

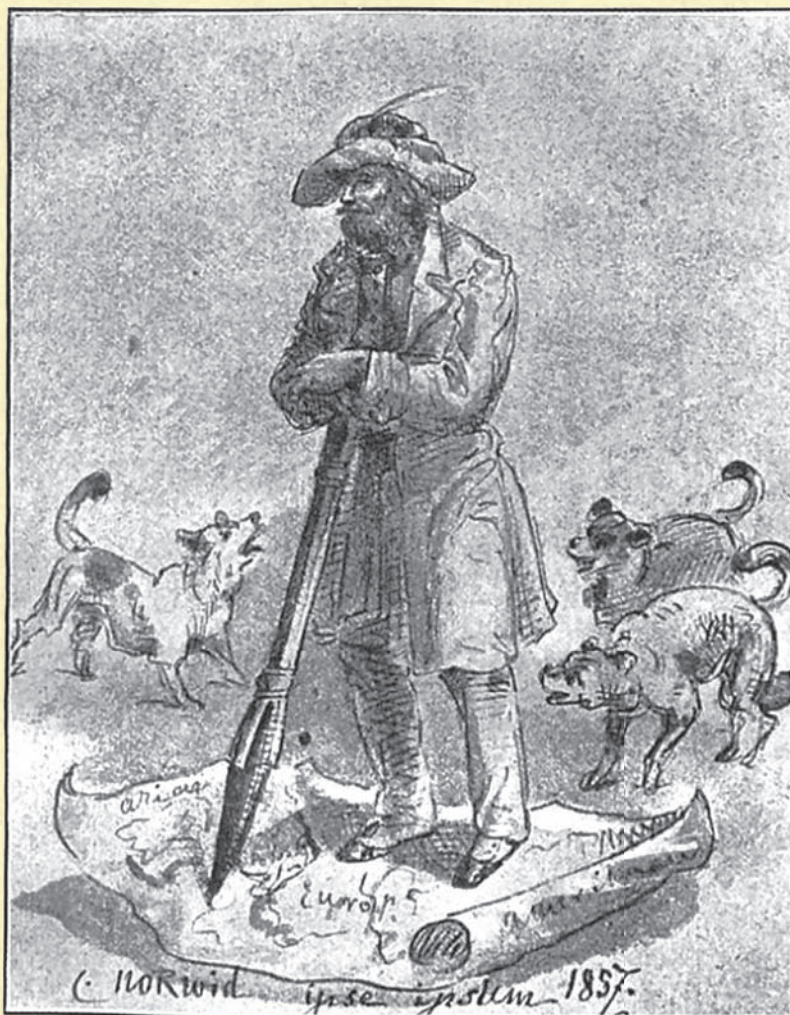
wrzesień

9/2021



PALESTRA

Pismo Adwokatury Polskiej





wrzesień

9/2021

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 LXVI nr 766



Naczelna Rada Adwokacka

Redaktor naczelna:

Ewa Stawicka

Sekretarz redakcji:

Klaudiusz Kaleta

Redaktorzy języka angielskiego:

Grzegorz Grątkowski

Anna Setkovicz

Członkowie Kolegium Redakcyjnego:

Stanisław Balić

Zbigniew Banaszczyk

Jacek Barciak

Wojciech Bergier

Józef Forystek

Piotr Fiedorczyk

Lech Gardocki

Paweł Gieras

Roman Hauser

Joseph Hoffmann

Krzysztof Kostański

Andrzej Kubas

Jan Kuklewicz

Katalin Ligeti

Erik Luna

Frank Meyer

Dariusz Mucha

Marek Antoni Nowicki

Szymon Pawelec

Krzysztof Piesiewicz

Krzysztof Pietrzykowski

Jerzy Pisuliński

Paweł Podrecki

Janusz Raglewski

Anna Rakowska-Trela

Stanisław Rymar

Philippe Sands

Piotr Sendecki

Elżbieta Skowrońska

Tomasz Sójka

Monika Strus-Wołos

Maciej Szpunar

Dobrosława Szumiło-Kulczycka

Dariusz Świecki

Jaromir Tauchen

Stephen C. Thaman

Andrzej Tomaszek

Józef Wójcikiewicz

Maria Zabłocka

Stanisław Zabłocki

Jerzy Zajadło

Piotr Zientarski

Jerzy Zięba

Paweł Ziętara

WYDAJE
NACZELNA RADA ADWOKACKA
WARSZAWA

Na okładce:

Autoportret Cypriana Kamila Norwida wykonany przez poetę na papierze piórkim i kredką, lekko podkolorowany na niebiesko i własnoręcznie opisany atramentem: „C. Norwid, *Ipse ipsum*, 1857” (*ipse ipsum* – we własnej osobie). Cyprian Kamil Norwid przedstawił siebie stojącego na mapie Europy, do końca nie rozwiniętej. Wspiera się założonymi rękami na ogromnej obsadce z ołówkiem. Zwrócony jest

lekko w prawo, wpatrzony w dal. Jego profil, z bujnym zarostem, z brodą i wąsami, z długimi włosami, w dużym miękkim kapeluszu z piórem na głowie, odbiega od znanych wizerunków „czwartego romantyka”. Poeta ubrany jest jak podróżny w długi do kolan, lekko rozchyłony płaszcz. Otaczają Norwida trzy, stojące wokół mapy, ujadające psy. Alegoria? Podsumowanie sytuacji życiowej autora i nieistniejącej Polski?

Rok 1857, w którym powstał rysunek, to okres zamykający emigracyjne trudy Norwida poszukiwania swojego miejsca w świecie, w Niemczech, we Włoszech, Francji, w Belgii, Anglii, a także po zarobkowym pobycie w Stanach Zjednoczonych. Choroby, słabnący wzrok, narastająca głuchota, niedostatek, brak perspektyw na powrót do Polski, to czas refleksji emigranta politycznego, świetnego, choć niedocenionego za życia poety, dramaturga, malarza, rzeźbiarza, rysownika. Prezentowany rysunek jest własnością Muzeum Branickich w Suchej. Ma wymiary 14 x 11 cm. Należy do kolekcji C.K. Norwida znajdującej się w Pismach Zebranych – tom E, „Pism prozą Cypriana Norwida: dział pierwszy obejmujący legendy i nowele” (s. 48–49). Książka wydana w 1911 r. w Warszawie przez Zenona Przesmyckiego „Miriam”; nakład Jakóba Mortkowicza.

Foto na okładce: dlibra – Elbląska Biblioteka Cyfrowa

Przygotowanie okładki do druku: A.P. GRAF

Adres Redakcji:

00-202 Warszawa, ul. Świętojerska 16, lok. 33

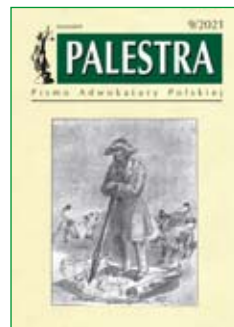
tel./fax 22 831 27 78, 22 505 25 34, 22 505 25 35

e-mail: redakcja@palestra.pl

Internet: www.palestra.pl

Ark. wyd.: 10. Nakład: 6300 egz.

ISSN 0031-0344, indeks 36851



Spis treści

Od Redakcji

Ewa Stawicka

VADE-MECUM 5

Cyprian Kamil Norwid

Z VADE-MECUM... 7

Artykuły

Józef Wójcikiewicz

Sytuacja kryminalistyki (60 lat później) 9

Monika Agnieszka Paulińska

Prawo do obrony w procesie karnym na tle regulacji prawa międzynarodowego 20

Jakub Kisiel

Doręczenia elektroniczne w Kodeksie postępowania karnego 48

Aleksander Petrys

Bitcoin – współczesna alternatywa wobec pieniądza fiducyjnego w aspekcie prawnokarnym 63

Najnowsze orzecznictwo

Marek Antoni Nowicki

Zarzut braku środków prawnych umożliwiających skarżącym odwołanie się od decyzji ministra sprawiedliwości o zakończeniu przed terminem ich kadencji jako wiceprezesów Sądu Okręgowego w Kielcach – omówienie wyroku ETPCz z 29.06.2021 r. w sprawie *Broda i Bojara przeciwko Polsce*, Izba (Sekcja I), skargi nr 26691/18 i 27367/18 77

Głosy

Wioletta Pytka

- Reprezentacja pokrzywdzonej spółki w procesie karnym
– glosa do wyroku Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 2.08.2018 r.
(II AKa 125/18) 91

Forum adwokackie

Małgorzata Kożuch

- Zaufanie w zasadach kodeksu etyki 106

Filip Jegliński

- Tajemnica zawodowa we włoskim kodeksie etyki adwokackiej 113

Pytania i odpowiedzi prawne

Ewa Stawicka

- Czy w braku planu miejscowego wydawane warunki zabudowy
powinny określać parametry dopuszczalnej zabudowy w sposób
„widełkowy”, czy też wystarczy podawanie w decyzji wartości
minimalnych bądź maksymalnych? 124

Gawędy adwokata bibliofila

Andrzej Tomaszek

- Transformacja sprzed wieku 127

Recenzje

Stanisław Zagórski

- Recenzja książki Łukasza Błaszczaka, *Powództwo oczywiście bezzasadne*.
Artykuł 191¹ k.p.c., Warszawa 2021 131

Ad vocare

Adolf Suligowski

- Z archiwów „Palestry” o etyce obrończej 133

- Table of contents 143

Od Redakcji

Ewa Stawicka

VADE-MECUM

We wrześniu 2021 r. mija dwusetna rocznica urodzin Cypriana Kamila Norwida. Rozpoczął życie w mazowieckim dworku; po rychłej śmierci rodziców pod opieką krewnych zamieszkał w Warszawie. Gimnazjum porzucił na rzecz studiowania rysunku, najpierw w stolicy Królestwa Kongresowego, potem w Krakowie. Nie ukończył regularnej edukacji, pozostając wszechstronnym, pracowitym samoukiem. Parał się malarstwem, rzeźbiarstwem, pisarstwem. I poezją, która – odkryta w 1901 r. przez Zenona Przesmyckiego „Miriamą” – przyniosła mu pośmiertną sławę „czwartego wieszczą”.

Wyemigrował – na zawsze – jako dwudziestolatek. We Włoszech zakochał się w Marii Kalergis i chociaż nie znalazł u niej wzajemności, przez kilka lat podróżował w ślad za nią po Europie, nawiązując przy tym znajomości z wielkimi postaciami ówczesnego wychodźstwa polskiego. Jego bezkompromisowość prędko usytuowała go jednak na marginesie patriotycznych elit.

Bieda wypchnęła Norwida do Stanów Zjednoczonych Ameryki. Tam zaczął nieźle zarabiać w pracowni graficznej, a zapracowane pieniądze zużył na zwiedzanie terenów zamieszkałych przez rdzennych Indian. Po kilkunastu miesiącach, na wieść o wybuchu wojny krymskiej, wrócił do Europy, rojąc o szansach na niepodległość Polski. W Paryżu utrzymywał się głównie ze sprzedaży rysunków. Po wybuchu powstania styczniowego zgłaszał liczne projekty polityczne, które ignorowano.

Zmagał się z postępującą głuchotą i ślepotą na tle gruźliczym. Pewien polski arystokrata obiecał pomoc finansową w przenosinach do Florencji, lecz słowa nie dotrzymał.

Kuzyn wyszukał miejsce w podparyskim przytułku. Artysta umarł tam w 1883 r. i został pochowany w zbiorowej mogile. W 2001 r. odbył się symboliczny pogrzeb na Wawelu.

W swym ostatnim liście napisał: „Cyprian Norwid zasłużył na dwie rzeczy od Społeczeństwa Polskiego: to jest aby oneż społeczeństwo nie było dlań obce i nieprzyjazne”.

Poniżej prezentujemy trzy wiersze pochodzące z tomu Vade-mecum, którego poecie nie udało się wydać.

Ewa Stawicka

Redaktor naczelna miesięcznika „Palestra”.

Od Redakcji

Cyprian Kamil Norwid

Z VADE-MECUM...

DZIENNIK I EPOS

Treści cudne smakiem, a ciemne czasy
I ciągle postępu zdobycze,
Uczyniły, że są dziś Mecenasy...
Ależ są i mecenasowicze!...

Gdzie na pięćset umie czytać pięciu,
Gdzie na pięciu czterech zapal kłamię,
Dedykować tam konieczna księciu,
Kanclerzowi, lub dowcipnej damie...

Horacego misterny, acz drobny, rym
Gdyby się nie perlił w złotym sygnecie,
Minąłby go Cezar, z Cezarem Rzym,
Z Rzymem wiek... i pokolenie trzecie!

Lecz są formy, co nad falą czasów
Jeśli same, jak słońce, nie jaśnieją.
Nie wyzłoci ich pierścień mecenasów...

.....
Tak – z dziennikiem, tak – z epopeją!

GADKI

Pytasz: «Czemu, gdziekolwiek są Amerykanie,
Choćby ich było tylko stu, lub ani tyle,
Mają dziennik, który się rozwinąć jest w stanie?»

Czemu? Bo wyżej złotą cenią oni chwile.
Lecz, gdyby mieli zwyczaj przez całe godziny
O polityce gadać, – byłby dziennik wszędzie
I nigdzie – byłoby coś, z czego nic nie będzie.
Skutki to wielkie, lubo niewielkie przyczyny.
Mówisz: «Gdybyśmy byli, jak Amerykanie,
Którym to jest właściwem...»
Przerywam ci, panie,
Bo w żagle dmiesz, a nie chcesz dobywać kotwicy.
Amerykanie któż są?... Europejczycy!

FINIS

Pod sobą samym wykopawszy zdradę,
Coś z życia kończę, kończąc «Mecum vade»,
Złożone ze stu perełek, nawlekłych
Logicznie w siebie, jak we łzę łąza wciekłych.
Wstrzymuję pióro... niżeli... niżeli
Zniecierpliwiony się wstrzyma czytelnik;
Poszyt zamykam cicho, jak drzwi celi.

Tak flory badacz, dopełniwszy zielnik,
Gdy z poziomego mchu najmniejszym liściem
Szeptął o śmierciach tworów, chce nad wnijściem
Księgi podpisać się; piszę: «Śmiertelnik».

Pojęcia kluczowe: kryminalistyka, paradygmat, ślad

Artykuły

Józef Wójcikiewicz

SYTUACJA KRYMINALISTYKI (60 LAT PÓŹNIEJ)

Autor, zainspirowany artykułem Jana Sehna w „Palestrze” z 1961 r. na temat stanu kryminalistyki, przedstawia sytuację tej nauki 60 lat później. Omawia pokrótce obecne poglądy odnośnie do jej sfery naukowej, procesowej i dydaktycznej. Dochodzi do wniosku, że niektóre współczesne koncepcje zagranicznych autorów paradygmatu kryminalistyki (ślad, zarządzanie miejscem zdarzenia, holistyczne postrzeganie nauki, generalizacja) były realizowane w polskiej nauce już kilkadziesiąt lat temu.

*To reject one paradigm without simultaneously substituting another
is to reject science itself.*
Thomas Samuel Kuhn

W 1961 r. ukazał się w „Palestrze” artykuł autorstwa profesora Jana Sehna¹, ówczesnego dyrektora Instytutu Ekspertyz Sądowych w Krakowie² i późniejszego także pierwszego kierownika Zakładu Kryminalistyki w Instytucie Prawa Karnego na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego³, do-

¹ J. Sehn, *Sytuacja kryminalistyki*, „Palestra” 1961/3, s. 8–12.

² D. Różycka, T. Borkowski, *Dzieje Instytutu Ekspertyz Sądowych 1929–1979*, Kraków 1979; J. Kostrzewa, *Przewodnicy po labiryncie. Dzieje Instytutu Ekspertyz Sądowych w latach 1929–2019*, Kraków 2019; F. Gańczak, *Jan Sehn. Tropiciele nazistów*, Wołowiec 2020.

³ T. Hanausek, J. Wójcikiewicz, *Nasza Katedra* (w:) *Rozprawy z Jałowcowej Góry. Materiały z III Zjazdu Katedr Kryminalistyki, Dobczyce, 11–13.06.2003 r.*, red. J. Wójcikiewicz, Kraków 2004, s. 11–16.

tyczący sytuacji kryminalistyki. Niniejszy artykuł jest zaś spojrzeniem na sytuację kryminalistyki 60 lat później!

Prawdę mówiąc, stosunkowo niewiele można się dowiedzieć z przywołanego artykułu o stanie kryminalistyki. Znacznie więcej informacji Jan Sehn zawarł we wcześniejszym o 10 lat referacie wygłoszonym na konferencji teoretyków i praktyków prawa karnego 7.10.1950 r.⁴ W obu tych publikacjach autor, co prawda w ślad za N.D. Kazancewem⁵, postuluje opracowanie wspólnych teoretycznych podstaw kryminalistyki przy jednoczesnym ujęciu ich w jednolitą teorię. „Usystematyzować należy składające się na nią różnorodne naukowe i techniczne umiejętności i udoskonalenia oraz stosowane w kryminalistyce sposoby i metody oraz stworzyć dla nich podbudowę naukową, opracować nowe metody śledztwa zgodne ze współczesnym poziomem rozwoju nauki i techniki, przede wszystkim fizyki i chemii, wprowadzić te metody, włączyć je w praktykę odpowiednich instytucji”⁶.

Celem niniejszego artykułu jest zatem sprawdzenie, czy kryminalistykom udało się zrealizować te postulaty sprzed z górą 70 lat.

„Ojciec” kryminalistyki Hans Gross paradoksalnie umieszczał tę „swoją” naukę w dziedzinie kryminologii, a konkretnie fenomenologii kryminalnej⁷. Dwa-dzieścia lat później polski prawnik Gustaw Groeger trafnie jednak zauważył, że „do wyciągania ogólnych wniosków, do stawiania zasad nowej nauki – do tego jeszcze zawcześnie, na to materiał dotychczasowy jest jeszcze za szczupły, obserwacje za krótkie i liczba pracowników na tem polu za mała. Dopiero po latach pracy będzie można dojść do ogólnych wniosków i niewzruszalnych wyników. Kryminalistyka była tedy w pierwszym 10-leciu swego istnienia dopiero nauką tworzącą się, budującą podstawy swego bytu (...). W ten sposób kryminalistyka z chwilą uzyskania miejsca w rządzie nauk i oparcia się o własne czasopismo, miała zapewnione podstawy dalszego rozwoju i poczęła się też świetnie rozwijać”⁸.

Kryminalistykę jako odrębną naukę, ale równocześnie jako jedną z licznych gałęzi kryminologii (*sic!*), postrzegał Józef Jan Bossowski⁹. Takiej koncepcji jed-

⁴ J. Sehn, *Obecny stan kryminalistyki w Polsce* (w:) *Stan kryminalistyki i medycyny sądowej. Konferencja teoretyków i praktyków prawa karnego. Materiały z prac przygotowawczych do I Kongresu Nauki Polskiej*, Warszawa 1951, s. 5–26.

⁵ N.D. Kazancew, *Zadania prac naukowo-badawczych w dziedzinie prawa*, „Demokratyczny Przegląd Prawniczy” 1950/6, s. 28.

⁶ J. Sehn, *Sytuacja...*, s. 8.

⁷ H. Gross, *Podręcznik dla sędziego śledczego jako system kryminalistyki*, oprac. i tłum. J. Kasprzak, Warszawa 2021, s. 46.

⁸ G. Groeger, *Dwudziestolecie kryminalistyki. Szkic historyczny*, odbitka z „Przeglądu prawa i administracji”, Lwów 1913, s. 25–26 (pisownia oryginalna). Zob. także J. Wójcikiewicz, *Doktora Gustawa Groegera kryminalistyki rozumienie* (w:) *Paradygmaty kryminalistyki*, red. J. Wójcikiewicz, V. Kwiatkowska-Wójcikiewicz, Kraków 2016, s. 112–118.

⁹ J.J. Bossowski, *Z literatury kryminologicznej. Polski naukowy podręcznik kryminalistyki. Kształcenie aplikantów sędziowskich*, Poznań 1925, s. 3. Pogląd taki wyrażał jeszcze w 1945 r. J. Bossowski, *Wiedomości z nauk kryminologicznych*, Poznań 1945, s. 3, 63. Zob. także V. Kwiatkowska-Wójcikiewicz,

nak nie podzielał już Władysław Wolter, co prawda włączając do kryminologii nawet prawo karne, ale wyraźnie wyłączając nauki kryminalistyczne, które według niego „należą na zgoła inne podwórko”¹⁰.

Niewątpliwie przełomem w postrzeganiu kryminalistyki jako nauki była koncepcja profesora Uniwersytetu Kalifornijskiego w Berkeley Paula L. Kirka. Zdefiniował on bowiem kryminalistykę jako naukę o indywidualizacji¹¹. Przyszłość, jak się okaże, sfalsyfikowała tę elegancką koncepcję, ale – z drugiej strony – wręcz prorocze i wciąż aktualne okazało się wezwanie do tworzenia obiektywnych, matematycznych podstaw tej nauki, stosowania rachunku prawdopodobieństwa, do badań nad ewaluacją poszczególnych metod i śladów¹².

Paradygmat kryminalistyki zawsze ewoluował i dzieje się tak obecnie¹³. Przyjrzyjmy się na przykład koncepcji amerykańskiej K. Inmana i N. Rudin¹⁴. Autorzy ci jako fundamentalne podstawy kryminalistyki uznają zasadę podzielności materii oraz Locarda prawo transferu śladów: „Bądź przestępca zostawia na miejscu ślady swego pobytu, bądź też odwrotnie, zabiera na swym ciele, albo ubraniu ślady czynu lub dowody obecności na danym miejscu”¹⁵ i dodają jeszcze kilka wyznaczników: identyfikację, indywidualizację, asocjację i rekonstrukcję¹⁶.

Jak się wydaje, istotnym impulsem do rewizji paradygmatu kryminalistyki był artykuł dwóch amerykańskich profesorów, opublikowany w prestiżowym czasopiśmie „Science”¹⁷. Obwieścili oni nadejście nowego paradygmatu dla sądowych nauk identyfikacyjnych, który „nieprzetestowane założenia i polowiczne zgadywanie zastąpi solidnymi naukowymi podstawami i uzasadnionymi algorytmami postępowania”, jako że sprawy, ich zdaniem, dojrzały już do tego, aby zamienić przestarzałe założenia o unikatowości i perfekcji na podstawy empiryczne i probabilistyczne. Ci sami autorzy rozwinęli te tezy w artykule opublikowanym kilka lat później, w którym utrzymują, że brak jest dowodów potwierdzających założenie o „unikatowej indywidualizacji”,

Profesor Józef Jan Aleksander Bossowski – „ojciec” uniwersyteckiej kryminalistyki w Polsce (w:) *Paradygmaty kryminalistyki*, red. J. Wójcikiewicz, V. Kwiatkowska-Wójcikiewicz, Kraków 2016, s. 77–92.

¹⁰ W. Wolter, *Kilka uwag o metodologii nauk kryminologicznych*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1933/4, s. 175–176.

¹¹ P.L. Kirk, *The Ontogeny of Criminalistics*, „Journal of Criminal Law and Criminology” 1963/2, s. 236.

¹² P.L. Kirk, C.R. Kingston, *Evidence Evaluation and Problems in General Criminalistics*, „Journal of Forensic Sciences” 1964/4, s. 434–444.

¹³ J. Wójcikiewicz, V. Kwiatkowska-Wójcikiewicz, *Paradygmaty kryminalistyki* (w:) *Paradygmaty kryminalistyki...*, s. 11–25.

¹⁴ K. Inman, N. Rudin, *The origin of evidence*, „Forensic Science International” 2002/126, s. 11–16.

¹⁵ E. Locard, *Dochodzenie przestępstw według metod naukowych*, tłum. R. Merson, E. Wiśniewski, Warszawa 1937, s. 117.

¹⁶ K. Inman, N. Rudin, *The origin...*, s.11–12.

¹⁷ M.J. Saks, J.J. Koehler, *The Coming Paradigm Shift in Forensic Identification Science*, „Science” 2005/309, s. 892–895.

które wprost określają jako sofizmat, i wątpią, aby kiedykolwiek udało się je potwierdzić¹⁸.

Sytuację kryminalistyki można i należy rozpatrywać na trzech płaszczyznach: naukowej, eksperckiej i dydaktycznej. Właśnie kilka lat po wspomnianym artykule ukazał się głośny raport amerykańskiej National Research Council (NRC)¹⁹, w którym zakwestionowano metodologiczne podstawy wielu badań kryminalistycznych, z wyjątkiem genetycznych²⁰. Kolejny ważny raport dotyczący nauk sądowych (PCAST) sporządzono dla ówczesnego prezydenta Stanów Zjednoczonych Baracka Obamy w 2016 r.²¹ Zawierał on podobne wnioski, co raport z 2009 r.

W nauce polskiej metodologią kryminalistyki zajął się Jerzy Konieczny. Już w 1984 r. opublikował monografię na temat kryminalistyki jako nauki²². Docierające z zagranicy wieści o zmianie paradygmatu przedstawił i skomentował kilkadziesiąt lat później w artykule, przeznaczonym głównie dla prawników, czyli odbiorców ekspertyz²³. Tę problematykę rozwinął potem w ważnej książce o identyfikacji kryminalistycznej²⁴. W niniejszym artykule trudno nie przytoczyć najważniejszych wniosków w niej zawartych²⁵:

- stwierdzenie, że określony ślad kryminalistyczny jest unikalny, nie ma podstaw naukowych;
- zgodność cech określonych śladów nie świadczy o ich pochodzeniu z jednego, wspólnego źródła (błąd indywidualizacji);
- nie istnieją empiryczne metody badawcze, zapewniające w każdym przypadku wynik bezbłędny, tak jak nie istnieją nieomylni eksperci (pisał już o tym przed stu laty Edmond Locard: „Najbardziej niebezpiecznymi pomocnikami wymiaru sprawiedliwości są tego rodzaju biegli, którzy swoje odkrycia lub orzeczenia uważają za nienaruszalne świętości (...). Najbardziej niebezpieczny jest jednak biegły, który powziąwszy w swym życiu

¹⁸ M.J. Saks, J.J. Koehler, *The Individualization Fallacy in Forensic Science Evidence*, „Vanderbilt Law Review” 2008/1, s. 199–219; S. Cole, *Forensics without uniqueness, conclusions without individualization: the new epistemology of forensic identification*, „Law, Probability and Risk” 2009/3, s. 233–255.

¹⁹ *Strengthening Forensic Science in the United States: A Path Forward*, Washington D.C. 2009.

²⁰ Zob. np. M.D. Risinger, *The NAS/NRC Report on Forensic Science: A Glass Nine-Tenths Full (This Is About the Other Tenth)*, „Jurimetrics: The Journal of Law, Science & Technology” 2009/1, s. 21–34; W.C. Thompson, *The National Research Council’s Plan to Strengthen Forensic Science: Does the Path Forward Run Through the Courts?*, „Jurimetrics: The Journal of Law, Science & Technology” 2009/1, s. 35–51; P.C. Giannelli, *The NRC Report and Its Implications for Criminal Litigation*, „Jurimetrics: The Journal of Law, Science & Technology” 2009/1, s. 53–66; D.H. Kaye, *The good, the bad, the ugly: The NAS report on strengthening forensic science in America*, „Science & Justice” 2010/1, s. 8–11.

²¹ *PCAST Report to the President, Forensic Science in Criminal Courts: Ensuring Scientific Validity of Feature-Comparison Methods*, Washington 2016.

²² J. Konieczny, *Metodologiczna charakterystyka kryminalistyki*, Katowice 1984.

²³ J. Konieczny, *Kryzys czy zmiana paradygmatu kryminalistyki?*, „Państwo i Prawo” 2012/1, s. 3–16.

²⁴ J. Konieczny, *Identyfikacja kryminalistyczna*, Warszawa 2017.

²⁵ J. Konieczny, *Identyfikacja...*, s. 173–176.

- jedną jedyną ideę, pielęgnuje ją jak najdroższą dziecinę – poświęci dla niej wszystko. *Timeo virum unius concepti*"²⁶);
- nie ma metodologicznego uzasadnienia dla kategoriycznych opinii indywidualnych;
 - zadaniem eksperta jest możliwie ściśle określenie obszaru niepewności;
 - odniesienie wyniku badania eksperckiego do konkretnej osoby lub rzeczy, czyli dokonanie identyfikacji indywidualnej, jest decyzją organu procesowego;
 - najlepsza formuła opiniowania jest następująca: „Cechy materiału zakwestionowanego Yj są zgodne z cechami materiału porównawczego Xi. Stwierdzenie o zachodzeniu takiej relacji pomiędzy cechami materiału porównawczego i cechami materiału zakwestionowanego jest LR²⁷ razy bardziej prawdopodobne przy założeniu, że Xi oraz Yj pochodzą z jednego źródła, niż stwierdzenie tej zgodności w przypadku, gdy Xi oraz Yj pochodzą z różnych źródeł”²⁸.

W możliwość wdrożenia powyższych reguł do opiniowania kryminalistycznego powątpiewał Jarosław Moszczyński, optując za pozostawieniem subiektywnych i kategoriycznych ekspertyz²⁹.

Jednak w ostatnich kilku latach pojawiły się prace, których autorzy zwracają uwagę na inne niż indywidualizacja i identyfikacja problemy. Apelują mianowicie o działania integracyjne w ramach dyscypliny, odejście od jej patchworkowego postrzegania i kultury silosów oraz o holistyczne, integracyjne działanie³⁰. Już w 2011 r. Pierre Margot porównał kryminalistykę do szpitala, w którym pracują kapelani i pielęgniarki oraz neurochirurdzy i kardiologowie, ale w którym nie ma zwykłego lekarza pośrodku³¹. Owym „lekarzem” dla kryminalistyki, spoiwem dla jej subdyscyplin, jest, według Pierre’a Margota, ślad i traseologia, czyli nauka o śladach³².

²⁶ E. Locard, *Dochodzenie...*, s. 252–253.

²⁷ LR to tzw. iloraz wiarygodności w liczniku zawierający prawdopodobieństwo dowodu, pod warunkiem że jego źródłem jest oskarżony, a w mianowniku prawdopodobieństwo dowodu, pod warunkiem że jego źródłem jest osoba z danej populacji. Iloraz wiarygodności, którego obliczenie jest zadaniem biegłego, jest najbardziej wiarygodnym i logicznie uzasadnionym sposobem przedstawiania wagi dowodu naukowego w sądzie. P. Wolańska-Nowak, *Interpretacja wyników ekspertyzy* (w:) *Ekspertyza sądowa. Zagadnienia wybrane*, red. M. Kała, D. Wilk, J. Wójcikiewicz, Warszawa 2017, s. 982–983.

²⁸ J. Konieczny, *Identyfikacja...*, s. 176.

²⁹ J. Moszczyński, *Przejsięcie od badań jakościowych do ilościowych – nowy paradygmat kryminalistyki czy tylko akademicka dyskusja?* (w:) *Paradygmaty kryminalistyki...*, s. 26–43.

³⁰ F. Crispino, C. Roux, O. Delémont, O. Ribaux, *Is the (traditional) Galilean science paradigm well suited to forensic science?*, „WIREs Forensic Science” 2019/1:e1349; D. San Pietro, B.W. Kamrath, P.R. De Forest, *Is forensic science in danger of extinction?*, „Science & Justice” 2019/59, s. 199–202.

³¹ P. Margot, *Commentary on the need for a research culture in the forensic sciences*, „UCLA Law Review” 2011/3, s. 800.

³² P. Margot, *Traceology, the bedrock of forensic science and its associated semantics* (w:) *The Routledge*

Kryminalistyka powinna zatem zawisnąć nie tylko na ekspertach ograniczonych do swoich wąskich, wyrafinowanych działek, ale także na właściwie wyedukowanych „generalizatorach”, którzy będą brali pod uwagę także prawne, kryminologiczne, filozoficzne, czyli także etyczne i, dodajmy, nawet estetyczne³³ wymiary³⁴. Co więcej, zwraca się uwagę również na profilaktyczną funkcję kryminalistyki³⁵.

Porównanie kryminalistyki z materiałoznawstwem umożliwiło wyciągnięcie wniosku o śladzie jako jej centralnym elemencie, zestawienie z medycyną pozwoliło popatrzeć na tę naukę holistycznie, a z historią – dostrzec jej rekonstrukcyjny wymiar. Te konstatacje doprowadziły autorów do sformułowania następującej (aczkolwiek bardzo wstępnej) definicji kryminalistyki: jest to nauka o właściwościach i użytecznościach śladów³⁶.

Gdy się czyta te wszystkie najnowsze prace, ma się wrażenie *déjà vu!* Przecież w tej części Europy o tym pisze się co najmniej od 60 lat! Już Jan Sehn opublikował w 1960 r. fundamentalny artykuł o śladach kryminalistycznych³⁷. Czeski kryminalistyk Miroslav Protivinský już w 1973 r. pisał o śladzie kryminalistycznym jako kategorii³⁸ i wydał kilka lat później, na Uniwersytecie Karola w Pradze, całą monografię o nim³⁹. Nawet wyżej podpisany był w tamtych czasach współautorem artykułu o śladach (pamięciowych)⁴⁰.

Holistycznie, generalizująco i proaktywnie definiował kryminalistykę na przykład Tadeusz Hanausek – jako naukę „o taktycznych zasadach i sposobach oraz technicznych metodach i środkach rozpoznawania i wykrywania prawnie określonych, ujemnych zjawisk społecznych, a w szczególności zdarzeń przestępnych i ich sprawców oraz udowadniania istnienia lub braku związku pomiędzy tymi sprawcami a zdarzeniami; a także zapobiegania przestępstwom i innym, niekorzystnym dla rozwoju społecznego, prawnie relewantnym zjawiskom. Nauka ta powinna się zajmować również strategicznymi metodami przewidywania, rozpoznawania i zwalczania tych zjawisk, szczególnie poprzez zapobieganie ich powstawaniu i rozwojowi”⁴¹.

International Handbook of Forensic Intelligence and Criminology, red. Q. Rossy, D. Décary-Héту, O. Delémont, M. Mulone, London 2018, s. 32–34. Należy pamiętać, że w polskiej literaturze tra-seologia to dział kryminalistyki poświęcony badaniom śladów stóp (obuwia) i pojazdów.

³³ J. Wójcikiewicz, *Piękno przestępstwa. Prolegomena do estetyki sądowej*, Kraków 2020.

³⁴ C. Roux, O. Ribaux, F. Crispino, *Forensic science 2020 – the end of the crossroads?*, „Australian Journal of Forensic Sciences” 2018/6, s. 613.

³⁵ C. Roux, O. Ribaux, F. Crispino, *Forensic...*, s. 614.

³⁶ C. Weyermann, C. Roux, *A different perspective on the forensic science crisis*, „Forensic Science International”, doi.org/10.1016/j.forsciint.2021.110779.

³⁷ J. Sehn, *Ślady kryminalistyczne*, „Z Zagadnień Kryminalistyki” 1960/1, s. 25–56.

³⁸ M. Protivinský, *Kategoriální charakter stopy v kriminalistice*, „Československa kriminalistika” 1973/9, s. 217.

³⁹ M. Protivinský, *Kriminalistická stopa. Studie o metodologických základech kriminalistické nauky o stopach*, Praha 1976.

⁴⁰ J. Wójcikiewicz, E. Szumakowicz, *Ślady pamięciowe*, „Studia Kryminologiczne, Kryminalistyczne i Penitencjarne” 1984/15, s. 129–144.

⁴¹ T. Hanausek, *Współczesna koncepcja kryminalistyki*, „Krakowskie Studia Prawnicze” 1993–1994, s. 78.

Ogłędziny były tematem rozprawy doktorskiej Jana Sehna już w 1948 r.!

„Lejek dowodowy” znany jest także i naszej praktyce: na przykład spośród 989 ujawnionych i utrwalonych śladów na miejscach kradzieży z włamaniem ekspertyzy zarządzono w 9,1% spraw, a w wyniku badań zidentyfikowano tylko 5 sprawców⁴².

Nie można także zapominać o bogatym dorobku Sympozjów Metodologii Kryminalistyki i Nauk Pokrewnych, organizowanych w latach 80. XX w. w Chęcinach przez Zakład Kryminalistyki Uniwersytetu Śląskiego, kierowany przez Jana Widackiego.

Trzecią sferą, którą należałoby poruszyć, pisząc o stanie kryminalistyki, jest dydaktyka. Adwokat dr Gustaw Groeger tak pisał w 1913 r. „Spodziewać się bowiem należy, że wkrótce za wzorem Gracu i inne uniwersytety otrzymają katedry kryminalistyki i uniwersyteckie instytuty kryminalistyczne. Z tą chwilą, gdy już na ławie uniwersyteckiej zaznajamiać się zaczną przyszłe pokolenia prawników z zasadami kryminalistyki – rozpocznie się nowa era w historii śledzenia przestępstw, nowa era procesu karnego, opartego nie na zeznaniach świadków i przyznaniu oskarżonego, lecz na materialnych śladach przestępstwa, na «re-aliach procesu karnego»”⁴³. Wiele uniwersytetów zachęca studentów kursami mającymi w nazwie „forensic”. Niamh Nic Daeid w 2008 r. znalazła w Zjednoczonym Królestwie aż 482 takie kursy, oferowane przez 70 instytucji. Ponad 20% z 320 brytyjskich szkół wyższych miało taką ofertę⁴⁴. Rodzi się pytanie, na ile taka edukacja jest pożyteczna dla przyszłej pracy zawodowej, ale sama wiedza, byle wiarygodna, jest na pewno korzystna dla studentów.

Drugie oblicze edukacji to wydziały czy centra nauk sądowych na uniwersytetach, jak w Lozannie czy Warszawie, oraz kursy kryminalistyki na wydziałach prawa i niektórych innych. Nie wydaje się jednak, w świetle tego, co obecnie pisze się o kryminalistyce, żeby rację mieli Jerzy Konieczny i Jan Widacki: pierwszy twierdzący, że kryminalistyka na wydziałach prawa nie ma sensu⁴⁵, a drugi traktujący kryminalistykę jako teoretyczną metanaukę nauk sądowych⁴⁶.

Czy zgodziliby się z tym studenci Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego, przyszli adwokaci, sędziowie, prokuratorzy czy policjanci, którym Katedra Kryminalistyki oferuje do 315 godzin wykładów, ćwiczeń, warsztatów i seminariów w zakresie szeroko rozumianej kryminalistyki? Profesor Jan Sehn na pewno by się z tego cieszył.

⁴² V. Kwiatkowska-Wójcikiewicz, *Ogłędziny miejsca. Teoria i praktyka*, Toruń 2011, s. 221.

⁴³ G. Groeger, *Dwudziestolecie...*, s. 29. Niestety, polska „reformacja” szkolnictwa wyższego sprawiła, że prawie wszystkie uniwersyteckie katedry kryminalistyki w latach 2020/2021 zniknęły: zostały wchłonięte przez inne katedry bądź przekształcone w pracownie, centra czy też zespoły badawcze.

⁴⁴ N. Nic Daeid, *Educating the next generation*, „Science & Justice” 2008/2, s. 59–60.

⁴⁵ J. Konieczny, *Kryzys...*, s. 16.

⁴⁶ J. Widacki, *Początek i koniec kryminalistyki (w:) Abiit, non obiit. Księga poświęcona pamięci Księdza Profesora Antoniego Kościa SVD*, red. A. Dębiński, P. Stanisz, T. Barankiewicz, J. Potrzeszcz, WS. Staszewski, A. Szarek-Zwijacz, M. Wójcik, Lublin 2013, s. 1430.

ABSTRACT

prof. Józef Wójcikiewicz

The author is the Head of the Department of Criminology at the Faculty of Law and Administration of the Jagiellonian University in Krakow.

The status of forensic science (60 years later)

The author, inspired by Jan Sehn's 1961 article in Palestra on the status of forensic science, briefly presents the current situation of forensic science on three levels: scientific, procedural and educational ones. He concludes that some contemporary views of the forensic science paradigm expressed by foreign authors (e.g. trace, crime scene management, holistic approach, generalization) were known and developed by the Polish authors many years ago.

Keywords: forensic science, paradigm, trace

prof. dr hab. Józef Wójcikiewicz

ORCID: 0000-0001-7291-2074; e-mail: jozef.wojcikiewicz@uj.edu.pl

Autor jest kierownikiem Katedry Kryminalistyki na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego w Krakowie.

BIBLIOGRAFIA ZAŁĄCZNIKOWA

Bossowski Józef Jan, *Wiadomości z nauk kryminologicznych*, Poznań 1945

Bossowski Józef Jan, *Z literatury kryminologicznej. Polski naukowy podręcznik kryminalistyki. Kształcenie aplikantów sędziowskich*, Poznań 1925

Cole Simon A., *Forensics without uniqueness, conclusions without individualization: the new epistemology of forensic identification*, „Law, Probability and Risk” 2009/3

Crispino Frank, Roux Claude, Delémont Olivier, Ribaux Olivier, *Is the (traditional) Galilean science paradigm well suited to forensic science?*, „WIREs Forensic Science” 2019/1

Gańczak Filip, *Jan Sehn. Tropiciele nazistów*, Wołowiec 2020

Giannelli Paul C., *The NRC Report and Its Implications for Criminal Litigation*, „Jurimetrics: The Journal of Law, Science & Technology” 2009/1

- Groeger Gustaw**, *Dwudziestolecie kryminalistyki. Szkic historyczny*, odbitka z „Przeglądu prawa i administracji”, Lwów 1913
- Gross Hans**, *Podręcznik dla sędziego śledczego jako system kryminalistyki*, oprac. i tłum. J. Kasprzak, Warszawa 2021
- Hanausek Tadeusz, Wójcikiewicz Józef**, *Nasza Katedra (w:) Rozprawy z Jałowcowej Góry. Materiały z III Zjazdu Katedr Kryminalistyki, Dobczyce, 11–13.06.2003 r.*, red. J. Wójcikiewicz, Kraków 2004
- Hanausek Tadeusz**, *Współczesna koncepcja kryminalistyki*, „Krakowskie Studia Prawnicze” 1993–1994
- Inman Keith, Rudin Norah**, *The origin of evidence*, „Forensic Science International” 2002/126
- Kaye David H.**, *The good, the bad, the ugly: The NAS report on strengthening forensic science in America*, „Science & Justice” 2010/1
- Kazancew Nikołał Dmitriewicz**, *Zadania prac naukowo-badawczych w dziedzinie prawa*, „Demokratyczny Przegląd Prawniczy” 1950/6
- Kirk Paul L., Kingston Charles R.**, *Evidence Evaluation and Problems in General Criminalistics*, „Journal of Forensic Sciences” 1964/4
- Kirk Paul L.**, *The Ontogeny of Criminalistics*, „Journal of Criminal Law and Criminology” 1963/2
- Konieczny Jerzy**, *Identyfikacja kryminalistyczna*, Warszawa 2017
- Konieczny Jerzy**, *Kryzys czy zmiana paradygmatu kryminalistyki?*, „Państwo i Prawo” 2012/1
- Konieczny Jerzy**, *Metodologiczna charakterystyka kryminalistyki*, Katowice 1984.
- Kostrzewa Jarosław**, *Przewodnicy po labiryncie. Dzieje Instytutu Ekspertyz Sądowych w latach 1929–2019*, Kraków 2019
- Kwiatkowska-Wójcikiewicz Violetta**, *Oględziny miejsca. Teoria i praktyka*, Toruń 2011
- Kwiatkowska-Wójcikiewicz Violetta**, *Profesor Józef Jan Aleksander Bosowski – „ojciec” uniwersyteckiej kryminalistyki w Polsce (w:) Paradygmaty kryminalistyki*, red. J. Wójcikiewicz, V. Kwiatkowska-Wójcikiewicz, Kraków 2016
- Locard Edmond**, *Dochodzenie przestępstw według metod naukowych*, tłum. R. Merson, E. Wiśniewski, Warszawa 1937
- Margot Pierre**, *Commentary on the need for a research culture in the forensic sciences*, „UCLA Law Review” 2011/3
- Margot Pierre**, *Traceology, the bedrock of forensic science and its associated semantics (w:) The Routledge International Handbook of Forensic Intelli-*

- gence and Criminology*, red. Q. Rossy, D. Décary-Héту, O. Delémont, M. Mulone, London 2018
- Moszczyński Jarosław**, *Przejście od badań jakościowych do ilościowych – nowy paradygmat kryminalistyki czy tylko akademicka dyskusja?* (w:) *Paradygmaty kryminalistyki*, red. J. Wójcikiewicz, V. Kwiatkowska-Wójcikiewicz, Kraków 2016
- Nic Daeid Niamh**, *Educating the next generation*, „Science & Justice” 2008/2
- PCAST Report to the President, Forensic Science in Criminal Courts: Ensuring Scientific Validity of Feature-Comparison Methods*, Washington 2016
- Protivinský Miroslav**, *Kategoriální charakter stopy v kriminalistice*, „Československa kriminalistika” 1973/9
- Protivinský Miroslav**, *Kriminalistická stopa. Studie o metodologických základech kriminalistické nauky o stopach*, Praha 1976
- Risinger Michael D.**, *The NAS/NRC Report on Forensic Science: A Glass Nine-Tenths Full (This Is About the Other Tenth)*, „Jurimetrics: The Journal of Law, Science & Technology” 2009/1
- Roux Claude, Ribaux Olivier, Crispino Frank**, *Forensic science 2020 – the end of the crossroads?*, „Australian Journal of Forensic Sciences” 2018/6
- Różycka Danuta, Borkowski Tadeusz**, *Dzieje Instytutu Ekspertyz Sądowych 1929–1979*, Kraków 1979
- Saks Michael J., Koehler Jonathan J.**, *The Coming Paradigm Shift in Forensic Identification Science*, „Science” 2005/309
- Saks Michael J., Koehler Jonathan J.**, *The Individualization Fallacy in Forensic Science Evidence*, „Vanderbilt Law Review” 2008/1
- San Pietro David, Kammrath Brooke W., De Forest Peter R.**, *Is forensic science in danger of extinction?*, „Science & Justice” 2019/59
- Sehn Jan**, *Obecny stan kryminalistyki w Polsce* (w:) *Stan kryminalistyki i medycyny sądowej. Konferencja teoretyków i praktyków prawa karnego. Materiały z prac przygotowawczych do I Kongresu Nauki Polskiej*, Warszawa 1951
- Sehn Jan**, *Sytuacja kryminalistyki*, „Palestra” 1961/3
- Sehn Jan**, *Ślady kryminalistyczne*, „Z Zagadnień Kryminalistyki” 1960/1
- Strengthening Forensic Science in the United States: A Path Forward*, Washington D.C. 2009
- Thompson William C.**, *The National Research Council’s Plan to Strengthen Forensic Science: Does the Path Forward Run Through the Courts?*, „Jurimetrics: The Journal of Law, Science & Technology” 2009/1

- Weyermann Céline, Roux Claude**, *A different perspective on the forensic science crisis*, „Forensic Science International” 2021/323, doi.org/10.1016/j.forsciint.2021.110779
- Widacki Jan**, *Początek i koniec kryminalistyki* (w:) *Abiit, non obiit. Księga poświęcona pamięci Księdza Profesora Antoniego Kościa SVD*, red. A. Dębiński, P. Stanisławski, T. Barankiewicz, J. Potrzeszcz, W.S. Staszewski, A. Szarek-Zwijacz, M. Wójcik, Lublin 2013
- Wolańska-Nowak Paulina**, *Interpretacja wyników ekspertyzy* (w:) *Ekspertyza sądowa. Zagadnienia wybrane*, red. M. Kała, D. Wilk, J. Wójcikiewicz, Warszawa 2017
- Wolter Władysław**, *Kilka uwag o metodologii nauk kryminologicznych*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1933/4
- Wójcikiewicz Józef**, *Doktora Gustawa Groegera kryminalistyki rozumienie* (w:) *Paradygmaty kryminalistyki*, red. J. Wójcikiewicz, V. Kwiatkowska-Wójcikiewicz, Kraków 2016
- Wójcikiewicz Józef**, *Piękno przestępstwa. Prolegomena do estetyki sądowej*, Kraków 2020
- Wójcikiewicz Józef, Kwiatkowska-Wójcikiewicz Violetta**, *Paradygmaty kryminalistyki* (w:) *Paradygmaty kryminalistyki*, red. J. Wójcikiewicz, V. Kwiatkowska-Wójcikiewicz, Kraków 2016
- Wójcikiewicz Józef, Szumakowicz Eugeniusz**, *Ślady pamięciowe*, „Studia Kryminologiczne, Kryminalistyczne i Penitencjarne” 1984/15

Pojęcia kluczowe: *prawo do obrony, naruszenie prawa do obrony, obrońca, europrawnik, dyrektywa, orzecznictwo*

Artykuły

Monika Agnieszka Paulińska

PRAWO DO OBRONY W PROCESIE KARNYM NA TLE REGULACJI PRAWA MIĘDZYNARODOWEGO

Artykuł ma na celu wskazanie wybranych kwestii dotyczących prawa do obrony w procesie karnym w kontekście regulacji statuowanych w prawie Unii Europejskiej. Regulacje te, jako wyraz dążeń prawodawcy unijnego, z założenia powinny stanowić gwarancje przestrzegania prawa do obrony oraz praw człowieka, w sposób immanentny z nim związanych. Modelowe regulacje dotyczące prawa do obrony ujęte w prawie UE w praktyce nie zapewniają właściwej realizacji prawa do obrony na poziomie państw członkowskich. Poza „zewnętrznymi” uwarunkowaniami, jak transpozycja prawa unijnego w zakresie procedury karnej, międzynarodowa współpraca sądowa, wykładnia przepisów, wymaga przede wszystkim przyjęcia w prawie krajowym spójnych i komplementarnych regulacji prawnych. W artykule odniesiono się m.in. do prawa do udziału w czynnościach postępowania dowodowego, obrony obli-gatoryjnej, obrony z urzędu, naruszeń prawa do obrony. Powyżej wskazane kwestie zostały omówione w nawiązaniu do orzecznictwa sądowego, w celu ukazania przykładów najczęściej występujących błędów proceduralnych, ich wpływu na status prawny oskarżonego, naruszenia prawa do obrony, podkreślenia niespójności w wykładni przepisów, co skutkuje rozbieżnością w linii orzeczniczej sądów polskich. Warunkiem zasadniczym do realizacji prawa do obrony jest zachowanie poprawności proceduralnej i formalnej, co oczywiście, niemniej za równorzędnie istotną powinna być uznana płaszczyzna działań i zachowań podejmowanych przez obrońcę w kontekście ich etycznego wymiaru, który wyznacza granice legalności działania. Uwzględniając powyższe, nawiązano również do instytucji obrońcy w aspekcie jego działań

wyznaczonych przez model postępowania określony w Karcie podstawowych zasad wykonywania zawodu prawnika w Europie i Kodeksu postępowania prawników europejskich, w aspekcie przede wszystkim pojęcia „nadrzędności interesów klienta”.

Prawo do obrony stanowi wyraz respektowania fundamentalnego prawa, którego realizacja determinuje status prawny oskarżonego lub podejrzanego. Gwarancje prawa do obrony, określone w aktach rangi konstytucyjnej i ustawowej prawa krajowego oraz przyznane w ramach aktów prawa międzynarodowego, wskazują niewzruszalne granice, determinujące postępowanie w sprawach, w których wartością nadrzędną jest wolność.

Przynależność do wspólnoty i wynikający z niej obowiązek respektowania norm prawa Unii Europejskiej, doskonałe standardy, gwarancje instytucjonalne, sytuują jednostkę w zorganizowanej przestrzeni prawnej, która ustanawia azyl bezpieczeństwa prawnego. Niemniej proces implementacji regulacji prawnych do prawa krajowego, pozbawiony waloru komplementarności, akceptowany, choć niedozwolony w praktyce „standard” przebiegu postępowań w sprawach karnych, prowadzi do sytuacji, w której prawo do obrony ulega naruszeniu w sposób rażący.

Celowość zapewnienia jednolitości orzecznictwa, ustawiczna i coraz bardziej zintensyfikowana współpraca międzynarodowa nie gwarantuje oczekiwanego poziomu rzeczywistości prawnej, w sensie wypracowania, poszanowania i skutecznego egzekwowania praw oskarżonych.

Prawo do obrony i jego realizacja są determinowane nie tylko przez literalny wyraz woli ustawodawcy. Naruszenia prawa do obrony, na etapie przed przesłuchaniem oskarżonego, w istocie deprecjonują naczelne zasady postępowania karnego, fundamentalne prawa i wolności człowieka. Brak urzeczywistnienia prawa do obrony czyni niemożliwą realizację prawa do rzetelnego procesu, co oznacza, że prawo nie osiągnie celu, jakim jest sprawiedliwość, w aspekcie wydanego wyroku.

Uwzględniając nadrzędny cel realizacji prawa do obrony, a więc uzyskanie najkorzystniejszego rozstrzygnięcia dla klienta, należy zwrócić uwagę na kwestię zasadniczą, którą pozostaje granica legalności działań obrońcy.

Stanowi ona o tym, czy działając w interesie klienta, miarą sukcesu będzie prawda obiektywna. Granica ta obejmuje płaszczyznę stosowania procedury, zakres działań obrońcy – zwłaszcza w aspekcie indywidualnego przeświadczenia o dopuszczalności zachowań uzewnętrznianych w kontakcie z klientem i innymi uczestnikami postępowania, rzeczywistości kreującej proces. Działania obrońcy determinuje jego wewnętrzna dyscyplina sumienia, która stanowi o tym, czy działając w interesie klienta, miarą sukcesu będzie prawda obiektywna ustalona w oparciu o wartości koegzystujące z pojęciem sprawiedliwości, słuszności czy etyki zawodowej, czy też wygrana będzie wypadkową tych wartości oraz działań z nimi sprzecznych, będących następstwem świadomego wyboru obrońcy.

Znaczenie granic legalności działania obrońcy dla realizacji prawa do obrony uzasadnia odniesienie się w artykule do zasad działania prawników – obrońców określonych w Karcie podstawowych zasad wykonywania zawodu prawnika w Europie¹, dlatego autorka poświęciła kilka uwag temu zakresowi.

REGULACJE PRAWA DO OBRONY W PRAWIE POLSKIM

Z uwagi na ujęcie prawa do obrony w akcie rangi konstytucyjnej posiada ono rangę zasady prawa do obrony. Prawo do obrony to materia, w której koegzystują ze sobą dwie płaszczyzny: procedury prawnej i etyki postępowania. Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej² gwarantuje prawo do obrony w art. 42 ust. 2, stanowiąc, że „każdy, przeciwko komu prowadzone jest postępowanie karne, ma prawo do obrony we wszystkich stadiach postępowania. Może on w szczególności wybrać obrońcę lub na zasadach określonych w ustawie korzystać z obrońcy z urzędu”. Jak stwierdził Trybunał Konstytucyjny, „przepis ten jest podstawą rekonstruowania konstytucyjnego prawa do obrony, będącego jedną z fundamentalnych reguł dotyczących postępowania karnego”.

