie ataków na systemy informatyczne (Dz.Urz. UE L 69, s. 67).

²⁴ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2013/40/UE z 12.08.2013 r. dotycząca ataków na systemy informatyczne (Dz.Urz. UE L 218).

²⁵ Dz.U. z 2015 r. poz. 728 – dalej Konwencja o cyberprzestępczości.

²⁶ Ustawa z 12.09.2014 r. o ratyfikacji Konwencji Rady Europy o cyberprzestępczości, sporządzonej w Budapeszcie 23.11.2001 r. (Dz.U. poz. 1514).

²⁷ Dz.U. z 2015 r. poz. 2135 ze zm. (uchylona 6.02.2019 r.).

nego, ujednolicając siatkę pojęciową typów tego rozdziału i harmonizując je z dyrektywą 2013/40/UE oraz Konwencją o cyberprzestępczości. Potwierdza to również jej uzasadnienie. „Celem zmian w obydwu wskazanych artykułach jest również korekta zastosowanej w Kodeksie karnym terminologii odnoszącej się do sfery informatyki. Dotychczas stosowane, a wprowadzone przeszło 12 lat temu, pojęcie «system komputerowy» nie odpowiada współczesnej rzeczywistości informatycznej i budzi wątpliwości interpretacyjne. Z tego względu zaproponowano zastąpienie go stosowanym w naukach informatycznych pojęciami «system informatyczny» oraz «system teleinformatyczny»”²⁸.

Warto w tym miejscu zwrócić uwagę, że w art. 2 Konwencji o cyberprzestępczości nałożono na państwa-strony obowiązek kryminalizacji przestępstwa polegającego na bezprawnym oraz umyślnym uzyskaniu dostępu do całości lub części systemu informatycznego. W uzasadnieniu do ustawy o ratyfikacji tejże Konwencji znaleźć można informację, że „w zgodzie z art. 2 Konwencji, zobowiązującym do penalizacji nielegalnego dostępu do całości lub części systemu informatycznego, pozostają przepisy art. 267 k.k. W momencie podpisania Konwencji Polska złożyła oświadczenie, że czyn określony w art. 2 stanowi przestępstwo w prawie polskim jedynie wtedy, gdy jest popełniony w celu pozyskania danych informatycznych i przy naruszeniu zabezpieczeń. Obecne brzmienie art. 267 k.k., wynikające z nowelizacji dokonanej ustawą z 24.10.2008 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw, umożliwi wycofanie tego oświadczenia. Artykułowi 3 Konwencji, dotyczącemu nielegalnego przechwytywania danych, odpowiadają postanowienia zawarte w art. 267 § 2 i 3 k.k., które idą dalej niż Konwencja, obejmują bowiem zakresem penalizacji wszelkie dostępne techniki stosowania podsłuchu komputerowego.

Tak szeroko zakreślona definicja tego pojęcia oznacza jednak, że niemal każde urządzenie elektroniczne wyposażone w mikroprocesor będzie na jej gruncie kwalifikowane jako system informatyczny, ponieważ ze swej istoty działania to mikroprocesor zawiera procedury przetwarzania danych przekazywanych mu przez urządzenia (np. czujniki) zewnętrzne. Nie ma przecież wątpliwości, że mamy do czynienia z systemem informatycznym, kiedy mówimy o komputerze, gdzie naciśnięcie na klawiaturze (zewnętrzne urządzenie wejściowe połączone z mikroprocesorem) klawisza x zostanie przetworzone na dane przesłane procesorowi, który je zinterpretuje i wyświetli na ekranie (zewnętrzne urządzenie wejściowe połączone z mikroprocesorem poprzez kartę graficzną wyposażoną w mikroprocesor) literę x. Struktura działania nie różni się niczym od operacji naciśnięcia na dotykowym programatorze pralki (zewnętrzne urządzenie wejściowe połączone z mikroprocesorem) programu „Pranie delikatne” i co za tym idzie – przesłaniu określonych danych do mikroprocesora, który po ich zinterpretowaniu wyśle komunikat (polecenie) służący do uruchomienia silnika pralki (zewnętrzne urządzenie wejściowe połączone z mikroprocesorem) na predefiniowanej prędkości obrotów i włączenia grzałki w celu ogrzania wody do zadanej temperatury. Następnie, po odebraniu od silnika informacji o zakończeniu pracy i przesłaniu go do mikroprocesora, prześle on instrukcję wyświetlaczowi (zewnętrzne urządzenie wejściowe połączone z mikroprocesorem), aby pokazał on komunikat „pranie zakończone”.

²⁸ Uzasadnienie ustawy z 23.03.2017 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. poz. 768).

Na skutek tak szeroko zakreślonej definicji, ale przede wszystkim ze względu na błyskawiczny postęp technologiczny, trzeba zmienić zapatrywanie na potoczne pojęcie „komputera”. Nie jest to oczywiście zmięnię ustawowe, ale w przeświadczeniu wielu osób to właśnie on jest synonimem „systemu informatycznego”. Postęp sprawił, że definiując pojęcie systemu informatycznego, musimy w polu widzenia mieć nie tylko oczywiste dla każdego desygnaty tego pojęcia, tj. komputery, tablety czy telefony komórkowe, ale także urządzenia o zgoła odmiennym przeznaczeniu funkcjonalnym, jak telewizory (które mają już własne systemy operacyjne i kilkurdzeniowe procesory), lodówki (wyposażone w bardzo wydajne procesory, dotykowe ekrany, moduły Wi-Fi, a zatem również mikroprocesory, które są w stanie obsłużyć zapytania przekazywane za pośrednictwem sieci)²⁹, pralki, kuchenki, zegarki, zmywarki czy odkurzacze.

Niesie to za sobą konkretne implikacje, które na pierwszy rzut oka mogą wydawać się irracjonalne. Czy prawodawca spenalizował oto bezprawne uzyskanie dostępu do lodówki czy zmywarki? I tak, i nie. Nie chodzi tu o włączenie w cudzej zmywarce programu myjącego, co oczywiście uruchomi cały znajdujący się w niej system informatyczny. Natomiast uzyskanie dostępu przez Wi-Fi do poleceń mikroprocesora z zamiarem wykorzystania go do innych celów, o których mowa poniżej, absolutnie należałoby penalizować na podstawie tego artykułu. Nie ma żadnego znaczenia, w co został „obudowany” mikroprocesor. Czy to jest komputer, pralka czy samochód – w środku może znajdować się dokładnie taki sam procesor architektury ARM³⁰, który może być wykorzystany do przestępczej działalności. W przypadku tych naruszeń sprawcy nie są zainteresowani informacjami na takim urządzeniu – interesuje ich tylko moc obliczeniowa zamontowanego tam procesora, który wykonywać ma zadane przez nich instrukcje. Oczywiście kłopotliwe jest umiejscowienie tego przepisu w rozdziale dotyczącym przestępstw przeciwko informacji³¹, co sugerować może, że chronionym przez nie dobrem jest informacja, a nie integralność systemów komputerowych³². Trzeba mieć na uwadze, że nie ma w naszym Kodeksie rozdziału poświęconego najdynamiczniej rozwijającej się gałęzi przestępczości, tj. szeroko rozumianym przestępstwom komputerowym. Na marginesie powyższych rozważań zadać należy pytanie, czy może warto byłoby, idąc z duchem czasu i za zmieniającą się strukturą przestępczości, stworzyć nowy rozdział poświęcony takim naruszeniom.

W motywach przytaczanej już dyrektywy 2013/40/UE dotyczącej ataków na systemy informatyczne zawarto uzasadnienie wprowadzonej penalizacji poszczególnych zachowań. „Istnieją dowody wskazujące na tendencję do coraz bardziej niebezpiecznych i ponawianych ataków na wielką skalę dokonywanych na systemy informatyczne, które często mają zasadnicze znaczenie dla państw członkowskich lub poszczególnych funkcji

²⁹ Przykładowo, model lodówki firmy Samsung RF22M9581SR ma 21,5-calowy dotykowy monitor, trzy kamery, podłączenie bezprzewodowe do Internetu w standardzie n, łączność Bluetooth, porty USB i możliwość instalowania aplikacji na dedykowanym systemie operacyjnym.

³⁰ Szerzej o architekturze ARM zob. P. Borkowski, *AVR i ARM7. Programowanie mikrokontrolerów dla każdego*, Gliwice 2010.

³¹ Trzeba jednocześnie uczciwie stwierdzić, że nie ma obecnie w Kodeksie karnym rozdziału, który byłby bardziej odpowiedni do tych celów.

³² Fakt ten z kolei jasno wynika z dyrektywy 2013/40/UE oraz Konwencji o cyberprzestępczości.

w sektorze publicznym lub prywatnym. Tendencja ta występuje wraz z opracowywaniem coraz bardziej wyrafinowanych metod takich jak tworzenie i wykorzystywanie «botnetów», co odbywa się na kilku etapach działania przestępczego, przy czym każdy z tych etapów z osobna może stanowić poważne ryzyko dla interesu publicznego. Niniejsza dyrektywa ma na celu m.in. wprowadzenie sankcji karnych za tworzenie «botnetów» – tj. działań polegających na uzyskaniu zdalnej kontroli nad znaczną liczbą komputerów przez wprowadzenie do nich złośliwego oprogramowania za pomocą ukierunkowanych cyberataków. Następnie zainfekowaną sieć komputerów stanowiącą «botnet» można uruchomić bez wiedzy użytkowników komputerów, aby rozpocząć cyberataki na wielką skalę, które zazwyczaj mogą spowodować poważne szkody, o czym mowa w niniejszej dyrektywie³³.

Przedstawiona interpretacja, uznająca za system informatyczny również np. urządzenia AGD czy RTV wyposażone w mikroprocesory i połączenie z Internetem (posiadanie mikroprocesora nie oznacza możliwości połączenia z siecią, ale połączenie z siecią oznacza posiadanie mikroprocesora), zbieżna jest z przedstawionymi w dyrektywie motywami, a także okazuje się doskonale pasować do otaczającej nas i dynamicznie zmieniającej się rzeczywistości. Firma Proofpoint, zajmująca się zabezpieczeniami, opublikowała w 2014 r. informację³⁴, z których wynika, że w okresie między 23.12.2013 r. a 6.01.2015 r. grupa hakerów zaatakowała ponad 100 tys. gadżetów i przedmiotów codziennego użytku w domach na całym świecie, a następnie za pośrednictwem m.in. konsol, odtwarzaczy multimedialnych, lodówek czy telewizorów dokonała zmasowanego ataku spammerskiego. Zainstalowany w tych urządzeniach system operacyjny, oparty najczęściej na minidystrybucjach Linuksa lub Windows embedded, daje osobie, która uzyska do niego dostęp, możliwość wykonywania poleceń czy skryptów, które w zależności od zapotrzebowania mogą służyć przejmującemu do uczynienia z niego części botnetu³⁵ przeprowadzającego ataki DDoS³⁶, rozsyłającego spam czy służącego do kopania bitcoinów.

³³ Pkt 5 motywów cytowanej dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady z 12.08.2013 r.

³⁴ *Your Fridge is Full of SPAM: Proof of An IoT-driven Attack*, <https://www.proofpoint.com/us/threat-insight/post/Your-Fridge-is-Full-of-SPAM> (dostęp: 20.01.2020 r.). Jakkolwiek informacji tej zarzucano w piśmiennictwie informatycznym, że nie jest dokładnie udokumentowana i część z urządzeń mogła, jako schowane za NATem, w istocie nie należeć do grupy urządzeń szeroko rozumianego IoT (*Internet of Things*), to nikt nie kwestionował, iż atak został dokonany w przeważającej części właśnie przez takie urządzenia.

³⁵ Grupa komputerów przejęta przez przestępców w celu wykorzystania do przestępczych aktywności. Zazwyczaj poprzez otwarcie zainfekowanego załącznika lub strony www na komputerze instalowany jest program, który zajmując ułamek mocy obliczeniowej procesora (przez co jest w codziennej pracy niezauważalny przez użytkownika), daje możliwość zdalnego sterowania nim przez przestępcę. Bez wiedzy użytkownika wykonuje zadane skrypty, obliczenia czy służy do rozsyłania spamu. Największy botnet w historii to Bredolab (zlikwidowany w 2010 r.) – szacowany był na ponad 30 milionów zainfekowanych komputerów.

³⁶ DDoS (*Distributed Denial of Service*, rozproszona odmowa usługi) – atak komputerowy polegający na jednoczesnym połączeniu się z hostem docelowym w celu wyczerpania jego zasobów pamięci i zablokowania jego działania poprzez wysłanie strumienia pakietów; więcej zob. *Distributed Denial of Service Attacks. What Does DDOS Mean?*, <https://www.incapsula.com/ddos/denial-of-service.html> (dostęp: 20.02.2018 r.).

Zbieżne jest to z zamysłem tworzenia przywołanych definicji tak, aby z jednej strony spełniały one wymóg „technologicznej neutralności”³⁷, tj. nie faworyzowały żadnej z dostępnych technologii³⁸, zapewniając jednocześnie spójność z postanowieniami Konwencji o cyberprzestępczości, w której system informatyczny definiowany jest jako „każde urządzenie lub grupa wzajemnie połączonych lub związanych ze sobą urządzeń, z których jedno lub więcej, zgodnie z programem, wykonuje automatyczne przetwarzanie danych”, a z drugiej strony – aby sama definicja nie podlegała szybkiej dezaktualizacji wraz z dynamicznym postępem technologicznym³⁹.

Za nietrafne na gruncie powyższych rozważań uznać należy stanowisko W. Wróbla, zgodnie z którym „należy przyjąć, że art. 267 § 2 k.k. chroni wyłącznie te systemy informatyczne, które służą do przetwarzania danych informatycznych zawierających informacje rozumiane jako określony znak kulturowy przekazujący treść intelektualną. Nie chodzi więc o systemy informatyczne, w których przetwarzanie danych informatycznych ma na celu sprawne funkcjonowanie danego urządzenia (tak jak jest to w przypadku urządzeń gospodarstwa domowego). Odmienna interpretacja prowadziłaby do tak szerokiego zakresienia pola penalizacji, które czyniłoby art. 267 § 2 sprzeczny z konstytucyjną zasadą proporcjonalności. Oznaczałoby to bowiem, że każde uzyskanie dostępu bez zgody osoby uprawnionej (właściciela, posiadacza) do jakiegokolwiek urządzenia, którego funkcjonowanie powiązane jest z przetwarzaniem danych informatycznych, miałyby charakter przestępczy”⁴⁰.

Pogląd ten jest nietrafny, gdyż nieadekwatnie zawęży zakres zastosowania przepisu do celów kryminalizacyjnych biorących pod uwagę już istniejące, istotne zagrożenia, mogące wynikać z ataków hakerskich wykorzystujących rozproszoną sieć urządzeń. Jednocześnie nie sposób czynić zarzutu komentatorowi, że nie przewidział takiego kierunku rozwoju technologicznego. Pralka podłączona do Internetu i dokonująca ataków DDoS była jeszcze kilka lat temu w sferze fantazji. Oczywiście rodzi się natychmiast pytanie o dostateczną określoność prawa karnego i wciąż zmieniający się zakres czynów zagrożonych sankcją karną, jakkolwiek zagadnienie to przekracza ramy niniejszego opracowania.

³⁷ Zob. I.M. van der Haar, *Technological Neutrality; What Does It Entail?*, „TILEC. Discussion Paper” 2007/009, s. 1–28.

³⁸ Wymóg respektowania technologicznej neutralności pojawia się w innych dokumentach Unii Europejskiej, m.in. dyrektywie Parlamentu Europejskiego i Rady 2002/21/WE z 7.03.2002 r. w sprawie wspólnych ram regulacyjnych sieci i usług łączności elektronicznej (dyrektywa ramowa) (Dz.Urz. UE L 108), pkt 18: „Nałożony na Państwa Członkowskie wymóg zagwarantowania, by krajowe organy regulacyjne brały pod uwagę dążenie do uczynienia unormowań prawnych możliwie neutralnymi pod względem technologii, tzn. by nie narzucać lub nie dyskryminować danego rodzaju technologii”; w rozporządzeniu Parlamentu Europejskiego i Rady ustanawiającym środki dotyczące europejskiego jednolitego rynku łączności elektronicznej i mającym na celu zapewnienie łączności na całym kontynencie, zmieniającym dyrektywy 2002/20/WE, 2002/21/WE i 2002/22/WE oraz rozporządzenia (WE) nr 1211/2009 i (UE) nr 531/2012: „Środki przewidziane w niniejszym rozporządzeniu są zgodne z zasadą neutralności technologicznej, tzn. nie narzucają ani nie faworyzują wykorzystywania określonego rodzaju technologii”.

³⁹ Zob. też *Explanatory Report to the Convention on Cybercrime*, pkt 36, <https://rm.coe.int/16800cce5b> (dostęp: 20.01.2020 r.).

⁴⁰ W. Wróbel (w:) *Kodeks...*, red. A. Zoll, art. 267.

Uzyskanie dostępu do systemu należy rozumieć w konsekwencji jako uzyskanie dostępu do mikroprocesora nie w znaczeniu organoleptycznym (np. jako możliwość dotknięcia płytki z mikroprocesorem, wzięcia do ręki telefonu czy włączenia prania), ale jako uzyskanie dostępu do systemu informatycznego przez inny system informatyczny⁴¹. Inaczej bowiem nie da się takiego „dostępu” uzyskać, gdyż przetwarza on tylko dane wejściowe w formie impulsów elektrycznych za pośrednictwem oprogramowania nim sterującego.

Na marginesie powyższych rozważań zadać można sobie pytanie, czy warunkiem kwalifikowania „rzeczy” jako systemu informatycznego jest posiadanie przez nią dostępu do sieci⁴². Opierając się na motywach dyrektywy 2013/40/UE, która uzasadnia wprowadzenie penalizacji takich zachowań, za przykład zagrożenia podając sieci botnetów, wydawać się może, że odpowiedź powinna być twierdząca. Z oczywistych powodów nie da się uczynić z komputera niepodłączonego do sieci elementu systemu, który ma służyć do ataku sieciowego. Można sobie jednak teoretycznie wyobrazić sytuację, kiedy sprawca uzyskuje dostęp do komputera, który nie jest podłączony do sieci, i instaluje w nim oprogramowanie, które ma np. liczyć sumy kontrolne ciągów znakowych⁴³ bez wiedzy i zgody dysponenta. W takim przypadku oczywiście zasadne będzie kwalifikowanie takiego zachowania z art. 278 § 2 k.k. Przepis ów, podobnie jak dyrektywa 2013/40/UE czy Konwencja o cyberprzestępczości, nie wprowadza żadnych ograniczeń funkcjonalnych w tym zakresie, a egzemplifikacja tworzenia sieci botnetów nie zamyka oczywiście innych form naruszenia dyspozycji tej normy. Trzeba mieć, rzecz jasna, na uwadze, że są to absolutnie marginalne przypadki, jakkolwiek możliwe do wyobrażenia i zaistnienia.

Wracając do pytania postawionego powyżej – zachowanie polegające na uzyskaniu dostępu do webowego panelu ustawień routera (rozumianego jako zalogowanie się do niego, a nie wyłącznie wejście na stronę logowania) należy moim zdaniem kwalifikować z art. 267 § 2 k.k. Nie ulega bowiem wątpliwości, że router jest systemem informatycznym, co więcej – jako kluczowe dla działania Internetu urządzenie jest niewralgicznym punktem sieci, do którego dostęp może być przedpolem do popełnienia poważniejszych przestępstw.

4. WNIOSKI

Wykładnia przepisów art. 267 i n. k.k. związanych z odpowiedzialnością za szeroko rozumiane zachowania podejmowane w sieci i skierowanych na bezpieczeństwo informacji nie powinna być prowadzona w oderwaniu od tak dynamicznie zmieniającej

⁴¹ Może być to paradoksalnie ten sam system – uzyskuję dostęp do komputera i instaluję na nim program pozwalający mi sterować nim zdalnie bez wiedzy użytkownika. Włączam czyjś telefon i zaczynam przeglądać dane znajdujące się na nim. Informacje te uzyskuję poprzez interakcję systemu operacyjnego tegoż samego telefonu, który przekazuje procesorowi zapytania o dostęp do pamięci, a następnie jej wyświetlenie.

⁴² Nie Internetu, ale sieci. Internet jest oczywiście największą istniejącą siecią, ale mogą istnieć sieci niepołączone z Internetem.

⁴³ Wykorzystywane następnie w atakach *brute force*.

się rzeczywistości technologicznej. Wręcz przeciwnie, wymusza ona na interpretatorze konieczność poszukiwania i opisywania wciąż nowych egzemplifikacji naruszeń, które pomimo braku zmian normatywnych stają się możliwe dzięki postępowi technologicznemu i technicznemu. Jednocześnie krytykowane niejednokrotnie za zbyt szeroko zakreślony zakres penalizacji przepisy pozwalają nam na nowo interpretować pojęcia tam zawarte i obejmować kryminalizacją idącą z duchem techniki przestępczość.

W odniesieniu do tego rodzaju przestępstw prawo karne musi umożliwiać zastosowanie w pewnym stopniu elastycznej wykładni w celu zapewnienia realnego zastosowania tych przepisów do ciągle wyprzedzającej ustawodawcę technologicznej rzeczywistości, która pozwala na naruszenia prawnie chronionych dóbr, czasem w nieznanym nam jeszcze sposób.

ABSTRACT

Adam Behan

The author is an employee of the Jagiellonian University Department of Criminal Law, a lecturer at postgraduate studies at the Faculty of Law and Administration at the Jagiellonian University in the field of computer crime and information protection.

Modern IT systems and crimes' types under Art. 267 of the Polish Penal Code

The article raises the disputed issues of selected crimes under Art. 267 of the Penal Code related to unauthorized access to information in the context of contemporary technological development, using the dogmatic analysis method and IT knowledge.

The aspects of connecting to an unsecured Wi-Fi network and its criminal law qualifications were discussed among other things.

The concept of "IT system" was analyzed, encapsulating that its understanding has to evolve along with technological development.

The author proves that this cognition is a broad concept and illustrates in numerous examples what behaviours can nowadays constitute the basis for criminalization under Art. 267 of the Penal Code.

Keywords: *Computer system, unlawful access to information, information systems, bot-net, information security, cyber attack, DDoS*

Adam Behan

ORCID: 0000-0002-0108-0386; e-mail: a.behan@uj.edu.pl

Autor jest pracownikiem Katedry Prawa Karnego Uniwersytetu Jagiellońskiego, wykładowcą na Studiach Podyplomowych organizowanych na WPiA UJ z zakresu przestępczości komputerowej i ochrony informacji.

BIBLIOGRAFIA ZAŁĄCZNIKOWA

- Borkowski Paweł**, *AVR i ARM7. Programowanie mikrokontrolerów dla każdego*, Gliwice 2010
- Kodeks karny. Komentarz*, red. T. Bojarski, LEX/el. 2016
- Ramachandran Vivek**, *BackTrack 5. Testy penetracyjne sieci Wi-Fi*, Gliwice 2013
- Richard Stevens William**, Fall Kevin., *TCP/IP od środka. Protokoły*, Gliwice 2013
- Van der Haar Ilse**, *Technological Neutrality: What Does It Entail?*, „TILEC. Discussion Paper” 2007/009
- Wróbel Włodzimierz** (w:) *Kodeks karny. Część szczególna, t. 2, Komentarz do art. 117–277*, red. A. Zoll, LEX/el. 2013, art. 267

Pojęcia kluczowe: rozwód, zgodna wola rozwiązania małżeństwa, separacja, rozpad pożycia

Artykuły

Anna Pacholska

POZYTYWNE PRZESŁANKI ROZWODU W PRAWIE PAŃSTW UNII EUROPEJSKIEJ – ANALIZA PRAWNOPORÓWNAWCZA

Analiza porównawcza prawa rozwodowego państw europejskich daje asumpt do postawienia tezy o głębokim zróżnicowaniu przyjętych rozwiązań. Choć odmienności te pojawiają się na wielu płaszczyznach, to właśnie porównanie przesłanek pozytywnych pozwala uchwycić różnice i wskazać najczęściej przyjmowane modele. Systematyczny wzrost liczby rozwodów, w tym wśród par międzynarodowych, pozwala prognozować, że sprawy o rozwód z elementem międzynarodowym będą coraz częściej przedmiotem rozstrzygania polskich sądów.

WSTĘP

Wzrost mobilności społeczeństw, łatwość przemieszczania się i osiedlania, a także uzyskiwania zatrudnienia poza granicami państwa pochodzenia to zjawiska społeczne generujące problemy prawne występujące w nieznanym dotąd nasileniu. Obok stałego wzrostu liczby związków zawieranych przez osoby pochodzące z różnych państw odnotować należy również szerszą tendencję, dotyczącą nie tylko par międzynarodowych, a polegającą na systematycznym wzroście liczby rozwodów¹. Wobec tego coraz częściej w praktyce pojawiają się postępowania rozwodowe z elementem międzynarodowym.

¹ Zielona Księga dotycząca prawa właściwego i właściwości sądów w sprawach rozwodowych z 14.03.2005 r., COM(2005) 82 końcowy; Zielona Księga w sprawie kolizji przepisów w sprawach dotyczących Majątkowego ustroju małżeńskiego, w tym zagadnienia właściwości i wzajemnego uznawania z 17.07.2006 r., KOM(2006) 400 wersja ostateczna.

Opisane powyżej tendencje społeczne dotyczą większości rozwiniętych państw świata, jednak to Unia Europejska tworzy na tym tle obszar wyjątkowy. Współpraca trwająca pomiędzy państwami członkowskimi od dziesięcioleci uczyniła z tej części Europy obszar niepowtarzalny. Nie tylko powstały bowiem gospodarcze i polityczne podstawy dla migracji, ale swobodę przemieszczania, osiedlania i podejmowania pracy podniesiono do rangi wartości szczególnej, podlegającej ochronie, toteż to właśnie prawo państw aktualnie będących członkami Unii oraz Wielkiej Brytanii będzie przedmiotem dalszych rozważań.

Przesłanki rozwodu tradycyjnie dzieli się także na bezwzględne oraz względne. Prawo rozwodowe, zbudowane w oparciu o przesłanki bezwzględne, jest najstarszym ujęciem rozwiązania związku w prawie europejskim i można stwierdzić, że rozwiązanie to było najczęściej stosowanym przez prawodawców jeszcze na początku XX wieku. U jego zarania legła koncepcja rozwodu jako sankcji za określone naruszenia obowiązków małżeńskich.

Względne przesłanki rozwodowe opierają się na klauzulach generalnych, które w ramach stosowania pozostawiają szeroki margines interpretacji. Celem takiej ich konstrukcji jest ustalenie rzeczywistego stanu relacji pomiędzy stronami. Rozwiązanie związku może mieć miejsce zawsze, gdy ustaną więzi pomiędzy partnerami, niezależnie od okoliczności, które do tego doprowadziły². Stosowanie klauzul generalnych w ramach regulacji rozwodu było wyrazem rezygnacji z instytucjonalnego postrzegania małżeństwa i wyeksponowania osobistej relacji pomiędzy partnerami, które przyniosła II połowa XX wieku.

W doktrynie znany jest również podział przesłanek na zależne od winy i niepowiązane z zawinieniem. Znajduje on zastosowanie zarówno wobec względnych, jak i bezwzględnych przesłanek rozwodu³.

TYPOLOGIA PRZESŁANEK ROZWODU A TYPOLOGIA SYSTEMÓW ROZWODOWYCH

Europejskie ustawodawstwa rozwodowe różnią się przyjętymi układami przesłanek pozytywnych. W ich ramach w doktrynie wyróżniono: system bezwzględnych przesłanek rozwodowych – rozwiązanie związku następuje po ustaleniu zaistnienia którejkolwiek z okoliczności określonych przez ustawodawcę, system klauzuli rozkładu pożycia – dla rozwiązania małżeństwa niezbędne jest ustalenie rozkładu więzi łączących małżonków oraz mieszany system rozwodowy, będący syntezą obu poprzednich, opierający się na przesłance rozpadu pożycia jako przesłance pozytywnej i towarzyszących jej przesłankach bezwzględnych oraz domniemaniach, pomagających w stwierdzeniu zaistnienia rozkładu więzi pomiędzy stronami. Obok nich wskazuje się także na istnienie jeszcze jednego, odrębnego systemu, przewidującego rozwód za wzajemnym porozu-

² A. Olejniczak, *Zarys charakterystyki współczesnych europejskich systemów rozwodowych*, „Państwo i Prawo” 1982/3–4, s. 58.

³ A. Olejniczak, *Zarys charakterystyki współczesnych europejskich...*, s. 58.

mieniem stron⁴. W odniesieniu do ostatniego ze wskazanych modeli podnieść należy, że wątpliwości budzi jego wyodrębnienie.

Dla rozstrzygnięcia wskazanej wątpliwości pierwszoplanowe znaczenie ma odpowiedź na pytanie, czym jest system rozwodowy. Można wskazać dwie odmienne definicje tego pojęcia. Podstawą pierwszego ujęcia jest rozróżnienie pomiędzy całokształtem prawa rozwodowego obowiązującego w określonym państwie a systemem rozwodowym, rozumianym jako zespół przepisów, które umożliwiają orzeczenie rozwodu w oparciu o określoną pozytywną przesłankę rozwodową. Ustawodawstwo rozwodowe może więc składać się z jednego lub więcej systemów rozwodowych, jeśli w jego ramach występuje więcej niż jedna pozytywna przesłanka⁵. Natomiast drugi sposób pojmowania terminu „system rozwodowy” opiera się na założeniu, że można utożsamiać go z całokształtem legislacji rozwodowej danego państwa, a więc z ogółem przepisów prawa materialnego dotyczących rozwodu. Można zakreślić tę definicję szerzej, włączając w jej obręb także przepisy prawa procesowego traktujące o postępowaniu rozwodowym, argumentując, że są one ściśle skorelowane z rozwiązaniami materialnoprawnymi i stanowią ich uzupełnienie, zapewniając ich praktyczną realizację.

Niezależnie od przyjętego ujęcia, podział systemów rozwodowych tradycyjnie prowadzony jest w ścisłym powiązaniu z typologią przesłanek rozwodu i ich podziałem na bezwzględne i względne⁶. Zgodnie z pierwszą ze wskazanych definicji systemu rozwodowego sklasyfikowanie danego ustawodawstwa wymaga wyodrębnienia zespołów przepisów osnutych wokół jednej przesłanki pozytywnej – to jej charakter będzie miał decydujące znaczenie dla określenia, z jakim systemem mamy do czynienia. Gdy możliwe jest wskazanie więcej niż jednej, mówić można o ustawodawstwie wielosystemowym⁷.

W przypadku przyjęcia drugiego ze wskazanych ujęć systemu rozwodowego klasyfikację rozpocząć należy od wskazania przesłanki pozytywnej o charakterze dominującym – stanowiącej o kształcie całego systemu. Jeśli więcej niż jedna spełnia to kryterium, wówczas oceny dokonać należy w oparciu o wszystkie. W przypadku, gdy są to wyłącznie przesłanki bezwzględne albo względne, rozstrzygnięcie nie budzi wątpliwości, natomiast gdy występują łącznie oba ich rodzaje, system należy zaklasyfikować jako mieszany.

Warunkiem prawidłowej klasyfikacji jest rozłączność. Przesłanka uznana za wiodącą powinna zostać wybrana tak, by jednocześnie nie można było zakwalifikować danej grupy przepisów jako innego systemu rozwodowego. Takiego postulatu nie spełnia zgodne z żądaniem rozwodu jako przesłanka rozwiązania związku. Zgodna wola stron przybiera w poszczególnych ustawodawstwach różnorodne postacie. W niektórych systemach stanowi ona bezwzględną i samodzielną przesłankę rozwodu. Taką rolę pełni na przy-

⁴ A. Olejniczak, *Ustanie małżeństwa (w:) Kodeks rodzinny i opiekuńczy, komentarz*, red. H. Dolecki i T. Sokołowski, Warszawa 2010, s. 331; A. Olejniczak, *Zarys charakterystyki współczesnych europejskich...*, s. 58.

⁵ A. Olejniczak, *Negatywne przesłanki rozwiązania małżeństwa we współczesnych europejskich systemach rozwodowych*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1983/1, s. 53.

⁶ A. Olejniczak, *Negatywne przesłanki...*, s. 53.

⁷ A. Olejniczak, *Zarys charakterystyki współczesnych europejskich...*, s. 66.

kład w prawie francuskim⁸ (art. 230 k.c. fr.)⁹ i portugalskim¹⁰ (art. 1775 k.c. port.)¹¹. W innych natomiast jest jednym z elementów tworzących zespół kumulatywnych przesłanek bezwzględnych – rozwiązanie to przyjęto w prawie luksemburskim (art. 275 k.c. lu¹²), litewskim (art. 3:51 k.c. lit.¹³), łotewskim (art. 74 pkt 2 k.c. łot.¹⁴) czy szwedzkim¹⁵ (rozdział 5 § 1 szwed. u. o małżeństwie). Wreszcie występuje ona także jako przesłanka względna, będąca w istocie rzeczy domniemaniem wskazującym na realizację innej przesłanki względnej – rozkładu pożycia. W ten sposób ujęta została w prawie belgijskim (art. 229 § 2 k.c. belg.¹⁶)¹⁷ i niemieckim (§ 1566 ust. 1 BGB¹⁸)¹⁹. Skonstatować należy, że zgodne żądanie rozwiązania związku przybiera postać przesłanki bezwzględnej lub względnej, nie stanowi natomiast odrębnego typu przesłanki *sui generis*. Dla dalszych rozważań istotne znaczenie ma także konstatacja, że przesłanka oparta na zgodnej woli rozwodu nigdy nie występuje jako jedyna przesłanka pozytywna rozwodu, przewidywana w ramach prawa rozwodowego obowiązującego w danym państwie, zawsze bowiem przewidziano również inne przesłanki, w oparciu o które może zostać rozwiązany związek w przypadku istnienia konfliktu pomiędzy małżonkami.

Te spostrzeżenia odnieść należy do poprzednio opisanych modeli pojęcia „system rozwodowy”, rozpoczynając od pierwszego z opisanych ujęć. Z uwagi na wskazany wyżej fakt, że przesłanka oparta na zgodnym żądaniu rozwodu nigdy nie występuje jako jedyna, zawsze można więc mówić o modelu wielosystemowym. W zależności od tego, jakiego typu będą pozostałe przesłanki, jest to jednocześnie system przesłanek bezwzględnych lub względnych – gdy wszystkie przesłanki są jednego rodzaju, albo też jest

⁸ Code civil, dalej k.c. fr., <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITE-XT000006070721&dateTexte=20190209>.

⁹ D. Dumusc, *Le divorce par consentement mutuel dans legislation europeennes*, Geneve 1980, s. 15.

¹⁰ Código civil, Decreto-Lei N^o 47 344, de 25 de Novembro de 1966 ze zm., dalej k.c. port., tekst: <http://www.portolegal.com/CodigoCivil.html>.

¹¹ G. de Oliveira, N. de Salter Cid, *Family Law in Portugal*, „The International Survey of Family Law” 1996/3, s. 345.

¹² Code civil, dalej k.c. lu., <http://legilux.public.lu/eli/etat/leg/code/civil/20181101>.

¹³ Lietuvos Respublikos civilinis kodeksas, Valstybės žinios 2000 nr 74-2262 ze zm., Trečioji knyga. Šeimos teisė, dalej k.c. lit., http://www3.lrs.lt/pls/inter3/dokpaieska.showdoc_l?p_id=245495.

¹⁴ Civillikums z 28.01.1937 r., Valdības Vēstnesis nr 41 z 20.02.1937 ze zm., dalej k.c. łot., http://www.vvc.gov.lv/export/sites/default/docs/LRTA/Likumi/The_Civil_Law.doc.

¹⁵ Äktenskapsbalk (1987:230), dalej szwed. ustawa o małżeństwie, <http://www.international-divorce.com/d-sweden.htm>.

¹⁶ Code civil, Moniteur Belge z 3.09.1807 r., 1804032130/F ze zm., dalej k.c. belg., http://www.ejustice.just.fgov.be/cgi_loi/loi_a1.pl?DETAIL=1804032130%2FF&caller=list&row_id=1&numero=11&rech=14&cn=1804032130&table_name=LOI&nm=1804032150&la=F&dt=CODE+CIVIL&language=fr&fr=f&choix1=ET&choix2=ET&fromtab=loi_all&trier=promulgation&chercher=t&sql=dt+contains++'CODE'%26+'CIVIL'and+actif+%3D+'Y'&tri=dd+A-S+RANK+&imgcn.x=34&imgcn.y=10#LNK0029.

¹⁷ P. Senaev, *Family Law (w:) Introduction to Belgian Law*, red. H. Bocken, W. de Bondt, Bruksela 2001, s. 159.

¹⁸ Bürgerliches Gesetzbuch, Bundesgesetzblatt 2002 I nr 42, s. 2909; 2003 I nr 21, s. 738, dalej BGB, http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/.

¹⁹ N. Dethloff, *Familienrecht*, München 2009, s. 175.

to system mieszany, gdy należą one do różnych typów. Analogiczne wnioski postawić można względem drugiego ujęcia systemu rozwodowego. Ponieważ obok przesłanki rozpadu pożycia zawsze występują inne przesłanki, to od ich charakteru zależeć będzie, czy ogół ustawodawstwa rozwodowego w danym państwie zostanie oceniony jako system bezwzględny, względny czy mieszany.

Wobec powyższego jako zasadne jawi się pytanie o sens wyodrębnienia systemu rozwodowego opartego na zgodnej woli rozwodu. Trzy kategorie systemów rozwodowych: bezwzględny, względny i mieszany pozwalają na dokonanie wyczerpującej i rozłącznej klasyfikacji prawnych regulacji rozwodu w poszczególnych państwach. Wprowadzenie systemu rozwodowego „za zgodą” służyć może jedynie wskazaniu istnienia w ramach danego systemu prawnego takiej przesłanki, poza tym nie służy wskazaniu żadnych innych jego cech. Zauważyć trzeba, że jest ona ujmowana bardzo różnie w poszczególnych regulacjach. Czasami sprzężone zostaje z nią wiele przepisów, które znajdują zastosowanie wyłącznie w wypadku jej ziszczenia się. W niektórych przypadkach łącznie z nią znajdują zastosowanie te same przepisy, które odnoszą się także do innych przesłanek pozytywnych rozwodu. Z pojęciem „system rozwodowy za porozumieniem stron” nie można więc wiązać cech, które byłyby powtarzalne i wspólne dla wszystkich regulacji prawnych, w ramach których można byłoby go wskazać. Takie właściwości można natomiast przypisać pozostałym, wskazanym systemom rozwodowym.

Ponadto podstawą wyodrębnienia bezwzględnego, względnego i mieszanego systemu rozwodowego są kompetencje organu decydującego o rozwodzie w zakresie badania stanu relacji partnerów. Natomiast system rozwodowy za wzajemnym porozumieniem stron został zbudowany przy uwzględnieniu innych zmiennych, a z pominięciem użytych przy konstruowaniu uprzednio wymienionych. Problematiczne jest więc ujęcie go jako odrębnej kategorii w ramach jednej klasyfikacji – podział oparty na wskazanej typologii przesłanek oraz system wyodrębniony ze względu na obecność zgody na rozwód nie mają bowiem wspólnego mianownika.

Mając na względzie powyższe rozważania, zasadna wydaje się propozycja, by podział regulacji prawnych rozwodu ograniczyć jedynie do trzech systemów rozwodowych: bezwzględnego, względnego i mieszanego.

W większości państw europejskich, takich jak: Austria, Belgia, Bułgaria, Cypr, Czechy, Estonia, Francja, Grecja, Holandia, Irlandia, Litwa, Luksemburg, Łotwa, Malta, Niemcy, Portugalia, Rumunia, Słowenia, Węgry czy Włochy, a także Wielka Brytania, przesłanki pozytywne rozwodu składają się na system mieszany.

SYSTEM BEZWZGLĘDNYCH PRZESŁANEK ROZWODU

System bezwzględnych przesłanek rozwodowych znalazł zastosowanie na przykład w prawie Danii, Finlandii, Hiszpanii oraz Szwecji. Zgodnie z art. 81 w związku z art. 86 hiszpańskiego kodeksu cywilnego²⁰ dla rozwiązania małżeństwa konieczne jest łączne zaistnienie dwóch przesłanek: wpływ minimalnego czasu trwania małżeństwa, który wynosi co

²⁰ Codigo civil, Gaceta núms. 206 a 208, de 25, 26 y 27 de junio de 1889 ze zm., dalej k.c. hiszp., <http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/es/1288774423012/ListaPublicaciones.html>.

najmniej 3 miesiące, oraz zgłoszenie przez małżonków wspólnego wniosku albo złożenie wniosku przez jedną ze stron i wyrażenie zgody przez drugą, albo też złożenie wniosku tylko przez jedną ze stron. Rolę nadrzędną w prawie hiszpańskim przypisać należy więc woli rozwiązania związku. Wymóg czasu trwania małżeństwa nie musi być dochowany w sytuacjach szczególnych, gdy dalsze jego utrzymanie niesie za sobą zagrożenia dla życia i zdrowia małżonka, jego wolności lub integralności fizycznej, wolności seksualnej, moralności w odniesieniu do małżonka lub dzieci²¹. W pozostałych wymienionych prawodawstwach rozwód opiera się na przesłankach: separacji faktycznej lub urzędowej oraz upływie „okresu do namysłu”. Ostatnia okoliczność ujmowana jest niejednorodnie. Prawo fińskie (art. 25 i 26 fin. ustawy o małżeństwie)²² i szwedzkie (rozdział 5 § 3 szwed. ustawy o małżeństwie) uzależnia rozwiązanie związku od upływu sześciomiesięcznego okresu do namysłu, liczonego od dnia wniesienia powództwa, niezależnie od tego, czy małżonkowie wyrażają wspólną wolę rozwiązania małżeństwa, czy też wniosek składa tylko jeden z nich. Zachowanie terminu nie jest konieczne, jeżeli strony pozostają w separacji faktycznej przez okres 2 lat. Wyłączenie to nie odnosi się w prawie szwedzkim do sytuacji, gdy rozwodzący się mają wspólne dzieci poniżej 16. roku życia, zamieszkujące razem z jedną ze stron. Tak więc w prawie obu tych krajów długość okresu do namysłu oraz długość wymaganego okresu separacji nie jest powiązana z zaistnieniem zgody co do rozwiązania związku albo z jej brakiem. Odmiennie ukształtowane zostały przesłanki rozwodu w Danii²³. Jeśli strony występują zgodnie o rozwiązanie związku, wystarczający jest upływ sześciomiesięcznego okresu separacji, jeżeli natomiast rozwodu żąda tylko jedna z nich, niezbędne jest pozostawanie przez nich w separacji przez rok. Obydwa przypadki, opisane w § 31 ustawy o małżeństwie, dotyczą separacji urzędowej. Jeśli natomiast małżonkowie pozostają w separacji faktycznej przez 2 lata, mogą uzyskać rozwód niezależnie od tego, kto wystąpił z inicjatywą (§ 32). Ponadto ustawa ta, w § 33 i kolejnych, przewiduje także takie przesłanki jak bigamia, uprowadzenie wspólnego dziecka za granicę, zdrada, przemoc wobec dziecka albo małżonka.