Konstytucjonalizacja prawa do obrony, a więc podniesienie go do rangi zasady, służy wskazaniu przez ustawodawcę na funkcjonowanie prawodawstwa odpowiadającego modelowi humanitarnego podejścia do prawa jednostki, w którym państwo respektuje standardy międzynarodowe. Kodeks postępowania karnego³ w art. 6, w odniesieniu do zasady prawa do obrony, stanowi, że oskarżonemu przysługuje prawo do obrony, w tym prawo do korzystania z pomocy obrońcy, o czym należy go pouczyć⁴. Prawo to przysługuje wyłącznie oskarżonemu na każdym etapie postępowania. W praktyce, od chwili wszczęcia przeciwko osobie postępowania karnego, czyli od przedstawienia zarzutów, aż do wydania prawomocnego wyroku.

Wymiar materialny i formalny prawa do obrony służy wskazaniu istnienia dwóch płaszczyzn – proceduralnej i etycznej. Aspekt materialny oznacza, że oskarżony ma możliwość bronięcia swoich interesów osobiście przez podejmowane czynności. „Aspekt formalny oznacza zaś, że oskarżony ma prawo do korzystania z pomocy obrońcy z wyboru lub z urzędu”⁵. Niezależnie od tego

¹ Kodeks Etyki Prawników Europejskich został przyjęty przez Radę Adwokatury i Stowarzyszeń Prawniczych Europy (CCBE) 28.10.1988 r., https://www.brpp.pl/pdf/Kodeks_Etyki_Prawniki%C3%B3w_Europejskich.pdf (dostęp: 5.08.2021 r.).

² Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z 2.04.1997 r. (Dz.U. z 1997 r. nr 78 poz. 483 ze zm.).

³ Ustawa z 6.06.1997 r. – Kodeks postępowania karnego (Dz.U. z 2021 r. poz. 1023 ze zm.), dalej k.p.k.

⁴ „Należy przypomnieć, że przepis art. 6 k.p.k. statuuje jedno z podstawowych gwarancji procesowych oskarżonego, jakim jest prawo do obrony w sensie materialnym, rozumiane jako prawo przeciwstawiania się tezie oskarżenia, jak i prawo do obrony w sensie formalnym, pojmowane jako prawo do korzystania z pomocy obrońcy” – zob. wyrok SN z 29.10.2009 r. (V KK 130/09), LEX nr 550541.

⁵ Wyrok TK z 25.11.2014 r. (K 54/13), OTK-A 2014/10, poz. 114.

rozróżnienia funkcjonują zasady na trwałe definiujące działanie obrońcy, który może podejmować działania jedynie na korzyść oskarżonego, przy czym działania te muszą mieścić się w granicach legalności.

Rozgraniczenie obrony na materialną i formalną w istocie oznacza także istnienie odrębnych zakresów odpowiedzialności, a więc osobistej oskarżonego, który „broni się sam”, za własne działania i wyniki skutki prawne oraz odpowiedzialność obrońcy. W tym aspekcie, niezależnie od tego, czy oskarżony korzysta z pomocy obrońcy zawodowego, czy nie, oskarżony zawsze będzie ponosił odpowiedzialność za przekroczenie granic prawa do obrony. Kwestia ta stanowi przykład występowania sprzeczności w orzecznictwie sądowym. Uwzględniając cel postępowania karnego, a także fakt, że oskarżony przez fałszywe wyjaśnienia dopuszcza się wobec innej osoby czynu penalizowanego, narażając ją na odpowiedzialność karną, należy opowiedzieć się za stanowiskiem przyjętym przez Sąd Najwyższy (również niespójne orzecznictwo), który działania te kwalifikuje jako przekroczenie granic prawa do obrony.

W praktyce, jak wskazuje orzecznictwo sądów polskich, obok prawa do składania wyjaśnień i prawa do milczenia stanowiących istotę realizacji prawa do obrony, fałszywe wyjaśnienia oskarżonego nie skutkują odpowiedzialnością, gdyż, jak motywują ten stan faktyczny sądy, brak w przepisach obowiązującego prawa regulacji wyłączającej niekaralność⁶. Akceptacja stanowiska dopuszczalności fałszywych wyjaśnień i wyłączenie odpowiedzialności w istocie stanowią działania sądu, które niweczą realizację zasady prawdy materialnej, zakładając możliwość popełniania kolejnych czynów zabronionych, które składając się na stan faktyczny w sprawie, przekreślają możliwość wydania orzeczenia posiadającego walor merytoryczności. Wreszcie, co należy podkreślić, w praktyce trudne, a czasem wręcz niemożliwe jest stwierdzenie, czy fałszywe wyjaśnienia oskarżonego służą realizacji jego prawa do obrony, czy jest to przekroczenie granic prawa do obrony, bo wyjaśnienia mają na celu ochronę osób trzecich przed odpowiedzialnością karną. Uzasadnienie „akceptowalności” dopuszczenia fałszywych wyjaśnień, następujące przez wskazanie, że kłamstwa nie należy utożsamiać z prawem do kłamstwa, jest nieudaną próbą argumentacji, stanowi raczej wyraz uniknięcia stwierdzenia o istnieniu poważnego dysonansu między praktyką a brakiem właściwych rozwiązań ustawodawcy. Dopuszczalność braku odpowiedzialności za fałszywe wyjaśnienia i przyzwolenie na realizację prawa do obrony za pomocą kłamstwa uznać należy za niemą zgodę na tolerowanie zachowań sprzecznych z prawem w każdym sensie⁷.

⁶ Sąd Najwyższy stwierdził, że „skoro bowiem wyjaśnienia są środkiem obrony oskarżonego i służyć mają jedynie realizacji prawa do obrony, to każde wyjście poza granice tego prawa może rodzić odpowiedzialność karną oskarżonego, jeżeli w ten sposób swoim zachowaniem realizuje on znamiona danego czynu zabronionego” – zob. szerzej uchwała SN z 11.01.2006 r. (I KZP 49/05), „Wokanda” 2006/7–8, s. 32.

⁷ W tej kwestii występuje rozbieżność w orzecznictwie. Jak wskazał sąd apelacyjny, „Również w doktrynie podnosi się, że skoro na gruncie obowiązujących przepisów kodeksu karnego samo złożenie fałszywych wyjaśnień nie jest karalne, zaś oskarżony, jako jedyny uczestnik postępo-

Ustawodawca polski przewiduje sytuacje, w których obrona oskarżonego ma charakter obligatoryjny, przy czym obrońcą może być osoba z wyboru oskarżonego bądź przyjmuje ona formę obrony z urzędu. Obrona jest obligatoryjna (art. 79 k.p.k.) w stosunku do oskarżonego, który nie ukończył 18 lat, jest głuchy, niemy lub niewidomy lub gdy zachodzi uzasadniona wątpliwość, czy jego zdolność rozpoznania znaczenia czynu lub kierowania swoim postępowaniem nie była w czasie popełnienia tego czynu wyłączona lub w znacznym stopniu ograniczona, zachodzi uzasadniona wątpliwość, czy stan jego zdrowia psychicznego pozwala na udział w postępowaniu lub prowadzenie obrony w sposób samodzielny oraz rozsądny. Powyżej wskazane okoliczności nie stanowią katalogu zamkniętego. Ustawodawca przyznaje sądowi prawo orzekania o wystąpieniu przesłanki, która powoduje obronę obligatoryjną, z uwagi na inne okoliczności utrudniające obronę⁸.

Warto wskazać na znaczenie doniosłych z punktu widzenia zarówno samej procedury, jak i co istotniejsze, sytuacji samego oskarżonego, zmian w obowiązujących przepisach. Pierwsza kwestia odnosi się do regulacji zawartych w art. 79 § 1 pkt 3 i 4 (uprzednie brzmienie przepisu wskazywało jedynie na „zachodzenie uzasadnionej wątpliwości co do poczytalności”), które swój obecny kształt zawdzięczają stanowisku wyrażonemu przez Sąd Najwyższy, odnoszącemu się do sytuacji stanowiących podstawę bezwzględnego uchylecia orzeczenia. Jak podkreśla Sąd Najwyższy, „w judykacie tym wskazano bowiem, że stan «zachodzenia wątpliwości co do poczytalności» oskarżonego może występować na płaszczyźnie *tempore criminis* i *tempore procedendi*, a w tej ostatniej płaszczyźnie, w układzie nie tylko samego stanu zdrowia psychicznego, ale także możliwości prowadzenia przez oskarżonego samodzielnej, rozsądnej obrony z uwagi na stan zdrowia psychicznego”⁹.

Dopuszczenie przez sąd dowodu z opinii biegłych lekarzy psychiatrów jest konieczne w każdej sytuacji, gdy zachowanie oskarżonego odbiega od norm przyjętych dla postrzegania, komunikowania i wyrażania faktów i stanowi przyczynek przyjęcia, że istnieją „uzasadnione wątpliwości, co do jego poczytalno-

wania, jest zwolniony z obowiązku mówienia prawdy i ma konstytucyjnie zagwarantowane prawo do obrony, a ponadto przepisy kodeksu postępowania karnego zapewniają mu swobodę wyboru sposobu jej wykonywania, to brak jest podstaw ku temu, żeby zabronić mu obronę kłamstwem (oczywiście nie należy tego utożsamiać z prawem do kłamstwa)” – zob. wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z 6.12.2012 r. (II AKa 351/12), LEX nr 1258303.

⁸ „Obrona obligatoryjna, o której mowa w art. 79 § 1 pkt 3 i 4 k.p.k., powstaje z chwilą, gdy organ procesowy powziął wątpliwości co do tego, czy sprawca mógł w czasie czynu rozpoznać jego znaczenie lub pokierować swoim postępowaniem (art. 79 § 1 pkt 3 k.p.k. w zw. z art. 31 § 1 k.k.), albo czy jego zdolność rozpoznania znaczenia czynu lub kierowania postępowaniem była w znacznym stopniu ograniczona (art. 79 § 1 pkt 3 k.p.k. w zw. z art. 31 § 2 k.k.), a także wówczas, gdy wprowadzie brak wątpliwości wskazanych wyżej, ale istnieją one, w ocenie organu procesowego, co do tego, czy stan zdrowia psychicznego oskarżonego pozwala na udział w postępowaniu lub prowadzenie obrony w sposób samodzielny oraz rozsądny” – zob. wyrok SN z 8.01.2019 r. (III KK 662/18), LEX nr 2603301.

⁹ Por. wyrok SN z 16.01.2018 r. (V KK 450/17), OSNKW 2018/4, poz. 33.

ści”¹⁰. Istnienie przesłanki obrony obligatoryjnej ulega wyłączeniu w sytuacji uznania przez sąd za uzasadnioną opinii biegłych lekarzy psychiatrów, że czyn oskarżonego nie został popełniony w warunkach wyłączenia lub znacznego ograniczenia zdolności rozpoznania znaczenia czynu lub kierowania swoim postępowaniem i że stan zdrowia psychicznego pozwala na udział w postępowaniu i prowadzenie obrony w sposób samodzielny i rozsądny¹¹.

Uwzględniając akcentowaną w prawie Unii Europejskiej zasadę finansowania pomocy prawnej z urzędu, należy podkreślić, że prawo do obrony z urzędu stanowi wyraz nie tylko zapewnienia gwarancji proceduralnych, ale przede wszystkim odzwierciedla wartości w ramach kanonów praw człowieka, sytuując sąd jako organ wypełniający wolę ustawodawcy w zakresie gwaranta realizacji prawa jednostki, jako elementu niezbędnego dla wymiaru sprawiedliwości w szerokim tego słowa znaczeniu.

Dla ustanowienia obrony z urzędu¹², która może dotyczyć całego postępowania lub jedynie określonej czynności procesowej, konieczne jest spełnienie się przesłanki, a więc wykazania przez oskarżonego w sposób należyty, że nie jest on w stanie ponieść kosztów obrony bez uszczerbku dla niezbędnego utrzymania siebie i rodziny¹³.

¹⁰ „Samo wydanie przez biegłych opinii, w stanie prawnym obowiązującym od dnia 1.07.2015 r. nie decyduje już o ustaniu obrony obligatoryjnej. Obrona obligatoryjna w wypadkach wskazanych w art. 79 § 1 pkt 3 i 4 k.p.k. ustaje dopiero z chwilą wydania przez sąd postanowienia, że udział obrońcy w rozprawie nie jest obowiązkowy – art. 79 § 4 k.p.k., a podstawą do wydania takiego postanowienia winna być opinia psychiatryczna” – zob. wyrok Sądu Okręgowego w Częstochowie z 11.06.2019 r. (VII Ka 318/19), LEX nr 2684290.

¹¹ „Jeżeli chodzi o przesłankę obrony obligatoryjnej wymienioną w pkt 5, to należy zaznaczyć, że obowiązek posiadania obrońcy oskarżonego powstaje dopiero z chwilą wydania przez sąd postanowienia stwierdzającego jej spełnienie. Obligatoryjność obrony jest w tym przypadku kreowana w oparciu o konstytucyjne postanowienie sądu uznające, że oskarżony musi mieć obrońcę ze względu na okoliczności utrudniające obronę. Decyzja sądu w tej kwestii nie może być dowolna, lecz musi opierać się na obiektywnych kryteriach. Punktem odniesienia dla tej oceny może być zarówno aktywność procesowa oskarżonego, sposób i treść pytań zadawanych osobom przesłuchiwanym, składane przez niego oświadczenia, jak również stanowisko oskarżonego co do tego, czy prowadzenie obrony materialnej bez pomocy obrońcy spowoduje dla niego znaczące trudności” – zob. J. Zagrodnik, *Obrońca i pełnomocnik w procesie karnym i karnym skarbowym*, Warszawa 2020, s. 114.

¹² „W postępowaniu sądowym wystąpienie z wnioskiem (żądaniem) o wyznaczenie obrońcy z urzędu podlega rygorom o charakterze temporalnym, określonym w art. 338b k.p.k. Przepis ten został wprowadzony w drodze nowelizacji z 19.07.2019 r., a zawarte w nim unormowania są poddyktowane dążeniem do usprawnienia procesu karnego i służą wyeliminowaniu sytuacji, w których rozpoznanie wskazanego wniosku wymagałoby zmiany terminu rozprawy lub posiadzenia wyrokowego. Treść przepisu art. 338b § 1 zdanie pierwsze k.p.k. upoważnia do konstatacji, że podstawowy termin do wystąpienia przez oskarżonego w postępowaniu sądowym z żądaniem wyznaczenia mu obrońcy z urzędu na podstawie art. 78 § 1 k.p.k., wynosi siedem dni i biegnie od daty doręczenia mu odpisu aktu urodzenia” – zob. J. Zagrodnik, *Obrońca i pełnomocnik...*, s. 134.

¹³ „Obowiązki organów procesowych – w tym zakresie – precyzuje również § 284 ust. 1 regulaminu urzędowania sądów powszechnych, w myśl którego, jeśli oskarżony nie wykaże w sposób należyty, że nie jest w stanie ponieść kosztów obrony, przewodniczący wydziału wyznaczy mu

Rolą sądu, stosownie do art. 16 § 2 k.p.k. i z uwzględnieniem § 1 tego artykułu, jest pouczenie oskarżonego wraz ze wskazaniem, jak prawidłowo dopełnić tej czynności.

Często spotykanym naruszeniem przepisów postępowania jest pomijanie przez sądy tego obowiązku bądź orzekanie o niespełnieniu przesłanki należytego wykazania w oparciu o stan faktyczny, ustalony we wcześniejszych postępowaniach, a więc z pominięciem aktualnie istniejącej sytuacji majątkowej i rodzinnej¹⁴. Obowiązek sądu w tym zakresie wynika przede wszystkim z akcentowanej często dyrektywy lojalności organów procesowych¹⁵.

Uwzględniając regulacje na gruncie prawa Unii Europejskiej, stwierdzić należy, że prawo krajowe polskie w odniesieniu do przepisów będących przedmiotem artykułu nadal nie spełnia wymogów dostosowania przepisów obowiązującego prawa do wymogów i standardów określonych przez Parlament Europejski, którego zaleceń są zobowiązane przestrzegać państwa członkowskie.

Artykuł 378a k.p.k., w którym dopuszcza się możliwość przeprowadzenia postępowania dowodowego podczas nieobecności oskarżonego bądź obrońcy zawiadomionego o terminie rozprawy, w sytuacji gdy niestawiennictwo zostało należycie usprawiedliwione, stanowi rażące naruszenie standardów dotyczących prawa do obrony¹⁶.

odpowiedni termin do uzupełnienia wniosku. Również w orzecznictwie Sądu Najwyższego, jak też i piśmiennictwie, od lat, konsekwentnie akcentuje się konieczność pouczenia oskarżonego o obowiązku i sposobach należytego wykazania, że nie jest w stanie ponieść kosztów obrony, bez uszczerbku dla niezbędnego utrzymania siebie i rodziny, wynikłym z treści art. 16 § 2 k.p.k., jako niezbędnego warunku prawidłowego rozstrzygnięcia o złożonym przez oskarżonego wniosku o wyznaczenie mu, na podstawie art. 78 § 1 k.p.k., obrońcy z urzędu” – zob. wyrok SN z 10.01.2014 r. (III KK 251/13), LEX nr 1418808.

¹⁴ Sąd Najwyższy wskazał, że „jeżeli we wniosku oskarżony nie wykazał w sposób należyty, że nie jest w stanie ponieść kosztów obrony bez uszczerbku dla niezbędnego utrzymania siebie i rodziny, Sąd powinien wezwać go do uzupełnienia wniosku i do udokumentowania okoliczności potwierdzających ubóstwo. Taki sposób procedowania wynika wprost z § 13 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z 27.05.2015 r. w sprawie sposobu zapewnienia oskarżonemu korzystania z pomocy obrońcy z urzędu. W sytuacji, gdy takich kroków nie podjęto, trudno mówić o prawidłowym zweryfikowaniu zasadności wniosku. Wobec tego oskarżony został pozbawiony możliwości korzystania z pomocy obrońcy z urzędu, co spowodowało obrazę art. 6 k.p.k. w zw. z art. 78 § 1 k.p.k. Pozbawienie oskarżonego uzasadnionego prawa do korzystania z pomocy obrońcy, z zasady ma wpływ na treść wyroku, co jest stanowiskiem konsekwentnie prezentowanym w judykaturze” – zob. postanowienie SN z 19.03.2019 r. (IV KS 5/19), LEX nr 2637526.

¹⁵ „Z dyrektywy lojalności organów procesowych należy wywieść powinność pouczenia podejrzanego oraz innej strony postępowania (pokrzywdzonego, podmiotu pociągniętego do odpowiedzialności posiłkowej) o obowiązku i sposobach wykazania okoliczności uzasadniającej ustanowienie obrońcy lub pełnomocnika z urzędu (art. 16 § 2 k.p.k.). Brak pouczenia lub mylne pouczenie we wskazanym zakresie stanowi rażące uchybienie art. 16 § 2 k.p.k.” – zob. J. Zagrodnik, *Obrońca i pełnomocnik...*, s. 131.

¹⁶ Rzecznik Praw Obywatelskich zwrócił się do Prezydenta RP o zaskarżenie do Trybunału Konstytucyjnego tej regulacji oraz regulacji umożliwiającej sądowi odwoławczemu skazanie oskarżonego, wobec którego sąd pierwszej instancji warunkowo umorzył postępowanie oraz wy-

Regulacja ta, jak stwierdził RPO, który wnioskuje do Prezydenta RP o zaskarżenie jej do Trybunału Konstytucyjnego, stanowi zaprzeczenie istoty usprawiedliwienia nieobecności uczestnika postępowania oraz roli lekarza sądowego, nie zapewnia także należycie prawa do obrony przysługującego oskarżonemu. Wskazano również na fakt, że przeprowadzenie dowodu pod nieobecność oskarżonego, któremu towarzyszy brak obrońcy, stanowi w sposób oczywisty naruszenie istoty prawa do obrony wypływającego z art. 42 ust. 2 Konstytucji RP i art. 6 EKPC¹⁷, naruszenie dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/343 z 9.03.2016 r. w sprawie wzmocnienia niektórych aspektów domniemania niewinności i prawa do obecności na rozprawie w postępowaniu karnym¹⁸, stoi w sprzeczności z zasadą prawa do sądu ujętego w art. 45 ust. 1 Konstytucji RP.

W obwieszczeniu Marszałka Rzeczypospolitej Polskiej z 1.03.2021 r. statuuje się w art. 378a § 3 k.p.k., że jeżeli sąd przeprowadził postępowanie dowodowe podczas nieobecności oskarżonego lub obrońcy, w wypadku, o którym mowa w § 1, oskarżony lub obrońca może najpóźniej na kolejnym terminie rozprawy, o którym był należycie zawiadomiony przy jednoczesnym braku procesowych przeszkód do jego stawiennictwa, złożyć wniosek o uzupełniające przeprowadzenie dowodu przeprowadzonego podczas jego nieobecności. Prawo do złożenia takiego wniosku nie będzie przysługiwało w sytuacji, gdy nieobecność oskarżonego lub obrońcy na terminie rozprawy, na którym przeprowadzono postępowanie dowodowe, była nieusprawiedliwiona. Z kolei w § 4 przyjęto, że niezłożenie wniosku w terminie (na kolejnym terminie rozprawy) skutkuje wygaśnięciem prawa do jego złożenia i w dalszym postępowaniu nie jest dopuszczalne podnoszenie zarzutu naruszenia gwarancji procesowych, w szczególności prawa do obrony, wskutek przeprowadzenia dowodu podczas nieobecności oskarżonego lub obrońcy. Przepis § 5 art. 378a stanowi, że we wniosku o uzupełniające przeprowadzenie dowodu oskarżony lub obrońca ma obowiązek wykazać, że sposób przeprowadzenia dowodu podczas jego nieobecności naruszał gwarancje procesowe, w szczególności prawo do obrony. W § 6 wymienionego przepisu przyjęto, że w razie uwzględnienia wniosku o uzupełniające przeprowadzenie dowodu sąd przeprowadza dowód uzupełniająco, jedynie

mierzenie kary dożywotniego pozbawienia wolności, która nie została orzeczona w pierwszej instancji, a także regulacji przyznającej prokuratorowi prawo wstrzymania wykonania decyzji sądu o uchyleniu aresztu wobec podejrzanego po wpłacie kaucji wyznaczonej przez sąd – zob. szerzej pismo RPO z 7.09.2019 r.

¹⁷ Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności sporządzona w Rzymie 4.11.1950 r., zmieniona następnie Protokołami nr 3, 5 i 8 oraz uzupełniona Protokołem nr 2 (Dz.U. z 1993 r. nr 61 poz. 284), https://www.echr.coe.int/documents/convention_pol.pdf (dostęp: 4.08.2021 r.).

¹⁸ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/343 z 9.03.2016 r. w sprawie wzmocnienia niektórych aspektów domniemania niewinności i prawa do obecności na rozprawie w postępowaniu karnym (Dz.Urz. UE L 65, s. 1), <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016L0343&from=GA> (dostęp: 4.08.2021 r.).

w zakresie, w którym wykazano naruszenie gwarancji procesowych, w szczególności prawa do obrony¹⁹.

Stwierdzić należy, że regulacje te stanowią wyraz eliminacji wyraźnego dysonansu między standardami dotyczącymi zasadniczych praw oskarżonych statuowanych w prawie unijnym oraz zakresem gwarancji procesowych strony w przepisach polskiego Kodeksu postępowania karnego. Jednak nawet obecnie przyjęte rozwiązania prowadzą do wniosku, że w dalszym ciągu płaszczyzna praw oskarżonych pozostaje drugim planem całego postępowania sądowego w stosunku do nieograniczonej roli sądu w aspekcie oceny wiarygodności i zasadności twierdzeń strony, nałożonych na oskarżonych obowiązków dowodzenia, iż naruszono ich prawa procesowe, choć nieobecność oskarżonego na rozprawie podczas przeprowadzania dowodu prowadzi do oceny procedury jako naruszającej naczelną zasadę postępowania. Ustawodawca zastosował zwrot, iż „oskarżony lub obrońca ma obowiązek wykazać, że sposób przeprowadzenia dowodu podczas jego nieobecności naruszał gwarancje procesowe”. Oskarżony jest stroną obciążoną podwójnym ryzykiem, ryzykiem utraty możliwości uczestniczenia w czynnościach dowodowych oraz ryzykiem utraty istniejącej, co prawda, możliwości uzupełniającego przeprowadzenia dowodu, gdy jego argumentacja nie uzyska aprobaty urzędu sędziego. Do momentu, gdy będzie obowiązywał przepis o możliwości przeprowadzania dowodu podczas nieobecności oskarżonego, niezależnie od zakresu związanych z nim „uprawnień” oskarżonych, jak złożenie wniosku o uzupełniające przeprowadzenie dowodu, faktem jest pozbawienie oskarżonych możliwości uczestniczenia w zasadniczym dla postępowania etapie dowodzenia, które nabędzie charakteru trwałego w razie odrzucenia przez sąd wniosku o ponowne dokonanie czynności dowodowej. W ten sposób, niezależnie czy będzie to efekt niezłożenia wniosku, czy pierwotna nieobecność oskarżonego podczas czynności dowodowych była spowodowana okolicznościami faktycznymi uniemożliwiającymi stawiennictwo, czy też w końcu zabraknie po stronie oskarżonego lub obrońcy wystarczającej siły przekonania sądu o naruszeniu gwarancji procesowych, wówczas oskarżony i jego obrońca poniosą wszelkie negatywne skutki przyjętych rozwiązań prawnych, które przekładają się na status strony.

Możliwość przesłuchiwania świadków i przeprowadzenia postępowania dowodowego pod nieobecność oskarżonego stanowi zaprzeczenie zasady równości stron w procesie, sytuje organ sądowiczy arbitrem postępowania, które przebiegając zgodnie z literalnym zapisem ustawy, w sposób niepodważalny narusza prawo do obrony. Z pewnością jest to regulacja sprzeczna z intencją ustawodawcy na poziomie konstytucyjnym.

W żadnym przypadku prawo do obrony nie może być pojmowane w sposób zawężający prawa oskarżonych, wymiar sprawiedliwości, działając *ex*

¹⁹ Obwieszczenie Marszałka Rzeczypospolitej Polskiej z 1.03.2021 r. (Dz.U. z 2021 r. poz. 534), <http://isap.sejm.gov.pl>.

lege, dopuszczając przeprowadzenie postępowania dowodowego bez udziału oskarżonego bądź obrońcy, sankcjonuje w istocie rażąco koliję normy prawnej z doktryną prawa międzynarodowego. Wprowadzenie wskazanej wyżej regulacji, w oparciu o argumentację odnoszącą się do usprawnienia przebiegu i szybkości postępowania, daje asumpt do stwierdzenia, że jest to pozorne uzasadnienie stanowiska ustawodawcy, pozbawione waloru merytoryczności, bez uwzględnienia wagi i znaczenia prawa do obrony w procesie.

Praktyka w oparciu o art. 378a k.p.k., w obecnym brzmieniu tego przepisu, pozostaje w sprzeczności z zasadą kontrydiktoryjności. Oskarżony pozostaje stroną, która mimo woli i celowości realizacji przysługującego mu prawa do obrony, przede wszystkim więc do udziału w postępowaniu dowodowym, zostaje uczestnikiem postępowania, w którym niestawienie (należycie usprawiedliwione) powoduje daleko idące zmiany w układzie procesowym, eliminując przesłanki niezbędne przede wszystkim dla rzetelnego procesu. Niewątpliwie sam fakt prowadzenia postępowania dowodowego bez udziału oskarżonego lub jego obrońcy musi oddziaływać na sferę działań podejmowanych w ramach linii obrony, przy jednoczesnej świadomości uwzględnienia zaistniałych w sferze proceduralnej skutków czynności przeprowadzonych bez ich udziału. Analiza orzecznictwa sądowego w tym zakresie skłania do podkreślenia ważnego aspektu dotyczącego przeprowadzania postępowania dowodowego bez udziału strony czy jej obrońcy.

Artykuł 378a k.p.k. sytuuje sąd arbitrem w sprawie kwalifikacji przypadku, gdy dopuszcza się przeprowadzenie postępowania dowodowego, w którym nie bierze udziału strona lub jej obrońca. Ze względu na wagę każdej pojedynczej czynności dowodowej do ustalenia prawnego statusu oskarżonego absolutnie niewystarczające jest użycie przez ustawodawcę ogólnikowego zwrotu, że prawo sądu dotyczy „szczególnie uzasadnionych przypadków”. W ten sposób bowiem ustawodawca nie tylko sankcjonuje naruszenie prawa do obrony przez akceptowalność przeprowadzenia postępowania dowodowego bez udziału oskarżonego, co więcej – „niezależność i niezawisłość” sędziowska zostaje poddana trudnej próbie, tym razem odnoszącej się do sfery wykraczającej poza procedurę, a więc decyzyjności z udziałem przeświadczenia o tym, czy konkretny stan faktyczny wyczerpuje przesłankę „szczególnie uzasadnionego przypadku”.

Orzecznictwo sądów polskich dotyczące prawa do obrony pozwala przyjąć, że istnieje dalece posunięta rozbieżność w zakresie *in genere* właściwej interpretacji przepisów prawa unijnego. Wskazane w dalszej części artykułu akty prawa unijnego nie pozostawiają wątpliwości co do intencji prawodawcy unijnego w odniesieniu do zasadniczych kwestii związanych z realizacją prawa do obrony, a więc także prawem do adwokata czy jego zakresem.

Wyrazem dostosowywania prawa do standardów międzynarodowych i powszechnie obowiązujących kanonów jest wprowadzenie kilku regulacji doty-

czących *in genere* prawa do obrony. Niezwykle doniosłe jest zawarte w Kodeksie postępowania karnego prawo przysługujące zatrzymanemu, zgodnie z którym na jego żądanie należy niezwłocznie umożliwić mu nawiązanie w dostępnej formie kontaktu z adwokatem lub radcą prawnym, a także bezpośrednio z nimi rozmowę (art. 245 § 1 k.p.k.), przy czym zatrzymujący może zastrzec, że będzie przy niej obecny. Taki zapis w istocie z jednej strony czyniąc zadość prawu oskarżonego do jego kontaktu z obrońcą od momentu zatrzymania, z drugiej strony stanowi niedozwoloną ingerencję w sferę poufności między klientem i obrońcą.

W art. 300 k.p.k. natomiast znalazł się obowiązek pouczenia podejrzanego o jego uprawnieniach: do składania wyjaśnień, do odmowy składania wyjaśnień lub odmowy odpowiedzi na pytania, do informacji o treści zarzutów i ich zmianach, do składania wniosków o dokonanie czynności śledztwa lub dochodzenia, do korzystania z pomocy obrońcy, w tym do wystąpienia o obrońcę z urzędu określonego w art. 78 k.p.k. i treści art. 338b k.p.k. oraz do końcowego zaznajomienia z materiałami postępowania przygotowawczego. Pomimo to analizując orzecznictwo sądów polskich, można zauważyć tendencję do „zawężania” wykładni prawa do obrony. Kwestiami najczęściej podlegającymi „rewizji” w postępowaniu sądowym pozostają m.in. kwestie związane z prawem do obrony, w aspekcie m.in. dopuszczalności dowodu w sprawie, w której oskarżony składał wyjaśnienia w postępowaniu przygotowawczym pod nieobecność obrońcy²⁰, naruszenia prawa do obrony w stosunku do osób szczególnej troski, osób nieletnich, osób pozbawionych wolności. Niedopuszczalne, lecz praktykowane jest orzekanie przez sądy m.in. o zasądzeniu kary pozbawienia wolności wobec osób pozbawionych możliwości kontaktu z obrońcą, zgodnie ze standardami unijnymi, w sprawach, gdzie mimo istnienia przesłanek uzasadniających udział obrońcy w ramach

²⁰ „We wskazanych judykatach stwierdzono m.in., że gwarancje rzetelnego procedowania, o których mowa w art. 6 EKPC, mają także odpowiednie zastosowanie do postępowania przygotowawczego. Oznacza to, że prawo podejrzanego do posiadania obrońcy podczas pierwszego przesłuchania w postępowaniu przygotowawczym powinno być regułą, o ile wyjaśnienia złożone przez niego na tym etapie postępowania są następnie wykorzystane, jako dowód w sprawie. Sąd Najwyższy stwierdza jednak, że z treści orzeczeń zapadłych przed Europejskim Trybunałem Praw Człowieka nie da się wyprowadzić wniosku, że w zamyśle tego organu było wprowadzenie generalnego wymogu zapewnienia obecności obrońcy podczas pierwszego przesłuchania każdego podejrzanego pod rygorem niedopuszczalności wykorzystania na rozprawie złożonych przez niego wyjaśnień. Z przywołanych wyroków wynika, że Trybunałowi chodzi o konieczną obecność obrońcy w sytuacjach obiektywnie istniejącej podatności podejrzanego na pokrzywdzenie. Odmiennie rozumienie stanowiska Trybunału, a więc dopatrywanie się zawsze naruszeń Europejskiej Konwencji Praw Człowieka w razie pierwszego przesłuchania podejrzanego bez udziału obrońcy, stanowiłoby – jak trafnie odnotowuje się w literaturze prawniczej – *novum* dla co najmniej kilku systemów procedury karnej kontynentalnej Europy uchodzących za nowoczesne i respektujące w szerokim zakresie prawa podejrzanych, np. belgijskiej czy niemieckiej” – zob. wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 6.04.2017 r. (II AKa 15/17), LEX nr 2343419.

obrony obligatoryjnej oskarżony aż do momentu wyrokowania nie posiadał obrońcy²¹, czy w sytuacji, gdy sąd odmawia wyznaczenia obrońcy²².

Naruszenie prawa do obrony na wstępnym etapie postępowania przekreśla realizację prawa do rzetelnego procesu. Należy podkreślić, że błędy proceduralne nader często są sankcjonowane na poziomie sądów rejonowych. Analiza orzeczeń skłania do przyjęcia stanowiska, że są to wyroki sądów kreujące sytuację prawną oskarżonych z rażącym naruszeniem prawa²³. Niezależnie od przyczyn takiego stanu rzeczy faktem jest, że to praktyka utrwalona, stanowiąca wyraz naruszania fundamentalnych praw człowieka i osoby będącej stroną postępowania karnego. Niepodważalnie treści wyroków sądowych w tym zakresie powinny stanowić asumpt do wprowadzenia procedur, które w sposób skuteczny udzielałyby gwarancji przestrzegania zasadniczych praw, korzystających z ochrony przewidzianej przez ustawodawcę krajowego i prawo międzynarodowe.

Prawo do obrony obejmuje swoim zakresem czynności, z których każda wydaje się mieć niezwykle ważne znaczenie dla mającego nastąpić postępowania na każdym z jego etapów oraz służy przede wszystkim uzyskaniu wyroku będącego wyrazem zachowania wszelkich kanonów właściwych dla postępowania karnego. Faktyczna realizacja prawa do obrony nie może być umniejszona przez jakiegokolwiek braki, zarówno w aspekcie stosowanej procedury, dochowania norm etycznych czy wreszcie „czynnika ludzkiego”, a więc właściwego interpretowania przepisów prawnych. Zasadniczymi elementami obrony pozostaje rozmowa oskarżonego lub podejrzanego z obrońcą, gromadzenie dowodów i ich dopuszczalność, przygotowanie linii obrony²⁴. Prawo do obrony powinno

²¹ „Najistotniejsze w świetle zarzutu kasacyjnego jest to, że mając wszystkie wskazane powyżej informacje, oraz wniosek biegłej z innej sprawy, z którego wynika, iż z uwagi na ograniczenie zdolności rozpoznania znaczenia popełnionego czynu (upośledzenie umysłowe) oraz możliwości rozumienia i podejmowania czynności procesowych, oskarżony w aktualnym stanie zdrowia winien podczas procesu korzystać z pomocy obrońcy, nie podjęto jakichkolwiek kroków, aby dla oskarżonego pomoc prawną ustanowić z urzędu” – zob. wyrok SN z 27.05.2020 r. (V KK 545/18), LEX nr 3029165.

²² Sąd Najwyższy wyraził stanowisko, że „w orzecznictwie Sądu Najwyższego przyjmuje się, że pozbawienie oskarżonego uzasadnionego prawa do pomocy obrońcy, także przez odmowę wyznaczenia go na podstawie art. 78 § 1 k.p.k., z zasady może mieć wpływ na treść wyroku. Dotyczy to zwłaszcza spraw, w których fakty istotne dla rozstrzygnięcia co do winy są ustalane w wyniku oceny sprzecznych ze sobą dowodów” – zob. wyrok SN z 27.06.2018 r. (III KK 448/17).

²³ „Niekwestionowanym obowiązkiem sądu rozpoznającego oskarżenie o popełnienie zarzucanego oskarżonemu przestępstwa jest zapewnienie mu możliwości realnej obrony przed stawianymi zarzutami. Prawo to gwarantuje oskarżonemu nie tylko art. 6 k.p.k., ale przede wszystkim gwarancja zapisana w art. 42 Konstytucji. Sąd jest więc nie tylko organem rozpoznającym oskarżenie i przeprowadzającym postępowanie w tym zakresie, ale równocześnie gwarantem zapewnienia oskarżonemu możliwości korzystania z przyznanego mu i przysługujących uprawnień procesowych” – zob. wyrok SN z 2.12.2019 r. (II KK 93/19), OSNKW 2020/1, poz. 5.

²⁴ „Trybunał przypomina, że prawo każdego oskarżonego do efektywnej obrony przez adwokata, w razie potrzeby ustanawianego z urzędu, figuruje pomiędzy fundamentalnymi elementami składowymi rzetelnego procesu” – zob. Orzecznictwo Europejskiego Trybunału Praw Człowie-

przebiegać bez ograniczeń zewnętrznych, a obrońca powinien mieć możliwość korzystania z wszelkich środków prawnie dozwolonych, bez ograniczenia swobody w działaniu.

Granice prawa do obrony zakreśla prawo i etyka zawodowa. „Każde nielegalne zachowanie obrońcy jest zarazem nieetyczne, ale nie każde jego zachowanie nieetyczne jest zarazem nielegalne. Granice etyczności, ale nie legalności, określa przede wszystkim stosunek obrońcy do obiektywnej oceny materiału dowodowego, z racji jego powołania zawodowego nie może być obiektywna. Może być taka, oparta na prawdziwości, co najwyżej w jego stosunkach z oskarżonym, ale nie w stosunkach z innymi uczestnikami procesu, zwłaszcza karnego”²⁵. Realizacja prawa do obrony powinna spełniać wymogi stawiane przez normy prawne procedury²⁶. Nigdy jednakże nadrzędny cel obrony, jakim jest zapewnienie klientowi możliwie najkorzystniejszego statusu, a więc w istocie uzyskanie jak najkorzystniejszego wyroku, nie może być realizowany przez świadome działanie obrońcy, którego następstwem byłoby naruszenie naczelných zasad postępowania, narażenie klienta na szkodę w szerokim tego słowa rozumieniu²⁷. Ostatnia z wymienionych sytuacji dotyczy w szczególności faktu niestawienia obrońcy na rozprawie, udziału w czynnościach w przypadku obrony obowiązkowej, obrony kilku oskarżonych w sprawie, gdy zachodzi sprzeczność interesów procesowych²⁸. Warto wskazać jeszcze jedną kwestię, mianowicie ist-

ka, orzeczenie w sprawie *Adamkiewicz przeciwko Polska*, skarga nr 54729/00, wyrok z 2.03.2010 r., <https://etpcz.ms.gov.pl>.

²⁵ Szerzej zob. R. Tokarczyk, *Etyka prawnicza*, Warszawa 2009, s. 163.

²⁶ „Za naganne uznać zwłaszcza trzeba świadome włączenie przez obrońcę oskarżonego w treści swojej procesowej argumentacji nieprawdziwych twierdzeń o faktach i ich przedstawianie jako zgodnych z rzeczywistością. Postępowanie takie sytuuje obrońcę w roli przeciwnika sądu i wymiaru sprawiedliwości. Realizacja powinności obrończych przez adwokata w żadnym wypadku nie usprawiedliwia wykraczania poza granice prawa i zasad etyki adwokackiej” – zob. wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z 6.10.2005 r. (II AKa 195/05), OSA 2006/1, poz. 2.

²⁷ „Prawo do skorzystania z pomocy ustanowionego obrońcy przysługuje oskarżonemu na każdym etapie postępowania karnego i nie doznaje żadnych ograniczeń. W szczególności takiego ograniczenia nie można upatrywać w fakcie zbyt późnego ustanowienia obrońcy, tym bardziej zaś w sposobie wywiązywania się przez obrońcę z przyjętych na siebie obowiązków, wynikających z przyjęcia pełnomocnictwa do obrony. W orzecznictwie Sądu Najwyższego wielokrotnie wyrażano pogląd, że oskarżony nie może ponosić negatywnych konsekwencji postępowania swojego obrońcy, niezależnie od tego, czy postępowanie to wynikało z niezawinionych przez obrońcę okoliczności, czy też ze świadomego naruszenia obowiązków” – zob. wyrok SN z 2.02.2007 r. (IV KK 413/06), <https://sip.lex.pl>.

²⁸ „Ukształtowane od dawna i na trwałe orzecznictwo sądowe oraz doktryna prawa karnego wskazują, że sprzeczność interesów między oskarżonymi zachodzi wtedy, gdy obrona jednego z nich nieuchronnie naraża dobro drugiego z oskarżonych. Innymi słowy chodzi o sytuację, gdy wyjaśnienia jednego z oskarżonych i ocena tych wyjaśnień dokonywana następnie przez sąd orzekający, godzi w interesy procesowe drugiego z oskarżonych. Taki stan unicestwia rolę obrońcy w procesie karnym, bo czyni – co oczywiste – jednoczesną obronę obu oskarżonych pozostających w konflikcie zadaniem obiektywnie niemożliwym do wykonania. Co więcej zaś, gdy obrona jest obowiązkowa, obowiązkowa – jak w sprawie niniejszej – układ proceduralny,

nienie w stosunku obrończym granic dopuszczalności wykonywania prawa do obrony w sytuacji, gdy stan faktyczny uwidacznia poważne wątpliwości co do działania obrońcy z pełnym poszanowaniem zasad etyki zawodowej i procedury. Może to wiązać się z naruszeniem zasady zaufania między oskarżonym i obrońcą i wywoływać skutki prawne pozostające w oczywistej sprzeczności z wymogiem podejmowania czynności jedynie w interesie oskarżonego. W literaturze wskazuje się różne stanowiska co do oceny czynności podejmowanych przez obrońcę w aspekcie wypełnienia przez nie waloru utożsamianego z pojęciem „czynności na korzyść oskarżonego”. Pierwsze stanowisko prezentuje pogląd, że kwestia działań obrońcy sprowadza się do oceny, czy dana czynność jest dla oskarżonego niekorzystna, i kładzie nacisk na stronę przedmiotową, drugie stanowisko dla oceny podejmowanej czynności nakazuje skupić się na pojęciu i znaczeniu „intencji” obrońcy dokonującego czynności.

Z uwagi na fakt, że działanie jest ściśle związane z przymiotem wolicjonalności, przez co należy rozumieć, iż „wola” jest następstwem procesu rozumowania, przewidywania, szacowania podejmowanego ryzyka, czego finalnym „efektem” jest działanie na korzyść oskarżonego, autorka opowiada się zdecydowanie za poglądem uzależniającym ocenę działań (podlegających ocenie czy są korzystne, a także czy są dopuszczalne, czy bezskuteczne) podejmowanych przez obrońcę w aspekcie istnienia intencji obrońcy służącej realizacji prawa do obrony. Bez względu na powyższe należy przyjąć, że w każdym przypadku, gdy zachodzi wątpliwość co do wypełniania przez obrońcę zasad zawodowego postępowania, procedury czy zasad etyki, stosunek obrończy powinien zostać zakończony. Niezależnie od tego, po której stronie czy obrońcy, czy też oskarżonego, powstaje świadomość zaistnienia sytuacji, gdzie niemożliwe jest działanie w pełnym rygorze przestrzegania procedury czy pewności działania tylko na korzyść oskarżonego, prawo do obrony doznaje uszczerbku na tyle poważnego, że zawsze powinno skutkować zmianą obrońcy²⁹.

Uwzględniając obowiązujące normy minimalne, zakres regulacji oraz zalece-

w którym jeden obrońca broni dwu oskarżonych, których interesy procesowe są sprzeczne, wywołuje stan równoznaczny z brakiem obrońcy obligatoryjnego dla obu oskarżonych. Ten kierunek interpretacji prawa do obrony w orzecznictwie sądów polskich jest zbieżny z orzecznictwem Europejskiego Trybunału Praw Człowieka na gruncie art. 6 Konwencji kształtującego prawo do rzetelnego procesu sądowego” – zob. wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 26.01.2016 r. (II AKa 292/15), portal orzeczeń Sądu Apelacyjnego w Warszawie.

²⁹ „Kryterium oceny dopuszczalności kontynuowania obrony przez dotychczasowego obrońcę, jest to, czy nie pociągnie to za sobą uszczerbku dla prawa do obrony oskarżonego. Niezbędne jest w związku z tym wnikliwe rozważenie, czy dalsze reprezentowanie oskarżonego przez dotychczasowego obrońcę nie będzie niosło za sobą zagrożenia lub wprost naruszenia interesów procesowych oskarżonego, które podlegają zabezpieczeniu w ramach przysługującego mu prawa do obrony. Podstawą negatywnej oceny w tej kwestii może być ustalenie zasadniczej różnicy zdań co do linii obrony między oskarżonym i obrońcą lub stwierdzenie zaniedbań, w tym nierzetelności w zakresie wykonywania obowiązku obrony przez dotychczasowego obrońcę” – por. P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek (w:) *Kodeks postępowania karnego. Komentarz do artykułów 297–467*, red. P. Hofmański, Warszawa 2011, t. 2, s. 497.

nia rozszerzenia zakresu praw oskarżonych dla zapewnienia wyższego stopnia ochrony, wskazanie na zasadę pomocniczości określoną w art. 5 Traktatu o Unii Europejskiej³⁰ dla ustanowienia norm minimalnych, gdyby cel wspólnych norm nie mógł być osiągnięty na poziomie krajów członkowskich, stwierdzić należy, że regulacja prawa do obrony w prawie polskim wymaga implementacji rozwiązań prawnych, jak również rewizji obecnie obowiązujących. Kodeks karny³¹ nie tylko nie zawiera regulacji o charakterze celowościowym i komplementarnym, nie zawiera fundamentalnych gwarancji przysługujących oskarżonym, które funkcjonują w szeroko pojętym prawie międzynarodowym i prawie Unii Europejskiej. W związku z nowelizacjami przepisów postępowania karnego następuje wzmocnienie gwarancji praw osób oskarżonych przez wdrożenie dyrektyw prawa unijnego. Niemniej procedura karna wymaga rewizji, zwłaszcza w celu eliminacji przepisów godzących przede wszystkim w zasadę poufności między obrońcą i oskarżonym czy dochowanie tajemnicy korespondencji. W odniesieniu co najmniej do tych dwóch kwestii przepisy obowiązujące naruszają w sposób rażący kanony tajemnicy zawodowej, skutkując koniecznością odwołania się do innej instancji sądowej.

Jeśli chodzi o kwestię wzajemnych kontaktów obrońcy z oskarżonym, dyrektywa gwarantuje poufność kontaktów zarówno w czasie spotkań, prowadzenia korespondencji, jak i rozmów telefonicznych. Z uwagi na fakt, że w art. 73 § 2 k.p.k. stanowi się o możliwości zastrzeżenia nadzoru prokuratora lub osoby przez niego upoważnionej co do porozumiewania się z obrońcą, w § 3 natomiast dopuszcza się możliwość zastrzeżenia kontroli korespondencji podejrzanego z obrońcą, oznacza to rażącą sprzeczność z regulacjami obowiązującymi na gruncie prawa międzynarodowego, a w konsekwencji naruszenie przepisów prawa unijnego.

Wyrazem implementacji regulacji unijnych jest zawarcie w art. 72 § 1 k.p.k. prawa przysługującego oskarżonemu do korzystania z bezpłatnej pomocy tłumacza, jeżeli nie włada w wystarczającym stopniu językiem polskim.

Kwestią niezwykle istotną jest ustanowienie zakazu dopuszczalności dowodowej z wyjaśnień oskarżonych uzyskanych bez obecności adwokata. Analiza orzecznictwa sądowego w tym zakresie pozwala stwierdzić, że znaczna część postępowań karnych obciążona jest wystąpieniem stanu faktycznego, gdy nie jest realizowany obowiązek udziału obrońcy w przesłuchaniu czy czynnościach dowodowych, co istotne w sprawach dotyczących pozbawienia życia człowieka zagrożonych karą wieloletniego pozbawienia wolności lub dożywocia. Sytuacje te z pewnością stanowią wyraz istnienia karygodnych schematów postępowania, niemieszczących się w porządku prawnym o walorze uwzględniającym konstytucyjność zasady prawa do obrony czy minimum norm dotyczących m.in. prawa do obrony obowiązujących w przepisach prawa unijnego.

³⁰ Traktat o Unii Europejskiej podpisany w Maastricht 7.02.1992 r. (wesja skonsolidowana) (Dz.Urz. UE z 2012 r. C326, s. 13), dalej TUE.

³¹ Ustawa z 6.06.1997 r. – Kodeks karny (Dz.U. z 2021 r. poz. 1023 ze zm.), dalej k.k.

GRANICE DZIAŁANIA OBROŃCY JAKO EUROPRAWNIKA

Obrońca jest nie tylko kluczowym podmiotem w procesie w aspekcie funkcji gwaranta przestrzegania fundamentalnych praw oskarżonych. W istocie obok procedury, zasad etyki obowiązujących w ramach zawodowych zasad postępowania prawników przebieg, a zwłaszcza zakończenie procesu, które przybiera formę zapadającego orzeczenia, kreowane jest także zasadniczo przez świadomą, wewnętrzną etykę obrońcy. Naprzeciw sądu, w roli bezstronnego i niezależnego arbitra oraz prokuratury, w jej głównej, a więc oskarżycielskiej roli, pozostaje obrońca, którego stanowisko uzewnętrzniać ma zarówno poszanowanie norm prawnych i etycznych, przede wszystkim jednak ma dawać wyraz indywidualnym kanonom lojalności wobec prawa i własnego sumienia. Pojęcie „wygranej”, jako celu wolicjonalnej postawy obrońcy, ma rację bytu tylko i wyłącznie wtedy, gdy postawę obrońcy cechują wartości utożsamiane przede wszystkim z pojęciem sprawiedliwości, poszanowania granic legalności działania, uczynienia prawdy obiektywnej punktem wyjścia dla linii obrony.

Realizacja prawa do obrony, niezależnie od tego, czy jest to obrońca z wyboru, czy też z urzędu, wymaga współistnienia procedury i etyki. Obrońca jest przede wszystkim pełnomocnikiem, obok roli procesowej jest także powiernikiem klienta, doradcą, bywa autorytetem, co jest bardzo pożądane. Od jego postawy, nie tylko zaangażowania w sprawę, bo to obowiązek, ale od ponadprzeciętnej umiejętności dowodzenia, argumentacji, przekonywania, zależy to, jak korzystny wyrok zapewni swojemu klientowi. Status obrońcy, wyjątkowy wśród zawodów prawniczych, przysługuje mu po części właśnie z tego powodu, że od jego działania i osiągnięcia celów w ramach koncepcji obrony zależy przyszły byt człowieka w wymiarze wolności lub jej ograniczenia.

Wspólnie wypracowana koncepcja obrony wskazuje na istnienie zaufania do obrońcy, jego utrata wyklucza możliwość prawidłowego wykonywania zadań obrońcy. Zgoda oskarżonego na czynności podejmowane przez obrońcę ma znaczenie zasadnicze. Taktyka obrony pozwala obrońcy zarówno na poszukiwanie rozwiązań nieszablonowych, jak również „korzystanie” z luk proceduralnych, niemniej zawsze muszą być to działania mieszczące się w granicach prawa.

Warto wskazać na zasady obowiązujące prawników, a więc także obrońców w ramach Karty podstawowych zasad wykonywania zawodu prawnika w Europie oraz Kodeksu postępowania prawników europejskich. Odwołanie się do regulacji w nich zawartych jest celowe, bowiem pewne ustanowione zasady i „zalecenia” postępowania dają asumpt do rozważań nad granicami zachowań dopuszczalnych tak wobec klienta, jak i innych uczestników postępowania.

Materia ta odnosi się do wielu kwestii, z uwagi na przedmiot artykułu należy wskazać te, które wiążą się bezpośrednio z prawem do obrony. Europrawnicy,

a więc także adwokaci i radcowie prawni polscy, jako obrońcy zgodnie z zasadami wymienionej Karty, są zobowiązani do działania w najlepszym interesie klienta, uznając nadrzędność tych interesów ponad swoje własne oraz ponad interes innych przedstawicieli zawodu prawniczego. Tak określony model działania obrońcy pozwala stwierdzić, że sformułowanie to przychodzi na myśl po pierwsze, iż obrońca jest zawodem usługowym wysokiego ryzyka, po drugie – nadaje ekspresji określeniu „zawód zaufania publicznego”.

Trudna jest interpretacja istnienia i utrzymania „nadrzędności interesu klienta”, może być to na przykład zachowanie polegające na rezygnacji z pewnych działań, które choć mogą być orężem przeciwko stronie przeciwnej, to jednak są zbyt ryzykowne i mogłyby obrócić się przeciwko klientowi. Dla każdego obrońcy „nadrzędność interesu klienta” będzie wiązała się z dokonywaniem bądź rezygnacją z różnych czynności, zawsze jednak dla zachowań tych wspólnym mianownikiem pozostaje czynienie wszystkiego, co pomoże osiągnąć cel, jakim jest uzyskanie możliwie najkorzystniejszego wyroku dla klienta.

Istotną kwestią, która skłania do refleksji, jest regulacja o zobowiązaniu prawnika do obrony swojego klienta w sposób honorowy i nieustraszony, bez względu na swój własny interes lub jakiejkolwiek konsekwencje dla niego samego lub jakiejkolwiek innej osoby.

Zobowiązanie, które w istocie sugeruje podejmowanie działań bez względu na obawę, pozostawia szeroki margines tolerancji dla zachowań ryzykownych. O ile działania te mogą być oceniane i realizowane w oparciu o przesłankę świadomego wyboru i merytoryki, o tyle już zobowiązanie obrońcy do podejmowania działania bez względu na własny interes lub konsekwencje sytuuje obrońcę, w nowej perspektywie.

Tak określony sposób postępowania daje asumpt do rewizji granic działania obrońców, stanowić też może uzasadnienie dla kształtowania się nowego wizerunku obrońcy. Obok niezależności i swobody kojarzonej z takimi cechami jak wolność słowa, wyniosła postawa związana ze świadomością piastowania wysoce prestiżowego zawodu, uzewnętrznia postawę utożsamianą z wartościami takimi jak poświęcenie, empatia, obrona za wszelką cenę, łącznie z kalkulacją straty własnej.