ROZKŁAD POŻYCIA JAKO PRZESŁANKA ROZWODU

Rozkład i zanik więzi małżeńskich, składających się na wspólnotę uczuć – miłości, szacunku i zaufania, uzupełnionych harmonijnym współżyciem fizycznym i wspólną gospodarczą, jest przesłanką rozwodu najczęściej występującą w ustawodawstwie państw europejskich. Na określenie tego stanu ustawodawcy w poszczególnych krajach posługują się różnymi określeniami. Tytułem przykładu wskazać można, że w prawie polskim sytuacja ta określana jest jako rozkład pożycia²⁴, prawo angielskie posługuje się

²¹ T. Rodriguez de las Heras Ballell, *Introduction to Spanish Law*, Abingdon 2010, s. 44.

²² Avioliittolaki 13.6.1929/234, dalej fin. ustawa o małżeństwie, <http://www.finlex.fi/en/laki/kaannokset/1929/en19290234.pdf>.

²³ Bekendtgørelse af lov om ægteskabs indgåelse og opløsning, LBK nr 87 af 29/01/2019, dalej dun. ustawa o małżeństwie, <https://www.retsinformation.dk/Forms/R0710.aspx?id=206338>.

²⁴ B. Czech, *Przesłanki tzw. pozytywne rozwodu (w:) Kodeks rodzinny i opiekuńczy, komentarz*, red. K. Piasecki, Warszawa 2009, s. 375; K. Gromek, *Kodeks rodzinny i opiekuńczy, komentarz*, Warszawa 2009, s. 972; A. Olejniczak, *Ustanie małżeństwa...*, s. 335; J. Ignaczewski, *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*,

sformułowaniem bezpowrotny rozpad małżeństwa (*the marriage has broken down irretrievably*)²⁵, prawo portugalskie – ostateczne zerwanie małżeństwa (*ruptura definitiva do casamento*)²⁶. W niektórych systemach prawnych obserwować można próbę zdefiniowania albo podania cech charakterystycznych omawianego stanu. Prawo belgijskie wskazuje, że niemożliwe do naprawienia rozbicie jedności pomiędzy małżonkami (*la désunion irrémédiable entre les époux*) ma miejsce, gdy dokonując racjonalnej oceny, nie można oczekiwać wznowienia i prowadzenia wspólnego życia przez małżonków²⁷. Estońska ustawa – prawo rodzinne²⁸ precyzuje, że z bezpowrotnym zakończeniem małżeństwa mamy do czynienia, gdy pomiędzy żoną a mężem nie zachodzi pożycie małżeńskie i brak jest powodów, by sądzić, iż może ono zostać przywrócone. W prawie włoskim używa się sformułowania o niemożliwości przywrócenia lub utrzymania materialnej i duchowej jedności pomiędzy małżonkami (*comunione spirituale e materiale tra i coniugi non puo' essere mantenuta o ricostituita*). W prawie niemieckim na określenie rozkładu więzi małżeńskich używa się określenia rozbicie małżeństwa (§ 1565 BGB). Zastąpiło ono uprzednio używany termin – „rozkład”, przez co ustawodawca dał wyraz pragnieniu usunięcia wszelkich skojarzeń z zawinionym rozkładem pożycia, a jednocześnie chciał podkreślić, że na niepowodzenie małżeństwa wpływ mogą mieć okoliczności od małżonków niezależne i przez nich niezawinione²⁹.

Rozkład pożycia stanowi przesłankę rozwodu wtedy, gdy więzi pomiędzy stronami całkowicie zanikły albo też gdy odznaczają się one znaczną dysfunkcyjnością. Rozkład jest całkowity, zupełny i nieodwracalny, a więc tak zaawansowany, że nieprawdopodobne jest odnowienie wspólnoty. Ujęcie to jest wspólne dla wszystkich systemów rozwodowych wyróżniających omawianą przesłankę i wynika z przekonania, że rozwód jest sytuacją szczególną, która może mieć miejsce jedynie, gdy dalsze funkcjonowanie związku jest niemożliwe³⁰.

W doktrynie prawa polskiego rozkład pożycia ujmuje się tradycyjnie jako rozpad więzi duchowej – emocjonalnej, fizycznej i gospodarczej, pierwszoplanowe znaczenie przypisując pierwszej z wymienionych³¹. Rozkład pożycia ma miejsce tylko wówczas, gdy zupełnie wygasła wspólnota uczuciowa pomiędzy małżonkami. Ustanie więzi fizycznej lub gospodarczej nie musi w konkretnym przypadku prowadzić do rozpadu pożycia,

Warszawa 2010, s. 318; J. Ignaczewski, *Rozkład pożycia (w:) Rozwód i separacja*, red. J. Ignaczewski, Warszawa 2011, s. 33.

²⁵ T. Wragg, *Family Law*, London 2007, s. 1; G. Douglas, *Introduction to Family Law*, Oxford 2004, s. 177.

²⁶ G. de Oliveira, N. de Salter Cid, *Family Law in Portugal...*, s. 345.

²⁷ D. Pire (w:) *Droit des familles*, red. D. Pire, Liege 2010, s. 7.

²⁸ Perekonnaseadus RT I 2009, 60, 395, dalej es. ustawa o prawie rodzinnym, <https://www.riigiteataja.ee/akt/109052017029>.

²⁹ P. Osowy, *Przesłanka rozwodu w prawie niemieckim, rozważania na tle § 1565 ust. 1 i 2 BGB*, „Rejent” 2000/10, s. 75; G. Zboralska, B. Łukańko, *Zarys niemieckiego prawa cywilnego*, Bielsko-Biała 2004, s. 87.

³⁰ A. Olejniczak *Ustanie małżeństwa...*, s. 338.

³¹ J. Gwiazdomorski, *Rozkład wspólności jako podstawa rozwodu*, „Nowe Prawo” 1955/5, s. 62–74; S. Szer, *Prawo rodzinne*, Warszawa 1957, s. 113–115; W. Stojanowska, *Rozwód w świetle badań*, Warszawa 1977, s. 70; T. Sokołowski, *Skutki prawne rozwodu*, Poznań 1996, s. 22; Z. Krzemiński, *Rozwód, praktyczny komentarz, orzeczenia, piśmiennictwo, wzory pism*, Warszawa 2007, s. 26; B. Czech, *Przesłanki tzw. pozytywne rozwodu...*, s. 377.

o ile jest ono skutkiem wystąpienia okoliczności od małżonków niezależnych albo też przejawem ich zgodnej woli. Przykładem może być zaniechanie współżycia fizycznego ze względu na chorobę, pobyt w szpitalu, podjęcie pracy poza miejscem zamieszkania. Podobnie utrzymywanie którejkolwiek z nich, chociażby w stanie szcątkowym, wymaga oceny przy uwzględnieniu kontekstu sytuacyjnego i nie pozwala na automatyczne stwierdzenie istnienia prawidłowych relacji pomiędzy stronami.

Przeciwnieństwem normatywnego ujęcia rozpadu pożycia jest ujęcie subiektywne, jakie można obserwować na przykład w prawie niemieckim. Kryteria obiektywne zostały tam wyeliminowane na rzecz subiektywnych – ocena relacji pomiędzy małżonkami może następować jedynie ze względu na ich wzajemne nastawienie do siebie oraz przekonanie o możliwości kontynuowania związku lub o jego zakończeniu. Realizacja tej teorii w praktyce może przysporzyć orzecznictwu znacznych trudności. Sąd, mogący jedynie obserwować zewnętrzne przejawy rozpadu związku, musi właściwie ocenić element psychiczny. Zaletą tego ujęcia jest skuteczne zabezpieczenie przed schematyzmem orzekania³².

Nawet zupełny rozkład pożycia może okazać się przemijający. Taka sytuacja ma miejsce, gdy małżonkowie pomimo zerwania łączących ich więzi podejmują skutecznie pożycie. Może wiązać się to z przebaczeniem, a więc z wyraźnym wyrażeniem woli kontynuowania pożycia, puszczeniem w niepamięć przewinień drugiej strony, przez co zerwany zostaje związek pomiędzy wzajemnymi uchybieniami a postawą stron i stanem pożycia³³. Jeżeli w okresie późniejszym miały miejsce zdarzenia będące przyczyną ponownego rozpadu pożycia, powstaje problem oceny zachowań i zdarzeń mających miejsce przed przebaczeniem. Można je bowiem albo uznać za niebyłe z uwagi na późniejsze odbudowanie więzi łączących partnerów, albo też, wobec nietrwałości owego odnowienia, włączyć w krąg przyczyn rozvodu. Doktryna polska stoi na stanowisku, że przebaczenie nie stanowi okoliczności uniemożliwiającej powołanie się w toku postępowania rozwodowego na zachowania małżonka, które zostały mu przebaczone³⁴. Do sądu należy natomiast każdorazowa ocena, czy dawne zachowania mogą nadal stanowić współprzyczynę rozvodu, jeśli stronie, która dokonała przebaczenia, wyrządzona została nowa krzywda.

W prawie polskim instytucja przebaczenia nie została unormowana w odniesieniu do zagadnień podejmowanych przez Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Regulacje takie, w odniesieniu do rozvodu, odnaleźć można natomiast w prawie niektórych państw. Austriacka ustawa o małżeństwie wskazuje, że niedopuszczalne jest orzeczenie rozvodu, jeśli okoliczności wpływające na rozpad pożycia zostały objęte przebaczeniem (§ 56 EG)³⁵. Podobny przepis odnaleźć można w prawie francuskim – zgodnie z art. 244 k.c. fr. łą-

³² P. Osowy, *Przesłanka rozvodu w prawie niemieckim...*, s. 76; D. Martiny, *Family Law (w:) Introduction to German Law*, red. M. Reimann, J. Zekoll, München 2005, s. 251.

³³ B. Czech, *Z problematyki winy rozkładu pożycia małżeńskiego w związku z obowiązkiem wierności małżeńskiej (w:) W trosce o rodzinę. Księga pamiątkowa ku czci Profesor Wandy Stojanowskiej*, Warszawa 2008, s. 45.

³⁴ J. Ignaczewski, *Kodeks rodzinny i opiekuńczy...*, s. 356.

³⁵ *Gesamte Rechtsvorschrift für Ehegesetz*, DRGBl. I S 807/1938 ze zm., dalej EG, <https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=1000187>.

dania rozwodu nie można opierać na faktach, które miały miejsce przed pojednaniem stron, mogą one zostać przytoczone w toku postępowania jedynie pomocniczo.

Do kwestii przebaczenia nawiązują też regulacje prawne wyłączające dopuszczalność powołania się na zdarzenia czy okoliczności po upływie określonego terminu. Ich umiejscowienie w systemach rozwodowych między innymi Anglii czy Danii motywowane jest przekonaniem, że skoro strona dotknięta działaniem partnera nie wniosła o rozwód, to najprawdopodobniej doszło do przebaczenia lub też z jakichś względów nie była to okoliczność, która w istotnej mierze zaważyła na stanie relacji stron.

W europejskich regulacjach rozwodu rozkład pożycia ujmowany jest w sposób dwojaki. W niektórych z nich, tak jak w prawie polskim, stanowi on jedyną, względną przesłankę pozytywną rozwodu. Ustalenie zakresu tego pojęcia należy wówczas do doktryny i judykatury. Z taką sytuacją mamy do czynienia w prawie: bułgarskim (art. 49 ust. 1 kr. bułg.³⁶), holenderskim (art. 151 k.c. nl. księga I)³⁷, słoweńskim (art. 65 sł. ustawy o małżeństwie i rodzinie³⁸) oraz węgierskim (art. 4.21 ust. 1 k.c. węg.³⁹)⁴⁰. W pozostałych systemach natomiast litera ustawy zawiera wskazówki pozwalające ustalić, kiedy może mieć miejsce taki stan rozkładu więzi pomiędzy małżonkami, który może być podstawą rozwiązania związku. Przybierają one postać domniemań albo osobnych przesłanek, tworząc otwarte katalogi okoliczności sprzyjających rozpadowi pożycia i będących przejawami tego stanu.

Domniemaniem najczęściej występującym w prawie rozwodowym jest separacja stron. Pojęciem tym można zbiorczo objąć wszystkie te sytuacje, gdy strony żyją w rozłączeniu. Separacja często ujmowana jest jako brak wspólnego gospodarstwa domowego lub zaprzestanie wspólnego zamieszkiwania. Tak szeroko rozumiane pojęcie separacji, niezarezerwowane wyłącznie dla separacji prawnej, odnaleźć można na przykład w prawie angielskim, austriackim, cypryjskim, czeskim, estońskim, francuskim, irlandzkim, litewskim, luksemburskim, łotewskim, niemieckim, portugalskim, szkockim, włoskim oraz w prawie Gibraltaru. Pozostawanie w separacji przez określony czas wyłącza niekiedy całkowicie konieczność wykazania zaistnienia innych przesłanek, co przewiduje na przykład art. 72 k.c. lot., ustanawiający przesłankę trzyletniej separacji, oraz § 55 ust. 3 EG, odnoszący się do sytuacji pozostawania w rozłączeniu przez okres 6 lat. Wystąpienie z żądaniem rozwiązania związku przez obie strony skutkować może skróceniem wymaganego okresu separacji. W takich przypadkach samo zgodne żądanie stanowi przejaw rozpadu tak daleko idącego, że żaden z małżonków nie widzi możliwości kontynu-

³⁶ СЕМЕЕН КОДЕКС (SEMEEN KODEKS), Държавен вестник (Dürzhaven vestnik) No. 41/28.05.1985 ze zm., dalej kr. bułg., <http://www.lex.bg/bg/laws/ldoc/2135637484>.

³⁷ Burgerlijk Wetboek Boek 1, Personen- en familierecht, dalej k.c. nl. księga I, H. Warendorf, R. Thomas, I. Curry-Sumner, *The Civil Code of the Netherlands*, Alphen aan den Rijn 2009.

³⁸ Zakon o zakonski zvezi in družinskih razmerjih, Uradni list SR, št 69/2004 z 24.6.2004 ze zm., dalej sł. ustawa o małżeństwie i rodzinie, <http://www.uradni-list.si/1/objava.jsp?urlid=200469&stevilka=3093>.

³⁹ Polgári Törvénykönyv, Magyar Közlöny 2013/32 z 26.02.2013, dalej k.c. węg., http://ptk2013.hu/wp-content/uploads/2013/03/uj_ptk_szov.html.

⁴⁰ E. Weiss, *Law of Persons and Family Law (w:) Introduction to Hungarian Law*, red. A. Harmathy, Hague-London-Boston 1998, s. 70.

owania. Takie rozwiązanie przyjęto na przykład w prawie austriackim (§ 55a ust. 1 EG), które w takim przypadku przewiduje jako wymagany sześciomiesięczny okres separacji, podczas gdy w pozostałych przypadkach o rozpadzie związku świadczyć ma trzyletnia separacja (§ 55 ust. 1 EG). Zbliżone rozwiązanie znaleźć można w regulacji niemieckiej – jak wskazuje § 1565 ust. 1 BGB, domniemywa się rozkład pożycia w razie wystąpienia ze zgodnym żądaniem rozwodu, jeśli strony pozostawały w rocznej separacji, natomiast gdy rozwiązania małżeństwa chce tylko jeden z partnerów, dla przyjęcia, że zaistniał rozkład pożycia, niezbędne jest stwierdzenie trzyletniej separacji (§ 1565 ust. 1 BGB)⁴¹. Wymienić należy również art. 1 (2) (d) Divorce (Scotland) Act 1976⁴² wskazujący, że w wypadku, gdy strony godzą się na rozwód, wystarczający jest upływ rocznego okresu separacji. Dwuletni okres separacji wskazany został, dla takiej samej sytuacji, w prawie angielskim [art. 1 (2) (d) MCA], trzyletni zaś – w regulacji obowiązującej na Gibraltarze [art. 16 (2) (d) MCAG].

Najkrótszy okres trwania separacji, który stanowić może podstawę domniemania wskazującego na zaistnienie rozpadu pożycia, został wskazany w prawie włoskim (art. 3 ust. 2 pkt b wł. ustawy o rozwiązaniu małżeństwa)⁴³ i wynosi 6 miesięcy, na drugim miejscu wymienić należy prawo litewskie (art. 3:53 ust. 2 k.c. lit.), portugalskie (art. 1781 pkt a k.c. port.) i ponownie włoskie (art. 3 ust. 2 pkt b wł. ustawy o rozwiązaniu małżeństwa), ponieważ odwołują się one do rozłączenia stron trwającego rok. W oparciu o dwuletni okres separacji zbudowane zostało domniemanie rozkładu pożycia w prawie estońskim (art. 67 ust. 2 es. ustawy o prawie rodzinnym), greckim (1439 ust. 3 k.c. gr.)⁴⁴, francuskim (art. 238 k.c. fr.) i szkockim [art. 1 (2) (e) DSA]. Natomiast trzyletnia separacja wskazana została w regulacjach: austriackiej (§ 55 ust. 1 EG), czeskiej (§ 775 ust. 2 pkt b k.c. czech.), łotewskiej (art. 72 k.c. łot.), niemieckiej (§ 1566 ust. 2 BGB) oraz w obowiązującej na Gibraltarze [art. 16 (2) (e) MCAG]. Wymóg pozostawania przez małżonków w separacji przez okres co najmniej czterech lat w ciągu ostatnich pięciu ujęty został w prawie irlandzkim [art. 5 (1) (a) Family Law (Divorce) Act⁴⁵] i cypryjskim (art. 27 ust. 3 pkt b cypr. ustawy o małżeństwie⁴⁶). Pięcioletnią separację przewiduje prawo angielskie [art. 1 (2) (e) MCA]⁴⁷.

⁴¹ G. Zboralska, B. Łukańko, *Zarys niemieckiego prawa...*, s. 87.

⁴² Divorce (Scotland) Act 1976, dalej DSA, <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1976/39/contents>.

⁴³ Disciplina dei casi di scioglimento del matrimonio, „Gazzetta Ufficiale” nr 306 z 3.12.1970, dalej wł. ustawa o rozwiązaniu małżeństwa, <http://www.normattiva.it/atto/caricaDettaglioAtto?atto.dataPubblicazioneGazzetta=1970-12-03&atto.codiceRedazionale=070U0898¤tPage=1>.

⁴⁴ ΑΣΤΙΚΟΣ ΚΩΔΙΚΑΣ (ASTIKOS KODIKAS), ΦΕΚ (FEK): Α 164 19841024 ze zm., dalej k.c. gr., <http://www.ministryofjustice.gr/site/kodikas/%CE%95%CF%85%CF%81%CE%B5%CF%84%CE%AE%CF%81%CE%B9%CE%BF/%CE%91%CE%A3%CE%A4%CE%99%CE%9A%CE%9F%CE%A3%CE%9A%CE%A9%CE%94%CE%99%CE%9A%CE%91%CE%A3/tabid/225/language/el-GR/Default.aspx>.

⁴⁵ Family Law (Divorce) Act, dalej FLDA, <http://www.irishstatutebook.ie/eli/1996/act/33/enacted/en/html?q=Family+Law+Divorce+Act>.

⁴⁶ The Marriage Law, Official Gazette Annex I (I) No. 3742, 25.7.2003, dalej cypr. ustawa o małżeństwie, http://www.legirel.cnrs.fr/IMG/pdf/marriage_law__in_english_-3.pdf.

⁴⁷ A. Machowska, *Prawo rodzinne (w:) Prawo francuskie, tom I*, red. A. Machowska, K. Wojtyczek, Zakamycze 2004, s. 171; T. Wrąg, *Family Law*, London 2007, s. 7; G. Douglas, *Introduction...*, s. 181.

Przyczynami rozkładu pożycia mogą być wszelkie okoliczności, które prowadzą do zaniku więzi małżeńskich bez względu na to, kiedy miały miejsce. Mogą to być także zdarzenia zaistniałe przed zawarciem małżeństwa, o ile miały one wpływ na stan relacji pomiędzy małżonkami. Typowymi przykładami takiej sytuacji są: zatajenie przed małżonkiem posiadania dziecka pozamałżeńskiego, przemilczenie ciężkiej i nieuleczanej choroby, w tym choroby psychicznej. Osobną grupę przyczyn stanowią okoliczności związane z zawarciem związku, takie jak błąd, groźba, zawarcie związku dla pozorów, które zostały już omówione w odniesieniu do relacji pomiędzy podstawami rozwodu a podstawami unieważnienia małżeństwa w różnych systemach rozwodowych.

Dla ustalenia rozkładu pożycia małżeńskiego konieczne jest uwzględnienie także zdarzeń spoza wąsko pojmowanych stosunków pomiędzy małżonkami. W szczególności dotyczy to sytuacji, gdy rozkład jest następstwem niewłaściwych relacji zachodzących pomiędzy jedną ze stron a osobami trzecimi, zwłaszcza dziećmi lub innymi bliskimi⁴⁸.

Ujęcie rozkładu pożycia z perspektywy naruszenia osobistych obowiązków stron znalazło odzwierciedlenie, między innymi, w prawie Austrii (§ 49 EG), Luksemburga (art. 229 k.c. lu.) i Słowacji (art. 23 ust. 3 sk. ustawy o rodzinie). W prawie francuskim (art. 242 k.c. fr.) ciężkie albo powtarzające się naruszenia obowiązków małżeńskich mogą być podstawą żądania orzeczenia rozwodu z winy drugiej strony, jeżeli czynią niemożliwym do zniesienia dalsze podtrzymywanie wspólnego pożycia. Jako inne okoliczności, które sprzyjają rozpadowi pożycia, wiele regulacji prawnych wskazuje zdradę oraz przemoc względem członków rodziny albo małżonka. W niektórych systemach rozwodowych zamiast ogólnego pojęcia zdrady wprowadzono rozwiązania bardziej kazuistyczne, wskazujące na konkretne zdarzenia i zachowania. Zamieszkiwanie wspólnie z osobą trzecią, z którą strona ma wspólne dziecko lub spodziewa się jego narodzin, zostało wymienione w art. 74 pkt 3 k.c. łot. jako okoliczność wskazująca na istnienie rozpadu pożycia, nawet jeśli strony pozostają w separacji faktycznej przez okres krótszy niż trzy lata.

Nieskonsumowanie małżeństwa zostało wprost wskazane jako okoliczność sprzyjająca rozpadowi pożycia jedynie w prawie włoskim. Podobnie tylko ta regulacja wymienia jako okoliczności o podobnych skutkach zmianę płci przez małżonka oraz uzyskanie przez stronę niebędącą obywatelem Włoch rozwodu albo unieważnienia małżeństwa w innym państwie, albo też zawarcie przez nią innego związku małżeńskiego (art. 3 ust. 2 pkt e, f, g wł. ustawy o rozwiązaniu małżeństwa).

Przyczyną rozpadu związku mogą być także choroby. Schorzenia i zaburzenia psychiczne wskazuje w tym kontekście prawo austriackie (§ 50 i 51 EG). Małżonek może wystąpić z żądaniem rozwodu także ze względu na chorobę zakaźną albo inne schorzenie powodujące odrazę, którego wyleczenie jest niemożliwe (§ 52 EG). Z uwagi na fakt, że położenie małżonka chorego jest szczególnie trudne, w omawianym systemie prawnym wprowadzono dodatkową przesłankę negatywną rozwodu, pozostawiającą szerokie pole do oceny indywidualnej sytuacji osoby chorej. Zgodnie bowiem z § 54 EG rozwód w oparciu o rozpad pożycia wywołany którąś z opisanych chorób nie jest dopuszczalny, jeśli w ten sposób zagrożony lub naruszony byłby interes chorego partnera. Zbliżone rozwiązanie odnaleźć można także w prawie Luksemburga. Według art. 231 k.c. lu.,

⁴⁸ A. Olejniczak, *Ustanie małżeństwa...*, s. 348.

w wersji obowiązującej przed reformą z 2018 roku, żądanie rozwodu uzasadnia choroba psychiczna małżonka, trwająca co najmniej pięć lat, jeśli jego stan nie daje nadziei na wyleczenie. Stan umysłowy jednej ze stron, utrzymujący się dłużej niż rok, uznawany jest za przyczynę rozpadu pożycia według prawa portugalskiego – art. 1781 pkt b k.c. port. Regulacja rozwodu na Gibraltarze przewiduje domniemanie rozkładu pożycia w przypadku wystąpienia choroby umysłowej jednego z małżonków, w przypadku gdy jest ona nieuleczalna i trwa co najmniej 3 lata. Zachowanie ostatniego z wymienionych warunków nie jest konieczne, jeżeli skutki schorzenia bezpośrednio i w sposób niewątpliwie niekorzystny wpływają na drugiego z partnerów albo na małoletnie dzieci [art. 16 (3) (c) (i) oraz (ii) MCAG].

Odbywanie przez jednego z partnerów kary pozbawienia wolności niewątpliwie wpływa na osłabienie więzi pomiędzy nimi, nie tylko z uwagi na czasową przymusową rozłąkę, ale często także ze względu na diametralną zmianę sposobu postrzegania i traktowania strony uznanej za winną popełnienia przestępstwa. W związku z tym w niektórych systemach rozwodowych wprost wskazano odbywanie kary pozbawienia wolności jako okoliczność uzasadniająca rozwód, a będącą przyczyną rozpadu pożycia. W prawie litewskim przypadek ten został ujęty w art. 3:55 pkt 4 k.c. lit. i i dotyczy on orzeczenia wobec małżonka kary dłuższej niż rok więzienia. Zagadnienie to zostało w bardzo szczegółowy sposób uregulowane w prawie włoskim. Artykuł 3 ust. 1 wł. ustawy o rozwiązaniu małżeństwa wskazuje szereg sytuacji, które mogą być przyczynami rozpadu wspólnoty małżeńskiej:

- uznanie strony za winną popełnienia przestępstwa, gdy wymierzona kara to dożywocie lub co najmniej 15 lat pozbawienia wolności, co nie dotyczy przestępstw politycznych i innych czynów popełnionych ze szczególnych pobudek moralnych albo społecznych;
- uznanie strony za winną popełnienia przestępstwa kazirodztwa albo innego przestępstwa na tle seksualnym z użyciem przemocy;
- uznanie strony za winną popełnienia zabójstwa albo usiłowania zabójstwa wspólnego dziecka;
- uznanie strony za winną usiłowania zabójstwa małżonka;
- uznanie strony za winną popełnienia przestępstwa polegającego na niewywiązywaniu się z obowiązku utrzymywania rodziny, popełnionego w związku z przemocą w rodzinie lub popełnionego na szkodę małoletniego, osoby niepełnosprawnej albo małżonka – jednak tylko w przypadku, gdy strony nie zamieszkują wspólnie;
- umorzenie postępowania karnego prowadzonego przeciwko małżonkowi, w związku z popełnieniem przestępstw wskazanych w punktach 2, 3 i 4 w związku z przedawnieniem karalności;
- zakończenie postępowania karnego z uwagi na znikomą szkodliwość społeczną – w odniesieniu do przestępstwa kazirodztwa;
- uniewinnienie małżonka od popełnienia przestępstwa kazirodztwa albo innego przestępstwa na tle seksualnym, gdy w związku z postawieniem zarzutów doszło do nieodwracalnego rozpadu wspólnoty małżeńskiej.

Doniosłość ustalenia przyczyn rozpadu przejawia się na kilku płaszczyznach. Jest niezbędna dla przypisania winy, o ile w ramach danego systemu prawnego przewidziano możliwość lub konieczność ustalenia, kto ponosi winę za rozpad małżeństwa. Ponadto poczynione ustalenia pomagają w określeniu interesu małoletnich dzieci i samych partnerów, co może mieć znaczenie dla określanych przez sąd konsekwencji rozwodu. Wreszcie analiza wzajemnych relacji stron ma duże znaczenie dla określenia, czy w konkretnym przypadku zaistniały negatywne przesłanki rozwodu⁴⁹.

Rozpad pożycia jako wyłączną – względną przesłankę rozwodu przyjęto, między innymi, w prawie polskim (art. 56 k.r.o.)⁵⁰ oraz słowackim (art. 23 ust. 1 ustawy o rodzinie⁵¹). Wspólne dla wskazanych systemów prawnych jest ujmowanie rozkładu pożycia jako stanu rozbicia związku nierokującego nadziei na poprawę, co przejawia się użyciem przez ustawodawcę takich określeń jak „trwały”, „zupełny” albo też „poważny”.

PRZESŁANKI ROZWODU A UPŁYW CZASU

Niezależnie od omówionych już podziałów systemów rozwodowych wskazać należy, że w niektórych regulacjach prawnych poszczególne przesłanki pozytywne zostały powiązane z terminem, po upływie którego niedopuszczalne jest skuteczne powołanie się na daną okoliczność. Rozwiązanie takie zostało przyjęte w prawie angielskim (art. 2 MCA), duńskim (§ 33 ust. 3 i § 34 ust. 2 dun. ustawy o małżeństwie), a także w ramach regulacji obowiązującej na Gibraltarze [art. 17 (1) Matrymonial Casues Act]⁵² oraz na terytorium Irlandii Północnej (art. 4 MCO) względem takich przesłanek jak zdrada, przemoc czy nastawanie na życie małżonka lub dzieci. Ustawodawcy wyszli bowiem z założenia, że niezgłoszenie żądania rozwiązania związku w określonym terminie, który najczęściej wynosi sześć miesięcy, wiąże się z przebaczeniem i odnowieniem więzi pomiędzy stronami⁵³.

Przesłanką bezwzględną, którą odnaleźć można w niektórych z omówionych systemów mieszanych, jest minimalny czas trwania związku, po upływie którego dopuszczalne jest żądanie jego rozwiązania. Przesłanka ta nie ma charakteru samoistnego, ale występuje kumulatywnie z innymi, przybierając jedną z dwóch postaci. W pierwszym wariantcie występuje jako minimalny okres trwania związku, który musi upłynąć, by dopuszczalne było jego rozwiązanie, niezależnie od trybu, w jakim ono następuje, a więc bez względu na to, czy postępowanie zostało wszczęte za obopólną zgodą stron, czy tylko z inicjatywy jednej z nich. W drugim przypadku minimalny okres pozostawiania w związku został określony w powiązaniu ze sposobem jego rozwiązania. Pierwsze

⁴⁹ K. Gromek, *Winni czy niewinni czyli kilka uwag o sądowym badaniu winy stron w procesie rozwodowym*, „Monitor Prawniczy” 2007/2, s. 108; M. Supera, *Wina i rozwód*, „Palestra” 2008/7–8, s. 104.

⁵⁰ J. Ignaczewski, *Kodeks rodzinny i opiekuńczy...*, s. 315; B. Czech, *Przesłanki tzw. pozytywne rozwodu...*, s. 366.

⁵¹ Zákon o rodine 36/2005 Z.z., dalej sk. ustawa o rodzinie, <http://www.vyvlastnenie.sk/predpisy/zakon-o-rodine/>.

⁵² Matrymonial Casues Act, dalej MCAG, <https://www.gibraltarlaws.gov.gi/articles/1962-09o.pdf>.

⁵³ R. Stretch, *Family Law*, Abingdon 2011, s. 23; P. Ward, *Family Law in Ireland*, Alphen aan den Rijn 2010, s. 71.

z omówionych rozwiązań znalazło odzwierciedlenie w prawie angielskim [art. 3 (1) MCA], natomiast w prawie Irlandii Północnej [art. 5 (2) MCO] okres ten wynosi 2 lata, w Hiszpanii zaś tylko 3 miesiące (art. 81 k.c. hiszp.). W prawie czeskim i irlandzkim nie ustanowiono wyjątków mogących wpłynąć na skrócenie tego okresu. Natomiast w prawie hiszpańskim (art. 82 ust. 2 k.c. hiszp.) minimalny okres nie musi zostać zachowany, jeżeli zachodzą okoliczności wskazujące, że dalsze trwanie związku mogłoby nieść zagrożenie dla zdrowia lub życia strony inicjującej postępowanie albo dzieci lub też wiązać się z inną, poważną szkodą⁵⁴.

Jako przykłady regulacji rozvodu, które minimalny okres trwania małżeństwa łączą z konkretnym typem procedury rozwodowej, wymienić należy: prawo czeskie (art. 24a k.c. czech.⁵⁵), w którym okres ten wynosi rok, prawo greckie – w którym okres ten ustalono na rok dla uzyskania rozvodu na wspólny wniosek małżonków (art. 1441 k.c. gr.) oraz prawo luksemburskie – w którym dla rozvodu z obopólną zgodą ustalono okres dwóch lat pozostawania w małżeństwie. Luksemburg jest jedynym spośród państw europejskich, w którego prawie zastrzeżono minimalny wiek osób występujących o rozwód w tym trybie, określając go na 23 lata (art. 275 k.c. lu.).

PRZESŁANKI ROZWODU A PRZYCZYNY NIEWAŻNOŚCI MAŁŻEŃSTWA

Osobną grupę przesłanek pozytywnych rozvodu stanowią okoliczności będące jednocześnie przeszkodami do zawarcia małżeństwa w ramach danego porządku prawnego.

Rozwiązanie związku poprzez rozwód nastąpić może tylko wtedy, gdy związek ten istnieje, a więc został zawarty w sposób ważny i nie ustał z innych przyczyn. Tę przesłankę, chociażby milcząco, przyjmują wszystkie systemy prawne, którym nieobca jest instytucja rozvodu. Przesłanka ważności związku oraz stwierdzenie jego nieważności stanowią odrębną względem siebie problematykę. Warto jednak zwrócić uwagę na te regulacje, w ramach których wskazane zagadnienia wzajemnie się przenikają. Dotyczy to dwóch sytuacji. Pierwsza z nich wiąże się z modelem, w ramach którego zrezygnowano z ustanowienia dwóch odrębnych instrumentów prawnych: unieważnienia związku oraz jego rozwiązania przez rozwód. W razie niezrealizowania przesłanek ważności związku lub zaistnienia przeszkód do jego zawarcia dopuszczalne jest rozwiązanie go w postępowaniu rozwodowym, w którym może brać udział także oskarżyciel publiczny. Tym samym przeszkody do zawarcia małżeństwa stają się jednocześnie bezwzględnyimi przesłankami rozwodowymi. Konsekwencją przyjęcia takiego rozwiązania jest stosowanie przepisów dotyczących osobistych i majątkowych skutków rozvodu, bez tworzenia odrębnej regulacji prawnej odnoszącej się do skutków stwierdzenia nieważności. Spośród państw Unii Europejskiej tego rodzaju rozwiązanie przyjęte zostało w prawie fińskim (art. 27 fin. ustawy o małżeństwie) i szwedzkim (rozdział 5 § 5 szwed. ustawy o małżeństwie).

⁵⁴ T. Rodriguez de las Heras Ballell, *Introduction...*, s. 44.

⁵⁵ Zákon občanský zákoník, 89/2012 Sb., dalej k.c. czech., <https://www.podnikatel.cz/zakony/novy-obcansky-zakonik/uplne/>.

Drugi przypadek, gdy przesłanki rozwodu i unieważnienia związku zązębiają się, zaobserwować można na przykładzie prawa duńskiego. Zgodnie z § 9 ustawy o małżeństwie pozostawanie w związku małżeńskim lub partnerskim jest przeszkodą do zawarcia małżeństwa, a jednocześnie jest podstawą do jego unieważnienia (§ 23 *dun. ustawy o małżeństwie*), a także przesłanką rozwodu (§ 35 *dun. ustawy o małżeństwie*). W istocie rzeczy mamy tu do czynienia z podwójną klasyfikacją. W ten sposób strona pokrzywdzona zawarciem związku bigamicznego przez drugiego partnera zyskuje możliwość wyboru korzystniejszego dla siebie instrumentu prawnego – może żądać rozwodu albo unieważnienia małżeństwa. W podobny sposób bigamia ujęta została we włoskiej ustawie rozwodowej: zawarcie małżeństwa za granicą, przez stronę niebędącą obywatelem Włoch (art. 3 ust 2 lit e *wł. ustawy o rozwiązaniu małżeństwa*) pozwala domniemywać zaistnienie rozpadu wspólnoty małżeńskiej, co jest podstawą rozwodu. Jednocześnie jednak, zgodnie z art. 86 *kodeksu cywilnego*, pozostawanie w związku małżeńskim jest przeszkodą do zawarcia kolejnego związku, naruszenie tego zakazu stanowi zaś podstawę do unieważnienia małżeństwa (art. 117 *k.c. wł.*)⁵⁶.

WNIOSKI

Przedstawione zestawienie najważniejszych zagadnień związanych z rozwodem obrazuje, jak głębokie i wielopłaszczyznowe różnice zachodzą pomiędzy regulacjami rozwodu obowiązującymi w poszczególnych państwach członkowskich. Obejmują one, między innymi, następujące zagadnienia:

- ograniczenie ramami czasowymi dopuszczalności wystąpienia z żądaniem rozwiązania małżeństwa;
- znaczenie separacji faktycznej i formalnej dla dopuszczalności orzeczenia rozwodu;
- sposób definiowania rozpadu pożycia;
- dopuszczalność przypisania stronie lub stronom winy za rozpad związku;
- wpływ zgodnej woli rozwiązania związku na dopuszczalność rozwodu i kształt jego skutków.

Zestawienie analizowanych rozwiązań wskazuje, że coraz częściej europejscy prawodawcy czynią zgodną wolę rozwiązania małżeństwa okolicznością relevantną prawnie, co traktować należy jako trend utrzymujący się od dłuższego już czasu. Tendencja ta jest wyrazem szerszego nurtu – liberalizacji prawa rozwodowego.

Rozwiązanie przyjęte w prawie polskim, polegające na przyjęciu systemu opartego na klauzuli pożycia, występuje w omówionych prawodawstwach coraz rzadziej. Mimo że pojęcie rozpadu pożycia jako niedookreślone pozostawia szerokie pole do interpretacji, europejscy ustawodawcy decydują się na łączenie klauzuli rozpadu pożycia z przesłankami bezwzględnyymi.

⁵⁶ Codice civile, Regio Decreto 16 marzo 1942, n. 262, „Gazzetta Ufficiale”, nr 79, 4.04.1942 ze zm., dalej *k.c. wł.*, <http://www.altalex.com/index.php?idnot=34794>.

Przepisy polskiego Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego dotyczące przesłanek rozvodu pozostają niezmiennie od czasu wejścia w życie kodeksu w 1965 r. i stanowią powielenie rozwiązania przyjętego w Kodeksie rodzinnym z 1950 r. Jeżeli polski ustawodawca dostrzeże potrzebę zmian, po ponad 70 latach stosowania aktualnie obowiązujących przepisów, europejskie wzorce stanowiąc mogą asumpt do dyskusji nad kształtem przyszłych rozwiązań.

ABSTRACT

dr Anna Pacholska

The author is an advocate (District Bar Association in Krakow), lecturer of Pedagogical University of Cracow.

**Positive premises for divorce in the law of European Union countries
– comparative law analysis**

A comparative analysis of the divorce law of European countries gives reason to rise the thesis about the deep diversification of the adopted solutions. Although these differences appear on many levels, it is the comparison of positive premises that allows to capture differences and indicate the most commonly accepted models. The systematic increase in the number of divorces, including among international couples, allows forecasting that divorce cases with an international element will be increasingly subject to the settlement of Polish courts.

Keywords: *divorce, the consistent will to dissolve the marriage, isolation, breakdown of marriage*

dr Anna Pacholska

ORCID: 0000-0002-8766-2132; e-mail: kancelaria@pacholska.eu

Autorka jest adwokatem (ORA Kraków), wykładowcą Uniwersytetu Pedagogicznego im. Komisji Edukacji Narodowej w Krakowie.