Wskazane powyżej regulacje wiążą się ściśle z etyczną stroną działalności zawodowej. Użycie zwrotów „nadrzędność interesów klienta” czy „obrona w sposób nieustraszony, bez względu na swój interes lub konsekwencje” oznacza odejście od sztywno określonej funkcji adwokata, która przede wszystkim wskazuje na jego odrębność i pierwszoplanowość na płaszczyźnie obrońca–klient. Poza tym tak ogólnie zakreślone cechy działania obrońcy dają uzasadnienie do rozszerzenia katalogu działań akceptowalnych, choć unikatowych czy precedensowych, odchodzenia od schematyczności, aż po podejmowanie zachowań w obronie interesów, wskutek czego obrońca staje się osobą, która może ponieść szkodę w szerokim tego słowa znaczeniu.

PRAWO DO OBRONY W PRAWIE UNII EUROPEJSKIEJ

Prawo do obrony znalazło wyraz w aktach prawnych rangi międzynarodowej. Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności (art. 6) stanowi, że każdy oskarżony o popełnienie czynu zagrożonego karą ma co najmniej prawo do posiadania odpowiedniego czasu i możliwości do przygotowania obrony oraz bronięcia się osobiście lub przez ustanowionego przez siebie obrońcę, a jeśli nie ma wystarczających środków na pokrycie kosztów obrony, do bezpłatnego korzystania z pomocy obrońcy wyznaczonego z urzędu, gdy wymaga tego dobro wymiaru sprawiedliwości.

Poszanowanie prawa do obrony statuuje również Karta praw podstawowych UE³², art. 48 KPP gwarantuje zaś poszanowanie prawa do obrony każdemu oskarżonemu. Kwestie dotyczące prawa do obrony zostały uregulowane w dyrektywie Parlamentu Europejskiego i Rady 2013/48/UE w sprawie prawa dostępu do adwokata w postępowaniach karnych oraz w postępowaniach związanych z europejskim nakazem aresztowania, a także prawa do poinformowania osób trzecich o pozbawieniu wolności i komunikacji z osobami trzecimi oraz z organami konsularnymi podczas pozbawienia wolności³³. Dyrektywa ustanawia prawo dostępu do adwokata bez zbędnej zwłoki, stanowiąc, że prawo to przysługuje podejrzany lub oskarżony od najwcześniejszego terminu³⁴, a więc przed ich przesłuchaniem przez policję lub inny organ ścigania lub organ sądowy. Na mocy postanowień dyrektywy 2013/48/UE państwa członkowskie zostały zobowiązane do zapewnienia podejrzany lub oskarżony prawa do spotykania się na osobności z reprezentującym ich adwokatem także przed przesłuchaniem przez policję lub inny organ ścigania lub organ sądowy. Stanowi się o prawie udziału adwokata podczas przesłuchania oraz wskazuje się na prawo do obecności adwokata podczas czynności dochodzeniowych lub dowodowych, co obejmuje czynności okazania, konfrontacji, eksperymentów procesowych polegających na odtworzeniu przestępstwa.

Dyrektywa nakłada na państwa członkowskie obowiązek zapewnienia

³² Karta praw podstawowych Unii Europejskiej (Dz.Urz. UE z 2016 r. C 202, s. 1), dalej KPP.

³³ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2013/48/UE z 22.10.2013 r. (Dz.Urz. UE L 294/1).

³⁴ Kwestia prawa do obrony, w aspekcie jego urzeczywistnienia w praktyce, a więc momentu czasowego, od którego jest realizowane, stanowi często akcentowaną kwestię, co znajduje wyraz w pracach Parlamentu Europejskiego. Podkreśla się, że prawo oskarżonego lub podejrzanego do adwokata powinno być realizowane już od momentu zatrzymania, nie tylko z uwagi na fakt, iż wiąże się to z prawem do rzetelnego procesu. Ograniczenie prawa do adwokata od momentu zatrzymania, w sensie braku gwarancji zawartych w prawie krajowym, oznacza w istocie naruszenie praw człowieka statutowanych w aktach prawa międzynarodowego. We Wniosku – dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie wzmocnienia określonych aspektów domniemania niewinności i prawa do obecności na rozprawie w postępowaniu karnym wskazano, że „Europejski Trybunał Praw Człowieka wyjaśnił zakres art. 6 EKPC. Trybunał wielokrotnie orzekał, iż artykuł ten ma także zastosowanie na etapie przygotowawczym postępowania karnego oraz, że podejrzany lub oskarżony przysługują prawa na mocy art. 6 EKPC na początkowych etapach przesłuchania przez policję” – zob. szerzej <https://eur-lex.europa.eu>.

oskarżonym lub podejrzanym pozbawionym wolności realizacji prawa powiadomienia o fakcie pozbawienia wolności co najmniej jednej osoby. Szczególne znaczenie z punktu widzenia formalizmu procesowego ma zapis art. 8 dyrektywy 2013/48/UE dotyczący stosowania czasowych odstępstw od ustanowionych powyżej zasad, przyjęto, że są one dopuszczalne jedynie w drodze należyście uzasadnionej decyzji wydanej przez organ sądowy bądź inny organ tylko wtedy, gdy decyzja ta będzie podlegała kontroli sądowej.

Dyrektywa statuuje prawo do zrzeczenia się prawa do adwokata, co odnosi się także do sytuacji zatrzymania na mocy nakazu aresztowania, a może to nastąpić przy zachowaniu wymogów procedury, więc poinformowania osoby o prawie zrzeczenia się prawa do adwokata, a realizacja tego prawa musi być dokonana w sposób dobrowolny i jednoznaczny³⁵.

Dyrektywa 2013/48/UE odnosi się także do przypadków, gdy prawo do adwokata jest realizowane w ramach europejskiego nakazu aresztowania³⁶. Podkreśla się, że ma ono być realizowane od momentu zatrzymania na mocy nakazu, przy czym obowiązują w tym przypadku wskazane powyżej zasady objęte *in genere* prawem do adwokata, odnoszące się do podejrzanych lub oskarżonych³⁷.

Orzecznictwo Europejskiego Trybunału Praw Człowieka nie pozostawia żąd-

³⁵ Mając na uwadze przepisy prawa dotyczące prawa oskarżonych lub podejrzanych, należy wskazać, że poza dyrektywą 2013/48 UE zasadniczymi aktami prawa pozostają uchwalone wcześniej: dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2010/64/UE z 20.10.2010 r. w sprawie prawa do tłumaczenia ustnego i tłumaczenia pisemnego w postępowaniu karnym oraz dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2013/48/UE z 22.10.2013 r. w sprawie prawa do informacji w postępowaniu karnym.

³⁶ „Przekazanie sprawy prokuratorowi należy traktować jako moment wszczęcia postępowania w przedmiocie przekazania, czego konsekwencją jest m.in. to, że osoba ścigana uzyskuje status strony (*quasi-oskarżonego*), której przysługuje prawo do obrony zarówno w znaczeniu materialnym, jak i formalnym. Jej status zbliżony jest do statusu oskarżonego, aczkolwiek sąd nie orzeka tu w kwestii jej odpowiedzialności karnej” – zob. *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, red. D. Świecki, Warszawa 2015, t. 2, s. 874. Regulacje zawarte w Kodeksie postępowania karnego dotyczące europejskiego nakazu aresztowania zostały wprowadzone na podstawie ustawy z 18.03.2004 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny, ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz ustawy – Kodeks wykroczeń, co nastąpiło poprzez wdrożenie do polskiego porządku prawnego decyzji ramowej Rady 2002/584/WSiSW z 13.06.2002 r. w sprawie europejskiego nakazu aresztowania i procedury wydawania osób pomiędzy Państwami Członkowskimi (Dz.Urz. WE L 190 s. 1). Ustawa weszła w życie 1.05.2004 r.

³⁷ W odniesieniu do odstępstwa od prawa do adwokata, uwzględniając regulacje dyrektywy 2013/48/UE, art. 3 ust. 2 – Prawo dostępu do adwokata, Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej w sprawie TSUE C-659/18 orzekł, że „dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2013/48/UE z 22.10.2013 r., w sprawie prawa dostępu do adwokata w postępowaniu karnym i w postępowaniu dotyczącym europejskiego nakazu aresztowania oraz w sprawie prawa do poinformowania osoby trzeciej o pozbawieniu wolności oraz komunikowania się z osobami trzecimi i organami konsularnymi w czasie pozbawienia wolności, w szczególności jego art. 3 ust. 2, czytany w świetle art. 47 Karty Praw Podstawowych UE, należy interpretować w ten sposób, że stoi na przeszkodzie ustawodawstwu krajowemu, zgodnie z wykładnią zawartą w orzecznictwie krajowym, zgodnie z którym wykonywanie prawa dostępu do adwokata może na etapie postępowania przygotowawczego: zostać opóźnione, ponieważ podejrzany lub oskarżony nie stawiał

nych wątpliwości co do znaczenia i rangi prawa do adwokata jako elementu niezbędnego do realizacji prawa do rzetelnego procesu. Orzeczenie przez sąd o winie oskarżonego w sprawie, w której był on pozbawiony prawa do adwokata, niezależnie od faktu, czy jego wyjaśnienia stanowiły jedyny dowód w sprawie bądź czy tylko stanowiły „część składową” materiału dowodowego, oznacza rażące naruszenie procedur prawnych obowiązujących na gruncie przepisów prawa międzynarodowego.

Już 5.05.2019 r. upłynął termin implementacji³⁸ do prawa krajowego regulacji zawartych w dyrektywie Parlamentu Europejskiego i Rady UE 2016/1919 w sprawie pomocy prawnej z urzędu dla podejrzanych i oskarżonych w postępowaniu karnym oraz dla osób, których dotyczy wnioski w postępowaniu dotyczącym europejskiego nakazu aresztowania³⁹. Z uwagi na brak implementacji całości regulacji dyrektywy ma ona zastosowanie bezpośrednio. Dyrektywa statuuje kilka niezmiernie ważnych rozwiązań dotyczących statusu oskarżonych. Celem dyrektywy jest zapewnienie skuteczności prawa dostępu do adwokata zgodnie z dyrektywą Parlamentu Europejskiego i Rady 2013/48/UE przez umożliwienie zarówno podejrzany, oskarżony oraz osobom, do których ma zastosowanie europejski nakaz aresztowania, korzystania z pomocy adwokata finansowanej przez państwo członkowskie. Dyrektywa podkreśla ustanowienie wspólnych norm minimalnych dotyczących prawa do pomocy prawnej z urzędu. Co ważne, z uwagi na w dalszym ciągu normy minimalne niezwykle istotną jest regulacja, że państwa członkowskie powinny mieć możliwość przyznania pomocy prawnej z urzędu w sytuacjach nieobjętych niniejszą dyrektywą, na przykład gdy prowadzone są czynności dochodzeniowo-śledcze lub dowodowe inne niż

się po wezwaniu do stawienia się przed sędzią śledczym do czasu wykonania krajowego nakazu aresztowania wydanej przeciwko danej osobie”.

³⁸ „Obiektywnie należy stwierdzić, że Polska jak dotychczas nie poczyniła żadnych kroków, które gwarantowałyby, że dyrektywa wyżej wymieniona będzie po 25.05.2019 r. realnie obowiązywać. Tymczasem podstawowym prawem, jakie wprowadza dyrektywa, jest możliwość dostępu do obrońcy z urzędu w postępowaniu karnym dla wszystkich osób pozbawionych wolności (zatrzymanych i tymczasowo aresztowanych), a także dla osób podejrzanych jeszcze przed pierwszym przesłuchaniem w charakterze podejrzanego. W praktyce oznacza to, że nie można przesłuchać osoby podejranej i postawić jej zarzutów, jeżeli złoży ona wniosek o ustanowienie dla niej obrońcy z urzędu do czasu rozpoznania tego wniosku. W przypadku osób, co do których zachodzi podstawa do wystosowania w stosunku do nich wniosku o zastosowanie tymczasowego aresztowania, wniosek o ustanowienie obrońcy z urzędu również będzie musiał być rozpoznany przed postawieniem zarzutów. W związku z tym czynności rozpoznania wniosku o ustanowienie obrońcy, postawienia zarzutów i rozpatrzenia wniosku o zastosowanie tymczasowego aresztowania będą musiały zostać przeprowadzone w bardzo krótkim czasie 72 godzin (zgodnie z treścią art. 41 ust. 3 Konstytucji RP)” – zob. interpelacja nr 32684 do ministra sprawiedliwości w sprawie braku transpozycji dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady UE z 26.10.2016 r. w sprawie pomocy prawnej z urzędu dla podejrzanych i oskarżonych w postępowaniu karnym, <https://www.sejm.gov.pl>.

³⁹ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady UE 2016/1919 w sprawie pomocy prawnej z urzędu dla podejrzanych i oskarżonych w postępowaniu karnym oraz dla osób, których dotyczy wnioski w postępowaniu dotyczącym europejskiego nakazu aresztowania (Dz.Urz. UE L 297, s. 1).

czynności, o których stanowi dyrektywa. Dyrektywa podkreśla także, że pomoc prawna z urzędu powinna być przyznana bez zbędnej zwłoki i najpóźniej przed przesłuchaniem danej osoby przez policję, inny organ ścigania lub sądowy lub przed przeprowadzeniem konkretnych czynności dochodzeniowo-śledczych lub dowodowych. W razie gdy udzielenie takiej pomocy prawnej nie byłoby możliwe, dyrektywa wskazuje na konieczność co najmniej udzielenia doraźnej lub tymczasowej pomocy prawnej z urzędu przed takim przesłuchaniem lub przed przeprowadzeniem wymienionych czynności.

W odniesieniu do podejrzanych lub oskarżonych w ramach europejskiego nakazu aresztowania wskazuje się na konieczność istnienia „ciągłości obrony”⁴⁰.

Mając na uwadze przepisy prawa dotyczące praw oskarżonych lub podejrzanych, należy wskazać, że poza dyrektywą 2013/48/UE aktami o ważkim znaczeniu pozostają dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2010/64/UE z 20.10.2010 r. w sprawie prawa do tłumaczenia ustnego i tłumaczenia pisemnego w postępowaniu karnym⁴¹ oraz dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2012/13/UE z 22.05.2012 r. w sprawie prawa do informacji w sprawach karnych⁴².

W praktyce wiele istotnych kwestii związanych bezpośrednio z prawami osób podejrzanych lub oskarżonych wymaga dokonania wykładni prawa unijnego. Warto wskazać sytuację prawną osób, których dotyczy procedura europejskiego nakazu aresztowania, stosowanie dyrektywy 2012/13 w praktyce niejednokrotnie czyni zasadne dokonywanie wykładni przepisów dyrektywy. Uwzględniając fakt, gdy zachodzi przypadek kwestionowania zasadności orzekania w trybie prejudycjalnym przez Trybunał Sprawiedliwości, a kwestie mające być przedmiotem jego rozpatrzenia dotyczą praw osób objętych procedurą europejskiego nakazu aresztowania, należy wziąć pod uwagę fakt, że pytaniom dotyczącym prawa Unii przysługuje domniemanie posiadania znaczenia dla sprawy. Sądy krajowe, przed którymi toczy się postępowanie, posiadają prawo

⁴⁰ Zob. szerzej dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady UE 2016/1919 (Dz.Urz. UE L 297, s. 1). „Bez uszczerbku dla przepisów prawa krajowego dotyczących obowiązkowej obecności adwokata właściwe organy powinny bez zbędnej zwłoki podjąć decyzję o przyznaniu lub odmowie przyznania pomocy prawnej z urzędu. Właściwym organem powinien być niezależny organ właściwy do podejmowania decyzji dotyczących przyznania pomocy prawnej z urzędu lub sąd, w tym również w składzie jednoosobowym. W pilnych przypadkach powinno być jednak możliwe tymczasowe zaangażowanie policji i organów ścigania w zakresie, w jakim jest to konieczne dla przyznania pomocy prawnej z urzędu w odpowiednim czasie. W przypadku, gdy przyznano pomoc prawną z urzędu podejrzanemu, oskarżonemu lub osobie, której dotyczy wniosek, skuteczność i jakość tej pomocy zapewnia się między innymi przez ułatwienie ciągłości ich obrony. W związku z tym państwa członkowskie powinny ułatwiać ciągłość obrony w toku całego postępowania karnego, a także – w stosownych przypadkach – w postępowaniu dotyczącym europejskiego nakazu aresztowania”.

⁴¹ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2010/64/UE z 20.10.2010 r. w sprawie prawa do tłumaczenia ustnego i tłumaczenia pisemnego w postępowaniu karnym (Dz.Urz. UE L 280, s. 1).

⁴² Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2012/13/UE z 22.05.2012 r. w sprawie prawa do informacji w sprawach karnych (Dz.Urz. UE L 142, s. 1).

skierowania do Trybunału Sprawiedliwości pytań w każdym przypadku, gdy dla wydania orzeczenia sądowego niezbędne według ich oceny jest uzyskanie stanowiska tego organu. Uwzględniając powyższe, należy zwrócić uwagę na niezwykle istotną kwestię odnoszącą się do ustalenia zakresu praw przysługujących oskarżonym i podejrzanym na podstawie dyrektywy 2012/13 w aspekcie możliwości objęcia ich mocą obowiązującą także osób, co do których stosuje się europejski nakaz aresztowania. Jak podkreśla Trybunał Sprawiedliwości, wykładnia przepisów musi być dokonywana z uwzględnieniem nie tylko ich brzmienia, ale także kontekstu przepisu oraz samego celu regulacji, której stanowi część. Dyrektywa 2012/13 nakłada na państwa członkowskie obowiązek przekazania osobom podejrzanym lub oskarżonym, które zostały zatrzymane lub aresztowane, pisemnego pouczenia o prawach, przy czym pouczenie to odnosi się do wszystkich dostępnych na podstawie prawa krajowego możliwości zakwestionowania zgodności z prawem aresztowania, oceny zasadności decyzji o aresztowaniu bądź złożenia wniosku o zwolnienie tymczasowe. Artykuł 6 wymienionej dyrektywy odnosi się do osób podejrzanych lub oskarżonych, które są aresztowane lub zatrzymane, statuuje obowiązek poinformowania przez państwa członkowskie o przyczynie zatrzymania lub aresztowania i wskazania czynu zabronionego, o którego popełnienie są podejrzane lub oskarżone. Artykuł 7 natomiast ustanawia obowiązek państw członkowskich zapewnienia osobom zatrzymanym lub ich obrońcom dostępu do dokumentów niezbędnych do skutecznego kwestionowania legalności zatrzymania bądź aresztowania. Na podstawie brzmienia wymienionych przepisów nie jest możliwe wskazanie, czy osoby, co do których dokonano aresztowania dla wykonania europejskiego nakazu aresztowania, mieszczą się w „kategorii” osób podejrzanych lub oskarżonych będących aresztowanymi lub zatrzymanymi w rozumieniu dyrektywy 2012/13, zasadne było dokonanie wykładni tych przepisów z wzięciem za podstawę ich kontekstu. Trybunał Sprawiedliwości orzekł, że art. 5 dyrektywy 2012/13 dotyczy, wyraźnie, praw osób aresztowanych w celu wykonania europejskiego nakazu aresztowania, osoby te niezwłocznie powinny otrzymać pouczenie o przysługujących im prawach. Artykuł 5 dyrektywy 2012/13 powinien być rozpatrywany stosownie do motywu 39 dyrektywy, w którym ustanowiono, że prawo do pisemnej informacji o prawach przysługujących w razie zatrzymania ma zastosowanie w stosunku do osób zatrzymanych w celu wykonania europejskiego nakazu aresztowania. Tu pojawia się kwestia dyskusyjna, dotycząca tzw. orientacyjnego wzoru zawartego w załączniku II do dyrektywy 2012/13. Istotna, z uwagi na stosowaną procedurę i wykładnię przepisu, jest różnica tego wzoru ujętego w załączniku II do dyrektywy oraz wzoru ujętego w załączniku I dyrektywy dotyczącego pouczenia o prawach przysługujących osobom podejrzanym i oskarżonym, które są aresztowane lub zatrzymane. Wzory orientacyjne, podlegając zmianom przez poszczególne kraje członkowskie, zawierają tylko jedną identyczną rubrykę dotyczącą pomocy adwokata. Pozostałe rubryki wzorów, w odniesieniu do załącznika I do dyrektywy, związane są z prawa-

mi osób podejrzanych lub oskarżonych, odnoszą się do osoby aresztowanej na podstawie europejskiego nakazu aresztowania, jeśli chodzi o załącznik II do wymienionej dyrektywy. Z uwagi na powyższe podkreślenia wymaga fakt, że osoba, której dotyczy europejski nakaz aresztowania wydany w postępowaniu karnym i która została przekazana organom wydającego nakaz państwa członkowskiego, posiada status osoby oskarżonej w rozumieniu dyrektywy 2012/13, a więc korzysta z pełni praw jej przysługujących. Mając na względzie art. 4 ust. 3, art. 6 ust. 2 i art. 7 ust. 1 dyrektywy 2012/13, należy interpretować, że wskazane w nich prawa nie mają zastosowania do osób aresztowanych w celu wykonania europejskiego nakazu aresztowania⁴³.

Prawo do obrony pozostaje zasadniczym prawem oskarżonych lub podejrzanych o popełnienie przestępstw lub innych czynów zagrożonych odpowiedzialnością, chronionym w aktach prawa międzynarodowego. Karta praw podstawowych UE statuuje je w art. 47, stanowiąc, że „każdego oskarżonego uważa się za niewinnego, dopóki jego wina nie zostanie stwierdzona zgodnie z prawem. Każdemu oskarżonemu gwarantuje się poszanowanie prawa do obrony”. Prawo do obrony znalazło wyraz także w Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności (art. 2 i 3) w brzmieniu: „Każdego oskarżonego o popełnienie czynu zagrożonego karą uważa się za niewinnego do czasu udowodnienia mu winy zgodnie z ustawą (art. 2). W art. 3 Konwencji natomiast wskazano prawa oskarżonego o popełnienie czynu, a więc oskarżonemu przysługuje co najmniej prawo do posiadania odpowiedniego czasu i możliwości przygotowania obrony, prawo bronięcia się osobiście lub przez ustanowionego przez siebie obrońcę, a jeśli nie ma wystarczających środków na pokrycie kosztów obrony, do bezpłatnego korzystania z pomocy obrońcy wyznaczonego z urzędu, gdy wymaga tego dobro wymiaru sprawiedliwości⁴⁴.

Ze względu na prawo do obrony w zakresie uczestnictwa oskarżonego do rozprawy przepisy prawa unijnego stanowią precyzyjnie, kiedy prawo to nie doznaje naruszenia w przypadku nieobecności oskarżonego. Dla spraw toczących się przed Europejskim Trybunałem Praw Człowieka w zakresie zaskar-

⁴³ Zob. szerzej wyrok TSUE z 28.01.2021 r. C-649/19, Prawo do informacji w postępowaniu karnym w przypadku aresztowania na podstawie ENA, <https://sip.lex.pl/orzeczenia-i-pisma-urzedowe/orzeczenia-sadow/c-649-19-prawo-do-informacji-w-postepowaniu-karnym-w-523206642> (dostęp: 5.08.2021 r.).

⁴⁴ Ponadto Trybunał ponownie stwierdził, że „prawo oskarżonego do bezpłatnego obrońcy z urzędu, określone w art 6 § 3 (c) Konwencji, jest jednym z nieodłącznych elementów pojęcia rzetelnego procesu. Postanowienie to wiąże z tym prawem dwa warunki. Pierwszy to brak «wystarczających środków na pokrycie kosztów obrony», a drugi to to, aby korzystania z bezpłatnej pomocy obrońcy wyznaczonego z urzędu wymagało «dobro wymiaru sprawiedliwości». Realizując ten obowiązek, państwo musi ponadto wykazać się należyłą starannością, aby zapewnić, iż osoby te autentycznie i skutecznie skorzystają z praw zagwarantowanych w art. 6” – szerzej zob. wyrok ETPCz z 11.06.2013 r., w sprawie *Kowalski przeciwko Polsce*, skarga nr 43316/08, <https://etpcz.ms.gov.pl> (dostęp: 5.08.2021 r.).

zania wyroków sądów krajowych w aspekcie naruszenia prawa do obrony zasadnicze rozwiązania znalazły się również w dyrektywie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/343 w sprawie wzmocnienia niektórych aspektów domniemania niewinności i prawa do obecności na rozprawie w postępowaniu karnym⁴⁵. Jak wskazał Trybunał, regulacje zawarte w art. 8 ust. 1 i 2 dyrektywy⁴⁶ nie niweczą regulacji krajowych w przedmiocie dochowania procedur prawnych w przypadku przeprowadzenia rozprawy pod nieobecność oskarżonych. Stosownie do tego w przypadku, gdy oskarżony został powiadomiony we właściwym czasie o rozprawie, jak i konsekwencjach niestawiennictwa na tej rozprawie, i był reprezentowany przez wybranego przez siebie umocowanego obrońcę, prawo oskarżonego do obecności na rozprawie nie doznaje naruszenia⁴⁷.

WNIOSKI

Standardy dotyczące prawa do adwokata i prawa do obrony, określone w prawie Unii Europejskiej, wykładnia i orzecznictwo w tym zakresie, ustanowienie norm minimalnych, stanowią wyraz respektowania praw człowieka w najszerszym tego słowa znaczeniu. Ustawodawca unijny, określając kanony działań dopuszczalnych i zabronionych, odnoszących się do sfery statusu prawnego oskarżonych i osób zatrzymanych w zakresie przynależnych im praw, tak z punktu widzenia strony procesu, jak i praw związanych z godnością ludzką, pełni rolę gwaranta instytucjonalnego, jak również arbitra, instancji odwoławczej, w odniesieniu do sądownictwa w tym zakresie.

Uwzględniając fakt ustawicznego doskonalenia procedur prawnych na gruncie prawa międzynarodowego, implementację regulacji zapewniających rozwój prawodawstwa dotyczącego praw człowieka *in genere*, stwierdzić należy,

⁴⁵ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/343 w sprawie wzmocnienia niektórych aspektów domniemania niewinności i prawa do obecności na rozprawie w postępowaniu karnym (Dz.Urz. z 2016 r. L 65, s. 1).

⁴⁶ Stosownie do art. 8 ust. 1 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2016/343 państwa członkowskie zapewniają podejrzany lub oskarżony prawo do obecności na rozprawie. W § 2 przyjęto, że państwa członkowskie mogą postanowić, iż rozprawa, której wynikiem może być orzeczenie w przedmiocie winy lub niewinności podejrzanego lub oskarżonego, może odbyć się pod jego nieobecność, po warunkiem że podejrzanego lub oskarżonego powiadomiono we właściwym czasie o rozprawie i o konsekwencjach niestawiennictwa lub podejrzany lub oskarżony, którego powiadomiono o rozprawie, jest reprezentowany przez umocowanego obrońcę, wybranego przez tego podejrzanego lub oskarżonego lub wyznaczonego z urzędu.

⁴⁷ Zob. wyrok Trybunału (szósta izba) z 13.02.2020 r., Odesłanie prejudycjalne – Współpraca wymiaru sprawiedliwości w sprawach karnych – dyrektywa (UE) 2016/343 – Domniemanie niewinności i prawo do obecności na rozprawie w postępowaniu karnym – art. 8 ust. 1 i 2 – Przesłanki wymagane przez uregulowanie krajowe do celów przeprowadzenia rozprawy pod nieobecność oskarżonego – Brak stawiennictwa oskarżonych na niektórych rozprawach z przyczyn od nich niezależnych lub zależnych – Prawo do rzetelnego procesu sądowego, dokument 62018 CJ0688, <https://eur-lex.europa.eu>.

że regulacje prawa do obrony i obowiązujące regulacje dotyczące praw osób oskarżonych zawarte w prawie polskim nadal nie spełniają wymogów prawa unijnego. Brak spójności przepisów prawa krajowego i unijnego powoduje niewywiązywanie się z zobowiązań międzynarodowych z jednej strony, z drugiej oznacza jawne sytuowanie oskarżonego i jego obrońcy w sferze egzystencji na płaszczyźnie prawa, w której brak zasadniczych mechanizmów ochrony jego praw.

Skoro bowiem sąd ma prawo decydowania na przykład o tym, czy zachodzi „szczególnie uzasadniony” wypadek uzasadniający przeprowadzenie postępowania dowodowego bez udziału oskarżonego lub jego obrońcy, a ocena sądu w tym zakresie uwzględniać powinna normy prawne, jak również rozważania natury etycznej i moralnej, co wiąże się z istnieniem ryzyka „pomyłki” sądu, nie należy utrzymywać przekonania o umiarkowanej szkodliwości tej praktyki z uwagi na instancyjność postępowań.

W stosowaniu prawa celem nadrzędnym powinno pozostawać zachowanie jak najszerszych granic poprawności proceduralnej. W tym miejscu, biorąc pod uwagę powyższe, należy stwierdzić, że przyznane ustawodawcy miano gwaranta przestrzegania prawa może być urzeczywistniane tylko przez stanowanie procedur, których realizacja uwzględnia w pełni fundamentalne prawa oskarżonych, a „wymiar sprawiedliwości” jest realizowany na każdym etapie postępowania w ramach sądownictwa krajowego.

Podkreślić należy, że stworzenie komplementarnych procedur prawnych, usunięcie klauzul generalnych, co prowadziłoby do jednolitego orzecznictwa, w znaczącym stopniu pozwoliłoby na stworzenie modelowego systemu ochrony praw oskarżonych.

Transpozycja przepisów prawa unijnego powinna nastąpić w możliwie najkrótszym terminie, a nowelizacje przepisów Kodeksu postępowania karnego powinny uwzględniać przede wszystkim regulacje unijne oraz usuwać rozwiązania cechujące się nadmierną abstrakcją normatywną czy pozostawiające jedynie „uznaniu” sędziego szereg kwestii, które mają decydujące znaczenie dla toku postępowania w zakresie m.in. utraty udziału strony lub obrońcy w postępowaniu dowodowym.

Analiza orzecznictwa sądowego pozwala stwierdzić, że orzeczenia wydawane w oparciu o istniejące regulacje prawne obciążone są rażącym naruszeniem prawa do obrony. Pomimo konstytucyjnej gwarancji zapewnienia prawa do obrony każdemu obywatelowi „wymiar sprawiedliwości” w wielu przypadkach nie spełnia przynależnej mu roli udzielania gwarancji korzystania z prawa do obrony, co wiąże się m.in. z prawem do udziału oskarżonych w czynnościach w ramach postępowania dowodowego czy sankcjonowania faktu braku udziału obrońcy na etapie dokonywania czynności składania wyjaśnień przed organami policji.

Realizacja prawa do obrony jest możliwa jedynie w oparciu o funkcjonowanie mechanizmów ochrony na poziomie instytucjonalnym. Harmonizacja pra-

wa krajowego z unijnym wymaga w trybie pilnym wypracowania rozwiązań i procedur na poziomie organów policji i prokuratury. Wymóg ustanowienia dostępu do obrońcy jeszcze przed pierwszym przesłuchaniem, 72-godzinny termin na rozpatrzenie wniosku o ustanowienie obrońcy, postawienie zarzutów i rozpoznanie wniosku w przedmiocie tymczasowego aresztowania przesądzają o potrzebie uwzględnienia faktu, że praktyka prawa do obrony wymaga spójności regulacji prawnych na poziomie krajowym i unijnym oraz rozwiązań *stricte* organizacyjnych, związanych z działaniami podejmowanymi przez organy policji i prokuratury w czasie dokonywania ustaleń faktycznych i gromadzenia materiału dowodowego, który na trwałe determinuje dalszy bieg postępowania.

Niezbędne jest wprowadzenie regulacji prawnych niepozostawiających wątpliwości interpretacyjnych. Rozbieżność w orzecznictwie sądów dotycząca zasadniczych kwestii związanych z prawem do obrony, rażąco naruszanie prawa do obrony już na wstępnym etapie postępowania karnego, deprecjonują naczelne zasady państwa demokratycznego. Prawo do obrony, zasadniczo związane w sposób immanentny z prawem do rzetelnego procesu, determinuje realizację zasad procedury *in genere*, jego naruszenie skutkuje naruszeniem zasady równości stron, prawa do procesu kontradyktoryjnego, przekreśla wreszcie możliwość realizacji zasady prawdy obiektywnej. Niezależnie od względów, które powodują, że brak jest regulacji, które pozwoliłyby na realizowanie prawa do obrony w postaci, w jakiej zostało określone przez ustawodawcę unijnego, nie można akceptować sytuacji, gdy alternatywą dla niedostosowania prawa krajowego jest stosowanie dyrektyw bezpośrednio, a „wymiar sprawiedliwości” sądów krajowych czyni zasadnym odwołanie się do unijnych organów w celu rewizji ich orzeczeń.

ABSTRACT

Monika Agnieszka Paulińska

The author is an attorney-in-law, member of the Poznan Bar Association of Attorneys-at-Law. Educational experience at the Department of Civil Law of the University in Szczecin and the Department of Constitutional Law of the BWSH University in Koszalin. She has completed postgraduate studies in real estate trade brokerage and holds a professional licence issued by the Ministry of Infrastructure; she translates documents from English.

Right of defence in criminal trial in the light of international legal regulations

The purpose of this paper is to indicate some selected issues concerning the right of defence in criminal trial in the context of European Union regulations. Being

a reflection of aspirations of the EU legislature, the regulations are designed to ensure that the right of defence, and human rights inextricably connected therewith, are observed. Model rules concerning the right of defence included in UE law do not provide for proper implementation of the right of defence at the level of Member States. Apart from the 'external' conditioning, like transposition of Union law into the criminal procedure, international judicial cooperation, interpretation of provisions, this requires mainly the adoption in Member States' law of consistent and complementary legal regulations. The paper addresses things such as the right to participate in evidentiary proceedings, mandatory defence, ex officio defence, or violations of the right of defence, and discusses them with references to case law. It shows examples of the most frequent procedural errors and their impact on the legal status of an accused person as well as examples of violations of the right of defence. It emphasizes the inconsistency in interpretation of provisions, which results in the inconsistency of case law of Polish courts. Although a fundamental condition for the right of defence to be exercised is strict observance of procedures and formalities, this paper claims that actions and behaviours of the defence counsels are equally important in terms of their ethical dimension that sets the limits for legality of action. Given the above, this paper also touches upon defence counsels in terms of both their actions being guided by the Charter of Core Principles of the European Legal Profession and Code of Conduct for European Lawyers, considering, first and foremost, the notion of "primacy of clients' interests".

Keywords: *right of defence, violation of the right of defence, defence counsel, European lawyer, directive, case law*

Monika Agnieszka Paulińska

e-mail: kancelaria.paulinska@wp.pl

Autorka jest radcą prawnym (OIRP w Poznaniu). Doświadczenie dydaktyczne zdobywała w Katedrze Prawa Cywilnego Uniwersytetu Szczecińskiego oraz w Katedrze Prawa Konstytucyjnego BWSH w Koszalinie. Ukończyła studia podyplomowe w zakresie pośrednictwa w obrocie nieruchomościami, posiada licencję zawodową wydaną przez Ministerstwo Infrastruktury, tłumaczy dokumenty z języka angielskiego.

BIBLIOGRAFIA ZAŁĄCZNIKOWA

Gerecka-Żołyńska Anna, Górecki Piotr, Paluszkiewicz Hanna, Wiliński Paweł, *Skargowy model procesu karnego*, Warszawa 2008

Kulesza Cezary, Starzyński Piotr, *Postępowanie karne*, Białystok 2020

Świecki Dariusz, *Kodeks postępowania karnego*, Warszawa 2007, t. 2

Świecki Dariusz, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Warszawa 2013

Tokarczyk Roman, *Etyka prawnicza*, Warszawa 2013

Wiliński Paweł, *Zasada prawa do obrony w polskim procesie karnym*, Kraków 2006

Zagrodnik Jarosław, *Obrońca i pełnomocnik w procesie karnym i skarbowym*, Warszawa 2020

Artykuły

Jakub Kisiel

DORĘCZENIA ELEKTRONICZNE W KODEKSIE POSTĘPOWANIA KARNEGO

Niniejszy artykuł przedstawia problematykę doręczeń elektronicznych przewidzianych w art. 132 § 3 Kodeksu postępowania karnego i znaczenia użytego w nim sformułowania „potwierdzenie transmisji danych”. Jest swoistego rodzaju polemiką ze stanowiskiem doktryny i orzecznictwa, mającą na celu poszukiwanie rozwiązania, które będzie funkcjonalnym odpowiednikiem doręczeń tradycyjnych. Autor omawia również możliwość doręczania akt w postaci elektronicznej oraz możliwość doręczeń w sposób niekonwencjonalny.

Doręczenia tradycyjne w Kodeksie postępowania karnego¹ zostały uregulowane w sposób niebudzący większych zastrzeżeń bądź stanowiły już one przedmiot rozmaitych opracowań naukowych. Należy natomiast zwrócić uwagę na minimalne uregulowanie kwestii doręczeń elektronicznych przewidzianych w art. 132 § 3 k.p.k. za pośrednictwem telefaksu i poczty elektronicznej. Nie wchodząc szczegółowo w zakres przedmiotowy stosowania tego przepisu, tzn. jakie pisma można doręczać w ten sposób, trzeba zauważyć, że w toczącej się debacie pomijane są kwestie techniczne. Jest to tym trudniejsze do zrozumienia, że komentowany przepis jest nierozzerwalnie związany z technologicznym aspektem przesyłania danych, w związku z czym należałoby poświęcić temu szczególną uwagę. Równocześnie należy zauważyć, że do tej pory nie został wypracowany konkretny standard, na podstawie którego stosowano by ten prze-

¹ Ustawa z 6.06.1997 r. – Kodeks postępowania karnego (Dz.U. z 2021 r. poz. 1023 ze zm.), dalej k.p.k.

pis, co sugeruje dowolność i brak kontroli nad czynnościami, których odpowiedzialności dosyć szczegółowo zostały uregulowane przy doręczeniach tradycyjnych. W związku z tym należałoby się zastanowić, czy tak skonstruowany przepis nie stwarza niebezpieczeństwa naruszenia praw uczestników postępowania karnego, co w przypadku pozytywnej odpowiedzi powinno prowadzić do wniosku, że należy wprowadzić pewne dodatkowe reguły jego stosowania.

Na wstępie należy zauważyć, że przepisy o doręczeniach są stosowane tylko jednostronnie – pomiędzy sądem a uczestnikami postępowania². Innymi słowy, rozdział 15 Kodeksu postępowania karnego ma zastosowanie tylko do korespondencji wysyłanej przez organy procesowe. W szczególności o niedopuszczalności wnoszenia pism procesowych przez stronę w formie elektronicznej wypowiedział się Sąd Najwyższy³, uzasadniając to głównie brakiem przepisu, który *expressis verbis* dopuszczałaby taką możliwość (nie argumentując jednak, dlaczego tak naprawdę różnicuje doręczanie pism do i z organów). Rozwiązanie to należy ocenić negatywnie, ponieważ powołanie się na sam fakt braku uregulowania, które by wprost dopuszczało możliwość wnoszenia pism w takiej formie, nie jest wystarczająco racjonalnym i przekonującym wytłumaczeniem. Zgodnie z paremią *exceptiones non sunt extendendae* wyjątków nie należy interpretować rozszerzająco, a przepisy o doręczeniach (w tym również elektronicznych) nie należą do tej kategorii. Co więcej, przy uwzględnieniu wykładni funkcjonalnej można dojść do wniosku, że stosowanie ich w tej sytuacji umożliwi stronom pełniejsze korzystanie ze swoich uprawnień procesowych.

Na marginesie można zauważyć, że sytuacja związana z pandemią nie wniosła żadnych nowości w tym aspekcie, nawet pomimo wprowadzania świadczenia usługi przesyłania przesyłek pocztowych przy wykorzystaniu środków komunikacji elektronicznej na etapie doręczenia. Wynika to z faktu, że w art. 15zuz¹⁰ (obecnie obowiązuje art. 15zuz¹⁰) ustawy o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych⁴ przewidziano wyłączenie stosowania tych przepisów w zakresie przesyłek wysyłanych do sądów oraz przez sądy (pkt 1), prokuraturę i inne organy ścigania (pkt 2).

W literaturze związanej z tym przedmiotem powszechnie używa się sformułowania, że przesyłka może zostać uznana za dostarczoną tylko, gdy zostanie „zarejestrowana przez telefaks lub serwer, na którym znajduje się skrzynka poczty elektronicznej adresata”⁵. Koreluje to z orzeczeniem Sądu

² H. Mazur, *Doręczenia w procesie karnym XXI wieku (?)*, „Palestra” 2011/3–4, s. 109.

³ Postanowienie SN z 26.03.2009 r. (I KZP 39/08), LEX nr 486176.

⁴ Ustawa z 2.03.2020 r. o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych (Dz.U. z 2020 r. poz. 374).

⁵ S. Steinborn, *Komentarz do art. 132 k.p.k. (w:) Kodeks postępowania karnego. Komentarz do wybranych przepisów*, red. S. Steinborn, Warszawa 2016, LEX/el.; A. Sakowicz, *Komentarz do art. 132 k.p.k. (w:) Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, red. A. Sakowicz, Warszawa 2020, Legalis/el.; P. Kardas,

Najwyższego⁶, gdzie stwierdzono, że potwierdzenie transmisji danych to nic innego jak dowód, że wiadomość została zarejestrowana przez serwer właściwy dla skrzynki odbiorczej adresata. Jednak można również spotkać opinie, że wystarczające jest, że wiadomość została wysłana z komputera nadawcy⁷. Trochę bardziej pogłębiona analiza tego problemu opiera się na uznaniu, że kluczowym elementem jest transmisja danych pomiędzy serwerami, natomiast potwierdzenie transmisji danych oznacza dostarczenie jej do skrzynki pocztowej⁸. Publikacje prezentujące obszerniejsze rozważanie tego tematu, skupiające się również na aspektach technicznych wymiany danych pomiędzy serwerami i komputerami (choć nieanalizujące kompleksowo tego problemu), są jednak jednostkowe⁹.

ASPEKTY TECHNICZNE

W celu omówienia problemów związanych z procesem doręczeń elektronicznych w pierwszej kolejności należy przeanalizować techniczne aspekty rozwiązań zaproponowanych w art. 132 § 3 k.p.k., ponieważ to właśnie one stanowią punkt wyjściowy do dalszych analiz. Właściwy wydaje się podział uwag na te dotyczące telefaksu i te dotyczące poczty elektronicznej, ponieważ cechują się one odmiennym sposobem działania. Faksowanie polega na zeskanowaniu dokumentu przez jedno urządzenie, zamianie go na impulsy elektroniczne wysłane do drugiego urządzenia przy użyciu łącza sieci telefonicznych. Następnie drugie urządzenie zamienia sygnały elektryczne z powrotem na obraz podczas drukowania¹⁰.

W niniejszym opracowaniu szczegółowa analiza doręczenia za pomocą faksu została pominięta z tego względu, że faks staje się obecnie archaiczną metodą przekazu i jest wypierany (głównie) przez komputery. Należy również zauważyć, że schemat działania faksu jest mniej skomplikowany od działania poczty elektronicznej, co oznacza, że część problemów nie wystąpi, a co istotniejsze, rozważania dotyczące poczty elektronicznej można łatwo do niego zastosować.

Zasada działania poczty jest bardziej złożona. W pierwszej kolejności należy zdefiniować takie pojęcie jak „klient poczty elektronicznej” (ang. *Mail User Agent* – *MUA*). Co do zasady jest to program komputerowy, który umożliwia użytkownikowi wysyłanie i odbieranie poczty elektronicznej, np. Microsoft Outlook.

O sposobach wnoszenia pism procesowych w sytuacji ograniczenia działania organów wymiaru sprawiedliwości, „Palestra” 2020/3, s. 20.

⁶ Wyrok SN z 19.10.2016 r. (V KK 134/16), LEX nr 2152410.

⁷ Z. Pachowisz, *Komentarz do art. 132 k.p.k. (w:) Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, red. J. Skorupka, Warszawa 2020, Legalis/el.

⁸ G. Krzysztofiuk, *Komentarz do art. 132 k.p.k. (w:) Kodeks postępowania karnego, t. 1, Komentarz. Art. 1–424*, red. D. Drajewicz, Warszawa 2020, Legalis/el.

⁹ A. Baworowski, *Doręczenia elektroniczne w toku postępowania przygotowawczego*, „Prokuratura i Prawo” 2007/11, s. 38.

¹⁰ Zob. <https://en.wikipedia.org/wiki/Fax> (dostęp: 20.04.2021 r.).

Istnieje również możliwość wykorzystania przeglądarki internetowej¹¹ (tzw. Webmail) w roli MUA, np. Gmail, Yahoo! Mail¹². Rozróżnienie to będzie miało znaczenie w kontekście dalszych uwag w niniejszym artykule. Po wysłaniu e-maila za pomocą MUA, przy zastosowaniu protokołu SMTP (ang. *Simple Mail Transfer Protocol*), jest on przekazywany przez MSA (ang. *Mail Submission Agent*) do serwera poczty elektronicznej (ang. *Mail Transfer Agent – MTA*). Ten ostatni to program przesyłający wiadomości pomiędzy adresatami poczty. MTA następnie przekazuje wiadomość do programu poczty elektronicznej (ang. *Mail Delivery Agent – MDA*) służącego do lokalnego ich przydzielania do konkretnych skrzynek odbiorczych¹³. W tym momencie wiadomość znajduje się już w skrzynce odbiorczej adresata, która znajduje się na serwerach wykorzystywanych przez program, którym posługuje się użytkownik¹⁴. W przypadku aplikacji internetowej takiej jak np. gmail.com po zalogowaniu do skrzynki za pomocą strony internetowej użytkownik uzyskuje dostęp do wiadomości. Natomiast w przypadku korzystania z aplikacji zainstalowanej np. w telefonie (np. Gmail) albo na komputerze (np. Outlook) niezbędne jest jeszcze pobranie informacji z serwera. Przy wykorzystaniu w tym celu odpowiedniego protokołu (POP3 lub IMAP), wiadomości mailowe (albo same ich nagłówki w przypadku IMAP) są pobierane na urządzenie i w tym momencie są już dostępne dla użytkownika¹⁵.

Jak zostało zauważone na wstępie, uregulowanie w Kodeksie postępowania karnego dotyczące doręczeń za pomocą poczty elektronicznej jest oszczędne w treści. Przed poddaniem analizie możliwości uzupełnienia treści tego przepisu trzeba rozstrzygnąć, czy mamy do czynienia z luką prawną. Aspekt doręczeń tradycyjnych został szczegółowo uregulowany w Kodeksie postępowania karnego, rozporządzeniach wykonawczych do Kodeksu¹⁶, rozporządzeniu Ministra Sprawiedliwości – Regulamin urzędowania sądów powszechnych¹⁷ oraz

¹¹ Aby być całkowicie precyzyjnym, trzeba by było dokonać podziału na model desktop i model chmurowy, ponieważ dostęp do poczty przez przeglądarkę, czyli aplikację zainstalowaną na komputerze, też może być określany dostępem przez program komputerowy, ale zasada działania jest inna. Z tego względu w celu zachowania przejrzystości dalszych wywodów w niniejszym artykule dostęp przez przeglądarkę będzie utożsamiany z modelem chmurowym.

¹² G. Mack, *What is a Mail User Agent (MUA)?*, <https://help.returnpath.com/hc/en-us/articles/220569547-What-is-a-Mail-User-Agent-MUA-> (dostęp: 20.04.2021 r.).

¹³ <https://afreshcloud.com/sysadmin/mail-terminology-mta-mua-msa-mda-smtp-dkim-spf-dmarc> (dostęp: 20.04.2021 r.).

¹⁴ Na marginesie można zauważyć, że w przypadku doręczeń wiadomości w ramach skrzynek znajdujących na tym samym serwerze proces ten będzie znacznie uproszczony. Nie ma to jednak znaczenia w kontekście dalszych analiz w niniejszym artykule.

¹⁵ O. Long, *How Email Works (MTA, MDA, MUA)*, <https://ccm.net/contents/116-how-email-works-mta-mda-mua> (dostęp: 20.04.2021 r.).

¹⁶ M.in. rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z 10.01.2017 r. w sprawie szczegółowych zasad i trybu doręczania pism organów procesowych w postępowaniu karnym (Dz.U. z 2018 r. poz. 553 ze zm.).

¹⁷ Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z 18.06.2019 r. – Regulamin urzędowania sądów powszechnych (Dz.U. poz. 1141 ze zm.).

aktach wykonawczych do ustawy – Prawo pocztowe¹⁸. Nie można jednak zapominać, że kluczową kwestią w przypadku pism, które warunkują rozpoczęcie biegu terminu zawitego, jest moment zapoznania się adresata z jego treścią. W związku z tym należy uznać, że racjonalny ustawodawca nie mógł celowo pominąć kwestii związanych z doręczaniem pism za pomocą poczty elektronicznej. Przeciwnie stwierdzenie prowadziłoby do absurdu, jakim jest częściowa dowolność doręczeń w tak istotnym aspekcie życia, jakim jest postępowanie karne. W związku z tym mamy do czynienia z luką w prawie. W takim przypadku uprawnione będzie wykorzystanie analogii, jednak aby przesądzić jej dopuszczalność, należy jeszcze ocenić, czy jej zastosowanie nie przyczyni się do ograniczenia lub zniesienia praw obywatelskich¹⁹. W analizowanym przypadku mamy odwrotną sytuację, ponieważ obecnie ze względu na brak tego uregulowania może dochodzić do ograniczenia praw uczestników postępowania, np. poprzez uznanie, że wiadomość została doręczona, mimo że odbiorca nie miał nawet obiektywnej możliwości zapoznania się z jej treścią. Natomiast w momencie ustalenia, w jakich sytuacjach można mówić o skutecznym doręczeniu za pomocą środków komunikacji elektronicznej, prawa te uzyskują właściwą ochronę. Nadmienić tylko można, że w szczególności nie ulega w ten sposób pogorszeniu sytuacja oskarżonego. W związku z powyższym należy uznać, że analogia w przypadku doręczeń za pomocą telefaksu i poczty elektronicznej jest dopuszczalna.

MOŻLIWE ROZWIĄZANIA

Przechodząc do propozycji konkretnych rozwiązań, należy jeszcze raz przypomnieć, że ustawodawca nie uregulował kwestii, w którym momencie dochodzi do skutecznego doręczenia wiadomości za pomocą telefaksu lub poczty elektronicznej. Pewną wskazówką mogłoby być zdanie drugie art. 132 § 3 k.p.k., tak jak przedstawia to Adam Baworowski²⁰, jednak nie można się z tym zgodzić, ponieważ sformułowanie „potwierdzenie transmisji danych” ma tak wiele możliwych znaczeń, że nie sposób ustalić, o które chodzi w tym przepisie. Pod pojęciem „transmisja danych” należy *de facto* rozumieć każde przesłanie danych pomiędzy urządzeniami²¹. Na gruncie analizowanego przepisu może to oznaczać zarówno samo wysłanie wiadomości przez nadawcę, jak i odebranie tej wiadomości przez odbiorcę. W związku z tym jest ono mało użyteczne w procesie poszukiwania odpowiedzi na pytanie, kiedy wiadomość może zostać uznana za dostarczoną.

Jak zostało wcześniej zauważone, w momencie rozdzielania wiadomości elektronicznej przez program poczty elektronicznej (MDA) odbiorca ma już

¹⁸ Ustawa z 23.11.2012 r. – Prawo pocztowe (Dz.U. z 2020 r. poz. 1041).

¹⁹ S. Waltoś, P. Hofmański, *Proces karny. Zarys systemu*, Warszawa 2018, s. 147.

²⁰ A. Baworowski, *Doręczenia elektroniczne...*, s. 38.

²¹ Zob. <https://sjp.pwn.pl/szukaj/transmisja.html> (dostęp: 20.04.2021 r.).

hipotetyczną możliwość dostępu do wiadomości, ponieważ znajduje się ona w skrzynce odbiorczej (która znajduje się na serwerze). Nie oznacza to jednak, że odbiorca ma realną możliwość zapoznania się z treścią wiadomości, a tym bardziej że adresat wiadomości faktycznie ją odczytał. Natychmiastowość powyższych przekazów oznacza tylko tyle, że krótką chwilę po nadaniu wiadomości przez nadawcę może mieć do niej dostęp odbiorca. Główną zaletą tego środka komunikacji jest jego prostota w obsłudze przez użytkownika oraz mała czasochłonność. Nie ulega bowiem wątpliwości, że dużo łatwiejsze jest wysłanie dokumentu sporządzonego na komputerze za jego pomocą niż drukowanie go, przekazanie pocztą i dostarczenie do odbiorcy.

Jak wynika z rozważań technicznych poczynionych na wstępie, można wyróżnić tutaj trzy momenty, które można by było uznać za chwilę doręczenia wiadomości adresatowi:

- 1) przydzielenie przez MDA wiadomości do skrzynki odbiorczej adresata znajdującej się na serwerze (zarówno w przypadku webmaila, jak i aplikacji zainstalowanej lokalnie);
- 2) załadowanie skrzynki pocztowej²² w oknie przeglądarki w przypadku korzystania z aplikacji internetowej, a w przypadku aplikacji zainstalowanej lokalnie zakończenie transmisji pobierania danych za pomocą protokołu POP3/IMAP²³;
- 3) rzeczywiste otwarcie wiadomości przez odbiorcę (zarówno w przypadku webmaila, jak i aplikacji zainstalowanej lokalnie).

Zaprezentowane powyżej stanowiska zapewniają kolejno najmniejszy możliwy standard ochrony, średni oraz maksymalny. Przez standard ochrony należy rozumieć to, w jakim stopniu zabezpiecza się prawa uczestników postępowania. W analizowanym przypadku będzie to przede wszystkim prawo do aktywnego udziału w postępowaniu, wynikające z zasady kontradyktoryjności postępowania karnego²⁴, ale również zasada uczciwego (rzetelnego) procesu²⁵. Innymi słowy, przy maksymalnym standardzie ochrony prawo uczestnika procesu do aktywnego udziału w postępowaniu podlega większej ochronie ze względu na „przesunięcie” określenia ustawowego momentu, w którym adresat mógł się zapoznać z wiadomością. Tym samym część przypadków, w których adresat w rzeczywistości nie zapoznał się z wiadomością, na gruncie rozwiązania zakładającego minimalny standard ochrony (prezentowany w pkt 1) byłaby

²² W tym przypadku również *de facto* chodzi o załadowanie konkretnej wiadomości, ale podczas korzystania z przeglądarki internetowej nie wykorzystujemy protokołów w taki sposób, jak przy stosowaniu zainstalowanej aplikacji. W związku z tym jest to okoliczność, którą można pominąć na potrzeby jasności dalszych rozważań.

²³ Jak zostało zauważone powyżej, w przypadku protokołu IMAP chodzi w istocie o pobranie nagłówka, a nie całej wiadomości, więc to ten moment należy uznać za relewantny w kontekście dalszych analiz.

²⁴ H. Mazur, *Doręczenia...*, s. 109.

²⁵ S. Waltoś, P. Hofmański, *Proces...*, s. 337.

uznawana za skuteczne zapoznanie się odbiorcy z korespondencją. Natomiast przy zastosowaniu rozwiązania gwarantującego maksymalny standard ochrony nie zostanie tak uznane.

Pierwsze rozwiązanie zostało bezkrytycznie przyjęte przez Sąd Najwyższy²⁶ i jest powielane przez większość przedstawicieli doktryny. Warto jednak zauważyć, że Sąd Najwyższy w żaden sposób nie uargumentował, dlaczego takie rozumienie przepisu należałoby uznać za prawidłowe. Natomiast ostatnie z przedstawionych rozwiązań zostało uznane za właściwe przy okazji wykładni identycznego pojęcia – potwierdzenie transmisji danych – na gruncie uchylonego już obecnie art. 65 § 3 ustawy – Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi²⁷ przez Naczelną Sąd Administracyjny²⁸. Jednak co ciekawe, przepis ten został zastąpiony przez art. 74a § 5 p.p.s.a., który opiera się na stanowisku prezentowanym właśnie przez Naczelną Sąd Administracyjny, czyli na potwierdzeniu odbioru pisma przez adresata, a nie na potwierdzeniu nadania²⁹.

O ile trzecie rozwiązanie wydaje się najlepiej realizować funkcję gwarancyjną, o tyle należy mieć na uwadze zasadę szybkości postępowania i postulat porównywalnego poziomu ochrony praw jak w przypadku poczty tradycyjnej. Zauważyć bowiem można, że w przypadku doręczeń tradycyjnych dopuszcza się np. doręczenia nie do rąk adresata, tylko – zgodnie z art. 132 § 2 k.p.k. – dorosłemu domownikowi. W takim przypadku dochodzi do skutecznego doręczenia, mimo że adresat nie odebrał listu osobiście.

W związku z powyższym należy uznać, że prawidłowe rozwiązanie zostało zaprezentowane w punkcie drugim, jednak z pewnymi ograniczeniami nakreślonymi w dalszej części artykułu. Z jednej strony gwarantuje ono zapewnienie ochrony praw uczestników (w tym głównie prawa do informacji), ponieważ jak zostało zauważone powyżej, z samego umieszczenia wiadomości w skrzynce odbiorczej nie wynika, że odbiorca się z nią zapoznał, a nawet że miał okazję się z nią zapoznać. Taką sytuację można by porównać do umieszczenia listu poleconego w skrzynce pocztowej zamiast przekazania

²⁶ Wyrok SN z 19.10.2016 r. (V KK 134/16), LEX nr 2152410.

²⁷ Ustawa z 30.08.2002 r. – Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi (Dz.U. z 2019 r. poz. 2325 ze zm.), dalej p.p.s.a.

²⁸ Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z 29.11.2016 r. (II GSK 4930/16), LEX nr 2177524.

²⁹ Ustawa o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw uchwalona przez Sejm 20.04.2021 r., <https://www.sejm.gov.pl/Sejm9.nsf/PrzebiegProc.xsp?nr=899> (dostęp: 20.04.2021 r.), zakłada podobne rozwiązanie. Po pierwsze, obowiązuje ona pełnomocnika profesjonalnego wnoszącego pierwsze pismo w sprawie do podania adresu poczty elektronicznej (art. 15zsz⁹ ust. 1). Po drugie, w przypadku braku możliwości jego doręczenia za pomocą systemu teleinformatycznego sąd umieszcza je w portalu informacyjnym (art. 15zsz⁹ ust. 2). Datą doręczenia jest w takim przypadku moment zapoznania się adresata z pismem (art. 15zsz⁹ ust. 3). Warto jednak zauważyć, że ustawa ta nie jest istotna w kontekście rozważań w niniejszym artykule, ponieważ w zaprezentowanym tam modelu pismo jest doręczane za pomocą portalu informacyjnego, a nie za pomocą poczty elektronicznej (co ciekawe, projekt tej ustawy właśnie takie rozwiązanie pierwotnie zakładał). Poczta elektroniczna może być tylko wykorzystana w celu poinformowania odbiorcy, że w portalu informacyjnym może odebrać pismo.

go adresatowi. Natomiast oparcie się na kryterium uruchomienia aplikacji pocztowej jest właśnie funkcjonalnym odpowiednikiem przekazania listu do rąk adresata. Ma już on bowiem w tym momencie możliwość jego otwarcia. Z drugiej strony takie rozwiązanie sprzyja realizacji postulatu szybkości postępowania zgodnie z art. 2 § 1 pkt 4 k.p.k. Gdyby bowiem uzależnić doręczenie wiadomości adresatowi od momentu zapoznania się przez niego z jej treścią, mogłoby dochodzić do notorycznej obstrukcji procesowej ze strony uczestników postępowania.

To rozwiązanie realizuje również istotną konstytucyjną zasadę równości (art. 32 ust. 1 Konstytucji RP³⁰), ponieważ nie ma znaczenia, w jakim czasie adresat rzeczywiście otworzy wiadomość. Jedynym istotnym elementem jest pierwszy moment, w którym odbiorca miał realną możliwość zapoznania się z korespondencją. Oprócz tego w przypadku gdy dojdzie do awarii serwera (albo nawet całego Internetu), to fakt, że odbiorca nie ma możliwości zapoznania się z korespondencją, nie będzie działał na jego niekorzyść, tak jak ma to miejsce w przypadku pierwszego rozwiązania (przyjmuje się wtedy, że wiadomość została doręczona).

Na marginesie warto zauważyć, że kwestie dowodowe nie powinny dostarczać wielu problemów. Rozwiązanie zaprezentowane w punkcie drugim w aspekcie teoretycznym może wydawać się skomplikowane, jednak w praktyce będzie się to sprowadzało do uruchomienia aplikacji poczty przez odbiorcę. Potwierdzenie daty, w której wiadomość (lub jej nagłówki) została pobrana do aplikacji, lub data logowania do skrzynki odbiorczej poprzez przeglądarkę są informacjami łatwymi do uzyskania również w kontekście postępującej informatyzacji, gdzie wszelkie dane są zapisywane. Organ, który poweźmie wątpliwości co do zachowania przez uczestnika terminu do dokonania czynności, może zwrócić się do administratora poczty elektronicznej w celu ustalenia żądanej informacji. Jest to również najrozsądniejsze rozwiązanie ze względu na częstotliwość sprawdzania poczty przez użytkowników, ponieważ większość osób przegląda e-maila kilka razy w tygodniu.

Pewne wątpliwości przy tak zarysowanej propozycji może budzić sytuacja, w której adresat uchyła się od zapoznania z wiadomością e-mailową, w szczególności z tego powodu, że przy takim rozumieniu „potwierdzenia transmisji danych” wymagana jest aktywność po jego stronie. Należy jednak zwrócić uwagę na dwie istotne kwestie. Po pierwsze, może to mieć znaczenie tylko w sytuacji, gdy adresat pisma podał adres e-mailowy, z którego nie korzysta, ponieważ w przeciwnym wypadku w ogóle nie mógłby uruchomić aplikacji klienta poczty elektronicznej (czyli aplikacji poczty np. w telefonie lub webmail w przeglądarce) w „obawie” przed otrzymaniem wiadomości. Wynika to z tego faktu, że jak to zostało omówione powyżej, użytkownik nie ma wpływu na odebranie konkretnej wiadomości. Każde uruchomienie klienta poczty elektronicznej, przy

³⁰ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z 2.04.1997 r. (Dz.U. nr 78 poz. 483 ze zm.).

założeniu dostępu do Internetu, będzie powodowało automatyczne pobranie wiadomości z serwera. Po drugie, tak jak w przypadku doręczeń tradycyjnych, niezbędne jest zapewnienie odpowiednich domniemań, które będą zapobiegały sytuacji obstrukcji procesowej. Analiza tej kwestii została zaprezentowana w dalszej części artykułu.

W tym miejscu należy również zauważyć, że art. 119 § 1 pkt 2 k.p.k. nakłada na osobę wnoszącą pierwsze pismo w sprawie obowiązek podania telefaksu i adresu poczty elektronicznej lub oświadczenie o ich nieposiadaniu. Należy jednak zauważyć, że „oświadczenie o nieposiadaniu” powinno być rozumiane jako oświadczenie o niekorzystaniu. Nie jest bowiem uprawniona tak daleko idąca ingerencja ustawodawcy w życie obywateli, która by wymuszała podanie jakiegokolwiek (również prywatnego) adresu poczty elektronicznej. Dodatkowo nie można zapominać, że byłoby to całkowicie nieweryfikowalne ze względu na maksymalnie uproszczony i odformalizowany proces zakładania konta poczty elektronicznej³¹. Co istotne, zgodnie z art. 120 § 1 i 2 k.p.k. w przypadku, gdy pismo nie odpowiada wymaganiom formalnym z art. 119 k.p.k. (w szczególności nie ma adresu poczty elektronicznej lub oświadczenia o nieposiadaniu), uznaje się je za bezskuteczne (po uprzednim wezwaniu do usunięcia braków), a co za tym idzie, nie wywołuje skutków prawnych³².

W związku z powyższym pojawia się pytanie, czy istnieje obowiązek³³ po stronie adresata zapoznawania się z wiadomościami wysłanymi do niego. Aby rozwiązać tę wątpliwość, w pierwszej kolejności należy odpowiedzieć na pytanie, jaka jest podstawa prawna obowiązku zapoznawania się z korespondencją przesyłaną pocztą tradycyjną. Wydaje się, że wynika to z faktu, że ustawy, jaką jest m.in. Kodeks postępowania karnego, wchodzi w życie po opublikowaniu ich w Dzienniku Ustaw po określonym *vacatio legis* (art. 88 ust. 1 w zw. z art. 122 ust. 2 Konstytucji RP). Natomiast ustawa, która weszła w życie, stanowi akt prawa powszechnie obowiązującego, a z tego wynika, że na obywatelach spoczywa obowiązek jej przestrzegania i jej znajomości (co przejawia się m.in. w popularnej paremii *ignorantia iuris nocet*; chociaż z pewnymi wyjątkami, np. art. 30 Kodeksu karnego³⁴). I tak w przypadku Kodeksu postępowania karnego będzie to oznaczało, że obywatele znają treść przepisu art. 133 § 2 k.p.k., czyli warunków, w jakich pismo uznaje się za doręczone. Wobec powyższego należy zauważyć, że z tego domniemania wynika obowiązek zapoznawania się z korespondencją doręczaną tradycyjnie, ponieważ w przypadku jego złamania zostaną wycią-

³¹ Nie wspominając nawet o tzw. tymczasowych adresach e-mail, czyli takich adresach poczty elektronicznej, które są dostępne tylko (jednorazowo) przez ograniczony czas. Po jego upływie zostają automatycznie usunięte. Proces ich użytkowania bardzo często nie wymaga podania żadnych danych użytkownika. Np. <https://10minutemail.net/?lang=pl> (dostęp: 20.04.2021 r.).

³² S. Waltoś, P. Hofmański, *Proces...*, s. 53.

³³ W dalszej części artykułu obowiązek ten nie jest jednak rozumiany jako normatywny nakaz. Należy go postrzegać przez pryzmat konsekwencji, które mogą zostać wyciągnięte w przypadku niezapoznawania się z korespondencją.

³⁴ Ustawa z 6.06.1997 r. – Kodeks karny (Dz.U. z 2020 r. poz. 1517 ze zm.).

gnięte konsekwencje. Również w tym aspekcie w przypadku doręczeń elektronicznych występuje luka prawna, z czego wynika dopuszczalność zastosowania analogii. Dodatkowo można podnieść argument natury funkcjonalnej. Uregulowanie, które zobowiązuje uczestnika do wskazania adresu poczty elektronicznej, a następnie w żaden sposób (wiążąco) tego nie wykorzystuje, jest zbędne. W takiej sytuacji należy uznać, że w Kodeksie postępowania karnego został uregulowany obowiązek sprawdzania poczty elektronicznej. Na marginesie można jeszcze zauważyć, że w Kodeksie postępowania karnego ustawodawca nigdzie *expressis verbis* nie wyraził obowiązku odbierania poczty tradycyjnej. Co więcej, ustawodawca nie wskazuje bezpośrednio, jakie konsekwencje mogą zostać wyciągnięte, bo wynika to z pozostałych przepisów odnoszących się np. do biegu terminów zawitych. W związku z tym nie można uznać, że zaprezentowana powyżej interpretacja jest błędna, ze względu na domniemywanie istnienia obowiązku. W istocie rzeczy nie jest on domniemywany, tylko wynika bezpośrednio z uregulowania obowiązku wskazania adresu poczty elektronicznej w pierwszym piśmie wnoszonym w sprawie (art. 119 § 1 k.p.k.) oraz z możliwości doręczania pism za pomocą poczty elektronicznej (art. 132 § 3 k.p.k.). Argumentację tę wzmacnia również uwaga dotycząca dobrowolności (w pewnym stopniu) wskazania adresu poczty elektronicznej, ze względu na to, że oświadczenie o nieposiadaniu należy rozumieć jako oświadczenie o niekorzystaniu. Tym samym można to postrzegać jako formę samozobowiązania się uczestnika do korzystania z poczty elektronicznej – a będąc bardziej precyzyjnym – jako akceptację przez uczestnika możliwych konsekwencji w przypadku niezapoznawania się z korespondencją.

Uprzedzając pojawiające się w tym miejscu wątpliwości, należy zauważyć, że co prawda niedopuszczalna jest analogia na niekorzyść oskarżonego i innych stron procesowych, ale należy to rozpatrywać abstrakcyjnie. Innymi słowy, jeżeli analogia z przepisu w swojej istocie jest neutralna i nawet jeśli w konkretnym stanie faktycznym zadziałała ona na niekorzyść strony, to należy ją uznać za dopuszczalną³⁵. Z taką sytuacją mamy do czynienia w tym przypadku, ponieważ przepisy o doręczeniach nie wpływają bezpośrednio na zmianę sytuacji oskarżonego i innych uczestników postępowania, mimo że ich naruszenie w pewnych stanach faktycznych może istotnie ją pogarszać.

Podsumowując, należy zauważyć, że na gruncie Kodeksu postępowania karnego można wyprowadzić stwierdzenie, że wobec osób, które wnosząc pierwsze pismo w sprawie, podadzą adres poczty elektronicznej, można stosować domniemanie, że będą zapoznawały się z korespondencją elektroniczną dotyczącą sprawy. Jednak taki swoiście rozumiany obowiązek musi mieć odpowiednie ramy prawne, które będą go ograniczały do minimum.

³⁵ S. Waltoś, P. Hofmański, *Proces...*, s. 148.

OGRANICZENIA

Wskazując ograniczenia, które należy uznać za immanentnie związane z zaprezentowaną interpretacją art. 132 § 3 k.p.k., należy zastosować analogię z przepisów o doręczeniach tradycyjnych, ponieważ obydwa mają za zadanie odnieść taki sam efekt – poinformować uczestników o możliwości wzięcia udziału w postępowaniu. Nie można jednak pomijać faktu, że doręczanie przesyłek za pomocą poczty lub pracownika organu zapewnia istotne gwarancje. Należy tutaj wskazać takie okoliczności, jak doręczanie przesyłek w dni powszednie i w określonych godzinach. W związku z tym warto przemyśleć, jakie regulacje należy stosować w drodze analogii, żeby prawa osób korzystających ze środków komunikacji elektronicznej miały podobny poziom ochrony jak w przypadku doręczeń tradycyjnych. Oczywiście uczestnik postępowania ma możliwość rozszerzenia tych gwarancji (w pewnych granicach, o czym dalej) lub ich ograniczenia. Innymi słowy, zaproponowane poniżej rozwiązanie stanowi domyślnie stosowaną regułę, w przypadku gdy osoba wnosząca pismo nie sprecyzuje warunków doręczania jej pism za pomocą poczty elektronicznej.

Po pierwsze, należy wskazać, że doręczenie nie może być uznane za skuteczne w soboty i dni ustawowo wolne od pracy. Wynika to z faktu, że poczta oraz instytucje państwowe co do zasady nie pracują w te dni, a listy nie są dostarczane adresatom. Nie znajduje uzasadnienia wymaganie od uczestników postępowania obowiązku zapoznawania się z korespondencją w dniach uznawanych za wolne od pracy. W takim przypadku należy uznać, że doręczenie nastąpiło w najbliższy dzień roboczy.

W dalszej kolejności należy określić, w jakich godzinach wiadomość może zostać uznana za doręczoną w danym dniu roboczym. Krótki czas przekazu danych nie może uzasadniać powstawania obowiązku pozostawania w ciągłej gotowości do sprawdzenia swojej skrzynki pocztowej przez uczestnika postępowania. Przedział czasowy, w którego trakcie nastąpi doręczenie, powinien korespondować z godzinami pracy sądów, urzędów oraz placówek poczty, ponieważ doręczenie tradycyjne stanowi alternatywną możliwość zapoznania się z informacją, w przypadku gdy nie jest ona doręczana w sposób opisany w art. 132 § 3 k.p.k. Ze względu na to, że godziny urzędowania tych instytucji różnią się od siebie i nie jest możliwe wskazanie żadnego wspólnego przedziału czasowego, należy uznać, że doręczenie można uznać za skutecznie dokonane, jeżeli doszło do niego w godzinach od siódmej do dwudziestej pierwszej (por. art. 134 § 2 k.p.c.³⁶). Dodatkowo w sytuacji, gdy doręczenie nastąpiło w dzień wolny od pracy lub poza wskazanym przedziałem czasowym, należy zastosować domniemanie, w myśl którego doręczenie nastąpiło w najbliższym dniu roboczym o godzinie siódmej. Tylko taka interpretacja będzie gwarantowała należyłą ochronę praw uczestników postępowania i będzie korespondowała z regulacją z art. 123 § 3 k.p.k.

³⁶ Ustawa z 17.11.1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (Dz.U. z 2020 r. poz. 1578 ze zm.).

Jednak jak zostało zauważone powyżej, należy również dopuścić możliwość określenia przez osobę podającą adres poczty elektronicznej innych dni (soboty i święta) i godzin doręczenia. Wynika to z faktu, że doręczenia elektroniczne nie wymagają pośrednika (poczty, pracownika organu), a tym samym pozwalają na zachowanie dużo większej elastyczności. Z tego względu należy dopuścić możliwość samookreślenia dni i godzin doręczenia z tym ograniczeniem, że uczestnik musi w każdym dniu roboczym wskazać przedział czasowy, w którym doręczenie może być uznane za skuteczne, ze względu na postulat szybkości postępowania.

Analizując ten temat, żeby niejako „domknąć system”, podobnie jak ma to miejsce w przypadku doręczeń tradycyjnych w art. 133 § 2 zd. 2 k.p.k., należy stosować domniemanie, że po upływie określonego czasu doręczenie staje się skuteczne, pomimo niezapoznania się adresata z korespondencją. System doręczeń elektronicznych nie byłby skuteczny bez tego elementu ze względu na możliwość obstrukcji procesowej. W takiej sytuacji zastosowanie analogii z art. 133 § 2 zd. 2 k.p.k. jest konieczne. Aby lepiej zobrazować problem domniemania doręczenia, można porównać to do umieszczenia zawiadomienia o przesyłce zgodnie z art. 133 k.p.k. W związku z tym właściwym terminem, wyprowadzonym na podstawie analogii, jest 14 dni od momentu teoretycznej możliwości zapoznania się z nią przez adresata, czyli od momentu, w którym MDA (program poczty elektronicznej) przydzieli wiadomość do odpowiedniej skrzynki odbiorczej na serwerze. Z uwagi na łatwość dostępu do Internetu, ale również ze względu na ochronę praw uczestników, każda osoba powinna mieć w tym terminie realną możliwość zapoznania się z wiadomością. Oczywiście wraz z dniem wyznaczającym uznanie doręczenia za skuteczne będzie rozpoczął się bieg terminu do dokonania czynności procesowej.

INNE MOŻLIWOŚCI

Tematem bezpośrednio związanym z „doręczeniami elektronicznymi” jest możliwość udostępnienia akt w formie elektronicznej. W pierwszej kolejności należy tutaj przywołać przepis ogólny – art. 156 § 1 zd. 3 k.p.k., ponieważ jest w nim wspomniane o tym, że „informacje o aktach sprawy mogą być udostępnione także za pomocą systemu teleinformatycznego”. Jednak w literaturze, przy zastosowaniu wykładni literalnej oraz analizy innych przepisów Kodeksu postępowania karnego, przepis ten jest rozumiany jako uzyskanie informacji o aktach sprawy – nie treści samych akt. Na poparcie tego argumentu wskazywane jest, że w sytuacji gdy ustawodawca miał na myśli udostępnienie akt w formie elektronicznej, wprost o tym pisze – np. art. 321 § 1 zd. ostatnie k.p.k. „może udostępnić akta w postaci elektronicznej”³⁷. Analizując treść Kodeksu postępowania karnego, można zauważyć, że istnieją następujące możliwości

³⁷ M. Kurowski, *Komentarz do art. 156 k.p.k.* (w:) *Kodeks postępowania karnego*, t. 1, *Komentarz aktualizowany*, red. D. Świecki, Warszawa 2021, LEX/el.

udostępnienia akt w postaci elektronicznej: (1) w postępowaniu przygotowawczym przez prokuratora (art. 156 § 5 zd. ostatnie k.p.k., art. 306 § 1b k.p.k., art. 321 § 1 zd. ostatnie k.p.k.), (2) biegłemu do sporządzenia opinii (art. 198 § 1 i 1a k.p.k.) oraz (3) jako zawiadomienie o sposobie zakończenia sprawy pokrzywdzonego przez sąd (art. 299a § 2 k.p.k.). Z tego powodu istotne również w tym aspekcie jest określenie, w którym momencie miało miejsce doręczenie akt w postaci elektronicznej. Jednak Kodeks postępowania karnego całkowicie już pomija tę kwestię. Z uwagi na to, że w jakiś sposób trzeba powiadomić uczestnika procesu o możliwości zapoznania się z aktami w formie elektronicznej, to tym momentem jest doręczenie pisma, które informuje o takiej ewentualności. Z kolei do tego pisma należy stosować przepisy o doręczeniach tradycyjnych, a w przypadku doręczenia za pomocą poczty elektronicznej – rozwiązanie zaproponowane w niniejszym artykule.

Ciekawym aspektem związanym z tematyką doręczeń elektronicznych jest możliwość doręczania za pomocą niekonwencjonalnych środków przekazu, np. przez media społecznościowe. Ponieważ art. 132 k.p.k. nie daje takich podstaw, ze względu na zamknięty katalog środków, należy poszukiwać innej podstawy prawnej. Wydaje się, że takie doręczenie mogłoby zostać uznane za dokonane na gruncie art. 142 k.p.k., który uzależnia je od oświadczenia osoby, że otrzymała ona pismo. W doktrynie zauważa się, że oświadczenie nie musi zostać złożone w żadnej szczególnej formie, a nawet że może być ono dorozumiane³⁸. W związku z powyższym można uznać, że doręczenie przez np. media społecznościowe może zostać uznane za dokonane, ale art. 142 k.p.k. wymaga oświadczenia adresata pisma o jego otrzymaniu (choćby dorozumianego). Należy jednak pamiętać, że zgodnie z art. 116 k.p.k. uczestnicy mogą składać oświadczenia na piśmie lub ustnie do protokołu, co niekiedy może stwarzać pewne ograniczenia w stosowaniu tej metody.

WNIOSKI

W niniejszym artykule została przedstawiona problematyka doręczeń elektronicznych na gruncie Kodeksu postępowania karnego. W szczególności poruszony został problem znaczenia sformułowania potwierdzenia transmisji danych z art. 132 § 3 k.p.k. Moment, w którym odbiorca wiadomości posiada już faktyczną, a nie tylko hipotetyczną możliwość zapoznania się z treścią wiadomości, powinien być uznawany za moment doręczenia pisma. Ponadto dowodem takiego doręczenia będzie, w zależności od sposobu obsługi poczty elektronicznej, albo czas pobrania wiadomości na urządzenie, albo czas logowania do skrzynki za pomocą przeglądarki. Należy jednak pamiętać, że istnieją istotne

³⁸ M. Kurowski, *Komentarz do art. 142 k.p.k.* (w:) *Kodeks...*, red. D. Świecki; J. Skorupka, *Komentarz do art. 142 k.p.k.* (w:) *Kodeks postępowania karnego*, t. 1, *Komentarz do art. 1–166*, red. J. Skorupka, S. Zabłocki, Warszawa 2017, LEX/el.; H. Paluszkiwicz, *Komentarz do art. 142 k.p.k.* (w:) *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, red. K. Dudka, Warszawa 2020, LEX/el.

ograniczenia doręczeń dokonywanych w ten sposób. Dodatkowo omówiona została możliwość doręczania akt w postaci elektronicznej oraz możliwość doręczeń w sposób niekonwencjonalny.

ABSTRACT

Jakub Kisiel

The author is a law graduate of the Faculty of Law and Administration of the Jagiellonian University in Krakow; as well as a graduate of Automatics and Robotics, Faculty of Electrical Engineering, Automatics, Computer Science and Biomedical Engineering, University of Science and Technology in Krakow.

Electronic service in the Code of Criminal Procedure

This study presents the issue of electronic service of documents provided for in Article 132(3) of the Code of Criminal Procedure and the meaning of the phrase "confirmation of data transmission". The author engages in a polemic with the position of legal scholars and judges, in search of a solution that will be a functional equivalent of traditional methods of service. The author also discusses the possibility of sending case files in an electronic form and of using unconventional methods of service.

Keywords: *Code of Criminal Procedure, electronic service, confirmation of data transmission, e-mail, mailbox, social media*

Jakub Kisiel

ORCID: 0000-0002-5474-6954, e-mail: jakubkiesel8@gmail.com

Autor jest absolwentem prawa na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego w Krakowie; absolwentem Automatyki i Robotyki na Wydziale Elektrotechniki, Automatyki, Informatyki i Inżynierii Biomedycznej Akademii Górniczo-Hutniczej w Krakowie.

BIBLIOGRAFIA ZAŁĄCZNIKOWA

Baworowski Adam, *Doręczenia elektroniczne w toku postępowania przygotowawczego*, „Prokuratura i Prawo” 2007/11, s. 33–47

Kardas Piotr, *O sposobach wnoszenia pism procesowych w sytuacji ograniczenia działania organów wymiaru sprawiedliwości*, „Palestra” 2020/3, s. 5–26

Krzysztofiuk Grzegorz, *Komentarz do art. 132 k.p.k. (w:) Kodeks postępo-*

wania karnego, t. 1, *Komentarz. Art. 1–424*, red. D. Drajewicz, Warszawa 2020, Legalis/el.

Kurowski Michał, *Komentarz do art. 142 k.p.k. (w:) Kodeks postępowania karnego, t. 1, Komentarz aktualizowany*, red. D. Świecki, Warszawa 2021, LEX/el.

Kurowski Michał, *Komentarz do art. 156 k.p.k. (w:) Kodeks postępowania karnego, t. 1, Komentarz aktualizowany*, red. D. Świecki, Warszawa 2021, LEX/el.

Long Olivia, *How Email Works (MTA, MDA, MUA)*, <https://ccm.net/contents/116-how-email-works-mta-mda-mua> (dostęp: 12.08.2021 r.)

Mack Grayson, *What is a Mail User Agent (MUA)?*, <https://help.return-path.com/hc/en-us/articles/220569547-What-is-a-Mail-User-Agent-MUA-> (dostęp: 12.08.2021 r.)

Mazur Hubert, *Doręczenia w procesie karnym XXI wieku (?)*, „Palestra”, 2011/3–4, s. 109–118

Pachowisz Zdzisław, *Komentarz do art. 132 k.p.k. (w:) Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, red. J. Skorupka, Warszawa 2020, Legalis/el.

Paluszkiewicz Hanna, *Komentarz do art. 142 k.p.k. (w:) Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, red. K. Dudka, Warszawa 2020, LEX/el.

Sakowicz Andrzej, *Komentarz do art. 132 k.p.k. (w:) Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, red. A. Sakowicz, Warszawa 2020, Legalis/el.

Skorupka Jerzy, *Komentarz do art. 142 k.p.k. (w:) Kodeks postępowania karnego, t. 1, Komentarz do art. 1–166*, red. J. Skorupka, S. Zabłocki, Warszawa 2017, LEX/el.

Steinborn Sławomir, *Komentarz do art. 132 k.p.k. (w:) Kodeks postępowania karnego. Komentarz do wybranych przepisów*, red. S. Steinborn, Warszawa 2016, LEX/el.

Waltoś Stanisław, Hofmański Piotr, *Proces karny. Zarys systemu*, Warszawa 2018

Pojęcia kluczowe: *kryptowaluta, bitcoin, cyberprzestępstwo, blockchain, e-terrorizm*

Artykuły

Aleksander Petrys

BITCOIN – WSPÓŁCZESNA ALTERNATYWA WOBEĆ PIENIĄDZA FIDUCJARNEGO W ASPEKCIE PRAWNOKARNYM

Przedmiotem artykułu jest karnoprawna analiza kryptowalut w polskim porządku prawnym. Celem niniejszej pracy jest ukazanie legislacyjnej próżni, w jakiej się znajdują, a także wzięcie pod uwagę prawnokarnych konsekwencji z niej wynikających dla posiadaczy kryptowalut w Polsce. Interdyscyplinarny charakter prezentowanej materii zmusza do podjęcia refleksji nie tylko na gruncie prawa karnego, lecz także w oparciu o cywilistyczny dorobek naukowy. Polityka deprecjacji kryptowalut przez polskiego ustawodawcę powinna ulec gruntownemu przewartościowaniu.

Bitcoin to jak dotąd najpopularniejszy rodzaj kryptowaluty. To tak naprawdę jego powstanie w 2009 r. uważane jest za początek tzw. kryptowalutowej ery. Źródeł jego fenomenu należy doszukiwać się nie tylko w historii jego tajemniczego pochodzenia, lecz przede wszystkim w innowacyjnej budowie technicznej opartej na wirtualnej kryptografii, szyfrującej dane w tzw. łańcuchu bloków. Blockchain (gdyż tak tłumaczony jest na język angielski termin „łańcuch bloków”) to ogólnodostępny zapis danych (protokół danych), usystematyzowany w chronologicznym porządku. Każdy poszczególny blok łańcucha to zaszyfrowana za pomocą kryptografii informacja o dokonanej transakcji bitcoinem. Bitcoin (BTC) to pewnego rodzaju niematerialny zapis cyfrowy, któremu nadana została pewna wartość finansowa. Każda dokonana przy użyciu BTC transakcja zapisywana jest na stałe w systemie bloków, stając się przy tym ogólnodostępną informacją. Ważne jest zatem to, co stanowi przedmiot poszczególnego bloku.

BITCOIN – CHARAKTERYSTYKA TECHNOLOGII BLOCKCHAIN

W związku z tym, że system kryptowalutowy korzysta z dorobku kryptografii, będącej matematyczną formą szyfrowania informacji, poszczególne bloki to dane na temat:

- a) wartości dokonywanej transakcji (np. 0,45 BTC),
- b) podmiotów ją dokonujących, których tożsamość zakodowana jest około 34-cyfrowym, przypadkowo wygenerowanym przez system ciągiem znaków, będącym spersonalizowanym adresem konta.

Taki charakter transakcji internetowych zapewnia pełną anonimowość i poufność. Po dokonaniu transakcji dany blok informacji na stałe wtłaczany jest w światowy łańcuch bloków (historię bitcoinowych transakcji). Każda wbudowana w łańcuch informacja jest początkiem następnej i nie może być w żaden sposób edytowana czy zmieniana. Taka konstrukcja uniemożliwia ewentualne wypranie bitcoina w związku z jego opartym na efekcie domina, wzajemnie oddziałującym systemem bloków. Jeden bitcoin dzieli się aż do 8 miejsca po przecinku, którego najmniejsza wartość to 1 satoshi. Maksymalna liczba dostępnych BTC to 21 mln, dlatego sukcesywnie powiększany z każdą transakcją blockchain z czasem zostanie zamknięty. Bitcoin nazywany jest często „walutą wolnych ludzi”¹, gdyż żadna instytucja finansowa formalnie nie sprawuje nad nią jakiegokolwiek władzy bądź kontroli. W przeciwieństwie do systemów bankowych, opartych na scentralizowanej bazie danych, sieć BTC jest rozproszona i zbudowana w systemie peer-to-peer (P2P), który nie wymaga obecności tzw. pośredników transakcyjnych. Można to opisać na przykładzie. Wszystkie dane na temat dokonanych transakcji bankowych trafiają do jednego, głównego serwera pełniącego funkcję zarówno magazynu danych osobowych, jak i rejestru dokonanych transakcji. W sytuacji awarii systemu bądź jego zhakowania w jednej chwili dane mogą zostać albo utracone, albo skradzione. W strukturze P2P, w której zbudowany jest BTC, każdy jego użytkownik, oprócz możliwości dokonywania transakcji, pełni rolę powszechnego magazynu danych. W związku z powyższym system P2P zabezpiecza w pełni możliwość jego zhakowania, gdyż baza danych zawarta jest w każdym poszczególnym komputerze podłączonym do światowej sieci online. Zgodnie z opublikowaną przez twórcę BTC deklaracją „BTC jest walutą tworzoną i utrzymywaną przez ludzi dla ludzi”². Ostatnim relewantnym z perspektywy funkcjonowania BTC faktem jest sposób jego pozyskiwania w procesie tzw. kopania (ang. *mining*). Mechanizm pierwotnego nabywania BTC w praktyce oznacza rozwikłanie pewnej zagadki mate-

¹ Ł. Michalik, *Bitcoin – waluta wolnych ludzi czy pomysłowa piramida finansowa?*, „Gadżetomania” 2012, <https://gadzetomania.pl/4279,bitcoin-waluta-wolnych-ludzi-czy-pomyslowa-piramida-finansowa> (dostęp: 25.04.2021 r.).

² S. Nakamoto, *Bitcoin, A Peer-to-Peer Electronic Cash System*, <https://bitcoin.org/bitcoin.pdf> (dostęp: 15.07.2021 r.).

matycznej za pomocą posiadanego przez nas komputera. Pierwsze możliwe do wykopania BTC nie wymagały wyjątkowo zaawansowanych kart graficznych i systemów operacyjnych – wykopać BTC mógł tak naprawdę każdy. Z czasem jednak, wraz ze wzrastającą popularnością tej waluty, proces jej wydobywania stał się coraz trudniejszy. Dzisiaj, aby pozyskać jakąkolwiek wartość BTC, należy posiadać wysoce wyspecjalizowany sprzęt o zaawansowanych parametrach obliczeniowo-technicznych. Do dziś liczba wykopanych BTC to około 18 mln. Należy się zatem spodziewać, że w związku z zapowiadaną, ograniczoną ich liczbą (21 mln) dalszy proces ich wykopywania będzie możliwy tylko przez podmioty w tym wyspecjalizowane, posiadające sieć wielu połączonych ze sobą serwerów.

BITCOIN W POLSKIM SYSTEMIE PRAWNYM

Polski rynek kryptowalutowy, w przeciwieństwie do np. maltańskiego³, wciąż czeka na swój legislacyjny rozkwit. Powodów tak uszczuplonego w zakresie technologii kryptowalutowej obrazu polskiego prawodawstwa upatrywać należy w kilku występujących w Polsce, ale także i na świecie, czynnikach. Po pierwsze, branża kryptowalutowa, niezależnie od tego, jak szybko i dynamicznie by się aktualnie rozwijała, wciąż stanowi wąską, z perspektywy wszystkich realizowanych na świecie transakcji, grupę zainteresowanych jej technologią użytkowników. Liczba podmiotów gospodarczych akceptujących kryptotransakcje z każdym miesiącem stopniowo wzrasta, niemniej jednak zwłaszcza na polskim rynku jest wciąż ograniczona. Istotnym czynnikiem uniemożliwiającym sprawne, ustawowe unormowanie BTC w Polsce jest brak wiedzy polskich prawodawców na temat technologii Blockchain, czego dowodem jest ograniczona liczba posłów zaangażowanych w pracę Parlamentarnego Zespołu ds. Technologii Blockchain i Kryptowalut⁴. Aby móc sprawnie poruszać się po zawiłym mechanizmie systemu Blockchain, należy być odpowiednio przygotowanym i wyspecjalizowanym w zakresie trudnej dla laika informatycznej wiedzy. Argumentem poniekąd usprawiedliwiającym, a także tłumaczącym legislacyjną opieszałość polskiego ustawodawcy w zakresie braku podejmowania działań związanych z kryptoprzepisami jest to, że regulacyjne braki w tej materii stanowią problem również dla zagranicznych prawodawców. Próżno szukać wśród innych zagranicznych legislacji ustawy, która komplementarnie i całościowo ujmowałaby tematykę związaną z kryptowalutowym rynkiem. Przez wzgląd na rosnącą popularność kryptotransakcji fala legislacyjnej bierności

³ D. Dziduch, *Malta i jej regulacje finansowe – co sprawia, że jest wyspą blockchain i kryptowalut*, „FXMAG” 2018, <https://www.fxmag.pl/arttykul/malta-i-jej-regulacje-finansowe-co-sprawia-ze-jest-wyspa-blockchain-i-kryptowalut> (dostęp: 15.03.2021 r.).

⁴ Zob. <http://www.sejm.gov.pl/Sejm8.nsf/agent.xsp?symbol=SKLADZESP&Zesp=528> (dostęp: 17.07.2021 r.).

i ambiwalencji zaczyna stopniowo maleć, niemniej jednak wciąż jest to kropla w morzu legislacyjnych potrzeb. Chcąc wyłuskać z polskiego porządku prawnego przepisy, które choćby pośrednio związane są z tematyką BTC, warto przytoczyć tu treść czterech ustaw:

- ustawa z 19.08.2011 r. o usługach płatniczych⁵,
- ustawa z 27.07.2002 r. – Prawo dewizowe⁶,
- ustawa z 29.08.1997 r. o Narodowym Banku Polskim⁷,
- ustawa z 29.07.2005 r. o obrocie instrumentami finansowymi⁸.

Celem niniejszej analizy będzie próba odpowiedzi na pytanie, czy BTC w oparciu o wymienione wyżej ustawy może nosić miano krajowego środka płatniczego. Wszelkie ewentualne „za” bądź „przeciw” konfrontować będą z treścią opinii prawnych i decyzji opublikowanych dotychczas przez centralne organy lub urzędy państwowe. Na wstępie warto zaznaczyć, że pomimo prawnie nieuregulowanej sytuacji bitcoina w Polsce, jak czytamy w odpowiedzi Ministerstwa Finansów na interpelację senatora Macieja Klimy – „funkcjonowanie oraz obrót wirtualnymi walutami na terenie Rzeczypospolitej Polskiej nie narusza prawa polskiego, ani prawa unijnego”⁹. To jedno, bardzo istotne zdanie, będące oficjalnym stanowiskiem Ministerstwa Finansów, jednoznacznie przekreśliło wszelkie błędne opinie dotyczące rzekomego zakazanego charakteru prawnego BTC. Pomimo zapewnionej przez Ministerstwo legalności bitcoina z opublikowanego przez Komisję Nadzoru Finansowego i Narodowy Bank Polski komunikatu w sprawie „walut” wirtualnych wynika, że „nie są one prawnym środkiem płatniczym, ani walutą, nie mogą być wykorzystane do spłaty zobowiązań podatkowych oraz nie spełniają kryterium powszechnej akceptowalności w punktach handlowo-usługowych. «Waluty» wirtualne nie są pieniądzem elektronicznym, nie mieszczą się w zakresie ustawy z 19.08.2011 r. o usługach płatniczych oraz ustawy z 29.07.2005 r. o obrocie instrumentami finansowymi”¹⁰.

Z uwagi zatem na treść obu przytoczonych opinii bitcoin ma status umownego i w pełni legalnego środka wymiany dóbr. Z drugiej zaś strony w opublikowanym komunikacie KNF i NBP wskazują wiele potencjalnych niebezpieczeństw, z jakimi wiąże się posiadanie bądź inwestowanie w kryptowaluty. Sceptyczne podejście obu organów do lokowania swoich oszczędności w BTC

⁵ Ustawa z 19.08.2011 r. o usługach płatniczych (Dz.U. z 2011 r. nr 199 poz. 1175).

⁶ Ustawa z 27.07.2002 r. – Prawo dewizowe (Dz.U. z 2002 r. nr 141 poz. 1178).

⁷ Ustawa z 29.08.1997 r. o Narodowym Banku Polskim (Dz.U. z 1997 r. nr 140 poz. 938), dalej u.n.b.p.

⁸ Ustawa z 29.07.2005 r. o obrocie instrumentami finansowymi (Dz.U. z 2005 r. nr 183 poz. 1538).

⁹ Zob. https://www.senat.gov.pl/gfx/senat/userfiles/_public/k8/dokumenty/stenogram/oswiadczenia/klima/3001oa.pdf (dostęp: 23.07.2021 r.).

¹⁰ Narodowy Bank Polski i Komisja Nadzoru Finansowego, *Komunikat Narodowego Banku Polskiego i Komisji Nadzoru Finansowego w sprawie „walut” wirtualnych*, 2017, https://www.nbp.pl/aktualnosci/wiadomosci_2017/komunikat-waluty-wirtualne.pdf (dostęp: 25.07.2021 r.).

jest wynikiem nieuregulowanej sytuacji kryptowalutowej na polskim rynku, co w praktyce przekłada się na brak jakiegokolwiek ochrony ze strony państwa ich potencjalnych posiadaczy.

Zauważalnym i podstawowym problemem kryptowalut w Polsce jest brak jednej, powszechnie obowiązującej definicji. W odpowiedzi na kolejną interpelację, złożoną tym razem przez posła Mirosława Suchonia, Ministerstwo Finansów unifikuje pojęcie kryptowaluty z walutą wirtualną i cyfrową, odwołując się przy tym do opublikowanej przez Europejski Bank Centralny definicji waluty cyfrowej – jest ona „cyfrową reprezentacją wartości niewyemitowaną przez bank centralny, instytucję kredytową lub instytucję pieniądza elektronicznego, która w pewnych okolicznościach może być użyta jako alternatywa dla pieniędzy”¹¹.

Kolejną próbą definicyjnego uchwycenia kryptowaluty, zaproponowaną przez Parlament Europejski w rezolucji z 26.05.2016 r. (na którą powołuje się w swojej odpowiedzi na interpelację Ministerstwa Finansów), jest postrzeganie kryptowalut jako „«cyfrowej gotówki», czy cyfrowych wyznaczników wartości, które nie są emitowane przez bank centralny ani organ publiczny, nie są powiązane z walutą fiducjarną i są przyjmowane przez osoby fizyczne lub prawne jako środek płatniczy. Mogą one być przekazywane, przechowywane bądź sprzedawane drogą elektroniczną”¹².

Obie zaprezentowane definicje stanowią jedynie ogólny i bardzo szeroki zarys terminologiczny kryptowalut, nieuwzględniający przy tym jednak zarówno ich różnorodności, jak i odmienności w sposobie działania.

Skoro jednak Ministerstwo Finansów potwierdza legalny status wirtualnych walut, co stoi na przeszkodzie uznaniu ich za powszechny krajowy środek płatniczy? Powodów takiego wykluczenia jest kilka.

Przeszkodą pojawiającą się na drodze do uznania wirtualnych walut za prawny środek płatniczy jest Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej, która w art. 227 ust. 1 stanowi, że „Centralnym bankiem państwa jest Narodowy Bank Polski. Przysługuje mu wyłączne prawo emisji pieniądza oraz ustalania i realizowania polityki pieniężnej. Narodowy Bank Polski odpowiada za wartość polskiego pieniądza”¹³. Nawiązując do treści Konstytucji ustawą utwierdzającą NBP w swojej funkcji krajowego emitenta jest ustawa z 29.08.1997 r. o Narodowym Banku Polskim, która w art. 4 stanowi, że „NBP przysługuje wyłączne prawo emitowania znaków pieniężnych”, które zgodnie z art. 32 ww. ustawy „są prawnymi środkami płatniczymi na obszarze Rzeczypospolitej Polskiej”.

Już na tym etapie rozważań dochodzimy do wniosku, że ze względu na pań-

¹¹ Zob. <http://orka2.sejm.gov.pl/INT8.nsf/klucz/658C47ED/%24FILE/i06655-o1.pdf> (dostęp: 4.07.2021 r.).

¹² Zob. http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2016-0168_EN.html?redirect (dostęp: 26.07.2021 r.).

¹³ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z 2.04.1997 r. (Dz.U. z 1997 r. nr 78 poz. 483).

stwowy monopol Narodowego Banku Polskiego na dystrybucję znaków pieniężnych zdecentralizowany i generowany niejako przez użytkowników sieci blockchain bitcoin nie mógłby ze względu na proces jego emisji zostać uznany za prawnie zaakceptowany środek płatniczy. W związku ze stosunkowo złożoną procedurą zmiany treści Konstytucji RP w najbliższych latach trudno byłoby wyobrazić sobie na tyle dokładną i precyzyjnie opracowaną polską koncepcję wirtualnej waluty, która umożliwiłaby jej konstytucyjne potwierdzenie. Warto jednak pamiętać, że pomimo braku konstytucyjnego uznania kryptowalut to od stron danej umowy zależeć będzie wybór obopólnie zaakceptowanego środka płatności, którego rolę pełnić może m.in. BTC.

Przechodząc do ustawy o usługach płatniczych, warto wskazać różnice, jakie występują pomiędzy pieniądzem elektronicznym (który, wydawać by się mogło, odpowiada definicji waluty wirtualnej) a kryptowalutą. Jak stanowi ustawa, pieniądz elektroniczny jest „wartością pieniężną przechowywaną elektronicznie, w tym magnetycznie, wydawaną, z obowiązkiem jej wykupu, w celu dokonywania transakcji płatniczych, akceptowaną przez podmioty inne niż wyłącznie wydawca pieniądza elektronicznego”.

Na pierwszy rzut oka wydawać by się mogło, że ustawowa definicja pieniądza elektronicznego w pełni pokrywa się z istotą kryptowalut, niemniej jednak po głębszej analizie dostrzec można kilka istotnych różnic uniemożliwiających definicyjną unifikację obu pojęć, co potwierdziła KNF w opublikowanym przez siebie komunikacie¹⁴. O ile pieniądz elektroniczny generowany jest w zamian za prawnie akceptowany środek płatniczy (PLN), o tyle BTC może być nabywany niejako samodzielnie przez jego użytkowników w procesie miningu, czyli tzw. kopania kryptowalut. O ile „wydawanie pieniądza elektronicznego oraz świadczenie usług płatniczych w charakterze krajowej instytucji pieniądza elektronicznego wymaga uzyskania zezwolenia KNF” (art 132a u.u.p.), o tyle proces wydobywania BTC uzależniony jest jedynie od technicznych możliwości danego komputera. Oznacza to, że pierwszy człon ustawowej definicji pieniądza elektronicznego związany z jego elektronicznie przechowywaną wartością i możliwością dokonywania transakcji w pełni odzwierciedla charakter m.in. bitcoina, lecz dalsze elementy, takie jak zdecentralizowany, samoistny i autonomiczny proces jego wydobywania jednoznacznie przekreśla uznanie go za pieniądz elektroniczny.

Kolejnym ciekawym rozwiązaniem z perspektywy powszechnej akceptacji bitcoina byłoby uznanie go za „walutę” w rozumieniu ustawy o prawie dewizowym. Powszechnie przyjęło się postrzegać bitcoina jako tzw. kryptowalutę – „krypto”, ponieważ zbudowana jest w oparciu o system kryptografii, a „walutę” jako pojęcie reprezentujące pewną wartość. Czy w przypadku kryptowalut, oprócz *sensu stricto* semantycznego znaczenia wyrazu „waluta”,

¹⁴ Narodowy Bank Polski i Komisja Nadzoru Finansowego, *Komunikat Narodowego Banku Polskiego i Komisji Nadzoru Finansowego w sprawie „walut” wirtualnych*, 2017, https://www.nbp.pl/aktualnosci/wiadomosci_2017/komunikat-waluty-wirtualne.pdf (dostęp: 1.07.2021 r.).

stanowi ono również desygnat ustawowego pojęcia „waluty” w rozumieniu ustawy o prawie dewizowym? Zgodnie z treścią art. 2 pkt 7 wspomnianej ustawy „walutą polską są znaki pieniężne (banknoty i monety) będące w kraju prawnym środkiem płatniczym, a także wycofane z obiegu, lecz podlegające wymianie”, jak również, nawiązując do treści art. 2 pkt 10 Prawa dewizowego, „walutami obcymi są znaki pieniężne (banknoty i monety) będące poza krajem prawnym środkiem płatniczym, a także wycofane z obiegu, lecz podlegające wymianie”.

To, co odróżnia w pierwszej kolejności „walutę ustawową” od kryptowaluty, to zmaterializowany jej charakter (banknoty i monety). Bitcoin, w przeciwieństwie do np. dolara amerykańskiego, jest bytem niematerialnym, niemającym swojego fizycznego nośnika wartości. Do tego, jak stanowi ustawa, miano waluty posiada zarówno polski, jak i zagraniczny znak pieniężny będący prawnie uznanym krajowym środkiem płatniczym. W Polsce, a także w wielu innych państwach świata, wciąż nie uznano BTC za prawny środek płatniczy, niemniej jednak pracę nad nadaniem mu takiego tytułu zakończyły się m.in. w Japonii. Na podstawie powyższych rozważań bitcoin, tak jak i wszystkie inne odmiany kryptowalut, wciąż nie może zostać uznany za walutę polską bądź obcą w rozumieniu ustawy – Prawo dewizowe¹⁵.

Interpretacyjnie możliwie powiązaniem terminem z pojęciem bitcoina jest tzw. instrument finansowy, regulowany na podstawie ustawy z 29.07.2005 r. o obrocie instrumentami finansowymi. Zgodnie z treścią art. 2 ust. 1 instrumentami finansowymi są papiery wartościowe wraz z taksatywnie wyliczonymi, niebędącymi papierami wartościowymi, instrumentami finansowymi, takimi jak m.in. uprawnienia do emisji i tytuły uczestnictwa. W związku z ustawowo zamkniętym katalogiem przyjętych w Polsce instrumentów finansowych bitcoin, będący samoistną wartością, nie został jakkolwiek w ustawie wymieniony, co bezsprzecznie przekreśla możliwość uznania go za instrument finansowy w rozumieniu powyższej ustawy.

Czym jest w takim przypadku bitcoin w polskim prawie? O ile w ujęciu funkcjonalnym pieniądź to uznany przez strony transakcji miernik pewnej wartości, reprezentujący proporcjonalną do przekazywanego w zamian towaru miarę dobra, o tyle w ujęciu normatywnym pieniądź to ustawowo potwierdzony krajowy środek płatniczy, mający właściwość umarzania zawartych pomiędzy stronami zobowiązań. Bitcoin mający pewną wartość bez wątpienia w ujęciu funkcjonalnym pełni rolę pieniądza, w ujęciu normatywnym zaś (jak było to wyjaśnione w oparciu o ustawę o Narodowym Banku Polskim) nie spełnia on kryterium powszechnej uznawalności.

Reasumując, bitcoin będący niepodważalnym miernikiem pewnej wartości może pełnić rolę substratu bądź alternatywy dla pieniądza fiducyjnego – art. 358¹ § 2 k.c.: „Strony mogą zastrzec w umowie, że wysokość świadczenia pieniężnego

¹⁵ Zob. <http://taxfin.pl/wirtualne-waluty-a-prawo-dewizowe/> (dostęp: 1.07.2021 r.).

zostanie ustalona według innego niż pieniądź miernika wartości¹⁶. Z tej perspektywy pełni on zatem funkcję pieniądza prywatnego, o ustalonej wartości *inter partes*¹⁷.

Biorąc pod uwagę odnoszące się do istoty BTC tezy, jakie prezentowane są w orzeczeniach sądowych i przeważającej części doktryny, kryptowaluty uznac należy za zgodne z art. 44 k.c.¹⁸ prawa majątkowe niebędące rzeczami w rozumieniu art. 45 k.c.¹⁹, będące jednak zbywalnym prawem własności²⁰. Problem, jaki wiąże się z niematerialnym charakterem BTC, polega na tym, że kryptowaluty nie będą mogły być „własnością” w rozumieniu Kodeksu cywilnego, gdyż status ten przypada wyłącznie rzeczom materialnym. Refleksja ta z perspektywy prawnokarnej będzie istotna.

BITCOIN – ANALIZA NA TLE PRAWNOKARNYM

O ile na gruncie zaprezentowanych powyżej ustaw bitcoin nie spełnia ani kryterium krajowego środka płatniczego, waluty, ani choćby kodeksowo rozumianej rzeczy, o tyle perspektywa prawnokarne wskazuje nam kolejne definicyjne możliwości.

Zaczynając od najistotniejszego aspektu – definicja rzeczy ruchomej na gruncie prawa karnego różni się zasadniczo od tej znanej nam z Kodeksu cywilnego. Artykuł 115 § 9 k.k. stanowi, że „rzeczą ruchomą lub przedmiotem jest także polski albo obcy pieniądź lub inny środek płatniczy, środek pieniężny zapisany na rachunku oraz dokument uprawniający do otrzymania sumy pieniężnej albo zawierający obowiązek wypłaty kapitału, odsetek, udziału w zyskach albo stwierdzenie uczestnictwa w spółce”.

W literaturze przedmiotu²¹ zwraca się uwagę, że definicja rzeczy ruchomej prezentowana w Kodeksie karnym uzupełnia definicję rzeczy z art. 45 k.c., stanowiącego, że „rzeczami w rozumieniu niniejszego kodeksu są tylko przedmioty materialne”. Pogląd ten zasługuje w pełni na aprobatę, gdyż stosowanie kalki pojęciowej definicji „rzeczy” z prawa cywilnego na grunt prawa karnego znacząco ograniczałoby funkcję ochronną prawa karnego. Znakomitym przykładem obrazującym takie kuriozum byłby przypadek, w którym „osobę

¹⁶ Ustawa z 23.04.1964 r. – Kodeks cywilny (Dz.U. z 1964 r. nr 16 poz. 93), dalej k.c.

¹⁷ K. Zacharzewski, *Bitcoin jako przedmiot stosunków prawa prywatnego*, „Repozytorium UMK” 2014, s. 1132, <https://repozytorium.umk.pl/bitstream/handle/item/2866/46.pdf?sequence=1> (dostęp: 2.07.2021 r.).

¹⁸ Art. 44 k.c. Mieniem jest własność i inne prawa majątkowe.

¹⁹ Art. 45 k.c. Rzeczami w rozumieniu niniejszego kodeksu są tylko przedmioty materialne.

²⁰ Wyrok NSA z 6.03.2018 r. (II FSK 488/16); K. Zacharzewski, *Bitcoin jako...*, s. 1133; K. Wojdyło, M. Pietkiewicz, *Czym są wirtualne waluty*, „Bitcoin.pl”, Warszawa 2019, <https://bitcoin.pl/bitcoin-a-polskie-prawo/#Czym> (dostęp: 2.07.2021 r.).

²¹ M. Budyn-Kulik, P. Kozłowska-Kalisz, M. Kulik, M. Mozgawa (w:) *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2018, komentarz do art. 115 k.k.; M. Dąbrowska-Kardas, P. Kardas, *Przestępstwa przeciwko mieniu* (w:) *Kodeks karny. Część szczegółowa. Komentarz do art. 278–363*, Warszawa 2016, t. 3.

schwytaną podczas wymontowywania silnika z cudzego samochodu, który zamierzała ukraść, można by pociągnąć do odpowiedzialności karnej co najwyżej za usiłowanie nieudolne (!) kradzieży, gdyż silnik dopiero po całkowitym odłączeniu od reszty pojazdu straciłby przymiot jego części składowej, stając się osobną rzeczą (ruchomą)²².