BIBLIOGRAFIA ZAŁĄCZNIKOWA

Czech Bronisław, *Z problematyki winy rozkładu pożycia małżeńskiego w związku z obowiązkiem wierności małżeńskiej (w:) W trosce o rodzinę. Księga pamiątkowa ku czci Profesor Wandy Stojanowskiej*, Warszawa 2008

de Oliveira Guilherme, de Salter Cid Nuno, *Family Law in Portugal*, „The International Survey of Family Law” 1996/3

Douglas Gillian, *Introduction to Family Law*, Oxford 2004

- Droit des familles*, red. D. Pire, Liege 2010
- Dumusc Daniel**, *Le divorce par consentement mutuel dans legislation européennes*, Genewa 1980
- Gromek Krystyna**, *Kodeks rodzinny i opiekuńczy, komentarz*, Warszawa 2009
- Gromek Krystyna**, *Winni czy niewinni czyli kilka uwag o sądowym badaniu winy stron w procesie rozwodowym*, „Monitor Prawniczy” 2007/2
- Gwiazdomorski Jan**, *Rozkład wspólności jako podstawa rozwodu*, „Nowe Prawo” 1955/5
- Ignaczewski Jacek**, *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, Warszawa 2010
- Introduction to Belgian Law*, red. H. Bocken, W. de Bondt, Bruksela 2001
- Introduction to German Law*, red. M. Reimann, J. Zekoll, Monachium 2005
- Introduction to Hungarian Law*, red. A. Harmathy, Hague, London, Boston 1998
- Kodeks rodzinny i opiekuńczy, komentarz*, red. H. Dolecki, T. Sokołowski, Warszawa 2010
- Kodeks rodzinny i opiekuńczy, komentarz*, red. K. Piasecki, Warszawa 2009
- Krzemiński Zdzisław**, *Rozwód, praktyczny komentarz, orzeczenia, piśmiennictwo, wzory pism*, Warszawa 2007
- Machowska Aleksandra, Wojtyczek Krzysztof**, *Prawo francuskie*, Zakamycze 2004, t. 1 i 2
- Olejniczak Adam**, *Negatywne przesłanki rozwiązania małżeństwa we współczesnych europejskich systemach rozwodowych*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1983/1
- Olejniczak Adam**, *Zarys charakterystyki współczesnych europejskich systemów rozwodowych*, „Państwo i Prawo” 1982/3–4
- Osowy Piotr**, *Przesłanka rozwodu w prawie niemieckim, rozważania na tle § 1565 ust. 1 i 2 BGB*, „Rejent” 2000/10
- Rodriguez de las Heras Ballell Teresa**, *Introduction to Spanish Law*, Abingdon 2010
- Rozwód i separacja*, red. J. Ignaczewski, Warszawa 2011
- Sokołowski Tomasz**, *Skutki prawne rozwodu*, Poznań 1996
- Stojanowska Wanda**, *Rozwód w świetle badań*, Warszawa 1977, s. 70
- Stretch Rachael**, *Family Law*, Abingdon 2011
- Supera Małgorzata**, *Wina i rozwód*, „Palestra” 2008/7–8
- Szer Seweryn**, *Prawo rodzinne*, Warszawa 1957

Ward Paul, *Family Law in Ireland*, Alphen aan den Rijn 2010

Wragg Tony, *Family Law*, London 2007

Zboralska Grażyna, Łukańko Bernard, *Zarys niemieckiego prawa cywilnego*,
Bielsko-Biała 2004

Pojęcia kluczowe: *użytkowanie wieczyste, przekształcenie, nieruchomości, budownictwo mieszkaniowe, spółdzielnia mieszkaniowa, deweloper*

Artykuły

Marcin Tollik

OBJĘCIE NIERUCHOMOŚCI NIEZABUDOWANEJ SKUTKAMI USTAWY O PRZEKSZTAŁCENIU PRAWA UŻYTKOWANIA WIECZYSTEGO GRUNTÓW ZABUDOWANYCH NA CELE MIESZKANIOWE W PRAWO WŁASNOŚCI TYCH GRUNTÓW

Artykuł dotyczy możliwości objęcia skutkami ustawy z 20.07.2018 r. o przekształceniu prawa użytkowania wieczystego gruntów zabudowanych na cele mieszkaniowe w prawo własności tych gruntów – również, wbrew tytułowi tej ustawy, gruntów niezabudowanych. Autor wskazuje i omawia trzy możliwości takiego działania. Pozostają one dostępne jednak tylko podmiotom, które były w stanie dokonać rozeznania prawnego i podjąć odpowiednie kroki przed 2019 r. albo mają wyjątkowy rodzaj nieruchomości mieszanej.

Ustawa z 20.07.2018 r. o przekształceniu prawa użytkowania wieczystego gruntów zabudowanych na cele mieszkaniowe w prawo własności tych gruntów¹ co do zasady ma charakter aktu o skutku jednorazowym. Pierwszy przepis tej ustawy wyznacza bowiem jednostkową datę 1.01.2019 r. jako moment realizacji przekształcenia z mocy prawa. To na ten dzień należy badać spełnienie warunków dla zakwalifikowania danej nieruchomości pod skutki ustawy.

Ustawa pozostawia jednak kilka wyjątków od powyższej reguły². Przy spełnieniu

¹ Ustawa z 20.07.2018 r. o przekształceniu prawa użytkowania wieczystego gruntów zabudowanych na cele mieszkaniowe w prawo własności tych gruntów (Dz.U. z 2018 r. poz. 1716 ze zm.), dalej ustawa przekształceniowa.

² Por. H. Ciepla, *Użytkowanie wieczyste. Skutki prawne wygaśnięcia. Przekształcenie w prawo własności i jego wpis do księgi wieczystej. Praktyka i orzecznictwo*, Warszawa 2019, s. 168–172.

określonych warunków pozwalają one na objęcie skutkami ustawy również nieruchomości niebędącej nieruchomością zabudowaną w dniu 1.01.2019 r.

ZARYS PROBLEMU

Celem gospodarczym skorzystania z takiego zabiegu może być jak najbardziej opłacalne uwłaszczenie się użytkownika wieczystego na dysponowanych przez niego nieruchomościach, chociaż również dążenia bardziej uzasadnione. Trzeba pamiętać, że duże podmioty dysponujące wieloma nieruchomościami w użytkowaniu wieczystym, jak spółdzielnie mieszkaniowe, dokonywały często racjonalizacji granic nieruchomości w drodze odłączenia i połączenia ich w jedną księgę wieczystą³. Procedura odłączania i łączenia nieruchomości jest czasochłonna, poza czynnościami geodezyjnymi wymaga rozwiązania problemu zgody właściciela⁴ i stosownych postępowań wieczystoksięgowych. Krótki okres wejścia w życie ustawy (uchwalenie ustawy – lipiec 2018 r., dzień przekształcenia – styczeń 2019 r.) w sposób oczywisty uniemożliwił użytkownikom wieczystym odpowiednią reakcję na nagłą zmianę sytuacji gruntów. Jeśli od jednej nieruchomości zabudowanej została odłączona działka niezabudowana w celu późniejszego połączenia jej z drugą nieruchomością zabudowaną, połączenia zaś nie zdążono wpisać do księgi przed 2019 r., to będzie ona pozostawać niezabudowaną wyspą w użytkowaniu wieczystym wśród uwłaszczonych gruntów osiedla⁵.

³ Spółdzielnie mieszkaniowe dokonywały takich operacji przykładowo: a) w sytuacji gdy dla planowanego wyodrębnienia lokali należało wyrównać obszary nieruchomości w stosunku do budynku, likwidując sytuacje, gdy jeden z bloków ma granicę gruntu tuż przy ścianie, drugi zaś cały obszar zielony podchodzący pod ściany innych bloków; b) podobnie, by w razie wyodrębnienia na mieszkańców poszczególnych bloków przypadła w miarę równa wielkość udziału w powierzchni gruntu wokół bloku obejmująca parking, plac zabaw, dostęp do strefy na altanki śmietnikowe itp. w stopniu nie gorszym niż nieruchomości bloku sąsiedniego; c) w sytuacji gruntów warszawskich, kiedy budynek stał na kilku nieruchomościach jednocześnie, w tym obejmując skrawek nieruchomości w kształcie długiego pasa biegnącego daleko od budynku – w celu racjonalizacji obszaru nieruchomości w stosunku do aktualnego trwałego zagospodarowania gruntu.

⁴ W orzecznictwie Sądu Najwyższego reprezentowane są dwie przeciwne koncepcje. W oparciu o uchwałę z 7.04.2006 r. (III CZP 24/06), Legalis nr 73824, jak też o uchwałę z 13.03.2015 r. (III CZP 116/14), Legalis nr 1187024, zgodę właściciela można uznać za konieczną, gdyż Sąd uznaje w nich podział nieruchomości za wyłączną kompetencję właściciela. Z drugiej strony w postanowieniu z 23.01.2013 r. (I CSK 258/12), Legalis nr 644689, Sąd dopuścił możliwość wnioskowania o połączenie bez konieczności zgody właściciela. Zagadnienie to nie dotyczy bezpośrednio tematu niniejszego artykułu, stąd nie zabieram w tej kwestii głosu, przywołując tylko fakt, że za zgodą lub bez, dzielenie i łączenie nieruchomości znajdujących się w użytkowaniu wieczystym występuje w praktyce.

⁵ Aby dokończyć operację połączenia nieruchomości, jeśli spełnione są przesłanki z ustawy z 29.07.2005 r. o przekształceniu prawa użytkowania wieczystego w prawo własności (Dz.U. z 2012 r. poz. 83 oraz z 2015 r. poz. 373 i 524), dalej ustawa z 2005 r., można w pierw przekształcenia dokonać na wniosek zgodnie z tą ustawą, a potem połączyć dwie nieruchomości własne. Najczęściej z powodu przedłużania się postępowania administracyjnego, różnic w kwotach bonifikat i sposobu obliczania opłaty przekształceniowej może to oznaczać większy koszt niż w oparciu o ustawę przekształceniową.

GRANICE PRZEKSZTAŁCENIA

Prawo użytkowania wieczystego będące przedmiotem przekształcenia zawsze dotyczy konkretnej nieruchomości ujętej w pojedynczej księdze wieczystej. Pomimo braku wyraźnego wskazania w ustawie przekształceniowej, do której z funkcjonujących w prawie definicji nieruchomości ustawa się odnosi, stanowisko to wydaje się jedynym możliwym do przyjęcia. Prawo użytkowania wieczystego jest bowiem prawem rzeczowym ograniczonym, które powołuje ostatecznie do życia (choć z mocą wsteczną na chwilę złożenia wniosku o wpis) konstytucyjny wpis do księgi wieczystej⁶.

Ustawa przekształceniowa niczego w tym względzie nie zmienia. Do księgi wieczystej odwołuje się w kwestii zaświadczeń, jako podstawy wpisu opłaty z tytułu przekształcenia. Najbardziej wyraźnie wskazuje również na to przepis art. 2 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy przekształceniowej, z którego w oparciu o rozumowanie *a contrario* można wywnioskować, że skoro z chwilą wyłączenia do odrębnej księgi wieczystej działki gruntu zabudowanej w sposób niepodlegający przekształceniu pozostała po wyłączeniu część nieruchomości jej podlega, to wyodrębnienie danej nieruchomości w pojedynczą księgę wieczystą jest kryterium granic gruntów objętych skutkami ustawy przekształceniowej⁷. Co za tym idzie, przynależność działki do jednej księgi wieczystej rozstrzyga o tym, czy działka ta jest częścią nieruchomości, o jakiej mowa w art. 1 ust. 1 ustawy przekształceniowej. Oznacza to również, że wystarczy, by choć jedna z działek w ramach nieruchomości przynależnej do tej samej księgi wieczystej była zabudowana obiektem mieszkalnym, aby cała nieruchomość z wszystkimi zawierającymi się w niej działkami była objęta przekształceniem. Zasada niepodzielności skutku przekształcenia w stosunku do pojedynczej nieruchomości ujętej w księdze wieczystej obowiązuje również w starszej ustawie z 2005 r.⁸

Wyjątki ustanawiające moment przekształcenia na datę późniejszą niż 1.01.2019 r., jeżeli tylko zapewniają odpowiednią przestrzeń czasową, można wykorzystać dla zabiegu uprzedniego połączenia nieruchomości składających się z działek niezabudowanych z nieruchomością spełniającą kryteria ustawowego przekształcenia. Wówczas w chwili przekształcenia cała połączona nieruchomość stanie się własnością dotychczasowego użytkownika wieczystego.

Dołączyć w celu wspólnego przekształcenia z nieruchomością spełniającą kryteria ustawy można zarówno nieruchomości, dla których prawo użytkowania przysługiwało przed tą datą, jak i nieruchomości z prawem użytkowania nabytym lub nawet ustanowionym później. Z pewnością nie może być przeszkodą posługiwanie się w poniżej przytoczonych przepisach sformułowaniem „tego gruntu”, kierowanym do ujętego w początkowej części redakcji dyspozycji przepisu gruntu o określonych w nim warunkach. Połączenie bowiem dwóch nieruchomości objętych użytkowaniem wieczystym w jedną księgę stwarza jednolite prawo w ramach obowiązującej zasady niepodzielności przedmiotu praw ujętego w księdze.

⁶ Por. E. Klat-Górska, *Przekształcenie użytkowania wieczystego we własność. Zagadnienia prawne*, Warszawa 2019, s. 32; uchwała SN z 21.05.2002 r. (III CZP 29/02), OSNC 2003/6, poz. 76.

⁷ Tak samo E. Klat-Górska, *Przekształcenie użytkowania...*, s. 33–37.

⁸ E. Klat-Górska, *Przekształcenie użytkowania...*, s. 110–111.

INNE OBIEKTY BUDOWLANE NA NIERUCHOMOŚCI

Pierwszy wyjątek daje już przepis art. 2 ust. 2 ustawy przekształceniowej. W przypadku, gdy na gruncie znajdują się budowle inne niż zabudowa związana z celem mieszkaniowym w rozumieniu art. 1 ustawy przekształceniowej, przekształcenie następuje dopiero z chwilą założenia dla wygrodzonych gruntów pod tymi budowlami osobnej księgi wieczystej. Od ostatniej nowelizacji ustawy przekształceniowej doszedł jeszcze jeden warunek wstrzymania przekształcenia na wskazanej podstawie. Budowle niespełniające kryterium z art. 1 muszą zajmować więcej niż 30% powierzchni użytkowej względem powierzchni użytkowej pozostałych budynków na gruncie danej nieruchomości.

Użytkownik, w przypadku dysponowania nieruchomością podlegającą przekształceniu, lecz zawierającą jednocześnie grunty z takimi obiektami, może zatem swobodnie zaczekać z ich wydzieleniem do czasu przyłączenia do niej nieruchomości niezabudowanych.

Mankamentem jest niepewność co do spełnienia powyższych kryteriów. Skutek bowiem już nastąpił (albo i nie) z mocy prawa w dniu 1.01., dopiero zaś z otrzymanego zaświadczenia, wydawanego po kilku miesiącach lub częściej po dłuższym okresie, użytkownik dowie się, czy organy władzy publicznej podzielają jego ocenę sytuacji prawnej. Zaświadczenie ma charakter deklaratoryjny i nie jest uważane za decyzję administracyjną, której zaskarżenie mogłoby zmienić sytuację prawną strony⁹. W przypadku odmiennego zdania niż wyrażone przez organ administracji użytkownik może co najwyżej skorzystać z powództwa o ustalenie, jednak oznacza to dalsze wydłużenie wyjaśnienia swojej sytuacji co do możliwych działań, jakie da się przeprowadzić z posiadaną nieruchomością.

Połączenie nieruchomości, zanim zostanie doręczone zaświadczenie, nie zapewni sukcesu, gdyż będzie obarczone nieważnością, jeśli okaże się, iż jedna z nieruchomości stała się uprzednio prawem własności strony, druga zaś wciąż pozostaje tylko w jej władaniu na zasadzie użytkowania wieczystego. Nabycie w drodze przekształcenia następuje z mocy samego prawa, dlatego nie może być czynnością prawną w rozumieniu art. 5 ustawy o księgach wieczystych i hipotece¹⁰.

NIEDOKOŃCZONA BUDOWA BUDYNKU MIESZKALNEGO

Znacznie mniej problematyczny jest przepis art. 13 ustawy przekształceniowej. W przypadku rozpoczętej budowy budynków mieszkalnych przesuwają moment przekształcenia na dzień oddania budynku mieszkalnego do użytkowania. Ustawa nie nakłada określonego terminu dla zakończenia inwestycji, toteż jest wystarczająco dogodna przestrzeń czasowa dla przeprowadzenia operacji poszerzenia nieruchomości o sąsiednie działki niezabudowane.

Warunkiem koniecznym dla skorzystania z tego przepisu jest rozpoczęcie inwestycji

⁹ E. Klat-Górska, *Przekształcenie użytkowania...*, s. 76.

¹⁰ Ustawa z 6.07.1982 r. o księgach wieczystych i hipotece (Dz.U. z 2018 r. poz. 1916).

budowlanej przed 2019 r. Tak przynajmniej przyjmuje się w drodze wykładni celowościowej w związku z zasadą racjonalnego ustawodawcy i w ten sposób w dotychczasowym piśmiennictwie przepis ten jest rozumiany¹¹.

Nie sposób wyłović, w jakim momencie inwestycja budowlana powinna się znajdować, z redakcji samego przepisu, gdyż jest on obciążony błędem logicznym *idem per idem*. Przepis wskazuje bowiem na „nieruchomości zabudowane na cele mieszkaniowe w rozumieniu art. 1 ust. 2 ustawy” – czyli literalnie takie same, które i tak z mocy art. 1 podlegają przekształceniu. Skoro jednak na mocy tegoż przepisu mają podlegać przekształceniu dopiero w momencie oddania budynku mieszkalnego do użytkowania, to nie mogą być takie same jak zabudowane na cele mieszkaniowe w rozumieniu art. 1 ust. 2 ustawy. Innymi słowy, mają być zabudowane, ale jednak nie zabudowane na tyle, by była już wydana decyzja o pozwoleniu na użytkowanie.

Dlatego, żeby przepis ten mógł mieć jakikolwiek sens praktyczny, uznaje się, że chodzi o nieruchomości z rozpoczętą budową. Pytanie o stopień zaawansowania budowy pozostaje otwarte.

Za warunki minimalne, w moim przekonaniu, trzeba wobec tego uznać wydane przed 2019 r. pozwolenie na budowę oraz gotowość wykazania, że budowa faktycznie przed tą datą się rozpoczęła. Stan zaawansowania budowy, spełniający dyspozycję przepisu, leży natomiast w polu skuteczności dowodowej działania użytkownika w indywidualnym przypadku.

PODTRZYMANIE WNIOSKU ZE STAREJ USTAWY

Chyba najłatwiejszym z dostępnych środków dla objęcia niezabudowanej działki skutkami ustawy przekształceniowej jest posłużenie się trwającym postępowaniem z dotychczasowej ustawy z 2005 r. Jedynym działaniem koniecznym do przewidzenia i przeprowadzenia przed 1.01.2019 r. było złożenie wniosku o przekształcenie prawa użytkowania wieczystego we własność w oparciu o ww. ustawę. Zgodnie z art. 26 ustawy przekształceniowej do 31.03.2019 r. użytkownik mógł złożyć oświadczenie o prowadzeniu dalszego postępowania. W przypadku złożenia oświadczenia, jeżeli do 31.12.2021 r. postępowanie nie zakończy się wydaniem decyzji o przekształceniu, przekształcenie w oparciu o ustawę przekształceniową nastąpi dopiero z dniem 1.01.2022 r.

Okres trzech lat wydaje się całkiem możliwy dla skutecznego połączenia nieruchomości. Przekształcenie w dniu 1.01.2022 r. nastąpi „zgodnie z zasadami” ustawy przekształceniowej, czyli dopiero na ten dzień poddany będzie ocenie stan nieruchomości. Przeszkodą może być szybsze rozpatrzenie do tego czasu złożonego wniosku przez starostę i wydanie decyzji administracyjnej o przekształceniu. Można jednak ryzyku temu zaradzić, składając wniosek o zawieszenie postępowania zgodnie z art. 98 ustawy – Kodeks postępowania administracyjnego¹². Jeżeli starosta postępowanie zawiesi, to

¹¹ P. Wancke, *Ustawa o przekształceniu prawa użytkowania wieczystego gruntów zabudowanych na cele mieszkaniowe w prawo własności tych gruntów. Komentarz*, Warszawa 2019, s. 76.

¹² Ustawa z 14.06.1960 r. – Kodeks postępowania administracyjnego (Dz.U. z 2000 r. nr 98 ze zm.), dalej k.p.a.

wniosek o wszczęcie za wycofany zostanie uznany dopiero po trzech latach zgodnie z § 2 tego przepisu, czyli jeśli złożymy wniosek o zawieszenie po styczniu 2019 r., to 1.01.2022 r. postępowanie wciąż będzie wszczęte, jednak niezakończony decyzją o przekształceniu.

W przypadku odmowy zawieszenia, które na wniosek strony w postępowaniu administracyjnym jest wszak fakultatywne, zamierzony skutek powinniśmy otrzymać w drodze cofnięcia wniosku. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem cofnięcie wniosku powinno skutkować umorzeniem postępowania w oparciu o art. 105 k.p.a. pomimo równie fakultatywnego sformułowania § 2 tego przepisu¹³. W moim przekonaniu umorzenie postępowania wskutek jego bezprzedmiotowości ze względu na cofnięty wniosek nie spowoduje utraty przesunięcia terminu przekształcenia na 2022 rok. Przesądza o tym wyraźnie przepis art. 26 ust. 3 ustawy przekształceniowej. W jego myśl przekształcenie ze skutkiem na dzień 1.01.2019 r. następuje w przypadku niezłożenia w terminie oświadczenia, o którym mowa w ust. 1 tegoż przepisu. Norma w nim ujęta wydaje się oczywista już w oparciu o art. 1 w zw. z art. 26 ust. 1 ustawy przekształceniowej. Nie byłoby potrzeby zatem go dodawać, gdyby nie miał w ramach redakcji art. 26 pełnić funkcji dopełnienia ust. 2. Zgodnie z art. 26 ust. 2 przekształcenie przesunięte do dnia 1.01.2022 r. następuje w przypadku, gdy postępowanie nie zakończy się wydaniem decyzji o przekształceniu. To znaczy w każdej innej sytuacji niż wydanie decyzji o przekształceniu z wyjątkiem określonym w ust. 3. Umorzenie postępowania, tak samo jak trwanie do wyznaczonego terminu stanu zawieszenia, nie jest zakończeniem postępowania w drodze wydania decyzji o przekształceniu. Literalnie ust. 2 w zw. z ust. 3 art. 26 nie pozwalają wobec tego na poszukiwanie jakiegokolwiek analogii dla oceny skutku umorzenia postępowania administracyjnego ze względu na bezprzedmiotowość spowodowaną cofnięciem wniosku, w stosunku do umorzenia spowodowanego brakiem złożenia oświadczenia, o którym mowa w art. 26 ust. 1 ustawy przekształceniowej. Ustawa konkretnie i odrębnie reguluje skutki obu podstaw umorzenia postępowania administracyjnego w przedmiocie wniosku o przekształcenie na podstawie ustawy z 2005 r.

Cofnięcie wniosku w postępowaniu administracyjnym nie oznacza przecież cofnięcia oświadczenia złożonego w oparciu o art. 26 ust. 1 ustawy przekształceniowej. Są to dwie odmienne czynności proceduralne strony, oparte na osobnych podstawach prawnych.

INNE WYJĄTKI

Pozostałe przypadki¹⁴ odsunięcia terminu przekształcenia raczej nie dają dużego pola do przeprowadzenia manewru poszerzenia nieruchomości podlegającej przekształceniu, ze względu na zbyt krótki czas przesunięcia terminu przekształcenia lub konieczność posiadania dość wyjątkowego statusu podmiotowego – cudzoziemiec, niedotyczą-

¹³ Wyrok NSA z 27.02.2007 r. (II OSK 377/06), LEX nr 337479; por. wyrok NSA z 9.12.2015 r. (II OSK 929/14), LEX nr 1989283.

¹⁴ Por. E. Klat-Górska, *Przekształcenie użytkowania...*, s. 67–69.

cego z reguły podmiotów dotkniętych problemem przerwania przez ustawę operacji racjonalizowania granic licznych nieruchomości dysponowanych w użytkowaniu wieczystym.

PODSUMOWANIE

Biorąc pod uwagę dość skomplikowaną drogę, jaką ustawodawca zaprojektował dla zaskoczonych szybką ustawą podmiotów dokonujących porządkowania granic nieruchomości znajdujących się w ich użytkowaniu wieczystym, charakteryzującą się dużym stopniem przypadkowości (sąsiednia nieruchomość z określonymi obiektami, sąsiednia nieruchomość z rozpoczętą budową) lub koniecznością użycia środków nie wprost związanych z celem działania (składanie oświadczenia co do wyboru postępowania dla przekształcenia po to tylko, by je potem zawiesić albo doprowadzić do umorzenia), a także biorąc pod uwagę wprowadzenie wyjątków, które jednak pozwalają podłączyć pod przekształcenie nieruchomości niezabudowane, bez względu na obszar i cel takiego podłączenia, jako najbardziej prawdopodobna nasuwa się negatywna ocena zamysłu ustawodawcy. Mianowicie nie przewidział on zarówno problemu, jaki stwarza podmiotom będącym w trakcie procedur związanych z odłączeniem i przyłączeniem nieruchomości, jak i nie przewidział, że dopuszczając wyjątki od momentu przekształcenia, pozwala, pod hasłem uwłaszczenia mieszkaniowego, uwłaszczać na preferencyjnych warunkach nieruchomości niezabudowane.

Gdyby ustawodawca problem dostrzegł, wystarczyłby jeden przepis, np. o brzmieniu: „Nieruchomość odłączona od nieruchomości spełniającej warunki z art. 1 ustawy, w okresie X lat przed wejściem jej w życie, może zostać połączona z nieruchomością, względem której własność została nabyta na podstawie niniejszej ustawy, jeśli połączenie nastąpi najpóźniej do roku Y i nie zaistnieją okoliczności z art. 2 ust. 1. Wówczas przekształcenie prawa użytkowania wieczystego we własność gruntu nieruchomości przyłączonej następuje z chwilą wpisu połączenia w księdze wieczystej”.

Wobec braku takiej normy prawnej konieczne jest korzystanie z wyżej wskazanych trzech możliwości poszerzenia nieruchomości przekształcanej. Niestety obecnie możliwości powyższe dostępne pozostają wyłącznie podmiotom, które umiały w porę dokonać odpowiedniego rozeznania prawnego i wyprzedzających czynności, jak złożenie wniosku o przekształcenie na podstawie starej ustawy z 2005 r. czy rozpoczęcie budowy, albo mają nieruchomość zabudowaną w warunkach art. 2 ust. 1 ustawy przekształceniowej.

ABSTRACT

Marcin Tollik

The autor is an advocate (District Bar Association in Gdansk).

Possibility of applying the Act on the transformation of perpetual usufruct rights into ownership rights for undeveloped lands

The article concerns the possibility of applying the July 20th 2018 Act on the transformation of perpetual usufruct rights (leasehold use of real-estate properties erected on lands owned by the State Treasury for housing purposes) into ownership rights to said lands – and also, contrary to the title of that Act, undeveloped lands, i.e. not built upon. The author points to and discusses three possibilities for its application. However, these options remain available only to entities that were in a position to carry out legal research and take appropriate steps before 2019, or have a unique type of mixed real-estate.

Keywords: *perpetual usufruct, transformation, immobility, housing construction, housing cooperative, real estate development*

Marcin Tollik

e-mail: marcintollik@gmail.com

Autor jest adwokatem (ORA w Gdańsku).

BIBLIOGRAFIA ZAŁĄCZNIKOWA

Ciepla Helena, *Użytkowanie wieczyste. Skutki prawne wygaśnięcia. Przekształcenie w prawo własności i jego wpis do księgi wieczystej. Praktyka i orzecznictwo*, Wolters Kluwer, Warszawa 2019

Klat-Górska Elżbieta, *Przekształcenie użytkowania wieczystego we własność. Zagadnienia prawne*, Wolters Kluwer, Warszawa 2019

Wancke Piotr, *Ustawa o przekształceniu prawa użytkowania wieczystego gruntów zabudowanych na cele mieszkaniowe w prawo własności tych gruntów. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2019

Pojęcia kluczowe: standard dowodu, związek przyczynowy, odpowiedzialność deliktowa, błąd medyczny

Artykuły

Michał Białkowski

OBNIŻENIE STANDARDU DOWODU ZWIĄZKU PRZYZYNOWEGO W „PROCESACH MEDYCZNYCH”

Wykazanie związku przyczynowego pomiędzy niewłaściwie podjętym leczeniem a doznaną przez pacjenta szkodą należy do szczególnie trudnych przesłanek odpowiedzialności deliktowej. W „procesach medycznych” często sam fakt powstania szkody bywa bezsporny, a główną osią ustaleń sądu są okoliczności faktyczne dotyczące związku przyczynowego. Jednocześnie ściśle jego udowodnienie bywa często niemożliwe z uwagi na dynamiczny przebieg choroby, wielość czynników wpływających na jej rozwój czy niedoskonałość wiedzy medycznej. W tym kontekście celem artykułu jest wykazanie, że w praktyce sądowego stosowania prawa nie jest konieczne ściśle udowodnienie adekwatnego związku przyczynowego w „procesach medycznych”.

WSTĘP

Związek przyczynowy w kodeksowym systemie odpowiedzialności deliktowej stanowi przesłankę odpowiedzialności odszkodowawczej i jednocześnie wyznacza granice indemnizacji (art. 361 § 1 i 2 Kodeksu cywilnego¹). W polskim piśmiennictwie dominującym nurtem tłumaczącym istotę związku przyczynowego jest teoria adekwatnego związku przyczynowego w wersji obiektywnej, odwołująca się w toku badania istnienia związku przyczynowego do wiedzy o związkach przyczynowych oraz zawężająca wynik badania jedynie do normalnych następstw danego zdarzenia². W doktrynie podkreśla się,

¹ Ustawa z 23.04.1964 r. – Kodeks cywilny (Dz.U. z 2019 r. poz. 1145 ze zm.), dalej k.c.

² M. Kaliński, *Odpowiedzialność odszkodowawcza* (w:) *System Prawa Prywatnego*, t. 6, *Prawo zobowiązań – część ogólna*, red. A. Olejniczak, Warszawa 2018, s. 132–134 wraz z powołaną tam szeroko literaturą i orzecznictwem.

że normalnymi następstwami działania lub zaniechania, z których szkoda wynikła, są te, które z reguły występują w danych okolicznościach³. Normalne następstwo nie musi przy tym oznaczać skutku koniecznego⁴. W konsekwencji podmiot świadczący usługi medyczne w przypadku wyrządzenia szkody na osobie poniesie odpowiedzialność odszkodowawczą w granicach wyznaczonych przez normalne następstwa zastosowanego leczenia czy diagnostyki. Teoria adekwatnego związku przyczynowego pozostawia więc poza zakresem odpowiedzialności deliktowej niestandardowy przebieg choroby czy nadzwyczajne, niedające się przewidzieć komplikacje⁵. W ramach ustalania zachodzenia związku przyczynowego nie podlega przy tym badaniu przewidywanie przez sprawcę szkody wystąpienia określonego skutku, gdyż stanowi to element subiektywny winy⁶.

Badanie zachodzenia związku przyczynowego pomiędzy zdarzeniem a szkodą w postępowaniu sądowym przebiega dwuetapowo. W pierwszym etapie stosowany jest test *conditio sine qua non* (ustalenie, czy określona szkoda pozostaje w ogóle w relacji ze zdarzeniem szkodzącym), w drugim organ orzekający rozstrzyga, czy powstała szkoda pozostaje w takiej relacji do zdarzenia, która umożliwia przypisanie pozwanemu odpowiedzialności za jego skutki⁷.

W „procesach medycznych” podważanie przez pozwanego zachodzenia związku przyczynowego stanowi często *ultima ratio* jego obrony przed dochodzonym roszczeniem⁸. Dzieje się tak, gdyż wykazanie związku przyczynowego stanowi niebywale złożony proces, co wynika w głównej mierze ze skomplikowanego charakteru funkcji organizmu oraz trudności w odtworzeniu *ex post* procesów chorobowych⁹. W doktrynie słusznie wskazuje się, że niekiedy w „procesach medycznych” sprostanie przez powoda ustawowym wymogom związanym z wykazaniem zachodzenia adekwatnego związku przyczynowego jest zadaniem niewykonalnym¹⁰.

STANDARD DOWODU ZWIĄZKU PRZYCZYNOWEGO W „PROCESACH MEDYCZNYCH”

Dotychczas w polskiej literaturze nie poświęcano zbyt wiele miejsca pojęciu standardu dowodu, podczas gdy zagadnienie to zajmuje istotną pozycję w zagranicznych modelach postępowania cywilnego¹¹. Zgodnie z przedstawioną w literaturze polskiej de-

³ M. Nesterowicz, *Adekwatny związek przyczynowy jako przesłanka odpowiedzialności cywilnej w świetle orzecznictwa sądowego* (w:) *Pravo prywatne czasu przemian*. Księga Pamiątkowa ku czci Profesora Stanisława Sołtysińskiego, red. A. Nowicka, Warszawa 2005, s. 191.

⁴ Wyrok SN z 19.03.2008 r. (V CSK 491/07), Legalis nr 313326.

⁵ M. Nesterowicz, *Pravo medyczne*, Toruń 2013, s. 104.

⁶ M. Nesterowicz, *Adekwatny...*, s. 192; zob. także orzeczenie SN z 10.12.1952 r. (C 584/52), „Państwo i Prawo” 1953/8–9, poz. 366.

⁷ Zob. szeroko w tym przedmiocie A. Koch, *Związek przyczynowy jako podstawa odpowiedzialności odszkodowawczej w prawie cywilnym*, Warszawa 1975, s. 68 i 77–79.

⁸ M. Nesterowicz, *Adekwatny...*, s. 192.

⁹ M. Sośniak, *Glosa do orzeczenia SN z 7.01.1966 (I CR 369/65)*, OSPiKA 1966/12, poz. 278.

¹⁰ K. Krupa-Lipińska, *Związek przyczynowy w „procesach lekarskich”*, „Prawo i Medycyna” 2012/3–4, s. 77.

¹¹ I. Adrych-Brzezińska, *Ciążar dowodu w prawie i procesie cywilnym*, Warszawa 2015, s. 101; E. Bagińska, K. Krupa-Lipińska, *Zdarzenie medyczne a problem przyczynowości* (w:) *Kompensacja szkód wynikłych ze*

finicją standardem dowodu jest zakres lub stopień pewności co do tego, że twierdzenia o faktach zaprezentowanych przez strony są prawdziwe¹². I. Adrych-Brzezińska wskazuje, że standard dowodu wyraża się w jego „jakości” lub „intensywności”, tj. stopniu przekonania sędziego o prawdziwości danego twierdzenia faktycznego, jaki ten musi osiągnąć, by daną okoliczność uznać za udowodnioną¹³. Autorka wskazuje, że w części zagranicznych systemów prawnych niezbędne jest wykazanie faktu ze stuprocentową pewnością, w innych zaś wystarczy udowodnienie danej okoliczności w oparciu o tzw. przewagę dowodów oznaczającą, że dany fakt jest bardziej prawdopodobny niż inne¹⁴.

Zdaniem przedstawicieli polskiej nauki prawa zrozumienie pojęcia standardu dowodu wymaga udzielenia odpowiedzi na trzy pytania¹⁵. Po pierwsze, czy zawsze należy wymagać pewności w udowodnieniu faktów? Po drugie, czy uzyskanie pewności faktu jest zawsze realne? Po trzecie, czy przepisy pozwalają sędziemu rozstrzygnąć spór w oparciu o niższy standard dowodu, np. przeważające prawdopodobieństwo?

Żaden przepis polskiej procedury cywilnej nie odnosi się do „standardu”, jakiemu powinien odpowiadać dowód, by możliwe było ustalenie na jego podstawie faktu istotnego dla rozstrzygnięcia sprawy. Norma prawna dająca się wyinterpretować z art. 233 § 1 Kodeksu postępowania cywilnego¹⁶ ustanawia jedynie regułę, zgodnie z którą sąd ocenia wiarygodność i moc dowodów według własnego przekonania, na podstawie wszechstronnego rozważenia zebranego w sprawie materiału. Przy czym „wiarygodność” dowodu odnosi się do jego prawdziwości, natomiast „moc” dowodu dotyczy jego przydatności do ustalenia konkretnych okoliczności faktycznych istotnych dla rozstrzygnięcia o zasadności twierdzeń stron, a w konsekwencji zasadności żądania dochodzonego w określonej sprawie¹⁷. W doktrynie wskazuje się, że choć art. 233 § 1 k.p.c. (ani żaden inny przepis procedury cywilnej) nie wskazuje, że dowód może być przyjęty za podstawę danego twierdzenia tylko, o ile wyrabia całkowite przekonanie o prawdziwości danego twierdzenia, to jest to pogląd dominujący¹⁸.

O tym, że przepisy Kodeksu postępowania cywilnego wymagają od sędziego co do zasady pewności czy całkowitego przekonania co do prawdziwości twierdzeń, na których opiera swoje rozstrzygnięcie, świadczy także *a contrario* art. 243 k.p.c. stanowiący, że zachowanie szczegółowych przepisów o postępowaniu dowodowym nie jest ko-

zdarzeń medycznych. *Problematyka cywilnoprawna i ubezpieczeniowa*, red. E. Kowalewski, Toruń 2011, s. 246–247. Szeroko na temat zagranicznych ustawodawstw posługujących się tym pojęciem zob. E. Bagińska, *Odpowiedzialność deliktowa w razie niepewności związku przyczynowego. Studium prawnoporównawcze*, Toruń 2013, s. 44–68.

¹² I. Adrych-Brzezińska, *Ciężar dowodu...*, s. 101.

¹³ I. Adrych-Brzezińska, *Ciężar dowodu...*, s. 102.

¹⁴ I. Adrych-Brzezińska, *Ciężar dowodu...*, s. 103.

¹⁵ I. Adrych-Brzezińska, *Ciężar dowodu...*, s. 124.

¹⁶ Ustawa z 17.11.1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (Dz.U. z 2019 r. poz. 1460 ze zm.), dalej k.p.c.

¹⁷ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z 5.05.2009 r. (IACa 111/09), Legalis nr 177228.

¹⁸ K. Piasecki, *Praktyka dowodu prima facie w procesach mankownych*, „Nowe Prawo” 1960/1, s. 58. Autor wskazał, że prawdopodobieństwo nie jest formą istnienia prawdy obiektywnej.

nieczne, ilekroć ustawa przewiduje uprawdopodobnienie zamiast dowodu¹⁹. W doktrynie wskazuje się, że uprawdopodobnienie (*sempilena probatio*) jest surogatem dowodu, niedającym pewności, a jedynie wiarygodność danego faktu²⁰. Zgodnie z poglądem K. Piaseckiego uprawdopodobnienie jest środkiem zastępczym dowodu w znaczeniu ścisłym określanym „niższym stopniem poznania” i nie stwarza – w przeciwieństwie do dowodu – pewności zachodzenia określonego faktu, jednak autor wskazał przy tym, że przy wysokim stopniu uprawdopodobnienia granica między prawdopodobieństwem a pewnością zaciera się²¹. O uprawdopodobnieniu faktu możemy mówić jedynie wówczas, gdy twierdzenie strony jest wiarygodne, a nie gołosłowne²². Sąd może więc uznać twierdzenie za uprawdopodobnione, jeżeli jest ono bardziej prawdopodobne niż twierdzenie przeciwne²³.

W postępowaniu cywilnym ustawodawca przewiduje więc możliwość wykorzystania uprawdopodobnienia tylko w kwestiach wypadkowych, nigdy zaś nie jest ono po myśli przepisów wystarczające dla rozstrzygnięcia co do istoty sprawy²⁴. Przepisy procedury cywilnej, które formułują wprost wymóg uprawdopodobnienia określonego faktu, stanowią przejaw „ustawowego obniżania standardu dowodu”²⁵. Natomiast w „procesach medycznych” orzecznictwo sądowe wypracowało – aprobowaną przez doktrynę – praktykę, która w zakresie dowodzenia istnienia związku przyczynowego uznaje za wystarczające uprawdopodobnienie jego zachodzenia²⁶.

STANDARD DOWODU ZWIĄZKU PRZYCZYNOWEGO – PRZEGLĄD ORZECZNICTWA

Przykładem omawianej praktyki jest rozstrzygnięcie Sądu Apelacyjnego w Krakowie, w którym sąd uznał, że nie jest możliwe pozyskanie wiedzy o pewności związku przyczynowego pomiędzy pogorszonym stanem zdrowia pacjenta a działaniem (zaniechaniem) pracowników pozwanej placówki, co bezpośrednio wynika z niedoskonałości stanu wiedzy medycznej oraz w związku z tym wymaga odwołania się do prawdopodobieństwa wystąpienia związku przyczynowego, które powinno być wysokie, by związek przyczynowy mógł być uznany za udowodniony²⁷.

¹⁹ Przepisy Kodeksu postępowania cywilnego w wielu miejscach odwołują się do uprawdopodobnienia okoliczności faktycznych. Przykładem jest art. 169 § 2 k.p.c. formułujący wymóg uprawdopodobnienia okoliczności uzasadniających wnioszek o przywrócenie terminu czy art. 730¹ § 1 k.p.c., który określa wymogi, jakie winien spełniać wniosek o udzielenie zabezpieczenia (uprawdopodobnienie roszczenia oraz interesu prawnego w udzieleniu zabezpieczenia).

²⁰ A. Zieliński, K. Flaga-Gieruszyńska, *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, Warszawa 2015, Legalis, art. 243, nb 1.

²¹ *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, red. K. Piasecki, Warszawa 2016, t. 1, Legalis, art. 243, nb 2.

²² Postanowienie Naczelnego Sądu Administracyjnego z 22.12.2008 r. (IFZ 477/08), Legalis nr 688738.

²³ K. Piasecki (w:) *Kodeks postępowania cywilnego...*, t. 1, art. 243, nb 6 i 9.