Czy w związku z rozszerzonym na gruncie prawa karnego zakresem pojęcia rzeczy ruchomej można ostatecznie określić bitcoin jako przedmiot? Znaleźcie odpowiedzi na to pytanie nie jest proste, gdyż w przeciwieństwie do prawa cywilnego, prawo karne nie wymaga fizycznej (materialnej) formy rzeczy ruchomej. Pojęcie „pieniądza” – zarówno polskiego, obcego, bezgotówkowego, elektronicznego, jak i w formie instrumentu finansowego – w prawie karnym rozumiane jest tak samo jak na gruncie prawa cywilnego, dlatego ponowna analiza powyższych pojęć byłaby bezzasadna, gdyż prowadziłyby do tych samych wniosków – bitcoin nie spełnia żadnej rozumianej ustawowo cechy pieniądza.

Terminem pojawiającym się w wielu przepisach ustawy karnej (m.in. w art. 115 § 9 k.k., art. 310 k.k., art. 312 k.k.) – być może wyjaśniającym istotę bitcoina – jest „inny środek płatniczy”. O ile nieodpowiadający cechom BTC „środek płatniczy” definiowany jest poprzez art. 32 u.n.b.p. – „Znaki pieniężne emitowane przez NBP są prawnymi środkami płatniczymi na obszarze Rzeczypospolitej Polskiej”, o tyle pojęcie „innego środka płatniczego” pozbawione jest swojej legalnej definicji zarówno na gruncie prawa karnego, jak i cywilnego.

Według wykładni językowej pojęcie „inny środek” daje dwie alternatywne możliwości jego interpretacji. Z jednej strony słowo „inny” może odnosić się do wszelkich możliwych form płatności (nie tylko tych prawnie uznanych), a z drugiej, może dotyczyć wszelkich możliwych, aczkolwiek prawnie uznanych form płatności.

Pomimo wielu definicyjnych wariantów najistotniejszą i niepodważalną cechą środka płatniczego jest jego powszechność, która gwarantowana jest tylko poprzez jego ustawowe uznanie. W związku z tym argumentem przeciwko uznaniu BTC w rozumieniu Kodeksu karnego za „inny środek płatniczy” jest wymóg ustawowej akceptacji (powszechności) danego „środka płatniczego”²³. Wyraz „inny” nie odnosi się zatem do wszelkich możliwych form płatności,

²² A. Barczak-Oplustil, M. Bielski, G. Bogdan, Z. Cwiakalski, M. Dąbrowska-Kardas, W. Górowski, M. Iwański, M. Jakubowski, J. Jodłowski, P. Kardas, J. Majewski, M. Małecki, A. Plich, M. Pyrcak-Górowska, J. Raglewski, M. Szewczyk, S. Tarapata, W. Wróbel, A. Zoll, *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz do art. 53–116*, red. W. Wróbel, A. Zoll, Warszawa 2017, t. 1, cz. 2.

²³ Ł. Pasternak, *Kryptowaluta i pieniądz wirtualny jako przedmiot przestępstwa z art. 310 § 1 k.k.*, „Prokuratura i Prawo” 2017/4, s. 77; J. Skorupka (w.): *System prawa karnego. Przestępstwa przeciwko mieniu i gospodarstwu*, red. R. Zawłocki, Warszawa 2015, t. 9, s. 774; J. Liberacki, *Karnoprawne aspekty walut kryptograficznych (Bitcoin jako przedmiot przestępstwa)*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2018/13, s. 7, <https://www.czpki.pl/artykuly/karnoprawne-aspekty-walut-kryptograficznych-bitcoin-jako-przedmiot-przestepstwa> (dostęp: 3.08.2021 r.).

a jedynie innych, prawnie zaakceptowanych form płatności. Pomimo wciąż rosnącej popularności kryptowalut sprzedawca w sklepie spożywczym ma prawo odmówić przyjęcia płatności w formie BTC.

Przeciwnikiem nazywania bitcoina „innym środkiem płatniczym” jest m.in. Łukasz Pasternak, który pisze, że „niemożliwe jest również wskazanie podmiotu, który bezpośrednio go wyemitował. Bitcoin posiada swój byt w świecie wirtualnym, co dodatkowo potwierdza, iż bitcoin nie jest innym środkiem płatniczym w rozumieniu przepisów kodeksu karnego”²⁴. Zgodnie z treścią art. 115 § 9 k.k. wynikiem nadania bitcoinowi statusu „innego środka płatniczego” byłoby jednocześnie potraktowanie go jako rzeczy ruchomej, co z perspektywy powyższych rozważań rodziłoby wiele wątpliwości.

Będący kolejnym prawnokarnym pojęciem potencjalnie odpowiadającym istocie bitcoina jest tzw. dokument – rozumiany na gruncie art. 115 § 9 k.k. „Dokument” na gruncie tego przepisu odnosi się enumeratywnie do trzech kategorii dokumentów, uprawniających posiadaczy do:

- a) otrzymania sumy pieniężnej,
- b) wypłaty kapitału, odsetek, udziału w zyskach,
- c) stwierdzenia uczestnictwa w spółce.

Przykładami takich dokumentów będą m.in. papiery wartościowe, polisy, obligacje czy kupony dywidendowe. Pojęcie „dokument” w prawie karnym definiowane jest także samodzielnie za pomocą art. 115 § 14 k.k., który stanowi, że „dokumentem jest każdy przedmiot lub inny zapisany nośnik informacji, z którym jest związane określone prawo, albo który ze względu na zawartą w nim treść stanowi dowód prawa, stosunku prawnego lub okoliczności mającej znaczenie prawne”. Analiza pojęcia „dokument” z perspektywy zarówno art. 115 § 9 k.k., jak i art. 115 § 14 k.k. nie pokrywa się jednak z mechanizmem działania bitcoina będącego „informacją samą w sobie”²⁵, z którą nie wiąże się żadne określone prawo lub treść stosunku prawnego. O ile „dokument” powinien spełniać warunek materialności (fizyczności) ocenianej każdorazowo subiektywnie²⁶, o tyle BTC, będący niematerialnym dobrem, będzie jedynie formą pewnego cyfrowego zapisu. Mając zatem na uwadze powyższą konstatację, nie można uznać BTC za dokument w rozumieniu polskiej ustawy karnej.

Abstrahując od zacytowanej powyżej art. 115 § 9 k.k., można zauważyć, że w wielu innych artykułach ustawy karnej (art. 45 k.k., art. 286 § 1 k.k., art. 296 k.k., art. 229 k.k., art. 230 k.k., art. 115 § 22 k.k.) pojawia się termin „korzyść majątkowa”. Na gruncie polskiej ustawy karnej nie znajdziemy jednak jednoznacznej definicji tego pojęcia, gdyż informacją pośrednio przybliżającą nas do jego zro-

²⁴ Ł. Pasternak, *Kryptowaluta...*, s. 98.

²⁵ J. Liberacki, *Karnoprawne...*, s. 10–11.

²⁶ V. Konarska-Wrzosek (w:) A. Lach, J. Lachowski, T. Oczkowski, I. Zgoliński, A. Ziółkowska, V. Konarska-Wrzosek, *Kodeks karny. Komentarz*, red. V. Konarska-Wrzosek, Warszawa 2018.

zumienia jest jedynie ta z art. 115 § 4 k.k. – „korzyścią majątkową lub osobistą jest korzyść zarówno dla siebie, jak i dla kogo innego”.

W związku ze stosunkowo enigmatycznym zakresem definicyjnym pojęcia „korzyść majątkowa” warto przytoczyć kilka opublikowanych w literaturze przedmiotu tez, dzięki którym zrozumienie tego terminu będzie prostsze.

W pierwszej kolejności korzyści majątkowej nadany został stosunkowo szeroki zakres definicyjny, gdyż jest to „każde, choćby przejściowe polepszenie sytuacji majątkowej”, które „może przybrać w konkretnym wypadku najprzeróżniejszą postać”²⁷. Inna, zaaprobowana koncepcja przyjmuje, że „korzyścią majątkową jest zwiększenie aktywów majątkowych lub zmniejszenie pasywów, przy czym majątkiem są wszystkie prawa, które mają wartość możliwą do wyrażenia w pieniądzu”²⁸. Ostatnim przywołanym przeze mnie objaśnieniem pojęciowym jest to zwracające uwagę na fakt, że „korzyść majątkowa ma wymierną wartość ekonomiczną, wyrażoną w określonej kwocie pieniężnej”²⁹.

W powyższych opisach istotny jest zatem aspekt ekonomiczny, rozumiany jako pewna dodatnia finansowo wartość. Bitcoin, niereprezentujący bezpośrednio żadnej materialnej wartości, pełni rolę pewnego alternatywnego do pieniądza dobra, które w każdej chwili może zostać spieniężone. Pomimo wciąż zmieniającej się na giełdzie wartości BTC pełni on funkcję zarówno środka tezauryzacji, jak i zapisu cyfrowego, który w pewnych okolicznościach traktowany jest wręcz jako zamiennik krajowego pieniądza. O ile brak jego powszechnej akceptowalności uniemożliwił uznanie go za np. pieniądz elektroniczny bądź krajowy, o tyle w wypadku korzyści majątkowej warunek jego krajowego uznania jest obojętny, gdyż istotą korzyści majątkowej jest jej ekonomiczna wartość, oceniana każdorazowo subiektywnie. Zatem bitcoin, mający swoją wartość w pieniądzu fiducjarnym, w pełni zasługuje na miano swoistej korzyści majątkowej.

Pojawiającą się coraz częściej w doktrynie tezą³⁰ definiującą kryptowaluty jest ta zrównująca bitcoina z tzw. informacją lub zapisem informatycznym w rozumieniu m.in. art. 267 k.k., art. 268 k.k., art. 268a k.k., art. 287 § 1 k.k. Należy w pełni zgodzić się z taką interpretacją BTC, gdyż pełni on rolę pewnego niematerialnego, cyfrowego zapisu informacji. Podążając za twórcą tej koncepcji P. Opitkiem – „na gruncie prawa karnego, «kryptowaluta», rozumiana jako zapis cyfrowy, jest chronionym dobrem prawnym określanym jako «informacja»

²⁷ A. Barczak-Oplustil, M. Bielski, G. Bogdan, Z. Cwiakalski, M. Dąbrowska-Kardas, W. Górowski, M. Iwański, M. Jakubowski, J. Jodłowski, P. Kardas, J. Majewski, M. Małecki, A. Plich, M. Pyrcak-Górowska, J. Raglewski, M. Szewczyk, S. Tarapata, W. Wróbel, A. Zoll, *Kodeks karny. Część ogólna, Komentarz do art. 53–116*, red. W. Wróbel, A. Zoll, Warszawa 2017, t. 1, cz. 2.

²⁸ M. Budyn-Kulik, P. Kozłowska-Kalisz, M. Kulik, M. Mozgawa (w:) *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2018, komentarz do art. 115 k.k.

²⁹ V. Konarska-Wrzosek (w:) *Kodeks karny. Komentarz...*

³⁰ P. Opitek, *Kryptowaluty jako przedmiot zabezpieczenia i poręczenia majątkowego*, „Prokuratura i Prawo” 2017/6, s. 49; J. Liberacki, *Karnoprprawne...*, s. 15.

(art. 267 § 1–3 k.k.), «zapis na informatycznym nośniku danych» (art. 268 § 2 k.k.) lub «dane informatyczne» (art. 268a § 1 k.k., art. 287 § 1 k.k.)³¹. Abstrahując od kwalifikacji prawnej konkretnego typu czynu zabronionego, można stwierdzić, że BTC na gruncie Kodeksu karnego spełnia cechy prawnie chronionej informacji lub poufnego zbioru danych.

Reasumując niniejsze karnoprawne rozważania na temat istoty kryptowalut, nietrudno zauważyć, że bitcoin staje się coraz częstszym obiektem zainteresowań zarówno jego użytkowników, jak i zwolenników, ale także doktryny i orzecznictwa. Zarówno na gruncie prawa cywilnego, jak i prawa karnego, nie sposób uznać bitcoina za pieniądź, dokument, środek płatniczy czy instrument finansowy, chociaż objęcie kryptowalut nazewnictwem innych prezentowanych w Kodeksie karnym pojęć, m.in. korzyścią majątkową, informacją czy zbiorem danych, jest w pełni zrozumiałe i zaaprobowane przez doktrynę.

WNIOSKI

Mając na uwadze wszelkie poczynione wyżej rozważania, należy stwierdzić, że polityka kryptowalutowa stanowić będzie przedmiot wielu przyszłych debat. Bezsprzecznie kryptowaluta stanowi epokowy wynalazek będący światowym manifestem przeciwko inwigilacji i kontroli obywateli przez wielkie korporacje i państwowe instytucje. Fakt, w jak krótkim czasie bitcoin (będący prekursorem wszystkich kryptowalut) zyskał na wartości, przewyższając wartość 1 uncji złota, pokazuje skalę tego światowego protestu.

Aktualna liczba wszystkich powstałych kryptowalut sięga aż 4 tysięcy. Polski ustawodawca powinien podjąć działania legislacyjne i mimo wszystko objąć państwową ochroną wszelkie transakcje kryptowalutowe, zapewniając przy tym ich użytkownikom pewność i względną stabilność instytucjonalną. Pewne jest, że o ile popularność bitcoina będzie wzrastać, o tyle brak jakichkolwiek prawnych gwarancji stworzy alternatywną rzeczywistość, w której państwo, nie posiadając funkcji kontrolnej i zabezpieczającej kryptowalutowy przepływ danych, stworzy przestrzeń do wielu potencjalnych nadużyć i niebezpieczeństw, którym zwłaszcza z perspektywy prawa karnego państwo powinno skutecznie zapobiegać. Dopóki BTC stanowi margines wszystkich internetowych transakcji, dopóty ustawodawca może deprecjonować jego internetowy byt.

Warto pamiętać jednak, że zmiana prawa stanowi zawsze następstwo pewnych zdarzeń, dlatego z uwagi na utrzymujący się od kilku lat kryptowalutowy trend transakcyjny nowelizacja prawa wydaje się bezwzględnie koniecznością.

³¹ P. Opitek, *Kryptowaluty...*, s. 49.

ABSTRACT

Aleksander Petrys

The author is a second-year trainee advocate (District Bar Association in Warsaw), a graduate of the Faculty of Law and Administration of the Jagiellonian University in Krakow, a lawyer in a law firm in Warsaw.

**Bitcoin: a modern alternative to fiat money
in a criminal law perspective**

The subject of this study is a criminal law analysis of cryptocurrencies in the Polish legal system. The aim of this work is to show the legislative vacuum, as well as the criminal law consequences resulting from this vacuum for cryptocurrency holders in Poland. The interdisciplinary character of the presented matter compels us to take up a reflection not only on the basis of criminal law but also on the basis of achievements of civil law studies. The current policy of cryptocurrency depreciation by the Polish legislature should undergo a thorough re-evaluation.

Keywords: *cryptocurrency, bitcoin, cybercrime, blockchain, e-terrorism*

Aleksander Petrys

e-mail: petrysaleksander@gmail.com

Autor jest aplikantem adwokackim II roku (ORA w Warszawie), absolwentem Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego, prawnikiem w jednej z warszawskich kancelarii.

BIBLIOGRAFIA ZAŁĄCZNIKOWA

Budyn-Kulik Magdalena, Kozłowska-Kalisz Patrycja, Kulik Marek, Mozgawa Marek (w:) *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2018, komentarz do art. 115 k.k.

Dąbrowska-Kardas Małgorzata, Kardas Piotr, *Przestępstwa przeciwko mieniu* (w:) *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz do art. 278–363*, Warszawa 2016, t. 3

Dziduch Darek, *Malta i jej regulacje finansowe – co sprawia, że jest wyspą blockchain i kryptowalut*, „FXMAG” 2018

Konarska-Wrzosek Violetta, Lach Arkadiusz, Lachowski Jerzy, Oczkowski Tomasz, Zgoliński Igor, Ziółkowska Agata, *Kodeks karny. Komentarz*, red. V. Konarska-Wrzosek, Warszawa 2018

Liberacki Jędrzej, *Karnoprawne aspekty walut kryptograficznych (Bit-*

coin jako przedmiot przestępstwa), „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2018/13, s. 7, <https://www.czipk.pl/artykuly/karnoprawne-aspekty-walut-kryptograficznych-bitcoin-jako-przedmiot-przestepstwa>

Michalik Łukasz, *Bitcoin – waluta wolnych ludzi czy pomysłowa piramida finansowa?*, „Gadżetomania” 2012

Opitek Paweł, *Kryptowaluty jako przedmiot zabezpieczenia i poręczenia majątkowego*, „Prokuratura i Prawo” 2017/6, s. 49

Pasternak Łukasz, *Kryptowaluta i pieniądz wirtualny jako przedmiot przestępstwa z art. 310 § 1 k.k.*, „Prokuratura i Prawo” 2017/4, s. 77

Skorupka Jerzy (w:) *System prawa karnego. Przestępstwa przeciwko mieniu i gospodarcze*, red. R. Zawłocki, Warszawa 2015, t. 9

Wojdyło Krzysztof, Pietkiewicz Marcin, *Czym są wirtualne waluty*, „Bitcoin.pl”, Warszawa 2019

Wróbel Włodzimierz, Zoll Andrzej, Barczak-Oplustil Agnieszka, Bielski Marek, Bogdan Grzegorz, Ćwiąkalski Zbigniew, Dąbrowska-Kardas Małgorzata, Górowski Wojciech, Iwański Mikołaj, Jakubowski Michał, Jodłowski Jan, Kardas Piotr, Majewski Jarosław, Małecki Mikołaj, Pilch Agnieszka, Pyrcak-Górowska Małgorzata, Raglewski Janusz, Szewczyk Maria, Tarapata Szymon, *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz do art. 53–116*, red. W. Wróbel, A. Zoll, Warszawa 2017, t. 1, cz. 2

Zacharzewski Konrad, *Bitcoin jako przedmiot stosunków prawa prywatnego*, „Repozytorium UMK” 2014

Pojęcia kluczowe: Europejski Trybunał Praw Człowieka, niezależność sądownictwa, środek odwoławczy do sądu, rzetelność proceduralna, prawo dostępu do sądu, kadencja

Najnowsze orzecznictwo

Marek Antoni Nowicki

ZARZUT BRAKU ŚRODKÓW PRAWNYCH UMOŻLIWIĄCYCH SKARŻĄCYM ODWOŁANIE SIĘ OD DECYZJI MINISTRA SPRAWIEDLIWOŚCI O ZAKOŃCZENIU PRZED TERMINEM ICH KADENCJI JAKO WICEPREZESÓW SĄDU OKRĘGOWEGO W KIELCACH – OMÓWIENIE WYROKU ETPCZ Z 29.06.2021 R. W SPRAWIE *BRODA I BOJARA PRZECIWKO POLSCE*, IZBA (SEKCJA I), SKARGI NR 26691/18 I 27367/18

Prezentowane omówienie stanowi obszerne streszczenie szeroko komentowanego wyroku wydanego 29.06.2021r. przez Europejski Trybunał Praw Człowieka w sprawie *Broda i Bojara v. Polska*, dotyczącego zarzutu braku środków prawnych umożliwiających skarżącym odwołanie się od decyzji ministra sprawiedliwości o zakończeniu przed terminem ich kadencji jako wiceprezesów Sądu Okręgowego w Kielcach. Uzupełnia je informacja o reakcji Ministerstwa Sprawiedliwości na ten wyrok oraz fragmenty listu skierowanego do Ministra Sprawiedliwości przez Sekretarza Generalnego Rady Europy.

Mariusz Broda i Alina Bojara byli sędziami odpowiednio od 1998 r. i 1988 r. Sędzia Broda otrzymał nominację do Sądu Okręgowego w Kielcach w dniu 14.04.2014 r., a sędzia Bojara 25.10.1995 r. W 2014 r. zostali powołani na wiceprezesów tego sądu przez ministra sprawiedliwości na kadencję trwającą 6 lat. W dniu 2.01.2018 r. zostali poinformowani przez Ministerstwo Sprawiedliwości o zakończeniu przed terminem ich kadencji wiceprezesów. Podstawą był art. 17 ust.1 ustawy z dnia 12.07.2017 r. o zmianie ustawy – Prawo o ustroju sądów

powszechnych. Sędziowie Broda i Bojara zwrócili się o uzasadnienie decyzji ministra i wskazanie dostępnych środków odwoławczych. W odpowiedzi zostali poinformowani, że na podstawie ww. ustawy minister sprawiedliwości mógł w okresie nie dłuższym niż 6 miesięcy od dnia jej wejścia w życie, a więc w okresie od 12.08.2017 r. do 12.02.2018 r., odwołać prezesów i wiceprezesów sądów bez zachowania wymogów wskazanych w art. 23–25 Prawa o ustroju sądów powszechnych, w brzmieniu obowiązującym od 12.08.2017 r. Minister nie miał obowiązku przedstawienia zainteresowanym powodów swoich decyzji. Zostali również poinformowani, że nie służy od nich odwołanie. Sędziowie ponowili żądanie uzasadnienia. Uważali, że z otrzymanych pism ministerialnych jasno wynikało, iż odwołanie nastąpiło z powodu domniemych „braków administracyjnych” w Sądzie Okręgowym w Kielcach i że dalsze pełnienie przez nich funkcji wiceprezesów byłoby szkodliwe dla „właściwego funkcjonowania sądów”. Sędziowie Broda i Bojara uważali, że twierdzenia te były całkowicie bezpodstawne i uderzały w ich reputację jako wiceprezesów sądu i jako sędziów. Utrzymywali, że sposób wykonywania przez nich obowiązków nigdy nie był kwestionowany, przeciwnie – w środowisku zawodowym był zawsze doceniany. W dniach 16.05.2018 r. i 13.06.2018 r. Ministerstwo Sprawiedliwości poinformowało ich, że minister sprawiedliwości skorzystał z uprawnień do odwołania wiceprezesów na podstawie art. 17(1) ustawy z 12.07.2017 r. i że skarżący niewłaściwie zrozumieli uzasadnienie leżące u podstaw ministerialnych decyzji o ich odwołaniu. Ministerstwo dodało, że minister był uprawniony do stosowania rozmaitych środków pozostających w jego dyspozycji nie tylko w celu naprawy stwierdzonych braków w sądach, ale również wprowadzania ulepszeń, nawet jeśli sytuacja była zadowalająca. Z dniem 1.04.2019 r. sędzia Bojara przeszła w stan spoczynku.

W skardze do Trybunału, z powołaniem się na art. 6 ust. 1 (prawo dostępu do sądu), skarżący sędziowie zarzucili, że w sposób bezprawny i arbitralny przed upływem kadencji zostali odwołani ze swoich funkcji wiceprezesów sądu i nie mieli do dyspozycji żadnego środka prawnego umożliwiającego im kwestionowanie tych decyzji.

Jako strony trzecie wystąpiły w tej sprawie Stowarzyszenia Sędziów Polskich „Iustitia”, Międzynarodowa Komisja Prawników (ICJ) i Amnesty International.

W związku z twierdzeniem rządu, że skarga była niezgodna *ratione materiae* z postanowieniami Konwencji, Trybunał przypomniał zasady dotyczące stosowania art. 6 ust. 1 Konwencji w jego części cywilnej.

Zgodnie z jego ugruntowanym orzecznictwem warunkiem stosowania art. 6 ust. 1 w jego części „cywilnej” jest istnienie „sporu” dotyczącego „prawa”, o którym można powiedzieć – przynajmniej na możliwych do uzasadnienia podstawach – że jest uznane w prawie wewnętrznym, niezależnie od tego, czy jest chronione również na podstawie Konwencji. Spór wchodzący w grę musi być rzeczywisty i poważny i może dotyczyć zarówno samego istnienia prawa, jak i jego zakresu lub sposobów realizacji. Wynik postępowania powinien mieć

jednak dla nich rozstrzygające znaczenie. Nie wystarczy tylko luźny związek lub odległe skutki.

Artykuł 6 ust. 1 nie nadaje „prawom i obowiązkom” o charakterze cywilnym żadnej określonej treści materialnej w porządku prawnym państw Konwencji. Trybunał nie może jednak tworzyć w drodze interpretacji art. 6 ust. 1 prawa materialnego niemającego żadnej podstawy w prawie państwa wchodzącego w grę. Punktem wyjścia muszą być właściwe przepisy prawa krajowego i ich interpretacja przez sądy krajowe.

Prawa w ten sposób przyznane przez ustawodawstwo krajowe mogą być materialne, proceduralne albo wreszcie stanowić połączenie obu tych kategorii.

Trybunał przypomniał poza tym, że zakres pojęcia „charakter cywilny” w rozumieniu art. 6 nie jest ograniczony przez bezpośredni przedmiot sporu. Trybunał przyjął podejście szersze, zgodnie z którym pojęcie „cywilny” obejmuje sprawy, które nie wydają się *a priori* odnosić do prawa cywilnego, ale mogą mieć konsekwencje bezpośrednie i istotne dla prawa o charakterze majątkowym lub niemajątkowym, do którego osoba zainteresowana jest uprawniona.

Co więcej, w związku z charakterem „cywilnym” tego prawa w rozumieniu art. 6 Konwencji Trybunał przypomniał, że zgodnie z jego orzecznictwem spory między państwem i jego funkcjonariuszami objęte są co do zasady zakresem stosowania tego przepisu. Wyjątkiem są sytuacje, w których zostały spełnione łącznie dwa warunki: 1) prawo wewnętrzne danego państwa wyraźnie wykluczyło dostęp do sądu osób zajmujących określone stanowiska albo kategorii personelu; 2) istnieją obiektywne względy uzasadniające takie wykluczenie w interesie państwa.

Trybunał przypomniał również, że w sporach dotyczących pełnienia funkcji publicznych zakres pojęcia „cywilny” został znacznie rozszerzony. W świetle sytuacji w państwach Konwencji i wymagania niedyskryminacji między funkcjonariuszami publicznymi i pracownikami sektora prywatnego, w wyroku *Vilho Eskelinen i inni* (z 19.04.2007 r.) Trybunał przyjął domniemanie, że art. 6 Konwencji ma zastosowanie do „zwykłych sporów pracowniczych” między funkcjonariuszami publicznymi i państwem oraz stwierdził, że do państwa, przeciwko któremu została wniesiona skarga, należy wykazanie, po pierwsze, że zgodnie z prawem krajowym funkcjonariusz publiczny wchodzący w grę nie miał prawa dostępu do sądu oraz po drugie, że wykluczenie praw zagwarantowanych w art. 6 było w przypadku tego funkcjonariusza uzasadnione.

Chociaż w wyroku *Vilho Eskelinen i inni* Trybunał stwierdził, że jego uzasadnienie było ograniczone do sytuacji urzędników, kryteria przyjęte w tym wyroku stosował następnie do sporów odnoszących się do sędziów. W szczególności w sprawie *Baka v. Węgry* (wyrok z 23.06.2016 r.) Wielka Izba podkreśliła, że sędziowie – chociaż nie należą do administracji w sensie ścisłym – są jednak częścią służby publicznej w szerokim rozumieniu.

Na przykład art. 6 był stosowany w sporach odnoszących się do sędziów, którzy zostali usunięci z sądownictwa, pozbawionych swoich funkcji administra-

cyjnych, którzy jednak pozostali sędziami, zawieszonych w pełnieniu funkcji sądowniczych lub ukaranych dyscyplinarnie.

Kryteria przyjęte w wyroku *Vilho Eskelinen i inni* były stosowane również w sporach odnoszących się do kariery lub awansowania sędziów, przeniesienia i zaprzestania pełnienia obowiązków.

Trybunał przypomniał także, że chociaż Konwencja zasadniczo nie gwarantuje żadnego prawa do pełnienia takiej czy innej funkcji publicznej w sądownictwie, prawo takie może istnieć na poziomie krajowym. Nawet jeśli dostęp do zatrudnienia lub pełnienia określonej funkcji może być uznany za stanowiący co do zasady przywilej, którego nie powinno się dochodzić sądownie, inaczej jest w przypadku zachowania lub sposobu realizacji takiego stosunku zawodowego. Np. w wyroku *Baka* Trybunał przyznał, że skarżący był uprawniony na podstawie przepisów krajowych do wypełnienia całości swojego sześcioletniego mandatu prezesa węgierskiego Sądu Najwyższego.

W związku z kwestią, czy w tym przypadku istniało „prawo”, Trybunał odnotował, że każdy ze skarżących został powołany do pełnienia funkcji wiceprezesa sądu na okres sześciu lat, zgodnie z art. 26 ust. 2 Prawa o ustroju sądów powszechnych (p.u.s.p.) zgodnie z jego sformułowaniem obowiązującym w okresie, w którym obejmowali swoje funkcje. Otrzymywali wynagrodzenie związane z tą funkcją, a ich powołanie nie było kwestionowane. Trybunał zauważył m.in., że na podstawie art. 26 § 2 p.u.s.p. wiceprezesa sądu byli powoływani na sześć lat i mogli być powołani ponownie, ale dopiero po upływie sześciu lat od zakończenia kadencji. Z tego przepisu wynika niewątpliwie, że kadencje obojga sędziów powinny co do zasady trwać sześć lat (odpowiednio, od października i maja 2014 r. do października i maja 2020 r.). Zostali jednak odwołani ze swoich funkcji już w styczniu 2018 r.

Trybunał zauważył, że w okresie obejmowania przez skarżących funkcji wiceprezesów odwołanie prezesów i wiceprezesów sądów wymagało spełnienia określonych warunków materialnych i proceduralnych. Odnotował w szczególności, że w owym czasie art. 27 § 1 p.u.s.p. wyczerpująco wskazywał możliwe podstawy do odwołania w toku kadencji. Zgodnie z tym przepisem do odwołania mogło dojść wyłącznie w przypadku rażącego niewywiązywania się z obowiązków służbowych lub gdy dalsze pełnienie przez nich ich funkcji z innych powodów nie dało się pogodzić z dobrem wymiaru sprawiedliwości. Zauważył, że zgodnie z art. 27 ust. 2 i 3 tej samej ustawy decyzja ministra o odwołaniu wymagała pozytywnej opinii Krajowej Rady Sądownictwa, której minister sprawiedliwości miał obowiązek przedstawić swoje motywy.

Ponadto zasady konstytucyjne odnoszące się do niezależności sądownictwa i nieusuwalności sędziów potwierdzały ochronę prawa skarżących do wypełnienia całego okresu ich kadencji. Artykuł 180 Konstytucji stanowi, że sędziowie mogą być złożeni z urzędu i zawieszani w urzędowaniu jedynie na mocy orzeczenia sądu i tylko w przypadkach określonych w ustawie. Artykuł 178 Konstytucji gwarantuje niezawisłość sędziów.

Trybunał uważał, że skrócenie z mocy prawa kadencji skarżących na podstawie przepisu przejściowego art. 17 ust. 1 nowej ustawy, który wszedł w życie 12.07.2017 r., nie mogło zniweczyć z mocą wsteczną uzasadnionego charakteru prawa, które zagwarantowały im regulacje obowiązujące w chwili objęcia przez nich funkcji. Przewidywały one wyraźnie okres kadencji – sześć lat – jak również szczegółowe okoliczności, które mogły spowodować jej zakończenie przed terminem. W sytuacji, gdy to właśnie ustawa z 12.07.2017 r. unieważniła wcześniejsze regulacje, sama stanowiła przedmiot „sporu”, w związku z którym należało ustalić, czy powinny mieć zastosowanie gwarancje rzetelności postępowania wynikające z art. 6 ust. 1. W okolicznościach tej sprawy Trybunał nie mógł więc rozstrzygnąć na podstawie wyżej wymienionej ustawy, czy w prawie wewnętrznym istniało „prawo”.

W świetle powyższego Trybunał uznał, że „spór” odnosił się do prawa skarżących do pełnienia funkcji wiceprezesa sądu. „Spór” ten był więc „rzeczywisty”. Był ponadto „poważny”, ze względu na rolę wiceprezesów sądu i bezpośrednie konsekwencje finansowe dla skarżących z powodu przedterminowego zakończenia ich kadencji. Wreszcie, był on „bezpośrednio rozstrzygający” dla prawa wchodzącego w grę.

Trybunał uznał więc, że osoby sprawujące funkcję wiceprezesa sądu były uprawnione do wypełnienia całego okresu swojej kadencji albo okresu do zakończenia mandatu sędziego. Skarżący mogli podnosić w sposób możliwy do uzasadnienia, że prawo krajowe chroniło ich przed arbitralnym przedwczesnym zakończeniem kadencji wiceprezesów sądu.

W świetle kryteriów wskazanych w wyroku *Vilho Eskelinen i inni*, zastosowanych w sprawach *Baka v. Węgry* i *Denisov v. Ukraina* (wyrok z 25.09.2018 r.), Trybunał musiał ustalić, czy „prawo” dochodzone przez skarżących miało „charakter cywilny”, w rozumieniu autonomicznym tego pojęcia zgodnie z art. 6 ust. 1.

Trybunał nie przekonało twierdzenie rządu, że art. 6 ust. 1 nie ma zastosowania w jego części cywilnej wyłącznie dlatego, że spór wchodzący w grę należał do prawa publicznego i że nie wchodziło w grę prawo o charakterze „cywilnym”. Trybunał podkreślił, że część cywilna tego przepisu może mieć zastosowanie do sporu należącego do prawa publicznego, jeśli względy prawa prywatnego przeważają nad względami prawa publicznego w sferze bezpośrednich skutków dla prawa cywilnego o charakterze pieniężnym lub niepieniężnym. Ponadto, zgodnie z kryteriami wynikającymi z wyroku *Vilho Eskelinen i inni*, Trybunał stosuje ogólne domniemanie, że „zwykłe spory pracownicze” osób pełniących funkcje publiczne, w tym sędziów, rodzą takie bezpośrednie skutki dla ich praw cywilnych.

Trybunał przypomniał w tym kontekście, że w wyroku *Denisov*, dotyczącym wcześniejszego odwołania skarżącego z funkcji prezesa sądu apelacyjnego, stwierdził, że spór wynikający z tego odwołania był „zwykłym sporem pracowniczym”, ponieważ dotyczył w istocie i) zakresu zadań, do jakich wykonywania był zobowiązany jako pracownik oraz ii) jego wynagrodzenia w ramach

stosunku pracy. Mając na względzie oba te ustalenia, orzekł, iż nie istniał żaden powód do uznania, że spór wchodzący w grę nie zawierał żadnego elementu „cywilnego” albo że element ten nie był wystarczająco poważny, co powodowałoby niemożność stosowania art. 6 w jego części „cywilnej”.

Stosując kryteria wskazane w wyroku *Vilho Eskelinen i inni*, Trybunał potwierdził, że aby pierwszy z wymienionych w nim warunków został spełniony, państwo powinno było wyraźnie przewidzieć w swoim prawie wewnętrznym wykluczenie dostępu do sądu osób zajmujących określone stanowiska albo określonej kategorii personelu.

Przy odpowiedzi na pytanie, czy prawo krajowe pozbawiało skarżących dostępu do sądu, Trybunał przypomniał, że aby przepisy krajowe wykluczające dostęp do sądu miały jakikolwiek skutek dla stosowania art. 6 ust. 1 w danej sprawie, muszą być zgodne z wymaganiami rządów prawa. Pojęcie to, wyraźnie wspomniane w preambule do Konwencji i wpisane do jej wszystkich artykułów, wymaga w szczególności, aby każda ingerencja w korzystanie z prawa była co do zasady oparta na regulacji ogólnie obowiązującej.

Trybunał przypomniał poza tym, że w rzadkich sprawach, w których uznał, że pierwszy warunek z kryterium „*Vilho Eskelinen*” został spełniony, wykluczenie dostępu do sądu w związku z daną funkcją było jasne i „wyraźne”. Na przykład w sprawie *Suküt v. Turcja* (decyzja z 11.09.2007 r.) dotyczącej wcześniejszej emerytury żołnierza zawodowego ze względów dyscyplinarnych konstytucja turecka przewidywała wyraźnie, że decyzje Najwyższej Rady Wojskowej pozostawały poza wszelką kontrolą sądową. Tak samo było w przypadku decyzji Najwyższej Rady Sędziów i Prokuratorów w sprawach *Apay v. Turcja* (decyzja z 11.12.2007 r.) i *Nazsiz v. Turcja* (decyzja z 26.05.2009 r.) dotyczących odpowiednio nominacji i odwołania dyscyplinarnego prokuratorów.

Sprawa sędziów Brody i Bojary różniła się od wyżej wspomnianych spraw, rząd nie wykazał bowiem, że prawo krajowe pozbawiało skarżących jasno i „wyraźnie” dostępu do sądu. Na poparcie swoich argumentów, które miały przemawiać za takim wykluczeniem w przypadku skarżących, rząd powołał się na całą serię przepisów Prawa o ustroju sądów powszechnych odnoszących się do statusu sędziów i środków odwoławczych przysługujących w związku z niektórymi decyzjami dotyczącymi sędziów. Rząd wskazał ponadto dwa przykłady z orzecznictwa polskiego Trybunału Konstytucyjnego, które w tym przypadku uznał za istotne. Żaden z przepisów ustawy wskazanych przez rząd nie wskazuje, a tym bardziej jasno i „wyraźnie”, że sędziowie, którzy poza swoimi funkcjami orzeczniczymi wykonują funkcje administracyjne lub związane z zarządzaniem organami sądowymi, są wykluczeni z dostępu do sądu, zwłaszcza na wypadek sporu w następstwie ich przedterminowego odwołania. W ocenie Trybunału to samo odnosi się do przedstawionych przez rząd przykładów z orzecznictwa. Uważał, że wyroki Trybunału Konstytucyjnego, na które powoływał się rząd, nie potwierdzały istnienia praktyki krajowej wykluczającej w sposób abstrakcyjny prawo dostępu do sądu sędziów należących do kategorii

wchodzącej w tej sprawie w grę. Trybunał uznał jednak, że w szczególnych okolicznościach tej sprawy nie musiał rozstrzygać kwestii, czy pierwszy warunek wynikający z wyroku *Vilho Eskelinen i inni* został spełniony, bowiem, ze względów, o których później, uznał, że nie został spełniony drugi warunek tego samego kryterium.

Przy odpowiedzi na pytanie, czy istniało obiektywne uzasadnienie wynikające z interesu państwa wykluczenia dostępu skarżących do sądu, rząd twierdził, że ze względu na swoją naturę funkcje pełnione przez skarżących należały do prerogatyw nieodłącznie związanych z suwerennością państwa, wchodziły więc w zakres wykonywania władzy publicznej. Trybunał przypominał w związku z tym, że sam tylko fakt, iż dana osoba należy do sektora lub służby, która uczestniczy w wykonywaniu władzy publicznej, nie jest jako taki rozstrzygający. Wykluczenie będzie uzasadnione, jeśli państwo potrafi wykazać, że przedmiot sporu wiązał się z wykonywaniem władzy państwowej lub podważeniem specjalnej więzi zaufania i lojalności między zainteresowanym i państwem.

Trybunał podkreślił w swoim najświeższym orzecznictwie szczególną rolę władzy sądowniczej w społeczeństwie: jako gwarant sprawiedliwości, wartości fundamentalnej w państwie prawa, powinna ona cieszyć się zaufaniem obywateli, aby mogła wypełniać swoją rolę. Stwierdzenie to jest równie istotne w przypadku przyjęcia środka wpływającego na karierę sędziego, takiego jak odwołanie go z funkcji administracyjnych w organie sądownictwa. Biorąc pod uwagę znaczące miejsce wśród organów państwa, jakie zajmuje sądownictwo w społeczeństwie demokratycznym, i rosnące znaczenie przywiązywane do rządów prawa i podziału władz oraz konieczność zachowania niezależności sądownictwa, Trybunał musi przykładać szczególną wagę do ochrony sędziów w sprawach sporów odnoszących się do kontynuacji pełnienia przez nich powierzonych im funkcji, odwołania lub warunków służby.

Po wyroku *Vilho Eskelinen i inni v. Finlandia* Trybunał rozpatrzył jedynie kilka spraw, w których musiał zająć się wskazanym w nim drugim kryterium: w sprawie *Suküt v. Turcja*, w której wchodziła w grę kwestia wysłania na wcześniejszą emeryturę żołnierza zawodowego ze względów dyscyplinarnych, oraz w sprawie *Spūlis i Vaškevičs v. Łotwa* (decyzja z 18.11.2014 r.) dotyczącej odebrania certyfikatów bezpieczeństwa: skarżącemu, który pracował w służbie wywiadowczej i kontrwywiadowczej oraz innemu – który zajmował jedno z najwyższych stanowisk w służbie skarbowej. W obu sprawach Trybunał uznał, że wykluczenie dostępu do sądu było uzasadnione, jako że przedmiot sporu wiązał się z wykonywaniem władzy państwowej lub podważeniem „specjalnej więzi zaufania i lojalności” między osobą wchodzącą w grę i państwem jako pracodawcą.

Trybunał stwierdził, że wspomniane orzecznictwo, odnoszące się do oficera armii oraz wysokich rangą funkcjonariuszy hierarchicznie powiązanych z władzą wykonawczą państwa, nie mogło być transponowane do okoliczności tej sprawy, która dotyczyła członków władzy sądowniczej.

Zdaniem Trybunału kryterium, zgodnie z którym przedmiot sporu musi wiązać się z podważeniem specjalnej więzi zaufania i lojalności, należy odczytywać w świetle gwarancji niezależności władzy sądowniczej. Te dwa pojęcia: specjalna więź zaufania i lojalności wymagana od funkcjonariuszy i niezależność władzy sądowniczej, nie dają się łatwo ze sobą pogodzić. Stosunek pracy między funkcjonariuszem i państwem można tradycyjnie zdefiniować na podstawie zaufania i lojalności wobec władzy wykonawczej w zakresie, w jakim osoby zatrudnione przez państwo mają obowiązek realizować polityki rządowe, natomiast członkowie władzy sądowniczej korzystają z konkretnych gwarancji uważanych za istotne dla wykonywania funkcji sądowniczych i mają obowiązek m.in. kontroli aktów władzy wykonawczej. Skomplikowana natura stosunku pracy między członkami sądownictwa i państwem wymaga, aby przy wykonywaniu swoich funkcji władza sądownicza była wystarczająco oddalona od innych części składowych państwa. Warunkuje to możliwość wydawania decyzji opartych *a fortiori* na wymaganiach prawa i sprawiedliwości, bez obaw ani dodatkowych korzyści. Byłoby czymś iluzorycznym przekonanie, że sędziowie mogliby szanować państwo prawa i wprowadzać w życie zasadę rządów prawa, gdyby byli pozbawieni przez prawo wewnętrzne ochrony na podstawie Konwencji w kwestiach dotyczących bezpośrednio ich niezawisłości i bezstronności.

Trybunał zgodził się z tezą skarżących i zauważył, że rząd nie przedstawił żadnego argumentu pozwalającego stwierdzić, że przedmiot sporu – przedwczesne zakończenie przez skarżących kadencji wiceprezesów sądu – odnosił się do wykonywania władzy państwowej i w rezultacie wykluczenie gwarancji art. 6 było obiektywnie uzasadnione. Uważał, że brak kontroli sądowej zgodności z prawem decyzji oznaczającej skrócenie kadencji skarżących nie mógł służyć interesowi państwa szanującego zasadę rządów prawa. Trybunał odnotował ponadto, że decyzje ministerialne o odwołaniu skarżących nie były uzasadnione, co utrudniło mu tym bardziej uznanie, że w przypadku tego sporu istniały względy wyjątkowe i nadrzędne mogące uzasadniać wykluczenie go spod kontroli sądowej. Uważał, że sędziowie powinni móc korzystać z ochrony przed arbitralnością władzy ustawodawczej i wykonawczej oraz że jej skuteczność może zapewnić wyłącznie kontrola legalności spornego środka, dokonana przez niezależny organ sądowy.

Gdyby nawet założyć, że pierwszy z warunków kryterium z wyroku *Vilho Eskelinen i inni* został spełniony, rząd nie potrafił wykazać, że wykluczenie prawa skarżących dostępu do sądu było uzasadnione racjami odnoszącymi się do interesu państwa i że przedmiot sporu wiązał się z wykonywaniem władzy państwowej lub podważył „specjalną więź zaufania i lojalności” istniejącą między zainteresowanymi i państwem jako pracodawcą. Biorąc pod uwagę szczególny status członków organów sądownictwa oraz znaczenie kontroli sądowej procedur dotyczących odwołania lub usunięcia sędziów, Trybunał uważał, że nie można było uznać, że specjalna więź zaufania między państwem i skarżącymi uzasadniała odebranie praw zagwarantowanych im w Konwencji.

Artykuł 6 ust. 1 Konwencji miał więc zastosowanie w świetle drugiego warunku wskazanego w wyroku *Vilho Eskelinen i inni*. Trybunał oddalił więc zastrzeżenie wstępne rządu, który argumentował, że artykuł ten nie miał zastosowania.

W związku z kwestią, czy skarżący wyczerpali krajową drogę prawną, Trybunał przypomniał, że już wcześniej wskazał okoliczności, w których można wymagać od skarżącego w sprawie przeciwko Polsce sięgnięcia po skargę konstytucyjną jako warunek wykorzystania środków prawnych krajowych. Skarga ta może stanowić skuteczny środek prawny w rozumieniu Konwencji wyłącznie, gdy: a) decyzja indywidualna mogąca naruszać Konwencję została wydana w drodze bezpośredniego zastosowania przepisu krajowego uznanego za niekonstytucyjny oraz b) regulacje proceduralne dotyczące tego typu decyzji pozwalają na wznowienie postępowania lub uchylenie ostatecznej decyzji w rezultacie wyroku Trybunału Konstytucyjnego stwierdzającego taką niekonstytucyjność.

Trybunał zgodził się ze skarżącymi i zauważył, że rząd nie wykazał, iż wniesienie przez zainteresowanych ewentualnej skargi konstytucyjnej mogłoby doprowadzić do uchylenia krytykowanych decyzji ministerialnych albo ponowienia procedury krajowej, w rezultacie której zostały one podjęte. Rząd nie wskazał, na podstawie jakich przepisów krajowych skarżący mogli się tego domagać. Stwierdził ponadto, że badanie przepisów art. 17 ust. 1 ustawy z 12.07.2017 r. przez Trybunał Konstytucyjny nie było – jak się wydaje – prawdopodobne, biorąc pod uwagę ich naturę przejściową oraz krótki okres obowiązywania. Trybunał odnotował w szczególności, że z obowiązujących przepisów wynikało, iż Trybunał Konstytucyjny umarza swoje postępowanie, jeśli okaże się, że akt normatywny będący jego przedmiotem utracił moc obowiązującą przed wydaniem przezeń orzeczenia. W związku z tym Trybunał zwrócił uwagę, że – z jednej strony – decyzje ministerialne o odwołaniu skarżących z ich funkcji wiceprezesów sądu zostały zakomunikowane zainteresowanym 2.01.2018 r., a z drugiej, że art. 17 ust. 1 ustawy z 12.07.2017 r., na którego podstawie wymienione decyzje zostały podjęte, obowiązywał przez okres sześciu miesięcy, licząc od wejścia w życie tej ustawy, a więc do 12.02.2018 r.

Ponadto, w związku ze wskazaniem przez rząd, że skarżący mogli wnieść pozew o odszkodowanie na podstawie art. 417 k.c., Trybunał zauważył, z uwzględnieniem swoich wniosków odnoszących się do ewentualnej skargi konstytucyjnej, że twierdzenia rządu dotyczące środka prawnego, z którego korzystanie uzależnione byłoby od uprzedniego powodzenia wchodzącej w grę skargi konstytucyjnej, pozostają w sferze spekulacji. Poza skutkiem czysto kompensacyjnym środek prawny wskazany przez rząd nie mógł wywołać żadnego efektu mogącego stanowić właściwą reakcję na zarzut skarżących odnoszący się do braku dostępu do sądu.

Z tych względów Trybunał uważał, że w tym przypadku rząd nie udowodnił kumulatywnego spełnienia warunków wskazanych w sprawie *Schott-Medyńska*, które rodziłoby po stronie skarżących obowiązek wystąpienia ze skargą konstytucyjną.

Oznaczało to, że w okolicznościach tej sprawy skarga konstytucyjna nie była środkiem wymagającym wykorzystania. W rezultacie odrzucił zastrzeżenie rządu, że skarżący nie wykorzystali środków prawnych krajowych. Skarga musiała więc zostać uznana za dopuszczalną.

Trybunał przypomniał, że prawo dostępu do sądu – a więc prawo do wszczęcia postępowania przed sądem w sprawie cywilnej – stanowi nieodłączny element prawa, o którym mowa w art. 6 ust. 1 Konwencji, który wprowadza odpowiednie gwarancje dotyczące organizacji i składu sądu oraz prowadzenia postępowania. Wszystko to składa się na prawo do rzetelnego procesu sądowego chronione przez art. 6 ust. 1.

Trybunał przypomniał ponadto, że prawo do rzetelnego procesu sądowego zagwarantowane przez art. 6 ust. 1 Konwencji należy interpretować w świetle zasady rządów prawa, która wymaga istnienia skutecznej drogi sądowej umożliwiającej dochodzenie praw cywilnych. Każda osoba posiada prawo do rozpatrzenia przez sąd sporu odnoszącego się do jej praw i obowiązków o charakterze cywilnym. W ten sposób art. 6 ust. 1 przewiduje „prawo do sądu”, którego jednym z aspektów jest prawo dostępu, a więc prawo do wniesienia sprawy do sądu w sprawie cywilnej.

Prawo dostępu do sądów nie jest jednak absolutne; mogą istnieć jego ograniczenia. Nie mogą one jednak ograniczyć dostępu jednostki w sposób lub w zakresie oznaczającym zamach na samą istotę tego prawa. Ponadto są one zgodne z art. 6 ust. 1, jeśli realizują uprawniony cel i istnieje rozsądna proporcja między zastosowanymi środkami i zamierzonym celem.

W okolicznościach tej sprawy Trybunał zauważył, że z korespondencji ministerialnej wynikało, iż decyzje ministra sprawiedliwości o odwołaniu skarżących z ich funkcji wiceprezesów sądu przed upływem kadencji nie podlegały odwołaniu. Rząd tego faktu nie kwestionował.

W związku z kwestią uprawnionego charakteru zarzuconego ograniczenia Trybunał zauważył, że z uwag rządu wynikało, iż wykluczenie w przypadku skarżących możliwości odwołania się miało na celu ułatwienie wprowadzenia w życie reformy ministerialnej polskiego systemu sądowego.

Trybunał nie kwestionował jako takiego wskazanego przez rząd uprawnionego celu spornego ograniczenia. Zwrócił jednak uwagę na rosnące znaczenie, jakie instrumenty międzynarodowe i Rady Europy, jak również orzecznictwo sądów międzynarodowych i praktyka innych organów międzynarodowych, nadają poszanowaniu rzetelności proceduralnej w sprawach dotyczących odwołania lub usunięcia sędziów, a w szczególności interwencji organu niezależnego od władzy wykonawczej i ustawodawczej przy każdej decyzji mającej wpływ na zakończenie sprawowania urzędu przez sędziego. Trybunał podkreślił następnie rosnące znaczenie podziału władz i konieczności zachowania niezależności sądownictwa.

W tym przypadku skarżący zostali odwołani z funkcji wiceprezesów przed upływem kadencji przez ministra sprawiedliwości na podstawie art. 17 ustawy

z 12.07.2017 r. Trybunał zauważył, że był to przepis przejściowy, uprawniający ministra wchodzącego w grę do odwołania prezesów i wiceprezesów sądów. Miał on w tym zakresie całkowitą swobodę, nie będąc związany żadnym warunkiem materialnym lub proceduralnym. Poza tym krytykowane decyzje ministra sprawiedliwości nie zawierały uzasadnienia oraz nie było możliwości poddania tych decyzji kontroli organu zewnętrznego wobec tego ministra i niezależnego od niego.

Trybunał odnotował oświadczenia skarżących, niekwestionowane przez rząd, dotyczące sposobu wykonywania funkcji wiceprezesów sądu i braku jakichkolwiek zastrzeżeń w tym zakresie ze strony ministra sprawiedliwości. Uznał, że biorąc pod uwagę wymienione elementy i okoliczności ich odwołania, zainteresowani mogli w sposób uprawniony podejrzewać element arbitralności w decyzjach ministra. Trybunał przypomniał, że arbitralność, która pociąga za sobą negację państwa prawa, jest niedopuszczalna w dziedzinie praw proceduralnych, podobnie jak w dziedzinie praw materialnych.

Biorąc to wszystko pod uwagę, Trybunał musiał uznać, z jednej strony, że odwołanie skarżących nastąpiło na podstawie przepisu ustawowego, którego zgodność z wymaganiami państwa prawa budzi wątpliwości, a z drugiej – że środek ten nie został obwarowany żadnymi fundamentalnymi wymaganiami rzetelności proceduralnej. Trybunał podkreślił poza tym, że decyzje ministerialne o odwołaniu skarżących zostały wydane bez żadnego uzasadnienia. Uważał, że w sytuacji prawnej, jak w tej sprawie, w której odwołanie prezesów i wiceprezesów sądów przed upływem kadencji zostało pozostawione całkowitej dyskrekcji ministra sprawiedliwości, a decyzje ministerialne o odwołaniu nie zawierały żadnego uzasadnienia, brak jakiegokolwiek kontroli ich legalności nie mógł służyć interesowi państwa.

Trybunał zauważył, że w odróżnieniu od krajowych regulacji ustawowych obowiązujących zarówno przed wejściem w życie art. 17 ustawy z 12.07.2017 r., jak i po zakończeniu okresu jego stosowania, krajowe regulacje prawne obowiązujące w chwili odwołania skarżących nie chroniły ich w żaden sposób przed przedterminowym i arbitralnym zakończeniem pełnienia funkcji wiceprezesów sądu. Trybunał uważał tymczasem, że sędziowie powinni korzystać z ochrony przed arbitralnością władzy wykonawczej i że wyłącznie kontrola przez niezależny organ sądowy legalności takiej decyzji o odwołaniu może zapewnić, że prawo to będzie skuteczne.

Trybunał podkreślił znaczenie zarówno konieczności ochrony niezależności władzy sądowniczej, jak i poszanowania rzetelności proceduralnej w sprawach dotyczących kariery sędziów. W tej sprawie stwierdził nie tylko, że krajowe regulacje prawne obowiązujące w chwili odwołania skarżących nie precyzowały jasno warunków, w jakich prezes lub wiceprezes sądu mógł być odwołany przed upływem kadencji w drodze odstępstwa od zasady nieusuwalności sędziów w trakcie kadencji, ale również że niemal cała władza w tej sferze została skoncentrowana w rękach jednego przedstawiciela władzy wykonawczej, a rów-

nocześnie organy samorządu sędziowskiego, w szczególności Krajowa Rada Sądownictwa, zostały z tego procesu wykluczone. Trybunał wskazał ponadto na okoliczności odwołania skarżących, takie jak w szczególności wyłączenie w ich przypadku prawa do bycia wysłuchanym i zapoznania się motywami decyzji ministerialnych oraz brak jakiegokolwiek możliwości skontrolowania ich przez instancję niezależną od ministra sprawiedliwości zaangażowanego w wydanie kwestionowanych decyzji.

Trybunał odnotował z troską oświadczenie rządu, że opisane wcześniej ramy ustawowe odwołania przed upływem kadencji prezesów lub wiceprezesów sądów umożliwiały ministrowi pominięcie obowiązującej w tej materii procedury. Trybunał podkreślił jednak, że właśnie ta procedura zawiera w takich przypadkach gwarancje o zasadniczym znaczeniu ze względu na zasadę zapisaną w art. 6 Konwencji – zgodnie z którą „niezawisły sąd” w rozumieniu tego postanowienia Konwencji musi być „nieusuwalny” – w razie odwołania sędziego wchodzącego w grę z jego funkcji sędziowskich lub wyłącznie z funkcji administracyjnych pełnionych w organach władzy sądowniczej. Ze względu na znaczenie roli powierzonej sędziom w sferze ochrony praw zagwarantowanych w Konwencji Trybunał podkreślił, że muszą istnieć gwarancje proceduralne zapewniające odpowiednią ochronę autonomii sądownictwa przed niepożądanymi wpływami zewnętrznymi (ze strony ustawodawcy i władzy wykonawczej) lub wewnętrznymi. Chodzi bowiem o zaufanie do władzy sądowniczej. Trybunał uważał, że gdy wchodzi w grę kwestia kariery sędziów, jak w tej sprawie, w której minister sprawiedliwości podjął decyzję o odwołaniu skarżących jednostronnie i przed terminem, musiałyby istnieć poważne powody pozwalające uzasadnić wyjątkowy brak kontroli sądowej. Rząd w tej sprawie nie przedstawił jednak Trybunałowi żadnego takiego powodu.

Przedterminowe zakończenie kadencji skarżących jako wiceprezesów sądu nie zostało zbadane przez sąd powszechny ani inne ciało sprawujące władzę sądowniczą, w rezultacie czego państwo naruszyło samą istotę prawa skarżących dostępu do sądu. Doszło więc do naruszenia art. 6 ust. 1 Konwencji (stosunkiem głosów sześć do jednego).

Polska musi zapłacić każdemu ze skarżących po 20 tys. euro jako zadośćuczynienie za szkody materialne i krzywdę moralną.

Obszerne zdanie odrębne do tego wyroku złożył sędzia z ramienia Polski Krzysztof Wojtyczek, który stanął na stanowisku, że art. 6 Konwencji nie miał w tej sprawie zastosowania i w rezultacie nie został naruszony. Równocześnie sędzia Wojtyczek podkreślił jednak, że podziela wątpliwości większości Izby co do zgodności regulacji ustawowych wchodzących w tej sprawie w grę z obiektywnymi standardami państwa prawa i wymogami konstytucyjnymi obowiązującymi w Polsce.

* * *

Wyrok ten nie jest ostateczny. Zgodnie z art. 44 Konwencji strony mogą w ciągu trzech miesięcy od daty jego wydania w wyjątkowych przypadkach złożyć wnioski o przekazanie sprawy do Wielkiej Izby. Jest on rozpatrywany przez Zespół pięciu sędziów Wielkiej Izby, który ocenia, czy w sprawie pojawia się poważne zagadnienie dotyczące interpretacji lub stosowania Konwencji lub jej Protokołów lub istotna kwestia o znaczeniu ogólnym. Jeżeli Zespół przyjmie wniosek, sprawę rozstrzyga ostatecznie Wielka Izba. W razie niezłożenia takiego wniosku w terminie albo odmowy Zespołu przekazania sprawy do Wielkiej Izby wyrok Izby staje się ostateczny i podlega wykonaniu pod nadzorem Komitetu Ministrów Rady Europy.

* * *

Natychmiast po ogłoszeniu tego wyroku Ministerstwo Sprawiedliwości wydało oświadczenie, w którym stwierdziło m.in., że „wyrok ETPCz stanowi niebezpieczny precedens, gdyż może zapoczątkować taką linię orzeczniczą, która nonsensownie zmodyfikuje zagwarantowane w Konwencji wolności poprzez objęcie zakresem praw człowieka również prawa do zachowania konkretnej funkcji w organach władzy publicznej. Ministerstwo Sprawiedliwości z ubolewaniem przyjmuje, że Trybunał podjął wobec Polski decyzję nacechowaną politycznie. To, niestety, kolejny przykład, że instytucja ta zamiast prawem i konwencjami coraz częściej kieruje się polityką i ideologią, czego dowodem są wyroki wskazujące na szerokie dopuszczenie aborcji, możliwość małżeństw osób tej samej płci oraz adopcji przez nie dzieci”¹.

W reakcji na to oświadczenie Sekretarz Generalny Rady Europy Marija Pejčnović Burić w dniu 30.06.2021 r. wystosowała do ministra sprawiedliwości list, w którym podkreśliła m.in., że „zarzuty, iż wyroki Trybunału są motywowane politycznie, niczemu nie służą. Podważają autorytet tej instytucji i wiarygodność całego systemu Konwencji. (...) Wierzę, że Polska pozostanie zaangażowana we wspieranie implementacji Konwencji zgodnie z jej interpretacją przez Trybunał strasburski, w prawie polskim – co obejmuje przyjęty przez Wysokie Układające się Strony obowiązek wykonywania ostatecznych wyroków Trybunału”².

opr. na podstawie oryginału w języku francuskim

¹ Oświadczenie z 29.06.2021 r., https://www.gov.pl/web/sprawiedliwosc/oswiadczenie-w-sprawie-wyroku-europejskiego-trybunalu-praw-czlowieka?fbclid=IwAR2Ldd_j062NUF_wiYW3J4-fSjlfQhYxKlnwSykdwpoSx8PpqO0mYjvoSKKY (dostęp: 12.08.2021 r.).

² Zob. <https://rm.coe.int/zbigniew-moj-poland-30-06-21/1680a30491> (dostęp: 12.08.2021 r.).

ABSTRACT

Marek Antoni Nowicki

The author is an advocate, a former member of the European Commission on Human Rights in Strasbourg, former international Ombudsperson in Kosovo.

Alleged absence of any remedy allowing the applicants to challenge the decisions of the Minister of Justice to put a premature end to their term of office as vice-presidents of the Kielce Regional Court – a comprehensive summary of ECtHR judgment in *Broda and Bojara v. Poland* case, Chamber (Section I), applications no. 26691/18 and 27367/18

*The material presented here is a comprehensive summary of the widely commented judgment of the European Court of Human Rights in *Broda and Bojara v. Poland* case, which concerned the alleged absence of any remedy allowing the applicants to challenge the decisions of the Minister of Justice to put a premature end to their term of office as vice-presidents of the Kielce Regional Court. It is supplemented by information about the reaction of the Ministry of Justice to that judgment and excerpts from a letter sent to the Minister of Justice by the Secretary General of the Council of Europe.*

Keywords: *European Court of Human Rights, independence of judiciary, judicial remedy, procedural fairness, right of access to a court, term of office*

Marek Antoni Nowicki

e-mail: marek_antoninowicki@yahoo.co.uk

Autor jest adwokatem, byłym członkiem Europejskiej Komisji Praw Człowieka w Strasburgu, byłym międzynarodowym Ombudsperson (rzecznikiem praw obywatelskich) w Kosowie.

Pojęcia kluczowe:

postępowanie karne, pokrzywdzony, reprezentacja pokrzywdzonego, spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, pokrzywdzony niebędący osobą fizyczną

Glosy

Wioletta Pytka

REPREZENTACJA POKRZYWDZONEJ SPÓŁKI W PROCESIE KARNYM – GŁOSA DO WYROKU SĄDU APELACYJNEGO W WARSZAWIE Z 2.08.2018 R. (II AKA 125/18)

Glosa dotyczy kwestii reprezentacji pokrzywdzonego, niebędącego osobą fizyczną, w procesie karnym, w sytuacji gdy jedyni członkowie zarządu pokrzywdzonej spółki są podejrzani o popełnienie przestępstwa na jej szkodę. Tezę głosowanego orzeczenia należy uznać za słuszną. Natomiast problem, który wyłonił się w niniejszym stanie faktycznym, nie został w pełni przeanalizowany przez Sąd Apelacyjny w Warszawie. Nierozstrzygnięte pozostało pytanie, kto w tej konkretnej sprawie jest uprawniony do reprezentacji pokrzywdzonego. Brak jest bowiem osoby fizycznej, która jako członek organu pokrzywdzonego podmiotu niebędącego osobą fizyczną mogłaby wykonywać uprawnienia do jego reprezentacji w postępowaniu karnym. Jednym z proponowanych rozwiązań jest zastosowanie art. 210 Kodeksu spółek handlowych.

Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 2.08.2018 r. (II AKA 125/18).

W sytuacji, gdy wspólnik przekazuje na poczet działalności spółki pieniądze, a zarząd je sprzeniewierza, to działanie zarządu godzi bezpośrednio w interesy spółki, stanowiąc działanie na jej szkodę, a jedynie pośrednio na szkodę wspólnika, co wyklucza wspólnika z kręgu osób pokrzywdzonych w rozumieniu art. 49 § 1 k.p.k. przestępstwem przywłaszczenia cudzego mienia.

Głosowane orzeczenie¹ odnosi się do jedynie na pozór nieskomplikowanego zagadnienia dotyczącego pokrzywdzonej osoby prawnej oraz jej reprezentacji w procesie karnym. Temat ten może jednak rodzić wiele trudności w praktyce. Omawiany problem wyłonił się w następującym stanie faktycznym. M.J. przekazał J.P. i G.Z., wspólnikom i zarazem osobom będącym uprawnionymi do reprezentacji (...) sp. z o.o., kwotę 400.000,00 zł. W dniu 28.06.2018 r. wspólnicy J.P. i G.Z. pisemnie pokwitowali przyjęcie tej kwoty na rzecz spółki. W księgach rachunkowych spółki odnotowano tylko część tej kwoty, tj. 200.000,00 zł, wpisując ją jako pożyczkę. W zamierzeniu była to jednak pozorna umowa pożyczki. Przedmiotowa kwota została przekazana przez M.J. z tytułu przystąpienia do spółki. Pierwotnie przekazana przez M.J. kwota w wysokości 40.000,00 zł miała mieć swoje odzwierciedlenie w nabytych udziałach i tak też się stało na mocy aktu notarialnego. Z kolei kwota 400.000,00 zł została przekazana wspólnikom J.P. i G.Z. w sposób niesformalizowany. Miała stanowić rekompensatę wkładu dotychczasowych wspólników w kilkunastoletnią działalność (...) sp. z o.o. i została przeznaczona na bieżące zobowiązania spółki. Według zeznań jednego ze świadków w tamtym czasie spółka miała zaległość w urzędzie skarbowym w wysokości 200.000,00 zł. Natomiast 85.000,00 zł z przekazanej

kwoty zostało przeznaczone na spłatę zaległości względem pracowników. Dokonano tego jednak w sposób nieformalny, bez użycia przelewów. Dodatkowo jeden ze świadków oraz M.J. wskazali, że stało się tak, ponieważ pozostali wspólnicy chcieli w ten sposób „zarobić pieniądze”.

W związku z tym G.Z. został oskarżony o to, że począwszy od lutego 2006 r. do 8.12.2008 r. w W. z góry powziętym zamiarem, wykorzystując fakt, że był wspólnikiem i jednocześnie członkiem zarządu (...) spółki z o.o., doprowadził do niekorzystnego rozporządzenia i przywłaszczył na szkodę M.J., który 25.11.2005 r. objął 40 udziałów i został członkiem zarządu tejże spółki (...), powierzone mu jako członkowi zarządu (...) spółki z o.o. pieniądze w łącznej wartości 400.000,00 zł, tj. o czyn z art. 284 § 2 Kodeksu karnego² w zw. z art. 294 § 1 k.k. w zw. z art. 12 k.k.

Sąd Okręgowy w W., wyrokiem z 18.12.2017 r. (XVIII K 182/15), umorzył postępowanie karne wobec oskarżonego G.Z., na podstawie art. 17 § 1 pkt 9 Kodeksu postępowania karnego³, stwierdzając wystąpienie negatywnej przesłanki procesowej braku skargi uprawnionego oskarżyciela. Sąd okręgowy uznał, że w niniejszej sprawie podmiotem uprawnionym jako pokrzywdzony do wniesienia subsydiarnego aktu oskarżenia nie jest M.J., lecz spółka (...) z o.o., a konkretnie organ uprawniony do działania w jej imieniu.

¹ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 2.08.2018 r. (II AKa 125/18), [http://orzeczenia.waw.sa.gov.pl/content/\\$N/154500000001006_II_AKa_000125_2018_Uz_2018-08-02_002](http://orzeczenia.waw.sa.gov.pl/content/$N/154500000001006_II_AKa_000125_2018_Uz_2018-08-02_002) (dostęp: 4.08.2021 r.).

² Ustawa z 6.06.1997 r. – Kodeks karny (Dz.U. z 2021 r. poz. 1023 ze zm.), dalej k.k.

³ Ustawa z 6.06.1997 r. – Kodeks postępowania karnego (Dz.U. z 2021 r. poz. 1023 ze zm.), dalej k.p.k.

Apelację od wyroku sądu okręgowego wniósł pełnomocnik M.J. – oskarżyciela posiłkowego subsydiarnego, podnosząc m.in. obrazę prawa procesowego, która miała wpływ na treść rozstrzygnięcia sprawy, tj. art. 17 § 1 pkt 9 k.p.k. w zw. z art. 49 § 1 k.p.k., art. 55 § 1 k.p.k. i art. 330 § 2 k.p.k., poprzez przyjęcie, że akt oskarżenia został wniesiony przez pełnomocnika osoby niebędącej pokrzywdzonym w sprawie. Ponadto pełnomocnik podniósł zarzut błędu w ustaleniach faktycznych, będących podstawą orzeczenia, polegający na uznaniu, że M.J. nie był uprawniony do reprezentowania interesów spółki (...) z o.o., mimo że był członkiem jej zarządu co najmniej do 28.08.2009 r. Następnie wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy sądowi pierwszej instancji do ponownego rozpoznania.

Sąd apelacyjny w głosowanym orzeczeniu z 2.08.2018 r. (II AKa 125/18) uznał apelację pełnomocnika oskarżyciela posiłkowego subsydiarnego za niezasadną, a podniesione przez niego zarzuty za nietrafne. Sąd okręgowy stwierdził, że w niniejszej sprawie subsydiarny akt oskarżenia mógł wnieść organ spółki z o.o. uprawniony do działania w jej imieniu, a nie M.J. Z kolei pełnomocnik M.J. nie przedstawił trafnych zarzutów, które mogłyby to stanowisko podważyć. Ostatecznie sąd apelacyjny orzekł, że w przedmiotowym stanie faktycznym za pokrzywdzonego należało uznać spółkę z o.o., a nie współnika M.J. Co więcej, zgodnie z art. 51 § 1 k.p.k. uprawnienia spółki powinien wykonywać jej organ, czyli w przypadku spółki z o.o. jej zarząd. Początkowo M.J. był

członkiem zarządu i miał prawo do jednoosobowej reprezentacji spółki. Natomiast 22.06.2009 r., uchwałą nadzwyczajnego zgromadzenia wspólników, został pozbawiony tego prawa. Reprezentacja spółki została zmieniona w ten sposób, że członek zarządu posiadał wyłączne prawo reprezentowania spółki tylko w przypadku istnienia zarządu jednoosobowego. Jeżeli zarząd był wieloosobowy, do reprezentacji upoważniony został prezes zarządu lub dwóch członków zarządu łącznie. W tym samym dniu podjęto także uchwałę, na mocy której prezesem zarządu został G.Z., będący oskarżonym w niniejszej sprawie.

ROZWAŻANIA PRAWNE

Tezę głosowanego orzeczenia samą w sobie należy uznać za słuszną, natomiast problem, który wyłonił się w niniejszym stanie faktycznym, został dość skrótowo zaadresowany przez Sąd Apelacyjny w Warszawie. Nierozstrzygnięte bowiem pozostało pytanie, kto w tej konkretnej sprawie miałby reprezentować pokrzywdzonego. Brak jest bowiem osoby fizycznej, która jako członek organu pokrzywdzonego podmiotu niebędącego osobą fizyczną mogłaby wykonywać uprawnienia do jego reprezentacji w postępowaniu karnym. Na tle tej sprawy warto rozważyć bardziej ogólny problem: kto w procesie karnym powinien wykonywać prawo do reprezentacji spółki pokrzywdzonej przestępstwem, gdy jedyni członkowie jej zarządu są podejrzanymi w sprawie o to przestępstwo.

Zgodnie z art. 49 k.p.k. „§ 1. Pokrzywdzonym jest osoba fizyczna lub

prawna, której dobro prawne zostało bezpośrednio naruszone lub zagrożone przez przestępstwo. § 2. Pokrzywdzonym może być także niemająca osobowości prawnej: 1) instytucja państwowa lub samorządowa; 2) inna jednostka organizacyjna, której odrębne przepisy przyznają zdolność prawną⁴. Krąg pokrzywdzonych w rozumieniu art. 49 § 1 k.p.k. ograniczony jest zespołem znamion czynu będącego przedmiotem postępowania oraz czynów współukaranych⁵. Definicja pokrzywdzonego obejmuje: osoby fizyczne lub prawne, niemające osobowości prawnej instytucje państwowe lub samorządowe albo inne jednostki organizacyjne, którym odrębne przepisy przyznają zdolność prawną. W Kodeksie postępowania karnego nie znajdziemy definicji osoby prawnej. Dlatego też, chcąc ustalić jej zakres, należy sięgnąć do art. 33 Kodeksu cywilnego⁶, który stanowi, że „osobą prawną jest Skarb Państwa i jednostki organizacyjne, którym przepisy szczególne przyznają osobowość prawną”. Oznacza to, że dany podmiot posiada osobowość prawną, jeżeli inne przepisy określające ustrój tej jednostki tak stanowią, w wyraźnej dyspozycji normy prawnej⁷. Natomiast zgodnie z art. 37 § 1 k.c. momentem uzyskania osobowości prawnej jest chwila jej

wpisu do właściwego rejestru, chyba że przepisy szczególne stanowią inaczej. Ponadto podstaw prawnych reprezentacji osoby prawnej należałoby się dopatrywać w art. 38 k.c., który stanowi, że „osoba prawna działa przez swoje organy w sposób przewidziany w ustawie i opartym na niej statucie”. W art. 38 k.c. przyjęto teorię organów osoby prawnej. Zgodnie z nią osoby fizyczne występują w roli organu osoby prawnej i wykonują w ten sposób przysługującą osobie prawnej zdolność do czynności prawnych⁸. Natomiast działania tych osób fizycznych dokonane jako organ osoby prawnej są traktowane jak działania samej osoby prawnej⁹.

Kwestia reprezentacji podmiotów niebędących osobami fizycznymi w procesie karnym jest uregulowana w art. 51 § 1 k.p.k., który stanowi, że „za pokrzywdzonego, który nie jest osobą fizyczną, czynności procesowych dokonuje organ uprawniony do działania w jego imieniu”. Przywołany przepis nie daje konkretnej odpowiedzi na pytanie, jaki podmiot ma prawo do działania w imieniu pokrzywdzonego w procesie karnym. Ma on charakter blankietowy. Oznacza to, że w jego treści nie wymieniono wprost, enumeratywnie, organów uprawnionych do podejmowania czynności procesowych w imieniu pokrzywdzonych niebędących osobami fizycznymi. Dlatego też w stosunku do

⁴ Ustawa z 6.06.1997 r. – Kodeks postępowania karnego (Dz.U. z 2021 r. poz. 1023 ze zm.), dalej k.p.k.

⁵ Uchwała SN z 15.09.1999 r. (I KZP 26/99), OSNKW 1999/11–12, poz. 69.

⁶ Ustawa z 23.04.1964 r. – Kodeks cywilny (Dz.U. z 2020 r. poz. 1740).

⁷ R.A. Stefański (w:) *Kodeks postępowania karnego*, t. 1, *Komentarz do art. 1–166*, red. S. Zabłocki, Warszawa 2017, komentarz do art. 49.

⁸ E. Gniewek (w:) *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. E. Gniewek, P. Machnikowski, Warszawa 2016, komentarz do art. 38.

⁹ E. Płonka, *Mechanizm łączenia skutków działań prawnych z osobami prawnymi na przykładzie spółek kapitałowych*, Wrocław 1994, s. 14.

każdego konkretnego pokrzywdzonego należy analizować odpowiednie przepisy ustaw i wynikające z nich regulacje. Następnie dopiero na tej podstawie każdorazowo stwierdzać, jaki organ jest uprawniony do reprezentacji tego podmiotu¹⁰. Określenie organu uprawnionego do występowania w imieniu pokrzywdzonego będącego osobą prawną może wynikać z przepisów prawa albo statutu danej jednostki¹¹. Natomiast w sytuacji, gdy ściganie przestępstwa popełnionego na szkodę osoby prawnej, w tym spółki akcyjnej, uzależnione jest od złożenia wniosku o ściganie, uprawnionym do złożenia takiego wniosku jest ujawniony pokrzywdzony działający poprzez swoje organy statutowe. Z kolei w wypadku łącznej reprezentacji złożenie wniosku tylko przez jedną z uprawnionych osób powoduje jego prawną bezskuteczność. Brak ten może być konwalidowany w toku dalszego postępowania, aż do uprawomocnienia się orzeczenia¹². Podsumowując analizę powyżej wskazanych przepisów, należałoby stwierdzić, że spółka z o.o. jest podmiotem, który posiada osobowość prawną, którą uzyskuje z momentem wpisu do rejestru i mieści się w katalogu podmiotów wymienionych w art. 49 § 1 k.p.k.

Poszukując przepisów regulujących sposób reprezentowania i organy spółki z o.o., nieodzowne będzie

posiłkowanie się normami zawartymi w Kodeksie spółek handlowych. Zgodnie z art. 201 § 1 ustawy – Kodeks spółek handlowych¹³ organem prowadzącym sprawę spółki i ją reprezentującym jest zarząd. Natomiast zgodnie z art. 205 § 1 k.s.h. „jeżeli zarząd jest wieloosobowy, sposób reprezentowania określa umowa spółki. Jeżeli umowa spółki nie zawiera żadnych postanowień w tym przedmiocie, do składania oświadczeń w imieniu spółki wymagane jest współdziałanie dwóch członków zarządu albo jednego członka zarządu łącznie z prokurentem. Sposób reprezentacji spółki z o.o. należy ujawnić w rejestrze”. Na gruncie rozważanego stanu faktycznego początkowo w pokrzywdzonej spółce reprezentacja była jednoosobowa. M.J. był członkiem zarządu i miał prawo do jednoosobowego jej reprezentowania. Jednak w momencie składania subsydiarnego aktu oskarżenia sposób reprezentacji był już zmieniony. Zasada reprezentacji została określona w ten sposób, że członek zarządu posiadał wyłączne prawo reprezentowania spółki tylko w przypadku zarządu jednoosobowego. Jeżeli zarząd był wieloosobowy, do reprezentacji upoważniony został prezes zarządu lub dwóch członków zarządu łącznie. W tym samym dniu podjęto także uchwałę, na mocy której prezesem zarządu został G.Z., będący oskarżonym w niniejszej sprawie. Doszło więc do wcale nierzadko występującej w praktyce sytuacji, kiedy to osoby wchodzące w skład organu pokrzywdzonej spółki są oskarżonymi

¹⁰ Wyrok SN z 7.05.2014 r. (IV KK 364/13), LEX nr 1460791.

¹¹ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 11.04.2006 r. (II AKA 101/06), LEX nr 196136.

¹² Wyrok SN z 29.01.2014 r. (II KK 200/13), OSNKW 2014/6, poz. 50.

¹³ Ustawa z 15.09.2000 r. – Kodeks spółek handlowych (Dz.U. z 2020 r. poz. 1526).

o przestępstwo. To z kolei prowadzi do tego, że nie sposób wyłonić podmiotu, który czynnie działałby w imieniu spółki, dokonując czynności procesowych na jej rzecz. W przedmiotowym stanie faktycznym doszło do sytuacji, w której jedynymi osobami, które mogły wykonywać uprawnienia oskarżyciela subsydiarnego, byli J.P. i G.Z., którzy byli oskarżeni o sprzeniewierzenie pieniędzy przekazanych na rzecz spółki. Dochodzi do trudnego do zaakceptowania stanu rzeczy, kiedy to oskarżony występowałby w tym samym postępowaniu jako pokrzywdzony i musiałby dokonywać czynności przeciwko oskarżonemu, czyli przeciwko sobie.

REPREZENTACJA SPÓŁKI PRZEZ PROKURENTA

Rozważając kwestię reprezentacji spółki kapitałowej, a w tym konkretnym przypadku spółki z o.o., nie sposób jest pominąć instytucji prokury, która została wspomniana powyżej w przytoczonym art. 205 § 1 k.s.h. Prokura została także uregulowana w art. 109¹ k.c., „§ 1. Prokura jest pełnomocnictwem udzielonym przez przedsiębiorcę podlegającego obowiązkowi wpisu do Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej albo do rejestru przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego, które obejmuje umocowanie do czynności sądowych i pozasądowych, jakie są związane z prowadzeniem przedsiębiorstwa. § 2. Nie można ograniczyć prokury ze skutkiem wobec osób trzecich, chyba że przepis szczególny stanowi inaczej”. Prokura

jest szczególnym rodzajem pełnomocnictwa. Prokurent działa w imieniu i ze skutkami dla reprezentowanego przedsiębiorcy, wywołując swoim zachowaniem skutki bezpośrednio w sferze reprezentowanego. Składa własne oświadczenie woli, w imieniu mocodawcy, ze skutkiem bezpośrednim dla tego podmiotu¹⁴. Prokura posiada cechy, które jednak odróżniają ją od pozostałych pełnomocnictw. Typowe dla prokury są:

- 1) krąg podmiotów, które mogą udzielić prokury, ograniczony do przedsiębiorców;
- 2) obowiązek ujawnienia prokury w Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej albo rejestrze przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego;
- 3) ustawowo określony zakres, szerszy od pełnomocnictwa zwykłego i ograniczony do działalności przedsiębiorstwa¹⁵.

Szersze regulacje dotyczące prokury zawiera Kodeks spółek handlowych. Zgodnie z art. 208 § 6 k.s.h. udzielenie prokury w spółce z o.o. wymaga zgody wszystkich członków zarządu.

Przechodząc na grunt procedury karnej i rozważając, czy prokurent może reprezentować pokrzywdzonego w postępowaniu karnym, należy odwołać się do poglądu, jaki wyraził Sąd Najwyższy w jednym ze swoich orzeczeń, stwierdzając, że w postępo-

¹⁴ P. Pinior (w.): *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 1, *Część ogólna (art. 1–125)*, red. M. Fras, M. Habdas, Warszawa 2018, komentarz do art. 109¹.

¹⁵ P. Nazaruk (w.): *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. J. Ciszewski, Warszawa 2019, komentarz do art. 109¹.

waniu karnym prokurent może dokonywać za przedsiębiorcę czynności procesowych jako organ uprawniony do działania w jego imieniu, nie zaś jako pełnomocnik procesowy. Sąd Najwyższy zaznaczył, że prokurent działa w postępowaniu karnym na podstawie art. 51 § 1 k.p.k., a nie na podstawie art. 87 § 1 k.p.k.¹⁶ Zdaniem niektórych przedstawicieli doktryny taka interpretacja jest wyrazem przyznania prymatu wykładni funkcjonalnej i odejścia od językowego brzmienia art. 51 § 1 k.p.k., z tego względu, że prokurent, zgodnie z art. 109¹ k.c., nie jest organem osoby prawnej, lecz jej pełnomocnikiem¹⁷. Ponadto niniejsze orzeczenie zostało skrytykowane w głosie M.J. Naworskiego, który stwierdził, że prokurent nie jest organem osoby prawnej i wobec tego nie ma do niego zastosowania art. 51 § 1 k.p.k. Natomiast prawidłowa interpretacja przepisów Kodeksu postępowania karnego wyklucza dopuszczalność występowania prokurenta w postępowaniu karnym¹⁸. S. Pawelec uważa, że prokurent nie jest organem i nie można twierdzić, że umocowanie prokurenta do reprezentowania pokrzywdzonej spółki w procesie znajduje bezpośrednie potwierdzenie w treści art. 51 § 1 k.p.k. Dopuszcza jednak możliwość reprezentowania pokrzywdzonej spółki kapitałowej

w procesie karnym przez prokurenta, co według niego wynika z samej natury instytucji z art. 109¹ k.c.¹⁹ Z kolei A. Grochowska-Wasilewska nie uznała prokurenta za organ. Zgodziła się z Sądem Najwyższym, że niezbędne jest odejście od literalnego brzmienia art. 51 § 1 k.p.k. i zastosowanie wykładni rozszerzającej, ponieważ zakres umocowania prokurenta jest szeroki i szczególny. Dodatkowo uznała, że art. 109¹ § 1 k.c. stanowi *lex specialis* w stosunku do art. 51 § 1 k.p.k.²⁰

Pomijając kwestię słuszności powyżej przedstawionych poglądów, przy założeniu, że należy dopuścić możliwość reprezentowania pokrzywdzonego przez prokurenta w procesie karnym, konieczne wydaje się wskazanie niedoskonałości takiego rozwiązania. Przede wszystkim propozycja udzielenia prokury nie jest uniwersalna i nie można jej zastosować jako rozwiązania problemu związanego z reprezentacją pokrzywdzonej osoby prawnej w każdym przypadku. Trzeba mieć na uwadze, że udzielenie prokury jest uprawnieniem przedsiębiorcy, a nie jego obowiązkiem. W związku z tym nie wszystkie spółki kapitałowe mają ustanowionego prokurenta. Po drugie, nawet jeżeli dojdzie do udzielenia prokury, żeby prokurent mógł reprezentować spółkę w postępowaniu karnym, sposób reprezentacji musi zostać ustanowiony w takiej formie, aby prokurent

¹⁶ Postanowienie SN z 26.11.2003 r. (I KZP 28/03), OSNKW 2004/1, poz. 2.

¹⁷ S. Steinborn (w:) J. Grajewski, P. Rogoziński, S. Steinborn, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz do wybranych przepisów*, Gdańsk 2016, komentarz do art. 51.

¹⁸ M. J. Naworski, *Prokurent w postępowaniu karnym. Glosa do postanowienia SN z 26.11.2003 r. (I KZP 28/03)*, „Glosa” 2006/2, s. 68–81.

¹⁹ S. Pawelec, 4.2. *Propozycja rozwiązania problemu* (w:) *Spółka kapitałowa jako pokrzywdzony w procesie karnym*, Warszawa 2011.

²⁰ A. Grochowska-Wasilewska, *Reprezentacja pokrzywdzonej spółki prawa handlowego przez pełnomocnika – uwagi na tle art. 51 § 1 k.p.k.*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2019/2, s. 25–30.

moł ją reprezentować samodzielnie. Co więcej, zgodnie z art. 109⁷ k.c. prokura może być w każdym czasie odwołana. Natomiast na podstawie art. 208 § 7 k.s.h. odwołać prokurę może każdy członek zarządu. W związku z powyższym ten rodzaj pełnomocnictwa nie jest trwały. Istnieje duże ryzyko, że w momencie powstania zagrożenia uruchomienia postępowania karnego członek zarządu będący podejrzanym odwoła prokurę, zanim prokurent zdąży podjąć jakiejkolwiek czynności. Ponadto warty uwagi jest fakt, że nie wszystkie spółki kapitałowe mają możliwość udzielenia prokury. Wynika to z tego, że prokura jest pełnomocnictwem udzielanym przez przedsiębiorcę podlegającego obowiązkowi wpisu do rejestru przedsiębiorstw. Zgodnie z art. 43¹ k.c. „przedsiębiorcą jest osoba fizyczna, osoba prawna i jednostka organizacyjna, o której mowa w art. 33¹ § 1, prowadząca we własnym imieniu działalność gospodarczą lub zawodową”. Ponadto należy zauważyć, że samo utworzenie spółki kapitałowej nie jest tożsame z prowadzeniem przedsiębiorstwa lub działalności gospodarczej, ponieważ spółki kapitałowe można utworzyć w każdym celu prawnie dopuszczalnym. Cel ten nie musi wiązać się z prowadzeniem przedsiębiorstwa lub działalności gospodarczej. Brak spełnienia kryterium prowadzenia działalności gospodarczej powoduje, że takiego podmiotu nie można uznać za przedsiębiorcę w świetle art. 43¹ k.c. Mimo to podmiot ten będzie podlegał obowiązkowi wpisu do rejestru przedsiębiorców. Natomiast fakt, że spółka istnieje w rejestrze przedsiębiorców, nie przesądza o tym, że prokura może

być udzielona. Co oznacza, że spółki z o.o. i spółki akcyjne nieprowadzące działalności gospodarczej nie mogą ustanawiać prokurentów²¹.

REPREZENTACJA SPÓŁKI Z O.O. PRZEZ PEŁNOMOCNIKA LUB RADĘ NADZORCZĄ NA PODSTAWIE ART. 210 § 1 K.S.H.

Kolejnym zagadnieniem, jakie warto poddać pod rozważenie w kontekście reprezentacji spółki kapitałowej w procesie karnym, jest regulacja zawarta w art. 210 § 1 k.s.h., który stanowi, że „w umowie między spółką a członkiem zarządu oraz w sporze z nim spółkę reprezentuje rada nadzorcza lub pełnomocnik powołany uchwałą zgromadzenia wspólników”. Powstaje pytanie, czy przytoczony przepis można zastosować na gruncie procesu karnego, gdy podejrzanym o popełnienie przestępstwa na szkodę spółki jest członek jej zarządu. Zgodnie ze stanowiskiem Sądu Apelacyjnego w Gdańsku pod pojęciem „spór”, uregulowanym w art. 210 k.s.h., należy rozumieć wszelkie postępowania sądowe, zarówno procesowe, jak i nieprocesowe. W przypadku postępowania procesowego sytuację, w której spółka i członek jej zarządu występują po przeciwnych stronach, tj. powoda i pozwanego, jak i wtedy, gdy występują wobec siebie w innych relacjach²². Logiczne jest uznanie, że proces karny także będzie się mieścił w ramach

²¹ P. Piniór (w:) *Kodeks cywilny...*, art. 109¹; tak również: B. Kozłowska-Chyła, *Sposób reprezentacji spółki kapitałowej nieprowadzącej działalności gospodarczej przez jej zarząd*, „Przełęcz Prawa Handlowego” 2015/3, s. 33–37.

²² Wyrok Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z 14.11.2019 r. (III AUa 575/19), LEX nr 3042931.

tego pojęcia²³. Podobne zdanie wyraził P. Pawelec, uznając, że celowościowa wykładnia art. 210 § 1 k.s.h. nakazuje rozszerzyć pojęcie sporu również na formalnie określoną konfigurację karnoprosesową, zachodzącą pomiędzy oskarżonym i pokrzywdzonym. Co więcej, stwierdził, że art. 210 k.s.h. należy uznać za *lex specialis* w stosunku do regulacji art. 51 § 1 k.p.k.²⁴ Ponadto należy mieć na uwadze stanowisko Sądu Najwyższego, zgodnie z którym do pełnomocnictwa udzielonego na podstawie art. 210 § 1 k.s.h. nie mają zastosowania przepisy Kodeksu cywilnego o pełnomocnictwie. Pełnomocnictwo to jest objęte odrębną regulacją na gruncie Kodeksu spółek handlowych. Natomiast pełnomocnik pełni funkcję zastępczego zarządcy, który ma wykonywać kompetencje zarządu²⁵. W związku z powyższym należałoby stwierdzić, że ustanowienie pełnomocnika na podstawie art. 210 § 1 k.s.h. mogłoby rozwiązać problem reprezentacji spółki pokrzywdzonej przestępstwem, o którego dokonanie jest podejrzany członek zarządu. Rozwiązanie to nie jest jednak bez wad. W przypadku rozbieżności zdań współników co do konieczności powołania pełnomocnika może się okazać, że uchwała nie zostanie podjęta ze względu na brak wymaganej większości głosów. Będzie to oznaczało, że pokrzywdzona spółka nie będzie miała reprezentanta w procesie karnym²⁶. Na gruncie art. 210 § 1 k.s.h.

w sporze pomiędzy spółką a członkiem zarządu spółka może być reprezentowana także przez radę nadzorczą. Należy jednak pamiętać, że jest to rozwiązanie mające dużo mniejsze zastosowanie niż ustanowienie pełnomocnika. Zgodnie z art. 213 § 2 k.s.h. ustanowienie rady nadzorczej jest obligatoryjne w spółkach, w których kapitał zakładowy przewyższa kwotę 500.000,00 zł, a współników jest więcej niż dwudziestu pięciu. W spółkach o niższym kapitale zakładowym i mniejszej liczbie współników często nie dochodzi do powołania rady nadzorczej.

ZAKAZ KUMULACJI RÓL PROCESOWYCH

Problem rozważany w niniejszej glosie można również przeanalizować na tle art. 50 k.p.k., tj. pod kątem zakazu kumulacji ról procesowych. Przedmiotowy zakaz odnosi się do kumulacji ról oskarżonego z rolą pokrzywdzonego działającego w charakterze oskarżyciela posiłkowego. Według niektórych poglądów stosuje się go jedynie do postępowania sądowego, a nie postępowania przygotowawczego. Ponadto zakaz nie występuje w sytuacjach, gdy postępowanie jest skierowane tylko przeciwko jednemu oskarżonemu. Oskarżonych w danym postępowaniu

²³ A. Grochowska-Wasilewska, *Reprezentacja...*, s. 25–30.

²⁴ S. Pawelec, 3.2. *Ustanowienie kuratora (w): Spółka kapitałowa...*, Warszawa 2011.

²⁵ Wyrok SN z 15.06.2012 r. (II CSK 217/11), OSNC 2013/2, poz. 27.

²⁶ W doktrynie i orzecznictwie rozważano również zagadnienie możliwości reprezentowania pokrzywdzonej spółki przez

pełnomocnika ustanowionego na podstawie art. 96–109 k.c. Uznano, że przywołane przepisy uprawniają jedynie do dokonywania czynności materialnoprawnych. Czynności procesowe pozostają poza zakresem tego pełnomocnictwa. Zob. uchwała SN z 26.02.2014 r. (III CZP 103/13), OSNC 2014/12, poz. 119; A. Grochowska-Wasilewska, *Reprezentacja...*, s. 25–30.

musi być przynajmniej dwóch²⁷. Co więcej, charakter zakazu kumulacji ról procesowych jest wyłącznie procesowy. Regulacja ta nie pozbawia uprawnień pokrzywdzonego osoby, której dobro prawne zostało bezpośrednio naruszone lub zagrożone przez przestępstwo, ponieważ takie uprawnienie wynika z prawa materialnego²⁸.

Intepretując art. 50 k.p.k. pod kątem niniejszej sprawy, należałoby się zastanowić nad konfiguracją procesową, w której podejrzany lub oskarżony w sprawie będzie jednocześnie w składzie organu uprawnionego do reprezentowania pokrzywdzonej spółki i będzie działał za pokrzywdzonego. Starając się rozwiązać nakreślony problem, nie sposób pominąć wyroku Sądu Najwyższego, wydanego w stanie faktycznym, gdzie jednym z oskarżonych o przestępstwo popełnione na szkodę spółdzielni został członek zarządu spółdzielni, będący uprawnionym do jej reprezentacji. Sąd Najwyższy stwierdził, że art. 50 k.p.k. nie obejmuje swoją dyspozycją sytuacji, w której skumulowaniu ulega rola oskarżonego oraz organu dokonującego czynności procesowych za pokrzywdzonego niebędącego osobą fizyczną. W ocenie Sądu Najwyższego pokrzywdzonym w tej sprawie jest spółdzielnia, a nie oskarżony. W tych okolicznościach główną kwestią jest skuteczność reprezentacji procesowej pokrzywdzonego, który nie jest osobą fizyczną. Natomiast w przepisach nie znajdziemy regulacji, która wyłączałaby

kumulację ról procesowych oskarżonego oraz osoby wchodzącej w skład organu uprawnionego do działania w charakterze pokrzywdzonego. Ponadto Sąd Najwyższy stwierdził, że w przedmiotowej sprawie w ogóle nie zachodzi sytuacja kumulacji ról oskarżonego oraz organu dokonującego czynności procesowych za pokrzywdzonego, ponieważ czynności procesowych związanych z dochodzeniem roszczeń cywilnych pokrzywdzonej spółdzielni dokonywał w procesie nie członek zarządu, lecz radca prawny²⁹. Z kolei Sąd Apelacyjny we Wrocławiu stwierdził, że przepis art. 50 k.p.k. nie wyklucza istnienia sytuacji, gdy w jednej sprawie określona osoba może być zarówno oskarżonym, jak i pokrzywdzonym. Pozbawia on jedynie taką oskarżoną osobę prawa do występowania w tym procesie w charakterze oskarżyciela posiłkowego i oskarżonego³⁰. Dodatkowo G. Krzysztofiuk wyraził pogląd, że dyspozycja art. 50 k.p.k. nie stoi na przeszkodzie, aby oskarżony o popełnienie przestępstwa na szkodę spółki członek jej zarządu złożył w jej imieniu oświadczenie o działaniu przez spółkę w charakterze oskarżyciela posiłkowego lub udzielił upoważnienia pełnomocnikowi do występowania w jej imieniu³¹.

Powyżej przedstawione stanowiska Sądu Najwyższego, Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu i G. Krzysztofiuka nie wydają się być przekonujące. Nawet

²⁷ W. Jasiński, *Kumulacja ról oskarżonego i pokrzywdzonego w polskim procesie karnym*, „Państwo i Prawo” 2008/1, s. 85–95.

²⁸ Postanowienie SN z 26.10.2006 r. (I KZP 24/06), OSNKW 2006/11, poz. 101.

²⁹ Postanowienie SN z 25.10.2007 r. (I KZP 31/07), OSNKW 2007/12, poz. 88.

³⁰ Wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z 14.02.2013 r. (II AKa 6/13), LEX nr 1292661.

³¹ G. Krzysztofiuk (w:) *Kodeks postępowania karnego*, t. 1, *Komentarz. Art. 1–424*, red. D. Draje-wicz, Warszawa 2020, komentarz do art. 50.

uznając, że w przedmiotowej sprawie formalnie nie zachodzi kumulacja ról procesowych, a podejrzany może wykonywać prawa pokrzywdzonego jako członek jego organu, to sytuacja jest dość absurdalna. Po przeciwnych stronach sprawy *de facto* znajdowałyby się te same podmioty. Jest to nielogiczne, chociażby z tego względu, że członek zarządu i jako oskarżony, i jako reprezentant podmiotu udzielający pełnomocnictwa miałby dostęp do wszelkich informacji procesowych, a co za tym idzie – mógłby kształtować swoje działania tak, żeby uniknąć odpowiedzialności karnej. Ponadto te dwa podmioty mają zupełnie inne uprawnienia w procesie, co czyni ich interesy sprzecznymi. Odnosząc się do poglądu G. Krzysztofiuka, oczywiście można sobie wyobrazić sytuację, że oskarżony o popełnienie przestępstwa na szkodę spółki członek jej zarządu złożył w jej imieniu oświadczenie o działaniu przez spółkę w charakterze oskarżyciela posiłkowego lub udzielił upoważnienia pełnomocnikowi do występowania w jej imieniu. Jednakże takie zdarzenie jawi się jako czysto teoretyczne. W praktyce podejrzany będzie dążył do uniknięcia odpowiedzialności karnej za wszelką cenę, nie bacząc na formalne aspekty reprezentacji pokrzywdzonego podmiotu. Kolejnym kontrargumentem, jaki można wysnuć za tym, że niemożliwe i nielogiczne jest jednocześnie wykonywanie praw oskarżonego i pokrzywdzonego, jest fakt, iż w takiej konfiguracji oskarżony nie jest w stanie wykonywać zagwarantowanego mu prawa do obrony i mógłby zostać zmuszony do samooskarżenia³².

³² Przedstawione w niniejszej publikacji sytuacji, kiedy to członek organu uprawniony

Dlatego też, z uwagi na powyższe rozważania, nasuwa się wniosek, że członkowie zarządu spółki z o.o., którzy są jednocześnie podejrzаныmi o dokonanie przestępstwa na szkodę spółki z o.o., nie mogą jej reprezentować jako pokrzywdzonego w postępowaniu karnym. Natomiast pozostali współnicy, którzy nie wchodzi w skład organu osoby prawnej, również są pozbawieni możliwości wykonywania praw pokrzywdzonej spółki, ponieważ takie rozwiązanie pozostawia

do reprezentacji pokrzywdzonego jest jednocześnie podejrzany w tej samej sprawie, nie są jedyne, z jakimi można się spotkać. Przedstawiony problem jest rozległy i dotyczy także innych gałęzi prawa niż prawo spółek handlowych czy prawo spółdzielcze. Analogiczna komplikacja istnieje także na gruncie prawa administracyjnego, w sytuacji gdy wójt (burmistrz, prezydent) dopuści się popełnienia przestępstwa na szkodę gminy. Zgodnie z art. 11a ustawy z 8.03.1990 r. o samorządzie gminnym (Dz.U. z 2001 r. nr 142 poz. 1591) organami gminy są rada gminy i wójt (burmistrz, prezydent miasta). Natomiast, na podstawie art. 31 tejże ustawy, to właśnie wójt kieruje bieżącymi sprawami gminy oraz reprezentuje ją na zewnątrz. W związku z tym powstaje problem, kto ma wykonywać prawa gminy jako pokrzywdzonego, gdy podejrzany w sprawie jest wójt, czyli jedyny organ upoważniony do jej reprezentacji. Przykład ten – jak się okazuje – nie jest jedynie teoretyczny, ponieważ taka sprawa była już przedmiotem rozważań Sądu Najwyższego. Sąd Najwyższy orzekł, że w wypadku pokrzywdzenia gminy przestępstwem określonym w art. 231 § 1 k.k. (art. 49 § 1 k.p.k.) podmiotem uprawnionym do realizacji uprawnień przysługujących pokrzywdzonemu jest wójt (burmistrz, prezydent) – art. 51 § 1 k.p.k. w zw. z art. 11a ust. 1 i art. 31 ustawy z 8.03.1990 r. o samorządzie gminnym (Dz.U. z 2001 r. nr 142 poz. 1591), postanowienie SN z 23.09.2008 r. (I KZP 16/08), OSNKW 2008/10, poz. 78.

wałoby w oczywistej sprzeczności nie tylko z art. 51 § 1 k.p.k., ale także z poszczególnymi przepisami ustaw regulujących ustrój danego podmiotu.

MOŻLIWOŚĆ USTANOWIENIA KURATORA DLA SPÓŁKI

W tym miejscu, poszukując rozwiązania omawianego problemu, wypada poddać pod rozagę kwestię ustanowienia kuratora dla pokrzywdzonej spółki. Po raz kolejny, próbując ustalić osobę uprawnioną do reprezentacji osoby prawnej, konieczne jest odwołanie się do przepisów prawa cywilnego. Zgodnie z art. 42 § 1 k.c., „jeżeli osoba prawna nie może być reprezentowana lub prowadzić swoich spraw ze względu na brak organu albo brak w składzie organu uprawnionego do jej reprezentowania, sąd ustanawia dla niej kuratora. Kurator podlega nadzorowi sądu, który go ustanowił. § 3. Kurator niezwłocznie podejmuje czynności zmierzające do powołania albo uzupełnienia składu organu osoby prawnej uprawnionego do jej reprezentowania, a w razie potrzeby do jej likwidacji”. Już samo brzmienie przepisu wskazuje, że w omawianej sytuacji nie jest możliwe ustanowienie kuratora dla spółki z o.o., ponieważ posiada ona organ uprawniony do jej reprezentacji. Artykuł 42 k.c. przewiduje ustanowienie kuratora w okolicznościach, gdy spółka nie ma organu w ogóle lub organ jest niepełny. Zgodnie z art. 38 k.c. osoby prawne działają przez swoje organy. W sytuacji gdy osoba prawna nie może występować w obrocie, ze względu na brak prawidłowo obsadzonych organów, powstaje konieczność ustanowie-

nia kuratora. Przesłanką ustanowienia kuratora jest więc nie tylko całkowite nieobsadzenie organu uprawnionego do reprezentowania osoby prawnej, ale również braki w składzie tego organu, jeżeli powodują, że osoba prawna nie może być reprezentowana lub prowadzić swoich spraw³³. Dodatkowo pomiędzy brakiem organów a niemożnością prowadzenia spraw przez osobę prawną musi istnieć związek. Wystąpienie jednego z tych elementów nie jest wystarczające³⁴. Ponadto za słuszny należy uznać pogląd, że sąd nie może powołać kuratora na podstawie dyspozycji art. 42 k.c. w celu zastąpienia organu, podczas gdy ten organ jest prawidłowo obsadzony i może reprezentować osobę prawną i prowadzić jej sprawy, natomiast nie wykonuje funkcji organu i nie prowadzi spraw osoby prawnej z powodu sporu pomiędzy członkami zarządu lub nieobecności członka zarządu na posiedzeniach³⁵. Podsumowując, w stanie faktycznym, do jakiego doszło w glosowanym orzeczeniu, zachodzi konflikt interesów pomiędzy spółką a osobami fizycznymi wchodzącymi w skład jej organu. Natomiast nie można stwierdzić, że organ nie istnieje, a co za tym idzie – skorzystać z instytucji powołania kuratora³⁶.

³³ M. Dziurda (w:) *Kodeks cywilny. Część ogólna. Komentarz do wybranych przepisów*, red. J. Gudowski, Gdańsk 2018, komentarz do art. 42.

³⁴ G. Gorczyński (w:) *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 1, *Część ogólna (art. 1–125)*, red. M. Fras, M. Habdas, Warszawa 2018, komentarz do art. 42.

³⁵ P. Sobolewski (w:) *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. K. Osajda, Warszawa 2020, komentarz do art. 42.

³⁶ Podobny pogląd wyraził S. Pawelec, stwierdzając, że powołanie kuratora w takiej sytu-

Biorąc pod uwagę powyższe, należałoby stwierdzić, że po popełnieniu czynu zabronionego lub już w trakcie procesu rozwiązania tego problemu wydaje się niezwykle utrudnione. Jednakże w tym miejscu warto się zastanowić, czy można zapobiec takim zdarzeniom z wyprzedzeniem. Zdaje się, że odpowiedź jest twierdząca. Nie ma przeszkód, by korzystając z dobrodziejstw Kodeksu spółek handlowych i dość rozległych możliwości w sposobie ustalania reprezentacji, dokonać odpowiednich zapisów w umowie spółki. Jednym z proponowanych rozwiązań jest wprowadzenie do umowy spółki postanowienia, na mocy którego każdy wspólnik ma prawo osobiste do powołania jednego członka zarządu. Przy takiej regulacji wspólnik niebędący członkiem zarządu mógłby powołać siebie lub osobę z zewnątrz do zarządu, która wniosłaby subsydiarny akt oskarżenia. Jednakże taka metoda wchodzi w grę, gdy jednocześnie jest ustanowiona jednoosobowa reprezentacja spółki. Kolejnym proponowanym sposobem jest wyznaczenie przez wspólnika wstępującego do spółki pełnomocnika do jej reprezentowania w postępowaniu karnym, na wypadek, gdyby członkowie zarządu dokonali czynu zabronionego na jej szkodę. Następnie, bezpośrednio po wskazaniu pełnomocnika, członkowie

acji prowadziłoby do naruszenia dyspozycji art. 42 k.c. Ponadto uznał, że powołanie kuratora w analogicznym przypadku prowadziłoby do zjawiska, gdzie kurator ustanowiony z zewnątrz zostałby wyposażony w kompetencje do działania ponad legalnie istniejącymi organami pokrzywdzonej spółki. S. Pawelec, 3.2. *Ustanowienie kuratora* (w: *Spółka...*, Warszawa 2011.

zarządu musieliby udzielić mu pełnomocnictwa z zastrzeżeniem, że udzielone pełnomocnictwo jest nieodwołalne. Zdaje się, że jedynie rozwiązania stworzone na gruncie innych gałęzi prawa mogą zapobiec niedostatkowi w postaci braku osoby fizycznej reprezentującej spółkę.

WNIOSKI

Teza glosowanego orzeczenia nie budzi wątpliwości, natomiast ujawnia problem prawny dotyczący faktycznej kumulacji ról procesowych. Orzeczenie Sądu Apelacyjnego jest słuszne, jednak zabrakło w nim próby znalezienia rozwiązania zaistniałego problemu oraz wskazania pokrzywdzonemu drogi prawnej w sytuacji, gdy dochodzenie praw przez spółkę jest znacznie utrudnione. Ustalając podmiot, który ma prawo wykonywania uprawnień pokrzywdzonej spółki, należy każdorazowo sięgać do przepisów z innych gałęzi prawa regulujących ustroje pokrzywdzonych podmiotów. Mimo że w art. 51 § 1 k.p.k. istnieje przyzwolenie na korzystanie z norm spoza Kodeksu postępowania karnego, omawiana kwestia nierzadko stwarza problemy w praktyce. Jak można zaobserwować na analizowanym przykładzie, brak doprecyzowania przepisów prowadzi do sytuacji, gdy nie jest możliwe wskazanie podmiotu, który miałby wykonywać prawa pokrzywdzonego. To z kolei powoduje, że nie zostaje odkryta prawda materialna w procesie i nie jest spełniony główny cel procesu karnego, tj. sprawca przestępstwa nie zostaje wykryty i pociągnięty do odpowiedzialności karnej, a osoba niewinna

nie ponosi tej odpowiedzialności. Na tle przedstawionego stanu faktycznego należy zaaprobować zasadny pogląd w doktrynie, że w sytuacji takiej, jaka zaistniała w tej sprawie, najbardziej racjonalnym rozwiązaniem jest uznanie, że postępowanie karne jest sporem w rozumieniu art. 210 § 1 k.s.h.

i skorzystanie z możliwości powołania pełnomocnika. Kolejnym sposobem jest reprezentowanie spółki przez prokurenta. Alternatywnie wydaje się zasadne rozważanie zabezpieczenia się współników przed opisaną sytuacją poprzez zawarcie stosownych zapisów w umowie spółki z wyprzedzeniem.

ABSTRACT

Wioletta Pytka

The author is a PhD student at the Department of Criminal Procedure at the Faculty of Law, Canon Law and Administration of the John Paul II Catholic University of Lublin, and an attorney-at-law.