²⁴ K. Piasecki, *System dowodów i postępowanie dowodowe w sprawach cywilnych*, Warszawa 2012, s. 165.

²⁵ I. Adrych-Brzezińska, *Ciężar dowodu...*, s. 136.

²⁶ Zob. także E. Bagińska, *Odpowiedzialność...*, s. 69–75 wraz z przytoczonymi tam przykładami z orzecznictwa.

²⁷ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z 21.03.2000 r. (I ACa 192/00), LEX nr 50074.

W wyroku z 17.06.1969 r. Sąd Najwyższy przyjął, że związek przyczynowy powinien być ustalony z „dostatecznym prawdopodobieństwem”²⁸. Sąd, orzekając jeszcze pod rządami ustawy z 15.11.1956 r. o odpowiedzialności Państwa za szkody wyrządzone przez funkcjonariuszów państwowych²⁹, uznał, że nawet od lekarza niebędącego specjalistą chirurgiem można wymagać, aby w ramach udzielenia doraźnej pomocy zaordynował prześwietlenie, jeżeli w konkretnych okolicznościach zgodnie z ogólnymi zasadami doświadczenia zachodzić może podejrzenie złamania kości. W takim wypadku nieskierowanie pacjenta do prześwietlenia może być uznane za błąd w sztuce lekarskiej uzasadniający odpowiedzialność państwa w razie istnienia związku przyczynowego między tym zaniechaniem a powstałą szkodą. Istnienie takiego związku, gdy chodzi o zdrowie ludzkie, z reguły nie może być absolutnie pewne, toteż do przyjęcia go za udowodniony wystarcza, gdy jest ustalony z dostateczną dozą prawdopodobieństwa³⁰.

W orzeczeniu z 5.07.1967 r. Sąd Najwyższy orzekł natomiast, że w procesie nie da się przeprowadzić dowodu adekwatnego związku przyczynowego „bez reszty”, co wynika z niedostatków wiedzy medycznej³¹. Rozstrzygnięcie powinno każdorazowo być oparte więc na całokształcie zebranych w sprawie dowodów, a sam związek przyczynowy powinien być przez powoda w wysokim stopniu uprawdopodobniony.

Warto także przytoczyć wyrok Sądu Najwyższego z 27.02.1998 r., w którym zwrócił on uwagę, że „w procesach lekarskich sąd może, po rozważeniu całokształtu okoliczności sprawy, uznać za wystarczający wysoki stopień prawdopodobieństwa, nie wymagając od poszkodowanego ścisłego i pewnego udowodnienia, jaką drogą jego organizm został zainfekowany, taki bowiem dowód – ze względu na właściwości wchodzących w grę procesów biologicznych – często nie jest możliwy do przeprowadzenia. Przyjęcie takiej możliwości wyznacza zarazem «linię obrony» strony przeciwnej, zagrożonej koniecznością ponoszenia odpowiedzialności odszkodowawczej. Obrona ta polega mianowicie na osłabianiu wspomnianego prawdopodobieństwa – przede wszystkim przez dowodzenie, że zaistniały inne prawdopodobne przyczyny infekcji, względnie, że konkretne warunki w jakich – według twierdzeń poszkodowanego – doszło do zarażenia, wykluczały taką możliwość”³².

Do wyżej przywołanego orzeczenia Sąd Najwyższy odwołał się w innym swoim rozstrzygnięciu, wskazując, że zwłaszcza w sprawach dotyczących błędów medycznych nie jest na ogół możliwe uzyskanie wyrażonej parametrycznie pewności co do istnienia związku przyczynowego³³. Niejako rozwinięciem ostatniego stwierdzenia jest teza wyroku Sądu Najwyższego z 17.10.2007 r., gdzie podkreślone zostało, że z punktu widzenia reguł dowodzenia związku przyczynowego wystarczające jest ustalenie, iż dane zja-

²⁸ Wyrok SN z 17.06.1969 r. (II CR 165/69), LEX nr 4677.

²⁹ Ustawa z 15.11.1956 r. o odpowiedzialności Państwa za szkody wyrządzone przez funkcjonariuszów państwowych (Dz.U. z 1956 r. nr 54 poz. 243 ze zm.).

³⁰ Teza przywołanego orzeczenia została następnie powielona przez Sąd Apelacyjny w Poznaniu w wyroku z 17.01.2006 r. (I ACa 1983/04), LEX nr 186503.

³¹ Wyrok SN z 5.07.1967 r. (I PR 74/67), OSN 1968/2, poz. 26.

³² Wyrok SN z 27.02.1998 r. (II CKN 625/97), Legalis nr 354549.

³³ Wyrok SN z 16.06.1999 r. (II CKN 965/98), Legalis nr 50107.

wisko uznawane jest za czynnik choćby statystycznie poprzedzający rozwój choroby, będącej źródłem szkody, a brak możliwości jednoznacznego powiązania tego czynnika z chorobą powoda, który wynika z aktualnego stanu wiedzy, nie może być uznany *per se* za czynnik przesądzający o niepowodzeniu dowodowym powoda³⁴.

W innej sprawie Sąd Najwyższy uznał, że dla przyjęcia zachodzenia związku przyczynowego pomiędzy hospitalizacją powoda a zakażeniem szczepem bakterii szpitalnej wystarczające jest uprawdopodobnienie złego stanu sanitarnego szpitala, w którym powód był leczony³⁵. W konsekwencji Sąd Najwyższy przyjął odpowiedzialność pozwanego oraz uznał, że wobec wykazania przez powoda przesłanek odpowiedzialności deliktowej ciężar dowodu hipotezy konkurencyjnej „przesunął się” z powoda na pozwanego³⁶. Sąd Najwyższy – o czym nie wspomniał w uzasadnieniu – by dojść do podobnego przekonania, musiałby zastosować aprobowaną w nauce przez L. Morawskiego koncepcję tzw. dowodu *prima facie*, w której dowód ten doprowadza do przerwania ciężaru dowodu na stronę przeciwną³⁷. Gdyby bowiem Sąd Najwyższy przyjął, że skoro powód udowodnił swoje twierdzenie, to dowód przeciwny spoczywa – zgodnie z regułą *excipiendo reus fit actor* – na pozwanym, konkluzja sądu, że doszło do „przesunięcia” ciężaru dowodu, byłaby niewłaściwa. W takiej bowiem sytuacji z samych reguł rozkładu ciężaru dowodu wynika konieczność udowodnienia przez pozwanego odpowiedniego zarzutu tamującego albo niweczącego żądanie powoda³⁸.

PODSUMOWANIE

Wyżej przywołane rozstrzygnięcia Sądu Najwyższego oraz sądów powszechnych dają podstawy do sformułowania wniosku, że w sprawach związanych z dochodzeniem roszczeń o naprawienie szkody na osobie doznanej w związku z zakażeniami szpitalnymi czy błędnie przeprowadzonym procesem diagnostycznym lub leczniczym wystarczające jest oparcie się przez sąd na prawdopodobieństwie zachodzenia związku przyczynowego pomiędzy zdarzeniem (działaniem lub zaniechaniem) sprawczym a szkodą. W orzecnictwie omówiona praktyka nazywana bywa „obniżeniem standardów dowodowych”³⁹ adekwatnego związku przyczynowego. Sądy orzekające w „proce-

³⁴ Wyrok SN z 17.10.2007 r. (II CSK 285/07), Legalis nr 161103.

³⁵ Wyrok SN z 17.07.1974 r. (II CR 415/74), LEX nr 7605. Podobnie zob. uzasadnienie wyroku Sądu Apelacyjnego w Rzeszowie z 23.08.2012 r. (I ACa 85/12), Legalis nr 698010.

³⁶ Cyt.: „jeżeli ustalono, że stan sanitarny szpitala był wyjątkowo zły i mógł doprowadzić do infekcji a zakażenie rzeczywiście nastąpiło, prawdopodobieństwo związku przyczynowego między złym stanem sanitarnym a zainfekowaniem organizmu jest tak duże, iż można przyjąć, że powód spełnił swój obowiązek wynikający z art. 6 k.c. (...) Dlatego też w takiej sytuacji, jeżeli strona pozwana twierdzi, iż mimo ustalonego stanu rzeczy infekcja pochodzi z innych źródeł, ciężar dowodu przesuwa się z powoda na pozwanego”.

³⁷ L. Morawski, *Domniemania faktyczne i reguły dowodu prima facie*, „Studia Prawnicze” 1989/1–2, s. 239.

³⁸ Zob. uzasadnienie wyroku SN z 2.02.2010 r. (II PK 184/09), OSNAPiUS 2011/13–14, poz. 180.

³⁹ Zob. szeroko uzasadnienie wyroku Sądu Apelacyjnego w Łodzi z 20.04.2017 r. (I ACa 1366/16), Legalis nr 1611709, czy wyrok Sądu Apelacyjnego w Łodzi z 22.11.2017 r. (I ACa 402/17), Legalis nr 1743714.

sach medycznych” nie wymagają pewnego udowodnienia jego zachodzenia, a jedynie opierają się na „ustaleniu dostatecznej dozy prawdopodobieństwa”⁴⁰ czy „wykazaniu znacznego prawdopodobieństwa”⁴¹. Należy ocenić, że główną przyczyną stosowania przez polskie orzecznictwo praktyki obniżenia standardu dowodu są – podobnie jak ma to miejsce w przypadku dowodu *prima facie*⁴² – obiektywne trudności w wykazaniu przez poszkodowanego przesłanek odpowiedzialności deliktowej, a czasem wręcz faktyczny brak możliwości pewnego ich wykazania. Wpływ na wykształcenie się omówionej praktyki miały też niewątpliwie względy aksjologiczne, które przemawiają za przyznaniem ochrony pacjentowi poszkodowanemu w toku leczenia. Wprowadzenie wymogu jedynie uprawdopodobnienia związku przyczynowego w „procesach medycznych”, podobnie jak ma to miejsce w przypadku dowodu *prima facie*⁴³ oraz domniemań faktycznych⁴⁴, nie prowadzi przy tym do przerzucenia ciężaru dowodu na stronę przeciwną, jak zdaje się sugerować Sąd Najwyższy w uzasadnieniu wyroku z 17.07.1974 r.⁴⁵ Pozwany w procesie może bronić się poprzez przeprowadzenie dowodu przeciwnego⁴⁶, podważając prawdziwość twierdzeń powoda. Obarczenie pozwanego koniecznością wykazania hipotezy konkurencyjnej dowodem przeciwności⁴⁷ nie znajduje podstaw w obowiązujących przepisach.

Omówiona praktyka jest już dobrze ugruntowana w judykaturze, co należy ocenić pozytywnie. Sądy, wykorzystując przyznany im zakres swobody oceny dowodów wynikający z art. 233 § 1 k.p.c., nie stawiają przed powodem nierealnego wymogu ścisłego udowodnienia zachodzenia adekwatnego związku przyczynowego, a jedynie oczekują przekroczenia przez zaofiarowane przez powoda dowody granicy prawdopodobieństwa.

⁴⁰ Wyrok SN z 17.06.1969 r. (II CR 165/69), LEX nr 4677.

⁴¹ Wyrok SN z 13.06.2000 r. (V CKN 34/00), Legalis nr 278200.

⁴² M. Białkowski, *Dowód prima facie w postępowaniu cywilnym dotyczącym szkód powstałych w związku z leczeniem*, „Palestra” 2014/3–4, s. 119–125 wraz z powołanymi tam poglądami przedstawicieli doktryny.

⁴³ A. Stefaniak, *Dowód prima facie w procesie cywilnym*, „Nowe Prawo” 1970/10, s. 1450, którego pogląd podzielam. Odmiennie zapatrywanie – jak już zostało wyżej wspomniane – prezentuje L. Morawski, *Domniemania...*, s. 239.

⁴⁴ B. Janiszewska, *Dowodzenie w procesach lekarskich (domniemania faktyczne i reguły wnioskowania prima facie)*, „Prawo i Medycyna” 2004/2, s. 108 i 110–111.

⁴⁵ Wyrok SN z 17.07.1974 r. (II CR 415/74), LEX nr 7605.

⁴⁶ Dowodem przeciwnym jest dowód przeprowadzany przez stronę nieobciążoną *onus probandi* w celu wykazania, że twierdzenia strony przeciwnej są wątpliwe. Dowodem przeciwnym jest np. dowód przeprowadzony przez pozwanego w procesie o naprawienie szkody w celu zakwestionowania przesłanek odpowiedzialności deliktowej opartej na art. 415 k.c. – zob. szeroko I. Adrych-Brzezińska, *Ciężar dowodu...*, s. 96–100.

⁴⁷ Dowodem przeciwności jest dowód strony obciążonej ciężarem dowodu w znaczeniu materialno-prawnym zmierzający do zaprzeczenia twierdzeniom, z których skutki prawne wywodzi przeciwnik w sporze, np. dowód zmierzający do obalenia wynikającego z art. 7 k.c. domniemania dobrej wiary. Dowód przeciwności przeprowadza się więc w celu udowodnienia negacji twierdzeń przeciwnika – I. Adrych-Brzezińska, *Ciężar dowodu...*, s. 96–100.

ABSTRACT

dr Michał Białkowski

The author is an adjunct at the Institute of Legal Sciences of the University of Szczecin, an advocate (District Bar Association in Szczecin)

Lowering the standard of proof of causation in „medical processes”

Proving a causation link between medical malpractice and the injury suffered by the patient is one of the particularly difficult requirements set upon the plaintiff by the legislator. In „medical processes”, the very fact that the memage has ocured is often uncontested, and the subject of the dispute remains causation. At the same time, exact proof of causation can be impossible to indicate due to the dynamic course of the disease, the multiplicity of factors affecting its development, or the imperfection of medical knowledge. In this context, the purpose of the article is to show that in the practice of judicial application of the law in „medical processes” it is not required to strictly prove an adequate causal relationship.

Keywords: *standard of proof, causation, delictual liability, medical malpractice*

dr Michał Białkowski

ORCID: 0000-0002-3366-6883; e-mail: m.bialkowski@bbslegal.pl

Autor jest adiunktem w Instytucie Nauk Prawnych Uniwersytetu Szczecińskiego, adwokatem (ORA w Szczecinie).

BIBLIOGRAFIA ZAŁĄCZNIKOWA

Adrych-Brzezińska Izabela, *Ciężar dowodu w prawie i procesie cywilnym*, Warszawa 2015

Bagińska Ewa, *Odpowiedzialność deliktowa w razie niepewności związku przyczynowego. Studium prawnoporównawcze*, Toruń 2013

Bagińska Ewa, Krupa-Lipińska Katarzyna, *Zdarzenie medyczne a problem przyczynowości (w:) Kompensacja szkód wynikłych ze zdarzeń medycznych. Problematyka cywilnoprawna i ubezpieczeniowa*, red. E. Kowalewski, Toruń 2011

Białkowski Michał, *Dowód prima facie w postępowaniu cywilnym dotyczącym szkód powstałych w związku z leczeniem*, „Palestra” 2014/3–4

Janiszewska Beata, *Dowodzenie w procesach lekarskich (domniemania faktyczne i reguły wnioskowania prima facie)*, „Prawo i Medycyna” 2004/2

Kaliński Maciej, *Odpowiedzialność odszkodowawcza (w:) System Prawa Prywatnego*, t. 6, *Prawo zobowiązań – część ogólna*, red. A. Olejniczak, Warszawa 2018

- Koch Andrzej**, *Związek przyczynowy jako podstawa odpowiedzialności odszkodowawczej w prawie cywilnym*, Warszawa 1975
- Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, red. Kazimierz Piasecki, Warszawa 2016, t. 1, Legalis/el.
- Krupa-Lipińska Katarzyna**, *Związek przyczynowy w „procesach lekarskich”*, „Prawo i Medycyna” 2012/3–4
- Morawski Lech**, *Domniemania faktyczne i reguły dowodu prima facie*, „Studia Prawnicze” 1989/1–2
- Nesterowicz Mirosław**, *Adekwatny związek przyczynowy jako przesłanka odpowiedzialności cywilnej w świetle orzecznictwa sądowego (w:) Prawo prywatne czasu przemian. Księga Pamiątkowa ku czci Profesora Stanisława Sołtysińskiego*, red. A. Nowicka, Warszawa 2005
- Nesterowicz Mirosław**, *Prawo medyczne*, Toruń 2013
- Piasecki Kazimierz**, *Praktyka dowodu prima facie w procesach mankownych*, „Nowe Prawo” 1960/1
- Piasecki Kazimierz**, *System dowodów i postępowanie dowodowe w sprawach cywilnych*, Warszawa 2012
- Sośniak Mieczysław**, *Glosa do orzeczenia SN z 7.01.1966 (I CR 369/65)*, OSPiKA 1966/12, poz. 278
- Stefaniak Adam**, *Dowód prima facie w procesie cywilnym*, „Nowe Prawo” 1970/10
- Zieliński Andrzej, Flaga-Gieruszyńska Kinga**, *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, Warszawa 2015, Legalis/el.

Pojęcia kluczowe: zasada dobrego rządzenia, prawa człowieka, prawo do sądu, rzetelny proces sądowy, skuteczność ochrony prawnej, sprawiedliwość proceduralna

Artykuły

Mariola Żak

PRAWO DO SĄDU JAKO ELEMENT ZASADY DOBREGO RZĄDZENIA W ŚWIETLE ORZECZNICTWA Z ZAKRESU PRAW CZŁOWIEKA

Celem niniejszego artykułu jest przedstawienie prawa do sądu jako podstawowej gwarancji realizacji zasady dobrego rządzenia (*the principle of good governance*) w rozumieniu Europejskiego Trybunału Praw Człowieka. Znaczenie zasady dobrego rządzenia w relacjach między władzami publicznymi a obywatelami zostało wielokrotnie podkreślone w orzecznictwie strasburskim. W artykule omówiono następujące zagadnienia: pojęcie prawa do sądu, relacje między prawem do sądu a postępowaniami *quasi-sądowymi*, standardami europejskimi oraz modelami kontroli konstytucyjności prawa.

Celem niniejszego artykułu jest przedstawienie prawa do sądu jako gwarancji realizacji zasady dobrego rządzenia (*the principle of good governance*) w rozumieniu Europejskiego Trybunału Praw Człowieka¹. Rozważania są osadzone w perspektywie teoretycz-

¹ Podstaw normatywnych zasady *good governance* należy poszukiwać w wiążącym Polskę prawie europejskim i międzynarodowym. Standard dobrego rządzenia jest skierowany do władz publicznych i znajduje umocowanie w art. 1 Europejskiej konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności (Dz.U. z 1993 r. nr 61 poz. 284 ze zm.), dalej EKPC, w zw. z art. 13 EKPC. Znaczenie zasady dobrego rządzenia zostało podkreślone w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, dalej ETPCz. Zob. wyrok ETPCz z 15.09.2009 r. w sprawie *Moskal przeciwko Polsce*, skarga nr 10373/05 (§ 6, § 51, § 72); wyroki ETPCz z 28.01.2014 r. w sprawach: *Kruszyński przeciwko Polsce*, skarga nr 22534/05, *Marek przeciwko Polsce*, skarga nr 54148/09 oraz *Węgrzyn przeciwko Polsce*, skarga nr 29423/05 (§ 50), <http://hudoc.echr.coe.int/eng#> (dostęp: 7.01.2020 r.). Z powyższych orzeczeń wyłania się nowy model ochrony prawnej uwzględniający zasadę *good governance*, rozumianą jako nakaz działania

naprawnej, ogólnosystemowej i makroustrojowej, co uzasadnia brak szczegółowego podejścia do problemów, jakie poszczególne dogmatyki prawnicze analizują w kontekście prawa do sądu. Istotne dla niniejszej refleksji jest wyodrębnienie tych aspektów prawa do sądu, które są kluczowe dla realizacji zasady *good governance*. W świetle tej zasady kryterium oceny jakości rządzenia stanowi standard ochrony prawnej, którego jądrem jest prawo do sprawiedliwej procedury. Przyjmujemy przy tym konsekwentnie, że współcześnie praktyka prawnicza opiera się na dwóch podstawach – przepisach prawnych i wyprowadzanych z nich normach-regułach prawnych oraz na standardach ukształtowanych na tle przepisów lub niezależnie od nich. Standardy prawne to uogólnione wzorce postępowania dotyczące sposobu traktowania obywateli przez władze publiczne, odzwierciedlające **usprawiedliwione oczekiwania w zakresie rzetelności prawa i praktyki jego stosowania. W takim ujęciu standard *good governance* obejmuje trzy elementy: prawo do dobrego prawa (w tym prawo do dobrych polityk publicznych), prawo do dobrej administracji i prawo do sądu.**

ISTOTA ZASADY GOOD GOVERNANCE

Zasada *good governance* odnosi się do różnych aspektów funkcjonowania sądów, które należy rozpatrywać wielopłaszczyznowo i łącznie, jako zespół standardów prawidłowego działania sądownictwa. Konieczne jest uzupełnienie refleksji na temat prawa do sądu o koncepcję dobrego rządzenia wyłaniającą się z orzecznictwa z zakresu praw człowieka. W artykule omówiono kolejno następujące zagadnienia: pojęcie prawa do sądu, relacje między prawem do sądu a postępowaniami *quasi*-sądowymi (dyscyplinarnym, arbitrażowym), relacje między prawem europejskim i modelami sądowej kontroli konstytucyjności prawa.

POJĘCIE PRAWA DO SĄDU I JEGO ELEMENTY

Prawo do sądu jest prawem samoistnym, które pełni funkcję gwarancyjną względem innych praw i wolności. Jest ono podstawowym środkiem ochrony uprawnień, który podlega bezpośredniemu stosowaniu, chyba że przepisy Konstytucji² stanowią inaczej. Składa się na nie zespół mechanizmów gwarancyjnych urzeczywistnianych poprzez określone instytucje prawnoprocesowe i standardy prawne. Instytucja prawa do sądu

władz publicznych z najwyższą starannością, w sposób rzetelny, sprawny, niezwłoczny, stosowny, przewidywalny, szybki i konsekwentny. W tym ujęciu *good governance* stanowi publiczne prawo podmiotowe trzeciej generacji o charakterze pozytywno-partycypacyjnym – zob. E. Łętowska, *Czekając na Godota, czyli jak wykonywać wyroki ETPCz (uwagi na tle sprawy Moskal v. Polska)*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2011/2, s. 4–11; M. Żak, *Racjonalność komunikacyjna jako podstawa legitymizacji *good governance**, „Archiwum Filozofii Prawa i Filozofii Społecznej” 2017/2, s. 98–114; A. Andrijauskaitė, *Good Governance in the Case Law of the ECtHR: A (Patch)Work in Progress*, https://www.researchgate.net/profile/Agne_Andrijauskaitė/publication/328354943_Good_Governance_in_the_Case_Law_of_the_ECtHR_A_PatchWork_in_Progress/links/5bc848f2458515f7d9c53705/Good-Governance-in-the-Case-Law-of-the-ECtHR-A-PatchWork-in-Progress.pdf (dostęp: 7.01.2020 r.).

² Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z 2.04.1997 r. (Dz.U. nr 78 poz. 483 ze zm.).

lokuje się na styku różnych dziedzin prawa, w szczególności prawa procesowego i prawa konstytucyjnego.

Prawo do sądu zostało wyrażone w art. 45 ust. 1, art. 77 ust. 2 oraz w art. 78 Konstytucji. W myśl art. 45 ust. 1 Konstytucji każdy ma prawo do sprawiedliwego i jawnego rozpatrzenia sprawy bez nieuzasadnionej zwłoki przez właściwy, niezależny, bezstronny i niezawisły sąd. Natomiast art. 77 ust. 2 Konstytucji stanowi, że ustawa nie może nikomu zamykać drogi sądowej dochodzenia naruszonych wolności lub praw.

Prawa do sądu nie można przy tym interpretować w sposób zawężający. Wykładnia tego standardu powinna uwzględniać treść art. 31 ust. 3 Konstytucji (zasadę proporcjonalności) oraz art. 176 ust. 1–2 Konstytucji (zasadę dwuinstancyjności postępowania, wymóg określoności przepisów regulujących prawo do sądu). Ponadto należy wskazać, że każda ze stron postępowania ma prawo zaskarżenia orzeczeń lub decyzji wydanych w pierwszej instancji. Wyjątki od tej zasady oraz tryb zaskarżania określa ustawa (art. 78 Konstytucji). Prawo do sądu zostało wyrażone w art. 7 ustawy – Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi³ i w art. 10 p.p.s.a. Przywołane przepisy odnoszą się zarówno do zasady sądowego wymiaru sprawiedliwości, jak i praw jednostki (ochrony praw podmiotowych)⁴. Przepisy te powinny być interpretowane w ścisłym związku z art. 175 ust. 1 Konstytucji, zgodnie z którym wymiar sprawiedliwości w Rzeczypospolitej Polskiej sprawują: Sąd Najwyższy, sądy powszechne, sądy administracyjne i sądy wojskowe. Natomiast w myśl art. 184 Konstytucji sądy administracyjne sprawują kontrolę działalności administracji publicznej. Zgodnie z art. 186 ust. 1 Konstytucji na straży niezależności sądów i niezawisłości sędziów stoi Krajowa Rada Sądownictwa. Do szeroko pojmowanej władzy sądowniczej należy zaliczyć Trybunał Konstytucyjny i Trybunał Stanu. Podmioty te nie sprawują wymiaru sprawiedliwości, ale są elementem architektury instytucjonalnej sądownictwa.

Przechodząc do analizy treści prawa do sądu, należy zauważyć, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem i poglądami doktryny prawniczej prawo to ma charakter wieloskładnikowy⁵ i obejmuje cztery równoprawne elementy:

- 1) prawo do sprawiedliwego wyroku sądowego⁶ wraz z uzasadnieniem (prawo do rozpatrzenia sprawy i uzyskania wiążącego jej rozstrzygnięcia przez niezależny, bezstronny, niezawisły sąd),
- 2) prawo dostępu do właściwego sądu⁷,

³ Ustawa z 30.08.2002 r. – Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi (Dz.U. z 2019 r. poz. 1270 ze zm.), dalej p.p.s.a.

⁴ Z. Czeszejko-Sochacki, *Prawo do sądu w świetle Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej (ogólna charakterystyka)*, „Państwo i Prawo” 1997/11–12, s. 89.

⁵ Zob. wyrok TK z 9.06.1998 r. (K 28/97), OTK 1998/4, poz. 50.

⁶ Zob. wyrok TK z 16.12.2008 r. (P 17/07), Dz.U. nr 228, poz. 1524.

⁷ Zob. wyrok TK z 7.09.2004 r. (P 4/04), OTK-A 2004/8, poz. 81; postanowienie NSA z 6.10.2010 r. (II OSK 1912/10), CBOSA. W doktrynie powszechnie aprobowany jest pogląd, że prawo dostępu do sądu jest nieco inaczej rozumiane na gruncie postępowania cywilnego, a inaczej w sferze postępowania karnego. W postępowaniu cywilnym oznacza ono prawo zainicjowania postępowania sądowego. Natomiast w postępowaniu karnym jest ono interpretowane jako prawo do rozpatrzenia sprawy przez niezawisły i bezstronny sąd, z zachowaniem naczelných zasad i fundamentalnych gwarancji procesowych.

- 3) prawo do odpowiednio ukształtowanej procedury sądowej⁸ (m.in. prawo do odpowiednio ukształtowanego systemu środków dowodowych i środków zaskarżenia⁹, prawo stron do przedstawienia argumentów¹⁰, prawo obywatela do bycia rzetelnie i profesjonalnie reprezentowanym, prawo do obrony, prawo do uczciwego, publicznego, jawnego procesu, prawo dostępu do informacji o stanie sprawy, prawo do rozpoznania i rozstrzygnięcia sprawy w rozsądnym terminie¹¹ i bez nieuzasadnionej zwłoki),
- 4) prawo do odpowiednio ukształtowanego ustroju i pozycji konstytucyjnych organów wymiaru sprawiedliwości¹².

W doktrynie rozpatruje się prawo do sądu w dwóch znaczeniach – jako zasadę konstytucyjną oraz jako prawo podmiotowe. Prawo do sądu w sensie zasady konstytucyjnej stanowi normę prawną skierowaną do organów władzy publicznej zobowiązującą je do ukształtowania niezależnego, bezstronnego, niezawisłego sądownictwa, które orzekać będzie we wszystkich rodzajach spraw lub sporów prawnych¹³. Natomiast jako konstytucyjne prawo podmiotowe oznacza ono chroniony przez prawo interes jednostki wyczerpujący się w uprawnieniach, takich jak dostęp do sądu i wiążące rozstrzygnięcie sprawy¹⁴.

⁸ Zob. wyrok TK z 10.07.2000 r. (SK 12/99), OTK 2000/5, poz. 143.

⁹ Zob. wyroki ETPCz: z 22.03.2007 r. w sprawach *Siatkowska przeciwko Polsce* (skarga nr 8932/05) i *Staroszczyk przeciwko Polsce* (skarga nr 59519/00); z 7.07.2007 r. w sprawie *Bobek przeciwko Polsce* (skarga nr 68761/01); z 10.09.2010 r. w sprawie *McFarlane przeciwko Irlandii* (skarga nr 31333/06).

¹⁰ Jak wskazuje M.A. Nowicki, „w sprawach cywilnych, w odróżnieniu od spraw karnych, nie gwarantuje się stronom prawa do osobistego udziału w rozprawie, pod warunkiem, że mają one zapewnioną reprezentację prawną” – zob. M.A. Nowicki, *Wokół Konwencji Europejskiej. Komentarz do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka*, Warszawa 2013, s. 512.

¹¹ ETPCz bada cztery kryteria rozpatrzenia sprawy w „rozsądnym terminie”: złożoność sprawy, zachowanie się skarżącego, zachowanie władz krajowych, znaczenie sprawy dla interesów skarżącego – zob. A. Skowron, *Rzetelny proces karny w ujęciu Karty Praw Podstawowych Unii Europejskiej oraz Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności*, „Prokuratura i Prawo” 2017/11, s. 20–21. Por. np. wyrok ETPCz z 30.10.1998 r. w sprawie *Styranowski przeciwko Polsce* (skarga nr 28616/95) oraz wyrok ETPCz z 26.10.2000 r. w sprawie *Kudła przeciwko Polsce* (skarga nr 30210/96).

¹² Problematyka ustrojowo-organizacyjna stanowi punkt odniesienia dla analizy wszystkich elementów prawa do sądu. Tzw. czwarty element prawa do sądu ma charakter pochodny i pomocniczy względem pozostałych elementów. Uwypukla on rolę systemowych zabezpieczeń praw i wolności jednostek dla realizacji standardu skutecznej ochrony sądowej. Kształtowanie ustroju i organizacji sądów należy wprawdzie do spraw wewnętrznych państwa członkowskiego, ale jednocześnie powinno być dokonywane w zgodzie ze standardami konstytucyjnymi i unijnymi. Zob. np. wyrok TK z 24.10.2007 r. (SK 7/06), OTK ZU 2007/9, poz. 108; wyrok TK z 12.07.2011 r. (SK 49/08), OTK-A ZU 2011/6, poz. 55; wyrok TK z 23.11.2016 r. (K 6/14), Dz.U. z 2016 r. poz. 2205. Zob. też wyroki Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (TSUE): z 27.02.2018 r. w sprawie C-64/16 – *Associação Sindical dos Juízes Portugueses przeciwko Tribunal de Contas* (ECLI:EU:C:2018:117) oraz z 25.07.2018 r. w sprawie C-216/18 – *PPU – Minister for Justice and Equality przeciwko LM* (ECLI:EU:C:2018:517).

¹³ D. Lis-Staranowicz, *Konstytucyjne środki ochrony wolności i praw (w:) Wolności i prawa człowieka w Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*, red. M. Chmaj, Warszawa 2016, s. 240.

¹⁴ D. Lis-Staranowicz, *Konstytucyjne...*, s. 241.

Niezmiernie istotnym standardem wynikającym z zasady prawa do sądu jest również prawo do uzyskania skutecznej egzekucji wyroku wydanego przez sąd¹⁵. Ponadto z punktu widzenia konstytucyjnego prawa dostępu do sądu za kluczowy element prawa do sądu uznaje się standard proporcjonalności opłat i kosztów sądowych. Trybunał Konstytucyjny zauważył, że „prawo do sądu pełni ważną rolę w demokratycznym społeczeństwie i nie może być fasadowe czy teoretyczne, ale efektywne i praktyczne. (...) Nadmierna bariera kosztowa może hamować dostęp do rozstrzygnięcia sprawy przez sąd (zwyfikowania przez sąd rozstrzygnięcia organu niesądowego), przekształcając się w opłatę nieproporcjonalnie dolegliwą, czy wręcz zaporową (...)”¹⁶.

Jak już zostało zasygnalizowane, prawo do sądu obejmuje dwa koherentne wymiary: aspekt materialny – pozytywny (art. 45 ust. 1 Konstytucji) i aspekt formalny – negatywny (art. 77 ust. 2 Konstytucji)¹⁷. Naruszenie prawa do sądu może mieć przy tym charakter bezpośredni (ujęcie szerokie) lub pośredni (ujęcie wąskie).

Po pierwsze, w szerokim ujęciu, naruszenie prawa do sądu może polegać na naruszeniu fundamentalnych gwarancji procesowych. Prawo do rzetelnego procesu sądowego i merytorycznego rozpatrzenia sprawy jest więc traktowane jako samodzielny przedmiot ochrony¹⁸. W tej sytuacji prawo do sądu i jego naruszenia rozpatruje się z punktu widzenia kryteriów sprawiedliwości proceduralnej. Zgodnie z ugruntowanym orzecnictwem na istotę sprawiedliwości proceduralnej składają się następujące funkcjonalnie powiązane uprawnienia:

- 1) prawo do wysłuchania,
- 2) prawo do informowania,
- 3) obowiązek sądu zbadania wszystkich istotnych aspektów danej sprawy (rozpoznania istoty sprawy),
- 4) obowiązek ujawnienia w sposób jasny, rzeczowy, klarowny, czytelny toku rozumowania sądu w celu stworzenia adresatowi orzeczenia (decyzji prawnej) możliwości weryfikacji argumentacji przedstawionej w jego uzasadnieniu,
- 5) przejrzyste zaprezentowanie motywów rozstrzygnięcia sądowego (tzw. rzetelne uzasadnienie),
- 6) unikanie arbitralności, w szczególności poprzez oparcie procedury prawnej na zasadzie jawności postępowania, równości stron i zapewnienie udziału zainteresowanych podmiotów w postępowaniu sądowym,

¹⁵ Zob. wyrok TK z 24.02.2003 r. (K 28/02), OTK ZU 2003/2, poz. 13.

¹⁶ Wyrok TK z 15.04.2014 r. (SK 12/13), OTK-A ZU 2014/4, poz. 41. Na temat zakazu dyskryminacji z przyczyny majątkowej w kontekście analizy prawa dostępu do sądu i zasady równości wobec prawa zob. też wyrok TK z 29.08.2006 r. (SK 23/05), OTK-A ZU 2006/8, poz. 94 oraz wyrok ETPCz z 26.04.2018 r. w sprawie *Sępczyński przeciwko Polsce*, skarga nr 78352/14.

¹⁷ M. Florczak-Wątor, *Prawo do sądu jako prawo jednostki i jako gwarancja horyzontalnego działania praw i wolności*, „Przegląd Prawa Konstytucyjnego” 2016/3, s. 51.

¹⁸ Zob. np. wyrok TK z 30.10.2012 r. (SK 8/12), OTK-A ZU 2012/9, poz. 111. W uzasadnieniu przedmiotowego wyroku TK wskazał, że „ustawodawca dysponuje szerokim zakresem swobody w kształtowaniu procedur sądowych, w tym w stanowieniu wymogów formalnych w celu usprawnienia postępowania, ale w granicach, w jakich nie niweczy to celu danego postępowania”.

- 7) zapewnienie przewidywalności rozstrzygnięcia sądowego i spójności działania systemu (wymiaru) sprawiedliwości¹⁹.

Po drugie, wąsko rozumiane naruszenie prawa do sądu ma charakter pośredni (refleksowy) i jest rozpatrywane w kontekście naruszenia innych praw podmiotowych. Sposób interpretacji prawa do sądu kształtuje się sytuacyjnie, jest zależny od pozycji procesowej i treści zarzutu naruszenia tego prawa (konkretnych uchybień proceduralnych).

Wdrażanie standardów prawa do sądu może być również analizowane w kategoriach wielopoziomowego zarządzania (*multi-level governance*) rozumianego jako zdecentralizowany i partycypacyjny proces kształtowania systemu ochrony prawnej. W tym ujęciu podstawą dobrego rządzenia jest prawo do dobrej organizacji praktyki orzeczniczej.

PRAWO DO SĄDU A POSTĘPOWANIA PRZED ORGANAMI QUASI-SĄDOWYMI

Ważny wątek analizy stanowi refleksja nad relacją pomiędzy prawem do sądu a postępowaniem dyscyplinarnym. Prawo do sądu dyscyplinarnego to przede wszystkim prawo dostępu do sądu (*right to access to the court*) oraz prawo do rzetelnego procesu (zasada *fair trial*), rozumiane zgodnie z ogólnymi standardami przyjętymi w prawie międzynarodowym i europejskim²⁰. Powierzenie spraw dyscyplinarnych organom samorządów zawodowych nie stanowi naruszenia prawa do sądu pod tym wszakże warunkiem, że organ dyscyplinarny spełnia kryteria właściwe dla sądu albo decyzje owego organu podlegają kontroli sądowej. Sądy dyscyplinarne stanowią element rządów korporacji, mają status emanacji państwa, ponieważ uczestniczą w wykonywaniu funkcji publicznych. Nie są one sądami w rozumieniu konstytucyjnym (art. 45 Konstytucji), gdyż są zorganizowane poza strukturami państwa, a nadzór judykacyjny nad postępowaniem dyscyplinarnym sprawuje Sąd Najwyższy.

Odpowiedzialność dyscyplinarna (etyczno-zawodowa) jest instytucją, na którą składają się normy prawa materialnego, procesowego, ustrojowego i reguły deontologiczne. Kwestia charakteru prawnego tej instytucji jest sporna. Niektórzy autorzy uznają prawo dyscyplinarne za gałąź prawa karnego, część przedstawicieli doktryny wskazuje, że bliższe jest ono prawu administracyjnemu, a jeszcze inni badacze przyjmują, iż ma ono charakter interdyscyplinarny²¹.

Rozprawa przed sądem dyscyplinarnym ma charakter *quasi-sądowy*²². Sądy dyscyplinarne są sądami *meriti* w sprawach o naruszenie reguł deontologii zawodowej. Organy te współkształtują zatem standard ochrony prawnej. W radcowskim orzecznictwie dyscy-

¹⁹ Zob. np. wyrok TK z 20.07.2004 r. (SK 19/02), OTK-A 2004/7, poz. 67; wyrok TK z 31.01.2005 r. (SK 27/03), OTK-A ZU 2005/1, poz. 8, wyrok TK z 16.01.2006 r. (SK 30/05), OTK-A ZU 2006/1, poz. 2; wyrok TK z 26.02.2008 r. (SK 89/06), OTK-A ZU 2008/1, poz. 7.

²⁰ S. Pilipiec, *Prawo do sądu w sprawach dyscyplinarnych radców prawnych*, „Studia Iuridica Lublinensia” 2016/3, s. 758.

²¹ P. Skuczyński, *Nierepresyjne funkcje odpowiedzialności dyscyplinarnej a model postępowania w sprawach dyscyplinarnych*, „Przegląd Legislacyjny” 2017/3, s. 35.

²² Na temat statusu prawnego sądów dyscyplinarnych zob. np. wyrok TK z 8.12.1998 r. (K 41/97), Dz.U. z 1998 r. nr 158 poz. 1043.

plinarynym wskazuje się, że „wydając orzeczenie w sprawie sąd dyscyplinarny powinien zważyć, aby orzeczona kara była współmierna do stopnia zawinienia i społecznej szkodliwości czynu, odpowiadała społecznemu poczuciu sprawiedliwości oraz realizowała cele zapobiegawcze i wychowawcze w stosunku do sprawcy czynu zabronionego”²³. Postępowanie sądowe i postępowanie dyscyplinarne pełnią różne, chociaż dopełniające się funkcje²⁴. Zasadę *good governance* można uznać za standard proceduralny skierowany do organów dyscyplinarnych. Stanowi on dodatkową gwarancję sprawnego i efektywnego zarządzania postępowaniem w warunkach zbiegu postępowania dyscyplinarnego z postępowaniami sądowymi toczącymi się przeciwko obwinionemu.

W następnej kolejności trzeba rozważyć kwestię stosunku pomiędzy prawem do sądu a postępowaniem przed sądami polubownymi (arbitrażowymi). Istotna rozbieżność w doktrynie rysuje się co do relacji pomiędzy sądownictwem polubownym a publicznym wymiarem sprawiedliwości (sądami państwowymi)²⁵.

Według pierwszego stanowiska sądu polubownego nie można uznać za część wymiaru sprawiedliwości, prawo do sądu jest zaś urzeczywistniane poprzez nadzór sądów powszechnych nad sądami polubownymi. Natomiast w świetle drugiego stanowiska alternatywne metody rozwiązywania sporów, takie jak mediacja czy arbitraż, są elementem szeroko pojętego wymiaru sprawiedliwości, co pozwala uznać, że realizują one jednocześnie zasadę prawa do sądu. W takim ujęciu prawo do sądu nie wyłącza możliwości stosowania alternatywnych metod rozwiązywania sporów (*Alternative Dispute Resolution*, ADR), np. arbitrażu społecznego. Prawu do sprawiedliwego procesu sądowego powinno odpowiadać prawo do poszukiwania słusznego (sprawiedliwego) rozwiązania sporu w ramach ADR²⁶. Natomiast stosowanie zasady *good governance* w relacjach horyzontalnych sprzyja poprawie efektywności ochrony prywatnych praw podmiotowych.