Representation of the victim company in criminal proceedings – commentary on the judgment of the Court of Appeal in Warsaw of 2 August 2018 (II AKa 125/18)

The article concerns the issue of legal representation of the victim that is not a natural person in the Polish criminal trial. In particular it elaborates on the issue of legal representation of a company in cases when members of the board of such victim company are themselves suspected of committing the offence. The operative part of judgment analysed in this paper is correct. However, the problem which emerged in the context of the facts of this case has so far not been the subject of extensive studies, nor has it been analysed in deep in the judgment of the Court of Appeal in Warsaw. The issue of who is authorized to represent the victim in this case is still unresolved. If members of the board of the company are suspected of having committed an offence, then there is no natural person who could represent the company as a victim in the criminal proceedings. In the author's view one of the solutions to this problem could be applying Article 210 of the Code of Commercial Partnerships and Companies.

Keywords: *criminal proceedings, victim, representation of the victim, limited liability company, victim that is not a natural person*

Wioletta Pytka

ORCID: 0000-0002-5610-1906; e-mail: wpytka@interia.pl

Autorka jest doktorantką w Katedrze Postępowania Karnego Katolickiego Uniwersytetu Lubelskiego Jana Pawła II, radcą prawnym.

BIBLIOGRAFIA ZAŁĄCZNIKOWA

- Dziurda Marcin** (w:) *Kodeks cywilny. Część ogólna. Komentarz do wybranych przepisów*, red. J. Gudowski, Gdańsk 2018
- Gniewek Edward** (w:) *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. E. Gniewek, P. Machnikowski, Warszawa 2016
- Gorczyński Grzegorz** (w:) *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 1, *Część ogólna (art. 1–125)*, red. M. Frasz, M. Habdas, Warszawa 2018
- Grochowska-Wasilewska Anna**, *Reprezentacja pokrzywdzonej spółki prawa handlowego przez pełnomocnika – uwagi na tle art. 51 § 1 k.p.k.*, „Przeгляд Prawa Handlowego” 2019/2
- Jasiński Wojciech**, *Kumulacja ról oskarżonego i pokrzywdzonego w polskim procesie karnym*, „Państwo i Prawo” 2008/1
- Kozłowska-Chyła Beata**, *Sposób reprezentacji spółki kapitałowej nieprowadzącej działalności gospodarczej przez jej zarząd*, „Przeгляд Prawa Handlowego” 2015/3
- Krzysztofiuk Grzegorz** (w:) *Kodeks postępowania karnego*, t. 1, *Komentarz. Artykuły 1–424*, red. D. Drajewicz, Warszawa 2020
- Naworski Maciej J.**, *Prokurent w postępowaniu karnym. Glosa do postanowienia SN z 26.11.2003 r. (I KZP 28/03)*, „Glosa” 2006/2
- Nazaruk Piotr** (w:) *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. J. Ciszewski, P. Nazaruk, Warszawa 2019
- Pawelec Szymon**, *Spółka kapitałowa jako pokrzywdzony w procesie karnym*, Warszawa 2011
- Pinior Piotr** (w:) *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 1, *Część ogólna (art. 1–125)*, red. M. Frasz, M. Habdas, Warszawa 2018
- Płonka Ewa**, *Mechanizm łączenia skutków działań prawnych z osobami prawnymi na przykładzie spółek kapitałowych*, Wrocław 1994
- Sobolewski Przemysław** (w:) *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. K. Osajda, Warszawa 2020
- Stefański Ryszard A.** (w:) *Kodeks postępowania karnego*, t. 1, *Komentarz do art. 1–166*, red. S. Zabłocki, Warszawa 2017
- Steinborn Sławomir** (w:) J. Grajewski, P. Rogoziński, S. Steinborn, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz do wybranych przepisów*, Gdańsk 2016

Pojęcia kluczowe: *etyka adwokacka, wykonywanie zawodu, odpowiedzialność, wartości*

F Forum adwokackie

Małgorzata Kożuch

ZAUFANIE W ZASADACH KODEKSU ETYKI

Nieuchronnie nadszedł moment zadecydowania o wprowadzeniu zmian w Zbiorze zasad etyki i godności zawodu adwokata. Kontekst zawodowej aktywności jest poddany zasadom etyki szczegółowej¹, stosowanej, ponowoczesnej². Czy oznacza to koniec jakiejś epoki? Zapewne są tacy, którzy podchwycają to hasło. Pytanie, czy starczy im sił, by podjąć refleksję nad tematem, co dalej? Wisława Szymborska napisała kiedyś, że „każdy przecież początek/to tylko ciąg dalszy/a księga zdarzeń/zawsze otwarta w połowie”.

Wyzwanie podjęte oznacza, że jakaś część pracy jest przed nami, a nie za nami. Adwokatura w trosce o swoją tożsamość będzie w najbliższych miesiącach i latach podejmowała dialog ze współczesnością, ze skomercjalizowanym rynkiem, ze światem, w którym wolność jednostki mierzy się z prawami wspólnoty i zorganizowanego we wspólnocie życia. Czy osiã tego dialogu będzie obrona tego, co było, czy raczej poszukiwanie podobieństw, analogii, gleby dla rozwoju intelektualnego i moralnego członków adwokatury? Chcę głęboko wierzyć, że nie budujemy bastionu, nie zamykamy się, że nawet radykalne zmiany odzwierciedlą w swym jądrze te wartości, dla których adwokatura stała się ostoją.

Niewątpliwie, obok tajemnicy i niezależności, taką wartością jest zaufanie. Zaufanie, które ma co najmniej dwa kierunki rozwoju. Pierwszy z nich to zaufanie pomiędzy klientem a adwokatem, drugi to zaufanie *sensu largo* między adwokatem/adwokaturą a społeczeństwem, organami publicznymi, władzą.

¹ Analizę tego pojęcia prowadzi B. Chyrowicz, *Etyka stosowana – rozwój czy kryzys refleksji etycznej?* (w:) *Etyka stosowana. Metody i problemy*, red. B. Chyrowicz, Lublin 2013, s. 11.

² Z. Bauman, *Etyka ponowoczesna*, Warszawa 2012.

Można postawić pytanie, czy te kierunki są zbieżne, czy rozbieżne? Postrzegam je jako dwie nici, niczym DNA połączone szeregiem szczebelków. Owe szczebelki to zaufanie, jakie indywidualny adwokat może i powinien pokładać we władzach samorządu. W tym kontekście wskazać trzeba, że etyka jest płaszczem ochronnym dla koleżanek i kolegów w ich sporze ze światem zewnętrznym. Kompetencje organów samorządowych do egzekwowania zasad etyki są niezbędnym środkiem kontroli (wizytatorzy), a niekiedy nadzoru (organy dyscyplinarne) nad słabościami ludzkich charakterów. Wykazanie, że działanie adwokata było zgodne z zasadami etyki, pozwala wyjść obronną ręką z niejednego sporu. I nawet jeśli statystyki postępowań wskazują na wzrost liczby spraw, to trzeba jasno powiedzieć, że jest to efektem także wzrostu liczby adwokatów i aplikantów, zmian w szkoleniu zawodowym i jakości sprawowanego patronatu, a także wynikiem napływu do środowiska osób spoza ścieżek dostępu do zawodu, nazywanych korporacyjnymi.

Na linii relacji adwokata z klientem i społeczeństwem *sensu largo* jesteśmy skazani na napięcia i konflikty. Klient zawsze może oczekiwać „czegoś więcej”. Społeczeństwo może zgłaszać pretensje wynikające z niezrozumienia roli adwokata, „dlaczego on/ona go broni, takiego oprawcę/bestię/odmieńca?” Na klasyczne stany napięć nałożą się w krótkim czasie pretensje dotyczące konfliktów interesów w ramach tych czynności adwokatów, które były oparte na „łączeniu funkcji”, lojalności wobec pracodawcy, lojalności wobec udzielającego stałego zlecenia, lojalności wobec naukowej jednostki macierzystej, wierności wobec idei rozwoju teorii i przejściu od nauki do praktyki zawodu czy aktywnego udziału w polityce. Listę tę można dowolnie wydłużać. Pytanie jednak, na które powinniśmy wypracować odpowiedź, brzmi – jakie zasady etyczne mogą nam pomóc wyjść z kręgu oskarżeń, zarzutów, impasu w obronie niezależności i wolności działań gospodarczych w ramach zawodu zaufania publicznego?

Na trudne pytania nie ma prostych odpowiedzi. Trzeba nad nimi pracować, ucierać je, zmieniać, poprawiać. Wydaje się jednak, że początkiem tej drogi jest jasne zdecydowanie, „jakim panu służymy”. Nie przekonamy samych siebie ani społeczeństwa *sensu largo*, że można dwóm panom służyć. To byłaby walka przeciwko zasadom ugruntowanym kulturowo i opartym na Biblii. Adwokat Jerzy Naumann, były prezes Wyższego Sądu Dyscyplinarnego, w komentarzu do Zbioru zasad etyki i godności zawodu³ przywołuje parabolę opartą na figurze lekarza, który z jednej strony walczy o życie pacjenta, a z drugiej przygotowuje kolejnego do przyjęcia przeszczepu. Autor, rozwijając wątek konfliktu interesów, pisze: „Ponieważ przyjmowanie spraw i ich prowadzenie jest źródłem zarobkowania adwokata, jest całkowicie zrozumiałym, że w jego żywotnym interesie pozostaje przyjmowanie możliwie jak największej ich liczby. Zasada § 46 wprowadza ostrą cenzurę pomiędzy własnymi interesami adwokata (który dąży do maksymalizacji dochodów), a jego powinnościami wyższego rzędu”⁴.

³ J. Naumann, *Zbiór Zasad Etyki Adwokackiej i Godności Zawodu. Komentarz*, Warszawa 2012.

⁴ J. Naumann, *Zbiór Zasad...*, s. 405.

Otóż o tę cenzurę chodzi. W obszarze nowych wyzwań adwokatury jest nade wszystko stworzenie reguł unikania konfliktu interesów. Jak bardzo może to być materia złożona, można zobaczyć, wracając do obrazu nici DNA i sekwencji genów, które w nim występują. W trakcie pracy z „żywym klientem” jego interesy mogą fluktuować, mogą fluktuować interesy społeczne, tworząc coraz to nowe konfiguracje, do których w sposób dynamiczny obowiązani jesteśmy przystosować strategię postępowania.

Czy uświadomienie sobie potencjalnego konfliktu interesów wystarcza? Czy wyzwanie, jakim jest wypowiedzenie pełnomocnictwa obu pomiotom, których interesy stanęły w kolizji⁵, będzie konsekwentnie realizowane? Etyka zawodowa staje się wyborem w tym znaczeniu, że realizujemy ją w sprawach indywidualnych naszych klientów i nas samych. Znacznie gorzej jest z odpowiedzialnością za całokształt systemu, w którym funkcjonujemy. A przecież i ten obszar, jeśli etyka ma istnieć w formie ukształtowanej przez wartości, musi znajdować swoje odzwierciedlenie w działaniu. Etyka wymaga aktywnego udziału w niezmienności dokonywanych wyborów. Adaptacja zasad etyki zawodowej do współczesnych realiów rynkowych stanie się pustym zabiegiem, jeżeli w ślad za nią nie pójdą świadomie dokonywane wybory, nie tylko mikro, ale także makro. Nie chodzi więc tylko o „załatwienie sprawy klienta”, ale o podzielenie się refleksją, dlaczego systemowo takie działanie jest ważne.

Odpowiedzialność systemowa nakazuje nam także uczestniczyć w tym, co „przynosi” codzienność. Można zauważyć, że żyjemy w świecie piktogramów, skrótów myślowych i uproszczeń, a dodatkowo dotknięci jesteśmy syndromem życia w „czasie przyspieszonym”. Klienci przywiązują się do „one stop shop” lub „punktów pojedynczego kontaktu”. Sprawa, którą powierzają, powinna być kompleksowo przeprowadzona nie tylko pod względem prawnym, ale być może także logistycznym, organizacyjnym, egzekucyjnym *etc.* Można się zastanawiać, czy adwokaci powinni odpowiadać i uczestniczyć w takim kompleksowym działaniu. Jaka powinna być odpowiedź adwokatury, jako organizacji, na zgłaszane z rynku potrzeby „kompleksowości usług”, łączenia funkcji reprezentacyjnych i doradczych? Jaka powinna być odpowiedź na aktywność rynku usług kancelarii odszkodowawczych, za których działaniami stoją przecież także koleżanki i koledzy adwokaci? Co z kompleksową obsługą karną, z ewentualną możliwością windykacji od sprawcy pokrycia szkody lub przynajmniej zasad pokrycia uszczerbku majątkowego i moralnego (krzywdy)? Co z kompleksowym przeprowadzeniem rozwodu (od zgromadzenia dowodów dotyczących rozkładu pożycia, przez jego trwałość i zupełność, do rozliczenia majątku dorobkowego)? Co ze sprawami inwestycyjnymi, gdy doradztwo prawne niekiedy bardzo zbliża się do partycypacji w decyzjach obarczonych ryzykiem ekonomicznym (np. przy negocjacjach klauzul zabezpieczających

⁵ Chodzi o sytuację, w której kolizja interesów ujawniła się w toku działań adwokata, a nie była możliwa do ujawnienia, nawet przy zachowaniu szczególnej staranności, na etapie przyjmowania sprawy.

kontrakt i ryzyku „odejścia od stołu” partnera/przeciwnika). Od strony formalnej zjawiska te znajdują odzwierciedlenie etyczne w postanowieniach Zbioru zasad etyki i godności zawodu dotyczących łączenia funkcji oraz pośrednictwie w pozyskaniu klientów. Od kilku lat głosy w tych sprawach są podzielone. Część „reformy” już nastąpiła – dotyczyła ona zmiany w zakresie łączenia funkcji oraz możliwości sprawowania mandatu w organach spółek (zob. § 9 ZZEiGZA). Część druga – dotycząca pośrednictwa w pozyskaniu klientów – nadal jest otwarta. Jak dotychczas Kodeks etyki w sposób jednoznaczny wykluczał możliwość korzystania z usług płatnego pośrednictwa w „zdobywaniu” klientów. Czy ten kierunek powinien być utrzymany? Zagadnienie wymaga rozłożenia na czynniki pierwsze i określenia szans oraz zagrożeń. W dotychczasowym modelu podkreślane było nieetyczne zachowanie adwokata, gdy wynagradzał pośrednika. Odpłatność za pośrednictwo *per se*, czyli sytuacja, gdy pośrednik korzystał wyłącznie z ewentualnego honorarium za usługę „zdobycia” klienta, wydawała się klarowna. Rynek jednak się zmienił, wysubtelniał. Obecne formy współpracy adwokatów z innymi podmiotami nie sprowadzają się do pozyskania klienta dla usług adwokata, ale do „współdzielenia” klienta, z uwagi na charakter dostarczanych klientowi usług. Czy jest to nadal pośrednictwo? Czy też rodzaj współpracy o trwałym charakterze, w rodzaju spółki cywilnej celowej czy konsorcjum gospodarczego? A może wręcz jest to struktura trwała oparta na stałej współpracy i „przekazywaniu” spraw do prowadzenia, jak to ma miejsce w przypadku kancelarii odszkodowawczych? Obecny gorset etyczny jest dość sztywny. Nakłada on ramy nie tylko na sposób pozyskania klienta, ale także na niezależność w zakresie jego reprezentacji. W jaki więc sposób pogodzić interes kompleksowości obsługi – na czym może zyskać nie tylko klient, ale także adwokat, który nie wyjdzie ze swojej roli – z sytuacją, gdy adwokat ma „dwóch panów” i może z tego powodu popaść w konflikt interesów, albo stać się generatorem dowodów w sprawie, gdy aktywnie uczestniczy w ich pozyskiwaniu (a niekiedy nawet tworzeniu)? Sytuacja konfliktu interesów ma miejsce zwłaszcza w ramach korzystania przez firmy ubezpieczeniowe z usług adwokatów w ramach likwidacji szkód klientów. Jeżeli bowiem adwokat jest wynagradzany przez ubezpieczyciela, to jego działania i lojalność wobec ubezpieczyciela mogą rzutować na lojalność wobec klienta, który poniósł szkodę. Ten ostatni bowiem jest „przeciwnikiem” faktycznym ubezpieczyciela. Bardzo chcemy wierzyć, że ustrojowe zaufanie publiczne i niezależny osąd adwokata pozwala mu godnie i rzetelnie reprezentować klienta poszkodowanego, ale ułomność ludzkiej natury i dążenie do równowagi interesów mogą powodować, że adwokat uzurpuje sobie prawo reprezentowania obu stron za jednym razem. To zadanie przypomina balansowanie na linie, przy nieznanym obciążeniu bocznym. Przypomina trochę tłumaczenia rządu, że znaczący wpływ rządu na obsadę Trybunału Konstytucyjnego albo upolitycznienie modelu obsadzania stanowisk sędziowskich nie szkodzi kontrolnej roli sądów. Adwokatura, w przeciwieństwie do rządu, powinna dostrzegać, że bycie neutralnym pośrednikiem jest

możliwe wyłącznie wówczas, gdy adwokat nie ma własnego żadnego interesu w rozstrzygnięciu sprawy (zarówno majątkowego, jak i osobistego, a z reguły w sprawach odszkodowawczych jest inaczej z uwagi na kształtowanie przynajmniej części wynagrodzenia poprzez *success fee*, czyli wynagrodzenie od wyniku oraz liczenie się z „długofalową” współpracą z ubezpieczycielem) lub też gdy rola adwokata sprowadza się do sporządzenia niezależnej opinii prawnej, z wyłączeniem możliwości reprezentacji klienta w sporze. W obecnym kształcie „współpraca” na stałych zasadach może być oceniana jako zgodna z zasadami etyki w bardzo niewielu przypadkach, analizowanych w oparciu o indywidualne umowy pomiędzy stronami. Oparcie współpracy na „zasadach ogólnych” jest niewystarczające, a brak szczegółowej regulacji umownej wyklucza zgodność z zasadą unikania konfliktu interesów, obecną zarówno w zbiorze zasad etyki, jak i regulaminie wykonywania zawodu.

Zmiany są nieuniknione, ale równoległe do ich wprowadzenia powinniśmy, dla zaufania społecznego, co najmniej postarać się opisać kierunki działań i przyczyny ich podjęcia, tłumaczyć przyjmowane rozwiązania, wyjaśniać motywację stojącą za wyborami, przedstawiać szczegółowe regulacje zabezpieczające tajemnicę, niezależność, zaufanie. Podważenie tego ostatniego spowoduje, że systemowo adwokatura utraci kontrolę nad kształtowaniem się praktyki. Funkcja regulacyjna adwokatury oparta jest na przekonaniu, że prowadząc sprawy indywidualne, mamy możliwość pogłębionej refleksji nad sprawami systemowymi. Utrata przez niezależną adwokatwę funkcji samoregulacyjnej w krótkim czasie może spowodować, że staniemy się zakładnikami systemu organizowanego przez polityków, w ich własnych partyjnych celach. Społeczeństwo Europy długo pracowało na ukształtowanie prawa do wymiaru sprawiedliwości, wolnego od tyranii, autorytaryzmu i uprzywilejowania grup społecznych. Częścią zbudowanej konstrukcji jest wolna grupa zawodowa obrońców prawa i obrońców człowieka, a nie tylko grupa rzeczników własnej sprawy. Bez wytłumaczenia, dlaczego wprowadzamy zmiany, albo dlaczego odmawiamy wprowadzenia konkretnych zmian, mimo korzyści, które mogłyby zostać wygenerowane dla części środowiska, utracimy rozumienie sensu przyjmowanych rozwiązań. Nie tylko my, ale także ci, którzy przychodzą po nas. Jeszcze są z nami, ale już inaczej. Wszechogarniająca powierzchowność konstrukcji doraźnych na dłuższy dystans nie tylko męczy, ale prowadzi do utraty kontaktu ze źródłem. Historia może zatoczyć koło. Może jednak przejść w kolejną fazę budowania kształtu społecznego zaufania do adwokatów. Warto jednak mieć świadomość, że w cieńniu niemal każdego zwycięstwa stoi ryzyko, które zostało podjęte, by sukces stał się możliwy. Stoją zadane pytania, na które nie było jednej pewnej odpowiedzi. Był tylko kierunek, cel, wysiłek i ciężka praca, także poprzez kształtowanie praktyki przez każdego i każdą z nas – adwokatów. To nasz wkład w odpowiedzialność za sprawę, od której zależy istnienie⁶ ludzkości. Sława wielkich orato-

⁶ *Toutes proportions gardées*; A.D. Sacharow, *Mein Land und die Welt*, Wien 1976, s. 82. „Żaden człowiek nie może odrzucić swojej części odpowiedzialności za sprawę, od której zależy istnienie

rów czasów świetności Rzymu brała się właśnie z umiejętności tłumaczenia nie reguł prawnych *per se*, ale z umiejętności pokazania ich działania w systemie i w refleksji nad konkretnym człowiekiem. „Palestra”, pod rządami nowej pani redaktor naczelnej, powraca do budowania podłoża dla refleksji. Zapewne czyni to nie tylko dla odświeżenia rysu historycznego i korzeni adwokatury. Czyni to także dla dania nam materiału do budowania nowej refleksji nad światem, z wykorzystaniem wzorców, które już w przeszłości zaistniały, a które można twórczo adaptować, ku chwale indywidualnej i zbiorowej adwokatury.

ABSTRACT

Małgorzata Kożuch

The author is an advocate (District Bar Association in Krakow), the Chair of the Commission of Ethics, Legal Practice and Profession of Advocate at the Polish Bar Council.

Trust in the Principles of Advocate's Ethics

Time has inevitably come to make the decision to amend the Principles of Advocate's Ethics and Professional Dignity. The context of professional activity is subjected to rules of detailed, applied, post-modernist ethics. Does it mean the end to an era? Some are certain to take on this slogan. The question is whether they have enough strength to take up reflection about what happens next? As Wisława Szymborska once wrote: "every beginning is only a sequel, after all, and the book of events is always open halfway through".

Keywords: *advocate's ethics, practising the profession, liability, values*

dr Małgorzata Kożuch

ORCID: 0000-0002-5559-2555; e-mail: malgorzata.kozuch@adwokatura.pl

Autorka jest adwokatem (ORA w Krakowie), przewodniczącą Komisji Etyki, Praktyki Adwokackiej i Wykonywania Zawodu Naczelnej Rady Adwokackiej.

ludzkości”. To słowa Andrieja Dimitrijewicza Sacharowa – fizyka i intelektualisty. Człowieka, dla którego to, co robi, nie wyczerpywało się w „dziele”, które stwarzał, ale promieniowało na to, kim był i jak żył. A.D. Sacharow stał się ikoną walki o prawa człowieka i sprzeciwu wobec systemu, dla którego człowiek jest tylko przedmiotem w działaniach władzy. W czasie badań nad bronią nuklearną śmierć poniosło kilka osób, m.in. jeden z żołnierzy oraz dziecko – dwuletnia dziewczynka. Sacharow świadomy zagrożeń, jakie niesie za sobą broń, podczas jednego z oficjalnych bankietów wyraził nadzieję, że nigdy nie zostanie użyta ona nad miastami przeciwko ludności cywilnej. Reakcja wojskowych była jednoznaczna – odmówili mu prawa wypowiedziania się w kwestiach, do których, jak uznali, „jego rozum nie jest kompetentny”.

BIBLIOGRAFIA ZAŁĄCZNIKOWA

Bauman Zygmunt, *Etyka ponowoczesna*, Warszawa 2012

Chyrowicz Barbara, *Etyka stosowana – rozwój czy kryzys refleksji etycznej?*
(w:) *Etyka stosowana. Metody i problemy*, red. B. Chyrowicz, Lublin
2013

Naumann Jerzy, *Zbiór Zasad Etyki Adwokackiej i Godności Zawodu. Komentarz*, Warszawa 2012

Sacharow Andrej D., *Mein Land und die Welt*, Wien 1976

F Forum adwokackie

Filip Jegliński

TAJEMNICA ZAWODOWA WE WŁOSKIM KODEKSIE ETYKI ADWOKACKIEJ

Artykuł dotyczy sposobu uregulowania tajemnicy adwokackiej we włoskim kodeksie etyki adwokackiej. Przedstawieniu regulacji tego kodeksu towarzyszą odniesienia i porównania do polskich norm etycznych dotyczących obowiązku zachowania tajemnicy zawodowej przez adwokatów. W celu zapewnienia spójności wywodu pojawiają się również niezbędne odniesienia do regulacji ustawowych we Włoszech i w Polsce. Omówiony zostaje zakres obowiązku, okoliczności i tryb zwolnienia z obowiązku oraz kwestia tajemnicy śledztwa adwokackiego, instytucji charakterystycznej dla włoskiego postępowania karnego. Główny wywód uzupełniany jest wybranymi przykładami z orzecznictwa dyscyplinarnego włoskiej Narodowej Rady Adwokackiej.

„Tajemnica zawodowa jest zatem zasadniczym prawem i zarazem obowiązkiem adwokata”, można przeczytać w punkcie 2.3.1. Kodeksu etyki adwokatów Unii Europejskiej w tłumaczeniu adw. Ewy Stawickiej z 2003 r.¹ Chociaż tłumaczenie tego samego kodeksu, przyjęte przez Krajowy Zjazd Radców Prawnych siedem lat później, posługuje się już w miejsce „tajemnicy zawodowej” pojęciem „poufności”, nie ulega wątpliwości, że doniosłość tajemnicy zawodowej, znanej już w starożytnym Rzymie², jest jednym z punktów wspólnych europejskiej etyki adwokackiej. Zważywszy, że prawo włoskie nie jest zbyt obficie opisy-

¹ E. Stawicka (tłumaczenie i przygotowanie), *Kodeks etyki adwokatów Unii Europejskiej*, „Palestra” 2003/3–4, s. 144–158.

² M. Guillamón, *L'obbligo di segreto professionale degli avvocati: problemi tra amministrazione pubblica e vita privata nella storia*, „Studia Prawnoustrojowe” 2010/12, s. 110–113.

wane w polskiej literaturze, warto przyjrzeć się, jak wygląda kwestia tajemnicy zawodowej w regulacji włoskiego kodeksu etyki adwokackiej, dokonując, gdzie to możliwe, odniesień i porównań z polskim jego odpowiednikiem.

Na początku trzeba zaznaczyć, że istnieje polska wersja językowa włoskiego kodeksu etyki adwokackiej autorstwa wspomnianej powyżej adw. Ewy Stawickiej³. Nie jest ona niestety aktualna, została bowiem przygotowana i opublikowana w 2001 r., a od tego czasu zbiór norm etycznych dla włoskich adwokatów uległ znaczącemu przebudowaniu. Obecny kształt zawdzięcza on w lwiej części postanowieniom włoskiej ustawy 247/2012⁴, która oprócz zmian w numeracji jednostek systematyzacyjnych i redakcyjnych, zobowiązała Narodową Radę Adwokacką (Consiglio Nazionale Forense) m.in. do corocznego aktualizowania kodeksu etyki adwokackiej, jak również do wydania nowego kodeksu etyki adwokackiej w ciągu roku od wejścia w życie ustawy 247/2012, czyli od 2.02.2013 r. Narodowa Rada Adwokacka wypełniła ów obowiązek, przyjmując kodeks etyki adwokackiej w nowym kształcie i brzmieniu 31.01.2014 r.

Na marginesie warto dodać, że w art. 3 ust. 3 ustawy 247/2012 normy zawarte we włoskim kodeksie etyki adwokackiej zostały wyraźnie recypowane przez system prawa powszechnie obowiązującego, co rozwiązało dotychczasowe wątpliwości co do ich charakteru. W orzecznictwie taki przełom miał miejsce dużo wcześniej, bowiem w orzeczeniu połączonych izb Sądu Kasacyjnego nr 8225 z 6.06.2002 r. Sąd Kasacyjny odrzucił wówczas apelację adwokata w sprawie przeciw Narodowej Radzie Adwokackiej, która nałożyła na niego sankcje dyscyplinarne za niepoinformowanie klienta o niekorzystnym rozstrzygnięciu sprawy, której dotyczyło jego zlecenie, przez co klient ów został obciążony kosztami sądowymi. Ukaraný adwokat bronił się, utrzymując, że ma obowiązek informować klienta o wykonywaniu zlecenia, kiedy uzna to za stosowne lub wobec odpowiedniego pytania ze strony klienta. Sąd Kasacyjny nie podzielił argumentacji adwokata i oparł się na zasadzie lojalności wobec klienta, wynikającej z norm kodeksu etyki adwokackiej, orzekając słuszność zastosowanych sankcji dyscyplinarnych oraz stwierdzając, że zawarte w nim normy etyczne uzupełniają prawo ustawowe w odniesieniu do wykonywania działalności przez adwokata.

UWAGI TERMINOLOGICZNE

Krótkiego wyjaśnienia wymagają dwie kwestie związane z włoską praktyką prawną i terminologią używaną we włoskim kodeksie etyki adwokackiej. Po

³ E. Stawicka (tłumaczenie i przygotowanie), *Kodeks etyczny adwokatury włoskiej*, „Palestra” 2001/11–12, s. 115–130.

⁴ Legge 31 dicembre 2012, n. 247, *Nuova disciplina dell'ordinamento della professione forense* – włoska ustawa z 31.12.2012 r., nr 247 – Nowa regulacja organizacji zawodu adwokackiego, dostępna w internetowej wersji włoskiego Dziennika Ustaw: <https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2013/01/18/13G00018/sg> (dostęp: 15.06.2021 r.).

pierwsze, stosowane jest tam rozróżnienie pomiędzy stroną, której adwokat udziela pomocy prawnej (*la parte assistita*), które to pojęcie będzie tłumaczone jako „reprezentowany”, a klientem (*il cliente*), czyli osobą zlecającą usługi adwokatowi (może być to osoba trzecia powierzająca adwokatowi zlecenie na rzecz reprezentowanego i za jego zgodą). W tekście powyższe rozróżnienie będzie stosowane, gdy wynika tak z przepisów włoskiego kodeksu – z zasady jednak będzie używanie pojęcie „klient”.

We włoskim kodeksie używa się również pojęcia *mandato*, które dosłownie oznacza pełnomocnictwo lub zlecenie, jednak w kontekście norm etycznych oznacza ogół czynności zawodowych wykonywanych przez adwokata na rzecz reprezentowanego lub klienta. Dla ułatwienia lektury będzie ono tłumaczone jako „zlecenie adwokackie”.

ZAKRES OBOWIĄZKU

Podobnie jak w polskim systemie prawa, tajemnica adwokacka jest uregulowana na poziomie ustawowym, a konkretnie w art. 6 ustawy 247/2012, natomiast włoskie kodeksy postępowania karnego i cywilnego zawierają liczne postanowienia określające tryb i okoliczności zwolnienia adwokata z obowiązku jej zachowania, jak również regulujące odpowiedzialność karną za wyjawienie objętych nią informacji. Tytułem przykładu, we włoskim postępowaniu karnym zagwarantowane jest adwokatowi prawo odmowy zeznań odnośnie do informacji, które uzyskał w związku z wykonywanymi czynnościami zawodowymi (art. 200 Codice di Procedura Penale⁵), który to przepis, na mocy odesłania zawartego w art. 249 Codice di Procedura Civile⁶, stosuje się odpowiednio dla prawa odmowy zeznań w charakterze świadka w postępowaniu cywilnym. Trudno nie zauważyć, że o ile w polskim systemie tajemnica zawodowa uregulowana jest zwięźle w art. 6 ustawy – Prawo o adwokaturze⁷, który wyczerpująco określa m.in. zakres przedmiotowy i temporalny obowiązku tajemnicy adwokackiej, o tyle w obszernym art. 6 ust. 1 włoskiej ustawy 247/2012 stwierdza się ogólnie, że w interesie reprezentowanego adwokat jest zobowiązany względem osób trzecich do ścisłego przestrzegania tajemnicy zawodowej i maksymalnej dyskrekcji co do faktów i okoliczności poznanych podczas świadczenia pomocy prawnej w postaci reprezentacji i doradztwa prawnego. Znaczna część przepisów regulujących tajemnicę adwokacką we Włoszech znajduje się w kodeksie etyki adwokackiej, a w celu uporządkowania ich prezentacji przyjęte zostanie

⁵ Codice di Procedura Penale – włoski kodeks postępowania karnego, dalej c.p.p., w wersji ujednoliconej dostępny w całości na włoskim portalu prawniczym altalex.com: <https://www.altalex.com/documents/codici-altalex/2014/10/30/codice-di-procedura-penale>.

⁶ Codice di Procedura Civile – włoski kodeks postępowania cywilnego, dalej c.p.c., w wersji ujednoliconej dostępny w całości na włoskim portalu prawniczym altalex.com: <https://www.altalex.com/documents/codici-altalex/2015/01/02/codice-di-procedura-civile>.

⁷ Ustawa z 26.05.1982 r. – Prawo o adwokaturze (Dz.U. z 1982 r. nr 16 poz. 124), dalej p.o.a.

tradycyjne w doktrynie rozróżnienie zakresu obowiązku tajemnicy adwokackiej na trzy aspekty, czyli podmiotowy, przedmiotowy i temporalny⁸.

ZAKRES PODMIOTOWY

Obowiązek tajemnicy adwokackiej, jak sama nazwa wskazuje, dotyczy adwokata, ale również aplikantów adwokackich, zgodnie z rozszerzeniem zastosowania kodeksowych norm etycznych z art. 2 ust. 2 Codice Deontologico Forense⁹, niemal jednobrzmiącym jak § 3 Kodeksu etyki adwokackiej¹⁰. Szczegółowe postanowienia włoskiego kodeksu wyraźnie poszerzają zakres podmiotów związanych tajemnicą adwokacką na pracowników, aplikantów, doradców i współpracowników (także dorywczych), z tym że to na adwokacie spoczywa obowiązek dopilnowania i odpowiedzialność za to, aby przestrzegali oni tajemnicy zawodowej w związku z wykonywaną przez nich działalnością (art. 28 ust. 3 CDF rozbudowujący postanowienia art. 9 ust. 2 ustawy 247/2012). Warto dodać, że odpowiednikiem w polskim kodeksie jest § 19 ust. 4 KEA, zgodnie z którym adwokat ma zobowiązać do przestrzegania tajemnicy adwokackiej „współpracowników i personel oraz wszystkie osoby zatrudnione przez niego podczas wykonywania działalności”, przez co przepis ów ma szerszy zakres zastosowania, nie ogranicza się bowiem do pozytywnego wyliczenia zobowiązanych podmiotów.

ZAKRES PRZEDMIOTOWY

Kwestię przedmiotowego zakresu obowiązku tajemnicy adwokackiej reguluje art. 13 CDF, zawarty jeszcze w części ogólnej kodeksu, formułując spoczywający na adwokacie obowiązek zachowania tajemnicy zawodowej i poufności, który musi być przestrzegany w sposób ścisły, z zachowaniem maksymalnej powściągliwości w ujawnianiu informacji i okoliczności, w jakikolwiek sposób by ich nie poznał w trakcie wykonywania czynności zawodowych w postaci reprezentacji, również w sądzie, doradztwa prawnego, pozasądowej pomocy prawnej, a w każdym razie z powodów zawodowych. Włoska regulacja pod-

⁸ P. Skuczyński, *Etyka adwokatów i radców prawnych*, Warszawa 2016, s. 249.

⁹ Codice Deontologico Forense, dalej CDF, włoski kodeks etyki zawodowej w ostatecznym brzmieniu przyjętym na posiedzeniu administracyjnym włoskiej Narodowej Rady Adwokackiej 23.02.2018 r., dostępny na stronie włoskiej Narodowej Rady Adwokackiej: <https://www.consiglionazionaleforense.it/codice-deontologico-forense>.

¹⁰ Polski Kodeks etyki adwokackiej, dalej KEA, w ostatecznym brzmieniu ustalonym uchwałą Naczelnej Rady Adwokackiej nr 66/2019 z 21.09.2019 r., dostępny na stronie internetowej Naczelnej Rady Adwokackiej pod linkiem: http://www.nra.pl/admin/wgrane_dokumenty/20210701kodeksetykiadwokackiejtekst-jednolity.pdf (dostęp: 27.08.2021 r.). Należy zaznaczyć, że na moment pisania artykułu trwają prace nad nowym brzmieniem kodeksu. Naczelna Rada Adwokacka przyjęła 28.01.2021 r. projekt Kodeksu Etyki Adwokackiej w nowym brzmieniu, który ma zostać przyjęty na Krajowym Zjeździe Adwokatury 17.09.2021 r.

kreśla wyraźnie brak prawnego znaczenia sposobu poznania informacji objętych tajemnicą, adwokat jest bowiem zobowiązany do zachowania w tajemnicy objętych obowiązkiem informacji, „w jakikolwiek sposób by ich nie poznał” (*in qualsiasi modo apprese*). Podobnie jak w polskim systemie etycznym, do zakwalifikowania informacji jako objęte tajemnicą adwokacką istotne jest kryterium funkcjonalne ich powiązania z realizowanym zleceniem adwokackim [art. 28 ust. 1 CDF: (*informazioni*) *delle quali sia venuto a conoscenza in dipendenza del mandato*]. W orzecznictwie dyscyplinarnym włoskiej Narodowej Rady Adwokackiej zostały wyszczególnione dwie przesłanki wystąpienia przewinienia dyscyplinarnego na tym gruncie – istnienie stosunku zlecenia adwokackiego między adwokatem a klientem oraz fakt powiązania wyjawionych informacji z tym zleceniem¹¹. Warto wspomnieć, że w sprawie z 2013 r., w której postępowanie dyscyplinarne toczyło się względem adwokata, który, w celach reklamy własnej działalności, po samobójstwie klienta zdradzał prasie informacje dotyczące łączącego ich zlecenia adwokackiego, włoska Narodowa Rada Adwokacka uznała samo istnienie stosunku zlecenia adwokackiego za przedmiot ochrony objęty tajemnicą adwokacką, nakładając na adwokata odpowiednie sankcje¹², podobnie jak w sprawie z 2010 r., dotyczącej ujawnienia przez adwokata faktu istnienia między nim a klientem stosunku zlecenia adwokackiego w korespondencji ze współpracującą z nim spółką¹³.

ZAKRES TEMPORALNY

Unormowanie zakresu temporalnego obowiązku tajemnicy adwokackiej w CDF jest dość kazuistyczne, zwłaszcza w zestawieniu z jednostronnym polskim postanowieniem z art. 6 ust. 2 p.o.a. stanowiącym, że obowiązek ów nie może być ograniczony w czasie, co powtarza również § 19 ust. 7 KEA. Analogiczny włoski przepis – art. 28 ust. 2 CDF – stanowi, że obowiązek przestrzegania tajemnicy zawodowej przez adwokata należy dochować również po udzieleniu pomocy prawnej lub po innym zakończeniu zlecenia, w tym wypowiedzeniu lub odmówieniu podjęcia się sprawy. Nietrudno zatem zauważyć, że polska regulacja ma charakter negatywny, włoska zaś pozytywny, wylicza bowiem sytuacje, w których nadal należy przestrzegać obowiązku tajemnicy zawodowej. Należy zwrócić uwagę, że polska regulacja nie pozostawia wątpliwości co do kwestii informacji podjętych przez adwokata na etapie wstępnym, tj. przed ewentualnym podjęciem się lub odrzuceniem sprawy, podczas gdy włoska może tworzyć na tej płaszczyźnie problemy interpretacyjne, nie ma tam bowiem wyraźnego odniesienia się do wstępnej fazy współpracy adwokata z klientem. Często zdarzają się we Włoszech przewinienia dyscyplinarne adwokatów polegające na uchybieniu tajemnicy adwokackiej po zakończeniu stosunku zlecenia

¹¹ Wyrok włoskiej Narodowej Rady Adwokackiej z 16.07.2019 r., nr 60.

¹² Wyrok włoskiej Narodowej Rady Adwokackiej z 23.07.2013 r., nr 130.

¹³ Wyrok włoskiej Narodowej Rady Adwokackiej z 16.03.2010 r., nr 10.

adwokackiego z klientem, jak można wnioskować z liczby odnośnych orzeczeń dyscyplinarnych włoskiej Narodowej Rady Adwokackiej¹⁴.

ZWOLNIENIE Z OBOWIĄZKU ZACHOWANIA TAJEMNICY ADWOKACKIEJ

We włoskim systemie prawa przewidziana jest możliwość zwolnienia z obowiązku dochowania tajemnicy zawodowej, jednak ma to miejsce w wyjątkowych i ściśle przewidzianych przez prawo okolicznościach, jak wynika z art. 6 ust. 3 ustawy 247/2012, zgodnie z którym adwokat, jego współpracownicy i pracownicy nie mogą zostać zobowiązani do przedstawiania w postępowaniach (w tym sądowych) informacji, które uzyskali w związku z wykonywaniem zawodu lub współpracą z adwokatem, z wyjątkiem przewidzianych przez prawo przypadków. Warto wspomnieć, że polski Kodeks etyki adwokackiej nie odnosi się wyraźnie do tej kwestii, jednak takie przypadki są określone w polskim systemie prawa na poziomie ustawowym w art. 6 ust. 4 p.o.a. (zwolnienie dotyczące informacji udostępnianych na podstawie przepisów o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu oraz odnośnie do schematów podatkowych uregulowanych w Ordynacji podatkowej¹⁵) lub w art. 180 ust. 1 Kodeksu postępowania karnego¹⁶ (zwolnienie przez sąd lub prokuratora dla dobra wymiaru sprawiedliwości). Podobnie, we włoskim systemie pojawiają się regulacje ustawowe pozwalające na zwolnienie z obowiązku tajemnicy adwokackiej – za przykład może posłużyć przepis z zakresu włoskiego postępowania karnego, a mianowicie art. 200 c.p.p. dopuszczający wezwanie podmiotów związanych obowiązkiem dochowania tajemnicy zawodowej, w tym adwokatów (art. 200 ust. 1 lit. d c.p.p.) przez sędziego do udzielenia informacji nią objętych, który to tryb udzielania takich informacji zostaje doprecyzowany i uregulowany w art. 256 c.p.p.

Włoski kodeks etyki adwokackiej zawiera inne postanowienia odnośnie do okoliczności ewentualnego zwolnienia adwokata z obowiązku zachowania tajemnicy adwokackiej, formułując w art. 28 ust. 4 CDF cztery przesłanki wyjaśnienia informacji nią objętych, a mianowicie:

- a) wykonywanie czynności zawodowych w ramach obrony;
- b) zapobieżenie popełnieniu szczególnie poważnego przestępstwa;
- c) przedstawienie okoliczności w sporze adwokata z klientem lub reprezentowanym;
- d) ujawnienie takich informacji w ramach postępowania dyscyplinarnego.

¹⁴ Wyrok włoskiej Narodowej Rady Adwokackiej z 4.03.1995 r., nr 24; wyrok włoskiej Narodowej Rady Adwokackiej z 25.02.2020 r., nr 37; decyzja włoskiej Narodowej Rady Adwokackiej z 18.07.2011 r., nr 112.

¹⁵ Ustawa z 29.08.1997 r. – Ordynacja podatkowa (Dz.U. z 2021 r. poz. 1540 ze zm.).

¹⁶ Ustawa z 6.06.1997 r. – Kodeks postępowania karnego (Dz.U. z 2021 r. poz. 1023 ze zm.), dalej k.p.k.

Co do przypadku określonego w punkcie a, jest to nic innego jak użycie informacji objętych tajemnicą adwokacką w interesie klienta, co uznawane jest za dopuszczalne na polskim gruncie, zważywszy na doniosłość zasady lojalności i ochrony interesu klienta przez adwokata, jakkolwiek bez możliwości zwolnienia z tajemnicy zawodowej przez klienta¹⁷. Ponadto niektórzy opowiadają się za możliwością ujawnienia takich informacji przez adwokata w postępowaniu dyscyplinarnym rozumianą jako realizacja fundamentalnego prawa do obrony¹⁸. Dla tych przypadków, co do których toczy się dyskusja w polskiej doktrynie, włoski kodeks nie pozostawia wątpliwości, wyraźnie dopuszczając w razie ich zaistnienia zwolnienie z tajemnicy zawodowej. Interes adwokata jest zresztą chroniony we włoskim kodeksie szerzej, dopuszczona zostaje bowiem również możliwość ujawnienia okoliczności objętych tajemnicą adwokacką w sporze adwokata z klientem lub reprezentowanym (art. 28 ust. 4 lit. c CDF). Odnośnie do pozostałej okoliczności zwalniającej z obowiązku zachowania tajemnicy adwokackiej, czyli zapobieżenia popełnieniu szczególnie poważnego przestępstwa, jest to regulacja z podobnym *ratio legis* jak proceduralny polski przepis art. 180 ust. 1 k.p.k. Warto zaznaczyć, że adwokat włoski nie musi zostać zwolniony przez sąd ani prokuratora, lecz może sam podjąć odpowiednie czynności, jednak zakres zwolnienia z tajemnicy zawodowej jest węższy w przepisie włoskim, w przytoczonym polskim przepisie proceduralnym mowa bowiem nie tylko o zapobieżeniu popełnieniu szczególnie poważnego przestępstwa, lecz ogólnie o dobru wymiaru sprawiedliwości. Ciekawe w kontekście pojęcia „szczególnie poważnego przestępstwa” jest rozstrzygnięcie Narodowej Rady Adwokackiej z 2014 r., w którym stwierdziła ona, że adwokat nie ma obowiązku informować odpowiedniej władzy sądowej, że jego odbywający karę pozbawienia wolności klient nielegalnie używa w więzieniu własnego telefonu, akcentując w uzasadnieniu fakt, że, zgodnie z normami etycznymi adwokat wręcz powinien zachować w tajemnicy wszystko, czego dowiedział się w związku z realizacją zlecenia adwokackiego (jakkolwiek nie powinien brać udziału w procedurze sprzecznym z prawem, odmawiając pierwszej rozmowy telefonicznej z klientem lub wypowiadając zlecenie adwokackie)¹⁹.

TAJEMNICA ŚLEDZTWA ADWOKACKIEGO

W ramach włoskiego postępowania karnego adwokat może prowadzić własne śledztwo – *investigazione difensiva* – w celu zgromadzenia dowodów na korzyść reprezentowanego (na mocy art. 327-bis c.p.p.). W 2000 r. włoski

¹⁷ P. Skuczyński, *Etyka...*, s. 258–259; R. Zawłocki, *Zgoda pokrzywdzonego jako okoliczność wyłączająca odpowiedzialność dyscyplinarną (rozważania na przykładzie tajemnicy zawodowej w niektórych zawodach prawniczych)* (w:) *Zgoda pokrzywdzonego*, red. R. Zawłocki, Warszawa 2012, s. 139.

¹⁸ P. Skuczyński, *Etyka...*, s. 261; R. Baszuk, *Tajemnica zawodowa w wyjaśnieniach obwinionego składanych w postępowaniu dyscyplinarnym*, „Palestra” 2014/3–4, s. 168.

¹⁹ Wyrok włoskiej Narodowej Rady Adwokackiej z 13.12.2014 r., nr 188.

ustawodawca uzupełnił kodeks postępowania karnego o postanowienia szczegółowo regulujące tryb przeprowadzania takich śledztw i środki przysługujące adwokatowi w tym celu (art. 391-bis–391-decies c.p.p.). We włoskim kodeksie etyki adwokackiej znajduje się kilka wartych przytoczenia norm dotyczących śledztw adwokackich, które można uznać za uzupełniające regulację obowiązku tajemnicy zawodowej. Warto wspomnieć, że art. 55 CDF, z którego wynikają powyższe normy, znajduje się w części kodeksu poświęconej obowiązkowi adwokata w procesie, w związku z czym jest on określany w tej części kodeksu już nie jako *avvocato* (adwokat), lecz jako *difensore* (obrońca). obrońca ma zatem obowiązek zachować tajemnicę co do dokumentacji śledztw adwokackich i ich zawartości, dopóki nie użyje jej w postępowaniu, jak również przechowywać ją skrupulatnie przez cały czas niezbędny lub potrzebny do obrony reprezentowanego. Wyjątkiem jest sytuacja, gdy zachodzi słuszna przyczyna wyjawienia takich informacji w interesie reprezentowanego. Obowiązek tajemnicy śledztwa adwokackiego rozszerzony zostaje na substytutów, współpracowników, upoważnionych detektywów i biegłych, z którymi współpracowałby obrońca przy takim śledztwie. obrońca może przekazać im wszystkie informacje i dokumenty niezbędne do wykonania przez nich ich zadań w śledztwie, zobowiązując ich do zachowania tajemnicy i przekazania wyników działań w śledztwie wyłącznie jemu samemu.

DYSKRECJA ADWOKATA W ORZECZNICTWIE DYSCYPLINARNYM

Orzecznictwo dyscyplinarne Narodowej Rady Adwokackiej oparte na art. 28 CDF często dość dokładnie doprecyzowuje zakres obowiązku tajemnicy zawodowej spoczywający na włoskich adwokatach. Pojawiły się w historii orzeczenia stwierdzające, że adwokat powinien wstawić w kancelarii drzwi i okna z przyciemnionymi szybami lub odpowiednio osłonić od strony ulicy wnętrze kancelarii znajdującej się na parterze w celu zagwarantowania klientowi dyskrecji²⁰. Narodowa Rada Adwokacka stwierdziła również, że takie prawo anonimowości klienta jest niezbywalne i adwokat powinien zadbać o zapewnienie takich warunków niezależnie od wyrażenia przez klienta takiej woli – warto dodać, że Sąd Kasacyjny stwierdził, iż adwokat odpowiada za przewinienie dyscyplinarne niezależnie od faktu zaistnienia lub braku protestów ze strony klienta, co ma na celu ochronę godności zawodu i wizerunku całej społeczności adwokackiej²¹. Inne orzeczenie dyscyplinarne Narodowej Rady Adwokackiej zawiera upomnienie adwokata za niedyskretny sposób odebrania od klienta pieniędzy za prowadzenie sprawy, co miało miejsce na ulicy przed sądem²². Tajemnica adwokacka nie jest uregulowana we wło-

²⁰ Wyrok włoskiej Narodowej Rady Adwokackiej z 13.03.2013 r., nr 37; wyrok włoskiej Narodowej Rady Adwokackiej z 2.03.2012 r., nr 39.

²¹ Wyrok włoskiego Sądu Kasacyjnego z 11.12.2007 r., nr 25816.

²² Wyrok włoskiej Narodowej Rady Adwokackiej z 20.04.2012 r., nr 57.

skim kodeksie etyki adwokackiej tak dokładnie jak w polskim, który wylicza konkretne obowiązki spoczywające na adwokacie. W brzmieniu przepisów zawartych we włoskim zbiorze norm etycznych nie akcentuje się również „opiekuńczości” adwokata w relacji z klientem, jednak ów aspekt obowiązku tajemnicy adwokackiej zostaje doprecyzowany w orzecznictwie dyscyplinarnym. Warto przypomnieć, że regulacja polskiego Kodeksu etyki adwokackiej niejednokrotnie nakłada na polskiego adwokata obowiązki dotyczące nie tylko standardu etycznego odnośnie do jego własnych działań, lecz również odpowiedzialności za innych, np. obowiązek wypowiedzenia pełnomocnictwa przez adwokata, gdy z okoliczności wynika, że klient stracił do niego zaufanie (§ 51 zd. 2 KEA) – zatem polski adwokat musi na bieżąco monitorować i oceniać w tym kontekście stan zaufania ze strony klienta.

WNIOSKI

W pierwszej kolejności warto podkreślić, że we włoskiej ustawie o adwokaturze pojawia się wyraźne odesłanie do norm deontologicznych, co zdaje się rozjaśniać kwestię ich statusu prawnego, względem którego w Polsce istnieją istotne wątpliwości okraszone sporami w doktrynie i orzecznictwie²³. Inną różnicą w sposobie unormowania między systemami na poziomie ogólnym jest częstotliwość pojawiania się we włoskim kodeksie regulacji kazuistycznych, podczas gdy KEA formułuje raczej zasady ogólne, przy czym, w przeciwieństwie do włoskiego odpowiednika, często definiuje obowiązki etyczne adwokata w sposób negatywny.

Zakres obowiązku tajemnicy adwokackiej jest podobny w obu kodeksach, przy czym w jego aspekcie podmiotowym i temporalnym polskie normy deontologiczne zdają się być lepiej sformułowane, mają szersze zastosowanie. We włoskim kodeksie sformułowane są okoliczności, w których adwokat może ujawnić informacje objęte tajemnicą zawodową, przy czym nie musi być w tym celu z niej zwolniony przez żaden inny podmiot. Wyjątkowa, w perspektywie polskiej tradycji etyki adwokackiej i przywiązania do zasady zaufania klienta, zdaje się być możliwość samodzielnego ujawnienia przez adwokata takich informacji w celu zapobieżenia popełnieniu szczególnie poważnego przestępstwa, przy czym ocena stopnia powagi przestępstwa zdaje się być pozostawiona w gestii samego adwokata włoskiego. Charakterystyczna dla włoskiego systemu prawa, a konkretnie postępowania karnego, jest również instytucja śledztwa adwokackiego, co spowodowało pojawienie się adekwatnych przepisów w kodeksie etyki adwokackiej.

²³ P. Skuczyński, *Status etyki prawniczej*, Warszawa 2010, s. 46–49.

ABSTRACT

Filip Jegliński

The author is a graduate of the Faculty of Law and Administration and the Department of Italian Studies at the University of Warsaw and Master Universitario di primo livello in the field of Italian Law at the University of Catania, he works in a law firm as a junior lawyer.

Attorney-client privilege in the Code of Conduct for Italian Lawyers

The article concerns the way attorney-client privilege is regulated in the Italian code of conduct for lawyers. The presentation of the regulations of this code is accompanied by references and comparisons to the Polish regulation of advocates' duty to maintain professional secrecy. In order to ensure consistency of argumentation, necessary references to the relevant statutory regulations in Italy and Poland also appear. The scope of the duty, the circumstances and the procedure for exemption from the duty are discussed, as well as the issue of secrecy of the defence lawyer's investigation [investigazioni difensive], a mechanism characteristic of the Italian criminal procedure. The main argument is supplemented with selected examples from the disciplinary case law of the Italian National Bar Council.

Keywords: *Italy, professional ethics, attorneys' ethics, Law on Advocates, Code of Conduct for Italian Lawyers, disciplinary case law*

Filip Jegliński

ORCID: 0000-0003-3694-1585; e-mail: filip.wojciech.jeglinski@gmail.com

Autor jest absolwentem Wydziału Prawa i Administracji oraz Katedry Italianistyki na Uniwersytecie Warszawskim oraz studiów *Master Universitario di primo livello* w dziedzinie Prawo włoskie na Uniwersytecie w Katanii, pracuje w kancelarii adwokackiej jako młodszy prawnik.