²³ Orzeczenie Wyższego Sądu Dyscyplinarnego Krajowej Izby Radców Prawnych w Warszawie z 23.04.2014 r. (WO – 112/2013), <http://orzeczenia.net/items/show/20> (dostęp: 7.01.2020 r.).

²⁴ Zob. np. orzeczenie Wyższego Sądu Dyscyplinarnego Adwokatury z 4.07.2015 r. (WSD 51/15), <http://wsd.adwokatura.pl/orzecznictwo/orzeczenia-i-postanowienia-wyzszego-sadu-dyscyplinarnego-pid=55&sid=485:orzeczenie-wsd-z-dnia-4-lipca-2015r>. (dostęp: 7.01.2020 r.). W uzasadnieniu tego orzeczenia wskazano, że „fakt wymierzenia obwinionemu kary przez sąd powszechny nie może wpływać na ocenę deontologiczną jego postępowania w płaszczyźnie odpowiedzialności dyscyplinarnej. Postępowanie karne oraz postępowanie dyscyplinarne pełnią odmienne funkcje. Postępowanie dyscyplinarne toczy się niezależnie od postępowania karnego o ten sam czyn (art. 86 ustawy – Prawo o adwokaturze). Ocena zachowania obwinionego w płaszczyźnie dyscyplinarnej może być zasadniczo odmienna od dokonanej oceny prawnokarnej, w tym także bardziej surowa dla obwinionego. Z perspektywy sądu powszechnego nie musiało mieć decydującego znaczenia to, że zachowanie obwinionego wpłynęło na negatywne postrzeganie osób wykonujących zawody zaufania publicznego, godziło w dobre imię adwokatury oraz naruszyło standardy składające się na budowanie pozytywnego odbioru całego systemu wymiaru sprawiedliwości. Te okoliczności mają jednak fundamentalne znaczenie dla oceny dyscyplinarnej postępowania obwinionego”.

²⁵ P. Pest, *Sąd polubowny a wymiar sprawiedliwości i prawo do sądu* (w:) *Acta Erasmiana III. Prace prawnicze*, red. M. Sadowski, P. Szymaniec, Wrocław 2012, s. 93–94.

²⁶ K. Gajda-Roszczyńska, *Komentarz do art. 2 (w:) Kodeks postępowania cywilnego. Tom I. Komentarz do art. 1–729*, red. A. Góra-Błaszczkowska, Warszawa 2015, s. 32.

PRAWO DO SĄDU A STANDARDY KONWENCYJNE I UNIJNE

Prawo do sądu potwierdzają regulacje międzynarodowe (art. 14 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych²⁷, art. 6 ust. 1 i art. 13 EKPC) oraz art. 47 Karty Praw Podstawowych²⁸ gwarantujący prawo do skutecznego środka prawnego i dostępu do bezstronnego sądu. Zasada efektywnej ochrony praw człowieka została *explicite* wyrażona w preambule EKPC i potwierdzona w orzecznictwie ETPCz²⁹. W Unii Europejskiej EKPC jest instrumentem prawnym stanowiącym podstawę ochrony gwarancji procesowych³⁰. Natomiast standard efektywnej ochrony sądowej obywateli Unii Europejskiej wyrasta z zasad:

- bezpośrednio skuteczności prawa unijnego,
- pierwszeństwa prawa unijnego,
- solidarności i lojalności państw członkowskich względem wspólnoty unijnej.

Zasada bezpośredniego skutku prawa UE jest warunkiem zapewnienia należytej skuteczności prawu unijnemu w porządkach prawnych państw członkowskich. Zasada ta umożliwia jednostkom egzekwowanie uprawnień przysługujących im na mocy prawa unijnego wprost przed organami krajowymi³¹. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem można wyróżnić cztery podstawowe mechanizmy oddziaływania prawa unijnego na prawo państw członkowskich:

- 1) odpowiedzialność odszkodowawczą państw członkowskich z tytułu naruszenia prawa Unii Europejskiej,
- 2) wzruszalność prawomocnego rozstrzygnięcia krajowego,
- 3) ograniczenie mocy wiążącej (pominięcie skutku prawnego, niestosowalność) prawomocnego rozstrzygnięcia krajowego,
- 4) wszczęcie przeciwko państwu członkowskiemu postępowania na podstawie art. 258–260 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej³².

Należy przy tym zauważyć, że sądy krajowe są równocześnie sądami prawa unijnego. Efektywna realizacja prawa do sądu w sprawach unijnych wymaga dokonywania przez organy stosujące prawo prounijnej (proeuropejskiej) wykładni prawa krajowego, nazywanej też zasadą pośredniego skutku prawa unijnego, „implementacją poprzez wykładnię” lub *benigna interpretatio*³³. Obowiązek zapewnienia efektywności (praktycz-

²⁷ Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych uchwalony na mocy rezolucji Zgromadzenia Ogólnego nr 2200A (XXI) z 16.12.1966 r.

²⁸ Karta praw podstawowych Unii Europejskiej (Dz.Urz. UE C 326/02 z 26.10.2012 r.).

²⁹ Zob. np. wyrok ETPCz z 6.02.1981 r. w sprawie *Airey przeciwko Irlandii*, skarga nr 6289/73.

³⁰ H. Kuczyńska, *Rzetelny proces karny w prawie UE oraz w orzecznictwie ETS (w:) Rzetelny proces karny w orzecznictwie sądów polskich i międzynarodowych*, red. P. Wiliński, Warszawa 2009, s. 152.

³¹ M. Taborowski, *Konsekwencje naruszenia prawa Unii Europejskiej przez sądy krajowe*, Warszawa 2012, s. 17.

³² M. Taborowski, *Konsekwencje...*, s. 24.

³³ Zob. np. wyroki Trybunału Sprawiedliwości: z 10.04.1984 r. w sprawie C-14/83 – *Sabine von Colson i Elizabeth Kamann przeciwko Land Nordrhein-Westfalen* (ECLI:EU:C:1984:153); z 13.11.1990 r. w spra-

nej skuteczności) prawu unijnemu służy jednolitemu kształtowaniu gwarancji sprawiedliwości proceduralnej i realizacji zasady *good governance*, rozumianej jako warunek materialnej konwergencji systemów prawnych państw członkowskich. Na poziomie praktyki stosowania i wykładni prawa krajowego zasada *effet utile*, skierowana pierwotnie do prawodawcy krajowego, przybiera postać zasady wykładni pronunijnej. Zasady te stanowią element refleksyjnej legitymizacji orzeczeń sądowych³⁴. Wskazuje się przy tym, że dzięki prawu do rzetelnego (sprawiedliwego) procesu jednostka staje się partycypatywna³⁵. Otwartość postępowania sądowego służy ochronie praw podmiotowych o charakterze wolnościowym.

PRAWO DO SĄDU A MODELE KONTROLI KONSTYTUCYJNOŚCI PRAWA

Istotną gwarancją realizacji prawa do sądu jest również kontrola konstytucyjności prawa. Można przy tym wyróżnić dwa modele owej kontroli – scentralizowany oraz rozproszony. Model scentralizowany opiera się na koncepcji monizmu konstytucyjnego w rozumieniu Hansa Kelsena. Kontrola scentralizowana jest sprawowana przez sąd konstytucyjny. Model kontroli rozproszonej (incydentalnej) ma natomiast charakter subsydiarny wobec modelu scentralizowanego, ponieważ umożliwia kontrolę standardów działania władz przez sądy powszechne i administracyjne na zasadzie pomocniczości. Kontrola rozproszona polega na rozstrzygnięciu problemów konstytucyjnych m.in. poprzez dokonywanie prokonstytucyjnej wykładni (odmowę zastosowania przez sąd przepisu w sposób oczywisty sprzecznego z Konstytucją w określonym zakresie)³⁶. W dobie wielopoziomowego konstytucjonalizmu standardem staje się współistnienie i wzajemne uzupełnianie się dwóch modeli kontroli konstytucyjności prawa, a więc model mieszany. Elementem prawa do sądu i horyzontalnego

wie C-106/89 – *Marleasing SA v. La Comercial Internacional de Alimentacion SA* (ECLI:EU:C:1990:395); z 13.07.2000 r. w sprawie C456/98 – *Centrosteeel Srl v. Adipol GmbH* (ECLI:EU:C:2000:402); z 4.07.2006 r. w sprawie C-212/04 – *Konstantinos Adeneler i inni v. Ellinikos Organismos Galaktos (ELOG)* (ECLI:EU:C:2006:443). Por. też orzecznictwo sądów polskich, np. wyrok TK z 12.01.2005 r. (K 24/04), OTK-A ZU 2005/1, poz. 3; wyrok TK z 16.11.2011 r. (SK 45/09), OTK-A 2011/9, poz. 97; wyrok SN z 17.05.2012 r. (IPK 179/11), LEX nr 1219491; wyrok NSA z 8.11.2011 r. (II OSK 1824/11), CBOSA; wyrok NSA z 12.09.2012 r. (IFSK 1781/11), CBOSA (dostęp: 7.01.2019 r.).

³⁴ T.T. Koncewicz, *Sądowa sprawiedliwość proceduralna w prawie europejskim*, „Gdańskie Studia Prawnicze” 2016/1, s. 204.

³⁵ Zob. J. Helios, *Aksjologia procedur Unii Europejskiej. Szkic problemu*, „Przegląd Prawa i Administracji” 2015/3361, s. 653. Na temat negatywnych aspektów emancypacji prawnoprocesowej jednostki zob. np. M. Szwałd, M. Szwałd, *Nadużycie prawa do sądu w postępowaniu sądownoadministracyjnym*, „Zeszyty Naukowe Sądownictwa Administracyjnego” 2016/6, s. 52–76.

³⁶ Zob. M. Gutowski, P. Kardas, *Sądowa kontrola konstytucyjności prawa. Kilka uwag o kompetencjach sądów powszechnych do bezpośredniego stosowania Konstytucji*, „Palestra” 2016/4, s. 11. Por. także wyrok TK z 13.03.2007 r. (K 8/07), OTK-A 2007/3, poz. 26. W wyroku tym TK zważył, że „o ile Trybunał Konstytucyjny orzeka tylko w wypadku kolizji pionowych (sprzeczność z aktem wyższej rangi), o tyle sądy i organy bezpośrednio stosujące prawo są zobowiązane – w wypadku dostrzeżenia sprzeczności horyzontalnej, niejednoznaczności, interferencji normowania – doprowadzić w drodze interpretacji do ładu legislacyjnego i usunięcia sprzeczności w drodze interpretacji”. Odmienny pogląd wyraził jednak m.in. SN w wyroku z 16.06.2016 r. (SNO 21/16), LEX nr 2064239.

działania praw konstytucyjnych jest prawo do bezpośredniego stosowania przepisów Konstytucji³⁷. Zdecentralizowana kontrola konstytucyjności prawa jest narzędziem ochrony interesu prawnego jednostki gwarantowanego na gruncie konstytucyjno-prawnym, ale jednocześnie nie może prowadzić do nadużycia przez interpretatora władzy względem prawodawcy. Jak trafnie wskazuje Anna Machnikowska, „w celu uniknięcia tego typu kolizji uzasadnienie zwiększonej aktywności sędziego powinno być bardzo wąskie. Wymienia się wówczas reakcję sędziego na legalne bezprawie oraz możliwość przyznania przez sędziego pierwszeństwa wykładni funkcjonalnej z powodu potrzeby wsparcia immanentnych wartości demokratycznego państwa prawnego, przy zachowaniu kryteriów konieczności”³⁸.

Orzeczenie wydane w trybie rozproszonej sądowej kontroli konstytucyjności nie prowadzi rzecz jasna do derogacji przepisu prawnego, ma charakter prejudykatu i wywołuje skutek prawny jedynie *in casu*, a więc w relacjach między stronami danego stosunku prawnego. Oznacza to, że w zakresie oceny konstytucyjności nie jest ono wprost wiążące dla innych sądów i organów władzy publicznej. Rozproszona kontrola konstytucyjności należy bowiem do sfery zadań, a nie kompetencji sądów powszechnych i administracyjnych³⁹. Zasadność i prawidłowość zastosowania przepisów Konstytucji przez sąd są weryfikowane w postępowaniu odwoławczym. Bezpośrednie zastosowanie przepisów ustawy zasadniczej, uzasadnione merytorycznie oraz z punktu widzenia realizacji prawa do sądu i aksjologii konstytucyjnej, nie może stanowić przesłanki odpowiedzialności dyscyplinarnej sędziego⁴⁰.

PODSUMOWANIE

Kluczowe znaczenie dla realizacji zasady *good governance* ma prawo do sądu rozumiane jako gwarancja sprawnego funkcjonowania sądownictwa. W tym miejscu ujawnia się związek między prawem do sądu a dobrym administrowaniem sądami. Zasada *good governance* obejmuje wiele szczegółowych zasad, np. spójności, otwartości. Dobre rządzenie stanowi standard prawny, rodzaj aspiracji organizacyjnej, kryterium oceny tzw. rządności sądów (*judicial governance*), czyli wykonywania władzy przez sąd jako wspólnotę lub organizację sędziów⁴¹. Nowoczesne formy dobrego rządzenia w wymiarze sprawiedliwości są budowane w oparciu o sieci dialogu międzysądowego⁴². Zasada dobrego rządzenia jest istotnym elementem refleksji nad realizacją tzw. czwartego elementu prawa do sądu w warunkach pluralizmu konstytucyjnego i suwerenności kooperacyjnej (partycypacyjnej). Standardy prawa do sądu podlegają realizacji na wielu szczeblach wieloskładnikowego systemu prawa.

³⁷ M. Florczak-Wątor, *Prawo do sądu...*, s. 65.

³⁸ A. Machnikowska, *Zasada niezawisłości sędziów a wykładnia prawa* (w:): *Wykładnia prawa. Tradycja i perspektywy*, red. M. Hermann, S. Sykuna, Warszawa 2016, s. 245–246.

³⁹ L. Garlicki, *Sądy a Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej*, „Przegląd Sądowy” 2016/7–8, s. 14.

⁴⁰ P. Skuczyński, *Bezpośrednie stosowanie Konstytucji RP przez sądy a odpowiedzialność dyscyplinarna sędziów*, „Kwartalnik o Prawach Człowieka” 2017/22–23, s. 94.

⁴¹ M. Zirk-Sadowski, *Rządność sądów a zarządzanie przez sądy*, „Zarządzanie Publiczne” 2009/1, s. 45–46.

⁴² K.J. Kaleta, *Rola dialogu w kulturze konstytucyjnej*, „Państwo i Prawo” 2010/12, s. 19 i 26.

Standard ochrony praw i wolności człowieka obejmuje przy tym dwa uzupełniające się wymiary – potencjalny (zagwarantowany w przepisach prawa) oraz realizacyjny (faktualny). Przez standard należy rozumieć zarówno ideał (wzorzec) instytucjonalny, jak i rzeczywistą praktykę, wskaźnik zgodności działania władz publicznych z aksjologią konstytucyjną. Krajowe organy procesowe rozliczane są ze standardu jako całokształtu praktyki stosowania i kontroli prawa. Realizacyjne rozumienie standardu prawnego jest silnie ugruntowane w praktyce trybunałów ponadnarodowych. ETPCz i TSUE oceniają kwestie ustrojowe i organizację krajowego wymiaru sprawiedliwości przez pryzmat zasady dobrego rządzenia w celu określenia poziomu standardu ochrony prawnej w danej sprawie. Przyjmując taką interpretację standardu, należy stwierdzić, że w polskim porządku prawnym prawo do sądu jest realizowane w sposób niewystarczający co do wielu jego elementów. Dlatego też w niniejszym artykule wyrażano i wspierano opinię, że interpretacja prawa do sądu przez pryzmat zasady dobrego rządzenia może być inspirująca dla dalszych badań w tym zakresie i użyteczna dla praktyki prawniczej.

ABSTRACT

Mariola Żak

The author is a doctor of legal sciences (LL.D.), graduate of law studies, Postgraduate Studies in Company Law and a member of the Department of Philosophy of Law and State Science at the Faculty of Law and Administration at the University of Warsaw, judge's legal assistant in the Financial Chamber at the Supreme Administrative Court, she also gained experience i.a. as an attorney trainee, at a state court and international law firm, specializes in the theory and philosophy of law.

The right to trial as an element of the principle of good governance in the light of the human rights case law

The purpose of this article is to present the right to trial as a basic guarantee of the implementation of the principle of good governance within the meaning of the European Court of Human Rights. The importance of the principle of good governance in the relations between public authorities and citizens was emphasized in the Strasbourg case law. The article discusses the following issues: the concept of the right to a trial, the relationship between the right to a trial and quasi-judicial proceedings, European standards and models of review of the constitutionality of law.

Keywords: *the principle of good governance, human rights, right to trial, due process of law, effectiveness of legal protection, procedural justice*

dr Mariola Żak

ORCID: 0000-0003-1349-2246; e-mail: mariolazak@poczta.fm

Autorka jest doktorem nauk prawnych, absolwentką studiów prawniczych, Podyplomowego Studium Prawa Spółek, członkiem Katedry Filozofii Prawa i Nauki o Państwie na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego, asystentem sędziego w Izbie Finansowej Naczelnego Sądu Administracyjnego, doświadczenie zawodowe zdobywała również jako aplikant radcowski, w sądownictwie powszechnym i międzynarodowej kancelarii prawniczej, specjalizuje się w teorii i filozofii prawa.

BIBLIOGRAFIA ZAŁĄCZNIKOWA

Andrijauskaitė Agne, *Good Governance in the Case Law of the ECtHR: A (Patch) Work in Progress*, https://www.researchgate.net/profile/Agne_Andrijauskaite/publication/328354943_Good_Governance_in_the_Case_Law_of_the_ECtHR_A_PatchWork_in_Progress/links/5bc848f2458515f7d9c53705/Good-Governance-in-the-Case-Law-of-the-ECtHR-A-PatchWork-in-Progress.pdf (dostęp: 7.01.2020 r.)

Czeszejko-Sochacki Zdzisław, *Prawo do sądu w świetle Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej (ogólna charakterystyka)*, „Państwo i Prawo” 1997/11–12, s. 89

Florczak-Wątor Monika, *Prawo do sądu jako prawo jednostki i jako gwarancja horyzontalnego działania praw i wolności*, „Przegląd Prawa Konstytucyjnego” 2016/3, s. 51

Gajda-Roszczyńska Katarzyna, *Komentarz do art. 2 (w:) Kodeks postępowania cywilnego. Tom I. Komentarz do art. 1–729*, red. A. Góra-Błaszczkowska, Warszawa 2015

Garlicki Lech, *Sądy a Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej*, „Przegląd Sądowy” 2016/7–8, s. 14

Gutowski Maciej, Kardas Piotr, *Sądowa kontrola konstytucyjności prawa. Kilka uwag o kompetencjach sądów powszechnych do bezpośredniego stosowania Konstytucji*, „Palestra” 2016/4, s. 11

Helios Joanna, *Aksjologia procedur Unii Europejskiej. Szkic problemu*, „Przegląd Prawa i Administracji” 2015/3361, s. 653

Kaleta Krzysztof J., *Rola dialogu w kulturze konstytucyjnej*, „Państwo i Prawo” 2010/12, s. 17

Koncewicz Tomasz T., *Sądowa sprawiedliwość proceduralna w prawie europejskim*, „Gdańskie Studia Prawnicze” 2016/1, s. 204

Kuczyńska Hanna, *Rzetelny proces karny w prawie UE oraz w orzecznictwie ETS (w:) Rzetelny proces karny w orzecznictwie sądów polskich i międzynarodowych*, red. P. Wiliński, Warszawa 2009

- Lis-Staranowicz Dorota**, *Konstytucyjne środki ochrony wolności i praw* (w:) *Wolności i prawa człowieka w Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*, red. M. Chmaj, Warszawa 2016
- Łętowska Ewa**, *Czekając na Godota, czyli jak wykonywać wyroki ETPCz (uwagi na tle sprawy Moskal v. Polska)*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2011/2, s. 4
- Machnikowska Anna**, *Zasada niezawisłości sędziów a wykładnia prawa* (w:) *Wykładnia prawa. Tradycja i perspektywy*, red. M. Hermann, S. Sykuna, Warszawa 2016
- Nowicki Marek A.**, *Wokół Konwencji Europejskiej. Komentarz do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka*, Warszawa 2013
- Pest Przemysław**, *Sąd polubowny a wymiar sprawiedliwości i prawo do sądu* (w:) *Acta Erasmiانا III. Prace prawnicze*, red. M. Sadowski, P. Szymaniec, Wrocław 2012
- Pilipiec Sławomir**, *Prawo do sądu w sprawach dyscyplinarnych radców prawnych*, „Studia Iuridica Lublinensia” 2016/3, s. 758
- Skowron Agnieszka**, *Rzetelny proces karny w ujęciu Karty Praw Podstawowych Unii Europejskiej oraz Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności*, „Prokuratura i Prawo” 2017/11, s. 20
- Skuczyński Paweł**, *Bezpośrednie stosowanie Konstytucji RP przez sądy a odpowiedzialność dyscyplinarna sędziów*, „Kwartalnik o Prawach Człowieka” 2017/22–23, s. 94
- Skuczyński Paweł**, *Nierepresyjne funkcje odpowiedzialności dyscyplinarnej a model postępowania w sprawach dyscyplinarnych*, „Przegląd Legislacyjny” 2017/3, s. 35
- Szwast Michał, Szwed Marcin**, *Nadużycie prawa do sądu w postępowaniu sądowoadministracyjnym*, „Zeszyty Naukowe Sądownictwa Administracyjnego” 2016/6, s. 52
- Taborowski Maciej**, *Konsekwencje naruszenia prawa Unii Europejskiej przez sądy krajowe*, Warszawa 2012
- Zirk-Sadowski Marek**, *Rządność sądów a zarządzanie przez sądy*, „Zarządzanie Publiczne” 2009/1, s. 45
- Żak Mariola**, *Racjonalność komunikacyjna jako podstawa legitymizacji good governance*, „Archiwum Filozofii Prawa i Filozofii Społecznej” 2017/2, s. 98

Pojęcia kluczowe:

Europejski Trybunał Praw Człowieka, prawo do życia, zakaz tortur, prawo do wolności i bezpieczeństwa osobistego, prawo do rzetelnego procesu sądowego, prawo do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego, wolność myśli, sumienia i wyznania, wolność wypowiedzi, prawo do nauki

Najnowsze orzecznictwo

Marek Antoni Nowicki

EUROPEJSKI TRYBUNAŁ PRAW CZŁOWIEKA – PRZEGLĄD ORZECZNICTWA (I I IV KWARTAŁ 2019 R.)

Prezentowany przegląd orzecznictwa stanowi omówienie najistotniejszych orzeczeń Europejskiego Trybunału Praw Człowieka wydanych w I oraz IV kwartale 2019 r. dotyczących między innymi: prawa do życia, zakazu tortur, prawa do wolności i bezpieczeństwa osobistego, prawa do rzetelnego procesu sądowego, prawa do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego, wolności myśli, sumienia i wyznania, wolności wypowiedzi czy prawa do nauki.

PRAWO DO ŻYCIA (ART. 2)

Jeśli organy śledcze lub sądowe państwa Konwencji wszczęły na podstawie prawa wewnętrznego (np. przepisów o jurysdykcji powszechnej albo znanej w prawie międzynarodowym zasady osobowości aktywnej lub pasywnej) własne śledztwo karne lub postępowanie dotyczące śmierci, do której doszło poza granicami jego jurysdykcji, fakt ten wystarcza do uznania, że istniał związek jurysdykcyjny dla celów art. 1 Konwencji między tym państwem i krewnymi ofiary w sprawie, która później stała się przyczyną postępowania przed Trybunałem.

Wyrok Güzelyurtlu i inni v. Cypr i Turcja, 29.01.2019 r., Wielka Izba, skarga nr 36925/07, § 188 – dotyczący braku współpracy śledczej w sprawie zabójstwa trzech tureckich Cypryjczyków będących obywatelami Cypru.

W przypadku, gdy w państwie Konwencji zgodnie z jego prawem wewnętrznym nie zostało wszczęte śledztwo lub postępowanie w sprawie śmierci, do której doszło poza

granicami jego jurysdykcji, Trybunał musi ocenić, czy mimo to można uznać, że istnieje związek jurysdykcyjny dla celów obowiązku proceduralnego tego państwa na podstawie art. 2. Obowiązek taki pojawi się zasadniczo wyłącznie po stronie państwa, pod którego jurysdykcją zmarły znajdował się w chwili śmierci. Możliwe jest odejście od tego stanowiska ze względu na istnienie w konkretnej sprawie jej „specjalnej cechy”. Trybunał nie może wskazać w sposób abstrakcyjny takiej „specjalnej cechy”, zależy to bowiem od konkretnych okoliczności i cechy te mogą znacznie różnić się w zależności od sprawy.

Wyrok Güzelyurtlu i inni v. Cypr i Turcja, 29.01.2019 r., Wielka Izba, skarga nr 36925/07, § 190.

Przy interpretacji Konwencji należy pamiętać o jej specjalnym charakterze jako traktacie zbiorowego zagwarantowania praw człowieka i podstawowych wolności. W pewnych specyficznych okolicznościach ten zbiorowy charakter może oznaczać obowiązek państw Konwencji wspólnego działania i współpracy dla ochrony praw i wolności, które zobowiązywały się zapewnić w granicach swojej jurysdykcji. W sprawach, w których skuteczne śledztwo w sprawie zabójstwa, do którego doszło pod jurysdykcją jednego państwa Konwencji, wymaga udziału więcej niż jednego innego państwa Konwencji, jej specjalny charakter obejmuje co do zasady obowiązek państw wchodzących w grę skutecznej wzajemnej współpracy w celu wyjaśnienia okoliczności zabójstwa i postawienia sprawców przed sądem.

Wyrok Güzelyurtlu i inni v. Cypr i Turcja, 29.01.2019 r., Wielka Izba, skarga nr 36925/07, § 232.

Artykuł 2 może wymagać od państw Konwencji dwojakiego obowiązku wzajemnej współpracy: wystąpienia o pomoc i jej udzielenia. Ich natura i zakres zależą od konkretnych okoliczności, np. czy główne dowody znajdują się na terytorium danego państwa Konwencji albo podejrzani ukryli się na jego terytorium.

Wyrok Güzelyurtlu i inni v. Cypr i Turcja, 29.01.2019 r., Wielka Izba, skarga nr 36925/07, § 233.

Obowiązek ten jest warunkiem skutecznej ochrony prawa do życia zagwarantowanego przez art. 2. Inne podejście nie dałoby się pogodzić z obowiązkiem państwa ochrony prawa do życia, odczytywanego w połączeniu z ogólnym obowiązkiem na podstawie art. 1 zapewnienia każdej osobie pozostającej pod jego jurysdykcją praw i wolności zapisanych w Konwencji, bowiem utrudniłoby śledztwa w sprawie bezprawnego pozbawienia życia i musiałyby prowadzić do bezkarności osób odpowiedzialnych. Rezultat taki mógłby osłabić cel ochrony na podstawie art. 2 i spowodować, że gwarancje poszanowania prawa do życia stałyby się iluzoryczne.

Wyrok Güzelyurtlu i inni v. Cypr i Turcja, 29.01.2019 r., Wielka Izba, skarga nr 36925/07, § 234.

Przy ocenie, czy państwo użyło wszelkich dostępnych środków prawnych na podstawie instrumentów międzynarodowych dotyczących współpracy w sprawach karnych, Trybunał nie może pominąć faktu, że traktaty te nie nakładają na państwa obowiązu-

ków absolutnych, dają bowiem państwu występującemu o ekstradycję pewną swobodę i przewidują wiele wyjątków w formie obowiązkowych lub uznaniowych podstaw odmowy wnioskowanej współpracy. W rezultacie obowiązek proceduralny współpracy na podstawie art. 2 wymaga interpretacji w świetle traktatów międzynarodowych lub porozumień obowiązujących między wchodzącymi w grę państwami Konwencji, a w ślad za nią w miarę możliwości łącznego i harmonijnego stosowania Konwencji i tych instrumentów, które nie powinno prowadzić do konfliktu lub sprzeczności między nimi. W tym kontekście państwo, które powinno domagać się współpracy, naruszy obowiązek proceduralny współpracy, jeśli nie uruchomiło właściwych mechanizmów na podstawie odpowiednich traktatów międzynarodowych; w przypadku państwa – adresata wniosku o współpracę – jeśli nie odpowie właściwie lub nie potrafi wskazać uprawnionej podstawy odmowy wnioskowanej współpracy.

Wyrok Güzelyurtlu i inni v. Cypr i Turcja, 29.01.2019 r., Wielka Izba, skarga nr 36925/07, § 236.

Obowiązek współpracy na podstawie art. 2 należy odczytywać w świetle przepisów konwencji o ekstradycji i w rezultacie oznacza dla państwa obowiązek zbadania i przedstawienia uzasadnionej odpowiedzi na każdy wniosek o ekstradycję podejrzanych poszukiwanych za morderstwa lub zabójstwa, o których wiadomo, że znajdują się na jego terytorium lub pozostają pod jego jurysdykcją.

Wyrok Güzelyurtlu i inni v. Cypr i Turcja, 29.01.2019 r., Wielka Izba, skarga nr 36925/07, § 264.

Pacjent psychiatryczny jest szczególnie bezbronny, nawet jeśli leczy się w zakładzie dobrowolnie. Ze względu na zaburzenie psychiczne jego zdolność do podjęcia racjonalnej decyzji o zakończeniu życia może być częściowo ograniczona. Ponadto wszelka hospitalizacja pacjenta psychiatrycznego, niedobrowolna albo dobrowolna, wiąże się dla niego nieuchronnie z pewnymi ograniczeniami w rezultacie jego stanu zdrowia i wynikającej z niego potrzeby leczenia. W procesie leczenia często pojawia się potrzeba dalszych ograniczeń. Mogą one przyjąć również formę ograniczeń wolności osobistej i prawa do prywatności.

Wyrok Fernandes de Oliveira v. Portugalia, 31.01.2019 r., Wielka Izba, skarga nr 78103/14, § 124 – dotyczący samobójstwa pacjenta psychiatrycznego po opuszczeniu przez niego szpitala bez poinformowania o tym dyrekcji.

W stosunku do dobrowolnego pacjenta psychiatrycznego władze mają ogólny obowiązek podejmowania rozsądnych działań chroniących go przed realnym i bezpośrednim ryzykiem samobójstwa. Wymagane środki zależą od konkretnych okoliczności, często różnych zależnie od tego, czy pacjent był hospitalizowany dobrowolnie, czy niedobrowolnie. Obowiązek rozsądnych działań chroniących przed samoobrażeniem istnieje w odniesieniu do obu kategorii pacjentów. W przypadku pacjentów hospitalizowanych na podstawie postanowienia sądu i w rezultacie niedobrowolnie Trybunał może jednak stosować surowszy standard kontroli.

Wyrok Fernandes de Oliveira v. Portugalia, 31.01.2019 r., Wielka Izba, skarga nr 78103/14, § 124.

Obowiązek proceduralny na podstawie art. 2 w sprawach na tle opieki zdrowotnej wymaga m.in., aby postępowanie zakończyło się w rozsądnym terminie. Znajomość faktów i możliwych błędów popełnionych w trakcie opieki medycznej pozwala bowiem instytucjom wchodzącym w grę i personelowi medycznemu naprawić ewentualne braki i zapobiec podobnym błędom. Szybkie badanie takich spraw ma więc znaczenie dla bezpieczeństwa osób korzystających ze służby zdrowia. Zwłaszcza w sprawach dotyczących postępowań wszczętych dla wyjaśnienia okoliczności śmierci w warunkach szpitalnych długość postępowania stanowi ważną wskazówkę, że postępowanie było na tyle wadliwe, iż oznaczało naruszenie przez państwo jego obowiązków pozytywnych na podstawie Konwencji, chyba że na uzasadnienie stwierdzonej długości postępowania przedstawiło ono bardzo przekonujące i wiarygodne racje.

Wyrok Fernandes de Oliveira v. Portugalia, 31.01.2019 r., Wielka Izba, skarga nr 78103/14, § 137.

ZAKAZ TORTUR (ART. 3)

W razie wydalenia osoby ubiegającej się o azyl do kraju trzeciego bez wcześniejszego merytorycznego zbadania jej wniosku obowiązek państwa nienarażania na rzeczywiste ryzyko traktowania niezgodnego z art. 3 realizowany jest w inny sposób niż w przypadku odesłania do kraju pochodzenia. W tym drugim przypadku organy wydające badają zasadność wniosku o azyl i oceniają istnienie zarzuconych ryzyk w kraju pochodzenia, w pierwszym przypadku natomiast główna kwestia dotyczy dostępu jednostki do odpowiedniej procedury azylowej w przyjmującym kraju trzecim. Kraj wydający działa bowiem z założeniem, że to przyjmujący kraj trzeci następnie merytorycznie zbada złożony tam wniosek azylowy. Jeśli jednak zarzucone ryzyko traktowania sprzecznego z art. 3 odnosi się np. do warunków pozbawienia wolności lub warunków życiowych, z jakimi takie osoby mogą się zetknąć w przyjmującym kraju trzecim, wymaga ono oceny również przez kraj wydający.

Wyrok Ilias i Ahmed v. Węgry, 21.11.2019 r., Wielka Izba, skarga nr 47287/15, § 129–131

– dotyczący przetrzymywania osób ubiegających się o azyl w strefie tranzytowej granicy lądowej.

We wszystkich przypadkach wydalenia osoby ubiegającej się o azyl z państwa Konwencji do pośredniczącego kraju trzeciego bez merytorycznego badania wniosków azylowych, niezależnie od tego, czy przyjmujący kraj trzeci jest członkiem UE, czy nie, lub czy jest stroną Konwencji, czy nie, obowiązkiem państwa wydającego jest dokładna ocena istnienia rzeczywistego ryzyka odmowy takiej osobie dostępu w przyjmującym kraju trzecim do odpowiedniej procedury azylowej chroniącej ją przed wydaleniem. W razie ustalenia, że gwarancje w tym zakresie są niewystarczające, z art. 3 wynika obowiązek zaniechania wydalenia osoby ubiegającej się o azyl do takiego kraju trzeciego.

Wyrok Ilias i Ahmed v. Węgry, 21.11.2019 r., Wielka Izba, skarga nr 47287/15, § 134.

Państwo Konwencji wydające osoby ubiegające się o azyl ze swego terytorium do kraju trzeciego bez merytorycznego zbadania ich wniosków azylowych nie ma wiedzy, czy narażone one są na ryzyko traktowania sprzecznego z art. 3 w ich kraju pochodzenia

lub są zwyczajnie migrantami ekonomicznymi. Ustaleń w tej kwestii można dokonać i na nie się powoływać wyłącznie w drodze procedury, której rezultatem jest decyzja prawna. W przypadku ich braku wydalenie do kraju trzeciego należy poprzedzić dokładnym zbadaniem, czy procedura azylowa w przyjmującym państwie trzecim zapewnia wystarczające gwarancje pozwalające uniknąć wydalenia – bezpośrednio lub pośrednio – osoby ubiegającej się o azyl do kraju pochodzenia bez właściwej oceny ryzyka, na jakie byłaby narażona z punktu widzenia art. 3. Ustalenie dopiero po fakcie, że osoba ubiegająca się o azyl nie była narażona na ryzyko w kraju pochodzenia, dokonane w procedurze krajowej lub międzynarodowej, nie może być podstawą wstecznego zwolnienia państwa z opisanego obowiązku proceduralnego. Gdyby było inaczej, osoby ubiegające się o azyl stojące w obliczu śmiertelnego zagrożenia w swoim kraju pochodzenia byłyby legalnie i w drodze skróconej procedury wydane do „niezapewniających bezpieczeństwa” krajów trzecich. Podejście takie pozbawiłoby praktycznego znaczenia zakaz złego traktowania w sprawach wydaleń osób ubiegających się o azyl.

Wyrok Ilias i Ahmed v. Węgry, 21.11.2019 r., Wielka Izba, skarga nr 47287/15, § 137.

Państwa mogą radzić sobie z problemem nadużyć ze strony osób, które nie mają potrzeby ochrony w krajach pochodzenia, bez przekreślenia gwarancji art. 3. W tym zakresie wystarczy – jeśli optują za usunięciem do bezpiecznego kraju trzeciego bez merytorycznego zbadania wniosków azylowych – dokładne zbadanie, czy w systemie azylowym w tym kraju możliwe jest właściwe rozpatrzenie takich wniosków. Alternatywnie, władze mogą oddalać nieuzasadnione wnioski azylowe po ich merytorycznym zbadaniu, jeśli nie stwierdziły żadnego istotnego ryzyka w kraju pochodzenia.

Wyrok Ilias i Ahmed v. Węgry, 21.11.2019 r., Wielka Izba, skarga nr 47287/15, § 138.

Konwencja nie zakazuje państwom tworzenia list krajów, wobec których istnieje domniemanie, że są bezpieczne dla osób ubiegających się o azyl. Trybunał uważał jednak, że wszelkie domniemanie, że konkretny kraj jest „bezpieczny”, jeśli powołano się na nie w decyzjach dotyczących konkretnej osoby ubiegającej się o azyl, musi być wystarczająco wsparte analizą istotnych warunków w tym kraju, a zwłaszcza jego systemu azylowego.

Wyrok Ilias i Ahmed v. Węgry, 21.11.2019 r., Wielka Izba, skarga nr 47287/15, § 152.

PRAWO DO WOLNOŚCI I BEZPIECZEŃSTWA OSOBISTEGO (ART. 5)

Przy ocenie, czy skarżący otrzymał odpowiednią opiekę psychiatryczną, Trybunał bierze pod uwagę opinie lekarzy, decyzje podjęte przez władze w konkretnej sprawie oraz bardziej ogólne ustalenia na poziomie krajowym i międzynarodowym wskazujące na niewłaściwość więziennych oddziałów psychiatrycznych jako miejsc pozbawienia wolności osób z problemami na tle zdrowia psychicznego.

Wyrok Rooman v. Belgia, 31.01.2019 r., Wielka Izba, skarga nr 18052/11, § 202 – dotyczący odmowy opieki psychiatrycznej i psychologicznej w zakładzie zamkniętym dla osoby umieszczonej w nim za przestępstwa seksualne.

W kontekście koncepcji „właściwego leczenia” dla celów art. 5 Trybunał bada, na podstawie informacji znajdujących się w aktach sprawy, czy przy leczeniu zaburzeń psychicznych wchodzących w grę zostało przyjęte podejście zindywidualizowane i wyspecjalizowane. Informacje wskazujące, że skarżący mieli dostęp do lekarzy i leków, co mogło oznaczać, że nie byli wyraźnie porzuceni, nie wystarczają do uznania, że przyjęte działania terapeutyczne były wystarczające. Ponadto, chociaż uparta postawa osoby pozbawionej wolności może przyczynić się do braku możliwości zmiany reżimu jej przetrzymywania, nie zwalnia to władz z obowiązku podejmowania właściwych kroków, aby zapewnić leczenie odpowiednie ze względu na jej stan, mogące pomóc jej odzyskać wolność.

Wyrok Rومان v. Belgia, 31.01.2019 r., Wielka Izba, skarga nr 18052/11, § 203.

W przypadku sprawców przestępstw popełnionych przez chorych psychicznie władze mają obowiązek działania w celu ich przygotowania do zwolnienia, np. przez zachęty do dalszej terapii, takie jak przeniesienie do instytucji, w której mogą rzeczywiście być poddani koniecznemu leczeniu albo – jeśli sytuacja na to pozwala – nadanie im pewnych przywilejów.

Wyrok Rومان v. Belgia, 31.01.2019 r., Wielka Izba, skarga nr 18052/11, § 204.

W świetle rozwoju orzecznictwa i obecnych standardów międzynarodowych, które wskazują na duże znaczenie potrzeby leczenia chorób psychicznych takich osób, Trybunał wyraźnie potwierdził – w uzupełnieniu funkcji ochrony społecznej pozbawienia wolności – również aspekt terapeutyczny celu, o którym mowa w art. 5 ust. 1 lit. e. W rezultacie, władze mają wyraźny obowiązek zapewnienia odpowiedniej i zindywidualizowanej terapii z uwzględnieniem konkretnych aspektów przymusowego pobytu w zakładzie zamkniętym, takich jak warunki reżimu pozbawienia wolności, proponowane leczenie albo długość stosowania tego środka.

Wyrok Rومان v. Belgia, 31.01.2019 r., Wielka Izba, skarga nr 18052/11, § 205.

Należy zaakceptować istnienie bliskiego związku między „zgodnością z prawem” pozbawienia wolności osób cierpiących na zaburzenia psychiczne oraz leczeniem odpowiednim ze względu na ich stan psychiczny. Stosowanie właściwej terapii jest wymagane jako element szerszej koncepcji „zgodności z prawem” pozbawienia wolności. Każde pozbawienie wolności osób chorych psychicznie musi mieć cel terapeutyczny, zmierzając konkretnie i w miarę możliwości do leczenia lub złagodzenia ich stanu zdrowia psychicznego, w tym – w razie potrzeby – ograniczenia lub kontroli zagrożenia z ich strony. Niezależnie od zakładu, w jakim takie osoby przebywają, są one uprawnione do odpowiedniego środowiska medycznego i rzeczywistej terapii zmierzającej do przygotowania ich do ewentualnego zwolnienia.

Wyrok Rومان v. Belgia, 31.01.2019 r., Wielka Izba, skarga nr 18052/11, § 208.

Wymagany poziom opieki nad tą kategorią osób pozbawionych wolności musi wykraczać poza opiekę podstawową. Sam tylko dostęp do lekarzy, konsultacji i leków nie

może wystarczać do uznania, że leczenie było odpowiednie i w rezultacie zadowalające na podstawie art. 5. Rola Trybunału nie polega na analizie oferowanego i realizowanego leczenia, ważna jest jednak możliwość kontroli, czy zostały zastosowane programy zindywidualizowane, biorące pod uwagę specyfikę stanu zdrowia psychicznego osoby pozbawionej wolności w celu przygotowania jej do możliwego przyszłego powrotu do społeczeństwa. W tej dziedzinie Trybunał przyznaje władzom pewną swobodę co do formy i treści opieki terapeutycznej lub programu medycznego wchodzącego w grę.

Wyrok Rooman v. Belgia, 31.01.2019 r., Wielka Izba, skarga nr 18052/11, § 209.

Ocena, czy konkretny zakład był „właściwy”, musi obejmować badanie panujących w nim konkretnych warunków pozbawienia wolności, a w szczególności leczenia osób cierpiących na zaburzenia psychiczne. Instytucja, która jest *a priori* nieodpowiednia – jak struktura więzienna – może jednak okazać się zadowalająca, jeśli zapewniała odpowiednią opiekę, a wyspecjalizowana instytucja psychiatryczna, która z definicji powinna być właściwa, może okazać się niezdolna do zapewnienia koniecznego leczenia. Odpowiednie i zindywidualizowane leczenie stanowi więc istotną część pojęcia „właściwa instytucja”, jako że pozbawienie wolności, o którym mowa w art. 5 ust. 1 lit. e, ma podwójną funkcję: z jednej strony – ochrony społecznej, a z drugiej – funkcję terapeutyczną wynikającą z indywidualnego interesu osoby umysłowo chorej w otrzymaniu właściwej i zindywidualizowanej terapii lub sposobu leczenia. Potrzeba zapewnienia pierwszej z tych funkcji nie powinna, *a priori*, usprawiedliwiać braku środków na realizację drugiej. Z tego wynika, że na podstawie art. 5 ust. 1 lit. e decyzja o odmowie zwolnienia osoby znajdującej się w zakładzie zamkniętym może okazać się niezgodna z początkowym celem jej prewencyjnego pozbawienia wolności wskazanym w wyroku skazującym, jeśli była ona pozbawiona wolności ze względu na ryzyko recydywy, a równocześnie była pozbawiona środków – takich jak odpowiednia terapia – koniecznych do wykazania, że nie jest już niebezpieczna.

Wyrok Rooman v. Belgia, 31.01.2019 r., Wielka Izba, skarga nr 18052/11, § 210.

Potencjalny negatywny wpływ na możliwość zmiany sytuacji osobistej skarżącego nie musi oznaczać naruszenia art. 5 ust. 1, jeśli władze podjęły wystarczające kroki dla rozwiązania problemu utrudniającego leczenie skarżącego.

Wyrok Rooman v. Belgia, 31.01.2019 r., Wielka Izba, skarga nr 18052/11, § 211.

Intensywność kontroli terapii medycznej przez Trybunał może różnić się zależnie od tego, czy zarzuty zostały postawione na podstawie art. 3, czy art. 5 ust. 1. Mogą zaistnieć sytuacje, w których metoda leczenia może odpowiadać wymaganiom art. 3, ale nie wystarcza z punktu widzenia potrzeby zachowania celu przymusowego umieszczenia w zakładzie zamkniętym i w rezultacie może prowadzić do uznania, że nastąpiło naruszenie art. 5 ust. 1. Stwierdzenie, że nie doszło do naruszenia art. 3, nie prowadzi więc automatycznie do wniosku o braku naruszenia art. 5 ust. 1, chociaż stwierdzenie naruszenia art. 3 z powodu braku odpowiedniego leczenia może również prowadzić do uznania, że na tych samych podstawach został naruszony art. 5 ust. 1.

Wyrok Rooman v. Belgia, 31.01.2019 r., Wielka Izba, skarga nr 18052/11, § 213.

Art. 5 ust. 1 lit. e nie gwarantuje jednostce umieszczonej w zakładzie zamkniętym prawa do leczenia we własnym języku.

Wyrok Rooman v. Belgia, 31.01.2019 r., Wielka Izba, skarga nr 18052/11, § 230.

Prawo do tego, aby wolność osobista była ograniczona wyłącznie zgodnie z prawem, oraz prawo do ludzkich warunków w przypadku pozbawienia wolności pod kontrolą państwa stanowią minimalne gwarancje, które mimo rosnącego „kryzysu migracyjnego” w Europie powinny być dostępne dla osób pozostających pod jurysdykcją państw Konwencji.

Wyrok Z.A. i inni v. Rosja, 21.11.2019 r., Wielka Izba, skargi nr 61411/15, 61420/15, 61427/15 i 3028/16, § 127 – dotyczący przetrzymywania osób ubiegających się o azyl w strefie tranzytowej portu lotniczego.

Prawo państw do kontroli wjazdu cudzoziemców na ich terytorium musi oznaczać możliwość uzależnienia zgody na wjazd od wprowadzenia wymagań. W rezultacie, przy braku innych istotnych czynników, sytuacja osoby wnioskującej o zgodę na wjazd i czekającej przez krótki okres na weryfikację jej prawa do wjazdu nie może być uznana za pozbawienie wolności, za które odpowiada państwo, władze nie podejmują bowiem wtedy wobec takiej osoby działań innych niż konieczna weryfikacja ze względu na wyrażoną przez nią wolę wjazdu. Ważne jest również ustalenie, czy zgodnie z celem obowiązującego reżimu prawnego przy rozpatrywaniu wniosków azytowych istniały odpowiednie gwarancje proceduralne oraz przepisy określające maksymalny okres pobytu w strefie tranzytowej oraz czy w danym przypadku były stosowane.

Wyrok Z.A. i inni v. Rosja, 21.11.2019 r., Wielka Izba, skargi nr 61411/15, 61420/15, 61427/15 i 3028/16, § 144–145.

W sprawach dotyczących przetrzymywania cudzoziemców w kontekście imigracyjnym długość trwania wchodzącego w grę ograniczenia poruszania się oraz związek między działaniami władz i ograniczeniami wolności mogą wpływać na uznanie takich sytuacji za pozbawienie wolności. Jak długo jednak pobyt skarżącego w strefie tranzytowej nie przekracza znacznie okresu niezbędnego na zbadanie wniosku o azyl i nie istnieją wyjątkowe okoliczności, sama jego długość jako taka nie może wpływać w sposób rozstrzygający na ocenę, czy w danym przypadku art. 5 miał zastosowanie, zwłaszcza gdy osoby czekające na rozstrzygnięcie wniosków azytowych korzystały z praw proceduralnych i zabezpieczeń przed nadmiernymi okresami oczekiwania. W tym zakresie duże znaczenie mają krajowe regulacje prawne ograniczające długość pobytu w strefie tranzytowej.

Wyrok Z.A. i inni v. Rosja, 21.11.2019 r., Wielka Izba, skargi nr 61411/15, 61420/15, 61427/15 i 3028/16, § 147.

Brak przepisów krajowych określających maksymalny okres pobytu w strefie tranzytowej portu lotniczego i jego poważnie bezprawny charakter, jego nadmiernie długi okres, poważne opóźnienia w badaniu wniosków azytowych oraz cechy miejsca, w którym występujący o azyl byli przetrzymywani, kontrola, jakiej byli poddani i brak prak-

tycznej możliwości opuszczenia tej strefy oznaczają, że osoby przetrzymywane w ten sposób są pozbawione wolności w rozumieniu art. 5.

Wyrok Z.A. i inni v. Rosja, 21.11.2019 r., Wielka Izba, skargi nr 61411/15, 61420/15, 61427/15 i 3028/16, § 156.

Artykuł 5 ust. 1 lit. f nie zakazuje państwowym wprowadzania przepisów, które wskazują podstawy, na których można zarządzać przetrzymywanie w strefie tranzytowej portu lotniczego z właściwym uwzględnieniem masowego napływu ubiegających się o azyl. W szczególności ust. 1 lit. f nie zakazuje pozbawienia wolności w takiej strefie na czas ograniczony. Środek taki może być uznany za uzasadniony, jeśli jest konieczny, aby zagwarantować obecność osób ubiegających się o azyl w okresie rozpatrywania ich wniosków, albo ze względu na potrzebę szybkiego zbadania ich dopuszczalności i w tym celu zostały przyjęte obowiązujące w strefie tranzytowej rozwiązania i procedury.

Wyrok Z.A. i inni v. Rosja, 21.11.2019 r., Wielka Izba, skargi nr 61411/15, 61420/15, 61427/15 i 3028/16, § 163.

PRAWO DO RZETELNEGO PROCESU SĄDOWEGO (ART. 6)

Z art. 6 ust. 3 lit. e nie można wywieść szczegółowych warunków dotyczących sposobów, w jaki tłumacz powinien zapewnić pomoc oskarżonym. Nie jest on funkcjonariuszem sądu w rozumieniu art. 6 ust. 1 i jako taki nie podlega żadnym wymaganiom formalnym niezawisłości i bezstronności.

Wyrok Knox v. Włochy, 24.01.2019 r., Izba (Sekcja I), skarga nr 76577/13, § 184 – dotyczący zarzutu braku właściwej pomocy tłumacza w toku śledztwa w sprawie karnej.

Sąd, który nie jest ustanowiony zgodnie z wolą ustawodawcy, z konieczności nie ma legitymacji wymaganej w społeczeństwie demokratycznym do rozwiązywania sporów prawnych.

Wyrok Guðmundur Andri Ástráðsson v. Islandia, 12.03.2019 r., Izba (Sekcja II), skarga nr 26374/18, § 97 – nieprawomocny, sprawa toczy się przed Wielką Izbą – dotyczący zarzutu, że nowo powołany sąd apelacyjny nie został ustanowiony przez ustawę.

„Ustawa” w rozumieniu art. 6 ust. 1 Konwencji obejmuje ustawodawstwo dotyczące tworzenia i właściwości organów sądowych oraz każdy inny przepis prawa krajowego, który – w razie jego naruszenia – spowoduje, że udział jednego lub więcej sędziów w rozpatrywaniu sprawy stanie się nieprawidłowy. Fraza „ustanowiony przez ustawę” odnosi się więc do podstawy prawnej samego istnienia „sądu”. Ponadto koncepcja „ustanowiony” w zdaniu pierwszym art. 6 ust. 1 Konwencji obejmuje, z samej swojej natury, proces powoływania sędziów w krajowym systemie prawnym, w którym zgodnie z zasadami rządów prawa muszą być przestrzegane wchodzące w grę obowiązujące zasady prawa krajowego.

Wyrok Guðmundur Andri Ástráðsson v. Islandia, 12.03.2019 r., Izba (Sekcja II), skarga nr 26374/18, § 98.

Wymaganie, aby sąd był „ustanowiony przez ustawę”, wiąże się blisko z innymi wymaganiami ogólnymi art. 6 ust. 1 dotyczącymi niezależności i bezstronności sądownictwa, które stanowią integralną część fundamentalnej zasady rządów prawa w społeczeństwie demokratycznym. Wchodzi bowiem w grę zaufanie, jakim sądy w takim społeczeństwie muszą cieszyć się w społeczeństwie.

Wyrok Guðmundur Andri Ástráðsson v. Islandia, 12.03.2019 r., Izba (Sekcja II), skarga nr 26374/18, § 99.

Naruszenie przez sąd przepisów krajowych odnoszących się do tworzenia i właściwości organów sądowych prowadzi zasadniczo do naruszenia art. 6 ust. 1. Z tego wynika, że naruszenie zasady, że sąd musi być „ustanowiony przez ustawę”, oznacza, że nie jest wymagane odrębne badanie, czy w rezultacie tego procesu stał się nierzetelny.

Wyrok Guðmundur Andri Ástráðsson v. Islandia, 12.03.2019 r., Izba (Sekcja II), skarga nr 26374/18, § 100.

Naruszenie prawa krajowego musi być jaskrawe, a więc można uznać, że kryterium to spełniają jedynie takie naruszenia obowiązujących regulacji krajowych dotyczących ustanowienia sądu, które mają charakter fundamentalny i stanowią integralną część procesu tworzenia i funkcjonowania systemu sądowego. W tym kontekście koncepcja „jaskrawego” naruszenia prawa krajowego odwołuje się więc do jego natury i wagi. Ponadto przy badaniu, czy sąd został ustanowiony w rezultacie „jaskrawego” naruszenia prawa krajowego, Trybunał ocenia, czy fakty wskazywały, że naruszenie było umyślne albo przynajmniej nastąpiło w rezultacie oczywistego zignorowania obowiązujących przepisów.

Wyrok Guðmundur Andri Ástráðsson v. Islandia, 12.03.2019 r., Izba (Sekcja II), skarga nr 26374/18, § 102.

Trybunał musi wyjść poza znamiona zewnętrzne i ustalić, czy naruszenie obowiązujących regulacji krajowych dotyczących powoływania sędziów zrodziło realne ryzyko, że inne organy państwa, w szczególności władza wykonawcza, skorzystają z nieuprawnionej swobody osłabiającej integralność procesu tworzenia sądu w stopniu nieprzewidywanym przez obowiązujące przepisy krajowe.

Wyrok Guðmundur Andri Ástráðsson v. Islandia, 12.03.2019 r., Izba (Sekcja II), skarga nr 26374/18, § 103.

Sam tylko fakt, że sędzia, którego powołanie nie zostało „ustanowione przez ustawę” w rozumieniu art. 6 ust. 1 Konwencji, rozstrzyga o oskarżeniu w konkretnej sprawie karnej, wystarcza do stwierdzenia naruszenia tego przepisu zgodnie z fundamentalną zasadą rządów prawa.

Wyrok Guðmundur Andri Ástráðsson v. Islandia, 12.03.2019 r., Izba (Sekcja II), skarga nr 26374/18, § 114.

PRAWO DO POSZANOWANIA ŻYCIA PRYWATNEGO I RODZINNEGO (ART. 8)

W razie ustalenia istnienia więzi rodzinnej państwo musi co do zasady działać w sposób umożliwiający jej zachowanie. Relacje między dziadkami i wnukami różnią się charakterem i stopniem od relacji między rodzicem i dzieckiem i w rezultacie z natury wymagają słabszej ochrony. Prawo do poszanowania życia rodzinnego dziadków w ich relacjach z wnukami obejmuje przede wszystkim prawo do zachowania normalnych relacji dziadek/babcia – wnuk/wnuczka w drodze wzajemnego kontaktu nawet, jeśli następuje on zwykle za zgodą osoby sprawującej władzę rodzicielską.

Wyrok Bogonosovy v. Rosja, 5.03.2019 r., Izba (Sekcja III), skarga nr 38201/16, § 82 – dotyczący braku możliwości utrzymywania przez dziadków więzi z wnuczką adoptowaną przez inną rodzinę.

Ocena, czy w konkretnej sprawie na tle problemów dotyczących prawa do poszanowania życia prywatnego należało przyznać zadośćuczynienie za krzywdę moralną, zależy od okoliczności. Sądy krajowe mają pewną swobodę sposobu naprawy stwierdzonego naruszenia tego prawa, a odmowa zadośćuczynienia – jako taka – nie oznacza odrębnego naruszenia art. 8.

Wyrok Lewit v. Austria, 10.10.2019 r., Izba (Sekcja IV), skarga nr 4782/18, § 65 – dotyczący braku ochrony przed zniesławieniem przez czasopismo skrajnej prawicy ofiary, która przeżyła Holokaust.

Przy ocenie proporcjonalności stosowania monitoringu wideo w miejscu pracy przy wazeniu rozmaitych konkurujących ze sobą przy tym interesów sądy krajowe muszą brać pod uwagę następujące czynniki:

1) czy pracownik został formalnie poinformowany o możliwości i fakcie zastosowania przez pracodawcę monitoringu wideo; w praktyce pracownicy mogą być powiadomieni o nim w rozmaity sposób zależnie od okoliczności, jednak zwykle takie powiadomienie powinno jasno wskazywać charakter monitoringu i nastąpić przed jego zastosowaniem;

2) zakres monitoringu stosowanego przez pracodawcę i głębokość wtargnięcia w prywatność pracownika; w związku z tym, należy wziąć pod uwagę stopień prywatności w przestrzeni, która ma być monitorowana wraz z wszelkimi ograniczeniami dotyczącymi czasu i miejsca oraz liczby osób mających dostęp do jego rezultatów;

3) czy pracodawca przedstawił uprawnione powody uzasadniające monitoring i jego zakres; im bardziej monitoring jest inwazyjny, tym bardziej przekonujące musi być jego uzasadnienie;

4) czy możliwy byłby monitoring z użyciem metod i środków mniej inwazyjnych; w związku z tym w świetle okoliczności każdej sprawy należy ocenić, czy pracodawca mógł zrealizować swój cel w drodze mniej dolegliwej ingerencji w prywatność pracownika;

5) konsekwencje monitoringu dla pracownika; należy w szczególności uwzględnić sposób użycia przez pracodawcę rezultatów monitoringu i ocenić, czy zostały wykorzystane do osiągnięcia jego deklarowanego celu;

6) czy pracownik miał do dyspozycji odpowiednie gwarancje, zwłaszcza gdy monitoring oznaczał wtargnięcie w życie prywatne; mogą one przyjąć formę m.in. poinformowania pracowników wchodzących w grę lub przedstawicieli personelu o zainstalowaniu i skali monitoringu, jego zgłoszenia do wyspecjalizowanego organu niezależnego lub poinformowaniu o możliwości złożenia skargi.

Wyrok López Ribalda v. Hiszpania, 17.10.2019 r., Wielka Izba, skarga nr 1874/13, § 116 – dotyczący monitorowania ukrytą kamerą kasjerek w supermarkecie.

W analizie proporcjonalności monitoringu wideo w świetle ochrony prywatności, jakiej pracownik mógł rozsądnie oczekiwać, istotne znaczenie ma miejsce monitoringu. Oczekiwanie takie jest znaczne w miejscach z natury prywatnych, takich jak toalety lub szatnie, gdzie zasadna jest wzmocniona ochrona albo całkowity zakaz monitoringu wideo. Jest ono również znaczne w zamkniętych miejscach pracy, takich jak biura, a z oczywistych względów bardziej ograniczone w miejscach widocznych lub dostępnych dla kolegów lub ogółu.

Wyrok López Ribalda v. Hiszpania, 17.10.2019 r., Wielka Izba, skarga nr 1874/13, § 125.

Wymaganie przejrzystości i wynikające z niego prawo do informacji mają charakter fundamentalny, w szczególności w stosunkach pracy, w których pracodawca ma znaczne uprawnienia w stosunku do pracowników i musi unikać wszelkiego ich nadużywania. W konkretnym przypadku jednak fakt przekazania informacji osobie monitorowanej i zakres monitoringu stanowią tylko jedno z kryteriów przy ocenie proporcjonalności tego środka. Przy ich braku tym bardziej ważne są zabezpieczenia wynikające z innych kryteriów.

Wyrok López Ribalda v. Hiszpania, 17.10.2019 r., Wielka Izba, skarga nr 1874/13, § 131.

Nie można zgodzić się z propozycją, aby w kategoriach ogólnych nawet najmniejsze podejrzenie sprzeniewierzenia albo innego złamania prawa przez pracowników mogło usprawiedliwić zainstalowanie przez pracodawcę ukrytego monitoringu wideo. Ważnym uzasadnieniem może jednak być istnienie uzasadnionego podejrzenia poważnego naruszenia prawa i wyrządzenia znacznych szkód.

Wyrok López Ribalda v. Hiszpania, 17.10.2019 r., Wielka Izba, skarga nr 1874/13, § 134.

WOLNOŚĆ MYŚLI, SUMIENIA I WYZNANIA (ART. 9)

Ten sam zarzut postawiony przed Trybunałem może czasami być objęty więcej niż jednym artykułem Konwencji. W takich przypadkach Trybunał zwykle ocenia go łącznie na podstawie artykułu uznanego za najbardziej stosowny ze względu na okoliczności danej sprawy. Uwzględnia jednak przy tym inne artykuły i interpretuje rozważany artykuł w ich świetle.

Wyrok Papageorgiou i inni v. Grecja, 31.10.2019 r., Izba (Sekcja I), skargi nr 4762/18 i 6140/18, § 35 – dotyczący przymusowej edukacji religijnej w szkołach greckich.

WOLNOŚĆ WYPOWIEDZI (ART. 10)

Interes publiczny w przekazywaniu informacji z określonych miejsc jest szczególnie duży, gdy chodzi o informacje dotyczące sposobu zajmowania się przez władze najniższymi grupami społecznymi. W takim kontekście rola mediów nabiera specjalnego znaczenia. Ich obecność zwiększa bowiem możliwość pociągnięcia władz do odpowiedzialności za swoje zachowania.

Wyrok Szurovecz v. Węgry, 8.10.2019 r., Izba (Sekcja IV), skarga nr 15428/16, § 61 – dotyczący odmowy właściwego dostępu dziennikarzy do ośrodka dla imigrantów.

Władze krajowe są lepiej przygotowane niż Trybunał do oceny, czy i w jakim stopniu dostęp dziennikarzy do ośrodka dla imigrantów jest możliwy do pogodzenia z obowiązkiem władz ochrony praw osób występujących o azyl. W takich przypadkach, ze względu na znaczenie mediów w społeczeństwie demokratycznym oraz ich obowiązek informowania o sprawach budzących znaczne publiczne zainteresowanie, władze muszą przekonująco wykazać istnienie potrzeby ograniczeń wolności wypowiedzi.

Wyrok Szurovecz v. Węgry, 8.10.2019 r., Izba (Sekcja IV), skarga nr 15428/16, § 76.

Koncepcja odpowiedzialnego dziennikarstwa, jako działalności zawodowej podlegającej ochronie na podstawie art. 10 Konwencji, nie ogranicza się do treści informacji zbieranych lub rozpowszechnianych metodami dziennikarskimi. Obejmuje również zgodność z prawem zachowania dziennikarza. Fakt, że dziennikarz naruszył prawo, jest okolicznością istotną, chociaż nie rozstrzyga o ocenie, czy działał w sposób odpowiedzialny.

Decyzja Zarubin i inni v. Litwa, 26.11.2019 r. (opubl. 19.12.2019 r.), Izba (Sekcja II), skargi nr 69111/17, 69112/17, 69113/17 i 69114/17, § 58 – dotycząca wydalenia dziennikarzy rosyjskich uznanych za zagrożenie dla bezpieczeństwa państwa.

PRAWO DO NAUKI (ART. 2 PROTOKOŁU NR 1)

W dziedzinie wychowania i nauczania art. 2 Protokołu nr 1 stanowi zasadniczo *lex specialis* w stosunku do art. 9 Konwencji, przynajmniej w związku z obowiązkiem państw Konwencji uznania – przy realizacji przyjętych przez nie zadań związanych z wychowaniem i nauczaniem – prawa rodziców do zapewnienia, aby były realizowane zgodnie z ich własnymi przekonaniem religijnymi i filozoficznymi.

Wyrok Papageorgiou i inni v. Grecja, 31.10.2019 r., Izba (Sekcja I), skargi nr 4762/18 i 6140/18, § 37.

Zdanie drugie art. 2 Protokołu nr 1 należy odczytywać na tle nie tylko jego zdania pierwszego, ale również w szczególności art. 9 Konwencji, który gwarantuje wolność myśli, sumienia i wyznania, w tym wolność niewyznawania żadnej religii, oraz nakłada na państwa Konwencji „obowiązek neutralności i bezstronności”. Zdanie pierwsze tego przepisu – prawidłowo odczytywane w świetle art. 9 Konwencji oraz jego zdania

drugiego – gwarantuje uczniom w szkole prawo do edukacji w formie zapewniającej poszanowanie ich prawa do wierzenia albo niewierzenia.

Wyrok Papageorgiou i inni v. Grecja, 31.10.2019 r., Izba (Sekcja I), skargi nr 4762/18 i 6140/18, § 39.

PRZEKAZANIE DO WIELKIEJ IZBY (ART. 43)

Każde zbyt rygorystyczne podejście przy określaniu zakresu sprawy do rozpatrzenia przez Wielką Izbę może negatywnie wpłynąć na jego rolę rozstrzygającą o kwalifikacji prawnej związanych z nią faktów odnoszących się do zarzutów, które wcześniej – w Izbie – nie zostały uznane za niedopuszczalne. Ponadto przyjęcie, że zarzut nieuznany za niedopuszczalny przez Izbę nie mieści się w zakresie sprawy wniesionej do Wielkiej Izby, oznaczałoby w rzeczywistości odrzucenie go jako niedopuszczalnego. Takie podejście uniemożliwiłoby Wielkiej Izbie – mimo braku uzasadnienia Izby – ocenę dopuszczalności zarzutu wchodzącego w grę w sytuacji, gdy Izba tego wcześniej nie uczyniła.

Wyrok Ilias i Ahmed v. Węgry, 21.11.2019 r., Wielka Izba, skarga nr 47287/15, §177.

ABSTRACT

Marek Antoni Nowicki

The author is an advocate (Warsaw).

Review of the case-law of European Court of Human Rights (I and IV quarter of the 2019)

Review of the case-law of European Court of Human Rights covers selected decisions issued in I and IV quarter of the 2019 year, regarding to, among others, right to life, prohibition of torture, right to liberty and security, right to a fair trial, right to respect for private and family life, freedom of expression, freedom of thought, conscience and religion, right to education.

Keywords: *European Court of Human Rights, right to life, prohibition of torture, right to liberty and security, right to a fair trial, right to respect for private and family life, freedom of expression, freedom of thought, conscience and religion, right to education.*

Marek Antoni Nowicki

Autor jest adwokatem (Warszawa).

Pojęcia kluczowe: *nadzwyczajne złagodzenie kary, przestępstwo niealimentacji, wyrok kasatoryjny, skarga na wyrok kasatoryjny, kara łączna, kontrola operacyjna, karalna niegospodarność*

Najnowsze orzecznictwo

Michał Gałęski

PRZEGLĄD ORZECZNICTWA SĄDU NAJWYŻSZEGO W SPRAWACH KARNYCH (STYCZEŃ–GRUDZIEŃ 2019 R.)

Prezentowany przegląd obejmuje uchwały Sądu Najwyższego z 20.03.2019 r. (I KZP 15/18), 22.05.2019 r. (I KZP 3/19), 22.05.2019 r. (I KZP 1/19), postanowienia Sądu Najwyższego z 20.03.2019 r. (I KZP 17/18), 22.05.2019 r. (I KZP 2/19), 13.11.2019 r. (I KZP 8/19) oraz wyrok Sądu Najwyższego z 3.07.2019 r. (V KK 256/18). W omówionym orzecznictwie rozstrzygnięto sporne zagadnienia z zakresu prawa karnego materialnego i procesowego. Za szczególnie istotne dla praktyki stosowania prawa karnego należy uznać wyrażone w tym orzecznictwie zapatrywania prawne na podstawy wydawania i skarżania wyroków kasatoryjnych sądów odwoławczych.

NADZWYCAJNE ZŁAGODZENIE KARY ZA ZBRODNIĘ ZAGROŻONĄ KUMULATYWNĄ KARĄ POZBAWIENIA WOLNOŚCI I GRZYWNĄ

Uchwała Sądu Najwyższego z 20.03.2019 r. (I KZP 15/18)¹

Nadzwyczajne złagodzenie kary za zbrodnię zagrożoną kumulatywnie karą pozbawienia wolności i karą grzywny polega na wymierzeniu kary pozbawienia wolności poniżej dolnej granicy ustawowego zagrożenia, ale nie niższej od jednej trzeciej granicy, oraz wymierzeniu kary grzywny na zasadach ogólnych.

¹ Uchwała SN z 20.03.2019 r. (I KZP 15/18), Legalis nr 1883545.

Zagadnienie prawne

Postanowieniem z 25.10.2018 r. (I KZP 8/18) Sąd Najwyższy w składzie trzech sędziów przekazał na podstawie art. 441 § 2 k.p.k. powiększonemu składowi tego sądu rozstrzygnięcie następującego zagadnienia prawnego „czy nadzwyczajne złagodzenie kary za zbrodnię zagrożoną kumulatywną karą pozbawienia wolności i karą grzywny w stanie prawnym obowiązującym od 1.07.2015 r. polega:

- a) na wymierzeniu kary pozbawienia wolności poniżej dolnej granicy ustawowego zagrożenia, ale nie niższej od jednej trzeciej tej granicy oraz orzeczeniu kary grzywny na zasadach ogólnych,
- b) na wymierzeniu wyłącznie kary pozbawienia wolności poniżej dolnej granicy ustawowego zagrożenia, ale nie niższej od jednej trzeciej tej granicy,
- c) na wymierzeniu kary pozbawienia wolności poniżej dolnej granicy ustawowego zagrożenia, ale nie niższej od jednej trzeciej tej granicy (wedle reguł z art. 60 § 6 pkt 2 kodeksu karnego²),

a ponadto na odstąpieniu od orzeczenia grzywny i orzeczeniu środka karnego wymienionego w art. 39 pkt 2–3, 7 i 8 k.k., środka kompensacyjnego lub przypadku (wedle reguł z art. 60 § 7 k.k.)”? Po rozpoznaniu przedstawionego zagadnienia Sąd Najwyższy w składzie siedmiu sędziów podjął uchwałę z 20.03.2019 r. (I KZP 15/18) o przytoczonej powyżej treści.

Z uzasadnienia

W odniesieniu do zagadnienia nadzwyczajnego złagodzenia kary za zbrodnię zagrożoną kumulatywną karą pozbawienia wolności i grzywny zarysowały się trzy stanowiska wskazane w pytaniu prawnym skierowanym do Sądu Najwyższego³. Przekazując zagadnienie prawne powiększonemu składowi Sądu Najwyższego, wskazano ponadto, że niemożliwy do zaakceptowania jest trzeci z wymienionych powyżej poglądów, a orzecznictwo w większości opowiada się za pierwszym z możliwych rozwiązań.

Przystępując do rozstrzygnięcia przedstawionego zagadnienia prawnego, Sąd Najwyższy w składzie siedmiu sędziów wskazał, że „zasady nadzwyczajnego łagodzenia kary w pełni zostały uregulowane w art. 60 § 1–7 k.k., co oznacza, że nie są zawarte dodatkowo w art. 38 § 1 i 3 k.k., w art. 59 k.k. ani w art. 61 k.k. Dlatego normy wynikające z nich nie mogą być tu odpowiednio stosowane”. Sąd zauważył również, że zasady nadzwyczajnego łagodzenia kary uporządkowane są „stosownie do ciężaru «gatunkowego» przestępstw mierzonego surowością grożącej sankcji”. Ma to znaczenie przy ustaleniu możliwości zastosowania w rozpatrywanym kontekście art. 60 § 7 k.k. „Skoro dwa pierwsze punkty § 6 art. 60 k.k. określają sposób nadzwyczajnego łagodzenia kary za zbrodnię, to elementarne zasady logiki oraz domniemanie niesprzeczności wewnętrznej przepisów regulujących określoną instytucję wykluczają możliwość stosowania § 7 art. 60 k.k.

² Ustawa z 6.06.1997 r. (Dz.U. z 2019 r. poz. 1950 ze zm.), dalej k.k.

³ W uzasadnieniu postanowienia SN z 25.10.2018 r. (I KZP 8/18), OSNKW 2018/12 poz. 78, s. 24 przytoczono orzecznictwo oraz poglądy doktryny preferujące poszczególne stanowiska.

do zbrodni zagrożonej kumulatywnie pozbawieniem wolności i grzywną”. Okoliczność, że art. 60 § 7 k.k. znajduje zastosowanie jedynie w odniesieniu do występków, nakazuje przyjąć, że „nie może być stosowany do grzywny będącej obligatoryjnym elementem sankcji za zbrodnię. Zatem wykluczone jest nadzwyczajne złagodzenie kary za taką zbrodnię w sposób wskazany w pkt c) przedstawionego zagadnienia prawnego”.

Sąd Najwyższy w dalszej kolejności wywiódł, że „nadzwyczajne złagodzenie kary za zbrodnię zagrożoną kumulatywnie pozbawieniem wolności i grzywną nie upoważnia do odstąpienia od orzeczenia grzywny (ani do takiego postąpienia w razie analogicznego zagrożenia za występki). Po pierwsze, instytucja ta ma charakter wyjątkowy. Po drugie, co pozostaje w logicznym związku z powyższym zauważeniem, nie można przez wykładnię przepisów prowadzić do zlikwidowania zróżnicowania odpowiedzialności za czyny zagrożone tylko karą pozbawienia wolności od zagrożonych koniunkcyjnymi sankcjami. Nadzwyczajne złagodzenie kary nie powinno prowadzić do eliminowania sankcji, którą ustawodawca uznał za konieczną, kryminalizując określone zachowanie. Skoro zdecydował się on karać za czyn zabroniony nie tylko pozbawieniem wolności, ale i grzywną, to nie stworzył uprawnienia do zaniechania jej wymierzenia, chyba że wyraźnie tak postanowił (jak w art. 59 k.k. czy art. 60 § 7 k.k.). Inaczej mówiąc, takie uprzywilejowanie sprawcy musi jasno wynikać z ustawy”. Dodał również i podkreślił, że „chodzi o instytucję o charakterze wyjątkowym, zmieniającą istotnie zasady wymiaru kary. Wszak zawiera ona reguły nadzwyczajnego złagodzenia kary. A skoro tak, to nie podlega wykładni rozszerzającej. Z centrum uwagi nie można też tracić, że w § 6 art. 60 k.k. określono zasady złagodzenia kar pozbawienia wolności. Dalej, nie widać powodu do swoistego uprzywilejowania sprawców czynów zagrożonych koniunkcyjnie karą pozbawienia wolności i grzywną przez nieorzeczenie tej ostatniej, w stosunku do sprawców przestępstw zagrożonych tylko tą pierwszą karą”. Ponadto „niweczony byłby cel ustawodawcy wyrażony w sankcji kumulatywnej, jeżeli przyjmie się, że zastosowanie tej instytucji wiąże się z zaniechaniem wymierzenia obligatoryjnej grzywny”. Konstrukcja kumulatywnej sankcji wyklucza dokonanie przez sąd wyboru w tym zakresie. „Instytucja nadzwyczajnego złagodzenia kary nie ma na celu wykreowania takiego uprawnienia. Innymi słowy, instytucja ta nie służy ominięciu obowiązku wymierzenia określonej kary”.

Komentarz

W omawianej uchwale Sąd Najwyższy rozstrzygnął przedstawione mu zagadnienie prawne w zgodzie z poglądem dominującym w orzecznictwie⁴. Okoliczność ta nie czyni wyrażonego w niej poglądu prawnego wolnym od kontrowersji. Jako trafne przedstawia się stwierdzenie, że zasady nadzwyczajnego złagodzenia kary unormowano w przepisach art. 60 § 1–7 k.k. Przekonujące jest również stanowisko, że w odniesieniu do zbrodni

⁴ Wskazać należy tu zarówno orzecznictwo wydane na gruncie obowiązującego Kodeksu karnego, jak i uchwałę SN z 16.12.1971 r. (VI KZP 7/71), OSNPG 1972/2, poz. 23. Na temat stanowiska doktryny w odniesieniu do wskazanej uchwały zob. J. Raglewski, *Kilka uwag w kwestii nadzwyczajnego złagodzenia kary w przypadku ustawowego zagrożenia karą pozbawienia wolności oraz grzywną*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2008/1, s. 255.

zastosowania nie znajduje art. 60 § 7 k.k.⁵, co prowadzi do wniosku, że ustalenia sposobu nadzwyczajnego złagodzenia kary za zbrodnię zagrożoną kumulatywnie karą pozbawienia wolności i grzywną dokonać należy na podstawie art. 60 § 6 pkt 2 k.k. Przepis ten nie daje jednak wyraźnych podstaw do przyjęcia, że określona w nim zasada nadzwyczajnego złagodzenia kary za zbrodnię nie odnosi się do zbrodni zagrożonych kumulatywną karą pozbawienia wolności i grzywną⁶. Jej zastosowanie w odniesieniu do całej kumulatywnie skonstruowanej kary prowadzi natomiast do wniosku zgodnego z drugim spośród rozpatrywanych poglądów, czyli głoszącego, że nadzwyczajne złagodzenie kary polega wówczas na wymierzeniu wyłącznie kary pozbawienia wolności poniżej dolnej granicy ustawowego zagrożenia, ale nie niższej od jednej trzeciej tej granicy⁷.

Podzielając celowościowo zorientowane intuicje Sądu Najwyższego, które prowadzą do wniosku, że nadzwyczajne złagodzenie kary kumulatywnej powinno odzwierciedlać jej konstrukcję, trudno nie odnieść wrażenia, że ich realizacja wymagałaby stosownego unormowania nadzwyczajnego złagodzenia takiej kary. Sąd Najwyższy zdaje się przyjmować, że brak szczególnego unormowania kwestii nadzwyczajnego złagodzenia orzekanej kumulatywnie grzywny jest równoznaczny z brakiem podstaw prawnych dla takiego złagodzenia. Z art. 60 § 6 pkt 2 k.k. wynika jednak zasada nadzwyczajnego złagodzenia kary za zbrodnię zagrożone inną karą aniżeli określona w pkt 1 tego przepisu, bez dalszego dookreślenia jej konstrukcji czy części składowych. Nie unormowano tam zatem nadzwyczajnego złagodzenia kary pozbawienia wolności, lecz nadzwyczajne złagodzenie jakiegokolwiek kary grożącej za zbrodnię (z wyłączeniem kary określonej w art. 60 § 6 pkt 1 k.k.). Prawodawca, niezależnie od zwyczajnego kształtu ustawowego zagrożenia karą⁸, nie pozostawił przy tym wyboru rodzaju orzekanej kary, nakazując wymierzenie kary pozbawienia wolności poniżej dolnej granicy ustawowego zagrożenia, ale nie niższej od jednej trzeciej tej granicy. Z podanych względów argumentacja przedstawiona na rzecz poglądu wyrażonego w uchwale, w zakresie, w jakim wskazuje na niezasadność redukcji kumulatywnego zagrożenia karą do wymierzenia nadzwyczajnie złagodzonej kary pozbawienia wolności, przedstawia się jako – słuszna skądinąd – argumentacja na rzecz postulatu unormowania szczególnych zasad nadzwyczajnego złagodzenia tak skonstruowanej kary, czyli postulatu *de lege ferenda*. Uzasadnione racjami

⁵ Por. W. Wassermann, *Grzywna kumulatywna a nadzwyczajne złagodzenie kary na gruncie ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii*, „Prokuratura i Prawo” 2017/9, s. 102–103.

⁶ K. Siwek, *Kara nadzwyczajnie złagodzona za zbrodnię*, „Prokuratura i Prawo” 2013/1, s. 151. Autor ten zasadnie wskazuje, że „nie widać żadnych normatywnych racji do przyjmowania na gruncie art. 60 § 6 k.k., że reguły nadzwyczajnego złagodzenia kary nie odnoszą się także do obligatoryjnej, kumulatywnie grożącej grzywny”.

⁷ Jak wskazuje J. Raglewski, *Kilka uwag...*, s. 264, „brzmienie przepisu art. 60 § 6 pkt 1 k.k. nie pozostawia żadnych wątpliwości, iż następstwem aplikacji nadzwyczajnego złagodzenia kary wobec sprawy przestępstwa stanowiącego zbrodnię może być jedynie wymiar kary z art. 32 pkt 3 k.k.”.

⁸ Z tych względów nieuzasadniony byłby zarzut, że nadzwyczajne złagodzenie kary kumulatywnej poprzez wymierzenie wyłącznie kary pozbawienia wolności cechuje dowolność wyboru między dwoma elementami kumulatywnie skonstruowanej sankcji. Art. 60 § 6 pkt 2 k.k. nie pozostawia w tym zakresie jakiegokolwiek wyboru, nakazując wymierzenie kary pozbawienia wolności poniżej dolnej granicy ustawowego zagrożenia, ale nie niższej od jednej trzeciej tej granicy. Por. J. Raglewski, *Kilka uwag...*, s. 257.

natury celowościowej rozbudowanie zasady nadzwyczajnego złagodzenia kary kumulatywnej za zbrodnię ponad wskazania art. 60 § 6 pkt 2 k.k. nosi znamiona wykładni rozszerzającej na niekorzyść oskarżonego.

KONSEKWENCJE NOWELIZACJI ART. 209 K.K.

Postanowienie Sądu Najwyższego z 20.03.2019 r. (I KZP 17/18)⁹

Do oceny czynu osoby zobowiązanej do alimentacji, której obowiązek został określony co do wysokości orzeczeniem sądowym, ugodą zawartą przed sądem albo innym organem, albo inną umową, a popełnionego przed dniem 31.05.2017 r., możliwe jest – przy respektowaniu reguł wskazanych w art. 4 § 1 k.k. – zastosowanie przepisu art. 209 k.k., zarówno w brzmieniu dotychczasowym, jak i obowiązującym obecnie. Warunkiem jest ustalenie, że sprawca wyczerpał swoim zachowaniem znamiona przestępstwa niealimentacji wymagane w dotychczasowym brzmieniu tego przepisu, a równocześnie zrealizował wymagane dla tego przestępstwa znamiona w brzmieniu nadanym tą nowelizacją. W takiej sytuacji organ procesowy po dokonaniu takiej podwójnej oceny czynu bądź to zastosuje ustawę nową, bądź też obowiązującą poprzednio jako względniejszą dla sprawy.