BIBLIOGRAFIA ZAŁĄCZNIKOWA

- Banach Małgorzata, Smarzewski Marek**, *Prawo adwokata do obrony w postępowaniu karnym i dyscyplinarnym a tajemnica adwokacka*, „Palestra” 2019/3
- Baszuk Radosław**, *Tajemnica zawodowa w wyjaśnieniach obwinionego składanych w postępowaniu dyscyplinarnym*, „Palestra” 2014/3–4
- Chiaromonte Salvatore**, *I rapporti dell'avvocato con i terzi e le controparti*, „Rassegna Forense” 2014/1

Etyka adwokacka i radcowska. Komentarz, orzecznictwo, kazusy i opinie,
red. M. Król, Warszawa 2017

Ferrajoli Luigi, *Sulla deontologia professionale degli avvocati*, „*Questione Giustizia*” 2011/6

Guillamón María del Carmen Lázaro, *L'obbligo di segreto professionale degli avvocati: problemi tra amministrazione pubblica e vita privata nella storia*, „*Studia Prawnoustrojowe*” 2010/12, s. 110

Krzemiński Zdzisław, *Etyka adwokacka. Teksty, orzecznictwo, komentarz*,
Warszawa 2008

La Torre Massimo, *Il giudice, l'avvocato e il concetto di diritto*, Catanzaro
2002

Naumann Jerzy, *Zbiór Zasad Etyki Adwokackiej i Godności Zawodu. Komentarz*,
Warszawa 2020

Perfetti Ubaldo, *Corso di deontologia forense*, Padova 2008

Skuczyński Paweł, *Etyka adwokatów i radców prawnych*, Warszawa 2016

Skuczyński Paweł, *Status etyki prawniczej*, Warszawa 2010

Pytania i odpowiedzi prawne

Ewa Stawicka

CZY W BRAKU PLANU MIEJSCOWEGO WYDAWANE WARUNKI ZABUDOWY POWINNY OKREŚLAĆ PARAMETRY DOPUSZCZALNEJ ZABUDOWY W SPOSÓB „WIDEŁKOWY”, CZY TEŻ WYSTARCZY PODAWANIE W DECYZJI WARTOŚCI MINIMALNYCH BĄDŹ MAKSYMALNYCH?

Decyzja administracyjna ustalająca warunki zabudowy dla terenu nieobjętego obowiązującym planem zagospodarowania przestrzennego może zostać wydana nie tylko na wniosek właściciela gruntu, ale także na wniosek innej osoby. Dość często o wydanie takiego indywidualnego rozstrzygnięcia administracyjnego ubiega się potencjalny inwestor, który od wyniku zainicjowanej procedury uzależnia dalsze swoje decyzje – co do zakupu nieruchomości, zawiązania spółki, wszczęcia starań o pozyskanie finansowania, zlecenia projektu budowlanego i tym podobne.

Z kolei uczestnikami postępowania mającego doprowadzić do wydania decyzji o warunkach zabudowy są osoby zainteresowane, których krąg ustala się według ogólnych reguł art. 28 k.p.a. Niewątpliwie do kręgu tego przynależą podmioty, którym służą prawa rzeczowe do nieruchomości, której dotyczyć ma orzeczenie administracyjne. Natomiast, wbrew potocznemu mniemaniu, nie wszyscy właściciele (wielcy użytkownicy) działek sąsiednich muszą zostać zawsze zakwalifikowani jako uczestnicy procedury o wydanie warunków zabudowy. Jak trafnie wskazuje się w najnowszym orzecznictwie:

„Błędny jest pogląd, iż w każdym przypadku przymiot strony w postępowaniu o ustalenie warunków zabudowy posiadają właściciele (użytkownicy

wieczysci) działek sąsiadujących blisko czy wręcz bezpośrednio z terenem planowanej inwestycji. Przeciwnie, kwestia ta podlega badaniu przez organ administracji, w kontekście dyspozycji przepisu art. 28 k.p.a. W praktyce wymaga to przeanalizowania, czy dane działki znajdują się w zasięgu oddziaływania planowanej inwestycji” (wyrok WSA w Gorzowie Wielkopolskim z 21.12.2017 r., II SA/Go 1042/17).

Za równie słuszną uznać należałoby następującą konstatację orzeczniczą:

„Przedmiotem oceny w postępowaniu o wydanie decyzji ustalającej warunki zabudowy może być jedynie spełnienie kryteriów dobrego sąsiedztwa, o których mowa w przepisie art. 61 ust. 1 ustawy o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym. Przedmiotu takiego nie stanowią natomiast zagrożenia związane z wpływem planowanej inwestycji na korzystanie z nieruchomości sąsiadujących, a tym bardziej subiektywnie odczuwana uciążliwość inwestycji lub możliwość wystąpienia potencjalnych zagrożeń dla działek sąsiadujących z terenem inwestycji, w tym obniżenia ich wartości. Subiektywne bowiem przekonanie osoby trzeciej o naruszeniu jej własnego interesu, związane z rodzajem działalności gospodarczej prowadzonej na działce, której dotyczy kwestionowana decyzja ustalająca warunki zabudowy i zagospodarowania terenu, oraz podejrzenie, że inwestor będzie rozwijał uciążliwą dla niej działalność, nie może ograniczać prawa właściciela do zagospodarowania własnego terenu w zakresie określonym przez prawo i zasady współżycia społecznego” (wyrok WSA w Gliwicach z 24.04.2017 r., II SA/Gl 67/17).

Sądownictwo administracyjne daje bowiem prymat – także w kontekście proceduralnym – celowi ustawy o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym¹, jakim jest zachowanie ładu przestrzennego.

Wśród rozmaitych wątpliwości co do stosowania tej ustawy, jakie niesie praktyka, pojawia się niejasność co do interpretacji przepisów wykonawczych do ustawy, które znalazły się w rozporządzeniu Ministra Infrastruktury z 26.08.2003 r. w sprawie sposobu ustalania wymagań dotyczących nowej zabudowy i zagospodarowania terenu w przypadku braku miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego². Kontrowersje, o których tutaj mowa, dotyczą rozumienia norm rozporządzenia zawartych w jego paragrafach: piątym, szóstym, siódmym i ósmym; regulują one dopuszczalną: powierzchnię zabudowy działki, szerokość elewacji frontowej budynków, ich wysokość oraz geometrię dachu. Każdy z tych parametrów prawodawca nakazuje przyjmować w decyzji o warunkach zabudowy jako średnie wartości w obszarze analizowanym. I oto w judykaturze zaznaczył się trend, wedle którego nie wystarcza podawanie tego rodzaju wskaźników jako minimalnych bądź maksymalnych, gdyż odnośne parametry powinny być zakreslane „widelkowo”.

„Określenie w decyzji o warunkach zabudowy wielkości powierzchni nowej zabudowy w stosunku do powierzchni terenu inwestycji (tj. terenu objętego

¹ Dz.U. z 2021 r. poz. 741.

² Dz.U. z 2003 r. nr 164 poz. 1588.

decyzją) do 30%, jest niewystarczające dla zachowania ładu przestrzennego i uzasadnia wniosek, że inwestycja ta nie kontynuuje wielkości wskaźnika intensywności zabudowy w obszarze analizowanym. Należy bowiem wprowadzić dolną wartość progową wielkości powierzchni nowej zabudowy w stosunku do powierzchni terenu inwestycji.

Skoro w § 5 ust. 1 rozporządzenia z 26.08.2003 r. w sprawie sposobu ustalania wymagań dotyczących nowej zabudowy i zagospodarowania terenu w przypadku braku miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego (...) prawodawca przewidział, że wskaźnik wielkości powierzchni nowej zabudowy w stosunku do powierzchni działki albo terenu należy wyznaczyć na podstawie średniego wskaźnika tej wielkości dla obszaru analizowanego, to ustalenie jedynie górnej wartości tego parametru stanowi naruszenie tego przepisu, ponieważ stwarza możliwość zrealizowania obiektu, posiadającego parametry znacznie mniejsze niż średnia wartość w obszarze analizowanym.

Ustalenie średnich wartości parametrów zabudowy musi uwzględniać w analizie urbanistycznej wszystkie nieruchomości znajdujące się w obszarze analizowanym, a nie tylko niektóre z nich wybrane na podstawie dowolnej metody" (wyrok NSA z 21.11.2017 r., II OSK 493/16).

Niewątpliwie ta linia orzecznicza czyni zadość potrzebie dbałości o ład przestrzenny. Równocześnie może ona – w pośredni sposób – ułatwić określanie, którzy spośród sąsiadów są istotnie zainteresowani dopuszczalnymi parametrami zabudowy danej nieruchomości. Jak się jednak wydaje, nie należy tej linii orzeczniczej czynić bezwzględnej regułą ani stosować jej w sposób kategoriowy. Wtedy na przykład, gdy w obszarze analizowanym wokół przedmiotowej nieruchomości występuje bardzo niewiele budynków, wskazanie wartości maksymalnych (lub minimalnych) powinno całkowicie wystarczyć. Może się także zdarzyć, że w sąsiedztwie występuje zabudowa o spójnym kształcie – wtedy można by się zastanawiać nawet nad jednoznacznym, sztywnym ustaleniem wielkości, o których mowa w rozporządzeniu.

W żadnym wypadku wskazane wyżej normy rozporządzenia wykonawczego nie mogą być traktowane jako dające pole do stosowania przez organ konstrukcji uznania administracyjnego. Wskaźniki określone w decyzji o warunkach zabudowy wynikać wszak muszą z precyzyjnej analizy obszaru zabudowanego i nie mogą być ustalone w sposób dowolny.

Ewa Stawicka

Autorka jest adwokatem (ORA w Warszawie), redaktor naczelną „Palestry”.

Gawędy adwokata bibliofila

Andrzej Tomaszek

TRANSFORMACJA SPRZED WIEKU

Czy uzasadnione jest twierdzenie, że przekształcenie imperiów w państwa narodowe w rezultacie pierwszej wojny światowej ukształtowało naszą teraźniejszość? I to, że w konsekwencji splotu zdarzeń wynikających z przebiegu tej wielkiej wojny, bardziej niż w następstwie własnych zwycięstw, uformowała się nasza państwowość ze wszystkimi jej przywarami? O przebiegu tej wojny dowiemy się z monumentalnego dzieła profesora Uniwersytetu Jagiellońskiego Andrzej Chwalby pod znamienym tytułem *Samobójstwo Europy. Wielka wojna 1914–1918* (Wydawnictwo Literackie 2014). Powyższe tezy znajdujemy wszakże w dwutomowej pracy profesorów Uniwersytetu Warszawskiego – przedwcześnie zmarłego Włodzimierza Borodzieja i Macieja Górnego pt. *Nasza wojna* (t. 1, *Imperia 1912–1916*, Warszawa 2014 i t. 2, *Narody 1917–1923*, Warszawa 2018), skupionej na wydarzeniach w państwach

Europy Środkowo-Wschodniej (stąd „nasza wojna”) i ukazującej będące konsekwencją wojny procesy i zjawiska tak społeczne, jak i kulturowe.

Do wybuchu wojny doprowadziła głupota politycznych decydentów, ograniczona inteligencja dowódców wojskowych (wszyscy chcieli atakować, nie wyciągnęli wniosków z okrucieństwa wojen bałkańskich) i radosne podniecenie tłumów. „W pamięci społeczeństw Europy Zachodniej pozostają rozgorączkowane tłumy na ulicach miast żądające wojny – piszą autorzy. – Tworzy się sprzężenie zwrotne: masy dają się łatwo podburzyć, a politycy i dziennikarze, nawołujący do rozprawy z wrogiem, wynik swoich starań traktują jako kolejny dowód, że działają zgodnie z interesem i poglądami ludu. Zjednoczenie narodu w obliczu zagrożenia, moralna przewaga nad wrogiem, obrona słusznej sprawy i wiara w szybkie zwycięstwo – lato 1914 roku wydaje się wzniosłe

i piękne” (zob. *Imperia*, s. 38–42). Ofensywne działania wojenne kończą się rychło dla ich uczestników nie zimnym, ale krwawym prysznicem. „Bilans letnich ofensyw był przerażający. Zwłaszcza straty rosyjskie i austriackie przekraczały dotychczasowe wyobrażenia o nadchodzącej wojnie. 400 tysięcy zabitych, rannych i wziętych do niewoli stanowiło około jednej trzeciej strat monarchii habsburskiej w trakcie całej wojny. Podobny rozmiar miały ubytki w szeregach rosyjskich. Warto uświadomić sobie ich skalę. Liczba rosyjskich żołnierzy wziętych do niewoli w bitwie pod Tannenbergiem była podobna do liczby jeńców niemieckich pod Stalingradem zimą 1943 roku” (*Imperia*, s. 92). Nic dziwnego, że w dalszej fazie wojna przybiera charakter pozycyjny.

Na zapleczu wojna wywołała nowe zjawiska, jak głód informacji, upodobanie do plotek, szpiegomanie, prześladowania mniejszości etnicznych. Nowością, nieznaną przed 1914 rokiem, była też kartka żywnościowa, bomba lotnicza, maska gazowa czy okupacja (niejednokrotnie represyjna – zob. *Imperia*, s. 299–302). Interesujące są rozważania autorów, jak okupacja wschodniej części Europy była postrzegana przez Niemców i Austriaków jako misja cywilizacyjna i czemu owa koncepcja została zastąpiona przekonaniem, że „Wschód można okiełznać tylko siłą” (*Imperia*, s. 422–423).

Czteroletnia wyniszczająca wojna wymusiła istotną, porównywalną z rokiem 1989, transformację. „Poczynając od 1917 roku, rozpadały się im-

perialne armie, a społeczeństwa zmieniały się w konglomerat zwaśnionych etnicznych i politycznych szczepów. Wreszcie rozleciały się same imperia, odsłaniając chaotyczny obraz walczących ze sobą państw. Przemoc towarzysząca temu procesowi ujawniała się nie tylko w formie walki zbrojnej, lecz także bez wymiany ognia, na przykład w stylu negocjacji pracodawców z pracobiorcami, czy też w sferach polityki społecznej i kultury. Dekompozycja starych struktur i towarzyszące jej zaburzenia nie wyczerpują jednak treści procesów zachodzących w ostatnich miesiącach istnienia imperialnej Europy Środkowo-Wschodniej. (...) W politycznych sporach toczonych po 1918 roku niemal równie eksponowane miejsce zajęły trzy inne grupy społeczne: kobiety, chłopci i mniejszości narodowe. Drugim wielkim tematem politycznych dyskusji stała się gospodarka, która musiała się przestawić na nowe, powojenne tory. (...) W 1918 roku, zupełnie jak w roku 1989, mieliśmy do czynienia z procesem transformacji ustrojowej” (*Narody*, s. 335–336).

W Europie Środkowo-Wschodniej „niemal z dnia na dzień zmieniło się wszystko: władza, granice państw, waluty, hierarchie”. Jednak o ile skutkiem transformacji po 1989 roku było otwarcie rynków na zagraniczny kapitał i na zagraniczne towary, to transformacja po 1918 roku tego nie przyniosła. „Monetaryzm rządów gotowych zwalczać inflację nawet za cenę wzrostu bezrobocia, podatków i spadku dochodów łączył się z ich protekcjonizmem wobec rodzimego przemysłu i izolacjonizmem. Ekonomiści głównego nurtu

uważali, że państwa zacofane powinny dbać głównie o rodzimy kapitał, praktykując radykalny liberalizm w granicach państwa, ale już nie poza nimi. W praktyce oznaczało to utrzymanie barier celnych przy zerwaniu z polityką stymulacji popytu za pomocą drukowania pieniędzy. (...) Cenę za ochronę rodzimego kapitału zapłacili robotnicy i chłopci, czyli grupy społeczne, które bezpośrednio po Wielkiej Wojnie uchodziły za beneficjentów transformacji” (*Narody*, s. 356).

W nowy sposób zaczęto postrzegać demokrację – „powszechne stało się żądanie równego prawa wyborczego. Idea demokracji, opartej na równości obywateli niezależnie od wykształcenia, płci i majątku, dość nagle okazała się bezkonkurencyjna, przynajmniej na papierze. Głos w postaci kartki wyborczej od 1918 r. jest nie ważony, tylko liczony. Chyba że akurat żyjemy w dyktaturze, gdzie wszystko jedno. Dlaczego idea demokracji w Europie Środkowo-Wschodniej objęła również i natychmiast kobiety, na dobrą sprawę nie wiemy. (...) Na pewno wojna, czyniąc z dotychczasowych służących, żon zamkniętych w kuchni czy pracujących w oborze (i córek, którym oprócz kłopotliwego posagu nic się nie należy) podmioty na rynku pracy, przyspieszyła proces, który w innych warunkach dokonałby się znacznie wolniej. Wdzięczne pole badań – konkludują autorzy – choć trudno dostępne, bo w źródłach dominują relacje mężczyzn” (*Narody*, s. 18). Wojna zmieniła życie codzienne kobiet, które musiały łączyć pracę zawodową ze zdobywaniem poży-

wienia dla rodziny. „W mieście kobiety na ogół przejmowały nie dotychczasowe miejsce pracy męża, lecz innych mężczyzn powołanych na front, stawały się ekspedientkami, kelnerkami, konduktorkami, pojawiły się masowo jako urzędniczki w administracji komunalnej (...) – wszędzie tam, gdzie po poborze zabrakło pracowników” (*Imperia*, s. 217). W konsekwencji „wojna zmieniła społeczną pozycję kobiet w sposób widoczny dla każdego i dla wielu irytujący (...) im dłużej trwał konflikt, tym śmieiej domagano się dla kobiet praw wyborczych i w ogóle równouprawnienia” (*Narody*, s. 378, zob. szerzej s. 378–386).

Katalizatorem zmian były też rewolucje rosyjskie 1917 r. Jako ich przyczynę autorzy wskazują nie klęski militarne, ale fatalną dystrybucję żywności, podwójną polaryzację (między caratem i Dumą jako platformą liberalnej opozycji, jak i między ową liberalną opozycją „a resztą kraju, wygłodniałą, chłopską, żołnierską i proletariacką, żyjącą w poczuciu krzywdy i egzystencjalnego zagrożenia”) i w konsekwencji utratę wierności poddanych. „Miliony chłopów (...) poznały jako żołnierze świat inny niż własna parafia, z której ich przodkowie nie wychylili nosa. Takie przeżycie otwierało nowe horyzonty. Możliwe stało się wiele rzeczy dotąd niewyobrażalnych, także świat bez panów, oficerów, w końcu również bez cara” (*Imperia*, s. 9).

Dla krajów Zachodu powstało nowe śmiertelne zagrożenie. „Bolszewicy, unieważniając dotychczasowy porządek w największym państwie świata, podejmowali operację na skalę globalną. Stworzyli wzór niewielkiej

mniejszości, która dzięki swej determinacji, charyzmatycznym przywódcom i radykalnemu zerwaniu ze starym porządkiem może objąć władzę wszędzie” (*Narody*, s. 18–19). Już na początku 1918 roku potrafili zaskakiwać przedstawiciele państw centralnych tak nowoczesną terminologią (pokój bez aneksji, prawo do samostanowienia), jak i pogardą dla *ancien regime* w brzeskich rokowaniach pokojowych (zob. *Imperia*, s. 308–309).

I to w obliczu tego zagrożenia ze Wschodu Państwo Polskie stało się ważnym elementem europejskiej układanki. Autorzy *Naszej wojny* nie darzą sympatią ani Józefa Piłsudskiego, ani Romana Dmowskiego, ale obu przyznają stosowne zasługi. Warte uwagi są wywody poświęcone wyprawie kijowskiej i wojnie polsko-bolszewickiej roku 1920. „Piłsudski daremnie poszukiwał Trzeciej Rosji – ani białej, ani czerwonej, lecz demokratycznej i gotowej uznać Polskę w granicach sięgających poza Bug i San. Zamiast niej znalazł bankruta politycznego, atamana Semena Petlurę” (*Imperia*, s. 125). Wobec jeśli nie wrogości, to obojętności „Rusinów” ofensywa ukraińska skazana była na klęskę, ale po bitwie warszawskiej i wyparciu bolszewików wygrał jednak Piłsudski. „W sierpniu 1920 roku stworzył mit założycielski nowej Rzeczypospolitej:

pierwotną wojnę zaczepną przekształcił w heroiczną obronę suwerenności przeciw bolszewickim hordom. Traktatem ryskim ustabilizował cały region (...) stał się ojcem założycielem II Rzeczypospolitej” (*Narody*, s. 149). Z kolei Romanowi Dmowskiemu wcale nie szło dobrze przekonywanie zachodnich decydentów do sprawy polskiej, choć nie brakło mu ani intelektu, ani znajomości obcych języków. Potrzeby Polski zostały dostrzeżone dopiero, kiedy w pierwszym półroczu 1919 roku widmo rewolucji krążyło po Niemczech, Austrii i Węgrzech. Jak wskazują Autorzy, „przejęcie władzy przez komunistów w Europie Środkowej czyniłoby z nich bezpośrednich sąsiadów państw zachodnich. Stąd też wzięło się nagłe dowartościowanie Polski i Rumunii, które stały się w trakcie konferencji filarami środkowoeuropejskiego porządku. Zachodni przywódcy rozumowali następująco: jeśli one wytrzymają napór bolszewii, komunizm pozostanie zjawiskiem postrosyjskim, oddzielonym od Zachodu przez kordon sanitarny, którego filarami siłą rzeczy mogą być tylko Warszawa i Bukareszt” (*Narody*, s. 511).

Wygląda na to, że tak w roku 1918, jak i w 1989 o losie Polski decydowały w większym stopniu sploty korzystnych okoliczności niż bohaterowie z późniejszych podręczników.

Andrzej Tomaszek

Autor jest adwokatem (ORA w Warszawie), członkiem Prezydium Naczelnej Rady Adwokackiej.

Recenzje

Stanisław Zagórski

ŁUKASZ BŁASZCZAK, POWÓDZTWO OCZYWIŚCIE BEZZASADNE. ARTYKUŁ 191¹ K.P.C., WARSZAWA 2021

Wprowadzenie przez ustawodawcę do procedury cywilnej nowego pojęcia – powództwa oczywiście bezzasadnego – wzbudziło relatywnie niewielkie zainteresowanie praktyków. Na pierwszy rzut oka wydało się bowiem, że stosowanie norm zawartych w art. 191¹ Kodeksu postępowania cywilnego (dalej k.p.c.) może okazać się jedynie śladowe i że ich funkcjonowanie oraz skutki działania niemal wcale nie będą dotyczyły pracy fachowych pełnomocników. Monografia autorstwa Łukasza Błaszczaka, profesora Uniwersytetu Wrocławskiego, a zarazem adwokata i radcy prawnego, weryfikuje to pierwsze wrażenie innych procesualistów i pomaga zastanowić



się nad rzeczywistą użytecznością oraz istotą nowej instytucji – w kontekście proceduralnym i materialnoprawnym.

Autor analizuje różnorakie podstawy żądań powoda, które mogą być poddawane filtrowaniu przez pryzmat pojęcia powództwa oczywiście bezzasadnego. Należą do nich powództwa o wypełnienie zobowiązań naturalnych (np. przedawnionych, z gry lub zakładu, opartych na zawarciu umowy przedwstępnej niespełniającej formalnych warunków, które do tego uprawniają), powództwa, w których roszczenia wygasły z racji upływu terminu zawitego, albo też takie, co do których ustawa wprost przewiduje niedopuszczalność ich

wytaczania. W opracowaniu znalazły się również rozważania co do możliwości stosowania nowej instytucji w wypadku braku interesu prawnego w rozmaitych żądaniach (nie tylko takich, których umocowania można by poszukiwać w treści art. 189 k.p.c.), jak również wtedy, kiedy powodowi nie służy legitymacja prawna albo też jego żądanie jest ewidentnie sprzeczne z zasadami współżycia społecznego. Osobną grupę stanowią sytuacje, w których w rażący sposób brakuje logicznego związku między podawanymi faktami a żądaniem. Wreszcie wyróżniono w monografii kategorię żądań fikcyjnych.

Wiele uwagi Autor recenzowanej pozycji poświęcił prawnemu położeniu podmiotu, który jest pozwany w sprawie kwalifikowanej przez sąd jako wypełniającej hipotezę art. 191¹ § 1 k.p.c. Pozwany może się wszak nigdy nie dowiedzieć o tym, że był wytoczony przeciw niemu proces, z drugiej zaś strony – obejmują go skutki prawomocności wydanego orzeczenia.

W monografii znajdzie czytelnik także uwagi co do możliwości stoso-

wania określonych procedurą cywilną oraz prawem materialnym sankcji za wytoczenie oczywiście bezzasadnego powództwa. Interesujące są też rozważania poświęcone instytucjom pokrewnym tytułowemu artykułowi Kodeksu postępowania cywilnego.

Jak się wydaje, art. 191¹ k.p.c. może się okazać dość potężnym orężem w sędziowskim arsenale środków zmierzających do ograniczania liczby toczących się spraw. Co oczywiste, wkrótce po wejściu w życie noweli opublikowana monografia nie mogła jeszcze zawrzeć przykładów z praktyki jego stosowania. Mimo to recenzowana pozycja zasługuje na uwagę – w szczególności pełnomocników – dzięki swej wszechstronności.

Na swoją kolej do naukowego omówienia czekają jeszcze takie problemy, jak możliwość stosowania art. 191¹ k.p.c. w postępowaniach nieprocesowych (a to poprzez dyspozycje przepisów art. 13 § 2 oraz art. 511 § 1 k.p.c.), jak również zakres kategoryczności dyspozycji zawartych w § 2–4 tego artykułu.

Stanisław Zagórski

Ad vocare

Adolf Suligowski

Z ARCHIWÓW „PALESTRY” O ETYCE OBROŃCZEJ

Porządkując wydawnictwa i dokumenty w lokalu redakcyjnym „Palestry”, natknęliśmy się na odbitkę ksero „Gazety Sądowej Warszawskiej” z 22.03.1886 r. (8 kwietnia starego stylu). Kilka spiętych stroniczek spoczywało w białej kartonowej teczce, jednej z wielu prowadzonych przez adwokata Stanisława Mikke – redaktora naczelnego pisma, który zginął w katastrofie tupolewa lecącego w kwietniu 2010 r. do Smoleńska. Z całą pewnością Staszek miał zamiar uczynić redaktorski użytek z zawartości publikacji sprzed grubo ponad stu lat. A skoro nie zdążył, teraz my uważnie przyjrzelśmy się znalezisku.

Gazeta wychodziła w Warszawie, ale jej prenumerata możliwa była – jak wynika z inseratu na pierwszej stronie numeru – po zróżnicowanych cenach „w Cesarstwie i Królestwie”, „w Prussach” i „w Austrii”. Obejmowała zatem swoim zasięgiem teren wszystkich zaborów.

Odnaleziona kopia zawiera kwestionariusz ankiety skierowanej do „świata prawniczego”, a tyczącej się podstawowych obowiązków etycz-

nych, którym powinni podlegać adwokaci; użyte słowo „obrońca” należy bowiem rozumieć szerzej, także w kontekście zadań pełnomocników w sprawach cywilnych i przy reprezentacji klientów we wszelkich innych rodzajach czynności.

Autorem wstępu do ankiety i pytań w niej zawartych jest Adolf Suligowski (1849–1932), wybitny adwokat, a po odzyskaniu przez Polskę niepodległości – także profesor Uniwersytetu

Warszawskiego i poseł na Sejm Ustawodawczy.

Problemy, które miały zostać rozstrzygnięte dzięki sondażowi, w zdziwiająco wielu punktach pozostają zbieżne z dylematami, z jakimi do dziś mierzy się środowisko adwokackie w dyskusjach nad regułami zawodowej deontologii. Dlatego udostęp-

niamy ten materiał naszym Czytelnikom.

Pani Anna Grabowska wykonała żmudną pracę przetransponowania słabo czytelnego oryginału na „współczesną czcionkę”. Sam język zdecydowaliśmy się pozostawić w formie pierwotnej, zatem nieco archaicznej – acz w pełni zrozumiałej.

E.S.

14	Warszawa, dnia 22 Marca (8 Kwietnia) 1886 r.	Rok XIV.
<h1>GAZETA SĄDOWA</h1> <h2>WARSZAWSKA.</h2>		
<p>PRENUMERATA</p> <p>Warszawa: roczn. rs. 6, półroczn. rs. 3; kwart. rs. 1, 50; 30. Cena zamów. kop. 10. Cesarstwo i Królestwo: roczn. rs. 6; półroczn. 3; kwart. rs. 1.</p> <p>w Prussach: roczn. 20 mk., półroczn. 10 1/2, mk.</p> <p>w Austrii: roczn. 4 w. a. 17; półroczn. 22 w. a. 7 1/2.</p>	<p>Wychodzi w Soboty.</p> <p>Uczyniono wiedeńskie w zarządzie Biura redakcyjnego, które w całości redakcyjnej obsługuje.</p> <p style="text-align: center;">BIURO REDAKCYI W WARSZAWIE. Ulica Grzybowska Nr. 29.</p> <p>Wskazywają w księgarni Misyra: ogłoszenia i przesyłki pocztą kopertami.</p>	<p>DOMIESIENIA I OGŁOSZENIA</p> <p>Wszystkiego rodzaju, przyjmują się jedynie w Biurze Redakcyjnym (ulica Grzybowska Nr. 29) i w Księgarni M. Orłowski i s-ka. (na przeciw pocztu kopernika). Ogłoszenia podane we Włocławek po godz. 10-ej z rana, nie będą drukowane w najbliższym Numerze.</p> <p>Za artykuły w sprawie naukowej, autorskie będą publiczne honorarion w regulaminie ogłoszeń. Artykuły nie przyjęte po upływie trzech miesięcy nie będą wracane.</p>
<h3>OD REDAKCYI</h3>		
<p>W bieżącym II kwartale roku 1886 Gazeta Sądowa Warszawska wychodzić będzie pod tą samą redakcją, w tym samym celu i zakresie jak dotąd. Redakcja nie zaniesła nadal swych starań o usilowań około utrzymania i dalszego rozwinięcia już wprowadzonych ulepszeń w wydawnictwie, oraz około wzbogacenia treści Gazety Sądowej i uczynienia jej organem, jak najwięcej pożytku przynoszącym. W tym celu Redakcja odwołuje się ponownie do wszystkich oświeconych prawników, aby ją zechcieli wspierać: nadal swymi radami i czynną pomocą, nadsyłając już gotowe prace, już materiały do obróbenia, już też wreszcie uwagi, z którymi by skorzystało być można. Do czytelników Redakcja znosi usilną prośbę, aby o każdej niepunktualności w ekspedycywanu Gazety Sądowej Warszawskiej raczyli bezzwłocznie zawiadamiać Redakcję Gazety (Grzybow-</p>		
<p>ska, Nr. 29), oraz aby zechcieli jaknajrychlej nadsyłać prenumeratę za kwartał następny pod adresem Redakcyi Gazety Sądowej (Grzybowska Nr. 29), gdyż tylko przy wczesnym zamówieniu można uniknąć przerwy w otrzymywaniu Gazety Sądowej Warszawskiej, odbijanej w ilości egzemplarzy, ściśle odpowiadającej rzeczywistej liczbie prenumeratorów.</p>		
<p>Prenumerata wynosi:</p> <p style="text-align: center;">w WARSZAWIE:</p> <p>rocznie rs. 6. półrocznie „ 3. kwartalnie „ 1 kop. 50.</p> <p style="text-align: center;">w CESARSTWIE I KRÓLESTWIE:</p> <p>rocznie rs. 8. półrocznie „ 4. kwartalnie „ 2.</p> <p style="text-align: center;">w PRUSSACH:</p> <p>rocznie mk. 27. półrocznie „ 13 1/2</p> <p style="text-align: center;">w AUSTRII:</p> <p>rocznie guild. w. a. 15. półrocznie 7 1/2.</p>		

ETYKA OBROŃCZA

Stan obrończy w naszym kraju, pomimo dawnego istnienia nie sformułował dotąd zasad etycznych dla swej działalności w społeczeństwie.

W braku ustalonych norm, obrońcy kierowali się własnym natchnieniem, może zwykle dobrem, które jednak bywało błędnym. Nieskrępowani żadnymi stałymi wskazówkami, idąc drogą osobistych popędów i poglądów, stawać mogli niekiedy w sprzeczności z wymaganiami i potrzebami ogółu. Musiało się to odbijać ujemnie w skutkach. Zapewne przewadze szlachetnych stron polskiej natury zawdzięczać należy to, że na tym chwiejnym poziomie życia statek cnoty obrończej nie rozbił się i ocalał.

Niebezpieczeństwo przecież nie ustało, raczej powiększyło się!

W ostatnich czasach jak wiadomo, do szlachetnych szranków obrończych za dużo otworzono wstępu. Zawód obrończy wymaga poważnego przygotowania, tak praktycznego, jak i naukowego. Jest to niebezpiecznym, że młody człowiek, kończący uniwersytet, bez należytego praktycznego uzdolnienia, może się stać od razu publicznym obrońcą.

Jest to również niepożądanem, gdy ludzie bez wykształcenia naukowego łatwo zdobywają tytuł obrończy. Wszystko na świecie powinno być trudne i pracą zdobyte; przedwczesne kariery, niezasłużone stanowiska, niezpracowane powodzenia, najczęściej przynoszą szkodę i jednostkom i społeczeństwu, któremu jednostki te mają służyć.

Nie można się prawie dawać póź-

niejszym błędom, które wynikają z nieświadomości i niejasnych pojęć etycznych.

W tem położeniu potrzeba wskazówek, zwłaszcza moralnych, daje się czuć coraz bardziej.

Dzięki tej czy innym okolicznościom, w kołach obrończych w Warszawie i na prowincyi zaczęto mówić o etyce obrończej, o ustaleniu prawideł, któreby mogły służyć za busołę na niebezpiecznej drodze życia obrońcy. Gdzie tylko nachylimy ucha, zewsząd dochodzą nas głosy, poruszające ten przedmiot, traktujące go nieraz bardzo poważnie i pouczająco. Jest to objaw samo poznania ze strony korporacyi, który witać należy szczerze, z dobrą wróżbą na przyszłość. Mniejsza, co go wywołało, obudzona świadomość dowodzi w każdym razie większej dojrzałości stanu obrończego, który sam pragnie jasno określić cele i zadania, do jakich dąży.

Myśl jednak nie wystarcza, potrzeba ją oblec w ciało i urzeczywistnić! Potrzeba podnieść sztandar czystości i godności stanu, potrzeba go zatknąć na bezpiecznym od przechodnich fal brzegu! A potrzeba ta jest palącą. Periculum in mora!

Grono prawników Warszawskich zamierzyło w miarę słabych sił swoich wypracować zasady tej etyki i zapełnić w ten sposób istniejącą lukę w literaturze i w życiu naszym. Do składu grona należą: Bełza Stanisław, Benzef Juliusz, Preis Alfons, i niżej podpisany, wszyscy adwokaci przysięgli w Warszawie zamieszkali.

Ale, etyka obrończa, jako nauka traktująca o obowiązkach życiowych obrońcy, opierać się musi na obserwa-

cyi, na dokładnym poznaniu odnośnych stron życia na wszechstronnym zbadaniu tego rozległego i nieskończonego w swoich objawach przedmiotu. Pracujący nad etyką obrońcą pragnęliby zasięgnąć rad i uwag u ludzi dobrej woli, którym losy stanu obrończego leżą na sercu zapoznać się z ich zdaniem i poglądami, z nich czerpać natchnienia u źródeł samego życia jeżeli można tak się wyrazić. Tym celom ułożony został kwestionaryusz, jako środek do porozumienia się z szerszymi kołami prawniczemi, a przedewszystkiem obrończemi. Odpowiedzi na postanowione zapytania mogą posłużyć za cenny materiał do opracowania samej etyki. Rozumie się samo przez się, że uwagi i myśli, wybiegające z grona podniesionych w kwestionariuszu zapytań z tem większą skwapliwością przyjęte zostaną.

Etyka rozpoznawana w całości swego przedmiotu, wymaga odróżnienia obowiązków obrońcy względem publiczności od obowiązków względem magistratury sądowej składu której w szerszym rozumieniu rzeczy obrońca sam należy. Stąd dwa główne działy: obowiązki względem klientów i obowiązki względem sądu. Współrzędnie z niemi jest dział trzeci o obowiązkach względem kolegów, które wypływają z tego, że obrońca stanowi część

ła obszerniejszego, każda zaś częśćka musi się wiązać z całością. Nareszcie istnieją pewne obowiązki, będące wpływem stanowiska obrońcy w społeczeństwie i charakteru jego zadania, obowiązki najogólniejsze, niepodchodzące pod powyższe rubryki, a które nazwać by można było ogólnemi lub wstępniemi. Z tych powodów i dla łatwiejszego porozumienia się kwestionaryusz obejmuje cztery działy: najprzód, co do obowiązków ogólnych, dalej co do obowiązków względem klientów, względem sądu, względem kolegów, z dodaniem jeszcze piątego oddziału co do obowiązków względem dependentów.

Żywimy nadzieję, że świat prawniczy poprze nasze usiłowania i przyjmie udział w sprawie, obchodzącej nie tylko stan obrończy, ale i społeczeństwo, dla pożytku którego obrońcy pracować powinni. Z tą wiarą podajemy do publicznej wiadomości ułożony przez nas kwestionaryusz i oczekujemy na tak pożądane dla nas uwagi i odpowiedzi.

Termin do nadsyłania odpowiedzi określa się dwumiesięczny, to jest do dnia 1 Czerwca r.b. Odpowiedzi przesyłać można pod adresem któregośkolwiek z czterech pracujących.

Adolf Suligowski

KWESTYONARYUSZ

A.

CO DO OBOWIĄZKÓW OGÓLNYCH.

- 1) Jak należy zapatrywać się na powołanie obrońcy? Czy jest ono jednoznaczne z pojęciem pełnomocnictwa, czy też obejmuje donioślejsze cele i obowiązki, i jakie mianowicie?

- 2) Jakie warunki posiadać winien obrońca, ażeby mógł godnie wykonywać obowiązki swego powołania?
- 3) Czy zawód obrońcy daje się pogodzić z innymi zajęciami? Z jakimi mianowicie łączyć go można, z jakim zaś nie? Czy na przykład czynności giełdowe, pośrednictwa, agentury mogą być z zawodem tym pogodzone?
- 4) Czy właściwą jest spółka adwokatów co do prowadzenia kancelaryi?
- 5) Czy reklamowanie się ze strony obrońcy jest godziwym? A w szczególności, czy reklamy w gazetach, tablice sztyldowe na domach, rozdawanie kart z nazwiskiem, opisywanie spraw swoich w gazetach i tym podobne sposoby wyróżniania się w gronie kolegów są zgodne ze stanowiskiem obrońcy?
- 6) Czy godziwym jest dla obrońcy wyszukiwanie spraw samemu?
- 7) Czy przystoi obrońcy poszukiwanie spraw przez pośrednictwa osób trzecich, na przykład urzędników więzień, niższych oficyalistów sądowych, agentów, pokątnych doradców itp.?
- 8) Czy przystoi obrońcy przyjmowanie spraw z rąk trzecich, a nie od strony?
- 9) Czy obrońca ma pełną swobodę przynoszenia pomocy prawnej lub jej odmawiania? Czy są wypadki i jakie, w których nie powinno się od tej pomocy uchyłać i naodwrot?
- 10) Jakie wymagania powołanie obrońcy stwarza dla jego życia prywatnego?

B.

CO DO OBOWIĄZKÓW WZGLĘDEM KLIENTÓW.

- 11) Czy istnieje granica i jaka mianowicie dla popierania interesu klienta? (Kolizja z ustaleniami zasadami moralnymi, społecznymi i prawnymi).
- 12) Czy godziwym jest współdziałanie obrońcy w czynnościach na obejście praw osób trzecich, podawanie myśli takich czynności i sporządzenie projektów takowych?
- 13) Czy tajemnica klienta może być przez obrońcę naruszona? A jeżeli może, to w jakich wypadkach?
- 14) Czy obrońca występujący w imieniu jednej strony, może działać w tymże interesie w imieniu strony drugiej? Czy może następnie działać od imienia tej ostatniej w interesie związkowym nawet po ukończeniu pierwotnej sprawy?
- 15) Czy obrońca, przyjmawszy udział w konferencji, może następnie przyjąć sprawę od przeciwnika osoby, ze strony której do konferencji był powołany?
- 16) Czy obrońca może przyjąć sprawę od interesanta, przeciwko któremu ma inną sprawę w biegu?
- 17) Czy właściwym jest udzielanie rad obrończych po za kancelaryą?

- 18) Czy i kiedy wypada obrońcy udawać się do klientów dla prawnej porady?
- 19) Czy wypada obrońcy dawać pokwitowanie z przyjęcia dokumentów, papierów do sprawy, oraz zaliczek otrzymanych na takową?
- 20) Czy właściwym jest przyjmowanie od klienta instrukcji prawnej i proceduralnej, gotowych elaboratów i poddawanie się wskazówkom niezgodnym z zachowaniem zapatrywaniem obrońcy?
- 21) W jakich granicach obrońca może zajmować się zbieraniem dowodów do sprawy, a w szczególności czy przyzwoitem jest wyszukiwanie świadków i biegłych, lub pertraktowanie z nimi?
- 22) Czy przyzwoitem jest przyjmowanie spraw do sądów, przy których obrońca nie funkcjonuje?
- 23) Czy i o ile obrońca może zajmować się prowadzeniem interesów w instytucjach administracyjnych?
- 24) Czy i kiedy leży w obowiązku obrońcy zwoływanie konferencji prawnej?
- 25) Co obrońcy służyć powinno za normę przy oznaczaniu honorarium:
a) w sprawach cywilnych, b) w sprawach karnych, c) w innych czynnościach?
- 26) Czy można pobierać wynagrodzenie w sprawach z urzędu: a) cywilnych, b) karnych?
- 27) Czy można żądać lub przyjmować wynagrodzenie za czynności z polecenia władz sądowych np. za opinię przy komplatacjach z nieletnimi?
- 28) Czy wynagrodzenie i zaliczka na kosztą mogą być wymagane z góry, i w jakim stosunku?
- 29) Czy obrońca może zawiesić działania w sprawie z powodu nieotrzymania zaliczki na kosztą lub niezapłacenia honorarium?
- 30) Czy obrońca zwracając akta z powodu choroby, wyjazdu etc., obowiązany jest zwrócić honorarium?
- 31) Czy obrońca może czynić zawisłem swoje wynagrodzenie od rezultatu sprawy?
- 32) Czy może obrońca umawiać się o część przedmiotu spornego, jako honorarium i stawać się w ten sposób uczestnikiem procesu?
- 33) Czy przyzwoitem jest procesowanie się o należne kosztą i honorarium?
- 34) Czy przy regulacjach i układach godziwym jest domaganie się lub przyjmowanie honorarium (prowizji) od strony przeciwnej, nawet z wiedzą klienta?
- 35) Czy obrońca może przetrzymywać dokumenty i odmawiać zwrotu z powodu niezapłacenia przez klienta honorarium?
- 36) Czy przystoi obrońcy zawierać umowy o honorarium na piśmie?
- 37) W jaki sposób winny być formułowane rachunki wydatków i honorarium?
- 38) Czy godzi się przewlekać sprawy, wytaczać w imieniu klienta procesa zbyt długo, rozdzielać je na części bez rzeczywistej potrzeby, etc., dla korzyści osobistej?

- 39) Czy obrońca, mający powierzony sobie interes klienta, jest obowiązany do przedstawienia wszelkich czynności, jakie będą w jego mocy chociażby bez wyraźnego zlecenia, jeżeli dobro osoby, której sprawę prowadzi tego wymaga?
- 40) Czy wypada obrońcy związywać z klientami stosunki pieniężne pod postacią pożyczek, poręczeń itp. umów?
- 41) Czy i o ile wypada przyjmować od klientów depozyta pieniężne?
- 42) Czy godziwym jest ze strony obrońcy przecenianie lub tajnienie trudności sprawy przed klientem, albo też w ogóle przedstawienie jej w niewłaściwym świetle?
- 43) Czy właściwym jest zapewnianie klienta z góry o wygraniu sprawy?
- 44) Czy godzi się obrońcy sprzeciwiać się ustępstwom ze strony klienta i utrudniać możliwą zgodę?
- 45) W jakich wypadkach obrońca winien wprost starać się o pogodzenie w sprawie stron powiaśnionych?
- 46) Czy i o ile właściwym jest dla obrońcy zastępowanie się w sprawach mu powierzonych bez zezwolenia klienta: a) w sprawach cywilnych, b) w sprawach karnych, c) w innych czynnościach?
- 47) Jaki charakter nosić powinna korespondencya obrońcy z klientami i osobami trzecimi z powodu obowiązków powołania prowadzona?
- 48) Kiedy i jakich razach obrona może prowadzić korespondencyę z przeciwnikiem sprawy?
- 49) Czy właściwym jest dla obrony asystowanie przy czynnościach egzekucyjnych?
- 50) Jakim interesem klienta kierować się powinien obrońca w sprawie karnej?
- 51) Czy i o ile obrona podsądnego pozostawać może w sprzeczności z jego żądaniem lub objaśnieniem?
- 52) Czy przyznanie podsądnego uczynione przed samym obrońcą, krępuje obronę, i o ile?
- 53) Czy godziwym jest udzielanie podsądnemu wskazówek, dążących do zaciemnienia prawdy przed karzącą sprawiedliwością?
- 54) Czy obrońca ma obowiązek udawać się do więzienia celem porozumienia się z podsądnym, którego obrona została mu z urzędu powierzona?
- 55) Czy i o ile można się wyręczać zastępcą w sprawach karnych z urzędu?
- 56) Czy właściwym jest stałe uchylanie się od obrony karnej z urzędu?
- 57) W jakich razach uchylanie się od sprawy karnej z urzędu zgoła miejsca mieć nie powinno?
- 58) Czy i kiedy zachodzi dla obrońcy bezwarunkowy obowiązek założenia skargi apellacyjnej lub kassacyjnej w sprawie z urzędu?
- 59) Kiedy ma prawo zrzec się dalszego prowadzenia rozpoczętej sprawy: czy to cywilnej, czy karnej?

C.

CO DO OBOWIĄZKÓW WZGLĘDEM SĄDU.

- 60) Jakie stanowisko zajmuje obrońca wobec sądu, czy prostego zastępcy strony, czy też inne: a) w sprawach cywilnych, b) w sprawach karnych?
- 61) Jakie powinno być zachowanie się obrońcy wobec sądu? (Ubranie, gestykulacja, sposób przemawiania i zwracania się do sądu?)
- 62) Czy w obronie wolno zmyślać fakta?
- 63) Czy w obronie przystoi tłumaczyć przepisy na korzyść klienta wbrew prawu? W jakich granicach swoboda interpretacji prawa w ustach obrońcy jest dozwoloną?
- 64) Czy w obronie karnej przystoi apologia lub bezwzględne usprawiedliwienie czynów przestępnych?
- 65) Jak należy zachować się obrońcy w postępowaniu karnem przy badaniu świadków, biegłych i innych osób do sprawy wpływających?
- 66) Czy godziwem jest przy obronie podsądnego zwać winę na współoskarżonego, bez dostatecznych na to dowodów i bez potrzeby dla obrony klienta?
- 67) Czy z powodu przerywań i przeszkód stawianych obrońcy przez prezydującego lub przez sąd, godzi się obrońcy odstąpić od obrony i jak w ogóle należy się zachować w takim wypadku?
- 68) Czy i o ile przystoi przewlekać obronę i dotykać przedmiotów, niebędących w ścisłym związku ze sprawą?
- 69) Czy właściwem jest dotykanie w obronie kwestyi osobistych, wyznaniowych, społecznych itp., mogących dotknąć przeciwnika lub sąd, jeżeli to wprost ze sprawy nie wypływa i nie jest dla niej koniecznem?
- 70) Czy właściwem jest powoływanie się w obronie na osobiste świadectwo i zasługi?
- 71) Czy nie ubliża obrońcy działanie na zwłokę, np. wynoszenie ekscypcy niewłaściwości sądu, sporów o fałsz, appellacyjnych, lub opozycyjnych skarg itp.
- 72) Czy nie ubliża obrońcy wnoszenie podań w formie, w której one bez biegu pozostawione być mogą np. bez opłat, kopii itp., a to również dla pozyskania zwłoki?
- 73) Czy nie ubliża również obrońcy wytwarzanie sztuczne dogodnego dla siebie obrazu przez dopisywanie solidarnych poręczycieli, itp. nadużycia proceduralne?
- 74) Czy przyzwoitem jest dla obrońcy stawanie przed sądem we własnej sprawie?
- 75) Czy obrońca, dla pominięcia potrzeby składania plenipotencyi, może występować we własnem imieniu na zasadzie cesyi lub indosu?
- 76) Czy właściwem jest mówić z sędzią o sprawie przed jej wprowadzeniem i wpływać na jego zdanie na korzyść klienta?
- 77) Czy właściwem jest dawanie sędziom, tytułów nienależnych, r.p.?

- 78) Czy godzi się obrońcy krytykować działania sądu przed stronami, etc i osłabiać powagę sądu?

D.**CO DO OBOWIĄZKÓW WZGLĘDEM KOLEGÓW.**

- 79) Czy wspólność zawodu i zajęcia rodzi dla członków korporacji obrończej pewne względem siebie obowiązki i jakie mianowicie?
- 80) Czy jest do życzenia, aby obrońcy w stosunkach między sobą używali stałych form mowy przy zwracaniu się do siebie, a jeżeli tak, to jak zwracać się mają starsi do młodszych, młodzi do starszych, adwokaci przysięgli do pełnomocników, ci ostatni do pierwszych, wreszcie jak adwokaci przysięgli do obrońców prywatnych?
- 81) Czy godziwem jest krytykowanie kolegi, jego działalności obrończej i zdolności przed stronami interesowanymi?
- 82) Czy można i w jakich warunkach podjąć się sprawy przez kolegę rozpoczętej?
- 83) Czy obrońca zaproszony na konferencję może następnie podjąć się sprawy odebranej od kolegi, którym w konferencji brał udział?
- 84) W jaki sposób zapraszać kolegów na konferencję?
- 85) Jaki porządek rzeczy winien być zachowany na konferencji, zwłaszcza gdy się ta w obec stron interesowanych odbywa?
- 86) Jakich zasad trzymać się należy obrońcom, prowadzącym interesa stron przeciwnych w stosunkach z powodu tych interesów: a) co do komunikacji wywodów, b) co do terminów wprowadzenia sprawy co jej odraczenia.
- 87) W jakich wypadkach można zaocznie wprowadzić sprawę przeciwko ustanowionemu koledze?
- 88) Czy godziwem jest domagać się od kolegi odłożenia sprawy dla zwłoki, a nie z powodu przeszkód rzeczywistych?
- 89) Czy godziwem jest żądać umorzenia sprawy z powodu niestawiennictwa ustanowionego kolegi?
- 90) Czy i kiedy zachodzi obowiązek przyjęcia zastępstwa za kolegę, kiedy zaś można się od takowego wymówić?
- 91) Czy przyzwoitem jest dla zastępcy wchodzenie w bezpośrednie stosunki z klientem zastępowanego kolegi w danej sprawie?
- 92) Czy wynagrodzenie od kolegi lub jego klienta za zastępstwo jest dopuszczalne?
- 93) Czy przystoi obrońcy w pismach sądowych lub przed kratką sądów wykazywać nieudolność i błędy kolegi przeciwnika?
- 94) Czy przyzwoitem jest przerywanie mowy koledze przed sądem?
- 95) Czy może obrońca podjąć się sprawy cywilnej przeciwko koledze?
- 96) Czy może obrońca wytoczyć koledze w imieniu swojego klienta proces karny?

- 97) Czy wypada obrońcy wnieść lub wygotować przeciwko koledze w imieniu klienta skargę dyscyplinarną?
- 98) Jakie są obowiązki adwokatów przysięgłych względem pomocników?
- 99) Czy właściwa jest ze względu na przyszłość pomocników, aby obrońcy stale wyręczali się przez nich w sądach bez uprzedniego dostatecznego z ich strony przygotowania się do zawodu?
- 100) Czy godzi się wydawać świadectwa na pomocników tym, którzy praktyki przy adwokacie przysięgłym nie odbywają?
- 101) Czy godzi się wydawać świadectwa z odbytej praktyki, jeżeli kandydat na adwokata przysięgłego w kancelarii obrońcy nie pracował?
- 101) Czy nowo wstępujący do zawodu obrońca winien się starszym kolegom przedstawiać, i w jaki sposób?
- 103) W jaki sposób winny być rozstrzygane spory i zatargi pomiędzy kolegami?

E.

CO DO OBOWIĄZKÓW WZGLĘDEM DEPENDENTÓW.

- 104) Jak należy zapatrywać się na stanowisko dependentów, stale pracujących w kancelarych obrończych, i w jaki sposób wypada postępować i wychodzić z nimi?

TABLE OF CONTENTS

FROM THE EDITORS

<i>Ewa Stawicka</i> VADE-MECUM	5
<i>Cyprian Kamil Norwid</i> From VADE-MECUM... ..	7

ARTICLES

<i>Józef Wójcikiewicz</i> The status of forensic science (60 years later)	9
<i>Monika Agnieszka Paulińska</i> Right of defence in criminal trial in the light of international legal regulations	20
<i>Jakub Kisiel</i> Electronic service in the Code of Criminal Procedure	48
<i>Aleksander Petrys</i> Bitcoin: a modern alternative to fiat money in a criminal law perspective	63

RECENT CASE LAW

<i>Marek Antoni Nowicki</i> Alleged absence of any remedy allowing the applicants to challenge the decisions of the Minister of Justice to put a premature end to their term of office as vice-presidents of the Kielce Regional Court – a comprehensive summary of ECtHR judgment in <i>Broda and Bojara</i> <i>v. Poland</i> case, Chamber (Section I), applications no. 26691/18 and 27367/18	77
--	----

GLOSSES

<i>Wioletta Pytka</i> Representation of the victim company in criminal proceedings. Commentary on the judgment of the Court of Appeal in Warsaw of 2 August 2018 (II AKa 125/18)	91
---	----

ADVOCATES' FORUM*Małgorzata Kożuch*

Trust in the Principles of Advocate's Ethics 106

Filip Jegliński

Attorney-client privilege in the Code of Conduct for Italian Lawyers 113

LEGAL QUESTIONS AND ANSWERS*Ewa Stawicka*

Should, if there is no local zoning plan, a decision on land development conditions set the "bracket" of permissible development or is it enough to provide minimum or maximum values in the decision? 124

BOOK-LOVER LAWYER'S TALES*Andrzej Tomaszek*

A century-old transformation 127

REVIEWS*Stanisław Zagórski*Review of a book by Łukasz Błaszczak, *Obviously Unfounded Claim. Article 191¹ of the Code of Civil Procedure, Warsaw 2021* 131**AD VOCARE***Adolf Suligowski*

From "Palestra" archives on defence lawyer's ethics 133

W numerze między innymi:

JÓZEF WÓJCIKIEWICZ

Sytuacja kryminalistyki (60 lat później)

MONIKA AGNIESZKA PAULIŃSKA

Prawo do obrony w procesie karnym
na tle regulacji prawa międzynarodowego

JAKUB KISIEL

Doręczenia elektroniczne w Kodeksie postępowania karnego

ALEKSANDER PETRYS

Bitcoin – współczesna alternatywa wobec pieniądza fiducyjnego
w aspekcie prawnokarnym

WIOLETTA PYTKA

Reprezentacja pokrzywdzonej spółki w procesie karnym – glosa

MAŁGORZATA KOŻUCH

Zaufanie w zasadach kodeksu etyki

FILIP JEGLIŃSKI

Tajemnica zawodowa we włoskim kodeksie etyki adwokackiej