Zagadnienie prawne

Sądowi Najwyższemu przekazano do rozstrzygnięcia zagadnienie prawne wyrażone pytaniem „czy wobec nowelizacji art. 209 k.k. wprowadzonej ustawą z 23.03.2017 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz ustawy o pomocy osobom uprawnionym do alimentów¹⁰ do oceny zachowań osoby zobowiązanej do alimentacji, której obowiązek został określony co do wysokości orzeczeniem sądu, ugodą lub umową, zapoczątkowanych przed dniem 31.05.2017 r., stosować należy wyłącznie art. 209 k.k. w jego aktualnym brzmieniu, czy też możliwe jest skorzystanie z normy art. 4 § 1 k.k. i zastosowanie art. 209 § 1 k.k. w brzmieniu sprzed nowelizacji – jeżeli tak, czy art. 209 § 1 k.k. w brzmieniu sprzed nowelizacji ma zastosowanie tylko do stanów faktycznych zakończonych z dniem 30.05.2017 r., czy również do rozpoczętych przed 31.05.2017 r. i zakończonych po tej dacie?”. Sąd Najwyższy postanowił odmówić podjęcia uchwały. W uzasadnieniu postanowienia poczynił jednak kilka istotnych uwag porządkujących problematykę intertemporalną wskazaną w przytoczonym pytaniu.

Z uzasadnienia

Zakres zmian dokonanych w art. 209 k.k. w wyniku nowelizacji „nie może prowadzić do wniosku, że doszło do całkowitej dekryminalizacji zachowań, które stanowiły prze-

⁹ Postanowienie Sądu Najwyższego z 20.03.2019 r. (I KZP 17/18), Legalis nr 1894899.

¹⁰ Ustawa z 23.03.2017 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz ustawy o pomocy osobom uprawnionym do alimentów (Dz.U. z 2017 r. poz. 952).

stępstwo niealimentacji na podstawie poprzedniego brzmienia tego przepisu”. Sąd Najwyższy powołał się na pogląd wyrażony uprzednio w postanowieniu SN z 25.01.2018 r. (I KZP 10/17)¹¹, wskazując, że „zmiana art. 209 k.k. doprowadziła do dekryminalizacji, ale jedynie w odniesieniu do zachowań osób zobowiązanych do łożenia na utrzymanie osoby najbliższej, wobec których ten obowiązek nie został określony co do jego wysokości w orzeczeniu sądu, ugodzie lub umowie”. Rezygnacja ze znamienia „uporczywości” w nowym brzmieniu art. 209 k.k. nie uzasadnia „wniosku, że w każdym przypadku skazania na podstawie art. 209 k.k. w jego obecnym brzmieniu za czyn popełniony przed wejściem w życie nowelizacji art. 209 k.k. z 23.03.2017 r., dochodzi do skazania za czyn, który w czasie jego dokonania nie był przestępstwem”.

Jak wyjaśnia Sąd Najwyższy, „dokonana przez prawodawcę zmiana art. 209 k.k. w zakresie rezygnacji ze znamienia «uporczywość» na rzecz znamion określających okres opóźnienia albo wysokość opóźnionej zaległości nie może być interpretowana jako zmiana o charakterze jakościowym, czyli taka, która świadczyłaby o podjęciu decyzji o kryminalizacji niealimentacji w oparciu o kryterium, które wcześniej nie było uwzględnione przez prawodawcę. Wymagany w poprzednim brzmieniu art. 209 § 1 k.k. obiektywno-subiektywny charakter znamienia «uporczywość» i rezygnacja z tego znamienia przez prawodawcę ustawą z 23.03.2017 r. uprawnia stwierdzenie, że w tym zakresie rzeczywiście nowelizacja ta doprowadziła do redukcji warunków karalności tego czynu. Spośród dwóch elementów kreujących to znamię «uporczywości» pozostał jedynie element obiektywny. «Uporczywość uchylania» się od alimentów w poprzednim brzmieniu art. 209 § 1 k.k. wymagała ustalenia zarówno powtarzalności zachowania sprawcy (co znamienne w poprzednim stanie prawnym powszechnie w orzecznictwie przyjmowano, okres co najmniej 3 miesiące, jako wymagany dla przyjęcia «uporczywości uchylania»), ale i wykazania jego złej woli. Nowela z 23.03.2017 r. wprowadziła rezygnowała ze znamienia «uporczywości» uchylania się od obowiązku alimentacyjnego i w to miejsce wprowadzono sztywne określenie wysokości zaległości alimentacyjnych («jeżeli łączna wysokość powstałych wskutek tego zaległości stanowi równowartość co najmniej 3 świadczeń okresowych albo jeżeli opóźnienie zaległego świadczenia innego niż okresowe wynosi co najmniej 3 miesiące»), to jednak, ta zmiana, jeszcze nie oznacza, że obecnie samo powstanie zaległości alimentacyjnych w określonej kwocie lub opóźnienia w spełnieniu świadczenia innego niż okresowe, jest wystarczającą przesłanką do uznania, iż zrealizowano znamiona z art. 209 § 1 k.k. Dla bytu tego przestępstwa nieustannie i niezmiennie nie wystarczy (tak jak i poprzednio nie wystarczyło) samo potwierdzenie, że oskarżony nie płaci alimentów, do których łożenia był zobowiązany, lecz konieczne jest równoczesne ustalenie, iż od tego obowiązku «uchyla się». W orzecznictwie Sądu Najwyższego i sądów powszechnych, utrwalił się pogląd, że uchylanie się od obowiązku łożenia na utrzymanie osoby uprawnionej do alimentacji – w rozumieniu art. 209 § 1 k.k., zarówno w brzmieniu obowiązującym przed nowelą z 23.03.2017 r., jak i aktualnie obowiązującym – zachodzi wtedy, gdy zobowiązany mając obiektywną możliwość wykonania tego obowiązku, nie dopełnia go ze złej woli”. Prowadzi to do wniosku, że „zawarte w art. 209 § 1 k.k. znamię czynnościowe określone jako «uchyla-

¹¹ Postanowienie SN z 25.01.2018 r. (I KZP 10/17), OSNKW 2018/11, poz. 73.

nie się» nie oznacza – jak to już powyżej zauważono – braku wykonywania obowiązku alimentacyjnego z przyczyn obiektywnych”.

W zakresie problematyki intertemporalnej Sąd Najwyższy stwierdził, że „dla pociągnięcia do odpowiedzialności za przestępstwo niealimentacji popełnione przed wejściem w życie nowelizacji z 23.03.2017 r. czyn musi wypełniać jednocześnie znamiona opisane w poprzedniej, jak i obecnie obowiązującej wersji brzmienia art. 209 k.k. Sąd musi zatem – postępując w myśl reguł wskazanych w art. 4 § 1 k.k. – dokonać podwójnej oceny czynu – z punktu widzenia obecnego i poprzedniego brzmienia tego przepisu”. Odnosząc się do argumentacji sądu przekazującego zagadnienie prawne, Sąd Najwyższy wskazał, że „«wskrzeszanie» uchylonej ustawy stanowi istotę zasady *lex mitior agit*. Dlatego zgodzić należy się z poglądem, że formalnym aktem uchylenia obowiązującej normy prawnej ustawodawca wyłącza z zakresu jej zastosowania stany faktyczne, które mogą zdarzyć się po jej uchyleniu, a tym samym zawęży zakres jej zastosowania wyłączając do tych sytuacji, które wystąpiły przed jej uchyleniem”¹².

Komentarz

Spostrzeżenia poczynione w uzasadnieniu komentowanego postanowienia stanowią wartościowe objaśnienie konsekwencji zmiany normatywnej w zakresie art. 209 k.k. Na gruncie poprzedniego stanu prawnego zauważano, że zachowanie zawierające się w pojęciu „uchylanie się” polega na niewypełnieniu ciężącego na sprawcy takiego obowiązku, który jednak jest w ogóle możliwy do wykonania¹³. Ponadto znamię czynności sprawczej stypizowanej jako „uchyla się”, tak w poprzednim jak i obecnym stanie prawnym, objęte musi być umyślnością, co oznacza, że warunkiem pociągnięcia sprawcy do odpowiedzialności karnej jest świadomość i wola niewypełnienia ciężącego na nim obowiązku alimentacyjnego¹⁴. Z podanych względów rezygnacja z dookreślenia czynności sprawczej przysłówkiem „uporczywie”, jakkolwiek prowadzi do redukcji warunków karalności, nie uzasadnia generalnego wniosku, że czyny zabronione stypizowane w dwóch rozważanych wersjach art. 209 § 1 k.k. odnoszą się do zachowań kategoryalnie odmiennych. Sąd Najwyższy słusznie zauważył, że spośród dwóch elementów kreujących stan „uporczywości” uchylania się utrzymano element obiektywny wyrażony obecnie zwrotem „jeżeli łączna wysokość powstałych wskutek tego zaległości stanowi równowartość co najmniej 3 świadczeń okresowych albo jeżeli opóźnienie zaległego świadczenia innego niż okresowe wynosi co najmniej 3 miesiące”. Zgodzić należy się ze stwierdzeniem, że zmiana art. 209 k.k. doprowadziła do depenalizacji w odniesieniu do zachowań osób, których obowiązek alimentacyjny nie został określony co do jego wysokości w orzeczeniu sądu, ugodzie lub umowie¹⁵. Normy zawarte w art. 209

¹² Sąd Najwyższy powołuje się w tym zakresie na ustalenia poczynione przez W. Wróbla (W. Wróbel, *Zmiana normatywna i zasady intertemporalne w prawie karnym*, Kraków 2003, s. 44).

¹³ S. Hyps (w:) *Kodeks karny. Część szczególna*, red. M. Królikowski, R. Zawłocki, Warszawa 2013, t. 1, s. 765.

¹⁴ S. Hyps (w:) *Kodeks karny...*, s. 765.

¹⁵ Precyzyjniej na temat typów zachowań objętych depenalizacją zob. Ł. Pohl, *Zakres i skutki depenalizacji wywołanej nowelizacją przepisu określającego znamiona przestępstwa niealimentacji*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2017/4, s. 92–93.

§ 1 k.k. w obu rozważanych wersjach cechują zatem wyraźne odmienności treściowe, lecz rodzajowa charakterystyka zakazanych zachowań pozostaje zbliżona. Niezależnie od wskazanej bliskości treściowej tych norm dla pociągnięcia do odpowiedzialności za czyn popełniony przed wejściem w życie nowelizacji z 23.03.2017 r. konieczne jest uwzględnienie wskazań płynących z art. 4 § 1 k.k. Sąd zobowiązany jest zatem do dokonania oceny czynu z punktu widzenia obecnego i poprzedniego brzmienia art. 209 § 1 k.k. Sąd Najwyższy nie wyraził natomiast wprost zapatrywania prawnego w przedmiocie kwalifikacji czynu popełnionego w czasie obowiązywania dwóch różnych stanów prawnych, czyli rozpoczętego przed nowelizacją art. 209 k.k., a zakończonego po jej dokonaniu. Wskazując jednak, że zakres zastosowania uchylonej normy zwięzony jest do sytuacji, które wystąpiły przed jej uchYLENIEM, zdaje się wykluczać możliwość zastosowania normy odczytywanej z art. 209 § 1 k.k. w kształcie sprzed nowelizacji, do czynów rozpoczętych przed 31.05.2017 r., lecz zakończonych po tej dacie. To znów prowadziłoby do wniosku, że kwalifikacji prawnej czynu popełnionego w takiej rozciągłości czasowej dokonywać można wyłącznie na podstawie ustawy „nowej”.

KONIECZNOŚĆ PRZEPROWADZENIA NA NOWO PRZEWODU SĄDOWEGO W CAŁOŚCI

Uchwała Sądu Najwyższego z 22.05.2019 r. (I KZP 3/19)¹⁶

Konieczność przeprowadzenia na nowo przewodu w całości, o której mowa w art. 437 § 2 zdanie drugie *in fine* k.p.k., jako powód uchylenia przez sąd odwoławczy zaskarżonego wyroku i przekazania sprawy sądowi pierwszej instancji do ponownego rozpoznania, zachodzi wówczas, gdy orzekający sąd pierwszej instancji naruszył przepisy prawa procesowego, co skutkowało, w realiach sprawy, nierzetelnością prowadzonego postępowania sądowego, uzasadniająca potrzebę powtórzenia (przeprowadzenia na nowo) wszystkich czynności procesowych składających się na przewód sądowy w sądzie pierwszej instancji.

Zagadnienie prawne

Pismem z 7.02.2019 r. Prezes Sądu Najwyższego wystąpił o rozstrzygnięcie przez skład siedmiu sędziów Sądu Najwyższego rozbieżności w wykładni prawa, występującej w orzecznictwie Sądu Najwyższego w zakresie zagadnienia wskazanego w formie następującego pytania: „Jak należy rozumieć przesłankę konieczności przeprowadzenia na nowo przewodu w całości, o której mowa w art. 437 § 2 zdanie drugie *in fine* k.p.k., jako warunku uchylenia wyroku i przekazania sprawy sądowi pierwszej instancji do ponownego rozpoznania, a w szczególności:

- 1) czy oznacza ona konieczność powtórnego przeprowadzenia wszystkich dowodów w sprawie, czy też wystarczająca jest potrzeba powtórzenia najważniejszych dowodów, rozstrzygających o odpowiedzialności karnej oraz

¹⁶ Uchwała SN z 22.05.2019 r. (I KZP 3/19), Legalis nr 1920523.

2) czy potrzeba dokonania ponownej oceny wszystkich dowodów, choćby bez ich ponownego przeprowadzania, uzasadnia przyjęcie tej przesłanki?”.

Po rozpoznaniu przedstawionego zagadnienia Sąd Najwyższy w składzie siedmiu sędziów podjął uchwałę z 22.05.2019 r. (I KZP 3/19) o przytoczonej powyżej treści.

Z uzasadnienia

We wniosku Prezesa Sądu Najwyższego wykazano, że w orzecznictwie Sądu Najwyższego wystąpiła rozbieżność w odniesieniu do zakresu niezbędego ponowienia postępowania dowodowego uzasadniającego konieczność przeprowadzenia na nowo przewodu w całości (art. 437 § 2 zdanie drugie *in fine* k.p.k.). W myśl jednego z konkurujących stanowisk „przesłankę konieczności przeprowadzenia na nowo przewodu w całości uznać można za spełnioną jedynie wówczas, gdy całość dowodów została nieprawidłowo przeprowadzona, albo gdy dowody te zostały ocenione w sposób dowolny, lub też gdy nie ujawniono ich zgodnie z wymogami prawa”. W myśl drugiego „powodem uchylenia wyroku i przekazania sprawy do ponownego rozpoznania może być już konieczność ponowienia kluczowych, istotnych (a więc niekoniecznie wszystkich) dowodów w sprawie”. W odniesieniu do konieczności ponownej oceny przeprowadzonych dowodów „dominujące w orzecznictwie Sądu Najwyższego stanowisko, opiera się na założeniu, że sama tylko potrzeba dokonania oceny dowodów nie mieści się w kręgu podstaw wydania przez sąd odwoławczy wyroku kasatoryjnego”. Raczej niszowo natomiast wyrażano „pogląd, że podstawą dla sądu odwoławczego do wydania wyroku kasatoryjnego, jest także konieczność dokonania ponownie samej tylko oceny zgromadzonego materiału dowodowego”. Sąd Najwyższy stwierdził, że „zasadniczą przyczyną rozbieżności w orzecznictwie Sądu Najwyższego, w omawianej kwestii, jest odmienna wykładnia przesłanki wydania przez sąd odwoławczy wyroku kasatoryjnego z uwagi na potrzebę ponowienia postępowania dowodowego”.

Sąd Najwyższy odnotował i podkreślił, że przedmiotowe zagadnienie rozpatrywać należy w kontekście modelowych założeń postępowania odwoławczego. Wskutek dokonanych nowelizacji¹⁷ zastąpiono „istniejący dotychczas tzw. model rewizyjny postępowania odwoławczego, sprowadzający się do kontroli prawidłowości orzeczenia pierwszoinstancyjnego, co do zasady, jedynie na podstawie akt sprawy, modelem apelacyjnym, opartym na założeniu przeprowadzenia, chociażby częściowo, postępowania dowodowego przez sąd drugiej instancji i tym samym ponownego merytorycznego rozpoznania sprawy w tym zakresie”. Sąd Najwyższy wskazuje, że „unormowanie zawarte w art. 437 § 2 zdanie drugie k.p.k., ma za zadanie skrócić czas trwania całego postępowania sądowego, poprzez istotne ograniczenie możliwości wydawania przez sąd odwoławczy orzeczeń kasatoryjnych (uchylenie zaskarżonego orzeczenia połączone z następczym przekazaniem sprawy sądowi pierwszej instancji do ponownego rozpoznania). Ustawodawca wyraźnie na pierwsze miejsce wysunął sposób rozstrzygnięcia

¹⁷ Dotyczy to ustawy z 27.09.2013 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2013 r. poz. 1247 ze zm.) oraz ustawy z 20.02.2015 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2015 r. poz. 396).

sprawy polegający na zmianie zaskarżonego orzeczenia w postępowaniu przed sądem odwoławczym, a dopiero w drugiej kolejności wskazał na możliwości jego uchylenia". Zgodzić należy się, że takie przekształcenie modelu postępowania odwoławczego jest „reakcją ustawodawcy na zjawisko nadmiernego i niejednokrotnie nieuzasadnionego uchylenia przez sąd odwoławczy zaskarżonych orzeczeń i przekazywania spraw sądom pierwszej instancji do ponownego rozpoznania, będące jedną z głównych przyczyn przewlekłości postępowania sądowego w sprawach karnych. Przyjęty model postępowania apelacyjnego zakłada, co do zasady, ponowne rozpoznanie sprawy przez sąd drugiej instancji i wydanie wyroku co do zasadniczego przedmiotu procesu, kończącego postępowanie w sprawie". Powyższe pozwala stwierdzić, że wydanie orzeczenia kasatoryjnego stanowi wyjątek od reguły, jaką jest wydanie przez sąd odwoławczy orzeczenia kasatoryjnego. „Z samego założenia przyświecającego modelowi apelacyjnemu wynika zatem, że regułą jest, iż sąd odwoławczy, po rozpoznaniu sprawy wydaje orzeczenie merytoryczne (utrzymujące w mocy zaskarżone orzeczenie lub zmieniające zaskarżone orzeczenie), a nie orzeczenie kasatoryjne (uchylające zaskarżone orzeczenie i przekazujące sprawę sądowi pierwszej instancji do ponownego rozpoznania). W modelu apelacyjnym możliwość wydania przez sąd odwoławczy orzeczenia o charakterze kasatoryjnym stanowi wyjątek, uzasadniony bądź procesowymi ograniczeniami swobody orzekania sądu odwoławczego, bądź też zaistnieniem takich rażących uchybień w procedowaniu sądu pierwszej instancji, które wręcz dyskwalifikują postępowanie przed sądem *a quo* jako podstawy rozstrzygnięcia kwestii odpowiedzialności karnej oskarżonego". Z uwagi na „skatalogowanie przyczyn uchylenia przez sąd odwoławczy zaskarżonego orzeczenia i przekazania sprawy do ponownego rozpoznania w art. 437 § 2 zdanie drugie k.p.k., gdy żadna z tych przyczyn nie zachodzi, sąd odwoławczy zobowiązany jest dokonać zmiany zaskarżonego orzeczenia w razie stwierdzenia uchybienia". Sąd Najwyższy wskazuje, że „treść art. 437 § 2 k.p.k. jasno wskazuje, w jakich sytuacjach zaskarżone orzeczenie sądu pierwszej instancji może zostać uchylone, a sprawa przekazana do ponownego rozpoznania, ograniczając takie postąpienie wyłącznie do wypadków ujętych: w art. 439 § 1 k.p.k. i art. 454 k.p.k. lub «konieczności przeprowadzenia na nowo przewodu w całości»".

Odnosząc się do ostatniej z wymienionych przesłanek jako dotyczącej zadanego pytania prawnego, Sąd Najwyższy przedstawił krótkie objaśnienia wyrazów „konieczność” oraz „przewód”. Sąd Najwyższy przyjął, że wyraz „przewód” rozumieć należy jako „przewód sądowy” i podkreślił, że „z przepisu art. 437 § 2 zdanie drugie *in fine* k.p.k. wynika, że chodzi nie o «powtórzenie dowodów», ale o powtórzenie (przeprowadzenie na nowo) «przewodu»”. W ocenie Sądu Najwyższego punktem wyjścia dla sądu odwoławczego powinna być ocena „przeprowadzonego przez sąd pierwszej instancji postępowania, nie tylko pod kątem potrzeby ponownego przeprowadzenia czynności dowodowych i pozadowodowych, ale także zawsze w aspekcie, czy przeprowadzone postępowanie sądowe spełniło standard rzetelnego procesu”. Sąd Najwyższy wskazuje przy tym, że „obowiązek zapewnienia rzetelnego procesu karnego sprowadza się nie tylko do przestrzegania przepisów, które ustanowione zostały po to, aby wyinterpretowane z nich normy służyły zapewnieniu gwarancji procesowych

składających się na rzetelny proces karny. Stwierdzenie spełnienia wymogów rzetelności procesu sprowadza się bowiem do oceny realnego kształtu każdego konkretnego postępowania karnego. Oznacza to z jednej strony, że pomimo zgodności postępowania organu procesowego z prawem, może zaistnieć taki splot wydarzeń faktycznych, który sprawi, że tego konkretnego postępowania karnego nie będzie można określić jako rzetelne”.

W ocenie Sądu Najwyższego „konieczność ponownego przeprowadzenia wszystkich dowodów wystąpi wówczas, gdy wszystkie dowody były nieprawidłowo przeprowadzone, jak też, gdy w sprawie w ogóle żaden dowód nie został przeprowadzony przez sąd pierwszej instancji. Słusznie zastrzega się jednak, że konieczności ponownego przeprowadzenia w postępowaniu przed sądem pierwszej instancji wszystkich dowodów nie można zawęzać do jedynie tych dwóch wypadków. Owa konieczność przeprowadzenia wszystkich dowodów na rozprawie przed sądem pierwszej instancji będzie również zachodziła, gdy nieprawidłowe przeprowadzenie większości dowodów w sądzie pierwszej instancji spowoduje niemożność poddania ocenie tych prawidłowo przeprowadzonych. Innymi słowy, postępowanie przed sądem pierwszej instancji powinno też zostać przeprowadzone ponownie, jeżeli w kontekście wszystkich okoliczności istotnych dla prawidłowego rozstrzygnięcia w kwestii odpowiedzialności karnej, było ono w istocie całkowicie nieprzydatne dla osiągnięcia tego celu (z obiektywnego punktu widzenia nieprowadzące do możliwości poczynienia trafnych ustaleń przez sąd pierwszej instancji)”. Prowadzi to do wniosku, że „prawidłowe przeprowadzenie choć jednego dowodu przez sąd pierwszej instancji, zważywszy zawsze na niepowtarzalne okoliczności konkretnej sprawy, nie może uniemożliwiać przyjęcia przez sąd odwoławczy, że zachodzi konieczność ponownego przeprowadzenia postępowania dowodowego w całości przez sąd pierwszej instancji”.

W odniesieniu do zagadnienia konieczności ponownej oceny dowodów przez sąd pierwszej instancji Sąd Najwyższy za słuszne uznał dominujące stanowisko wyrażające się w stwierdzeniu, że „okoliczność ta nie mieści się w kręgu podstaw wydania przez sąd odwoławczy wyroku kasatoryjnego”.

Komentarz

Treść uchwały nie stanowi jednoznacznej odpowiedzi na pytania zawarte we wniosku o rozstrzygnięcie zagadnienia prawnego. Pytania te natomiast sformułowano precyzyjnie, odzwierciedlając sedno problemów, jakie pojawiają się przy orzekaniu przez sądy odwoławcze. Lektura uzasadnienia uchwały pozwala stwierdzić, że Sąd Najwyższy udzielił negatywnej odpowiedzi na drugie z zadanych pytań. Wyraził zatem pogląd, że potrzeba dokonania ponownej oceny wszystkich dowodów nie jest równoznaczna z koniecznością przeprowadzenia na nowo przewodu w całości, a tym samym nie uzasadnia wydania orzeczenia kasatoryjnego. W odniesieniu do pierwszego z zagadnień stanowisko Sądu Najwyższego jest bardziej rozbudowane, subtelne i – siłą rzeczy – mniej jednoznaczne. Z uchwały zdaje się wynikać, że konieczność przeprowadzenia na nowo przewodu sądowego w całości w związku z nieprawidłowością postępowania

dowodowego Sąd Najwyższy utożsamia z koniecznością przeprowadzenia na nowo wszystkich dowodów w sprawie. Nie jest to jednak równoznaczne z przyjęciem warunku nieprawidłowości przeprowadzenia wszystkich dowodów przez sąd pierwszej instancji. Prawidłowe przeprowadzenie niektórych dowodów nie wyklucza zatem uchylenia zaskarżonego orzeczenia z uwagi na konieczność przeprowadzenia przewodu sądowego na nowo w całości. Poruszając się w pasie nieostrości zwrotu art. 437 § 2 zdanie drugie *in fine* k.p.k., czyli poza sytuacjami, w których wszystkie dowody przeprowadzono nieprawidłowo albo w ogóle żaden dowód nie został przeprowadzony, Sąd Najwyższy wskazał ogólnie trzeci rodzaj sytuacji spełniających określoną tam przesłankę uchylenia orzeczenia i przekazania sprawy sądowi pierwszej instancji do ponownego rozpoznania. Odwołanie się w tym zakresie do pojęcia nierzetelności prowadzonego postępowania nie jest w pełni zadowalające, lecz doprecyzowanie tego poglądu w uzasadnieniu uchwały przedstawia się jako możliwie jednoznaczne określenie sytuacji, w której zasadne jest wydanie orzeczenia kasatoryjnego. Dotyczy to sytuacji, w której większość dowodów przeprowadzono nieprawidłowo, i to w stopniu uniemożliwiającym dokonanie swobodnej oceny dowodów przeprowadzonych prawidłowo, a w konsekwencji – konwalidację poszczególnych nieprawidłowo przeprowadzonych czynności w postępowaniu odwoławczym. Z powyższych względów należy stwierdzić, że wydanie orzeczenia kasatoryjnego w związku z koniecznością przeprowadzania na nowo przewodu w całości będzie rzadkością¹⁸.

Treść omawianej uchwały, podobnie jak treść uchwały składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z 20.09.2018 r. (I KZP 10/18)¹⁹, uwzględnia zmianę modelu postępowania odwoławczego w kierunku modelu apelacyjnego. Kluczową konsekwencją takiej zmiany jest wyjątkowość orzekania kasatoryjnego przez sąd odwoławczy. Wydaje się, że głębszej i wieloaspektowej refleksji wymagałoby określenie systemowych konsekwencji takiej zmiany. O ile bowiem w rewizyjnym modelu postępowania odwoławczego orzeczenie kasatoryjne było „najłatwiejszym” do wydania, o tyle obecnie jest nim orzeczenie utrzymujące zaskarżone orzeczenie w mocy.

PODSTAWY SKARGI NA WYROK SĄDU ODWOŁAWCZEGO

Uchwała Sądu Najwyższego z 22.05.2019 r. (I KZP 1/19)²⁰

Określone w art. 539a § 3 k.p.k. podstawy skargi na wyrok kasatoryjny nie uprawniają – co do zasady – Sądu Najwyższego do badania naruszenia przez sąd drugiej instancji przepisów wyznaczających granice rozpoznania środka odwoławczego oraz granice możliwych następstw tego rozpoznania.

¹⁸ D. Świecki, *Czynności procesowe obrońcy i pełnomocnika w sprawach karnych*, Warszawa 2018, s. 536.

¹⁹ Zob. M. Gałęski, *Przegląd orzecznictwa Sądu Najwyższego w sprawach karnych (czerwiec–grudzień 2018 r.)*, „Palestra” 2019/3, s. 120–122.

²⁰ Uchwała SN z 22.05.2019 r. (I KZP 1/19), Legalis nr 1920524.

Zagadnienie prawne

Prezes Sądu Najwyższego kierujący Izbą Karną wystąpił z wnioskiem o rozstrzygnięcie zagadnienia prawnego „czy podstawy skargi na wyrok sądu odwoławczego, określone w art. 539a § 3 k.p.k., umożliwiają badanie w postępowaniu skargowym tego, czy sąd odwoławczy wydając wyrok orzekł w granicach zaskarżenia, a w razie podniesienia zarzutów w środku odwoławczym – także w granicach tych zarzutów (art. 433 § 1, art. 434 § 1 k.p.k.), a jeżeli orzekł niezależnie od granic zaskarżenia i podniesionych zarzutów (art. 435, art. 440 k.p.k.) – to czy wyrokując nie naruszył przesłanek umożliwiających orzekanie w szerszym zakresie?”. Po rozpoznaniu przedstawionego zagadnienia Sąd Najwyższy w składzie siedmiu sędziów podjął uchwałę z 22.05.2019 r. (I KZP 1/19) o przytoczonej powyżej treści.

Z uzasadnienia

Rozbieżność w wykładni przepisów prawa w zakresie objętym sformułowanym w wniosku pytaniem prawnym przejawiała się w występowaniu dwóch koncepcji interpretacyjnych dotyczących podstaw skargi na wyrok kasatoryjny sądu odwoławczego i granic kontroli skargowej dokonywanej przez Sąd Najwyższy. „Według pierwszego poglądu, naruszenie przez sąd odwoławczy dyspozycji art. 433 § 1 k.p.k., a więc granic rozpoznania środka odwoławczego, nie może stanowić przedmiotu skargi”. Stanowisko przeciwne, „choć nie wyrażone *expressis verbis*, zakłada dopuszczalność formułowania w skardze zarzutów naruszenia prawa związanych z przekroczeniem granic kontroli odwoławczej dokonywanej w postępowaniu apelacyjnym”.

Przy tak zakreślonej rozbieżności Sąd Najwyższy zauważył, że „zbiór dopuszczalnych zarzutów w postępowaniu skargowym określony jest dyspozycją art. 539a § 3 k.p.k. W przepisie tym ustawodawca podał zamknięty katalog podstaw do wnoszenia skargi na wyrok kasatoryjny sądu odwoławczego, stwierdzając, że skarga może być wniesiona wyłącznie z powodu uchybień określonych w art. 439 § 1 k.p.k. lub z powodu naruszenia art. 437 k.p.k., a dokładnie art. 437 § 2 zd. drugie k.p.k., który przesądza, że uchylenie orzeczenia i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania może nastąpić «wyłącznie» w wypadkach wskazanych w art. 439 § 1 k.p.k., art. 454 k.p.k. lub jeżeli jest konieczne przeprowadzenie na nowo przewodu w całości”. Prowadzi to do wniosku, że „zignorowanie przepisów określających zakres rozpoznania środka odwoławczego lub zakres możliwych rozstrzygnięć będących skutkiem jego rozpoznania, żadną miarą nie sposób uznać za zdarzenie mieszczące się w kręgu podstaw, o których mowa w art. 539a § 3 k.p.k. Unormowanie w tym zakresie jest wyjątkowo jasne”. W ocenie Sądu Najwyższego rezultaty wykładni językowej znajdują silne oparcie w regułach wykładni systemowej i funkcjonalnej. „Po pierwsze – instytucja skargi przewidziana w rozdziale 55a Kodeksu postępowania karnego jest nadzwyczajnym środkiem zaskarżenia, a zatem ponieważ ze swej natury prawnej uruchamiana może być tylko na podstawie ściśle określonych przesłanek; ich poszerzanie za pomocą zabiegów interpretacyjnych jest wykluczone. Po drugie – mało rygorystyczne traktowanie podstaw skargi powodowałoby wy-

lom w dwuinstancyjnym modelu procesu karnego i prowadziło do dublowania kontroli odwoławczej przez badanie występowania w gruncie rzeczy wszystkich względnych przyczyn odwoławczych z art. 438 k.p.k., co w efekcie dałoby asumpt do twierdzenia, że w polskim postępowaniu karnym istnieje *de facto* trzecia instancja”.

Sąd Najwyższy wskazał ponadto, że dokonane na podstawie art. 435 k.p.k. poszerzenie podmiotowe dokonane w wyroku kasatoryjnym sądu odwoławczego nie może stać się „przedmiotem dociekań w postępowaniu skargowym”. Równocześnie zastrzegł, że „zaprezentowane rozważania nie powinny w żadnym razie prowadzić do wniosku o istnieniu zakazu podnoszenia w skardze zarzutów naruszenia przez sąd odwoławczy fundamentalnych zasad procesu karnego”. Skuteczność skargi opartej na takich podstawach „warunkowana będzie jednak – i to trzeba dobitnie podkreślić – powiązaniem tych uchybień z wyraźną perspektywą niezbędnego przeprowadzenia na nowo przez sąd pierwszej instancji przewodu w całości (art. 437 § 2 zd. 2 *in fine* k.p.k.); bez wystąpienia tej ostatniej przesłanki uwzględnienie skargi nie powinno wchodzić w rachubę”. W odniesieniu do dopuszczalności badania w postępowaniu skargowym naruszenia przez sąd odwoławczy art. 440 k.p.k. Sąd Najwyższy stwierdził, że „to nie samodzielnie sformułowany zarzut obrazy art. 440 k.p.k., ale wykazanie, że błędnie przyjęto zaistnienie któregoś ze względnych uchybień odwoławczych skutkujących konieczność przeprowadzenia na nowo przewodu w całości, może stanowić podstawę skargi”.

Na zakończenie swoich rozważań Sąd Najwyższy wskazał, że „w wypadku oparcia skargi na innych podstawach niż wskazane w art. 539a § 3 k.p.k., a także wówczas, gdy tylko formalnie taką podstawę powołano, choć w rzeczywistości wyrok kasatoryjny jest podważany z innych powodów niż wyszczególnione w tym przepisie, prezes właściwego sądu *ad quem* powinien odmówić przyjęcia skargi, a jeśli tak się nie stało, Sąd Najwyższy zobligowany jest taką wadliwie przyjętą skargę pozostawić bez rozpoznania”.

Komentarz

Treść uchwały oraz argumentacja przytoczona w jej uzasadnieniu zasługują na aprobatę. Wyrażony pogląd prawny koresponduje z pojmowaniem skargi z art. 539a k.p.k. jako szczególnego instrumentu zapobiegania nadużywaniu wydawania orzeczeń kasatoryjnych, zwłaszcza poza wąskim zakresem przewidzianym w art. 437 § 2 k.p.k.²¹ Zarzuty, na których oparta może być skarga, wskazano jednoznacznie w art. 539a § 3 k.p.k. i zawarty tam katalog jest niewątpliwie zamknięty. Próby jego poszerzenia w drodze analogii stałyby w sprzeczności z naturą tego środka zaskarżenia, a ponadto – w przeciwieństwie do rezultatu wykładni językowej przepisu – nie znajdowałyby oparcia w regułach wykładni systemowej i funkcjonalnej.

²¹ Na temat ograniczenia przypadków orzekania kasatoryjnego w obecnym modelu postępowania odwoławczego i przypadków, w których orzekanie takie jest wyjątkowo dopuszczalne – zob. powoływaną już uchwałę SN z 20.09.2018 r. (I KZP 10/18) oraz uchwałę SN z 22.05.2019 r. (I KZP 3/19).

Jako niezrozumiałe przedstawia się natomiast wskazanie w uzasadnieniu uchwały na możliwość podnoszenia zarzutów związanych z naruszeniem fundamentalnych zasad procesu karnego, czyli z naruszeniem standardów rzetelnego procesu, jeżeli pozostają one w związku z perspektywą konieczności przeprowadzenia przez sąd pierwszej instancji na nowo przewodu w całości. Jeżeli skarga przysługuje od wyroku sądu odwoławczego uchylającego wyrok sądu pierwszej instancji i przekazującego sprawę do ponownego rozpoznania, trudno byłoby wyjaśnić sens zaskarżania takiego wyroku z podniesieniem zarzutów wskazujących na zasadność wydania wyroku o tożsamym rozstrzygnięciu. W takim układzie wnioski skargi wskazywać musiałby na zasadność utrzymania zaskarżonego wyroku w mocy. Wydaje się zatem, że taka skarga byłaby niedopuszczalna z uwagi na brak interesu w zaskarżeniu orzeczenia, czyli wobec niespełnienia wymogu określonego w art. 425 § 3 k.p.k. Wniesienie skargi byłoby natomiast dopuszczalne w sytuacji odwrotnej, czyli takiej, gdy skarżący neguje zasadność orzeczenia kasatoryjnego, wydanego przez sąd odwoławczy ze wskazaniem na konieczność przeprowadzenia na nowo przewodu w całości wobec nierzetelności postępowania przed sądem pierwszej instancji. Należy zauważyć, że omówione tu pokrótce zagadnienie nie pozostało bez wpływu na treść uchwały, skoro znalazł się w niej zwrot „co do zasady”, wskazujący, że – na zasadzie wyjątku – dopuszczalne jest badanie przez Sąd Najwyższy naruszenia przez sąd drugiej instancji przepisów wyznaczających granice rozpoznania środka odwoławczego oraz granice możliwych następstw tego rozpoznania, czyli okoliczności niemogących stanowić podstawy skargi, gdyż niewymienionych w art. 539a § 3 k.p.k. Z podanych powyżej względów zastrzeżenie wskazujące na wyjątkową możliwość wniesienia skargi opartej na innych podstawach niż określone w art. 539a § 3 k.p.k. jest nieuzasadnione.

WYKORZYSTANIE MATERIAŁU UZYSKANEGO POZA LEGALNYM ZAKRESEM KONTROLI OPERACYJNEJ

Postanowienie Sądu Najwyższego z 22.05.2019 r. (I KZP 2/19)²²

Dowody uzyskane w toku kontroli operacyjnej, niebędące w czasie obowiązywania art. 19 ust. 15c ustawy z 6.04.1990 r. o Policji²³ przedmiotem wniosku, który prokurator był zobligowany skierować do sądu na podstawie tego przepisu, nie mogą być wykorzystane przez sąd w procesie w oparciu o art. 168b k.p.k.

Zagadnienie prawne

Postanowieniem z 22.05.2019 r. Sąd Najwyższy odmówił podjęcia uchwały w przedmiocie zagadnień prawnych przekazanych w trybie art. 441 § 1 k.p.k. Po przeformułowaniu jednego z pytań zawartych w wystąpieniu Sądu Apelacyjnego Sąd Najwyższy podjął jednak rozważania o charakterze merytorycznym. Stosownie do powyższego, rozważania

²² Postanowienie SN z 22.05.2019 r. (I KZP 2/19), Legalis nr 1923136.

²³ Ustawa z 6.04.1990 r. o Policji (Dz.U. z 2019 r. poz. 161 ze zm.).

te dotyczyły zagadnienia wyrażającego się w pytaniu „czy dowody z kontroli operacyjnej, niebędące w czasie obowiązywania art. 19 ust. 15c ustawy z 6.04.1990 r. o Policji przedmiotem wniosku, który prokurator był zobligowany skierować do sądu na podstawie tego przepisu, mogą być wykorzystane w procesie w oparciu o art. 168b k.p.k.?”.

Z uzasadnienia

Sąd Najwyższy za nieprzekonujące uznał argumenty mające przemawiać na rzecz stanowiska, że „nie zachodzą żadne przeszkody do wykorzystania w prowadzonym postępowaniu karnym, także w postępowaniu jurysdykcyjnym zainicjowanym aktem oskarżenia wniesionym przed 1.07.2015 r., pozyskanych przed tym dniem wszelkich materiałów z kontroli operacyjnej, w tym takich, co do których prokurator zaniechał wystąpienia do sądu o uzyskanie zgody następczej w czasie, gdy była ona konieczna”. W sprawie, w której wyłoniło się zagadnienie przedstawione Sądowi Najwyższemu, „w toku postępowania przygotowawczego prokurator nie uzyskał (najwidoczniej w wyniku zaniechania stosownego wystąpienia do sądu) decyzji umożliwiającej wykorzystanie dowodów, uzyskanych w toku kontroli operacyjnej przeciwko poszczególnym oskarżonym, w stosunku do pozostałych oskarżonych. Oznacza to, że oskarżenie przynajmniej w części zostało oparte na materiale co prawda uzyskanym w toku legalnych kontroli procesowych, jednak takim, co do którego nie było wątpliwości, do czasu nadania nowego brzmienia art. 168a k.p.k. i wejścia w życie art. 168b k.p.k., że nie może być przez sąd wykorzystany, chyba że w kierunku dla oskarżonego korzystnym. Odchodząc od kwestii, czy przepisy prawa dowodowego należą do tzw. kinetyki, czy statyki procesu, można w takim razie zadać pytanie, czy drugi z wymienionych przepisów może obecnie służyć prokuratorowi do naprawienia skutków zaniechania wystąpienia z wnioskiem, o którym była mowa w art. 19 ust. 15c ustawy o Policji. Na tak postawione pytanie należy odpowiedzieć przecząco, nie ulega bowiem wątpliwości, że nie taki był cel wprowadzenia do porządku prawnego art. 168b k.p.k., ponadto należy podkreślić, że nie jest do zaakceptowania w demokratycznym państwie prawnym (art. 2 Konstytucji RP), klóćcą się z zasadami rzetelnego (uczciwego) procesu (*fair trial*) praktyka organów procesowych, która nie respektowałaby zaistniałych w trakcie postępowania karnego zdarzeń, z założenia nieodwracalnych, rodzących skutki pozytywne dla oskarżonego. Prowadziłyby do tego, że z naruszeniem wartości, jaką jest sprawiedliwość proceduralna, ci oskarżeni, których proces zakończył się przed 15.04.2016 r. byłiby w lepszej sytuacji, niż ci, którzy często z przyczyn od siebie niezależnych, dłużej czekali na rozstrzygnięcie. Jaskrawo byłoby to widoczne w przypadku oskarżonego objętego z innymi tym samym aktem oskarżenia, którego sprawa, z uwagi na jego długotrwałą chorobę, została wyłączona do odrębnego rozpoznania, a postępowanie zawieszono, zaś po jego podjęciu po 14.04.2016 r. oskarżyciel miałby dysponować bogatszym materiałem dowodowym niż mogący być zgłoszony wobec oskarżonych wcześniej osądzonych. Można też sobie wyobrazić i taką sytuację, niemożliwą do zaakceptowania, kiedy to jedynie w oczekiwaniu na wejście w życie art. 168b k.p.k. strona przeciwna oskarżonemu podejmuje skuteczne starania zmierzające do odsunięcia w czasie wydania wyroku”.

Komentarz

Wieloaspektowa argumentacja przedstawiona w obszernym uzasadnieniu postanowienia Sądu Najwyższego zasługuje na aprobatę. Zasadniczą podstawą poglądu prawnego wyrażonego w przytoczonej powyżej tezie są względy podniesione w cytowanym fragmencie wyводу, a odwołujące się do zasady rzetelnego procesu. Względy te przemawiają na rzecz odrzucenia poglądu czyniącego z art. 168b k.p.k. instrument uchylania korzystnych dla oskarżonego skutków zaniechania prokuratora w zakresie wnioskowania o wyrażenie zgody następczej na procesowe wykorzystanie materiałów z kontroli operacyjnej. Za niedopuszczalny należałoby uznać realizowany poprzez zmianę normatywną mechanizm wtórnej legalizacji dowodów, które w poprzednio obowiązującym stanie prawnym, wobec nieskorzystania przez prokuratora z obowiązującej wówczas procedury ich legalizacji (zgoda następcza), nie mogły być wykorzystane procesowo. Tego rodzaju proceduralnej nierzetelności nie można uzasadniać dążeniem do procesowego poznania prawdy, potrzebą ścigania przestępstw czy ochroną konstytucyjnych prawa pokrzywdzonych.

Na rzecz odrzuconego przez Sąd Najwyższy poglądu nie przemawia też intertemporalna zasada „chwytania w locie” (*lex nova*). Słusznie bowiem wskazuje się, że zasada ta „oznacza tylko tyle, że nowe prawo ma być stosowane wobec tych faktów procesowych, które zajdą od chwili wejścia w życie nowych przepisów”²⁴. Nie odnosi się natomiast do „faktów izolowanych, trwających tylko w określonym wąskim fragmencie czasu i zakończonych zarówno w aspekcie faktycznym (fakt zaistniał i już nie trwa w danym czasie, w danej sytuacji prawnej), jak i normatywnym (podstawa prawna do oceny określonych skutków prawnych wynikających z określonego faktu istniała i ocena taka została już dokonana lub mogła i powinna być dokonana) przed wejściem w życie nowej ustawy, a więc ustawy z 11.03.2016 r.”²⁵. Niespełnienie warunków procesowego wykorzystania materiałów uzyskanych z kontroli operacyjnej poza jej legalnym zakresem stanowi fakt, który zaistniał w określonym stanie prawnym. Utrzymując wypowiedź w przyjętej w orzecznictwie narracji, można stwierdzić, że brak tu przedmiotu, który w nowym stanie prawnym mógłby zostać „uchwycony w locie”.

PODMIOT PRZESTĘPSTWA KARALNEJ NIEGOSPODARNOŚCI

Wyrok Sądu Najwyższego z 3.07.2019 r. (V KK 256/18)

Obowiązek podejmowania czynności polegającej formalnie na udzielaniu rady czy opinii albo sprowadzającej się do przygotowania projektu decyzji może być uznany za spełniający cechę samodzielności decyzyjnej, jeżeli zachodzi bardzo wysokie prawdopodobieństwo, że w wyniku realizacji tych czynności zapadnie formalna decyzja o określonej, z góry możliwej do przewidzenia, treści.

²⁴ Postanowienie SN z 26.06.2019 r. (IV KK 328/18), OSNKW 2019/8, poz. 46, s. 31.

²⁵ Postanowienie SN z 26.06.2019 r. (IV KK 328/18), OSNKW 2019/8, poz. 46, s. 31.

Tym samym osoba, która na podstawie stosunku prawnego zobowiązana jest do wykonywania tego typu czynności, w danych okolicznościach faktycznych może być uznana za osobę zajmującą się sprawami majątkowymi innego podmiotu w rozumieniu art. 296 § 1 k.k.

Zagadnienie prawne

Zagadnienie prawne, jakie wyłoniło się przy rozpoznaniu kasacji wniesionych na niekorzyść oskarżonego przez Prokuratora Generalnego oraz prokuratora, dotyczyło kwalifikacji osoby pełniącej funkcję pełnomocnika miasta do spraw informatyzacji, a ponadto przewodniczącego lub członka komisji przetargowych, jako sprawcy czynu zabronionego kwalifikowanego na podstawie przepisów art. 296 k.k., czyli jako osoby obowiązanej do zajmowania się cudzymi sprawami majątkowymi lub działalnością gospodarczą.

Z uzasadnienia

Sąd Najwyższy powołał się na wyrażony już w orzecznictwie tego sądu pogląd²⁶, że „ustalenie czy treścią obowiązku jest «zajmowanie się sprawami majątkowymi lub działalnością gospodarczą» innego podmiotu, musi być dokonywane w kontekście struktury organizacyjnej i faktycznych procedur podejmowania decyzji w ramach tego podmiotu, w szczególności wówczas, gdy ma on charakter jednostki organizacyjnej. Niekiedy bowiem wcześniej wspomniana samodzielność decyzyjna łączyć się będzie z obowiązkami, które analizowane w oderwaniu od wspomnianej struktury organizacyjnej mogą przybierać postać czynności jedynie przygotowujących formalne rozstrzygnięcie. Dzieje się tak w strukturach organizacyjnych, w których z uwagi na uwarunkowania prawne lub faktyczne podmiot formalnie uprawniony do podejmowania decyzji majątkowych nie kształtuje samodzielnie ich treści, ani też ich nie kontroluje”.

Odnosząc takie zapatrywanie do realiów sprawy, Sąd Najwyższy stwierdził, że samo ustalenie, że całość decyzji merytorycznych i finansowych oskarżony podejmował w powiązaniu z zarządem miasta, a przy zawieraniu umów o wartości przekraczających 3.000, a następnie 5.000 euro, zobowiązany był do współdziałania z członkiem zarządu miasta, nie stanowiło jeszcze przeszkody dla przyjęcia, że mógł być podmiotem przestępstwa określonego w art. 296 § 3 k.k. w zw. z art. 296 § 1 i 2 k.k. Podkreślił również, że „funkcja, którą sprawował oskarżony *de facto* i *de iure* charakteryzowała się znacznym stopniem samodzielności”. Ma o tym świadczyć zwłaszcza „ustalenie, że Pełnomocnik Miasta W. do spraw Informatyzacji podlegał jedynie Prezydentowi Miasta, działał w oderwaniu od pracowników Miejskiego Ośrodka Informatyki, nie konsultował z jego pracownikami żadnych decyzji i to on dokonywał wyboru firm, które zapraszano przed Komisję Przetargową”.

²⁶ Wyrok SN z 30.10.2013 r. (II KK 81/13), OSNKW 2014/3, poz. 25.

Komentarz

Przedstawiony pogląd opiera się na niedostatecznym rozgraniczeniu faktycznego wpływu sprawcy na decyzje dokonywane w sferze majątkowej innej osoby od ciążącego na nim w tym zakresie prawnego obowiązku. Tymczasem w przepisie art. 296 § 1 k.k. jednoznacznie wskazuje się na obowiązek sprawcy, wymieniając przy tym jego relewantne prawnie źródła (ustawa, decyzja właściwego organu, umowa). Dodać należy, że wykładnia znamienia podmiotu nie powinna być dokonywana w oderwaniu od znamienia dookreślającego czynność sprawczą („przez nadużycie udzielonych mu uprawnień lub niedopełnienie ciążącego na nim obowiązku”). Uwzględnienie obu wskazanych elementów przedmiotowej charakterystyki typu czynu zabronionego z art. 296 § 1 k.k. przemawia na rzecz wniosku, że twierdzenie o wypełnieniu stypizowanego w tym przepisie znamienia podmiotu opierać może się wyłącznie na treści udzielonych sprawcy uprawnień i ciążących na nim obowiązków. Te uprawnienia i obowiązki są okolicznością istotną w kontekście obu wymienionych znamion. W zakresie pierwszego z nich bada się, czy sprawca obowiązany jest do zajmowania się cudzymi sprawami majątkowymi. W odniesieniu do drugiego natomiast, czy określony przejaw zajmowania się tymi sprawami stanowił nadużycie udzielonych sprawcy uprawnień lub niedopełnienie ciążącego na nim obowiązku. Poza tą sferą znajdują się uwarunkowania natury faktycznej, o ile nie rodzą po stronie sprawcy obowiązku zajmowania się cudzymi sprawami majątkowymi. Faktyczny wpływ sprawcy na proces decyzyjny w cudzej sferze majątkowej nie czyni go zatem podmiotem czynu zabronionego z art. 296 § 1 k.k. Uwzględnienie okoliczności, że czyn sprawcy polegać ma na nadużyciu udzielonych mu uprawnień lub niedopełnieniu ciążącego na nim obowiązku, pozwala zauważyć, że sprawca o faktycznym potencjale decyzyjnym nie może wypełnić przedmiotowych znamion czynu zabronionego z art. 296 § 1 k.k. Nie posiada on bowiem uprawnień, których mógłby nadużyć, ani obowiązku, którego mógłby nie dopełnić.

Objaśnienie opierające się na samym odwołaniu do pojęcia samodzielności decyzyjnej nie dostarcza klarownego kryterium dla rozstrzygnięcia, czy treścią danej funkcji jest „zajmowanie się cudzymi sprawami majątkowymi”. Zauważając, że w warunkach obrotu gospodarczego stosunki majątkowe kształtuje się zasadniczo poprzez dokonywanie czynności prawnych, kwalifikacji statusu sprawcy dokonywać należałoby z uwzględnieniem kompetencji przysługujących mu w tym zakresie. Jeżeli sprawca wyposażony jest w kompetencję do kształtowania sfery majątkowej swojego mocodawcy, czyli do jego reprezentacji, uprawnione jest przyjęcie, że wypełnia on znamię podmiotu czynu zabronionego z art. 296 § 1 k.k. Wskazanego statusu nie pozbawi go takie ukształtowanie kompetencji, które wymaga współdziałania z inną osobą.

Na marginesie wypada odnotować, że nie zachodzi „funkcjonalna” potrzeba rozszerzającej wykładni znamienia podmiotu czynu zabronionego z art. 296 § 1 k.k. Jeżeli sprawca faktycznie wpływający na kształtowanie decyzji stanowiących przejaw zajmowania się cudzymi sprawami majątkowymi współdziała z osobą wyposażoną w kompetencje w tym zakresie, istnieje możliwość pociągnięcia go do odpowiedzialności na zasadach określonych w art. 21 § 2 k.k. Jeżeli natomiast wprowadza taką osobę w błąd,

prawnej podstawy jego ewentualnej odpowiedzialności karnej upatrywać można w art. 286 § 1 k.k.

W uzasadnieniu omawianego orzeczenia Sąd Najwyższy wskazał również potrzebę „poczynienia [przez sąd II instancji – przyp. M.G.] własnych ustaleń faktycznych, uzupełniających lub korygujących ustalenia sądu *meriti*, które wskazywałyby na brak winy oskarżonego co do pierwszego z zarzucanych mu przestępstw”. Powyższe może zaskakiwać o tyle, że w tym zakresie nie wniesiono na niekorzyść oskarżonego środka odwoławczego. Jeżeli ustalenia sądu *meriti* nie dawały – w ocenie sądu odwoławczego – podstaw do wydania wyroku skazującego, sąd odwoławczy nie był zobowiązany do dokonywania dalszych ustaleń dla umocnienia przekonania o zasadności wydania wyroku uniewinniającego. Zauważyć bowiem należy, że dokonywanie uzupełnień i korekt zorientowanych kierunku przeciwnym, czyli na niekorzyść oskarżonego, było niedopuszczalne w świetle art. 434 § 1 pkt 1 i 3 k.p.k.

ŁĄCZENIE KARY OGRANICZENIA WOLNOŚCI Z KARĄ POZBAWIENIA WOLNOŚCI ORZECZONĄ Z WARUNKOWYM ZAWIESZENIEM JEJ WYKONANIA

Postanowienie Sądu Najwyższego z 13.11.2019 r. (I KZP 8/19)²⁷

Przepisy rozdziału IX kodeksu karnego – w aktualnie obowiązującym brzmieniu – nie pozwalają na orzeczenie kary łącznej w oparciu o karę ograniczenia wolności oraz karę pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania, dopóki sąd nie zarządzi wykonania tej ostatniej, nadając jej w ten sposób status kary podlegającej wykonaniu.

Zagadnienie prawne

Postanowieniem z 13.11.2019 r. Sąd Najwyższy odmówił podjęcia uchwały w przedmiocie przekazanego mu w trybie art. 441 § 1 k.p.k. zagadnienia prawnego wyrażonego w formie pytania „czy możliwe jest połączenie, w świetle art. 85 § 2 k.k. w zw. z art. 89 k.k. oraz art. 87 k.k., węzłem kary łącznej, jednostkowej kary pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania z jednostkową karą ograniczenia wolności?”. Wskazując na brak podstaw do podjęcia uchwały, Sąd Najwyższy za celowe uznał poczynienie kilku uwag natury merytorycznej w odniesieniu do wskazanego zagadnienia.

Z uzasadnienia

W wyroku z 11.06.2019 r.²⁸ Trybunał Konstytucyjny stwierdził, że art. 87 § 1 k.k. w zakresie, w jakim nakłada na sąd obowiązek połączenia kar pozbawienia wolności i ograniczenia wolności oraz wymierzenia kary łącznej pozbawienia wolności po dokonaniu zamiany kary ograniczenia wolności na karę pozbawienia wolności, jest niezgodny

²⁷ Postanowienie Sądu Najwyższego z 13.11.2019 r. (I KZP 8/19), Legalis nr 2265705.

²⁸ Wyrok TK z 11.06.2019 r. (P 20/17), Legalis nr 1939775.

z art. 45 ust. 1 i art. 175 ust. 1 Konstytucji RP. Sąd Najwyższy zwrócił jednak uwagę, że brzmienie sentencji przywołanego wyroku oraz treść wywodów Trybunału „nie pozostawia jednak wątpliwości, że choć aktualnie sądy nie mają obowiązku orzeczenia kary łącznej w przypadku zbiegu kary pozbawienia wolności i kary ograniczenia wolności, to jednak nadal mają kompetencję (choć już nie połączoną z nakazem uczynienia z niej użytku), by to uczynić. Z tej zatem perspektywy nie można twierdzić, by problem będący istotą przedstawionego w tej sprawie pytania prawnego uległ dezaktualizacji”.

W odniesieniu do przedstawionego zagadnienia Sąd Najwyższy na wstępie zauważył, że „prawodawca na mocy nowelizacji kodeksu karnego z 20.02.2015 r.²⁹ gruntownie przebudował instytucję kary łącznej, w tym co do podstawowych warunków jej orzekania. Za jedną z najistotniejszych zmian, będących konsekwencją rezygnacji z realnego zbiegu przestępstw jako warunku orzeczenia kary łącznej i wprowadzenia możliwości łączenia kar łącznych, należy bez wątpienia uznać wykluczenie możliwości objęcia węzłem kary łącznej kar wykonanych w całości”. Ten stan prawodawca osiągnął, m.in. „wprowadzając art. 85 § 2 k.k. o brzmieniu: podstawą orzeczenia kary łącznej są wymierzone i podlegające wykonaniu, z zastrzeżeniem art. 89, w całości lub w części kary lub kary łączne za przestępstwa, o których mowa w § 1”. W ocenie Sądu Najwyższego dla rozstrzygnięcia zagadnienia łączenia kar w rozpatrywanym układzie „kluczowe znaczenie ma niewątpliwie właściwa interpretacja użytego w tym przepisie zwrotu «kara podlegająca wykonaniu»”. Na podstawie analizy językowej w tym zakresie Sąd Najwyższy wywiódł, że „karą podlegającą wykonaniu jest po pierwsze kara, która została objęta procesem jej wykonywania, czyli – mówiąc prościej – kara, która jest wykonywana. Po drugie zaś, w zakresie znaczeniowym tego pojęcia mieści się również kara, co do której, ze względu na jej cechy, istnieją podstawy do objęcia jej tym procesem, czyli taka, co do której proces wykonania może być wdrożony (...)”. Powyższe prowadzi „do konkluzji, że już na tym etapie procesu interpretacyjnego uprawnione jest stwierdzenie, że kara pozbawienia wolności, której wykonanie warunkowo zawieszono, nie ma statusu kary podlegającej wykonaniu”.

W ocenie Sądu Najwyższego „z treści art. 85 § 2 k.k. już *prima facie* wynika, że wątpliwości co do tego, iż kara pozbawienia wolności orzeczona z warunkowym zawieszeniem jej wykonania nie jest karą podlegającą wykonaniu nie miał również prawodawca, który statuując generalny zakaz łączenia kar niepodlegających wykonaniu wprowadził od niego tylko jeden wyjątek (wyrażając to słowami «z zastrzeżeniem art. 89»), umożliwiając łączenie warunkowo zawieszonych kar pozbawienia wolności i to – do której to kwestii powrócić wypadnie w dalszej części uzasadnienia – tylko w opisanym w przepisie art. 89 k.k. (oraz dopełniającym go art. 89a k.k.) układzie sytuacyjnym. Gdyby prawodawca uważał, że kara orzeczona z warunkowym zawieszeniem jej wykonania jest karą podlegającą wykonaniu, wprowadzenie wskazanego wyżej zastrzeżenia należałoby uznać za zbędne”. Podstawy do objęcia węzłem kary łącznej kary pozbawienia wolności orzeczonej z warunkowym zawieszeniem jej wykonania i kary ograniczenia wolności nie daje art. 87 § 1 k.k., „który stanowi wyłącznie, że w razie skazania za zbiegające się przestępstwa na kary pozbawienia wolności i ograniczenia wolności sąd wymierza karę

²⁹ Dz.U. z 2015 r. poz. 396.

łącną pozbawienia wolności, przyjmując, że miesiąc ograniczenia wolności równa się 15 dniom pozbawienia wolności i nie wprowadza wyjątku od wyrażonej w art. 85 § 2 k.k. zasady, że łączeniu podlegają jedynie kary podlegające wykonaniu”. Wzajemna relacja art. 87 § 1 k.k. oraz art. 85 § 2 k.k. „nie pozostawia wątpliwości, że kara pozbawienia wolności, o której mowa w art. 87 § 1 k.k., musi być jednocześnie karą podlegającą wykonaniu. Ten przymiot ma zaś wyłącznie bezwzględna kara pozbawienia wolności”.

Sąd Najwyższy wskazał ponadto, że „przekonania o dopuszczalności łączenia kary ograniczenia wolności z karą pozbawienia wolności orzeczoną z warunkowym zawieszeniem jej wykonania, nie można opierać na twierdzeniu, że jest to kara tego samego rodzaju, co bezwzględna kara pozbawienia wolności. Przeszkoda w łączeniu tych kar nie wynika bowiem z traktowania tych kar jako kar różnorodzajowych, ale z tego, że kara pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania nie jest karą podlegającą wykonaniu”. Z uwzględnieniem relacji zachodzącej pomiędzy przepisem art. 85 § 2 k.k. a przepisami art. 89 k.k. „należy stwierdzić, że ustawodawca przyznał sądom kompetencję (co do zasady połączoną z nakazem uczynienia z niej użytku) łączenia tylko kar podlegających wykonaniu. Jedynie w sytuacji, gdy dochodzi do zbiegu kary pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania z inną karą pozbawienia wolności, czy to bezwzględną, czy to warunkowo zawieszoną, ustawodawca nakazuje objęcie węzłem kary łącznej także kary niepodlegającej wykonaniu w postaci kary pozbawienia wolności orzeczonej z warunkowym zawieszeniem jej wykonania”.

Komentarz

Wyrażony w omawianym orzeczeniu pogląd prawny przedstawia się jako dobrze uzasadniony. Należy podzielić spostrzeżenia poczynione na podstawie treści art. 85 § 2 k.k. W piśmiennictwie zauważono już, że gdyby kara, której wykonanie warunkowo zawieszono, stanowiła karę „podlegającą wykonaniu” w rozumieniu tego przepisu, „zawarte w art. 85 § 2 wtrącenie «z zastrzeżeniem art. 89» byłoby całkowicie zbędne i nonsensowne. Tak zwane kary zawieszono mogą być obejmowane węzłem kary łącznej z innymi karami tylko dlatego, że w art. 85 § 2 wyraźnie wyłączono w stosunku do nich stosowanie wymogu podlegania wykonaniu, chociażby w części”³⁰. Powyższe prowadzi do wniosku o niemożności orzeczenia kary łącznej w oparciu o karę ograniczenia wolności oraz karę pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania. Pogląd o braku podstaw prawnych dla połączenia kary pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania z karą ograniczenia wolności Sąd Najwyższy wyraził już w postanowieniu z 5.09.2019 r. (I KZP 5/19)³¹.

Podsumowanie

Orzecznictwo objęte przeglądem odnosi się do niewątpliwie istotnych zagadnień z zakresu prawa karnego materialnego i procesowego. Na szczególną uwagę zasługują

³⁰ J. Majewski, *Kodeks karny. Komentarz do zmian 2015*, Warszawa 2015, s. 298.

³¹ OSNKW 2019/9, poz. 52, s. 1.

uchwały w sprawach I KZP 1/19 oraz I KZP 3/19, jako stanowiące dalsze wyjaśnienie obecnego modelu postępowania odwoławczego. Stanowisko Sądu Najwyższego wyrażające się w rygorystycznym (ściśłym) wykładaniu przesłanek wydania wyroku kasatoryjnego stanowi wskazówkę zarówno dla sądów powszechnych, jak i dla autorów apelacji. Wyjątkowość orzeczeń kasatoryjnych wymusza bowiem takie ukształtowanie treści apelacji, które uzasadniać będzie wydanie orzeczenia reformatoryjnego przez sąd drugiej instancji. Za istotne dla gwarancyjnych standardów postępowań karnych należy uznać postanowienie w sprawie I KZP 2/19, w którym rozstrzygnięto dalsze zagadnienia związane z wykorzystaniem materiałów uzyskanych w wyniku kontroli operacyjnej poza jej legalnym zakresem. W obszarze zagadnień materialnoprawnych w przeglądzie uwzględniono uchwałę z 20.03.2019 r. (I KZP 15/18), w której Sąd Najwyższy rozstrzygnął zagadnienie nadzwyczajnego złagodzenia kary za zbrodnię zagrożoną kumulatywnie karą pozbawienia wolności i grzywną. Przedstawiono również postanowienie z 20.03.2019 r. (I KZP 17/18), w którego uzasadnieniu Sąd Najwyższy wyjaśnił konsekwencje zmiany normatywnej w zakresie art. 209 k.k., a także postanowienie z 13.11.2019 r. (I KZP 8/19), w którym rozstrzygnięto jedno spośród tradycyjnie już problematycznych zagadnień z zakresu wymiaru kary łącznej.

ABSTRACT

dr Michał Gałęski

The author is an advocate (District Bar Association in Poznan).

Review of the Supreme Court's judicial decisions in criminal cases (January–December 2019)

The review includes judicial decisions delivered by the Supreme Court in criminal cases, i.e. resolutions in cases recorded under files: I KZP 15/18, I KZP 3/19 and I KZP 1/19, rulings delivered in cases I KZP 17/18, I KZP 2/19, I KZP 8/19 and a judgement delivered in case V k.k. 256/18. The abovementioned judgements refer to a vital criminal law issues. In particular, legal views related to an issue of a reversal judgment's grounds shall be taken into consideration while drafting an appeal.

Keywords: *extraordinary mitigation of punishment, the failure to pay child support, reversal judgement, petition to reversal judgement, collective punishment, investigative operations, crime of embezzlement*

dr Michał Gałęski

ORCID: 0000-0002-3258-5483; e-mail: michalgaleski@zawlocki.pl

Autor jest adwokatem (ORA w Poznaniu).

BIBLIOGRAFIA ZAŁĄCZNIKOWA

- Gałęski Michał**, *Przegląd orzecznictwa Sądu Najwyższego w sprawach karnych (czerwiec–grudzień 2018 r.)*, „Palestra” 2019/3
- Hypś Sławomir** (w:) *Kodeks karny. Część szczególna*, red. M. Królikowski, R. Zawłocki, Warszawa 2013, t. 1
- Majewski Jarosław**, *Kodeks karny. Komentarz do zmian 2015*, Warszawa 2015
- Pohl Łukasz**, *Zakres i skutki depenalizacji wywołanej nowelizacją przepisu określającego znamiona przestępstwa niealimentacji*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2017/4
- Raglewski Janusz**, *Kilka uwag w kwestii nadzwyczajnego złagodzenia kary w przypadku ustawowego zagrożenia karą pozbawienia wolności oraz grzywną*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2008/1
- Siwek Kamil**, *Kara nadzwyczajnie złagodzona za zbrodnie*, „Prokuratura i Prawo” 2013/1
- Świecki Dariusz**, *Czynności procesowe obrońcy i pełnomocnika w sprawach karnych*, Warszawa 2018
- Wassermann Wojciech**, *Grzywna kumulatywna a nadzwyczajne złagodzenie kary na gruncie ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii*, „Prokuratura i Prawo” 2017/9
- Wróbel Włodzimierz**, *Zmiana normatywna i zasady intertemporalne w prawie karnym*, Kraków 2003

Pytania i odpowiedzi prawne

Ewa Stawicka

CZY ULEGA PRZEDAWNIENIU ROSZCZENIE WŁAŚCICIELA GRUNTU WYNIKAJĄCE Z DYSPOZYCJI ART. 231 § 2 KODEKSU CYWILNEGO?

Kolejne roczniki studentów prawa, a także aplikantów, potykały się dotąd na sprawdzianach o rozbieżność w podejściu judykatury do możliwości przedawniania się roszczeń ujętych w art. 231 § 1 i § 2 Kodeksu cywilnego. Przypomnijmy, pierwszy z tych przepisów stanowi, że samoistny posiadacz gruntu w dobrej wierze, który wzniósł na powierzchni lub pod powierzchnią gruntu budynek lub inne urządzenie o wartości przekraczającej znacznie wartość zajętej na ten cel działki, może żądać, aby właściciel przeniósł na niego własność zajętej działki za odpowiednim wynagrodzeniem. Paragraf drugi nie stanowi zwierciadlanego odbicia zacytowanego przepisu, bo choć przyznaje właścicielowi zajętego gruntu roszczenie polegające na domaganiu się od posiadacza, aby wykupił odeń grunt przy określonej relacji wartości, to jednak pomija element samoistności posiadania „intruza” i jego dobrej wiary, co oznacza, że ustanawia dla właściciela przy realizacji jego praw łagodniejsze wymogi, jednocześnie zaś stanowi, iż żądanie ma być kierowane do „tego, kto wzniósł budynek lub inne urządzenie”. Jak się wydaje, rozumienie tej ostatniej przesłanki przez orzecznictwo i doktrynę zmierza konsekwentnie w kierunku przyznawania, przy stosowaniu art. 231 § 2, biernej legitymacji także podmiotom, które są następcami prawnymi „intruzów”, tak pod tytułem ogólnym, jak szczególnym – zob. w szczególności wyrok SN z 21.09.2011 r. (ICSK 721/10), teza i motywy oraz wyrok SN z 13.01.1995 r. (III CZP 169/94).

Najmocniej wszakże brak symetrii w stosowaniu obydwu paragrafów manifestował się do tej pory w podejściu do kwestii przedawnienia. O ile roszczeniu samoistnego posiadacza w dobrej wierze bez większych wątpliwości przypisywało się na ogół przymiot nieprzedawnialności, o tyle wobec właściciela stosowano najczęściej inną miarę – to

znaczy twierdzono, że skoro dysponuje on szerszą gamą uprawnień petytoryjnych, a decyduje się na wybór akurat uprawnienia z art. 231 § 2 k.c., powinien się zmieścić przy jego stosowaniu w ramach ogólnych terminów przedawnienia roszczeń.

Uchwała Sądu Najwyższego z 16.05.2019 r. (III CZP 109/18), podjęta w trzyosobowym składzie, przełamuje ten dotychczas ustalony trend. Teza jej brzmi następująco: „Roszczenie właściciela gruntu, na którym wzniesiono budynek lub inne urządzenie o wartości przenoszącej znacznie wartość zajętej na ten cel działki, o nabycie przez posiadacza własności działki za odpowiednim wynagrodzeniem (art. 231 § 2 k.c.) nie ulega przedawnieniu”.

Argumentacja Sądu Najwyższego, który tym samym wyraźnie wskazał, że nie podziela poglądów o przedawnianiu się roszczenia wynikającego z art. 231 § 2 k.c. prezentowanych w większości wyroków, których przedmiotem było to zagadnienie – w szczególności w wyroku SN z 13.12.2007 r. (I CSK 364/07) i w wyroku SN z 9.05.2012 r. (V CSK 236/11), zasługuje na najwyższą uwagę.

Punktem wyjścia tej argumentacji stała się treść uchwały składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z 20.02.2013 r. (III CZP 101/12), w której wyjaśniono, że nie ulega przedawnieniu roszczenie o ustanowienie służebności przesyłu przewidziane w art. 305² § 1 k.c. – a to dlatego, iż szczególna cecha takiego roszczenia, związana z prawem własności, i ścisły związek z trwałą sytuacją faktyczną nieruchomości nakazują przyjąć, że trwa ono tak długo, jak długo utrzymuje się na gruncie stan pozwalający na żądanie ustanowienia służebności przesyłu.

Dalej, odnosząc się już bezpośrednio do przedmiotu podejmowanej uchwały w sprawie III CZP 109/18, wskazano w jej motywach, że powszechnie przyjmowany jest trafny pogląd o tym, iż roszczenia zapisane w obydwu paragrafach art. 231 k.c. mają charakter obligacji realnej. Źródłem ich powstawania jest istota uprawnień właścicielskich, sprowadzająca się – od rzymskich czasów – do triady: *utendi, fruendi, disponendi*. Uprawnień – a nie obowiązków! Właścicielowi „wolno” zatem ścierpieć stan polegający na istnieniu na jego gruncie cudzej budowli, gdyż mieści się to w ramach przysługującego mu prawa do dysponowania nieruchomością. Z uprawnienia tego nie da się natomiast wyprowadzić obowiązku właściciela podejmowania akcji zaczepnych przeciwko „intruzowi”. Nadto, zdaniem składu orzekającego, skoro właściciel, który nie korzysta z uprawnienia przyznanego mu w treści art. 231 § 2 k.c., zachowuje nieulegające przedawnieniu roszczenie negatoryjne (art. 222 § 2), to miałyby się z celem instytucji uregulowanej w art. 231 limitowanie jej stosowania przedawnieniem, bo przecież wprowadzono ją do Kodeksu po to, aby dać narzędzie pozwalające na unikanie rozwiązań drastycznych zawsze wtedy, kiedy wymagają tego względy ekonomiczne; zwłaszcza że skorzystanie z instrumentu jeszcze dalej idącego, to znaczy roszczenia windykacyjnego, mogłoby napotkać na skuteczny zarzut nadużycia przez właściciela prawa podmiotowego. Sąd Najwyższy zauważył również, że art. 231 § 2 k.c. nie tyle stoi w opozycji do uprawnień negatoryjnych, ile raczej je uzupełnia – choć koniecznie należy dodać, że powództwo wytoczone w oparciu o art. 231 § 2 zmierza do ukształtowania nowego stanu prawnego (istotą żądania jest wszak zobowiązanie do złożenia oświadczenia woli).

Skład podejmujący omawianą tu w skrócie uchwałę podkreślił także, że również względy celowościowe nakazują jednolite traktowanie obu instytucji uregulowanych w dwóch paragrafach składających się na treść art. 231, usytuowanego wszak w grupie przepisów poświęconych ochronie własności. Jak się wydaje, ten ostatni argument, niewątpliwie trafny, mógłby ulec rozbudowaniu o konstatację, że skoro uprawnieniu o wykup gruntu zapisanemu w prawie sąsiedzkim pod numerem artykułu 151 przypisuje się w doktrynie przymiot nieprzedawnialności, to tym bardziej, „mocniejsze” z punktu widzenia przesłanek uprawnienie właściciela z art. 231 § 2 przedawniać się nie powinno.

Uchwałę należy ocenić jako trafną.

Warto przy tym dodać, że kanwą sprawy był spór o wykup działki, która stała się praktycznie w całości bezużyteczna dla jej właściciela z powodu wybudowania na niej odcinka infrastruktury przesyłowej. Procesy wytaczane w oparciu o art. 231 § 2 k.c. bywają bowiem jedną z prawnych dróg obieranych przez właścicieli dla ubiegania się o uregulowanie spraw związanych z gruntami, na których bez podstawy prawnej usytuowano urządzenia przesyłowe. Trzeba jednak pamiętać, że – choć w odróżnieniu od dokładniejszego sformułowania art. 151, art. 231 k.c. nie definiuje wprost, czy chodzi w nim o wykup całej działki, czy tylko jej fragmentu – przyjmuje się, tak w orzecznictwie jak w doktrynie, że zarówno w przypadku § 1, jak i § 2 przedmiotem wykupu powinna być część gruntu zajęta pod budowlę, a całość – jedynie wyjątkowo, to znaczy wtedy, gdy gospodarcza wartość reszty okazywałaby się znikoma.

Ewa Stawicka

Autorka jest adwokatem (ORA w Warszawie).

Szpalty pamięci

ZYGMUNT SKALSKI (1932–2016)

Adwokat Zygmunt Jan Skalski urodził się 19.09.1932 r. w mieście Zygmunty woj. krakowskie. Rodzicami jego byli Józef i Janina z Oraczów małżonkowie Nycowie. Jak podaje w swym życiorysie, ojciec pracował tam w rolnictwie. W 1938 r. rozpoczął naukę w pierwszej klasie szkoły podstawowej w mieście Trzeciny woj. białostockie. Wojna spowodowała przerwanie nauki.

W czasie okupacji naukę wznowił na tajnych kompletach, kończąc 7 klas szkoły podstawowej. Przynależność ojca do organizacji podziemnych rozbiła jego rodzinę i wychowaniem jego zajęła się ciotka, z którą w 1945 r. wrócił do Warszawy, gdzie ciotka zamieszkiwała przed wojną. W Warszawie kontynuował naukę z przerwami z uwagi na trudne warunki materialne. Ukończył gimnazjum i liceum dla pracujących w 1952 r., uzyskując świadectwo dojrzałości. Wstąpił na Wydział Prawa Uniwersytetu Warszawskiego. Jednocześnie



pracował doraźnie w kancelariach adwokackich i jako radca prawny w Spółdzielni Rzemieślniczej Budowy Domków Jednorodzinnych „Saska Kępa” w Warszawie.

Studia na Uniwersytecie Warszawskim ukończył 3.07.1959 r., uzyskując tytuł magistra praw. W trakcie stu-

diów – jak podaje w życiorysie – zmienił nazwisko rodowe na „Skalski”, nawiązując do nazwiska używanego przez ojca w organizacjach podziemnych w okresie okupacji niemieckiej. Jeszcze przed ukończeniem studiów, tj. 27.09.1958 r., wstąpił w związek małżeński.

W dniu 29.08.1959 r. do Rady Adwokackiej w Warszawie wpłynęło podanie Zygmunta Skalskiego o dopuszczenie go do egzaminu aplikanckiego poparte opiniami adw. Ryszarda Minasowicza, adw. Tadeusza Kłosińskiego oraz adw. Ludwika Białobłockiego. Podanie zawierało też oświadczenie, że w wypadku pozytywnego zdania egzaminu zgodę na udzielenie patronatu wyra-

ził adwokat Stefan Skalski (prywatnie teść Zygmunta Skalskiego, prowadzący kancelarię przy ulicy Nowogrodzkiej).

Po pozytywnym zdaniu egzaminu na posiedzeniu Rady Adwokackiej w Warszawie 23.06.1960 r. Zygmunt Skalski został wpisany na listę aplikantów adwokackich.

Po zdaniu egzaminu adwokackiego adw. Zygmunt Skalski uchwałą Rady Adwokackiej w Warszawie z 28.11.1963 r. został: 1) skreślony z listy aplikantów adwokackich, 2) wpisany na listę adwokatów Izby Adwokackiej w Warszawie z siedzibą w Garwolinie (co było warunkiem wpisu), 3) otrzymał zezwolenie Rady na zamieszkiwanie poza siedzibą (tj. w Warszawie).

Zygmunt Skalski został przyjęty w poczet członków Zespołu Adwokackiego nr 2 w Garwolinie 10.01.1964 r. Było ewenementem, że na obszarze właściwości miejscowej Sądu Powiatowego (w ówczesnej Polsce powiatowej) miały siedzibę dwa zespoły adwokackie. Było to związane z likwidacją w 1960 r. Sądu Powiatowego w Rykach z siedzibą w Sobolewie, gdzie funkcjonował Zespół Adwokacki.

Obszar właściwości byłego SP w Rykach został objęty właściwością miejscową Sądu Powiatowego w Garwolinie. Na podstawie uchwały Rady Adwokackiej w Warszawie z 2.06.1960 r. wyrażono zgodę na przeniesienie siedziby Zespołu Adwokackiego z Sobolewa do Garwolina i tak powstał Zespół Adwokacki nr 2 w Garwolinie, obok istniejącego już ZA nr 1 w Garwolinie.

Początkowo ZA nr 2 miał siedzibę w budynku tzw. odwachu, czyli wartowni po koszarach przedwojennego 1 Puku Strzelców Konnych (którego dowódz-

two poparło Józefa Piłsudskiego w maju 1926 r.). Następnie siedziba Zespołu została przeniesiona do położonego również obok Sądu budynku przy obecnej alei Legionów, gdzie do dnia dzisiejszego funkcjonuje kancelaria adwokacka.

Członkami Zespołu Adwokackiego nr 2 w Garwolinie byli m.in. adw. Tadeusz Niedbalski, adw. Zdzisław Chochlewicz (żołnierz Armii Krajowej), adw. Jan Orzechowski (senator RP III kadencji).

Adwokat Zygmunt Skalski był członkiem ZA nr 2 w Garwolinie do momentu jego rozwiązania w 1993 r., a następnie do 2007 r. wykonywał zawód indywidualnie w kancelarii adwokackiej – za zgodą Ministra Sprawiedliwości.

Wieloletnia praktyka adwokacka Z. Skalskiego obejmowała różne dziedziny prawa, a za zgodą Rady Adwokackiej w Warszawie – w latach 70. XX w. – prowadził szereg spraw cywilnych obywateli polskich zamieszkałych w USA. Jako adwokat był sumienny w pracy, którą wykonywał z pedantyczną dokładnością. Był niezwykle towarzyski i zyskiwał wszędzie uznanie i szacunek.

Był kierownikiem zespołu adwokackiego i udzielał się w pracy samorządu adwokackiego Izby Adwokackiej w Siedlcach. Był patronem wielu aplikantów adwokackich, przekazując im swoją wiedzę i doświadczenie zawodowe oraz wpajając im zasady wykonywania zawodu adwokata. Osobiście miałem zaszczyt bycia aplikantem Zygmunta Skalskiego.

Adwokat Zygmunt Skalski, po długiej chorobie, zmarł 10.08.2016 r. Spoczął na warszawskich Powązkach Wojskowych w grobie rodzinnym. Rodzinne tradycje prawnicze kontynuuje jego wnuczek.

adw. Tadeusz Winiarek
wicedziekan ORA Siedlce

TABLE OF CONTENTS

ARTYKUŁY

Krzysztof Fila

A comparison of the dogmatic structure of minor offense and crime
in the context of the usefulness of the construction of bisected deeds 5

Adam Behan

Modern IT systems and crimes' types under Art. 267 of the Polish Penal Code 21

Anna Pacholska

Positive premises for divorce in the law of European Union countries –
comparative law analysis 37

Marcin Tollik

Possibility of applying the Act on the transformation of perpetual usufruct
rights into ownership rights for undeveloped lands 55

Michał Białkowski

Lowering the standard of proof of causation in „medical processes” 63

Mariola Żak

The right to trial as an element of the principle of good governance
in the light of the human rights case law 72

RECENT CASE-LAW

Marek Antoni Nowicki

Review of the case-law of European Court of Human Rights
(I and IV quarter of the 2019) 85

Michał Gałęski

Review of the Supreme Court's judicial decisions in criminal cases
(January–December 2019) 99

LEGAL QUESTIONS AND ANSWERS

Ewa Stawicka

Does the landowner's claim resulting from the disposal of Art. 231 § 2
of the Civil Code expires? 123

COLUMNS OF MEMORY

Tadeusz Winiarek

Zygmunt Skalski (1932–2016). 126

W numerze między innymi:

KRZYSZTOF FILA

Porównanie struktury dogmatycznej występku i wykroczenia
w kontekście użyteczności konstrukcji czynów przepołowionych

ADAM BEHAN

Współczesne systemy informatyczne
a typy przestępstw z art. 267 Kodeksu karnego

MICHAŁ BIAŁKOWSKI

Obniżenie standardu dowodu związku przyczynowego
w „procesach medycznych”

MARIOLA ŻAK

Prawo do sądu jako element zasady dobrego rządzenia
w świetle orzecznictwa z zakresu praw człowieka

MAREK ANTONI NOWICKI

Europejski Trybunał Praw Człowieka
– przegląd orzecznictwa

MICHAŁ GAŁĘSKI

Przegląd orzecznictwa Sądu Najwyższego
w sprawach karnych
